

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES (CIADI)**

**Técnicas Medioambientales Tecmed, Sociedad Anónima
Demandante**

v.

**Estados Unidos Mexicanos
Demandada**

ALEGATOS DE CIERRE

Madrid, 26 de julio de 2002

ALEGATOS DE CIERRE

Dando curso a lo ordenado por el Tribunal Arbitral en el punto 4 de la Orden de Procedimiento No. 1, posteriormente revisado en el punto 10 de la Orden de Procedimiento No. 2 y finalmente, a solicitud de esta parte, en la comunicación del citado Tribunal de 27 de junio de 2002, esta parte demandante presenta sus Alegatos de cierre, articulados conforme al siguiente

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES GENERALES
- II. LA INVERSIÓN REALIZADA POR TECMED
 - II.1 TECMED COMPRÓ UN CONFINAMIENTO DE RESIDUOS PELIGROSOS EN FUNCIONAMIENTO
 - II.1.1 RELEVANCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES
 - II.1.2 TECMED ADQUIRIÓ UN CONFINAMIENTO QUE YA HABÍA SIDO OBJETO DE TRANSMISIONES ANTERIORES
 - II.1.3 RESPALDO DE LA TRANSMISIÓN EN LA DOCUMENTACIÓN RELEVANTE
 - II.1.4 EL PRECIO PAGADO POR EL CONFINAMIENTO
- III. LAS AUTORIZACIONES OTORGADAS A CYTRAR
 - III.1 TECMED SOLICITÓ Y OBTUVO EL CAMBIO DE TITULARIDAD DE LA AUTORIZACIÓN
 - III.2 LA AUTORIZACIÓN DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1996. CAMBIOS DE POLÍTICA EN LA DURACIÓN DE LAS AUTORIZACIONES
 - III.3 LA AUTORIZACIÓN DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1997.

- IV. EL “ACUERDO DE REUBICACIÓN”
 - IV.1 ORÍGENES DEL “ACUERDO DE REUBICACIÓN”
 - IV.2 ACEPTACIÓN DEL “ACUERDO DE REUBICACIÓN”
 - IV.3 CONDICIONES DEL “ACUERDO DE REUBICACIÓN”
 - IV.4 INCUMPLIMIENTO DEL “ACUERDO DE REUBICACIÓN” POR PARTE DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
- V. LA DENEGACIÓN DE LA RENOVACIÓN
 - V.1 LOS MOTIVOS DE LA DENEGACIÓN
 - V.1.1 DIVERSIDAD DE MOTIVACIONES
 - V.1.2 LA IMPROCEDENCIA DE LOS MOTIVOS REFERIDOS A IRREGULARIDADES EN LA OPERACIÓN
 - V.1.3 LA MOTIVACIÓN REFERENTE A LA OPOSICIÓN SOCIAL
 - V.2 LA DENEGACIÓN DE LA RENOVACIÓN CONTRAVIENE PRINCIPIOS GENERALES Y ESENCIALES
- VI. CONCLUSIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y EL DERECHO APLICABLE AL ARBITRAJE
 - VI.1 CONSIDERACIONES PREVIAS
 - VI.2 DERECHO APLICABLE
 - VI.2.1 RELEVANCIA DEL DERECHO INTERNO MEXICANO
 - VI.2.2 EL DERECHO INTERNACIONAL A CONSIDERAR POR EL TRIBUNAL ARBITRAL
 - VI.3 POTESTAD DEL TRIBUNAL ARBITRAL
 - VI.3.1 SOMETIMIENTO DE LAS PARTES A LA COMPETENCIA

DEL TRIBUNAL ARBITRAL

VI.3.2 COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL RATIONE TEMPORIS

VI.3.3 COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL RATIONE MATERIAE

VI.3.4 ÁNGULO DE EXAMEN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

VI.4 CONSIDERACIONES EN DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

VI.4.1 PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES

VI.4.2 TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

VI.4.3 EXPROPIACIÓN

VII. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO OCASIONADO

VII.1 ALCANCE DEL RESARCIMIENTO SEGÚN LAS DISPOSICIONES DEL APRI Y LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL.

VII.2 CUANTIFICACIÓN DEL RESARCIMIENTO

VII.2.1 ANÁLISIS DE LAS VALORACIONES PRESENTADAS POR LAS PARTES.

VII.2.2 MÉTODO DE VALORACIÓN

VII.2.3 ELEMENTOS E INFORMACIONES BASE DE LA VALORACIÓN. EXCLUSIONES

VII.2.4 DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

VII.2.5 PRECIOS DE VENTA DE CYTRAR

VII.2.6 GASTOS DE OPERACIÓN

VII.2.7 TASA DE DESCUENTO

VII.3 IMPOSIBILIDAD DE RESTITUCIÓN EN ESPECIE

VIII. SUPPLICO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Una vez sustanciado el procedimiento arbitral por los trámites previstos al efecto y practicadas las pruebas propuestas por ambas partes, la actora considera que nada de lo expuesto de contrario y ningún punto resultante de la prueba practicada, han servido para desvirtuar las alegaciones formuladas en el memorial de demanda y las peticiones articuladas en el mismo. Por consiguiente, se inician los presentes alegatos de cierre con ratificación expresa y completa de todo lo manifestado en el citado memorial de demanda, al que nos remitimos con carácter genérico, al objeto de evitar reiteraciones innecesarias.

Sin perjuicio de ello, esa parte pone de manifiesto la relevancia de buen número de las manifestaciones recogidas en el memorial de contestación a la demanda, en la medida en que incorpora información ignorada por esta parte, pero conocida por la contraria en tanto que protagonista de varios de los hechos narrados y, en todo caso, titular de los archivos donde constan actuaciones administrativas referentes al Confinamiento. Particularmente, esas informaciones se refieren a actuaciones relacionadas con el citado Confinamiento y que resultaron ser anteriores a la inversión efectuada por TECMED, así como actuaciones que, según parece, se sucedieron en la época de TECMED, pero en las que, no participando esta empresa, le resultaban ignoradas al presentar su memorial de demanda.

Esas informaciones, lejos de desvirtuar lo alegado y peticionado por esta parte, vienen a confirmar sus razones, y a lo largo de estos alegatos de cierre, se expondrán estas consideraciones en lo pertinente.

Ello no obstante, lo indicado no significa que esta parte manifieste su conformidad de conjunto con todo lo expuesto de contrario. Hemos podido comprobar que en aquellos hechos en los que ha participado esta empresa y, por tanto, le son conocidos, son repetidas las interpretaciones divergentes y aún narraciones de diverso sentido sobre unas mismas circunstancias. Esta razón, unida a la prudencia, nos lleva a rechazar con carácter general, la exposición fáctica y consideraciones jurídicas de la demandada, aceptando unas y otras exclusivamente en la medida en que sean coincidentes con las formuladas por esta parte o cuya convergencia resulte de los términos de nuestros escritos.

Por otra parte, anunciamos que, de acuerdo con el trámite que nos ha sido conferido, procederemos a recoger y valorar en el presente alegato de cierre y, sin perjuicio de la libre valoración que compete al Tribunal Arbitral, el resultado de las pruebas propuestas y practicadas por ambas partes. En este sentido, esta parte debe manifestar su conformidad expresa con la sustanciación del procedimiento arbitral hasta la fecha

y las actuaciones seguidas en el desarrollo de la prueba.

La actora considera que, muy particularmente la oportunidad de escuchar las manifestaciones verbales de peritos y testigos, ha aportado relevantes elementos al arbitraje. A este respecto, únicamente hemos de lamentar la incomparecencia de testigos solicitados por esta parte en su condición de principales protagonistas y responsables de las actuaciones administrativas que desembocaron en la medida de no renovación denunciada en el presente proceso. Testigos éstos que previamente habían rechazado su colaboración al Tribunal, negándose a presentar el testimonio escrito solicitado por la actora.

Especialmente, esta manifestación se refiere a la negativa esgrimida por quién ocupó el cargo de Presidente del Instituto Nacional de Ecología, durante el tiempo en que se sucedieron los hechos y se emitieron las resoluciones administrativas relevantes para este arbitraje. Nos referimos a Don Enrique Provencio Durazo.

Cierto que el Sr. Provencio manifestó, encontrándose ya muy próxima la fecha señalada para su declaración, que no le resultaba posible acudir a presencia del Tribunal y que ofrecía responder por escrito los cuestionarios que se le presentasen.¹ Pero, como manifestase en el curso de las audiencias el Presidente del Tribunal, resulta preferible la inmediación ante el Tribunal, siendo ésta una cuestión importante.² De hecho, la actora ya había dado oportunidad al Sr. D. Enrique Provencio para que respondiese por escrito al interrogatorio que presentó con su memorial de demanda, sin que tal petición resultase atendida.

Por su parte, también declinó su asistencia a prestar declaración oral la titular de la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca en el período de autos, Maestra Julia Carabias Lillo.³ En este caso, la Maestra Julia Carabias, mediante comunicación fechada el mismo día de inicio de las audiencias y conocida posteriormente por esta parte, manifestó también su imposibilidad de acudir a las audiencias, exponiendo asimismo compromisos profesionales y personales y

¹ Así lo argumentó mediante comunicaciones de 9 y 14 de mayo de 2002, en las que no expresaba la causa de esa imposibilidad, que fue posteriormente identificada por el representante de los Estados Unidos Mexicanos como "*circunstancias personales y de trabajo*". Véase al respecto página 9 de la transcripción correspondiente al 20 de mayo de 2002.

² Referencia a la página 23 vuelta de las transcripciones correspondientes al 20 de mayo de 2002.

³ El representante de la demandada pretendió restar importancia a la negativa de la Maestra Carabias argumentando el escaso interés de esta parte actora en su declaración, limitada a la formulación de una única pregunta (Véase la página 9 de las transcripciones correspondientes al día 21 de mayo de 2002). Posiblemente olvidase el letrado contrario que no se trataba de presentar interrogatorios escritos con las preguntas a formular al testigo, sino de identificar el asunto sobre el que interesaría interrogarlos ("*los puntos sobre los cuales versará la declaración de dichos testigos*", según el párrafo XVI.5 del Acta de 7 de mayo de 2001), y que con referencia a la Maestra Carabias, el punto identificado por esta parte actora se refería, ni más ni menos, que al cumplimiento de la normativa por parte del Confinamiento CYTRAR y a la inexistencia de riesgos para la salud en su operación.

remitiendo al Tribunal a la declaración de otros funcionarios que tendrían competencia específica dentro de la Secretaría de la que la Maestra era titular. No entraremos a valorar la actuación del máximo responsable de una Secretaría (equivalente en otros países a un Ministerio), que se exime del conocimiento de hechos y actuaciones sucedidos en su ámbito de competencia, remitiéndose a la declaración de funcionarios de menor rango, con el argumento de encontrarse implicados más directamente. Simplemente recordar que en el presente arbitraje, como esgrime repetidamente la representación contraria, no nos encontramos ante un litigio que enfrenta a particulares, sino ante un conflicto en el que una de las partes son los Estados Unidos Mexicanos y por eso, llamamos a declarar a sus funcionarios. No obstante, según parece, no todos estos funcionarios o todas las personas que ocuparon los cargos más relevantes comparten la relevancia del conflicto.

Finalmente, tampoco atendió el requerimiento de esta parte la persona que había ocupado el cargo de Delegado de la Procuraduría Federal para la Protección del Medio Ambiente en el Estado de Sonora. Esto es, el Delegado de PROFEPA correspondiente al lugar donde se encontraba CYTRAR. En este caso, el Sr. Morachis ni siquiera dió razón de su negativa.

Esa parte se ha abstenido de solicitar la declaración escrita de las citadas personas que declinaron su comparecencia ante el Tribunal, no sólo porque ya lo había intentado previamente sin éxito, al presentar su memorial de demanda, sino porque el interés de tales declaraciones era la inmediatez y espontaneidad, incompatible con esa respuesta escrita a un cuestionario conocido de antemano.

Ahora bien, la actora considera que el peso y la obligación de hacer concurrir a esas personas a presencia del Tribunal Arbitral competía a los propios Estados Unidos Mexicanos y que, en suma, la negativa a declarar de quiénes tan alto grado de responsabilidad tenían en los hechos sometidos a arbitraje, nunca podrá perjudicar al inversor extranjero que resultó dañado por tales actos, sino, por el contrario, al Estado que debería, cuando menos, haber propiciado las declaraciones de autoridades relevantes en descargo de sus propias actuaciones.

Tras estas consideraciones previas y habida cuenta la inevitable extensión del escrito llamado a recoger las alegaciones de cierre, estimamos necesario ofrecer una visión global inicial de los hechos sometidos al arbitraje, que no por simples y concretos han resultado menos dañosos para esta empresa.

La exposición más detallada que se recogerá a lo largo del escrito, con anotaciones y referencias a documentos, declaraciones y demás puntos relevantes, permitirá contrastar todas y cada una de las afirmaciones que seguidamente se vierten, así como precisar las consecuencias en Derecho aplicable derivadas de esas actuaciones, y en

ocasiones omisiones, atribuibles e imputables siempre a los Estados Unidos Mexicanos.

En este análisis introductorio hemos de comenzar manifestando la sorpresa de esta parte demandante ante lo que, si no fuera por los gravísimos perjuicios ocasionados a esta empresa, pudiéramos considerar un simple malentendido.

Tras haber realizado una inversión en el mes de marzo de 1996, haberse visto privada de la misma en noviembre de 1998, haber presentado reclamaciones inatendidas durante el año 1999, haber instado el presente arbitraje en julio de 2000, y llevar desde ese momento empeñando esfuerzos y medios en procurar que se reconozcan los derechos de esta parte, ilícita e ilegítimamente lesionados, tuvimos que llegar al mes de mayo de 2002, y en concreto a la audiencia celebrada el día 21, para escuchar que el cierre del Confinamiento CYTRAR operado en virtud del Oficio de no renovación de 25 de noviembre de 1998, habría estado motivado por el interés del INE de ayudar a esta empresa.⁴

Ciertamente, si esa fue la finalidad perseguida por la Directora General del INE, y no dudamos de sus intenciones que ha sabido expresar con convicción y emoción, esta parte lamenta, aún en mayor medida que al comienzo, el haberse visto abocada al presente arbitraje.

Es lastimoso el tener que acudir a un procedimiento judicial o arbitral para que a uno le reconozcan derechos frustrados o le reparen daños maliciosamente causados. Pero, el lamento se acompaña de incomprensión e impotencia, cuando el protagonista de la infracción, manifiesta que la ha cometido con toda su buena intención, con el fin de ayudar al perjudicado.

A la vista de esas manifestaciones de la Doctora Cortinas ya podemos entender otras declaraciones previas que nos resultaban absolutamente incongruentes.

Alcanzamos a comprender en este momento por qué quién provocó directamente el cierre del Confinamiento CYTRAR, pudo afirmar sin sonrojo ante los medios de

⁴ Así lo expresó y con esos mismos términos la persona que firmó el citado Oficio y ocupaba entonces el cargo de Directora de Residuos del Instituto Nacional de Ecología. La Doctora Cristina Cortinas, en declaración verbal formulada ante el Tribunal Arbitral expuso: “...mi esfuerzo ese día fue para ayudar a la empresa y no para atacar a la empresa...”. Sorprendidos ante el significado de esos términos y precisando su aclaración o ratificación, los representantes de la demandante preguntaron a la Doctora Cortinas si creía que cerrar la empresa en noviembre de 1998 contribuiría a ayudarla y la sorpresa se tornó en estupefacción cuando la testigo manifestó: “En mi pensamiento sí, puesto que se lo expresé. Le dije que yo tomé en consideración en ese momento que las circunstancias de noviembre ya no eran las circunstancias de marzo y que para poder servir más al propósito de reubicarla y crear un centro mucho más ambicioso para el manejo integral de los residuos, teníamos que poner todo el esfuerzo en la reubicación y no en la operación de ese lugar”. (Véase la página 76 de la transcripción correspondiente a la Declaración de la Doctora Cortinas).

comunicación que no existía irregularidad alguna en la explotación de dicho Confinamiento que ameritase el cierre.⁵ Únicamente una autoridad que considera que el Confinamiento no incurre en causas de cierre, puede actuar con intención de “ayudar” a la empresa que lo opera. Pero, también, sólo un funcionario que tiene tan peculiar y equivocado concepto de lo que significa la ayuda, puede firmar un Oficio que deniega la renovación de una licencia con el fin de forzar la reubicación de un Confinamiento regularmente instalado.

En todo caso, no se trata de denunciar, ni de purgar en este momento una actuación particular de una persona, tan supuestamente bien intencionada como realmente errada. Se trata de enjuiciar la responsabilidad del Estado que debe responder de las actuaciones de sus autoridades y, por tal motivo, de enjuiciar y determinar las consecuencias económicas de la ilegítima privación de derechos articulada por la demandada frente a TECMED.

Como decimos, en estos momentos, todo está claro. Hemos llegado a corroborar, porque así lo ha reconocido la contraparte, que la medida de no renovación no constituía un fin en sí misma. Era el medio ideado por las autoridades públicas mexicanas para forzar la reubicación del Confinamiento CYTRAR. Como manifestó la representación letrada de la demandada, concluyendo sus argumentos y exposición: “...el problema no fue con una empresa y no fue con un inversionista, sino con un sitio específico...”⁶

Pero, si el problema era con un lugar y la intención de las autoridades era ayudar reubicando, nada mejor que dar cumplimiento al compromiso adquirido, poniendo a disposición de la empresa un lugar con licencias y garantizando la continuidad de la explotación. Es más, asumamos que ello no fuera posible y que realizados los esfuerzos reales pertinentes (lo que se puso en práctica tras el fracaso de los primeros intentos, fue una mera pantomima), no resultara factible reubicar ese Confinamiento, entonces, los Estados Unidos Mexicanos tenían la posibilidad de expropiarlo, cerrarlo o adoptar cualquier otra medida de efectos similares. Pero, un mínimo de diligencia y buena fe y el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados Unidos Mexicanos en el plano internacional, debería haberles llevado a manifestar la realidad de las motivaciones, en lugar de esconderlas tras razonamientos infundados y, principalmente, habría de haberles conducido a indemnizar al inversor por el daño

⁵ Nos referimos nuevamente a las tantas veces reiteradas declaraciones de la Doctora Cristina Cortinas en rueda de prensa celebrada el 23 de febrero de 1999, donde afirmó: “...yo creo que también debe quedar claro lo siguiente: de las irregularidades que se identificaron en esta empresa por parte de nuestra Procuraduría, ninguna de ellas ameritó el que la empresa fuera clausurada”. (La grabación correspondiente a esa rueda de prensa y su transcripción fueron aportados como Documento A 95 del memorial de demanda).

⁶ Palabras literales utilizadas por el Lic. Pérez Cano en los alegatos finales pronunciados verbalmente ante el Tribunal Arbitral el día 24 de mayo de 2002 (página 37 vuelta de la transcripción correspondiente a esa fecha).

causado por la expresada medida. Como los Estados Unidos Mexicanos no lo han hecho, optando por la más rápida, y sobre todo económica, vía de la no renovación y el cierre, han forzado a esta parte a acudir al arbitraje.

Desde ese momento, a partir del instante en que TECMED se encontró precisada de iniciar el procedimiento arbitral, se vió que aquellas buenas intenciones manifestadas por las autoridades mexicanas, se habían tornado en meros propósitos económicos y de consecución de ahorros, llegando, no sólo a negar el derecho de esta parte a obtener la compensación procedente, sino incluso, rechazando la potestad del único Tribunal que puede concedérsela.

Son muchos los hechos y detalles narrados, los documentos aportados, los informes leídos y las declaraciones escuchadas. Pero, la realidad que ahonda en todo ello no es otra que la expuesta. Esperamos y confiamos que los presentes alegatos permitan al Tribunal conocerla y contrastarla.

II. LA INVERSIÓN REALIZADA POR TECMED

II.1 TECMED COMPRÓ UN CONFINAMIENTO DE RESIDUOS PELIGROSOS EN FUNCIONAMIENTO

II.1.1 RELEVANCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES

Un hecho innegable e incontrovertido por las partes es que CYTRAR, S.A. de C.V., filial de la demandante en los Estados Unidos Mexicanos, fue propietaria de un Confinamiento de Residuos Peligrosos situado en Hermosillo y que ese Confinamiento, desde marzo de 1996 hasta noviembre de 1998, se mantuvo operativo y contó con los permisos y autorizaciones pertinentes para ser explotado por esta empresa.

Igualmente resulta incuestionado e incuestionable que fue el Oficio de 25 de noviembre de 1998, firmado por quién entonces ocupaba el cargo de Directora General de Residuos del INE, la decisión que puso fin a esa operación que se había desarrollado bajo la gestión y titularidad de CYTRAR durante treinta y dos meses, al negar la renovación de la autorización que la amparaba.

Esas son las circunstancias esenciales que ampararon la reclamación formulada por esta parte: la titularidad sobre un negocio en explotación que se vió truncado por la

actuación directa de las autoridades públicas mexicanas. Y esa realidad es en sí misma razón suficiente que ampara la reclamación formulada en el presente arbitraje. Para resolver sobre la indemnización o adecuada compensación de un bien expropiado no se requiere otra cosa más que la titularidad del afectado, la existencia del bien y la privación del derecho, y esos tres elementos concurren sin discusión en el presente supuesto.

Sucede además y por añadido que el caso de TECMED se ha visto acompañado de circunstancias de tal relevancia que demuestran la maliciosa actuación del Estado (compatible con la posible bienintencionada, pero segura negligente, actuación de alguna de sus autoridades), por lo que se ha considerado de interés para el órgano decisor procurar su conocimiento de todos estos elementos circundantes. Pero, lo adjetivo no puede restar relevancia u ocultar lo principal y entendemos que esa idea básica, con los tres elementos esenciales expuestos, bien, titularidad y privación, es la que debe encontrarse continuamente presente en la mente de todos los partícipes en el arbitraje. Por ello, aunque fallase alguno de esos elementos accesorios, y esta parte tiene el pleno convencimiento de haber acreditado la realidad y veracidad de todos los alegados, los principales subsisten y, con ellos, la obligación de indemnizar a cargo del Estado expropiante.

En este contexto, si lo principal es la titularidad de un negocio por parte de CYTRAR, S.A. de C.V., fruto de la inversión realizada por TECMED en México, lo accesorio son las circunstancias que rodean la realización de esa inversión. TECMED ha mantenido y mantiene que su inversión consistió en la adquisición de un confinamiento en explotación, en tanto que la demandada alegó infundadamente que la inversión realizada por TECMED se limitó a la compra de un predio rústico ubicado en el Municipio de Hermosillo, Estado de Sonora, con algunas construcciones.

Resumiremos seguidamente los datos incuestionables que amparan la posición mantenida al respecto por la actora.

II.1.2 TECMED ADQUIRIÓ UN CONFINAMIENTO QUE YA HABÍA SIDO OBJETO DE TRANSMISIONES ANTERIORES

Con el fin de identificar el objeto de la compra en la que se materializó la inversión inicial de TECMED en México, conviene recordar, remitiéndonos para los detalles a nuestro memorial de demanda, que el Confinamiento CYTRAR existía como tal explotación desde el año 1988.

Según quedó acreditado a través de la documentación aportada con el referido memorial de demanda, desde su origen hasta la compra por parte de CYTRAR, S.A. de C.V., el Confinamiento pasó por las siguientes titularidades:

- FORD MOTOR COMPANY que, en el año 1988, aportó los recursos pertinentes para la construcción del Confinamiento sobre terrenos aportados por la entidad PARQUE INDUSTRIAL DE HERMOSILLO.
- PARQUES INDUSTRIALES DE SONORA, organismo público descentralizado del Estado de Sonora, que obtuvo la primera licencia de funcionamiento el 7 de diciembre de 1988.
- PARQUE INDUSTRIAL DE HERMOSILLO, asimismo, entidad descentralizada del Estado de Sonora que, según informó la demandada en su memorial de contestación, fue el responsable de la operación del Confinamiento bajo la titularidad de PARQUES INDUSTRIALES DE SONORA, entre 1988 y 1995.
- ESTADO DE SONORA, que adquirió el Confinamiento CYTRAR el 6 de julio de 1995, mediante Decreto que declaró la extinción y liquidación del organismo público descentralizado PARQUE INDUSTRIAL DE HERMOSILLO.
- PROMOTORA INMOBILIARIA DEL MUNICIPIO DE HERMOSILLO (en adelante también referida como PIMH), que adquirió el Confinamiento mediante donación efectuada por el ESTADO DE SONORA, el 27 de noviembre de 1995, para transmitirlo posteriormente, el 27 de marzo de 1996, a CYTRAR, S.A. de C.V.⁷

Es de destacar que, durante el tiempo en que se sucedieron las transmisiones y titularidades indicadas, en el que un total de cinco entidades, sin contar a CYTRAR, S.A. de C.V., fueron propietarias o explotaron el Confinamiento CYTRAR, tan sólo se sucedieron dos autorizaciones de explotación.

La primera de ellas, fue la licencia de funcionamiento otorgada el 7 de diciembre de 1988 a nombre de PARQUES INDUSTRIALES DE SONORA y la segunda, la autorización de 4 de mayo de 1994 otorgada a nombre de PARQUE INDUSTRIAL DE HERMOSILLO.⁸

Esto es, durante la vigencia de la licencia primeramente otorgada, pese a que el titular del Confinamiento y de la licencia era PARQUES INDUSTRIALES DE SONORA,

⁷ La citada cadena de transmisiones figura igualmente recogida en detalle en las páginas 15 a 23 del memorial de contestación a la demanda.

⁸ Han sido aportadas copias de esta licencia y de la autorización como Documentos A 10 y A 12 con el memorial de demanda.

éste fue operado por una entidad distinta, PARQUE INDUSTRIAL DE HERMOSILLO. Por su parte, durante la vigencia de la autorización emitida en mayo de 1994 a nombre de PARQUE INDUSTRIAL DE HERMOSILLO, la titularidad del mismo perteneció a esta entidad, al ESTADO DE SONORA y a PROMOTORA INMOBILIARIA DEL MUNICIPIO DE HERMOSILLO.

Pese a que las denominaciones son similares, no podemos dejarnos confundir por esa semejanza. Se trata de entidades jurídicas diversas aunque, eso sí, todas ellas gozan del común carácter de ser públicas, unas estatales y otras municipales. En suma, la conclusión es incuestionable: resultó factible y tolerado por las autoridades competentes que el Confinamiento fuera transferido a titulares diversos, manteniendo plena vigencia las autorizaciones o licencias existentes.

Es más, hasta estos momentos, nadie ha aclarado y a la demandada competía hacerlo, qué fue lo ocurrido desde que en el mes de diciembre de 1993 finalizó el período de vigencia de la licencia de funcionamiento que en diciembre de 1988 había sido otorgada por cinco años, hasta que en mayo de 1994 se otorgó la nueva autorización. Esta última ya fue la de duración indefinida bajo cuya vigencia adquirió CYTRAR, S.A. de C.V. el Confinamiento de Las Víboras. Pero, durante ese lapso de cinco meses (diciembre de 1993 a mayo de 1994), el Confinamiento existió sin licencia o autorización de ningún tipo. Pese a este desamparo, hay que destacar que el citado Confinamiento continuaba en explotación, como lo demuestra el hecho de haber recibido residuos en fecha 1 de enero de 1994.⁹

Esto es, las mismas manifestaciones y documentación aportada de contrario, revelan la “flexibilidad” de las autoridades medioambientales mexicanas que permitieron, durante la época en que el Confinamiento CYTRAR perteneció y fue explotado por entidades públicas, la transmisión del Confinamiento manteniendo la vigencia de las autorizaciones existentes, la explotación del Confinamiento por entidad distinta a la que ostentaba su titularidad y hasta la operación del Confinamiento sin licencia, o lo que es lo mismo, con autorización caducada.

Esa cadena de transmisiones nos permite igualmente comprobar como en todas y cada una de ellas, el objeto de la transmisión fue el Confinamiento en su conjunto, como posteriormente ocurriría en la compra por parte de TECMED, y no unos bienes inmuebles individualizados.

De hecho, cuando el 31 de agosto de 1995, se firmó el Acta de liquidación de PARQUE INDUSTRIAL DE HERMOSILLO y sus bienes pasaron al ESTADO DE

⁹ Así consta en el Reporte Semestral de Residuos Peligrosos, presentado por la parte demandada como Anexo D 27 en su memorial de contestación a la demanda. Reporte del que tuvieron conocimiento la SEDESOL (Secretaría de Desarrollo Social) y la PROFEPA, según los remitentes y destinatarios de copia que obran en la comunicación de acompañamiento.

SONORA, el mismo texto del Acta indicaba entre los bienes objeto de transmisión, los permisos y licencias de CYTRAR.¹⁰

En consonancia con el contenido de esa transmisión previa, cuando el ESTADO DE SONORA realizó la donación ya mencionada en favor de PROMOTORA INMOBILIARIA DEL MUNICIPIO DE HERMOSILLO, le donó el mismo confinamiento que había adquirido de su antecesor en la titularidad: PARQUE INDUSTRIAL DE HERMOSILLO.¹¹

Pero es que, además, por si no resultasen suficientemente esclarecedores los documentos en los que se articularon esas transmisiones, el posterior Contrato de Promesa de Compraventa firmado el 20 de febrero de 1996 y al que más tarde haremos referencia, se hacía eco de esa previa transmisión del “confinamiento CYTRAR” cuando indicaba en sus expositivos que *“al pasar la propiedad del confinamiento de residuos peligrosos ‘CYTRAR’ del Parque Industrial de Hermosillo a la Promotora Inmobiliaria del Municipio de Hermosillo”*.¹² Los términos *“pasar la propiedad del confinamiento”* tienen un significado claramente distinto al de una mera transmisión de inmuebles.

Por ello, la entidad que transmitió a CYTRAR, S.A. de C.V. el Confinamiento de Las Víboras pudo hacerlo. Porque previamente lo había recibido y lo había adquirido como explotación en marcha y establecimiento mercantil de su antecesor en la propiedad, no como mero conjunto de bienes inmuebles.¹³

Pero, los antecedentes relevantes no terminan ahí. Como ha expuesto la demandada y ha documentado con las copias acompañadas a su memorial de contestación, durante esos años previos en los que las autoridades implicadas dudaban cual había de ser el destino del Confinamiento (nos referimos a los años 1991, 1992 y 1993), esas

¹⁰ Así puede comprobarse en dicho Acta que figura como Documento A 13 de los aportados con el memorial de demanda y, en particular, al citar en su enunciado general, *“Acto seguido se hace entrega de los bienes relacionados en los siguientes documentos”*, y recoge entre los mencionados anexos el no. 15 correspondiente a *“Permisos y licencias de CYTRAR”*. Por si alguna duda existiese respecto a la transmisión global del patrimonio de la entidad extinta, en el apartado final de *“Aclaraciones”* se mencionaba la entrega de *“los bienes que formaron parte del patrimonio del Parque Industrial de Hermosillo”*.

¹¹ Así se puede comprobar en el Contrato de Donación incorporado como Documento A 14 con el memorial de demanda, en el que, con remisión directa y expresa al Acta de liquidación anteriormente mencionada, se estipula la donación de los bienes muebles (un confinamiento lo es, en tanto que un predio rústico no goza de tal carácter), adquiridos por el donante en virtud de la mencionada liquidación.

¹² Referencia incluida en la Cláusula Cuarta del citado Contrato de Promesa de Compraventa que quedó incorporado como Documento A 23 del memorial de demanda.

¹³ La demandada, pretendiendo limitar la actividad de Promotora Inmobiliaria del Municipio de Hermosillo, la tilda de entidad inmobiliaria (párrafo 88 del memorial de contestación) cuando, en realidad, su objeto es mucho más amplio. Sus estatutos la habilitan para administrar desarrollos comerciales e industriales (Artículo 2º IV de los Estatutos de Promotora Inmobiliaria de Municipio de Hermosillo incorporados como Anexo D 31 del memorial de contestación a la demanda).

autoridades públicas exploraron “la posibilidad de que una empresa privada se hiciera cargo del confinamiento”.¹⁴ Y esa posibilidad explorada no era otra que la de encomendar a ese particular la administración del Confinamiento que se mantendría bajo titularidad pública. Esto es, poner en marcha una figura muy similar a la articulada posteriormente con el Contrato de Gestión firmado por PIMH y CYTRAR, S.A. de C.V., el 28 de marzo de 1996, al que posteriormente haremos referencia y que amparó una operación calificada por quien entonces ocupaba el cargo de Director General de Materiales, Residuos y Actividades Peligrosas, el Ing. Jorge Sánchez Gómez, de irregular.¹⁵ Resulta paradójico que ahora se trate de irregular lo que, según reconoce la representación de la demandada, fue una posibilidad que se estuvo barajando entre los años 1991 y 1993 como solución a la escasa operación del Confinamiento y que contó con el respaldo de las autoridades competentes.¹⁶

Los datos recogidos, descritos y contrastados vienen a confirmar que la inversión de TECMED en México, lejos de venir caracterizada por la falta de diligencia, la improvisación y la impericia que le achaca la demandada, no hizo otra cosa que seguir el procedimiento que hasta entonces se había observado en las sucesivas transmisiones del Confinamiento CYTRAR. TECMED, a su entrada en el mercado de los Estados Unidos Mexicanos, utilizó como maestro y modelo a las entidades públicas mexicanas que la precedieron en la titularidad del Confinamiento CYTRAR y se limitó a seguir los pasos previamente andados por las mismas.

Por supuesto que TECMED se asesoró en su inversión y analizó la normativa aplicable y las prácticas seguidas en el país. Esa normativa le indicaba que las autorizaciones para operar un confinamiento eran transmisibles, ya que ningún precepto, como no fuera en exclusiva para la importación o exportación de residuos peligrosos¹⁷, limitaba esa posibilidad de transferencia. Por su parte, la práctica le demostraba, y repetidamente, que la transmisión del mismo confinamiento con su autorización había sido un negocio habitual y hasta puesto en práctica por entidades dependientes de la administración pública, tanto estatal, como municipal. ¿Por qué desconfiar? ¿Para qué mayores cautelas?

¹⁴ Texto literal recogido en el párrafo 70 del memorial de contestación a la demanda.

¹⁵ Así lo expresó el citado Ing. Sánchez Gómez en la declaración testifical realizada por escrito y presentada por los Estados Unidos Mexicanos junto con su memorial de contestación a la demanda, en la que mencionó: “(CYTRAR) *No hubiera podido operar adecuadamente con la licencia anterior, y de hecho no pudo hacerlo durante los meses que duró el proceso de autorización: La empresa mantuvo una operación en condiciones que no eran regulares, bajo un contrato con el Ayuntamiento. Pero esto le implicaba muchas limitaciones*”. (El subrayado es nuestro).

¹⁶ Así se indica en los párrafos 70 y 71 del memorial de contestación a la demanda, citando como candidatos de este sistema a las compañías Chemical Waste Management, Olimpia Industrial y la misma Residuos Industriales Multiquim, que no es otra que la conocida RIMSA. A este respecto, son relevantes los documentos aportados como Anexo D 15, D 16, D 17 y D 18 con el memorial de contestación a la demanda, donde constan propuestas al respecto y datos que reflejan el conocimiento y aquiescencia de las autoridades medioambientales a ese sistema de operación.

¹⁷ En ese caso, la transmisión de la autorización podría dar lugar a la revocación, según el Artículo 153, fracción VIII, inciso d) de la LGEEPA.

TECMED actuó diligentemente cuando decidió y realizó su inversión inicial en México. Fueron las autoridades públicas mexicanas las que modificaron a posteriori su política y convirtieron en intransferible lo que previamente era transferible, y en temporal lo que previamente era indefinido para, finalmente, poner fin a una autorización por causas que no amparaban ese resultado en el momento en que la inversión fue realizada.

II.1.3 RESPALDO DE LA TRANSMISIÓN EN LA DOCUMENTACIÓN RELEVANTE

Si, como hemos indicado, la intención de TECMED fue invertir en un Confinamiento de residuos peligrosos en funcionamiento y la posibilidad de materializar esa inversión fue corroborada por la legislación y la práctica precedente analizada por el inversor, las actuaciones emprendidas por ese mismo el inversor fueron congruentes con su proyecto, como igualmente lo fueron entonces las de la entidad que transmitía y, posteriormente, pero sólo en un momento inicial, las del organismo que había de respaldar la operación del confinamiento (el INE).

A través de los especialistas que había contratado TECMED para analizar las posibilidades de inversión en México dentro del sector de los residuos, esta empresa conoció de la licitación del Confinamiento CYTRAR.¹⁸ Conoció igualmente TECMED que dicho Confinamiento, junto con RIMSA situada mucho más al sur, en el Estado de Nuevo León, eran los únicos confinamientos de residuos industriales peligrosos que existían en el país, supo de la política medioambiental que se anunciaba en México por parte de las autoridades competentes y que trataba de impulsar el confinamiento de residuos peligrosos, hasta entonces y aún ahora, mayormente destinados a tiraderos clandestinos, y tuvo noticias de las necesidades económicas que acuciaban al Ayuntamiento de Hermosillo y cómo eran estas necesidades el motivo de la subasta del Confinamiento CYTRAR.¹⁹

¹⁸ Según declaró el representante de la empresa en México, el Ing. Díez Canedo, TECMED había contratado a la empresa mexicana COPLADE, en la que participaba el Ingeniero Carlos Margain, quien había trabajado en actividades medioambientales y conocía el mercado. De hecho, esa empresa ya había prestado servicios a la empresa Chemical Waste Management y conocía y puso en conocimiento de TECMED, la oportunidad de negocio que suponía la subasta del Confinamiento CYTRAR. (Véanse las declaraciones del Ing. Díez Canedo que figuran en la página 3 y 3 vuelta de la transcripción correspondiente).

¹⁹ No en vano, el mismo contrato de donación por el que adquirió Promotora Inmobiliaria del Municipio de Hermosillo la titularidad sobre el expresado Confinamiento, ya expresaba (Declaración VI) que a la Promotora le resultaba “*indispensable*” obtener los bienes muebles que le eran donados por el Estado de Sonora y que esa adquisición debía realizarse por cualquier medio legal “*ya que con su adquisición resuelve sus problemas de equipamiento que actualmente afronta el Ayuntamiento de Hermosillo debido a la situación económica actual*”. En realidad, esa manifestación no hacía honor a la verdad. Lo

Esto es, TECMED, a través de su filial mexicana TECMED, TÉCNICAS MEDIOAMBIENTALES DE MÉXICO, S.A. de C.V., concurrió a una subasta en la que se licitaba un bien consistente en un negocio en explotación perteneciente al sector que tan bien conocía y en el que preveía implantarse en México, en la que la transmitente era una entidad pública municipal, con las garantías que ello le reportaba (o TECMED pensó que le reportaría) sobre la regularidad del objeto de la venta y su operación previa, en la que el bien subastado le permitiría adentrarse en un sector con una competencia francamente reducida en el país y en la que el precio de licitación se preveía moderado ante las conocidas y divulgadas necesidades financieras del ofertante y su absoluta carencia de interés, especialización y experiencia para explotarlo. En esas condiciones, TECMED acudió a la subasta del Confinamiento CYTRAR y resultó adjudicataria.

Como decimos, la documentación correspondiente a la licitación y la suscrita por CYTRAR, S.A. de C.V. abundan en la misma consideración de que se estaba invirtiendo en un Confinamiento de residuos peligrosos dotado de la correspondiente licencia y no en unos inmuebles. Repasemos muy sumariamente esos documentos por su orden cronológico:

1. El anuncio de la convocatoria de la subasta, de 17 de enero de 1996, pese a que su título refiere en exclusiva, "*Subasta Pública de bienes inmuebles*", en su texto, extiende el objeto de la subasta a los "*bienes propiedad de 'Promotora Inmobiliaria del Municipio de Hermosillo' relativos al Parque Industrial de esta ciudad*".²⁰
2. Las bases de la subasta, a las que se refería el anuncio de convocatoria anteriormente mencionado, hacían referencia expresa al objeto de la subasta como "*bienes muebles e inmuebles que constituyen el confinamiento de desechos peligrosos ubicado en el predio 'Las Víboras'*"; limitaban la participación a las sociedades cuyo "*objeto social contemple facultades para operar confinamientos de desechos peligrosos*" (Base 1); establecían la preferencia en la adjudicación de quienes contasen "*con mayores elementos para garantizar su mejor operación y desarrollo*" (Base 2); adelantaban la inclusión en la escritura de la cláusula que especificase el uso atribuido a los bienes, así como la cláusula de reversión a favor de Promotora Inmobiliaria del Municipio de Hermosillo en caso de no cumplirse dicha actividad (Base 6); contemplaban la obligación por parte del adjudicatario de incluir como

que resultaba indispensable para Promotora Inmobiliaria del Municipio de Hermosillo no era la adquisición de tales bienes o al menos no era eso lo que resolvía sus problemas económicos, sino la venta de los bienes adquiridos que le permitía allegarse esos recursos económicos tan necesarios, aunque para ello, era realmente preciso adquirirlos con carácter previo y no por cualquier medio legal, sino por el que le garantizase su adquisición a título gratuito.

²⁰

El citado anuncio quedó incorporado como Documento A 15 del memorial de demanda.

- Consejero en la entidad encargada de administrar el Confinamiento, a la persona designada por el Ayuntamiento de Hermosillo (Base 11); establecían el compromiso por parte del adquiriente de garantizar que el Confinamiento sería operado de acuerdo con las más altas normas de la materia a nivel nacional e internacional (Base 11); e imponían al licitante la obligación de presentar una propuesta de desarrollo y económica susceptible de asegurar a Promotora Inmobiliaria del Municipio de Hermosillo las mejores condiciones disponibles en cuanto a desarrollo del Confinamiento (Base 12).²¹ Las repetidas menciones al destino del bien subastado incluidas en las citadas bases, destino que no era otro que el confinamiento de residuos y la especial atención a las aptitudes del licitante para tal fin, demuestran cuán distinta era la intención del proponente de la mera subasta de un inmueble.
3. La oferta de adquisición presentada por TECMED, resultó acompañada de la propuesta de desarrollo del Confinamiento que las bases exigían y en sus Alternativas 1 y 2 (fue esta segunda la aceptada por PIMH), el objeto de la licitación fue siempre CYTRAR como conjunto.²²
 4. El Acta de entrega de ofertas correspondientes a la referida subasta (Acta Notarial de 9 de febrero de 1996), afirma y reitera que el objeto de la subasta es *“la adquisición de varios terrenos del Parque Industrial de Hermosillo, y del Confinamiento de Desechos peligrosos, ubicado en el predio ‘Las Vivoras’ de esta Ciudad, o de ambos”*, y refleja la aceptación del representante de TECMED, Ing. Díez Canedo, a las bases de la subasta, las que, según constancia recogida, hacían referencia a los *“bienes muebles e inmuebles que constituyen el confinamiento de desechos peligrosos”*.²³
 5. El Acta del Consejo de Administración de PIMH, correspondiente a la sesión de 16 de febrero de 1996, que decidió la adjudicación de la subasta, reitera nuevamente que el objeto de la misma lo integraban tanto los terrenos del Parque Industrial de Hermosillo, como el Confinamiento de desechos peligrosos (punto 3 del Orden del Día); recoge las manifestaciones del representante de PIMH quien describe el objeto de las tres alternativas presentadas por TECMED en el mismo sentido anteriormente indicado, esto es, las dos primeras por el Confinamiento y la tercera por el paquete integrado por los terrenos

²¹ Las expresadas bases han sido aportadas por la demandante, como Documento A 16 de su memorial de demanda.

²² Se acompañó copia de la referida propuesta como Documento A 17, de los presentados con el memorial de demanda. Como ya resulta conocido, TECMED presentó una triple alternativa. Las dos primeras tenían por objeto el Confinamiento. La tercera alternativa, contemplaba un objeto más amplio integrado por el Confinamiento CYTRAR y los bienes inmuebles propiedad de PIMH, por lo que el precio ofrecido por esta última era consecuentemente, más elevado.

²³ Una copia del Acta notarial de referencia quedó aportada como Documento A 19 de los presentados con el memorial de demanda.

urbanizados del Parque Industrial y por el Confinamiento de residuos peligrosos CYTRAR; se hace eco de las consideraciones formuladas por ese mismo representante que confirmó la adecuación de las propuestas a las bases de la subasta; y refleja la aprobación de la segunda alternativa presentada por esta empresa para la adquisición del Confinamiento CYTRAR.²⁴

En ese Acta, constan igualmente los condicionantes impuestos por el Consejo de Administración de PIMH, consistente, el primero de ellos, en la comprobación de la capacidad tecnológica de TECMED²⁵ y su experiencia en el ramo de residuos peligrosos. Condición únicamente entendible en el contexto de una subasta en la que resultaba ser éste precisamente (un confinamiento) el bien subastado.

6. El Acta de Consejo de Administración de PIMH, correspondiente a la sesión de 15 de marzo de 1996, en la que se constata el resultado satisfactorio del viaje e inspección a las instalaciones (confinamientos) de TECMED en España, realizados por el técnico de PIMH. Igualmente, se confirma la capacidad y experiencia del Grupo TECMED en el sector del confinamiento de residuos peligrosos, manifestando, en consecuencia, el cumplimiento de la condición anteriormente mencionada. Asimismo, en el citado Acta, consta el Acuerdo de las partes sobre la firma del ya citado Contrato de Operación, expresando que el contrato lo firmaría “CYTRAR, S.A. de C.V., empresa constituida por ‘TECMED’, Técnicas Medioambientales de México, S.A. de C.V. para la adquisición del citado confinamiento, ... con el propósito de continuar utilizando las licencias de operación del confinamiento existentes, hasta que se logren obtener las nuevas licencias a nombre de ‘CYTRAR’, S.A. de C.V.”. Finalmente, según consta en el expresado Acta, el Consejo de Administración de PIMH procedió a ratificar la adjudicación del Confinamiento en favor de TECMED a la que calificó de “empresa ganadora de la subasta relativa al confinamiento de desechos peligrosos”, aceptando que sea CYTRAR, S.A. de C.V. quien “reciba los bienes del confinamiento de desechos peligrosos” (el subrayado es nuestro).²⁶
7. El mismo Contrato de Promesa de Compraventa firmado el 20 de febrero de 1996, tan frecuentemente esgrimido por la demandada en apoyo de sus tesis, refleja la adquisición del confinamiento por parte de CYTRAR, S.A. de C.V. al recoger la declaración de PIMH acerca del objeto de la subasta como “*diversos bienes inmuebles que le pertenecen así como los bienes muebles que se encuentran en los mismos, ubicados en el Parque Industrial de Hermosillo, y el*

²⁴ Este Acta consta aportada como Documento A 20 de los presentados con el memorial de demanda.

²⁵ Incluso consta la comprobación *in situ* de la capacidad y experiencia de la adquirente, en visita realizada a las instalaciones de Valladolid por parte de técnicos de PIMH.

²⁶ Este Acta quedó incorporado como Documento A 21 con el memorial de demanda.

confinamiento de desechos peligrosos ubicado en el predio la Viboras” (Declaración I, el subrayado es nuestro); al reiterar el Acuerdo de adjudicación adoptado por el Consejo de Administración de PIMH anteriormente referido; al pactar la transmisión en bloque, a la adquiriente, de los trabajadores adscritos al confinamiento (Cláusula Cuarta); al especificar el uso del Confinamiento particularmente para tal fin y prever su reversión en caso de dedicarse a un uso distinto (Cláusula Quinta); y al prever la explotación del confinamiento mediante el uso de las licencias existentes (Cláusula Quinta).²⁷

8. El Convenio para determinar las formas y términos del pago de las contraprestaciones derivadas del Contrato de Compraventa anteriormente citado, que fue firmado por PIMH y por CYTRAR, S.A. de C.V. el 20 de marzo de 1996. Este especial Convenio, incomprensiblemente despreciado por la parte demandada, expone con claridad meridiana la estructura de la operación y la dinámica de facturación y pagos a los que más adelante haremos referencia.

En el citado Convenio, los bienes transmitidos por PIMH en favor de CYTRAR, S.A. de C.V. (esto es, todos los integrantes del confinamiento) se desglosan en tres bloques:

- a) los terrenos y las construcciones, contemplados en la cláusula primera.
- b) la maquinaria y equipo, contemplados en la cláusula segunda.
- c) los intangibles, contemplados en la cláusula tercera.

Precisamente, esos intangibles de la cláusula tercera, nos son otros que las licencias, estudios de impacto ambiental y demás elementos de tal carácter descritos en la factura de 24 de julio de 1997 a la que posteriormente haremos mención.

En definitiva, el Convenio para determinar las formas y términos de pago, recogiendo una visión general de la operación encuadrada en la subasta del Confinamiento, contemplaba los tres grupos de bienes integrados en la transmisión, precisaba e individualizaba su precio y señalaba los documentos en los que se formalizarían las operaciones de transmisión respectivas. En este sentido, los inmuebles, por exigirlo así la legislación mexicana, serían transmitidos mediante escritura pública. En tanto que los bienes muebles, ya fueran tangibles (maquinarias y equipos), como intangibles (licencias, permisos y estudios), quedarían reflejados en simples facturas. Ahora bien, dado que CYTRAR, S.A. de C.V. se había comprometido a entregar una parte del precio mediante pago en especie y esa entrega no podía hacerse al contado, en el mismo día de la firma de la escritura relativa a los bienes inmuebles y de la

²⁷ Dicho Contrato de Promesa de compraventa ha sido igualmente incorporado a estos autos como Documento A 23 de los aportados con el memorial de demanda.

emisión de las facturas correspondientes a equipos, PIMH adoptó dos cautelas. La primera, pactar la reserva de dominio de los inmuebles hasta la total terminación del relleno sanitario (pago en especie), la segunda, aplazar la emisión de la factura relativa a intangibles (licencias, permisos y estudios) hasta que CYTRAR hubiera finalizado el cierre del basurón y la construcción del nuevo relleno sanitario (pago en especie), y así se hizo.²⁸

9. La escritura de compraventa de 27 de marzo de 1996, que vino a formalizar la transmisión de los inmuebles integrantes del Confinamiento, según lo anteriormente indicado y pactado en el Convenio para determinar las formas y términos de pago.

Precisamente por formalizar tan sólo una parte de la operación, esa escritura contiene únicamente referencias a los bienes inmuebles objeto de la transmisión. Eso no significa que los inmuebles sean los únicos bienes transmitidos y que la citada escritura tenga el alcance que repetidamente pretende asignarle la demandada.

Si la escritura de compraventa de 27 de marzo de 1996 no se refiere al Confinamiento en su conjunto, ni a licencias y permisos como objeto de la transmisión, ello es debido a que contempla y materializa exclusivamente una parte de la operación: la relativa a la venta de los inmuebles que, por ley, en México, como en otros muchos países, debe formalizarse en documento público.

Aún así, esa escritura contiene importantes referencias relevantes para sustentar la transferencia del Confinamiento dentro de la operación de conjunto. El Expositivo IV de la escritura reconoce que el objeto del Contrato de Promesa de Compraventa fue el confinamiento de desechos peligrosos y que la escritura se otorga en cumplimiento de lo acordado en dicha promesa; la cláusula Quinta a) recoge la obligación del adquirente de dedicar en exclusiva los bienes adquiridos a confinamiento, con el pacto de reversión en favor de PIMH que ya existía en la escritura de promesa de compraventa; la misma cláusula contemplaba la continuidad en la operación del Confinamiento al amparo de la licencia existente y original; la cláusula Quinta c) recogía la obligación de incluir una persona designada por el Ayuntamiento de Hermosillo en la entidad encargada de administrar el Confinamiento y la obligación a cargo del adquirente de garantizar que el Confinamiento sería operado de acuerdo a las más altas normas de la materia a nivel nacional e internacional; la cláusula Séptima contenía la declaración de la vendedora, realizada a efectos fiscales, de que el inmueble objeto de la escritura había sido dedicado a confinamiento de

²⁸ El Convenio de referencia quedó aportado como Documento A 24 con el memorial de demanda.

desechos tóxicos y peligrosos durante los últimos dos años; y la cláusula Octava explicitaba que la enajenación comprendía el inmueble con todos sus usos.²⁹

10. La escritura de subsanación de la anterior, firmada el 16 de diciembre de 1996, que hace referencia expresa a los bienes intangibles transmitidos y al Convenio para determinar las formas y términos de pago (de 20 de marzo de 1996) ya mencionado, expresando que *“por un error involuntario se asentaron equivocada e insuficientemente el desglose en valores y la liquidación del Impuesto al Valor Agregado. YA QUE NO SE TOMÓ EN CUENTA LA DESCRIPCIÓN TÉCNICA de dichos bienes, es decir el levantamiento topográfico necesario y la descripción de construcciones e intangibles, ya que se facturarán por separado los bienes muebles e intangibles”* (el subrayado es nuestro). En ese sentido y con la expresada finalidad y motivo, la nueva escritura subsana la anteriormente otorgada, recogiendo la asignación como pago de los inmuebles y las construcciones de los mismos importes consignados para tales conceptos en el denominado Convenio para determinar las formas y los términos de pago.³⁰
11. Las facturas emitidas por PIMH, unas, las referidas a maquinaria y equipos, con fecha 27 de marzo de 1996 (nº 247-B, 248-B y 250-B) y otra, la relativa a intangibles, con fecha 24 de julio de 1997, a la que más adelante volveremos a referirnos.³¹

Esa factura, la número 364 de PIMH tiene por objeto *“Bienes y derechos intangibles consistentes en autorización otorgada por el Instituto Nacional de Ecología, para la operación de un confinamiento controlado, mediante la recolección, transporte, tratamiento, almacenamiento temporal y disposición de residuos peligrosos junto con esta autorización se ceden: la Autorización para uso del suelo por parte del H. Ayuntamiento de Hermosillo, Dictamen de localización de la Subsecretaría de Infraestructura Hidráulica, Dictamen favorable relativo al sitio de desechos tóxicos y no tóxicos de la Delegación de Sonora, Subdelegación de Infraestructura Hidráulica, Dictamen relativo a la localización del terreno de la Secretaría de Salud Pública del Estado de Sonora, Manifestación de impacto ambiental elaborado por CIDESON, en general se ceden todos los Estudios e Información Técnica referente a la*

²⁹ La citada escritura de compraventa fue aportada por la demandante como Documento A 25 junto con su memorial de demanda.

³⁰ La escritura de subsanación citada fue acompañada como Documento A 26 junto con el memorial de demanda.

³¹ Sobre la fecha de esta factura, la contraparte nos corrige, apuntando acertadamente que la factura es de fecha 24 de julio de 1997 y no 24 de julio de 1996, como equivocadamente había citado la actora en su memorial de demanda (párrafo 174 del memorial de contestación). Simplemente aclarar que tan sólo se trata de un error involuntario y que la fecha de emisión de la expresada factura, 24 de julio de 1997, obedece a razones fácilmente entendibles, que más adelante se expondrán

*construcción y operación del Confinamiento de residuos peligrosos conocido como CYTRAR”.*³²

No es de extrañar que la evidente claridad de la factura en la enumeración de los bienes intangibles transmitidos, genere el desasosiego y rechazo de la demandada que niega la transmisión de las licencias. Pero, ese documento existe, como lo reconoció la misma entidad que lo había emitido al solicitar su devolución,³³ sin que esa solicitud, que probablemente demuestre arrepentimiento en el emisor, implique ineficacia de la factura y de la transmisión reflejada en la misma.

12. El Contrato de prestación de servicios de administración, firmado por PIMH y CYTRAR, S.A. de C.V. el 28 de marzo de 1996, que garantizó la continuidad en la explotación del Confinamiento tras la adquisición por la filial constituida por TECMED al efecto; amparó la operación del mismo bajo la titularidad de CYTRAR, S.A. de C.V. y con respaldo en la autorización otorgada en mayo de 1994 (existente en el momento de efectuarse la transmisión); y precisó su ámbito temporal de vigencia por todo el tiempo que hubiera de transcurrir hasta que CYTRAR, S.A. de C.V. obtuviera del Instituto Nacional de Ecología y de las autoridades estatales y municipales los permisos y autorizaciones necesarios para operar directamente el Confinamiento. (Cláusula Décimo Primera).³⁴
13. Es mas, la adquisición del Confinamiento se encuentra igualmente presente en la terminología utilizada por el experto económico contratado por la demandada para realizar el informe de valoración de CYTRAR. Informe en el que el citado experto indica *“Cuando TECMED hizo la oferta para adquirir el confinamiento en 1996, lo hizo con la expectativa de operar con una licencia de ‘vigencia ilimitada’, de hecho durante el curso de ese año operó con una licencia de este tipo”*.³⁵ (El subrayado es nuestro).

En suma, todos los expresados documentos contienen menciones, expresiones y estipulaciones que demuestran claramente que PIMH no transmitió exclusivamente, y que TECMED y CYTRAR, S.A. de C.V. no adquirieron exclusivamente, unos inmuebles y unas construcciones.

Lo que se vendió y se compró fue un confinamiento en marcha y por eso se hablaba de bienes muebles, junto con los inmuebles; por eso se incluían continuas referencias al

³² Las expresadas facturas han sido aportadas como Documentos A 27, A 28, A 29, A 30 y A 31 junto con el memorial de demanda.

³³ Así lo recoge la demandada en los párrafos 175 y 176 del memorial de contestación a la demanda, a los que más adelante volveremos a hacer referencia

³⁴ El citado Contrato ha sido acompañado como Documento A 33 junto con el memorial de demanda.

³⁵ Véase página 48 del Análisis y Valuación aportado como Anexo D 173 con el memorial de contestación a la demanda.

“confinamiento” en su conjunto; por eso se mencionaba el uso que el inmueble había tenido en el pasado y que se obligaba al adquiriente a mantener ese mismo destino; por esa razón se exigía la solvencia y experiencia del comprador en ese campo; por eso se pactaban mecanismos para garantizar la continuidad de la operación; y, por eso, en suma, se facturaba la transmisión de unos intangibles consistentes en la licencia o autorización de explotación.

La demandada, haciendo referencia a una concreta cláusula de la Escritura de Compraventa que se refiere a las actuaciones que competen a la adquiriente en los trámites relativos a los permisos,³⁶ alega que los bienes transmitidos fueron únicamente inmuebles y construcciones y que TECMED conoció y aceptó que había de solicitar una nueva autorización, por no resultar transmitida la anterior.

Hemos visto que las partes firmaron textos en los que expresamente se precisaba la transmisión del confinamiento y de las licencias. En ese contexto, el sentido de la referida cláusula del Contrato de Compraventa no puede ser otro que el que las partes voluntariamente quisieron darle. Esto es, el de asumir la adquiriente la realización de los trámites necesarios para que las autoridades competentes recogiesen el cambio de nombre en la autorización que había sido transmitida. De hecho, esa misma escritura de compraventa contemplaba la posibilidad de que la adquiriente no pudiera conseguir la constancia de ese cambio de nombre en la licencia, obligándose la vendedora, en tal caso, a poner en marcha el mecanismo adecuado para que continuase la explotación del confinamiento, *“utilizando la licencia existente y original”* (Cláusula Quinta a)).

Eso es, la redacción de la escritura de compraventa que, recordemos, contemplaba exclusivamente la parte de la operación consistente en la adquisición de inmuebles, puede ser más o menos precisa o afortunada, al regular las responsabilidades de las partes en cuanto a autorizaciones o licencias. Pero, donde no existe imprecisión alguna y la redacción de esta escritura y de todos los documentos precedentes y subsecuentes es clara y palmaria, es en que el objeto de la transmisión es un confinamiento en funcionamiento, que su operación va ser continuada y que de no resultar ello posible por alguna circunstancia extraordinaria, la compra quedaría resuelta.

En suma, se adquirió un confinamiento en marcha como ya lo habían adquirido las entidades públicas que precedieron a TECMED.

³⁶ Se trata de la Cláusula Quinta d) que indica *“Los trámites relativos a la obtención de los permisos y licencias gubernamentales necesarios para la operación del confinamiento de desechos peligrosos serán realizados por cuenta y riesgo del adquirente sin responsabilidad alguna para PROMOTORA INMOBILIARIA DEL MUNICIPIO DE HERMOSILLO, en cuanto a las autorizaciones oficiales que corresponda tramitarse ante el Ayuntamiento de Hermosillo, PROMOTORA INMOBILIARIA apoyará las gestiones para su obtención”*.

II.1.4 EL PRECIO PAGADO POR EL CONFINAMIENTO

Según se ha expuesto en el memorial de demanda y conforme quedó acreditado con la documentación aportada, el Grupo TECMED, a través de su filial en México, CYTRAR, S.A. de C.V., pagó por el Confinamiento, un total de 34.155.185 \$ (TREINTA Y CUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL CIENTO OCHENTA Y CINCO PESOS MEXICANOS). Esa cantidad, resultaba distribuida entre los bienes transferidos del siguiente modo:

Valor terreno	5.500.000,00 \$
Valor construcciones	632.530,00 \$
IVA construcciones	94.879,50 \$
Valor maquinaria y equipo	237.034,00 \$
IVA maquinaria y equipo	35.555,00 \$
Valor intangibles (licencias)	24.047.988,26 \$
IVA intangibles	<u>3.607.198,24 \$</u>
	34.155.185,00 \$

El citado desglose figura en el Convenio para determinar las formas y términos de pago, firmado por PIMH y CYTRAR, S.A. de C.V. el 20 de marzo de 1996, anteriormente citado.

Según se indicaba en la Oferta presentada por TECMED, alternativa 2, el referido importe sería satisfecho parte en metálico y parte en especie.

En concreto, el importe a abonar en metálico ascendía a diez millones de pesos y el importe a pagar en especie correspondía a los veinticuatro millones ciento cincuenta y cinco mil ciento ochenta y cinco pesos restantes.

Ese pago en especie lo realizaba CYTRAR, S.A. de C.V. *“en la forma de proyecto, de construcción y asesoría a la explotación del nuevo relleno sanitario ... que comprende las instalaciones generales y su primera fase de explotación - incluye el cierre del relleno sanitario actual, trabajos valorados en \$24'155,185.00 MN”*.³⁷

Pese a la claridad de esos pactos, la demandada ha pretendido presentar ese pago en especie como un pago inexistente³⁸ y lo que resulta aún más grave, ha intentado

³⁷ Es transcripción de parte de la Declaración III del Contrato de Promesa de Compraventa de 20 de febrero de 1996, reiterada en la Cláusula Segunda del mismo y en la Cláusula Cuarta del Convenio para determinar las formas y términos de pago de 20 de marzo del mismo año.

³⁸ Esa duda vertida sobre la realidad e importe del pago en especie, aparece también en el Informe de Valoración realizado por FGA a instancias de la demandada y aportado como Anexo D 173 con el memorial de contestación a la demanda. En dicho Informe, se indica: *“Esto nos hace pensar que el monto total desembolsado tanto en efectivo como en especie, fue mucho menor de lo argumentado por*

mantener que el pago realizado por CYTRAR, S.A. de C.V. no sólo representó el precio de compra de unos inmuebles (no olvidemos que limita la adquisición de CYTRAR al predio rústico y sus construcciones), sino que también fue pago por la explotación del relleno sanitario del Ayuntamiento de Hermosillo.

Con tal finalidad tendenciosa y malintencionada, esgrime la demandada dos argumentos:

1. Que los intangibles citados en los documentos expuestos no son las autorizaciones y las licencias, sino los trabajos relativos a la construcción y cierre del relleno sanitario.
2. Que TECMED resultó adjudicataria del relleno sanitario en virtud del pago realizado por el Confinamiento.

Totalmente falso en ambos puntos.

Aún cuando el Tribunal Arbitral ya tuvo oportunidad de interrogar y oír a los testigos sobre este extremo, estimamos oportuno recoger una aclaración previa. Esto es, distinguir entre confinamiento de residuos peligrosos y relleno sanitario.

Cuando TECMED presentó su oferta a la subasta ya conocida, en el Ayuntamiento de Hermosillo existía el Confinamiento de residuos peligrosos CYTRAR,³⁹ en el que se depositaban residuos industriales, y también existía un basurón de residuos urbanos. Este último, no era propiamente un vertedero o un relleno sanitario, sino que se trataba de un lugar donde se depositaban esos residuos urbanos sin los adecuados controles. Se trataba de lo que es conocido como “basurón”. Aclaremos que los vertederos de residuos urbanos pertenecen al grupo de los rellenos sanitarios, conocidos como tales en el sector.

El objeto de la subasta a la que hemos hecho referencia anteriormente fue exclusivamente el confinamiento de residuos industriales peligrosos. No obstante, conociendo TECMED de la existencia de ese basurón de residuos urbanos, y habida cuenta su experiencia en el sector, consideró interesante ofertar a PIMH que el precio a abonar por el confinamiento de residuos industriales citado quedase integrado por una parte en metálico y otra en especie. La última consistiría en el cierre del basurón de residuos urbanos existente y en la apertura de un relleno sanitario que cumpliera las condiciones legales y técnicas oportunas. Así formuló una de las alternativas de su oferta (la 2) y así fue aceptada por PIMH.⁴⁰

³⁹ *TECMED*”. (Página 23).
Tenía ese nombre ya desde sus orígenes bajo titularidad de FORD MOTOR COMPANY y de ahí el nombre que se asignó a la empresa constituida por el Grupo TECMED.

⁴⁰ De hecho, un pago en metálico y en especie se recogían tanto en la alternativa 2 como en la 3. Pero con

El pago en especie consistió exclusivamente en el asesoramiento y construcción de ese relleno sanitario, no fue un pago por su explotación, como afirma la demandada.⁴¹

La explotación del relleno sanitario fue objeto de un concurso totalmente distinto y posterior al del Confinamiento CYTRAR. Concurso al que concurrió otra compañía del Grupo TECMED (TECMED TÉCNICAS MEDIOAMBIENTALES DE MÉXICO, S.A. DE C.V.) y del que resultó adjudicataria, previo pago del importe de las construcciones existentes que no eran otras que las que había ejecutado CYTRAR, S.A. de C.V. como pago en especie por el Confinamiento de residuos peligrosos.⁴²

Por otra parte, la demandada con una intención que no podemos considerar inocente, ha pretendido confundir los intangibles adquiridos por TECMED (licencias y permisos) con la construcción del relleno sanitario ya referida.⁴³

un alcance distinto. Como la alternativa 2 comprendía exclusivamente la compra del Confinamiento, la parte del pago en especie era más baja y comprendía exclusivamente el cierre del basurón existente y la construcción de las instalaciones generales del nuevo relleno sanitario y su primera fase de explotación. El objeto de la alternativa 3 era más amplio, comprendía tanto la compra del Confinamiento CYTRAR como la de los inmuebles propiedad de PIMH, por lo que el precio también era superior y, en concreto, la parte del pago en especie comprendía el cierre del basurón, más la elaboración del proyecto, la construcción y la asesoría para la explotación del nuevo relleno sanitario, incluyendo la construcción de las fases sucesivas en el momento de completarse la capacidad de la primera y hasta completar ocho años de operación. Esto es, el pago comprendido en la alternativa 2 abarcaba construcciones relativas a una primera fase del relleno sanitario y el de la alternativa 3 también incluía las construcciones referentes a las demás fases, hasta completarse una explotación de ocho años. Así puede comprobarse en el documento que recoge la Oferta presentada por TECMED y que fue incorporado como Documento A 17 con los presentados con la demanda.

⁴¹ Las referencias a este asunto por parte de la representación de los Estados Unidos Mexicanos son continuas y todas ellas contrarias a la verdad. Así indica: “*Lo que TECMED de México adquirió en la subasta fueron dos cosas. Un conjunto de bienes muebles e inmuebles relativos al confinamiento de desechos peligrosos y que consistieron en un terreno, en las construcciones existentes y en maquinaria y equipo... Pagó por ellos 10 millones de pesos en efectivo... En segundo lugar, adquirió la concesión de un relleno sanitario, del basurero municipal, por el que ofreció 24 millones de pesos, concesión que todavía tiene y continúa explotando... TECMED pretende convencer a este Tribunal de que ofreció por este vaso que tengo en mi mano indistintamente 19 millones de pesos, 34 millones de pesos o 59 millones de pesos. El vaso era el mismo, lo que la parte demandada propone es que eso no fue lo que ofreció TECMED de México, según pudimos constatar en el curso de esta semana. Lo que ofreció fue más bien, 10 millones de pesos por un conjunto de bienes relativos a un confinamiento y 24 millones de pesos por una concesión para un relleno sanitario que todavía tiene y todavía explota. Y la diferencia entre la segunda y la tercera alternativa estaba en el plazo de explotación de la concesión del relleno sanitario, del basurero municipal*”. Son textos literales y parciales de las páginas 27 vuelta, 28 y 28 vuelta de la transcripción correspondiente a los alegatos finales del Lic. Pérez Cano, del día 24 de mayo de 2002.

⁴² Naturalmente, existe documentación referente a ese otro concurso del relleno sanitario, que no ha sido aportada por la actora al presente proceso por entender, al redactar su memorial de demanda, que nada tenía que ver con el concurso del confinamiento de residuos peligrosos. Esta documentación se encuentra a disposición del Tribunal Arbitral para el caso de que éste estime pertinente su examen.

⁴³ Así, en el apartado b) de párrafo 111 del memorial de contestación a la demanda, indica que esos “*conceptos intangibles*” coincidían con la construcción de un nuevo relleno sanitario y la clausura del existente.

Basta leer las cláusulas tercera y cuarta del Convenio que regula las formas de pago y los textos a los que el mismo se remite, para comprobar que la operación descrita era la siguiente:

- PIMH transmitía a CYTRAR intangibles consistentes en las licencias, permisos y estudios referentes a la operación del Confinamiento y, en cuanto tal transmitente, se obligaba a expedir una factura que amparase los expresados conceptos.
- CYTRAR, S.A. de C.V., por su parte, como pago en especie ofertado en la subasta y aceptado por PIMH, se comprometía a construir un nuevo relleno sanitario para Hermosillo y clausurar el basurón existente. En consecuencia y como prestadora del servicio o ejecutora de la obra que suponía el citado pago en especie, CYTRAR, S.A. de C.V. se comprometía a entregar la pertinente factura.
- Dado que el pago en especie había de ser necesariamente aplazado y para evitar el adelanto de impuestos (pago de IVA), PIMH solicitó de CYTRAR, S.A. de C.V. y ésta aceptó, que la factura que la primera había de emitir por intangibles (licencias y permisos) no fuera emitida hasta tanto CYTRAR, S.A. de C.V. finalizase la obra que constituía pago en especie y emitiera, a su vez, las facturas correspondientes a estos trabajos. Esto es lo que se pactó en las cláusulas Tercera y Cuarta del Convenio para determinar las formas de pago y esto es lo que se llevó a la práctica al emitir la factura de 24 de julio de 1997. En consecuencia, la factura a emitir por PIMH no había de tener como concepto “*Servicios relacionados con la construcción y clausura de los rellenos sanitarios*”.⁴⁴ Ese era el servicio que había de prestar y prestó CYTRAR, S.A. de C.V. (no olvidemos que el importe consta entre su activo contable, como lo declaró el Perito Pérez de Vega) y, por tanto, era un servicio o un trabajo que debía facturar y facturó CYTRAR, S.A. de C.V.

Lo que debía facturar y facturó PIMH fueron los bienes intangibles que había entregado a CYTRAR, S.A. de C.V., consistentes en las licencias, permisos y estudios del Confinamiento. Y esas licencias y permisos ya habían sido entregados el 27 de marzo de 1996, cuando se materializó el resto de la operación. Lo que las partes hicieron el 24 de julio de 1997, no fue otra cosa que dar cumplimiento a lo estipulado en las cláusulas Tercera y Cuarta del referido Convenio para determinar las fórmulas y términos del pago. Esto es, proceder a la entrega de las respectivas facturas con la simultaneidad prevista.

Esa sencilla explicación, sirve asimismo para negar la “*irregularidad*” esgrimida de contrario sobre la citada factura y comprender por qué la factura de intangibles fue

⁴⁴ Así, lo afirma erróneamente la representación de la demanda en el párrafo 111 b) y en el párrafo 172 de su memorial de contestación a la demanda.

emitida cuando la autorización a la que se refería había quedado ya extinguida. La representación contraria pretende negar la transmisión de la licencia con base en la irregularidad de una factura que, según esa representación, habría sido emitida cuando la autorización supuestamente transmitida ya había quedado cancelada.⁴⁵

Ni la factura de intangibles fue irregular, ni la secuencia de hechos “*extraña*” o “*carente de sentido*”, como manifiesta la contraparte. Las licencias e intangibles que había de entregar la transmitente, los recibió CYTRAR, S.A. de C.V. el 27 de marzo de 1996, con el resto de los muebles e inmuebles que conformaban el Confinamiento. Su factura fue emitida por PIMH cuando así se acordó, el 24 de julio de 1997 en que CYTRAR, S.A. de C.V. dió por terminado el servicio y la obra que constituían el pago en especie del Confinamiento, representado por el cierre del antiguo y la apertura del nuevo relleno sanitario.

Por ello, en esas circunstancias reales y contrastadas, si alguna actuación irregular ha existido, ha sido la de PIMH, al solicitar la devolución de una factura regular y válidamente admitida.⁴⁶ La mera exposición de hechos que recoge la demandada sobre este aspecto es de por sí suficiente para restar cualquier valor al alegato. Pedir la devolución de una factura a los seis meses de haberla emitido, so pretexto de no haberla contabilizado y de generar en el emisor una obligación fiscal, son argumentos a todas luces inatendibles y pueriles.

Pero, no queremos ocultar al Tribunal que la misma CYTRAR, S.A. de C.V. fue destinataria de una inspección fiscal por parte de las autoridades de la Hacienda Pública mexicana y que en dicha inspección fue examinada la operación de compra del Confinamiento y la misma factura tan manida por la demandada. Las autoridades fiscales, al término de su inspección, concluyeron la inexistencia de irregularidad de cualquier tipo.⁴⁷

⁴⁵ Afirma la representación de los Estados Unidos mexicanos “*Resulta muy extraño que Cytrar, S.A. de C.V. haya obtenido la factura respectiva por concepto de la ‘autorización del INE para la operación del confinamiento’ y otros documentos relativos al mismo, especialmente cuando Cytrar, S.A. de C.V. ya había obtenido su propia autorización el 11 de noviembre de 1996, tras haber proporcionado al INE copia de los mismos documentos que la factura supuestamente ampara y que le fueron entregados a la firma del contrato de promesa de compraventa del 20 de febrero de 1996. No tiene sentido alguno que en julio de 1997 Cytrar, S.A. de C.V. haya pagado más de 24 millones de pesos, un precio muy superior al correspondiente a los inmuebles, equipo y maquinaria del confinamiento, por una licencia de operación cancelada, pues se recordará que la autorización de 11 de noviembre de 1996 expresamente canceló la de 1994 y su ampliación. Además, también se recordará que TECMED de México ofreció pagar los poco más de 24 millones de pesos en especie mediante la prestación de servicios, no en dinero*”.(Párrafo 173 del memorial de contestación a la demanda).

⁴⁶ La contraparte se hace eco de esa solicitud de devolución en los párrafos 175 y 176 de su memorial de contestación a la demanda, citando y aportando, como Anexo D 70, la carta firmada por PIMH el 16 de diciembre de 1997, requiriendo la devolución de la factura por no estar registrada contablemente en sus registros (lo que supone en sí mismo una irregularidad) y por generar a su cargo la obligación de abonar un impuesto.

⁴⁷ La citada constancia se recoge en el oficio no. 324-SAT-R1L5APam3897, de 10 de agosto de 1999, que no consta aportado hasta la fecha, por no haber tenido conocimiento esta parte de la impugnación

De lo anterior se concluye con toda claridad la realidad del pago en metálico y en especie abonado por CYTRAR, S.A. de C.V. para la adjudicación del confinamiento y resultan rotunda y eficazmente contradichas las alegaciones de la contraparte que cuestionan o niegan su realidad o cuantía.

III. LAS AUTORIZACIONES OTORGADAS A CYTRAR

III.1 TECMED SOLICITÓ Y OBTUVO EL CAMBIO DE TITULARIDAD DE LA AUTORIZACIÓN

Tras la compra del Confinamiento de desechos peligrosos, la actuación de CYTRAR, S.A. de C.V. fue congruente con lo que había considerado al presentar su oferta y firmar los documentos en los que se materializó la transmisión.

Entendiendo esta compañía que había adquirido un Confinamiento en operación, con las licencias y autorizaciones existentes y que su responsabilidad en la materia era la de solicitar que las autoridades competentes recogiesen ese cambio de nombre en los pertinentes permisos, así lo solicitó del INE.

En concreto, la solicitud se formuló a través de la carta firmada el 16 de abril de 1996, en la que se adjuntaba “*documentación relativa a la solicitud de cambio de nombre para el permiso del Confinamiento Controlado ubicado en el Parque Industrial de Hermosillo, Sonora*”; se reiteró mediante carta de 5 de junio de 1996, por la que la empresa expuso “*solicitamos atentamente de ustedes el cambio de nombre de la autorización otorgada por el INE a la nueva sociedad constituida para tal efecto, CYTRAR, S.A. de C.V.*”; se volvió a reiterar en la carta de 26 de agosto de 1996, presentada “*a fin de regularizar el cambio de Razón Social del Confinamiento Controlado CYTRAR, a nombre de CYTRAR, S.A. de C.V. ubicado en el Parque Industrial de Hermosillo*”; y se reiteró nuevamente en la carta de 5 de septiembre de 1998, cuyo objeto expresado era el de “*Regularizar ante el INE el cambio de razón social a ‘Cytrar, S.A. de C.V.’*”. (Los subrayados son nuestros). Todas las cartas mencionadas, sin excepción, fueron dirigidas al Instituto Nacional de Ecología y las dos últimas, en concreto, a su Director el Ing. Jorge Sánchez Gómez.⁴⁸ Esas cartas

realizada de contrario hasta que la demandada presentó su memorial de contestación a la demanda. Estima esta parte que los hechos referidos y el citado documento son meramente accidentales a los hechos en que se fundan las pretensiones articuladas en el presente arbitraje. No obstante, la actora manifiesta su total disposición para aportar el citado Oficio o la documentación que se estimase pertinente con referencia a esa inspección fiscal, para el caso de que el Tribunal Arbitral así lo solicitara.

⁴⁸ Se acompañaron esas cartas con el memorial de demanda, como Documentos A 35, A 36, A 38 y A 39.

fueron remitidas por la filial del Grupo TECMED en México, la ya conocida TECMED, TÉCNICAS MEDIOAMBIENTALES DE MÉXICO, S.A. de C.V., como adjudicataria del concurso.⁴⁹

También se expresó en el mismo sentido el respaldo a esos trámites ofrecido, comprometido y otorgado por PIMH. Así, mediante comunicación de 28 de marzo de 1996, sólo un día después de la firma de la escritura de compraventa y de varias de las facturas ya citadas, el Presidente Municipal de Hermosillo por aquel entonces (Ing. Gastón González Guerra) se dirigió al entonces Presidente del INE (Ing. Gabriel Quadri de la Torre), informó a este organismo de la adquisición por TECMED del Confinamiento CYTRAR y procedió a solicitarle *“de la manera más atenta, se preste a TECMED, Técnicas Medioambientales de México, S.A. de C.V. o a la empresa que ésta constituya para la operación del confinamiento, las mayores facilidades para llevar a cabo los trámites de cambio de razón social en la licencia de operación, que actualmente está a nombre de Confinamiento Controlado Parque Industrial de Hermosillo”*. (El subrayado es nuestro).⁵⁰

También fue acorde con todas esas peticiones la respuesta del INE, al menos la inicial. Esa respuesta fue comunicada mediante Oficio No. DOO. 800/4721, de 24 de septiembre de 1996, cuyo texto literal y completo es el siguiente:

“En atención a la solicitud de cambio de razón social de la empresa PROMOTORA E INMOBILIARIA DEL MUNICIPIO DE HERMOSILLO, OPD, al de CYTRAR, S.A. de C.V. de acuerdo con las recomendaciones emitidas por el Area Jurídica de este Instituto, hago de su conocimiento que habiendo cumplido con la documentación requerida por esta Dirección General, así como con los requerimientos legales que a criterio de dicha Unidad son indispensables para la realización de dicho trámite; le hago saber que a partir de esta fecha y para todos los efectos legales y administrativos a que haya lugar, la empresa CYTRAR, S.A. de C.V. ha quedado debidamente registrada en esta Dirección General a mi cargo” (el subrayado es nuestro).⁵¹

El citado Oficio fue firmado por el Director General del INE, Ing. Sánchez Gómez, como también lo fue el que vino a sustituirle con el mismo número y fecha, pero con el añadido que amparaba la entrega de una nueva autorización anual sustitutiva de la anterior indefinida.

⁴⁹ Esa circunstancia desvirtúa las manifestaciones realizadas por el citado Ing. Sánchez Gómez a presencia del Tribunal Arbitral, cuando afirmó que *“el proceso era un poco desordenado. Las comunicaciones a las que usted se refiere eran hechas por diferentes entidades. Nunca fue la misma entidad”*. (Ver la página 57 vuelta de la transcripción correspondiente a la declaración del Ing. Sanchez Gómez).

⁵⁰ La citada carta se aportó como Documento A 41 con el memorial de demanda.

⁵¹ Ese Oficio, junto con el que posteriormente le sustituyó, quedaron aportados como Documentos A 42 y A 43 con el memorial de demanda.

El lamentable, irregular e inexplicable suceso de la sustitución de Oficios ha sido ampliamente abordado en el memorial de demanda, sin que haya existido una sola manifestación de contrario, ni por parte de las autoridades públicas implicadas, que permitan dar alguna justificación admisible a ese cambio.

Esa sustitución ilegal supone en sí misma una prueba de la irregular actuación de las autoridades públicas mexicanas. Pero, no incidiremos nuevamente en ello, pues quedó extensa y suficientemente tratado.

Nos centraremos en el significado de los términos recogidos en el oficio inicial y conservados en el que vino a sustituirlo, referidos al “registro” de la empresa CYTRAR, S.A. de C.V.

Entendió esta parte, y en el único entendimiento coherente y admisible, que, solicitado un cambio de razón social en una licencia, la respuesta en el sentido de haber “*quedado debidamente registrada*” la nueva empresa, significaba el reconocimiento del cambio pedido. Esto es, su estimación.

Pero cual no sería la sorpresa de esta parte, desagradable en grado sumo, cuando casi cinco años después, hubo de conocer que, en realidad, el INE no había respondido a lo pedido, sino a otra cosa distinta, con el ánimo de “*darle un poco de oficialidad a la entidad que se iba a hacer cargo de la actividad que se solicitaba*”.⁵² Como si la “*oficialidad*” fuera algo susceptible de ser entregado por las autoridades públicas y funcionarios en “*pocos*” o “*muchos*”. Interrogado el Director General de Residuos del INE acerca del significado de los términos incluidos en el mencionado Oficio, éste respondió:

*“... para nosotros eso implicaba que estaba registrada dentro del padrón de empresas que estaban desarrollando una promoción para contar con CIMARIs. Digamos que el confinamiento era una especie de pie de playa. Pero, en realidad, eso no implicaba el que se trasladara la autorización...”*⁵³

Sorprendidos los representantes de la actora con tan novedosa respuesta, le preguntaron al Sr. Sánchez si existía tal padrón de empresas y cuál era la norma que lo amparaba. A la primera pregunta respondió afirmativamente, a la segunda, reconoció no existir norma alguna ni señalamiento en la ley.

⁵² Así se expresó el firmante del referido Oficio y Director General de Residuos del INE, Ing. Sánchez Gómez, en declaración verbal realizada ante el Tribunal Arbitral, con fecha 23 de mayo de 2002. (Véanse la página 57 vuelta de la transcripción correspondiente).

⁵³ Así consta en la página 57 de la transcripción anteriormente mencionada.

Y en el curso de esas declaraciones del Ing. Sánchez Gómez, esta parte hubo de volver a escuchar que las actuaciones procedentes del INE no tenían otra finalidad que la de ayudar a CYTRAR, S.A. de C.V.⁵⁴

A la vista de estas declaraciones del Ing. Sánchez y de su sucesora en la Dirección General de Residuos del INE, Doctora Cristina Cortinas, tal parece que TECMED tenía en el INE a su mejor aliado, una institución cuyos Directores Generales siempre se mostraban dispuestos a ayudarla. Eso sí, con peculiares auxilios. El primero, respondiendo a una solicitud con una respuesta que nada tenía que ver con lo solicitado y posteriormente, sustituyendo con artificio malabárico un Oficio por otro. La segunda, denegando la renovación de una autorización que legitimaba a CYTRAR, S.A. de C.V. para operar un confinamiento.

Ignoramos cuáles hayan sido las auténticas intenciones de esos Directores. Ciertamente, es irrelevante. Lo sustancial son sus actos y las consecuencias derivadas de los mismos.

Solicitado un cambio de nombre de una licencia, la Administración no puede responder precisamente a esa solicitud, concediendo una inscripción no pedida, en un registro inexistente y sin amparo legal. Esa explicación no sólo carece de sentido, sino que resulta inatendible. Si ello fuera admisible, ¿dónde quedaría la seguridad jurídica de los administrados? ¿Dónde ha quedado la seguridad jurídica de TECMED?

Lo que esta parte solicitó del INE, era lo procedente, lo que la experiencia anterior del Confinamiento había amparado. Lo demandado fue el cambio de nombre en la autorización, que recogiese la transferencia efectuada y que dotase a CYTRAR, S.A. de C.V. de un documento oficial que exhibir ante los contratantes de sus servicios, responsables últimos de que los residuos por ellos producidos fueran confinados en lugar legalmente autorizado.

Habiendo respondido afirmativamente el INE a esa petición, eso fue lo que concedió a CYTRAR, S.A. de C.V., a través del Oficio de 24 de septiembre de 1996. Registró ese cambio de titularidad en la licencia, reconociendo la transferencia operada en el Confinamiento.

⁵⁴ Expresó el citado Ingeniero “Nuestro afán siempre fue obrar buscando apoyar a las empresas, no solamente a TECMED sino a todas... Nunca pusimos ninguna objeción porque, como ya dije, nuestro interés consistía en afianzar esa infraestructura y en que se desarrollara como un CIMARI. Por es (sic) uno de los objetivos era darle oficialidad a las empresas y a las iniciativas que buscaban crear ese tipo de centro” (página 58 de la transcripción).

III.2 LA AUTORIZACIÓN DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1996. CAMBIOS DE POLÍTICA EN LA DURACIÓN DE LAS AUTORIZACIONES

Según se ha indicado, la realidad de los hechos demuestra que la primera actuación del INE tras la adquisición del Confinamiento por parte de la empresa CYTRAR, S.A. de C.V., fue el registro y reconocimiento del cambio de nombre operado en la licencia existente y otorgada el 20 de mayo de 1994.

Como quedó ampliamente expuesto y detallado en el memorial de demanda, ese primer acto, materializado en el Oficio de 24 de septiembre de 1996, fue irregularmente rectificado por el propio INE, que emitió un nuevo oficio, sustituyendo el anterior, con la misma fecha y el mismo número, al que se añadió un último párrafo en el que se indicaba *“En tal virtud, anexo al presente, la autorización correspondiente, con la nueva denominación social”*.⁵⁵

Al amparo de ese novedoso párrafo, el INE adjuntaba la Autorización número 26-30-PS-VII-06-96 (01, 02, 03 y 04), emitida a nombre de CYTRAR, S.A. de C.V., en la que aparecían como novedades más relevantes, su plazo de duración anual y su carácter intransferible (Condicionante General 19 de la autorización), frente al carácter indefinido y transferible de la existente al tiempo de la compra del Confinamiento por el Grupo TECMED.⁵⁶

En realidad, se trataba de una nueva autorización que vino a sustituir a la previa de 20 de mayo de 1994 (Condicionante Específica 13). En el memorial de demanda hemos analizado las condiciones relevantes de esa nueva autorización y a ese escrito nos remitimos.

En estos momentos, como parte de estos alegatos de cierre, interesa a esta parte destacar que la prueba practicada demuestra que la sustitución de la autorización de 20 de mayo de 1994 por la de 11 de noviembre de 1996, no estuvo fundada en motivaciones legalmente atendibles, sino, en todo caso, en intencionalidades políticas, luchas internas entre organismos integrados en la SEMARNAP y consideraciones subjetivas de los titulares de la Dirección General de Residuos del INE.

Esos titulares, reconocieron a presencia del Tribunal Arbitral que el paso de autorizaciones indefinidas a autorizaciones anuales estuvo motivado por el interés de las autoridades integradas en el INE de conseguir para sí un mayor control de la actividad medioambiental, cuando no un mecanismo ágil para poner término a actuaciones que pudieran resultar problemáticas o llegar a ser irregulares, estimando que los mecanismos existentes y legalmente fundados, que pasaban por las actuaciones

⁵⁵ Este es el Oficio acompañado como Documento A 43, junto con el memorial de demanda.

⁵⁶ Esta autorización fue aportada como Documento A 44 junto con el memorial de demanda.

de inspección de la PROFEPA, resultaban ser demasiado lentos y complicados.

Todo ello, esta sustancial reforma que suponía sacrificar la seguridad jurídica en beneficio de la rapidez y la eficacia, se vistió como un simple cambio orgánico o de gestión y se realizó por vía de hecho, careciendo de todo o de cualquier respaldo legal.

En el párrafo precedente se recoge tan sólo una exposición sumaria de lo que han venido a expresar con palabras claras y términos firmes dos de los Directores Generales de Residuos del INE, los que ocuparon el cargo en la época que se sucedieron los hechos narrados. Posiblemente esa seguridad de los declarantes derive de su convencimiento y de su cualificación como técnicos ajenos al mundo jurídico. No creemos que un abogado, cualquiera que sea el ordenamiento al que se encuentre habituado, hubiera podido realizar tales afirmaciones sin sonrojo.⁵⁷

En esa síntesis, no existe un ápice de aportación subjetiva a cargo de la parte actora. Entendemos que el Tribunal Arbitral recordará esas declaraciones vertidas a su presencia y que siendo sus integrantes reconocidos hombres de leyes, les habrán sorprendido tanto como a esta representación. No obstante, la relevancia de esos términos aconseja su recuerdo.

El Ing. Jorge Sánchez, que ocupó el cargo de Director General de Materiales, Residuos y Actividades Peligrosos en el INE, entre julio de 1996 y enero de 1998, y fue quién suscribió el Oficio de 24 de septiembre de 1996 y la autorización de 11 de noviembre de ese año, declaró ante el Tribunal Arbitral:

“El tema de los residuos peligrosos en México era un tema muy novedoso... Lo que se buscaba era tratar de ordenar la gestión... Lo que se pretendía era dar transparencia y certeza para aquellas empresas que pretendían hacer las cosas bien, con solvencia técnica y con atención a la normatividad. Una de las cosas que se establecieron para poder lograr esto fue, efectivamente, el dar autorizaciones por un año. Cabe aclarar que la ley en este sentido en México no establece ninguna definición al respecto, pero el hecho de que se dieran indefinidamente hacía que, como decimos en México, que se durmieran en sus laureles, y muchas veces no atendieran sus obligaciones... Una de las vías por las que se logró ordenar esto fue otorgar autorizaciones de un año porque, de esa manera, al año se revisaba el

⁵⁷ De hecho, cuando el perito jurídico designado por la demandada fue interrogado acerca de la opinión que le merecían los comentarios formulados previamente por la Doctora Cristina Cortinas, no podía creer que esa ex Directora General de Residuos hubiera afirmado lo que afirmó. El Lic. Camacho dijo: “No creo que haya dicho eso. Definitivamente no pudo haberlo dicho”. (Véase la página 19 vuelta de la transcripción correspondiente a la Audiencia del día 22 de mayo de 2002). Como veremos seguidamente, la Doctora Cortinas había manifestado expresa y claramente los términos a los que el Lic. Camacho no daba crédito.

comportamiento y el cumplimiento de la empresa y se veía si era conveniente continuar con esa autorización o había motivos por la cual ya no otorgarlo...” (Preguntado acerca de si existía otro sistema, aparte de las autorizaciones anuales, que evitase el que las empresas se durmieran en los laureles, respondió del declarante) *“Difícilmente no, aunque existe aparentemente la alternativa de la ejecución por parte de la entidad que le tocaba aplicar la ley, en este caso, la PROFEPA. Sin embargo, era muy difícil retirar la autorización a una empresa si no había elementos que permitieran verificar con claridad que estaba cumpliendo. El poder retirar autorizaciones es un trámite muy complicado... La función del INE era simplemente establecer la normatividad y definir los procedimientos de la regulación, porque la parte de la actuación de las empresas le corresponde a otra entidad. Sin embargo, nosotros sí veíamos con preocupación que se estaban cometiendo malos manejos en cuanto a la gestión de residuos peligrosos... En realidad, los criterios que se establecieron para otorgar autorizaciones de un año simplemente tenían el objetivo de dar certeza y orden al manejo de los residuos sin profundizar en todos los cambios y ajustes que en ese momentos se estaban dando en el marco de la ley”.⁵⁸ (Los subrayados son nuestros).*

Por su parte, la Doctora Cristina Cortinas, sucesora en el cargo del Ing. Sánchez Gómez y titular de la Dirección General de Materiales, Residuos y Actividades Riesgosas en el INE, desde enero de 1998 a diciembre de 2000, declaró que los cambios sucedidos en la duración de las autorizaciones fueron debidos *“Al proceso de mejora regulatoria en el cual estábamos inmersos, en donde se preveía que se iniciara el proceso de desconcentración de autorizaciones”* y cuestionada acerca de la existencia de eventuales modificaciones legislativas que amparasen dichos cambios, la Doctora Cortinas respondió *“Mi respuesta no es un cambio de tipo legislativo, sino un cambio de política administrativa, insisto, en el marco de un proceso de mejora administrativa...”* Más adelante, añadió *“Entonces, es en base a ello que se estableció el procedimiento de manera paulatina para poder asegurarse que el desempeño de la operación de nuevas instalaciones con nuevas tecnologías pudiera ser aquel que garantizara la seguridad de esos procesos”*. Es más, siguiendo adelante con su declaración, la Doctora Cortinas declaró *“... estamos en un proceso y, como tal, nadie dice que iban a quedarse con autorizaciones con una duración temporal. Pero, justamente, lo que estamos tratando es de establecer esas condiciones que permitieran después tener una visión de cómo lograr ese nivel de seguridad mediante otro tipo de instrumentos que sustituyeran a las licencias temporales... estábamos en un proceso de desarrollo de nuestra legislación ambiental y que sabíamos que la posibilidad de*

⁵⁸ Las palabras entrecomilladas son transcripción literal y parcial de la declaración realizada por el Ing. Sánchez Gómez ante el Tribunal Arbitral, con fecha 23 de mayo de 2002 y obran en las páginas 53, 53 vuelta, 54 y 55 de la transcripción correspondiente.

que pudiéramos, una vez otorgada una autorización indefinida, retocarla o clausurarla era someterlo a procesos que eran sumamente litigiosos y complejos. Poro eso, ... nos dimos la posibilidad de poder contar con otro instrumento que nos fuera mucho más fácil de aplicar...” (los subrayados son nuestros).⁵⁹

Del conjunto de esas declaraciones se desprende que en determinado momento, según parece coincidiendo con la llegada de TECMED, y cuando habían transcurrido pocos meses desde el inicio de la explotación de CYTRAR, allá por los meses de octubre/noviembre de 1996, el INE decidió modificar su política de autorizaciones.

El INE observó la experiencia y concluyó que el procedimiento de inspección y vigilancia previsto en las leyes no era satisfactorio, que los procedimientos de investigación y posterior sanción que habían de abrirse no eran útiles porque las garantías que reconocían a los administrados los hacían lentos e ineficaces. Así, como reacción frente a esas circunstancias y con el ánimo de reforzar el control y autodotarse de instrumentos expeditivos, el INE ideó la temporalidad de las autorizaciones, decidió pasarlas de indefinidas a anuales para, de ese modo, tener la capacidad, al menos una vez al año, de poner fin a una explotación que le plantease cualquier género de duda. Esto es, sustituyó el mecanismo legal que tilda de “*muy complicado*” (palabras textuales del Ing. Sánchez Gómez) por otro mucho más sencillo y ágil, consistente en denegar la prórroga o renovación de una autorización y de este modo, poner fin a la operación.

Y esa tarea que, más que cambio de política, engendró una auténtica revolución, se llevó a cabo sin el más mínimo respaldo en lo que habría sido una imprescindible reforma legislativa que nunca existió. Con la mera excusa de que la ley no menciona expresamente la duración de las autorizaciones y, en consecuencia, lo mismo ampara autorizaciones indefinidas, como fueron las concedidas hasta entonces, como autorizaciones temporales (hasta autorizaciones de una hora o dos segundos, como expresó el perito en Derecho Mexicano designado por la demandada, en una manifestación absolutamente antijurídica, que siembra, cuando menos, la duda acerca del valor que pueda atribuirse al informe).⁶⁰

Por su parte, la representación letrada de la demandada, consciente de la imposibilidad de fundar, ni siquiera mínimamente, en Derecho tal argumento, pretendió apoyar el cambio de autorización en el impulso que CYTRAR, S.A. de C.V. imprimió a la explotación del Confinamiento tras adquirirlo.

⁵⁹ Las frases entrecomilladas recogen literalmente las declaraciones formuladas por la Doctora Cortinas ante el Tribunal Arbitral en la audiencia de 21 de mayo de 2002 y figuran en las páginas 60, 60 vuelta, 61 vuelta, 66 y 67 de la transcripción correspondiente.

⁶⁰ Remitimos a la transcripción de las manifestaciones realizadas por el Lic. Camacho en el curso de la audiencia celebrada el 22 de mayo de 2002 y, particularmente, a la página 26 vuelta y 27 de la correspondiente transcripción.

Así dedicó una buena parte de su memorial de contestación a exponer que el Confinamiento estaba siendo explotado en volúmenes muy bajos cuando su titularidad se mantuvo en manos de las distintas entidades que precedieron a CYTRAR, S.A. de C.V. Razón por la que la explotación comercial y más intensa que el nuevo titular proyectaba imprimirle, habrían aconsejado y justificado un cambio en la autorización.

A este respecto, no hará falta abundar en explicaciones cuando es conocido que, al margen y con independencia del grado de utilización que sus predecesores le estuvieron dando, lo cierto es que la autorización de 1994 en vigor al materializarse la compra por el Grupo TECMED, amparaba un nivel de explotación muy superior y, por supuesto, contemplaba los volúmenes y usos confinados por CYTRAR, S.A. de C.V.

Siendo así, la explotación de un confinamiento en niveles inferiores a los autorizados, si alguna valoración o juicio merece, ha de ser necesariamente negativo, especialmente teniendo en cuenta los datos relevantes y preocupantes acerca del destino de los residuos industriales en México. Pero, nunca puede ser argumento que justifique la necesidad de nueva autorización cuando, por fin, el nuevo titular se decide a destinarlo al uso para el que ya se encuentra autorizado y dentro de los límites de esa autorización. Esa justificación esgrimida por la representación procesal de la contraparte fue una mera excusa para encubrir la intencionalidad real reconocida por las mismas autoridades que pusieron en práctica dichas conductas.

Esta parte no ha solicitado del honorable Tribunal Arbitral que efectúe declaración alguna acerca de la licitud o ilicitud, legalidad o ilegalidad del acto que supuso la emisión de una autorización temporal (de un año) en sustitución de otra indefinida. Ha mantenido que, aún con autorización temporal, continuó la explotación del Confinamiento. Ahora bien, ahora conoce y las altas autoridades del INE le han confirmado, que ese cambio obedeció a una intención expresa de asignar nuevos controles carentes de respaldo legal y desprovistos de las más elementales garantías hacia los administrados. La actora estima que esas circunstancias que reconocidamente se encuentran en el origen de la nueva política que le fue aplicada a modo de ensayo, son de relevancia extrema y han de ser conocidas y analizadas por quién tiene la misión de juzgar.

III.3 LA AUTORIZACIÓN DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1997.

Al término de la vigencia de la autorización referida en el epígrafe anterior, la que había sido otorgada el 14 de noviembre de 1996, CYTRAR, S.A. de C.V. solicitó su prórroga, conforme a lo previsto en el Condicionante General 19 de la misma.

En respuesta a esa solicitud, el INE le respondió, primero, concediéndole una prórroga de treinta días, y más tarde, otorgándole una nueva autorización la N° 26-30-PS-VIII-02-97 (01, 02, 03 Y 04), de 19 de noviembre de 1997.

Como en el caso anterior, las principales características de esa nueva autorización ya fueron analizadas en el memorial de demanda, destacando como más relevante el hecho de tratarse de una autorización nueva (no era prórroga de la anterior), sin duración definida, pero con la previsión de que podía ser renovada anualmente a solicitud expresa del interesado (Condicionante General 4). Se mantuvo el carácter de intransferible ya concurrente en la autorización de 1996, que no en la inicial, y se añadió, además, el de inalienable (Condicionante General 3).

Sin perjuicio de la remisión expresa y de conjunto a lo indicado con carácter general en el memorial de demanda, esta parte considera pertinente recoger en los presentes alegatos de cierre la improcedente actuación del INE que, injustificadamente, sustituyó la autorización de 1996, que ya había resultado improcedente en sí misma, por una autorización nueva, en lugar de proceder a su prórroga como estaba previsto en el texto de la autorización precedente.

Sólo ahora, tras la declaración formulada por la autoridad que firmó los documentos correspondientes, conocemos que el objetivo de esa sustitución no fue otro que el de reforzar aún más los controles ideados por el INE y carentes de respaldo legal.

Así, cuestionado el Ing. Sánchez Gómez acerca de los motivos por los que se otorgó una primera prórroga por plazo de un mes,⁶¹ imputó toda la responsabilidad a la empresa, manifestando que la solicitud de prórroga se había presentado tardíamente y además iba acompañada de otras peticiones que suponían ampliación o modificación de la actividad a realizar.⁶²

Esta parte rechaza, por infundada, la imputación formulada por el Ing. Sánchez Gómez. Es voluntariamente erróneo que la petición de prórroga fuera formulada de forma tardía. La autorización de 11 de noviembre de 1996 vencía el 11 de noviembre

⁶¹ Tras las manifestaciones del Perito Lic. Camacho, podemos sentirnos satisfechos, pues parece que la prórroga también podía haberse concedido por una hora o por dos segundos.

⁶² Exactamente, el Ing. Sánchez Gómez declaró: *“Al término de su actividad en ese año la empresa solicitó ampliar sus actividades no solamente el confinamiento sino otras secciones más. Cuando nos presenta eso damos una autorización temporal de treinta días porque estábamos evaluando esa información para sustentar lo que ellos pedían que era una ampliación en una serie de actividades. Si no hubiéramos dado una autorización de treinta días para tener ese tiempo de valoración, ya que la empresa hizo la solicitud de renovación casi con la fecha en que fenecía esa autorización, hubiera quedado en el aire, hubiera quedado sin autorización. Y esos tiempos ya eran un poco críticos y había algunas demandas ciudadanas. Esta era una forma de proteger a la empresa para que pudiera seguir operando y no pudiese haber una situación en la cual se pudiera objetar a la empresa que seguía trabajando sin autorización”*. (Véase la página 58 vuelta y 59 de la transcripción correspondiente a la declaración del Ing. Sánchez Gómez).

de 1997 y CYTRAR, S.A. de C.V. solicitó la prórroga con un mes de antelación al vencimiento.⁶³ Ciertamente que aquella autorización de 11 de noviembre de 1996 no establecía el plazo de antelación con el que había de solicitarse la prórroga, pero sí lo hizo la posterior de 14 de noviembre de 1997 (Condicionante General 4) y ese plazo no era otro que el de treinta días. Plazo que, en consecuencia, debe estimarse prudente y suficiente, al haber sido establecido por el mismo INE. Fue ese plazo el respetado por CYTRAR, S.A. de C.V. cuando pidió la prórroga de la autorización de 1996.

Por lo demás, si CYTRAR, S.A. de C.V. solicitaba asimismo, junto con la prórroga, la ampliación de operaciones, el INE no tenía porque limitar la temporalidad de la prórroga mientras analizaba esa ampliación. Le bastaba prorrogar normalmente la autorización para realizar el mismo tipo de actividades y decidir posteriormente si facultaba a CYTRAR, S.A. de C.V. para operar el Confinamiento con la ampliación solicitada.

Ahora bien, si la prórroga mensual que, según el Ing. Sánchez Gómez fue otorgada para ayudar a la empresa, resultó injustificada, qué decir de la sustitución de esa prórroga prevista (en cuanto prórroga, no en su duración de un mes) en la autorización de 11 de noviembre de 1996, por una nueva autorización renovable. En este caso, la sorprendente justificación que ofreció ese Director General del INE fue el tratarse de “un concepto mucho más fácil de manejar” (el subrayado es nuestro).

Así, y en una declaración en la que no cabe desperdicio, el Ing. Sánchez Gómez, interrogado acerca del motivo por el que la autorización de 11 de noviembre de 1997 se hubiera otorgado con carácter novatorio, en lugar de presentarse como prórroga de la autorización previa, el citado Ingeniero expresó, en un primer término, que se otorgó a la empresa nueva autorización por un año dado que había solicitado permiso para ampliar esa operación. Ahora bien, cuando la representación de la actora insistió en la explicación, habida cuenta que, pese a lo solicitado, la autorización concedida se limitaba a amparar las mismas actividades previamente desarrolladas, el Ing. Sánchez Gómez reconoció la auténtica intencionalidad perseguida con la autorización nueva, declarando que “... la renovación es un concepto mucho más fácil de manejar para poder no dar una autorización si es que la empresa no está cumpliendo”. (el subrayado es nuestro). Perpleja con la respuesta, esta representación buscó la aclaración del testigo, preguntándole si esa afirmación recién realizada era correlativa con otra previa en el sentido de que revocar autorizaciones era un trámite muy complicado, y el declarante, sin un segundo de duda, respondió espontánea y contundentemente que “de alguna manera sí”.⁶⁴

⁶³ Así consta en la respuesta que le dirigió el INE mediante Oficio No. DOO-900/006852, de 16 de octubre de 1997, acompañado como Anexo D 76 con el memorial de contestación a la demanda.

⁶⁴ Véase las páginas 59 vuelta y 60 de la transcripción correspondiente a la declaración del Ing. Sánchez Gómez

Esto es, no satisfeceras las autoridades del INE con la simplicidad y eficacia de los mecanismos de control que habían ideado y puesto en práctica con las autorizaciones de duración anual, decidieron dar un paso más. Estimaron que con las autorizaciones anuales prórrogables quizás se habían quedado cortos. Que una prórroga suponía extender la vigencia de una autorización ya existente. En esas condiciones, mejor otorgar autorizaciones nuevas cada año y someter así a la empresa a controles anuales que estimaban mucho más libres. Todo ello sin respaldo legal de ningún tipo.

Según hemos indicado y mantenemos, tampoco solicita esta parte que el Tribunal Arbitral se pronuncie acerca de la legalidad o ilegalidad, licitud o ilicitud de esa nueva autorización otorgada el 19 de noviembre de 1997, aunque podía hacerlo.

Ahora bien, la motivación que presumíamos al presentar el memorial de demanda y que ha venido a confirmar la declaración testifical del Ingeniero Sánchez Gómez, firmante de las autorizaciones referidas, demuestra que lo ocurrido finalmente con el Confinamiento CYTRAR, cuando el Oficio de 25 de noviembre de 1998 provocó su cierre, no fue otra cosa que el último hito de un proceso alevoso y preintencionado que se inició al poco de materializarse la inversión de TECMED en el confinamiento CYTRAR.

No es cierto que existiera causa legítima para privar a TECMED del Confinamiento objeto de su inversión. Simplemente, los Estados Unidos Mexicanos, a través de las autoridades que estaban al frente del INE, pusieron en marcha aquel mecanismo “*mucho más fácil*” que habían ideado y patentado para el caso de que hubieran de enfrentarse a problemas políticos o sociales por completo ajenos al Confinamiento y a su operador.

No en vano, al tratar de la prórroga por treinta días, el Ing. Sánchez Gómez ya había apuntado que comenzaban a vislumbrarse problemas sociales, que “*esos tiempos ya eran un poco críticos y había algunas demandas ciudadanas*”⁶⁵

A la vista de las denuncias que las llamadas ONGs venían presentando ya por esas fechas,⁶⁶ parece que la mención del Ingeniero Sánchez peca de tímida y modesta. En

⁶⁵ Véase la página 59 de la transcripción correspondiente a la declaración de Ingeniero Sánchez Gómez.

⁶⁶ Esas denuncias han sido aportadas por la misma demandada, como Anexos D 81 (Denuncia presentada el 8 de noviembre de 1997 por la Alianza Cívica de Hermosillo frente a SEMARNAP), D 82 (Denuncia presentada el 10 de noviembre de 1997 por la misma Alianza Cívica de Hermosillo y también ante la SEMARNAP). En esas denuncias, que catalogaban el confinamiento de tierras de Alco Pacífico como importación prohibida de residuos, ya se solicitaba la “cancelación” de la autorización para operar el Confinamiento CYTRAR. Sobre este particular y claramente ilustrativas de la presión social existente por aquel entonces, son las noticias de prensa publicadas bajo títulos tales como “Toneladas de plomo sepultadas. Contaminación clandestina en Hermosillo” (La Onda, junio de 1997), “Contra escoria” (Primera Plana, 5 noviembre 1997), “Predomina plomo en tierra tóxica” (El Imparcial, 7 noviembre 1997), “Piden suspender el Cytrar” (8 de noviembre de 1997), “Solicitarán a PROFEPA datos de Cytrar” (12 de noviembre 1997), “Exigen suspender el traslado de residuos procedentes de Tijuana”

realidad, ya en esa época, las autoridades mexicanas se enfrentaban a una seria oposición social por completo ajena a la operación de CYTRAR, S.A. de C.V., que temían iría en aumento y, precisamente ante ese temor, inventaron, diseñaron, ensayaron y aplicaron sobre TECMED esas medidas e instrumentos “*mucho más sencillos*” de control y revocación.

IV. EL “ACUERDO DE REUBICACIÓN”

IV.1 ORÍGENES DEL “ACUERDO DE REUBICACIÓN”

Avanzando lo que más adelante se tratará al abordar las circunstancias concurrentes a la denegación de renovación de la licencia, es éste el momento de analizar lo que se ha dado en llamar “acuerdo de reubicación”.

Según expuso esta parte en el memorial de demanda y se ha podido ratificar a través de las declaraciones testificales, el “acuerdo de reubicación” implicó todo un proceso de planteamientos y conversaciones, originado en el ámbito de la administración municipal, trasladado posteriormente a la estatal y asumido en último término por la federal, que exclusivamente desembocó en auténtico acuerdo en una etapa final, cuando el “acuerdo” fue presentado como un hecho a CYTRAR, S.A. y a TECMED y aceptado por estas empresas.

Hemos de resaltar que un elemento consustancial de la reubicación es el de la ausencia de incumplimientos, irregularidades o infracciones en la operación del Confinamiento CYTRAR. Una empresa que incumple no es reubicada. Sencillamente se le veda la operación en cualquier lugar.

El proceso de reubicación surgió como posible solución a las protestas sociales que sostenían el riesgo que el Confinamiento supuestamente generaba para la Comunidad Hermosillense, como consecuencia de su cercanía a la mancha urbana. Las autoridades mexicanas mantuvieron en todo momento que esa cercanía no suponía riesgo para la salud pública y que el requisito de la distancia de 25 Km, existente en la legislación medioambiental mexicana, no era aplicable al Confinamiento CYTRAR que había sido autorizado y había entrado en explotación con anterioridad a la implantación de ese requisito legal.

(noviembre 1997), “*Se une Iglesia Católica a lucha de Alianza Cívica. Apoya el cierre de Cytrar*” (17 noviembre 1997), “*Tenemos desventajas con TecMed: Alcalde*” (18 noviembre 1997), “*Exigen cancelar el Cytrar*” (El Imparcial, 18 noviembre 1997)... y muchos otros recogidos en el dossier de prensa que aportó la actora con su memorial de demanda. Documento A 70 (Volumen 3).

Esto es, debe quedar muy claro que, según esas mismas autoridades, la ubicación del Confinamiento en el predio de Las Víboras era totalmente legal.

Ello no obstante, la ciudadanía, y fundamentalmente las llamadas ONGs y la prensa, utilizaron el requisito de la distancia como arma de choque frente al Confinamiento.

TECMED, conocedora de la situación y directamente afectada por la misma, en todo momento manifestó su disposición colaboradora al objeto de facilitar la solución a un problema que no había ocasionado y del que no era responsable, pero que de forma creciente venía perjudicando a su explotación, en gran medida, ante la pasividad de las autoridades mexicanas, cuando no alentado por algunas de esas autoridades de ámbito local.

De hecho, la reubicación del Confinamiento CYTRAR, como nos recordaría el Ingeniero Javier Polanco, no surgió de forma aislada.⁶⁷ Las primeras ocasiones en las que se ahondó, y siendo él mismo quién lo trató con las autoridades municipales, fue en el contexto de la reubicación del relleno sanitario (recordemos que se trata de la otra instalación medioambiental gestionada por el Grupo TECMED en el Municipio de Hermosillo: el vertedero de residuos urbanos). Según pudo indicar el Ingeniero Polanco, el relleno sanitario propiedad del Ayuntamiento, localizado en terrenos pertenecientes al mismo Ayuntamiento y seleccionados por éste, también fue blanco de protestas urbanas por su proximidad a la ciudad. En esa ocasión, de forma mucho más eficiente, se procedió a trasladarlo a un nuevo lugar. En ese caso, el traslado tuvo lugar dentro del mismo municipio y una vez que resultó agotada la fase que se encontraba en explotación. En esa ocasión, como decimos, el acuerdo fue cumplido y el conflicto solucionado, satisfaciendo los intereses y respetando los derechos en juego.

La sociedad recibió respuesta a sus inquietudes pues el relleno sanitario se alejó de la ciudad y TECMED vió atendidos sus legítimos derechos ya que continuó explotando el relleno sanitario primitivo hasta que el nuevo estuvo en disposición de ser operado con todas sus licencias y permisos. El traslado se produjo coincidiendo con el término de la explotación de la fase en curso en el relleno inicial.

Como indicó el Ingeniero Polanco, con la experiencia de lo sucedido con el relleno sanitario, cuando comenzaron a acuciar las presiones sociales frente al Confinamiento de residuos peligrosos, estimó que la solución podía ser la misma y en esos términos mantuvo conversaciones con las autoridades municipales de Hermosillo. De hecho, fue en esa esfera local, y bajo la Presidencia de Gastón González Guerra, donde se originaron los diálogos (que ni siquiera puede hablarse de negociaciones) acerca de la reubicación del Confinamiento.

⁶⁷ Para una mayor fidelidad de las manifestaciones, puede comprobarse lo recogido en las páginas 55 a 57 de la transcripción correspondiente a las declaraciones del citado Ingeniero Polanco.

En ese contexto y en ese marco, es en el que puede hablarse de un acuerdo de reubicación localizado temporalmente a finales del año 1997. La demandada interrogó a los testigos propuestos por la actora cerca del significado de una carta firmada por el Ing. Díez Canedo el 25 de junio de 1998,⁶⁸ pretendiendo dar a entender con ella que el acuerdo de reubicación existió y fue firme desde los últimos meses del año 1997.

Esa carta fue presentada por la parte actora y su texto literal en nada contradice cuanto se ha venido afirmando. El Ingeniero Díez Canedo, en un momento en que las actuaciones de las autoridades públicas frente a CYTRAR ya se veían confusas y hasta hostiles (junio de 1998), le indicó al Presidente del INE que la empresa “manifestó desde finales del año pasado (1997), a pesar de que la instalación cumple la norma, que aceptaría reubicarse quedando para este fin a cargo de las autoridades municipales y estatales la localización, adquisición y entrega de una nueva ubicación, así como la realización de los estudios pertinentes y la consecución en conjunto de los permisos y licencias correspondientes”. (El subrayado es nuestro).

El texto de la citada carta, pese a la presión que sufría su autor como máxima autoridad del Grupo TECMED en México, refleja con claridad lo ocurrido. El condicional “*aceptaría*” reubicarse significa la declaración de buena voluntad que expresó este Grupo como colaboración a la búsqueda de soluciones. El remitente no dejó de constatar la ajenez de la empresa a los problemas suscitados (el Confinamiento cumplía la norma). Y, lo que es más relevante, ya en esos momentos iniciales, el Grupo TECMED había manifestado como condicionantes esenciales de la reubicación los de la continuidad en la explotación y la entrega por las autoridades de unos terrenos con licencias. Manifestaba “...*quedando para este fin a cargo de las autoridades municipales y estatales la localización, adquisición y entrega de una nueva ubicación, así como la realización de los estudios pertinentes y la consecución en conjunto de los permisos y licencias correspondientes*”. En suma, tal y como se había actuado con el relleno sanitario.

Lo que ocurrió más tarde escapaba ya al ámbito y a las posibilidades de actuación de un inversor privado. Por determinadas circunstancias que no corresponde a esta parte analizar, ni valorar⁶⁹, las conversaciones sobre la reubicación del Confinamiento CYTRAR salieron del ámbito local, para ser atraídas hacia la esfera estatal, entrando activamente en la cuestión las autoridades del Estado de Sonora.

El Ingeniero Polanco manifestó a presencia del Tribunal que en ese mismo momento supo que la solución había quedado abortada, ya que su experiencia en el sector le había demostrado que tan sólo resultaba posible trasladar una instalación de este tipo

⁶⁸ Carta aportada como Documento A 49 con el memorial de demanda.

⁶⁹ Se habló de luchas políticas, de tensiones entre autoridades locales y federales, pretendiendo las últimas acaparar para sí el protagonismo en la solución de un problema.

dentro de las fronteras de un mismo Municipio. En el momento en que pretendiera sacarse de estos límites, las protestas de los nuevos destinatarios harían imposible el traslado.

La anterior es una apreciación, sin duda subjetiva, del declarante y, en cuanto tal, no pretende esta parte atribuirle ninguna fuerza probatoria, ni concluyente. Ahora bien, parece que lo sucedido posteriormente ha venido a confirmar los fundados temores del Ing. Polanco.

Lo relevante es que, a partir de esas conversaciones iniciales con los representantes del Ayuntamiento de Hermosillo, TECMED perdió todo protagonismo en el asunto y quedó excluida del círculo de dialogantes.

Según parece y esta empresa pudo comprobarlo desde una posición externa, las autoridades del Estado de Sonora que se “*apropiaron*” del asunto, habrían mantenido conversaciones y hasta efectuado promesas de reubicación a integrantes de las ONGs, habrían alcanzado acuerdos con representantes del Ayuntamiento de Hermosillo y hasta habrían llevado el asunto al Gobierno federal, alcanzando finalmente un acuerdo tripartito. Este es el acuerdo que se dió a conocer al público, y como si fuera tal público, a la misma CYTRAR, S.A. de C.V. el 3 de julio de 1998, del que trataremos próximamente.

Ahora conocemos, porque así lo ha manifestado la entonces Directora General de Materiales, Residuos y Actividades Peligrosas del INE, que este Instituto no era partidario de la reubicación, ya que consideraba que el Confinamiento CYTRAR se localizaba en el “*sitio idóneo*”⁷⁰

Ciertamente, ese criterio contrario a la reubicación mantenido por la Doctora Cortinas, choca frontalmente con la actitud demostrada por los Estados Unidos Mexicanos y con las consideraciones puestas de manifiesto por su representante en el procedimiento arbitral, quien ha llegado a afirmar que “*el sitio*” en que se encontraba el Confinamiento fue en realidad el único problema subyacente en todo el conflicto.⁷¹

Ahora bien, sin duda, la incoherencia es aún mayor, teniendo en cuenta que fue esa

⁷⁰ La Doctora Cristina Cortinas ha declarado a presencia del Tribunal Arbitral: “*Si a mi me hubieran preguntado, antes de que se hubiera mencionado la intención de la reubicación, si yo pensaba que ese Confinamiento tenía que reubicarse, yo hubiera contestado que no... En todo momento yo hice mención que ese sitio en el cual estaba ubicada la empresa cumplía los criterios de seguridad, independientemente de que no cumpliera con los 25 kilómetros hacia el centro poblacional... era contrario a mi manera de pensar*”. (Véanse las páginas 75 vuelta y 76 de la transcripción correspondiente a la declaración de la Doctora Cortinas).

⁷¹ Expresó el Lic. Pérez Cano: “*He manifestado en diversas ocasiones e insistido en que el problema no fue con una empresa y no fue con un inversionista, sino con un sitio específico*”. (página 37 vuelta de la transcripción correspondiente a los alegatos finales del Lic. Pérez Cano, en fecha 24 de mayo de 2002).

misma Doctora la que, pese a no compartir la idea de reubicación, puso todo su empeño en materializarla, hasta el punto de que hizo primar la reubicación sobre el derecho que asistía a la empresa para continuar la explotación de CYTRAR. En suma, la Doctora Cortinas firmó el Oficio de no renovación de 25 de noviembre de 1998 con el propósito de propiciar la reubicación. O, en sus propias palabras *“para poder servir más al propósito de reubicarla y crear un centro mucho más ambicioso para el manejo integral de los residuos, teníamos que poner todo el esfuerzo en la reubicación y no en la operación de ese lugar”*.⁷²

IV.2 ACEPTACIÓN DEL “ACUERDO DE REUBICACIÓN”

Según hemos indicado, tras una fase inicial de conversaciones en la que participaron representantes del Grupo TECMED y autoridades del Ayuntamiento de Hermosillo, el diálogo sobre la reubicación se desarrolló al margen de la empresa.

Ciertamente, CYTRAR, S.A. de C.V. y TECMED tuvieron conocimiento de que el asunto continuaba siendo debatido por las autoridades, interviniendo primero los Gobiernos Municipales y Estatales y, más adelante, el Federal. Los representantes de la empresa fueron destinatarios de, llamémoslas *“sugerencias”*, que esas autoridades les remitían al respecto. Pero esos representantes, no tuvieron participación activa en las conversaciones.

Una de esas sugerencias, la recibió la empresa en los momentos en los que sufría el bloqueo de sus instalaciones, iniciado en los últimos días del mes de enero de 1998 y mantenido hasta los primeros días del mes de marzo de ese año. Bloqueo del que ya se ha tratado en el memorial de demanda y ha sido abordado en el curso de las declaraciones testimoniales.

Durante esa situación de bloqueo y en el curso de las conversaciones que los representantes de CYTRAR, S.A. de C.V. se esforzaban en mantener con las autoridades públicas mexicanas, solicitando su intervención, esas autoridades llegaron a solicitar de CYTRAR, como elemento necesario para que el bloqueo fuera levantado, que la empresa anunciase públicamente su intención de reubicarse. De este modo, según las expresadas autoridades, se calmaría a la opinión pública y podrían convencer a los activistas de las ONGs para que depusieran su actitud.

En ese contexto y atendiendo a esa petición, el Ingeniero Díez Canedo formuló un comunicado público que apareció publicado en prensa (Periódico El Cambio) el 16 de marzo de 1998, en el que manifestaba *“la empresa Cytrar S.A. de C.V. aceptaría*

⁷² Página 76 de la transcripción correspondiente a la declaración de la Doctora Cristina Cortinas.

*reubicar sus instalaciones de acuerdo a los resultados de los acuerdos a los que se lleguen en los próximos días entre la empresa y las autoridades Federales, Estatales y Municipales”.*⁷³

Nuevamente vemos, en un texto suscrito por el representante de CYTRAR, que, por aquel entonces, marzo de 1998, no existía acuerdo de reubicación, al menos en el que participase la empresa. Ésta manifestaba, nuevamente en condicional, que “*aceptaría reubicar sus instalaciones*” y sometía esta aceptación a la consecución de los oportunos acuerdos con las autoridades correspondientes de los tres órdenes de Gobierno.

Lo que en realidad ocurrió es que esas autoridades, sin negociar con la propietaria del Confinamiento, estaban asumiendo compromisos firmes con las ONGs y llegando a acuerdos entre ellas. Compromisos que posteriormente pretendían trasladar a CYTRAR, S.A. de C.V. que ninguna participación había tenido en su formación.

Así puede comprobarse, no sólo en las frecuentes declaraciones que esas autoridades efectuaban en prensa,⁷⁴ sino también en comunicados formales, suscritos por dichas autoridades, y en Actas de reuniones en las que el único ausente era la propia empresa, CYTRAR, S.A. de C.V.

No habiendo participado en las expresada reuniones, ni siendo emisor o receptor de los comunicados, la actora sólo pudo tener conocimiento de tales documentos cuando los presentó la demandada para otros fines.

Así, conoció que, con fecha 11 de marzo de 1998, se habían reunido representantes de la SEMARNAP y de la Delegación de SEMARNAP en el Estado de Sonora, así como legisladores federales y estatales, con integrantes de Organizaciones Civiles (Conciencia y Voluntad, Unión de Usuarios de Hermosillo, A.C. y Alianza Cívica Hermosillo) y que en el curso de dicha reunión, los partícipes acordaron, entre otras cuestiones, integrar un comité de Vigilancia Ambiental de Residuos Peligrosos, una de cuyas misiones sería “*vigilar que el nuevo sitio para ubicar el nuevo confinamiento, cumpla con las disposiciones normativas en la materia*”.⁷⁵

Es de destacar que uno de los asistentes a esa reunión fue la Doctora Cristina Cortinas, obrando su firma en la minuta correspondiente y habiéndolo reconocido ésta de forma

⁷³ El citado comunicado se adjuntó como Anexo D 111, con el memorial de contestación a la demanda, pero ya lo había aportado previamente la actora, formando parte del Dossier de Prensa acompañado con su memorial de demanda, Documento A70 (Volumen 3).

⁷⁴ Constan recogidas en el dossier de prensa aportado como Documento A 70 (Volumen 3), junto con el memorial de demanda.

⁷⁵ La Minuta correspondiente a dicha reunión fue aportada como Anexo D 110 con el memorial de contestación a la demanda.

expresa a presencia del Tribunal Arbitral.⁷⁶

Igualmente, tuvo la actora noticia de que el 20 de marzo de 1998, el Presidente Municipal de Hermosillo, Ing, Jorge Valencia, había remitido una comunicación a la Comunidad Hermosillense, al Gobierno del Estado de Sonora y a las Autoridades Federales relacionadas con el Mejoramiento del Ambiente, en la que RATIFICABA:

“1. Se reubicará el confinamiento dentro de un plazo razonable que se estima alrededor de 12 meses, período mínimo para localizar el lugar óptimo de reubicación, realizar los estudios correspondientes, construir las nuevas instalaciones y asegurar el sellado actual del confinamiento, conforme a la Ley de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente”.

No es despreciable el hecho de que en tan difundido comunicado, el Presidente Municipal del Ayuntamiento de Hermosillo manifestase que *“en las inspecciones que realiza la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, mismas que a la fecha reportan un funcionamiento apegado a la normatividad existente...”* (punto. 2).⁷⁷

Esto es, mientras los representantes de CYTRAR, S.A. de C.V. manifestaban que *“aceptarían”* reubicarse cuando alcanzasen el pertinente acuerdo, las autoridades municipales acordaban con representantes de movimientos ciudadanos la formación de instituciones que seleccionarían sitios y anunciaban a esos mismos ciudadanos la existencia de un compromiso de reubicación que se haría efectivo en doce meses.

En esa situación, es a todas luces patente que si CYTRAR, S.A. de C.V. aceptó el acuerdo de reubicación, y reconocemos que lo hizo, fue forzada por las circunstancias y como adhesión a algo que ya había sido negociado y pactado entre los tres órdenes de Gobierno y anunciado públicamente frente a la Comunidad Hermosillense y ante los activistas que capitaneaban las denominadas ONGs.

En ese contexto y continuando la misma práctica, fue como el 3 de julio de 1998, los representantes de CYTRAR, S.A. de C.V. se encontraron con la convocatoria a un acto que tendría lugar en esa misma fecha en el Palacio de Gobierno del Estado de Sonora y fueron testigos, en el mismo momento en que igualmente lo fueron otras personas ajenas al Gobierno y a la Administración Pública que, al parecer, también habían sido convocadas, de un comunicado que anunciaba el compromiso de reubicación

⁷⁶ Cuando el representante de la actora preguntó a la Doctora Cortinas si al asistir a esa reunión tenía conocimiento de que CYTRAR, S.A. de C.V. hubiera aceptado la reubicación, contestó que se lo había comunicado el Presidente Municipal de Hermosillo pero que no tenía conocimiento directo a través de la misma empresa. Véanse la página 74 de la transcripción correspondiente a la declaración de la Doctora Cortinas.

⁷⁷ La expresada comunicación fue aportada por la demandada como Anexo D 113 de con el memorial de contestación a al demanda.

alcanzado por la Administración Municipal (representada por el Presidente Municipal Ing. Jorge Valencia), el Gobierno Federal (representado por la Secretaria de SEMARNAP, Maestra Julia Carabias, el Presidente del INE, Ing. Enrique Provencio y la Directora General de Residuos, Doctora Cristina Cortinas) y la Administración del Estado de Sonora (representada por el Gobernador del Estado, D. Armando López Nogales).

Ese es el modo en el que se alcanzó el acuerdo de reubicación.

No se trata de que esta parte pretenda desligarse del referido acuerdo a causa del modo en que fue abocada al mismo. TECMED acepta el acuerdo de reubicación al que se adhirió y, desde entonces y hasta que se denegó la licencia, no ha pretendido otra cosa que fuera hecho efectivo, hasta el punto de que, transcurrido el tiempo y ahogada por las presiones, llegó a efectuar concesiones económicas de otro modo inexplicables.

Ahora bien, en lo que nunca cejó la empresa fue en exigir el cumplimiento del condicionante esencial siempre presente en el acuerdo de reubicación. Esto es, la continuidad en la explotación del confinamiento. Únicamente dejaría el Confinamiento CYTRAR cuando el nuevo confinamiento se encontrase listo para operar. Y esa esencial condición resultó incumplida por la Administración Pública Mexicana que, el 25 de noviembre de 1998, sin haber siquiera identificado un sitio apto, provocó el cierre del Confinamiento CYTRAR mediante el Oficio de no renovación.

Ahora sabemos, porque así lo ha manifestado la Doctora Cristina Cortinas, que ese Oficio fue dictado para *“ayudar a la empresa”*, para *“poner todo el esfuerzo en la reubicación y no en la operación de ese lugar”*.

Eso sí, el esfuerzo lo ponía la Doctora Cortinas en la reubicación que ella tenía en mente, no en el acuerdo de reubicación aceptado por la empresa y condicionado a la continuidad. Es más, ni siquiera había esperado aquel plazo de 12 meses que el Presidente Municipal de Hermosillo había hecho público el 20 de marzo de ese mismo año 1998 y que él mismo calificaba de mínimo.

IV. LAS CONDICIONES DEL “ACUERDO DE REUBICACIÓN”

Desde las primeras conversaciones mantenidas por el Ing. Polanco con el Presidente Municipal de Hermosillo (por aquel entonces, Gastón González Guerra), hasta los últimos momentos, en las fechas previas al cierre del Confinamiento, los representantes de CYTRAR, S.A. de C.V. exigieron como condición imprescindible de la reubicación que las autoridades les proporcionasen un lugar con licencias y no hubiese interrupción en la operación.

Así había ocurrido con el relleno sanitario y así debía suceder con el Confinamiento de residuos industriales.

La carta firmada por Enrique Díaz Canedo el 25 de junio de 1998, a la que ya hicimos referencia y que la demandada cita como prueba del acuerdo de reubicación supuestamente alcanzado a finales del año 1997,⁷⁸ ya expresaba que “*quedaba a cargo de las autoridades municipales y estatales la localización, adquisición y entrega de una nueva ubicación, así como la realización de los estudios pertinentes y la consecución en conjunto de los permisos y licencias correspondientes*”.

El comunicado hecho público el 3 de julio de 1998 y notificado en la misma fecha a los representantes de CYTRAR, S.A. de C.V., expresaba, remarcándolo en negrita “***el actual confinamiento que opera CYTRAR deberá dejar de funcionar como tal en cuanto las nuevas instalaciones se encuentren listas para iniciar operaciones***”.⁷⁹ Este fue un texto consensuado por las autoridades públicas de los tres órdenes de Gobierno sin intervención de CYTRAR, S.A. de C.V., por lo que la relevancia del énfasis es aún mayor.

Las cartas remitidas a las autoridades por parte de los representantes de TECMED y de CYTRAR, S.A. de C.V., ya cuando se vislumbraban actitudes hostiles de su parte y se temía por el cierre del Confinamiento, seguían manteniendo ese mismo e imprescindible requisito. Así se expresó en la carta de 17 de noviembre de 1998, dirigida a la Doctora Cortinas y enviada en copia al Gobernador del Estado de Sonora, al Presidente Municipal de Hermosillo, a la Delegación en Sonora de la Secretaría de Medio Ambiente y a la Delegación de la PROFEPA en el mismo Estado. En esa situación desesperada, el Ing. Javier Polanco siguió manteniendo que la propuesta de reubicación era hecha “*únicamente sobre la base de un programa de reubicación definido con el compromiso escrito de las partes interesadas, Gobierno Federal, Estatal y Municipal y esencialmente la continuación de las operaciones de Cytrar de forma provisional en el emplazamiento actual hasta la puesta en marcha del nuevo emplazamiento...*” (el subrayado es nuestro).⁸⁰

La angustiada situación vivida por CYTRAR, S.A. de C.V., especialmente desde los primeros meses del año 1998, cuando sufrió el bloqueo y, aún en mayor medida, durante el verano y otoño de ese año, llevaron a esta empresa a “claudicar” y “rendirse” en muchas de sus exigencias económicas iniciales.

Se pasó del condicionante inicial de que la administración asumiese la compra y pago de los terrenos y de las nuevas instalaciones (presente en las conversaciones del año

⁷⁸ Documento A49 presentado con el memorial de demanda.

⁷⁹ El citado comunicado ha sido aportado como Documento A 88 con el memorial de demanda.

⁸⁰ Se aportó copia de dicha carta como Documento A 54 junto con el memorial de demanda.

1997), a la asunción por la empresa de los costes económicos correspondientes a la construcción de las nuevas instalaciones y, parcialmente, de los que pudieran generarse en la adquisición de terrenos y realización de estudios. Incluso llegó a comprometerse la empresa a trasladar al nuevo confinamiento y a su cargo, los residuos depositados en CYTRAR.⁸¹

Esas concesiones económicas fueron hechas por CYTRAR, S.A. de C.V. bajo la irresistible presión que generaba la amenaza de cierre. Pero aún así, bajo esa fuerza irresistible, la empresa no claudicó, no renunció a aquel condicionante de continuidad en la explotación que, para ella, era consustancial con el proceso reubicatorio. Y tan es así, que el citado requisito fue expresamente reconocido por la misma autoridad que generó su incumplimiento. Por la Directora General de Materiales, Residuos y Actividades peligrosos que firmó el Oficio de 25 de noviembre de 1998.

La Doctora Cristina Cortinas, a presencia del Tribunal Arbitral, reconoció expresamente el requisito de la continuidad en la explotación. Dijo: *“Reconozco que la empresa expresó que la reubicación tendría lugar una vez que tuviera el sitio. Por lo tanto, lo que ella esperaba era justamente seguir operando el confinamiento en su sitio actual hasta ese momento. ¿Esto es lo que quiere que le diga? Reconozco que es así...”*⁸²

Ahora bien, esa misma Directora General del INE, decidió erigirse en juez y parte. Optó por prescindir de tan esencial requisito e hizo imposible la ejecución y cumplimiento del acuerdo de reubicación, denegando, el 25 de noviembre de 1998, la renovación de la autorización par operar CYTRAR.

IV.4 INCUMPLIMIENTO DEL “ACUERDO DE REUBICACIÓN” POR PARTE DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

En realidad, si recordamos el origen del “acuerdo de reubicación”, quizá no deba extrañarnos su final. Si las autoridades mexicanas negociaron, definieron, fijaron y comprometieron con la Comunidad una reubicación que presentaron “*ex post*” al propietario del Confinamiento, posiblemente no deberíamos sentirnos perplejos ante la decisión de esas mismas autoridades de abortar el acuerdo y recurrir a la vía mucho más directa y sencilla, como ellas mismas expresaron, de la no renovación de la licencia.

⁸¹ Ese traslado generó, incluso, como no podía ser menos, preocupación en la Doctora Cortinas, que manifestó a presencia del Tribunal, no considerarlo necesario. Véase la página 75 vuelta de la transcripción correspondiente a la declaración de la Doctora Cortinas.

⁸² Así puede leerse en la página 77 de la transcripción correspondiente a la declaración de la Doctora Cortinas.

La realidad y las manifestaciones vertidas por esas mismas autoridades, en supuesta explicación de sus actos, revelan que ese fue su razonamiento.

La Directora General de Residuos reconoció la existencia del requisito de la continuidad como condicionante esencial del acuerdo de reubicación aceptado por la empresa y, sin embargo, no le costó aceptar que había pensado más oportuno poner en práctica la incompatible vía de la no renovación.

Inmediatamente después de las declaraciones que acabamos de transcribir en el anterior epígrafe, la Doctora Cristina Cortinas manifestó “...y si usted me dice que por qué, entonces, en el momento de que tomé mi decisión eso iba a implicar la interrupción de esa continuidad a la que aspiraba la empresa, ¿por qué lo hice? Eso es lo que usted quiere saber, entonces yo le contesto que fue porque las circunstancias de noviembre eran tales que estoy segura de que, si yo hubiera renovado la autorización, no le hubiera garantizado a la empresa la continuidad de la operación ahí, porque había muchas objeciones en torno a que ella siguiera operando en ese lugar”.⁸³

Entendemos que cualquiera que lea los expresados términos compartirá la opinión de esta parte en cuanto al contrasentido que encierran. Resulta que la denegación de la renovación estuvo motivada en el razonamiento de que su otorgamiento no garantizaría la continuidad en la explotación. Se había decidido para “ayudar” a la empresa, como anteriormente vimos.

Desde luego, en estos momentos no podemos tener certeza acerca de lo que hubiera ocurrido de mediar la renovación. No sabemos si la continuidad en la operación hubiera sido garantizada. En cualquier caso, propiciar esa garantía era obligación de las autoridades públicas mexicanas. Lo que sí sabemos, con toda seguridad, es que la continuidad en la operación nunca iba a resultar posible tras un Oficio que denegaba la renovación de la licencia.

Lo que ese extraño razonamiento de la Doctora Cortinas pone de manifiesto es que la intención de las autoridades mexicanas fue en realidad otra. Fue la de sustituir el acuerdo de reubicación aceptado por CYTRAR, S.A. de C.V. por una reubicación distinta que sólo era fiel al acuerdo en el significado gramatical de sus términos. El INE pretendió reubicar a CYTRAR, entendiendo por tal el mero traslado de un lugar a otro. Con ese significado, sólo con ese, efectivamente la reubicación podía resultar obstaculizada por la renovación de la licencia. Si se autorizaba la continuidad de la operación en un lugar, se perdía el instrumento de coacción frente a la empresa empleado para que aceptara buscar otro sitio y acudir, en plano de igualdad con

⁸³ Así obra en la página 77 de la transcripción correspondiente a la declaración de la Doctora Cortinas.

cualquier interesado, a expertos que realizasen estudios y a las ventanillas del INE para solicitar nuevas licencias.

Esa auténtica intención se puso de manifiesto en las mismas palabras de la Directora General de Residuos cuando afirmó “...*para poder servir más al propósito de reubicarla y crear un centro mucho más ambicioso para el manejo integral de los residuos, teníamos que poner todo el esfuerzo en la reubicación y no en la operación de ese lugar*”.⁸⁴

En suma, las dificultades que el INE experimentaba en la localización de nuevos sitios aptos para el confinamiento (recordemos que se habían excedido ya los límites del Municipio de Hermosillo y que las manifestaciones populares perseguían a la comitiva de búsqueda), unidas a la impaciencia del INE, cuyas autoridades se vieron sometidas a presiones sociales y políticas, en su consideración extraordinarias (todos recordamos la auténtica expresión de angustia con la que la Doctora Cortinas recordaba esos hechos ante el Tribunal), llevaron a las autoridades del INE a incumplir el acuerdo de reubicación aceptado por TECMED.

Para ello tenían en sus manos un apreciable instrumento que precisamente se habían atribuido para hacer frente a esas situaciones difíciles. Un instrumento “*mucho más sencillo*” que la revocación, como manifestaron esas mismas autoridades. Esto es, la no renovación de una autorización que habían concedido con vigencia temporal. Así lo hicieron. Esa fue la auténtica motivación del Oficio de 25 de noviembre de 1998.

No dudamos que esas autoridades, al menos algunas, hayan actuado con pleno convencimiento y moralmente seguras de sus razones. No dudamos incluso que en el ánimo de la Doctora Cortinas aún estuviese la búsqueda de un nuevo lugar. Pero, no se trata de ánimos, ni de conciencias. Se trata de seguridad jurídica y de respeto a las normas, y estas últimas resultaron burdamente quebradas en la decisión de no renovación. Es más, admitamos como hipótesis que la situación se hizo insostenible, que la presión social sobre el INE derivó irresistible y que las autoridades mexicanas se vieron forzadas a cerrar el Confinamiento CYTRAR. Aún entonces, incluso en ese caso, la solución también aparece contemplada en Derecho y en Derecho Internacional: indemnícese, repárese el perjuicio causado al particular cuyos derechos se ven sacrificados en interés de la comunidad. Esto es lo que no hicieron los Estados Unidos Mexicanos y es lo que en último término se solicita del honorable Tribunal.

⁸⁴ Texto recogido en la página 76 de la transcripción correspondiente a la declaración de la Doctora Cortinas.

V. LA DENEGACIÓN DE LA RENOVACIÓN

Según se expresó ya en los primeros pasos del arbitraje (memorial de demanda), e incluso con anterioridad a su inicio, en las comunicaciones que notificaban la controversia, el hecho determinante del incumplimiento del APRI por parte de los Estados Unidos Mexicanos fue la negativa del INE a renovar la autorización de operación del Confinamiento CYTRAR, articulada a través del Oficio de 25 de noviembre de 1998.⁸⁵

La resolución comunicada por el INE en virtud del citado Oficio expresaba:

“Dado el contexto antes señalado, no es posible que esta autoridad renueve la autorización emitida el 19 de noviembre de 1997 con No. 26-30-PS-VIII-02-97 (01, 02, 03, 04) para la operación del confinamiento, por lo que la empresa CYTRAR, S.A. de C.V. deberá presentar el programa de cierre del Confinamiento a esta Dirección General para su aprobación, el cual podría derivar de la auditoría ambiental que en su caso se realice”.

Esto es, el Oficio de 25 de noviembre de 1998 impidió a CYTRAR, S.A. de C.V. continuar la operación del Confinamiento que venía explotando hasta entonces, provocando su cierre. Este es el hecho constitutivo de la infracción del APRI denunciado por TEDMED y el que generó en esta parte los cuantiosos daños cuya reparación se reclama.

V.1 LOS MOTIVOS DE LA DENEGACIÓN

V.1.1 DIVERSIDAD DE MOTIVACIONES

Ya en el memorial de demanda recogimos la diversidad y disparidad existente entre la motivación real del Oficio de no renovación y las causas expresadas en su texto.

En estos momentos y tras lo actuado en el arbitraje, nos encontramos en situación de confirmar esa disparidad y avanzar un paso más, consistente en la demostración de que no sólo son diversas las causas alegadas y las subyacentes en la decisión de no renovar, sino que, dentro de las primeras, son igualmente distintas las causales mencionadas en el texto del Oficio de las que la demandada alega en su memorial de

⁸⁵ Se trata del ya conocido Oficio No. DOO-800/6232, aportado como Documento A 59 con el memorial de demanda.

contestación a la demanda.

Con referencia a la motivación del Oficio, su lectura revela que la decisión de no renovar no se encuentra precedida por una exposición clara de las causas que la generan o los motivos que la fundan. Siguiendo la terminología de ese mismo Oficio, la no renovación se encuentra más bien apoyada en lo que denomina “*contexto*” y que estaría definido por los siguientes elementos:

1. Que en la celda 1, tan sólo pueden confinarse residuos agroquímicos, o plaguicidas, sus envases y materiales contaminados por los mismos.
2. Que la PROFEPA habría manifestado que los residuos confinados en la celda 2 “*sobrepasan de manera significativa los niveles autorizados en algunas áreas de la celda*”.
3. Que la PROFEPA igualmente habría comunicado que CYTRAR funcionaba como centro de transferencia, encontrándose pendiente la autorización que le permitiera actuar con tal carácter.
4. Que CYTRAR habría contravenido el inciso 15 de la autorización de 19 de noviembre de 1997, al recibir residuos biológico-infecciosos.
5. Que CYTRAR, S.A. de C.V. habría estado realizando operaciones de almacenamiento temporal de residuos líquidos y biológico-infecciosos.
6. Que CYTRAR, S.A. de C.V. había convenido la reubicación del Confinamiento.

Esa enumeración de circunstancias que el propio Oficio define como “*contexto*” y que determinan la resolución de no renovación, constituye la única motivación de esa trascendente decisión administrativa.

Ahora bien, tan escueta motivación quedó convertida en una relación de causas y circunstancias mucho más amplia, cuando la representación letrada de los Estados Unidos Mexicanos explicó la motivación del Oficio de no renovación en su memorial de contestación a la demanda.⁸⁶

En el citado memorial, se recogen como causas de la negativa a renovar las siguientes:

1. Que el sitio en el que se encontraba el Confinamiento CYTRAR no cumplía con

⁸⁶ Esa motivación figura expresada en conjunto en el párrafo 315 del memorial de contestación a la demanda, aunque cada una de las circunstancias citadas en ese lugar, recibe un tratamiento más amplio en diversas ocasiones dentro del mismo texto.

- la norma, argumentando que éste era un “reclamo legítimo de la sociedad” (el subrayado es nuestro).
2. Que, durante el año 1998, CYTRAR había incurrido en numerosas y reiteradas infracciones, originando una reacción de la sociedad en contra del Confinamiento. La contraparte destaca entre esas irregularidades las que afirma fueron cometidas en relación con el transporte de los residuos de Alco Pacífico.
 3. Que varias de las irregularidades que se dijeron detectadas, violaban condicionantes de la autorización otorgada el 19 de noviembre de 1997, entre ellas, se destacó el recrecimiento de la celda n° 2, y que la renovación de esa autorización se encontraba sujeta al estricto cumplimiento de esos condicionantes.
 4. Que otras autoridades públicas mexicanas, en particular, el Ayuntamiento de Hermosillo, manifestaron dudas respecto a la operación del Confinamiento.
 5. Que el confinamiento enfrentaba una fuerte oposición social que había sido originada y exacerbada por la conducta de CYTRAR, S.A. de C.V.
 6. Que la operación poco cuidadosa de la empresa implicaba riesgos al ambiente y que la misma oposición social también implicaba riesgos importantes.
 7. Que la empresa había reconocido estos riesgos y había “*aceptado*” reubicarse.⁸⁷

Tras esa exposición de circunstancias, la demandada resume las causales de la no renovación, afirmando que “El INE resolvió no otorgar la renovación derivado exclusivamente del incumplimiento de la LGEEPA y las disposiciones que de ella derivan” (el subrayado es nuestro).⁸⁸

La prueba más clara e incontestable de que la denegación de la renovación no estuvo realmente motivada en las causas recogidas en el cuerpo del Oficio de 25 de noviembre de 1998, es la necesidad sentida por la representación letrada de la contraparte de “*reforzar*” esa deficiente motivación expresada en el Oficio, con la más amplia que ofrece en el memorial de contestación a la demanda.

Ahora bien, un acto administrativo y menos aún una decisión con la relevancia que tiene la que analizamos, no puede ser motivada a posteriori.

⁸⁷ No es desdeñable el uso por la demandada del verbo “*aceptar*” al tratar de la reubicación. Desde luego, a la vista de las consideraciones anteriormente formuladas sobre el origen del fenómeno de la reubicación, hemos de concluir que el término “*aceptar*” refleja de forma mucho más fiel que el verbo “*acordar*”, también utilizado por la demandada, cual fue la actitud de CYTRAR, S.A. de C.V. frente al citado fenómeno.

⁸⁸ Así se indica en el párrafo 322 del memorial de contestación a la demanda.

Si en algo han coincidido los expertos en Derecho Mexicano designados por ambas partes, ha sido en la motivación como elemento esencial de todo acto administrativo. Y para ello, ni siquiera hay que acudir a un Ordenamiento nacional particularizado. Ese principio que exige la motivación de los actos administrativos es lugar común de todos los Ordenamientos Jurídicos.

Pues bien, comparando los motivos expuestos a modo de “*contexto*” en el Oficio de 25 de noviembre de 1998, con las circunstancias expresadas en el memorial de contestación a la demanda, comprobamos que en el último figuran como argumentos no expresados en el primero, los siguientes:

1. El incumplimiento de la normativa sobre la distancia.
2. La oposición social frente al Confinamiento.⁸⁹
3. El incumplimiento de condicionantes fijadas en la autorización de 19 de noviembre de 1997.
4. La dudas de las autoridades municipales sobre la operación.
5. Las irregularidades pretendidamente cometidas con ocasión del transporte de tierras de Alco Pacífico.
6. Los riesgos al ambiente supuestamente ocasionados por la operación poco cuidadosa de la empresa.

Es más, no sólo divergencia o disparidad parcial, sino incoherencia y contradicción absoluta es lo que encontramos entre el motivo determinante identificado como síntesis por la contraparte en su memorial de demanda y el expresado verbalmente por la autoridad que firmó el Oficio de 25 de noviembre de 1998.

Según hemos recogido haciéndonos eco de los términos literales empleados, el representante procesal de los Estados Unidos Mexicanos afirmó que la razón exclusiva por la que el INE decidió no renovar la autorización del Confinamiento fue “*el incumplimiento de la LGEEPA y las disposiciones que de ella deriven*”.⁹⁰

En un sentido muy diverso, la Directora General de Materiales, Residuos y Actividades Peligrosas del INE que suscribió el Oficio, hablamos de la Doctora

⁸⁹ Es de destacar que ese motivo no se encontraba expreso en el Oficio, aunque, posteriormente y de modo muy particular en sus declaraciones verbales, la Doctora Cristina Cortinas incidió en el peso de esta circunstancia como causante de la no renovación.

⁹⁰ Recordemos que así consta en el párrafo 322 del memorial de contestación a la demanda.

Cristina Cortinas, expresó que las irregularidades encontradas en el Confinamiento CYTRAR no ameritaban el cierre⁹¹ y que esas exclusivas razones nunca la hubieran llevado a negar la renovación de la licencia.⁹²

El hecho de que la demandada justifique la medida de no renovación, y lo haga con carácter exclusivo, en unas supuestas irregularidades, cuando quien emitió esa medida reconoce que la motivación que le guió fue muy otra, centrada en la oposición social, demuestra que esa defensa es por completo infundada. La disparidad existente entre la motivación esgrimida por el técnico (titulado en biología) autor del Oficio y la justificación aportada por los letrados que elaboraron y suscribieron el memorial de contestación a la demanda, es de grado tal, que demuestra la absoluta disconformidad de los últimos para con la fundamentación expuesta por la primera. Esa disconformidad o insatisfacción de un titulado en leyes para con las causas esgrimidas por el titulado en ciencias biológicas, es absolutamente comprensible y hasta puede ser compartida.

Ahora bien, la deficiente motivación ofrecida por la Directora de Residuos, no puede ser compensada con la motivación construida por el letrado asesor de la demandada. El autor del Oficio de no renovación fue la Doctora Cortinas y ésta expuso las causas que la llevaron a actuar en tal sentido. Causas a las que volveremos a referirnos más adelante. El hecho de que tres años más tarde, al elaborar un memorial de contestación a una demanda, el letrado redactor del escrito aporte otros argumentos distintos que posiblemente considere más idóneos que los previa y expresamente referidos, ni permite completar una argumentación deficiente, ni subsana ese defecto de origen.

De todo lo expuesto resulta que el Oficio de no renovación, no sólo expresó causas que no eran reales, sino que adoleció de una absoluta falta de motivación, generando tal grado de indefensión e inseguridad jurídica en el inversor que supuso una violación patente de las obligaciones de trato justo y equitativo sancionadas en el APRI hispano-mexicano.

Asimismo, esa falta absoluta de motivación implica el incumplimiento de la obligación asumida por los Estados Unidos Mexicanos de otorgar, en el marco de su legislación, las autorizaciones necesarias en relación con las inversiones realizadas por inversores españoles,⁹³ habiendo de considerarse que la mencionada obligación se refiere tanto a

⁹¹ Véanse las declaraciones que obran en el Documento A 95 aportado con el memorial de demanda.

⁹² Como expresó la Doctora Cortinas en declaración vertida ante el Tribunal Arbitral: “*Toda la sociedad esperaba que yo fuera enérgica en mis decisiones y que no fuera ciega ni sorda ante los reclamos de que había habido fallas repetidas en la operación de esa empresa. Entonces lo que hice fue poner en la balanza todos y cada uno de los elementos. Lo dije en mi declaración y lo vuelvo a repetir. Tal vez si hubiera tenido esos elementos por separado, ninguno por sí solo hubiera sido suficiente para que yo negara la renovación*”. (Véase al respecto la página 73 de la transcripción correspondiente a la declaración de la Doctora Cortinas).

⁹³ Artículo III.2 del APRI.

las autorizaciones iniciales, como a sus prórrogas o sucesivas renovaciones.

V.1.2 LA IMPROCEDENCIA DE LOS MOTIVOS REFERIDOS A IRREGULARIDADES EN LA OPERACIÓN

Al sustanciar el trámite de alegatos de cierre, ya es patente cuál fuera la motivación real subyacente en la negativa a renovar la licencia de operación del Confinamiento.

En estos momentos, cuando no sólo conocemos los textos escritos y firmados por las autoridades públicas que resolvieron no renovar, sino también las mucho más explícitas e ilustrativas declaraciones verbales de esos mismos funcionarios, e incluso los también expresivos silencios y negativa a declarar (al menos verbalmente) de parte de otras autoridades de superior rango implicadas en el cierre de CYTRAR, las causas de la negativa a renovar resultan claras, y esa claridad demuestra que son muy diversas a las irregularidades inicialmente citadas. Se trató, en definitiva, de hacer frente a una oposición social que acuciaba, perseguía y ahogaba a las autoridades competentes en materia de medioambiente y que llevó a esas autoridades a claudicar y a rendirse.

La exhaustividad de la narración contenida en el memorial de contestación a la demanda permite comprobar, en un texto redactado por la contraparte, como resultaba generalizada la opinión de los técnicos y autoridades acerca del regular funcionamiento del Confinamiento CYTRAR o, al menos que las irregularidades menores, existentes en toda industria, no justificaban el cierre del Confinamiento.⁹⁴

⁹⁴ Sin ánimo de agotar las fuentes, podemos citar repetidos textos en que así consta: El párrafo 201 del memorial de contestación a la demanda, deja constancia de que el 24 de noviembre de 1997, funcionarios de los tres órdenes de Gobierno, autoridades competentes en materia medioambiental y miembros de la comunidad científica y académica manifestaron que a la vista de las anomalías detectadas “*no procedía la cancelación de la licencia ni la clausura del lugar*”; el párrafo 215 de ese mismo memorial, recoge el contenido de un Oficio de 11 de febrero de 1998, en el que se expresaba “*que PROFEPA no había observado indicios que pudieran indicar que existían riesgos para la salud de la población y el ambiente*”; el párrafo 230 indica que, el 20 de marzo de 1998, el Presidente Municipal de Hermosillo, en comunicado dirigido a la Comunidad Hermosillense, al Gobierno del Estado y a las autoridades ambientales federales, se hizo eco de que estas últimas “*habían asegurado públicamente que la operación del confinamiento era correcta*”; el párrafo 231 recoge la reiteración de esa manifestación unos días más tarde, el 25 de marzo de 1998; el párrafo 234 transcribe los términos de un dictamen elaborado por la Comisión de Salud del Ayuntamiento de Hermosillo, en el que se expresaba “*según las opiniones de expertos en la materia... el Cytrar cumple con las normas aplicables, incluyendo las condiciones que se le impusieron en la licencia respectiva como necesarias para obtener el efecto que se obtendría del cumplimiento del requisito de la distancia... el confinamiento está operando en el sitio en el que lo está haciendo, y mientras lo haga de acuerdo con las normas establecidas por los expertos en el cuidado del medio ambiente y mientras no tengamos los elementos que nos permitan presumir un riesgo real – más que potencial- para la salud de los hermosillenses, entre los que nos encontramos a nosotros mismos y nuestras familias, no podemos desde el punto de vista ético, lógico y jurídico tomar ninguna medida tendiente al cierre de la empresa... los expertos nos han demostrado y convencido de que no hay, por lo menos por ahora,*

Esas opiniones favorables a la continuidad del confinamiento y conformes con la operación desarrollada en el mismo, han venido repitiéndose en momentos cercanos al oficio de no renovación, demostrando, de ese modo, que la causa del mismo no estuvo en una operación irregular.

Pero si las referencias recogidas demuestran que el origen del cierre no estuvo en irregularidades de la operación, el análisis particularizado de las irregularidades alegadas (en el Oficio y en el memorial de contestación a la demanda) revela asimismo que, aunque realmente hubieran constituido motivación de la negativa a renovar, carecían de la entidad y aptitud imprescindible para provocar tal efecto.

En el memorial de demanda, ya recogimos la justificación de esos términos con referencia a los motivos entonces conocidos y al mismo nos remitimos. Sin perjuicio de ello, señalaremos brevemente a continuación las consideraciones resultantes de alegaciones, informaciones y declaraciones posteriores.

A) Transporte y confinamiento de tierras de Alco Pacífico

Tras el memorial de demanda, se han vertido declaraciones y manifestaciones que localizan el inicio de esos supuestos incumplimientos allá por el año 1997, cuando comenzaron las labores de transporte y almacenamiento de tierras procedentes de Alco Pacífico.

Precisamente, este proyecto, que no tiene reflejo alguno en el Oficio de no renovación firmado por la Doctora Cristina Cortina, alcanza un protagonismo inusitado en la narración del memorial de contestación a la demanda.

No estimamos preciso profundizar en el asunto de Alco que sólo cobró importancia como fuente de irregularidades, al redactar el memorial de contestación a la demanda.

Estimamos suficiente recordar que CYTRAR, S.A. de C.V. cuando aceptó transportar y confinar los residuos procedentes de Alco Pacífico, vino a resolver un grave problema medioambiental con el que se enfrentaban los Estados Unidos Mexicanos;⁹⁵

razón de clausurar el confinamiento". (El subrayado figura en el texto original); el párrafo 236 recoge el contenido de un folleto publicado por el Ayuntamiento de Hermosillo, en abril de 1998, según el cual "las autoridades federales han afirmado, determinadamente y en repetidas ocasiones, que el confinamiento opera cumpliendo con todas las normas ecológicas que garantizan su seguridad y la de Hermosillo", ...

⁹⁵ Como declarase el Ingeniero Calderón Bartheueuf, las tierras contaminadas se encontraban abandonadas en los terrenos ocupados por Alco con anterioridad a 1992 y sólo fueron confinadas en una instalación apropiada cuando a finales de 1996 CYTRAR, S.A. de C.V. accedió a acometer esa tarea. (Véase la página 16 vuelta de la transcripción correspondiente a la declaración del Ingeniero Calderón, quien ocupó el cargo de Subprocurador de Auditoría Ambiental de la PROFEPA).

que a lo largo de la ejecución de ese proyecto, la actividad desarrollada por CYTRAR, S.A. de C.V. estuvo controlada y supervisada por una empresa especializada contratada al efecto (FOMIN), así como por la Delegación de PROFEPA en el lugar de carga y partida (Tijuana) y en el lugar de descarga y confinamiento (Sonora); que cualquier incumplimiento o irregularidad en el transporte y confinamiento de estos residuos hubiera permitido a PROFEPA resolver el contrato firmado al efecto con CYTRAR, S.A. de C.V. y esa resolución nunca se produjo, ni se intentó; que el contrato fue ejecutado hasta su término, firmando las partes implicadas y, entre ellas, FOMIN y PROFEPA, un Acta de terminación en conformidad; que le fueron devueltos a CYTRAR, S.A. de C.V. los avales que había otorgado en garantía del cumplimiento de su obligación; que PROFEPA inspeccionó la actuación de CYTRAR, S.A. de C.V. en ejecución del referido contrato, levantando Actas que dieron lugar a dos expedientes, el n° 191/97 y el 37/98 y que el último de ellos fue cerrado “*sin irregularidades*”, en tanto que el primero culminó con una mera sanción económica a la empresa.⁹⁶

Esto es, las “tan relevantes irregularidades” que la representación de la demandada asigna al transporte y manejo de tierras procedentes de Alco Pacífico, ni generaron la resolución del contrato que les sirvió de marco (facultad reconocida a la PROFEPA en su texto), ni implicaron otra sanción para la empresa que no fuera una sanción económica por causas relacionadas con el transporte, que no por el confinamiento. No es cierto que esas circunstancias o irregularidades hayan motivado la negativa a renovar la autorización, como lo demuestra de modo incontestable el hecho de que no se encuentran citadas en el Oficio de 25 de noviembre de 1998. La realidad es muy otra. Esta realidad demuestra que, desde el año 1991 hasta finales del año 1996, los Estados Unidos Mexicanos mantuvieron tierras contaminadas con plomo en un predio carente de las necesarias condiciones para confinar esos residuos; que sólo cuando CYTRAR, S.A. de C.V. accedió a confinar esas tierras en un lugar autorizado y por un precio cerrado y reducido que ninguna otra empresa quiso aceptar, los Estados Unidos Mexicanos vieron resuelto el problema pendiente durante cinco años; que el origen de los residuos y de la empresa que los generó (EE.UU.), llevó a la ciudadanía a considerar que se trataba de una importación prohibida de residuos industriales; y que, en suma, todas esas circunstancias, convenientemente manejadas por reducidos grupos de presión, generaron oposición social frente al proyecto y frente a la empresa contratada para trasladar y almacenar los residuos en lugar oportuno, CYTRAR, S.A. de C.V., convirtiendo a ésta en responsable de un problema del que únicamente fue solución.

⁹⁶ Así consta en la declaración testifical escrita presentada por el Subdelegado de Verificación Industrial de la PROFEPA en el Estado de Sonora, Ingeniero Francisco Maytorena Fontes (Anexo D 168 de los aportados con el memorial de contestación a la demanda) y en el análisis de los expedientes abiertos al Confinamiento CYTRAR, aportado como Documento A 60 con el memorial de demanda.

B) El recrecimiento de la Celda 2

Esta parte ha mantenido y mantiene que si efectivamente procedió a recrecer los bordos de al celda 2, al término del verano del año 1998, lo hizo con el conocimiento, consentimiento y conformidad del INE y atendiendo a su recomendación, como vía idónea para alcanzar la capacidad expresamente autorizada para dicha celda (110.000 m³, según consta en la Condicionante Específica 1.1 de la autorización otorgada el 19 de noviembre de 1997).

Ciertamente, habiéndose tratado de comunicaciones verbales posteriormente negadas por las autoridades que intervinieron en las mismas, esta parte no tiene medio de acreditar que esas conversaciones tuvieron lugar y que su alcance fue el expresado.

Ahora bien, lo que sí puede aportar la demandante son elementos de convicción que demuestran cómo el recrecimiento de esa celda se realizó bajo ese conocimiento y la conformidad de las citadas autoridades medioambientales y cómo, con la ejecución de las citadas obras, CYTRAR, S.A. de C.V. no estaba infringiendo ningún Condicionante de la autorización, ni disposición legal aplicable.

En síntesis, se ha acreditado:

1. Que CYTRAR, S.A. de C.V. tenía autorización expresa para confinar en la celda 2 un total de 110.000 m³, que al cierre del confinamiento tenía confinados en esa celda un total de 68.800 m³ y que para confinar la cantidad restante autorizada debía proceder a recrecer los bordos.
2. Que esa misma autorización de 19 de noviembre de 1997, no exigía nueva autorización para la ejecución de obras complementarias, limitándose a requerir el reporte y notificación de las mismas y su realización conforme a las Normas Oficiales Mexicanas correspondientes (Condicionante General 6 y Condicionante Específica 1.1).
3. Que, con prudencia extrema e innecesaria, CYTRAR, S.A. de C.V. solicitó del INE la autorización para recrecer la celda 2, como alternativa a la construcción de la nueva celda n° 3, que lo hizo mediante carta de 25 de junio de 1998⁹⁷ y que el INE, sin la misma ni similar prudencia, no respondió a dicha solicitud hasta el 23 de octubre de ese año. Esto es, ante una petición que condicionaba la posibilidad de continuar la explotación, el INE tardó tres meses en responder y eso para decir que *“dado que la autorización de operación del confinamiento vence el mes próximo, la ampliación deberá considerarse al mismo tiempo que*

⁹⁷ Esta carta quedó aportada como Documento A 49 de los presentados con el memorial de demanda.

- la renovación de dicha autorización*”.⁹⁸ Curiosa e improcedente respuesta si se tiene en cuenta que un mes más tarde se denegó la renovación alegando un exceso de llenado de esa celda.
4. Que el INE era plenamente conocedor de que el recrecimiento de la celda n° 2 era posible y que la empresa estaba facultada para llevarlo a cabo en razón de la capacidad autorizada para dicha celda y que, por ese motivo, cuando la solicitud llegó a la Directora General de Residuos, alguien escribió *“Humberto preparar respuesta 110.000 m³”*.⁹⁹
 5. Que las instalaciones medioambientales y, en consecuencia, las obras que se realicen en las mismas, al ser de competencia federal, no precisan licencia municipal de construcción, por lo que resultaban irrelevantes las manifestaciones realizadas y actuaciones emprendidas por las autoridades municipales de Hermosillo al respecto.¹⁰⁰
 6. Que las mismas autoridades de la PROFEPA reconocieron ante los medios informativos la corrección en el actuar de CYTRAR, S.A. de C.V. y, en concreto, el Ing. Francisco Maytorena Fontes, Subdelegado de Verificación Industrial de PROFEPA en Sonora, a preguntas de los periodistas sobre los señalamientos hechos por las ONG en relación con la supuesta ampliación de la capacidad de la llamada celda número dos del Confinamiento, *“apuntó que los trabajos que se observan son obras complementarias”*.¹⁰¹
 7. Que, en rigor, el motivo alegado en el Oficio de 25 de noviembre de 1998 como causa de la no renovación de la licencia, no fue el recrecimiento de la celda n° 2, sino *“que los residuos sobrepasan de manera significativa los niveles autorizados...”*. Exceso éste totalmente irreal e imposible si tenemos en cuenta

⁹⁸ Esa respuesta del INE, mediante Oficio de 23 de octubre de 1998 quedó aportada como Documento A 51 de los presentados con el memorial de demanda.

⁹⁹ Así consta en nota manuscrita reflejada en el Oficio No. EOO-SVI-386/98, de 11 de septiembre de 1998, aportado como Anexo D 133 con el memorial de contestación a la demanda. Posiblemente, ese *“Humberto”* de la nota manuscrita, fuera el Lic. Humberto Ortiz Wetzel, que aparece como destinatario de una copia de la nota remitida por el Delegado de PROFEPA en Sonora, en la que reconoce que el volumen autorizado en la celda 2 era de 110.000 m³ y las dimensiones asimismo autorizadas para dicha celda eran superiores a las de la celda efectivamente construida (174 x 104 x 11 metros frente a 135 x 106 x 8.25 metros). Esa nota, fechada el 14 de octubre de 1998, fue aportada por la demandada como Anexo D 139 del memorial de contestación a la demanda.

¹⁰⁰ Así lo expresó el Ingeniero Calderón Bartheneuf, Ex Subprocurador de Auditoría Ambiental de PROFEPA, en declaración formulada ante el Tribunal Arbitral, que obra en la página 20 vuelta de la transcripción correspondiente a la declaración del citado Ingeniero, y así se constata al comprobar que ninguna de las obras y construcciones realizadas en el Confinamiento CYTRAR precisaron, ni obtuvieron, esa licencia municipal de construcción, ni durante su pertenencia al Grupo TECMED, ni con carácter previo.

¹⁰¹ Véase recorte de prensa correspondiente al periódico El Imparcial de 23 de octubre de 1998, incluido en el dossier de prensa aportado por la demandante, como Documento A 70, Volumen 3, junto con el memorial de demanda.

que esa capacidad autorizada para tal celda se fijaba en 110.000 m³.

C) El funcionamiento del Confinamiento como Centro de Transferencia y como almacenamiento temporal de residuos líquidos.

Al alegar esta supuesta e inexistente infracción, el INE estaba refiriéndose a la actividad realizada por CYTRAR, existente con anterioridad a su adquisición por el Grupo TECMED, que consistía en la recepción ocasional de residuos líquidos y su posterior tratamiento para confinarlos en estado sólido o enviarlos a otros lugares autorizados para este tipo de residuos.

Esa infracción no sólo resultaba inexistente. Por Ley, todo confinamiento debe contar con un almacén temporal en el que se depositen provisionalmente los residuos que no pueden ser confinados en el estado en que se reciben. Además, conforme al Condicionante General 14 de la autorización de 19 de noviembre de 1997, quedaba prohibido el confinamiento de residuos líquidos, pero no su recepción.¹⁰²

Como decimos, ya no se trata de que la infracción fuera inexistente, que lo era, sino que, además, el modo en que el INE formuló este planteamiento, revela que se trató de otra de las motivaciones forzadas y buscadas con artificio para fundar la denegación.

Desde los momentos iniciales en que el Confinamiento de CYTRAR pasó a pertenecer al Grupo TECMED, el INE conoció que se realizaban funciones de transferencia en el mismo y no formuló objeción de ningún tipo.¹⁰³ Asimismo, en la carta de 10 de octubre de 1997 por la que CYTRAR, S.A. de C.V. solicitó la renovación de la autorización en vigor, esta empresa ya solicitaba del INE autorización para tratar residuos líquidos y transmitirlos fuera del Confinamiento, y muy posiblemente atendiendo a esa solicitud, el INE, al otorgar la autorización de 19 de noviembre de 1997, sustituyó el término “*recibir*” por el de “*confinar*”, conforme a lo anteriormente indicado. Por otra parte, el INE conocía y aceptaba que el Confinamiento CYTRAR recibiese residuos líquidos, y esto con anterioridad a la adquisición por el Grupo TECMED, como lo reflejan los residuos identificados en los Reportes mensuales de residuos peligrosos que fueron aportados por la demandada.¹⁰⁴ En fin, la misma Directora General de Residuos que denegó la autorización, se manifestó conforme con la actividad que se estaba desarrollando en CYTRAR, al expresar que lo ofrecido por las autoridades a la sociedad era que la nueva instalación, resultante de la reubicación, “*iba a juntar más alternativas de manejo de residuos peligrosos, y se iba a convertir*

¹⁰² Sin embargo la recepción sí estaba expresamente prohibida en esa autorización para los residuos biológico-infecciosos (Condicionante General 15) y lo había estado para los mismos residuos líquidos en la autorización fechada 11 de noviembre de 1996 (Condicionante General 10).

¹⁰³ Mediante carta de 5 de septiembre de 1996, aportada como Documento A 39 con el memorial de demanda, TECMED formuló esa comunicación al INE.

¹⁰⁴ Reportes correspondientes a residuos confinados durante el año 1994 y presentados como Documento D 28, junto con el memorial de contestación a la demanda.

en lo que llamábamos ‘un centro para el manejo integral y el aprovechamiento de los residuos peligrosos’, que iba a combinar todo lo que la empresa ya hacía en la práctica, pero para lo que todavía no tenía todos los permisos... ”¹⁰⁵

Esto es, el INE conocía la actividad desarrollada en el Confinamiento CYTRAR, estaba de acuerdo con ella, la consentía y la respaldaba. No en vano, su intención era que continuase realizándola. Sin embargo, cuando, cediendo a las presiones sociales y de las autoridades locales, decidió no renovar la autorización, empleó como una de las excusas alegadas en el correspondiente Oficio, la realización no amparada por licencia de esas mismas actividades implícitamente aprobadas y respaldadas.

D) La Recepción de residuos biológico-infecciosos

Si todas y cada una de las irregularidades alegadas como causas de la no renovación, se han revelado menores, cuando no inexistentes, llegado el análisis de la que corresponde a este epígrafe, la actuación de las autoridades medioambientales sólo puede calificarse de absurda.

Esta parte se sorprendió al conocer la alegación de esa causa en el Oficio de 25 de noviembre de 1998, por cuanto no era CYTRAR, S.A. de C.V. quien recibía en el predio de Las Víboras residuos biológicos-infecciosos, sino otra empresa del Grupo autorizada expresamente por el INE para realizar esas actividades, precisamente en ese lugar. Se trataba de la compañía TECNICAS MEDIOAMBIENTALES WINCO, S.A. de C.V. (TM WINCO).

No obstante, la sorpresa fue en aumento y tornó en rechazo, al comprobar que esas autoridades no tomaban consciencia del propio error, sino que insistían en el argumento, forzándolo hasta tal punto que justificaban su actitud afirmando desconocer que el concreto lugar que figuraba en la autorización expedida a nombre de TM WINCO se ubicaba dentro de las instalaciones del Confinamiento CYTRAR.

Por ese motivo, los representantes de la actora interrogaron a la Doctora Cristina Cortinas acerca del significado de esa alegación. Quien había ocupado el cargo de Directora de Residuos del INE reiteró su decisión, justificando su conducta en la ignorancia de esa coincidencia de lugares.¹⁰⁶

Ante esa reticente actitud, la actora se vió obligada a aportar documentos presentados en el INE y emitidos por la SEMARNAP, en los que expresamente constataba la

¹⁰⁵ Véase la página 71 vuelta de la declaración correspondiente a la Doctora Cortinas.

¹⁰⁶ La Doctora Cortinas manifestó: “*tú debiste haberme notificado a mí que en el confinamiento iba a introducir una instalación de manejo de residuos biológico-infecciosos, debidamente autorizada, de manera independiente para otra empresa, no pensando que iba a estar directamente en el terreno del confinamiento”.* (El subrayado es nuestro). Así consta en la página 86 de la transcripción correspondiente a la declaración de la Doctora Cortinas.

ubicación de esa instalación de TM WINCO en el Confinamiento CYTRAR. Documentos que, en consecuencia, demostraban el conocimiento por el INE de la expresada coincidencia, desautorizaban la alegación y manifestación formulada por la Doctora Cortinas y desvirtuaban la causal de denegación recogida en el Oficio de 25 de noviembre de 1998.¹⁰⁷

Los textos exhibidos a la Doctora Cortinas en el acto de su declaración y leídos a su presencia, eran documentos en los que, de forma expresa, constataba la coincidente ubicación de la instalación referente a biológico-infecciosos y el Confinamiento CYTRAR. Eran documentos conocidos y sellados por el mismo INE y dirigidos particularmente a la declarante. En suma, estos documentos acreditaron que no era cierta la ignorancia aducida por el INE acerca de la coincidente ubicación de ambas instalaciones y vinieron a confirmar la improcedencia del motivo alegado en el Oficio de 25 de noviembre de 1998 como causa justificante de la negativa a renovar.

La parte actora no pretende a través del presente escrito, ni con su demanda, que el Tribunal Arbitral entre a valorar si son ciertos, adecuados o razonables los motivos alegados por el INE cuando denegó la renovación de la licencia de operación de CYTRAR y motivó la suspensión de las actividades desarrolladas en el Confinamiento. No se trata de que el Tribunal Arbitral “juzgue” la actuación del INE y tampoco la de su Directora General de Residuos.

Lo que la demandante persigue es que el Tribunal Arbitral conozca las causas reales que motivaron esa denegación y pueda, de ese modo, valorar si el acto materializado a través del Oficio de 25 de noviembre de 1998 supuso violación de los principios y obligaciones proclamados y establecidos en el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmado por el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁰⁷ Esos documentos fueron aportados en el curso de la declaración formulada por la Doctora Cortinas ante el Tribunal Arbitral, con fecha 21 de mayo de 2002 y en síntesis, consisten en:

- Un Oficio de fecha 22 de julio de 1996, suscrito por el Delegado Estatal de SEMARNAP y dirigido al Director General de Ordenamiento Ecológico e Impacto Ambiental, en el que, con referencia al proyecto denominado “*Sistema Integral de Manejo de Residuos Biológico Infecciosos*” se indica que “se pretende ubicar en terrenos de un confinamiento existente para residuos peligrosos bajo condiciones controladas, el cual cuenta con la autorización respectiva No. 26-30-PS-VII-01-94...” (se trata de la autorización concedida al Confinamiento CYTRAR con fecha 4 de mayo de 1994).
- Formato MRP presentado en el INE por TM WINCO y sellado por dicho Instituto el 6 de agosto de 1997. En dicho formato y bajo el Epígrafe “*Actividad que realizará la empresa*”, se indica “*Instalación de un Centro de Transferencia para el almacenamiento temporal de residuos biológico infecciosos en el confinamiento controlado de CYTRAR como parte del sistema integral de manejo de residuos biológico-infecciosos en Tijuana, B.C.*”
- Comunicación de fecha 3 de julio de 1998, presentada por TM WINCO ante el INE (sello de entrada de 9 de julio de 1998), en la que, directamente, se le indica a la Doctora Cortinas “*Mediante este escrito queremos hacer de su conocimiento de los detalles de la obra de construcción del centro de transferencia de residuos biológico-infecciosos, ubicada en el predio de Cytrar en Hermosillo, Sonora*”.

Ese objetivo lo entendemos plenamente alcanzado al comprobar la absoluta carencia de fundamento, y hasta de lógica, de los argumentos esgrimidos por las autoridades que firmaron dicha Resolución administrativa.

V.1.3 LA MOTIVACIÓN REFERENTE A LA OPOSICIÓN SOCIAL

La inexistencia y el carácter irreal de las causales que justificaban la no renovación en incumplimientos o irregularidades en la operación, ha revelado que el único y auténtico causante de la privación de la licencia fue la oposición social generada frente al Confinamiento CYTRAR.

Esa oposición social conocida, reconocida y expuesta ante el Tribunal Arbitral por la demandante, ha sido equiparada y confundida por la demandada con un supuesto interés general.

Particularmente, tras haber tenido oportunidad de conocer la catastrófica situación que, desde hace años, atraviesa el sector de los residuos industriales en México, sorprende que pueda considerarse de interés social o general el cierre de un confinamiento controlado de residuos peligrosos en ese país (sólo había dos confinamientos de este tipo y ahora únicamente queda uno). Por contra, esa situación revela que el expresado interés pasa por la apertura de nuevas instalaciones de ese género. Apertura que se ha demostrado imposible durante todos estos años y que auguramos continuará sin producirse, en tanto las autoridades mexicanas continúen cediendo a presiones sociales infundadas y contrarias a los intereses generales de la colectividad.

Pero, tampoco pretendemos convencer al Tribunal Arbitral de la disparidad de intereses y del error que supone confundir el interés de varios, incluso aunque fuera de gran número de personas, con lo que es auténtico interés general.

Ciertamente, una medida expropiatoria, para ser legal, precisa justificar su servicio a los intereses generales y públicos, que no a intereses equivocados y particulares de un cierto número, incluso amplio, de ciudadanos.

La demandada, durante el desarrollo de las audiencias de prueba y alegaciones orales, ha defendido y expuesto que la oposición social es consustancial a este tipo de operaciones y que, de hecho, el grupo TECMED ya la había sentido en sus propios negocios, no solamente en México, sino también en España.

De ese modo y pretendiendo asimismo generar desconfianza sobre el modo de operar

de este Grupo, la demandada alegó en esos trámites, que TECMED había experimentado el cierre de instalaciones de confinamiento de residuos en España, mencionando el caso del confinamiento ubicado en Santovenia de Pisuerga (Valladolid) y aportando “ex novo” documentación sobre el asunto.

Nada tiene que ver el confinamiento vallisoletano con el que operaba CYTRAR, S.A. de C.V. en México y nada tienen que ver en la medida en que no es el primero el que centra el objeto de este arbitraje.

Ahora bien, habiéndolo traído la demandada a conocimiento del Tribunal Arbitral, no obraría con prudencia y lealtad esta parte actora si no permitiese que el Tribunal y la contraparte conocieran la situación real y actual de dicha explotación.

Durante las audiencias celebradas en Washington ya se puso de manifiesto que las impugnaciones presentadas en España frente al Confinamiento de Santovenia nunca fueron dirigidas frente a su titular (la empresa CETRANSA del Grupo TECMED), sino frente a las licencias que posibilitaban su operación y contra los entes que las concedieron. Se comprobó igualmente, cómo esa problemática era ajena a la operación del confinamiento, moviéndose en el ámbito administrativo de concesión de permisos y se constató que dicho confinamiento era objeto de público reconocimiento en cuanto a calidad y utilidad.

Ahora bien, el corto tiempo transcurrido desde los últimos días del mes de mayo hasta la fecha, nos va a permitir igualmente demostrar cuál es la recta actuación de una Administración Pública que, pese a estar presionada, como la mexicana, por las fuerzas sociales contrarias a este tipo de instalaciones, es consciente de su interés y necesidad. Igualmente, ese reducido lapso de tiempo permitirá comprobar cómo la citada presión social, por fuerte que sea, resultando irracional y contraria al interés público, es vencible y debe ser vencida, existiendo medios idóneos para ello.

En este momento, podemos confirmar que el confinamiento de residuos peligrosos perteneciente al Grupo TECMED y operado por la empresa CETRANSA, se encuentra operativo y esa operación ha sido respaldada y posibilitada por las Cortes de Castilla y León, que han promulgado una Ley expresamente para ello. Nos referimos a la Ley 9/2002, de 10 de julio, publicada el 12 de julio de este año y en vigor desde esa misma fecha, que califica como Proyecto Regional a la Planta de transferencia, de tratamiento físico-químico y depósito de seguridad ubicada en Santovenia de Pisuerga y determina su *“aptitud para su inmediato funcionamiento, así como para la ejecución de las actividades y de los actos de uso de suelo previstos en el proyecto”*. (El subrayado es nuestro).¹⁰⁸

¹⁰⁸ Este texto corresponde a la Disposición Adicional de la expresada Ley Autonómica, cuyo texto se acompaña con el presente escrito como Documento A 118.

Basta leer la Exposición de Motivos de la expresada Ley para conocer lo que debe entenderse por interés general en materia de gestión de residuos y cuales son las rectas actuaciones y motivaciones de unos poderes públicos concededores de la problemática que esa gestión engendra y dispuestos a dar debida satisfacción a las necesidades que están llamados a satisfacer.

No dudamos que las autoridades medioambientales mexicanas habrán experimentado unas presiones sociales, probablemente crecientes, por permitir o amparar la operación del Confinamiento CYTRAR. Ahora bien, lo que sí cuestionamos es que esas autoridades, al provocar el cierre del Confinamiento, hayan actuado rectamente, defendiendo, protegiendo y amparando el interés público de la comunidad. De hecho no se trata ya de cuestionar la rectitud de esa actuación, sino de negarla en sus más rotundos términos. Nunca puede considerarse protección de un interés legítimo la adopción de una medida que pone fin a la operación de un confinamiento de residuos industriales en un País en el que tan sólo se confina el 12% de los residuos industriales generados, siendo los tiraderos clandestinos el destino generalizado de este tipo de residuos, máxime cuando esas mismas autoridades habían declarado y volvieron a manifestar que no existían irregularidades en la operación que ameritasen su cierre.

V.2 LA DENEGACIÓN DE LA RENOVACIÓN CONTRAVIENE PRINCIPIOS GENERALES Y ESENCIALES

Conocido, constatado y acreditado el auténtico significado y motivación del Oficio de 25 de noviembre de 1998, su ilicitud es predicable desde la perspectiva del Derecho interno Mexicano, del Derecho Internacional convencional y del Derecho Internacional consuetudinario. Esa actuación de las autoridades medioambientales mexicanas adolece de una ilicitud intrínseca en tanto que engendra una medida de coacción, ignora la presunción de inocencia, contraviene el principio de *non bis in idem*, resulta desproporcionada y supone la privación de un derecho sin la correspondiente compensación.

El INE denegó la renovación de la autorización para operar CYTRAR porque, de este modo, entendió que obligaba a la empresa a reubicarse y daba satisfacción a la presión social que exigía el cierre del Confinamiento en el predio de Las Víboras.

Con tal fin, el INE utilizó la no renovación como instrumento coactivo frente a la empresa, entendiendo que la urgencia de ésta por reubicarse sería mayor si se encontraba imposibilitada de hecho para continuar operando en el lugar en el que lo hacía.

Posiblemente con ignorancia de la grave significación jurídica que engendraban sus palabras, la Directora General de Residuos que firmó el Oficio de no renovación, adujo que *“Para ellos (se estaba refiriendo a las autoridades locales) estaba en la mente de que, si yo seguía renovándoles, eso iba a alargar... Mientras la empresa tuviera la posibilidad de seguir recibiendo residuos, no iba a comprometerse a fondo a hacer los estudios para la reubicación del sitio en otro lugar...”*¹⁰⁹ Por eso, para atender esas peticiones de las autoridades locales carentes de toda competencia en materia medioambiental, el INE denegó la renovación de la licencia. Lo hizo para evitar que la empresa tuviera esa posibilidad de seguir recibiendo residuos y obligarla a centrar sus esfuerzos en la reubicación, aunque el compromiso de reubicación asumido exigiese la continuidad en la explotación y ésta fuese incompatible con la negativa a renovar la autorización existente.

La Directora General de Residuos llegó a reconocer ante el Tribunal Arbitral que eran esas autoridades locales las que le señalaban las pautas de su actuación, las que le decían que no objetaban el que se autorizase a la empresa para completar la capacidad autorizada de la celda 1 y la capacidad construida (inferior a la autorizada) de la celda 2, pero que objetaban la posibilidad de ampliar la capacidad de esa instalación.¹¹⁰

Eran esas mismas autoridades locales carentes de competencia en la materia, las que instruían a la citada Directora General de Residuos, diciéndole *“déjalos que llenen la celda, eso está bien, pero no que construyan nada más, porque ya hemos esperado demasiado para la reubicación y no va a tener lugar la reubicación si siguen teniendo más espacio donde están”*.¹¹¹ Y la Directora General de Residuos “obedeció” a las citadas autoridades, negando a CYTRAR, S.A. de C.V. su derecho a seguir operando el Confinamiento.

Antes de conocer tan clara manifestación de la Doctora Cortinas, esta parte se esforzó en justificar cuáles eran las competencias del INE y de la PROFEPA y cómo el primero se había arrogado facultades de inspección que sólo competen a la segunda. Esta parte considera que esos esfuerzos han servido para comprobar, con las pertinentes precisiones de los expertos en Derecho Mexicano designados por ella, que tales argumentos eran ciertos y correctos. Ahora bien, tras escuchar las declaraciones de quienes ocuparon el cargo de Directores Generales de Materiales, Residuos y Actividades Peligrosas del INE, en los momentos relevantes (Doctora Cortinas e Ingeniero Sánchez), hemos podido comprobar que esos esfuerzos resultaron en gran medida superfluos.

Por supuesto que el INE se adjudicó facultades que competían a PROFEPA, pero para

¹⁰⁹ Esas declaraciones de la Doctora Cortinas obran en la página 72 de la transcripción correspondiente.

¹¹⁰ Véase nuevamente la página 72 de la transcripción correspondiente a la declaración de la Doctora Cortinas.

¹¹¹ Véase la página 82 vuelta de la transcripción correspondiente a esa misma declaración.

acreditar ese hecho no resulta preciso acudir y analizar las normas mexicanas que regulan la actividad medioambiental, basta escuchar las palabras pronunciadas por esas autoridades y su reconocimiento de que el INE instauró la política de autorizaciones temporales y sustituyó la prórroga por la renovación, con el objetivo expreso de crear instrumentos de control “*mucho más sencillos de manejar*”, que sustituyesen los trámites legalmente previstos para retirar autorizaciones y que resultaban “*muy complicados*”.¹¹²

Una vez instaurados esos instrumentos y asignado su control al INE, este Instituto, enfrentado a una fuerte oposición social y forzado por las autoridades locales, ya tenía en su mano el artificio adecuado para presionar y coaccionar a la empresa. Así fue como, aún antes de transcurrir el plazo que las mismas autoridades locales estimaban tiempo prudencial para ultimar la reubicación (un mínimo de 12 meses), el INE agotó su escasa paciencia y optó por “adelantar el proceso reubicatorio”, forzando a la empresa a facilitar su traslado, al decretar el cierre del Confinamiento en operación.

El INE pretendió arropar con vestidura legal esa figura y por eso emitió el Oficio de 25 de noviembre de 1998, tratando de componer un “*contexto*” que amparase la negativa a renovar.

Según se ha indicado, cuando se trata de adoptar una decisión administrativa, no se trata de exponer “*contextos*”, sino de expresar la motivación que la funda.

Además, el INE, con el objetivo de dibujar tal “*contexto*” se limitó a solicitar opiniones, datos y, podríamos decir que hasta “rumores” sobre el Confinamiento CYTRAR. Cualquier aportación valía con tal de que fuera de signo negativo y facilitase el cierre.

Efectivamente, el INE, carente de instrumentos y competencia de inspección, acudió a quién sí tiene unos y otros, recurrió a la PROFEPA. Pero esa Procuraduría no pudo facilitarle resoluciones o decisiones firmes, que no existían. Únicamente contaba con datos provisionales que estaban siendo analizados en los expedientes respectivos. A falta de otra cosa, al INE le resultó suficiente. Esas informaciones provisionales eran mejores que nada. Por eso, sin esperar a la culminación de los expedientes abiertos y a la decisión de la autoridad competente, el INE se adelantó, hizo uso de aquel procedimiento “*mucho más sencillo de manejar*” que había creado y denegó la renovación de la licencia.

Esa actuación del INE es prejuzgar y transgredir el principio de presunción de inocencia. El letrado representante de la contraparte ha llegado a manifestar sus dudas

¹¹² Ver las páginas 53 vuelta y 59 vuelta de la transcripción correspondiente a la declaración del Ing. Sánchez.

acerca de la existencia de tal principio en materia administrativa.¹¹³ Sinceramente, no estimamos que haya lugar a cuestionar tan universal principio en materia sancionadora, sea de carácter penal o administrativo. Pero, sin necesidad de entrar en tales valoraciones, lo cierto es que el tiempo transcurrido ha venido a confirmar el riesgo de semejante actuación. Riesgo de que una de las supuestas infracciones, comunicadas por la PROFEPA al INE y argumentada por éste como causa de no renovación, confirme no revestir tal carácter, una vez finalizado el expediente administrativo tramitado ante la entidad competente: la PROFEPA.

Como decimos, así ocurrió con la causal consistente en el tratamiento de residuos biológico-infecciosos, argumentada por el INE en el repetido Oficio de 25 de noviembre de 1998 y que, sin embargo, la PROFEPA no consideró como infracción.

Esa actuación del INE llevó a situar a dos organismos de la misma Secretaría (SEMARNAP), competente el uno (PROFEPA), e incompetente el otro (INE), en la labor de enjuiciar los mismos hechos, con el riesgo patente y materializado más tarde, de que ambos alcanzasen decisiones diversas o, incluso, que siendo del mismo signo, desembocasen en una doble sanción.

Tan injustificada e ilegítima era esa actuación que llegó a generar un intolerable efecto: que una supuesta conducta no confirmada ni considerada como infracción por el organismo competente para analizarla, fuera sancionada por el que carecía de tal competencia.

Es más, esa actuación del INE resulta absolutamente injustificada cuando, aún si admitiéramos la existencia de intereses generales contrapuestos a los particulares y la necesidad de sopesarlos y valorarlos, existían medios más adecuados y proporcionados y, por supuesto, menos definitivos, que la decisión de no renovar.

Supongamos que, cercano el momento de la expiración de la licencia, la situación se presentase conflictiva y el INE se encontrase en la dialéctica del qué hacer, cómo satisfacer o conjugar los intereses en juego.

En ese caso, el mismo INE había dado muestras de tener medios a su alcance que permitiesen la adopción de decisiones meditadas. Ese mismo Instituto, a través de su Director General de Residuos (Ingeniero Sánchez Gómez), había puesto en práctica uno de esos medios, tan sólo un año antes. En octubre de 1997, cuando se encontraba próxima a vencer la autorización otorgada el 11 de noviembre de 1996, el INE procedió a otorgar una prórroga de un mes, tiempo durante el cual decidió el otorgamiento de una nueva autorización.

¹¹³ Véase al respecto lo indicado por el Lic. Pérez Cano en la pág. 40 vuelta de la transcripción correspondiente a las declaraciones de los Licenciados Vera y Visoso Lomelín.

Según se ha expresado, esta parte no puede compartir esa autoatribución de competencias para otorgar autorizaciones y prorrogas de duración limitada, porque no se encuentran respaldadas y reflejadas en la Ley.

Ahora bien, el INE actuaba y había actuado de ese modo. En consecuencia, para ser coherente con tal modo de proceder, en noviembre de 1998, como mínimo, debería haberse movido con la “prudencia” con que lo había hecho un año antes. Pero no, no lo hizo. La Directora General de Residuos, con ese afán de facilitar y propiciar la reubicación, consideró medida más adecuada la de no renovar, de tal modo que a la empresa no le quedase otra salida que concentrar sus esfuerzos en la búsqueda de un lugar que las propias autoridades se encontraban incapacitadas de localizar.

Esa decisión, la de denegar la renovación de la licencia, incluso podía haber sido válida, como medida expropiatoria que materialmente era. Según se ha indicado, no pretendemos, ni siquiera, que el Tribunal Arbitral juzgue si existían unos intereses legítimos que atender, aunque ha de reconocérsele plena potestad, para ello. Lo que esta parte invoca es su legítimo derecho a ser compensada. Y es la inexistencia de tal compensación, lo que denuncia.

Siguiendo el procedimiento de búsqueda de instrumentos “*más sencillos y rápidos*” que tenían emprendido, las autoridades mexicanas parecieron enfrentarse a nuevas metas. ¿Por qué no buscar mecanismos también más económicos? De hecho, desconocemos si la búsqueda habrá sido larga. Desde luego, sí podemos confirmar que el resultado fue exitoso. Aquellos permisos temporales prorrogables, que sustituyeron a la autorización indefinida, y vinieron a ser sustituidos por la renovación anual, permitieron a los Estados Unidos Mexicanos privar a TECMED del objeto y frutos de una inversión, sin abonar compensación de ningún carácter.

Esta parte no acudió a los Tribunales mexicanos impugnando tan ilícita medida porque sabía que tal recurso podía vedarle la vía a la solución arbitral prevista en el APRI. Por eso, consciente de que una expropiación (o medida equivalente) no podía quedar sin compensación y conocedora de que tenía en sus manos el procedimiento idóneo para que los derechos usurpados le fueran restituidos, o, al menos compensados, esta parte actora acudió al arbitraje tramitado en el seno del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, solicitando la justicia que la demandada le negó y que pretende seguir vedándole con la impugnación de la potestad del honorable Tribunal Arbitral.

VI. CONCLUSIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y EL DERECHO APLICABLE AL ARBITRAJE

VI.1 CONSIDERACIONES PREVIAS

Para quién se sitúa en el objetivo de impedir por cualquier medio de defensa que prospere una reclamación contraria seriamente fundada y a todas luces procedente, el primero de los instrumentos a poner en práctica es, sin duda, el de negar la potestad del Tribunal que enjuicia el asunto para resolver el conflicto.

Esta es precisamente la perspectiva desde la que ha de analizarse la posición asumida por la representación de los Estados Unidos Mexicanos en el presente arbitraje. Consciente dicha representación de que las decisiones y medidas puestas en práctica por sus autoridades (principalmente federales, pero también estatales y locales) frente a CYTRAR y denunciadas por la demandante en el presente arbitraje, carecían del mínimo amparo en Derecho, optó por negar la premisa mayor, decidió rechazar de forma a todas luces infundada, la jurisdicción y potestad del Tribunal Arbitral designado con su participación.

Con tal objetivo, la demandada articula diferentes instrumentos que entrecruza para crear, primero, la duda e intentar, en último término, salir indemne de un proceso que, si entra en el fondo, presume con todo acierto perdido.

Esos instrumentos son, en síntesis los siguientes:

1. Negar la aplicación del Derecho Mexicano al arbitraje, para argumentar que el Derecho interno únicamente puede ser aplicado por los Tribunales nacionales, por lo que una violación al mismo, aunque la hubiera, como de hecho ha existido, no podría ser apreciada por un Tribunal de Arbitraje Internacional.

Esto es, articula parcelas estancas, haciendo coincidir Derecho aplicable con Tribunales. El Derecho Mexicano tan sólo podría ser considerado por los Tribunales Mexicanos y el Derecho Internacional por los Tribunales Internacionales.

Evolucionando en su discurso, parte de afirmar que no toda infracción de Derecho interno supone infracción del Derecho Internacional, lo que es cierto, para concluir que un Tribunal Internacional no puede valorar ni enjuiciar

actuaciones que implican infracciones del Derecho interno, aunque esas actuaciones también impliquen contravenciones al Derecho Internacional. En el fondo del argumento de la demandada, nos encontramos con que la idea disimulada que trata de imponer es que los Tribunales de Arbitraje Internacionales estarían para sancionar aquella conducta que no constituyendo infracciones al Derecho interno conlleven incumplimiento de principios del Derecho Internacional. Y eso, como veremos más adelante, no es así.

2. Un segundo instrumento utilizado por la demandada es el de “corregir” y “desvirtuar” las pretensiones de la demandante, para concluir que esas pretensiones no pueden ser resueltas por un Tribunal Internacional de Arbitraje.

En su escrito y en sus alegaciones, encontramos expresiones del siguiente tenor: “Si lo que solicita la demandante es que..., entonces el Tribunal Arbitral no es competente para pronunciarse sobre ello” (texto ilustrativo construido por la demandante).

Pero, lo cierto es que la actora no solicita ni pretende lo que la demandada afirma, por lo que poco importa que el Tribunal Arbitral no sea competente o no tenga potestad para decidir sobre lo último, si lo es para conocer de lo primero.

Obviando las consideraciones abstractas y yendo a lo concreto, no tenemos inconveniente en identificar esas argucias procesales de la demandada.

Resumiendo de manera absolutamente improcedente las fundadas alegaciones de la demandante, la demandada le indica al Tribunal que lo que la actora argumenta y pretende es que *“la negativa de las autoridades ambientales de renovar una autorización para operar un confinamiento de desechos tóxicos en un sitio que no cumple con la normativa ecológica - en un momento en el que enfrentaba una fuerte oposición social, motivada principalmente por deficiencias en la operación de la empresa, y en circunstancias que no garantizaban ya una operación segura en ese sitio en ese momento, así como la decisión de concentrar los esfuerzos en encontrar un sitio alternativo apto -, en suma que esa conducta de las autoridades mexicanas fue tan extraordinaria y tomada de manera arbitraria y tan apartada de las expectativas de cualquier persona en naciones similares, que equivale a una violación del derecho internacional”*.¹¹⁴

No es momento de profundizar en unas circunstancias que a estas alturas del escrito y del proceso han quedado suficientemente expuestas. Baste decir que la conducta realmente puesta en práctica por las autoridades mexicanas fue muy

¹¹⁴ Véase la página 7 vuelta de la transcripción correspondiente a los alegatos iniciales del Lic. Pérez Cano (día 20 de mayo de 2002).

distinta, radicalmente distinta, a la descrita por la demandada en ese párrafo y, por tanto, la actora nunca ha pretendido que esa otra actitud inventada y expresada por el representante de los Estados Unidos Mexicanos en ese párrafo, se declare contraria al Derecho Internacional por el honorable Tribunal de Arbitraje al que nos dirigimos.

En esa misma línea, el citado representante de la demandada pretende convencer al Tribunal de que lo solicitado por la demandante es que el Tribunal desapruebe los actos o las motivaciones del INE y que “sustituya el criterio que le propone por el criterio que tomaron las autoridades en su oportunidad”.¹¹⁵ Nuevamente yerra la demandada. La actora no solicita que el Tribunal “desapruebe” ni “sustituya” ningún criterio de autoridades internas, lo que solicita es que enjuicie su conducta a la luz del APRI y ordene las consecuencias que este Tratado prevé.

En definitiva, poco importa que no existan reglas del Derecho Internacional consuetudinario (de ningún tipo de Derecho Internacional, diríamos) que establezcan “un derecho de los inversionistas a operar irrestrictamente un confinamiento de desechos peligrosos en un sitio determinado”.¹¹⁶ Tampoco afecta a nuestra pretensión el hecho de que no competa “a un Tribunal Internacional actuar como una Corte de Apelación o de Casación para verificar de manera detallada la correcta aplicación del derecho municipal”.¹¹⁷ Y carecen de relevancia esas alegaciones de la demandada, no porque esta parte considere que no sean ciertas, sino porque son ajenas a nuestras pretensiones. Ni defendemos derechos “irrestrictos” a instalar negocios en México, donde nos plazca, ni solicitamos del Tribunal Arbitral que anule o case ninguna Sentencia nacional que, por cierto, nunca existió (por exigirlo así el APRI).

3. La demandada, en ese intento de excluir el asunto debatido del “ángulo de examen” del Tribunal Arbitral, insiste de manera constante en la cita parcial de laudos arbitrales y Sentencias de Cortes internacionales que leídos en su conjunto y respetando el contexto, llevan, por contra, a justificar plenamente esa potestad. Todo ello acompañado por la expresión paralela de conclusiones e interpretaciones de dichos laudos y sentencias que son por completo incompatibles con los términos expresados en los mismos. También gusta la demandada de articular una identidad absoluta entre los supuestos regulados por el TLCAN y el APRI aplicable a este proceso.

En esa estrategia cobró especial importancia el laudo dictado en el caso

¹¹⁵ Página 26 de la transcripción correspondiente a los alegatos finales (subsiguientes a la práctica de prueba) del Lic. Pérez Cano (día 24 de mayo de 2002).

¹¹⁶ Página 26 vuelta de la transcripción últimamente referida.

¹¹⁷ Página 22 vuelta de esa misma transcripción.

Metalclad. Podemos comprender que cuando los Estados Unidos Mexicanos fueron llamados a este arbitraje (y a TECMED no le quedó otro remedio que acudir al mismo) no se encontraban en la mejor disposición de ánimo, tras conocer el laudo arbitral que declaraba su condena en el asunto Metalclad. Al presentar su solicitud y demanda, esta parte conocía, como es obvio y deber de sus asesores (el laudo se encuentra publicado), el pronunciamiento contenido en el expresado laudo y, pese a la indudable similitud en los supuestos de hecho enjuiciados y los favorables considerandos a nuestra causa contenidos en dicho laudo, las referencias realizadas al mismo en el texto de la citada demanda son ciertamente limitadas. Basta revisar ese escrito para comprobarlo y contrastar como figuran otras varias remisiones a distintos laudos arbitrales y sentencias en asuntos relevantes.

Quizá por ese disgusto inicial de enfrentarse a un nuevo arbitraje con un laudo arbitral condenatorio en un asunto similar, pero sometido a distinto Tratado y reglas, la reacción haya sido tan desproporcionada tras conocer que se había estimado su recurso.¹¹⁸

La demandada culpa a la actora de haberle ocultado al Tribunal Arbitral que el laudo arbitral dictado en el asunto Metalclad había sido anulado en un recurso posterior. Volveremos más adelante sobre la relevancia de ese laudo y su recurso en aquellos puntos que puedan interesar al presente arbitraje. Pero, permítasenos adelantar que:

- La acción de TECMED en este procedimiento no se ha visto perjudicada por la anulación del laudo Metalclad, ya que no se encontraba fundada en el mismo.
- La anulación del laudo Metalclad fue exclusivamente parcial y no afectó en ninguno de sus extremos a las consideraciones del Tribunal Arbitral en el

¹¹⁸

El recurso fue decidido por la Corte Suprema de la Columbia Británica, mediante Sentencia dictada el 2 de mayo del 2001, aportada como Anexo D 195 con el memorial de contestación a la demanda. Esa misma Corte, con fecha 31 de octubre de 2001, emitió un nuevo documento, denominado “Supplementary Reasons for Judgement”, que modificó la Orden pronunciada el 2 de mayo anterior, diferiendo el procedimiento seguido ante la misma y reconociendo al Tribunal Arbitral la oportunidad para indicar posibles incumplimientos al NAFTA. La Corte Suprema de la Columbia Británica, en esta última decisión, se expresó en los siguientes términos: *“I vary the Order pronounced on May 2, 2001 by deleting paragraphs 3 and 4 of the Order as settled by the Registrar and substituting in their place an order adjourning these proceedings in order to give the Tribunal an opportunity to resume the arbitral proceeding for the purpose of determining whether there was a breach of Article 1105 or Article 1100 prior to the issuance of the Ecological Decree without regard to the concept of transparency and thereby determining whether Metalclad is entitled to interest prior to September 20, 1997... In view of the past history and the present circumstances, I order that these proceedings be adjourned for a period of 18 months from the date of these Supplementary Reasons for Judgement or such other period as may be ordered upon application to this Court”*. (Dado que la demandada no acompañó copia de este documento, lo aporta esta parte como Documento A 119).

sentido de que las autoridades mexicanas habían adoptado una medida equivalente a la expropiación. Este punto fue confirmado, incluso con mayor incidencia, en la decisión dictada por la Corte canadiense que conoció del recurso.

- La estimación parcial de ese recurso tampoco afectó a los criterios considerados por el Tribunal Arbitral para determinar la indemnización resultante de una medida expropiatoria.
- La Sentencia que resolvió el recurso no negó absolutamente la existencia de infracción al principio de Derecho Internacional de trato justo y equitativo, permitiendo, incluso, que el mismo Tribunal Arbitral analizase si habían existido otras violaciones a ese principio.¹¹⁹
- El recurso no ha sido decidido por un Tribunal Internacional, sino por un Tribunal interno del país sede del arbitraje.
- El asunto Metalclad se encontraba sometido al TLCAN, tratado multilateral y pluridisciplinar que regula otras materias aparte de las inversiones, no quedando sometidas las posibles infracciones de todos y cada uno de sus artículos al arbitraje. Precisamente fue una cuestión de ubicación de principios la que determinó la estimación parcial del recurso.

En suma, como veremos posteriormente, ni siquiera los laudos arbitrales expresamente alegados por la demandada en apoyo de sus alegaciones, fundan la exclusión del asunto debatido de lo que se ha dado en llamar “*ángulo de examen*” de un Tribunal Arbitral y, en particular, del designado para decidir este asunto.

4. También con esa finalidad de negar la potestad del Tribunal Arbitral, la demandada hace supuesto de la cuestión, entrando en un círculo de imposible salida. Niega la potestad del Tribunal afirmando que no existe infracción al Derecho Internacional, cuando ha de ser ese Tribunal, precisamente en virtud de la potestad que los firmantes del APRI le han atribuido, el que decida si la infracción ha existido y, en tal caso, determine sus consecuencias.

Esa confusión voluntaria entre Derecho aplicable y jurisdicción competente y esa inversión de los términos consistente en utilizar la consecuencia supuesta para negar la premisa real, acompañada de la tergiversación de las manifestaciones y peticiones de

¹¹⁹ Por cierto, esta parte desconoce cual haya sido el devenir posterior de este asunto, aunque ha recibido noticias acerca de la existencia de un acuerdo entre las partes que habría desembocado en el pago de una indemnización por parte de los Estados Unidos Mexicanos. Quizá la demandada quiera responder a esta curiosidad.

la actora y de la interpretación torcida de las decisiones dictadas por Tribunales Internacionales, son los elementos que amparan las infundadas alegaciones de la demandada sobre la carencia de potestad por parte del Tribunal.

Desprovisto de ese complicado ropaje, lo cierto es que su argumento es muy simple: Un Tribunal internacional no puede “corregir” a una autoridad pública interna. En su enjuiciamiento, el Tribunal Internacional debe partir de que los actos de esa autoridad interna son acertados y acordes a Derecho, lo que le impide declararlos contrarios a cualquier norma.

Según decimos, no se trata de “corregir” o “enmendar” esas actuaciones. El Tribunal de Arbitraje no va a pedirle al INE que rectifique su Oficio de 25 de noviembre de 1998, ni va a poner en práctica las consecuencias que pudieran derivarse en Derecho interno de esa irregularidad. El Tribunal de Arbitraje decidirá libremente si esa actuación del INE supone una violación del APRI y, de estimarlo de ese modo, fijará las consecuencias previstas en ese mismo texto internacional.

Si el Tribunal Arbitral no pudiera declarar el ilícito de una actuación administrativa, encontrándose obligado a aceptarla como regular en todos los ámbitos ¿de qué serviría el APRI y sus mecanismos de solución de conflictos? Basta acudir a los múltiples laudos y sentencias que, en distintos ámbitos (muchos de ellos en el seno de CIADI), han sancionado infracciones de autoridades locales, para comprobar que los APRI y los Convenios multilaterales sí cumplen una importante función y que es precisamente la que la demandada pretende negarles: la de proteger las inversiones foráneas.

VI.2 DERECHO APLICABLE

VI.2.1 RELEVANCIA DEL DERECHO INTERNO MEXICANO

Con el fin anteriormente apuntado de excluir la potestad del Tribunal Arbitral sobre este asunto, es constante la insistencia de la demandada acerca de la inaplicabilidad al caso del Derecho interno Mexicano y su misma reiteración de que esto es lo pretendido por la actora.

Choca, desde luego, que un abogado mexicano, representante de los Estados Unidos Mexicanos, exprese semejante aversión hacia un Derecho que le ha de resultar tan familiar, y no podemos por menos que extraer conclusiones de esa conducta. Ahora bien, como esas apreciaciones serán por fuerza subjetivas, al suponer intenciones ajenas, renunciamos a entrar en su análisis.

A fuerza de ser objetivos, debemos partir de tres consideraciones:

1. La demandante no pretende que el Tribunal Arbitral enjuicie este asunto a la luz del Derecho Mexicano.
2. La demandante considera que este arbitraje habrá de ser decidido de conformidad con las disposiciones del APRI y el Derecho Internacional.¹²⁰
3. Precisamente porque el arbitraje debe ser decidido conforme a las disposiciones del APRI, resulta relevante y han de ser consideradas por el Tribunal Arbitral las disposiciones del Derecho interno Mexicano alegadas por esta parte en el arbitraje.

Lo obvio resulta difícil de explicar, precisamente por su obviedad.

A la pregunta de por qué se haya traído al arbitraje el Derecho interno Mexicano (y lo han hecho ambas partes, que han designado igualmente peritos expertos en ese Derecho), la respuesta es evidente: porque el mismo Tratado bilateral establece clarísimas remisiones a ese Derecho y analizando ese Derecho se podrá acabar de determinar si se han cumplido los mandatos recogidos en el expresado Tratado.

En un repaso rápido del articulado del APRI, encontramos esas patentes remisiones especialmente en los siguientes Artículos:

- Artículo II.1: Cada parte contratante tiene la obligación de admitir inversiones procedentes de inversores de la otra parte *“conforme a sus disposiciones legales vigentes”*.¹²¹
- Artículo III.2: Cada parte contratante tiene la obligación de otorgar las autorizaciones necesarias para la realización de las inversiones *“en el marco de su legislación”*.
- Artículo IV.5: Cada parte contratante estará obligada a otorgar a los inversores de la otra parte contratante un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus propios inversores, *“Con arreglo a los límites y modalidades de su legislación”*

¹²⁰ Como así lo ordena el Título Sexto del Apéndice del APRI: *“1. Cualquier tribunal establecido conforme a este Apéndice decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con las disposiciones de este Acuerdo y las reglas aplicables del Derecho Internacional”*.

¹²¹ Recordemos aquí que anteriormente negamos la alegación de contrario que nos imputaba la pretensión de defender un derecho *“irrestricto”* a efectuar una inversión. Precisamente, estamos defendiendo que ese derecho no es irrestricto sino se encuentra afectado y condicionado por las disposiciones legales internas del país receptor.

nacional”.

- Artículo V.1: Las autoridades de una de las partes contratantes sólo podrán adoptar medidas de nacionalización, expropiación u otras de efecto similar, “*conforme a las disposiciones legales*”.
- Artículo V.2: La autoridad que adopte alguna de esas medidas habrá de indemnizar al inversor afectado por el valor de mercado del bien expropiado y “*Los criterios de valoración se determinarán conforme a la legislación vigente aplicable en el territorio de la Parte contratante receptora de la inversión*”.

Tras la revisión de estos artículos ¿debemos seguir preguntándonos si el Derecho Mexicano tiene algún papel en este arbitraje? Sincera y respetuosamente, entendemos que la pregunta es fácil de responder: por supuesto que tiene una función el Derecho interno Mexicano, la que el propio APRI le asigna.

Ahora bien, según hemos indicado, no pretendemos ni hemos procurado nunca que el Tribunal Arbitral resuelva el asunto aplicando Derecho Mexicano exclusivamente. Y no porque un Tribunal Arbitral Internacional no pueda aplicar Derecho interno de un país. Ni siquiera porque no puedan hacerlo los Tribunales designados para resolver controversias surgidas de inversiones transfronterizas. Todos somos conocedores de lo que se llama principio de autonomía de la voluntad de las partes, que las llevan en muchas ocasiones a pactar la aplicación de un Derecho interno en contratos internacionales sometidos a arbitraje. Presumimos igualmente a todos conocedores de la existencia de remisiones expresas a Ordenamientos locales internos en Tratados sobre inversión muy similares al APRI que ahora se analiza.¹²² Por ello, no se prenda llevar a la mente del Tribunal Arbitral que un Tribunal Internacional no puede aplicar un Derecho interno y ampliar el argumento a una consecuente imposibilidad de ese mismo Tribunal para enjuiciar la actuación de una autoridad pública que haya infringido ese Derecho interno. Esa actuación, no sólo es posible, sino que resulta incluso ordenada en algunos Tratados en vigor.

Pero, según hemos indicado, en este caso, la pretensión de la demandante no va tan lejos. No se trata de que el Tribunal Arbitral haya de decidir conforme a Derecho mexicano. Pero debe tenerlo en cuenta.

¹²²

A título de ejemplo, podemos mencionar el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República Argentina, que, en su artículo 10.5 dispone: “*El Tribunal Arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la parte en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y de los principios generales del Derecho Internacional*”.

Enlazando Derecho aplicable y jurisdicción, como hace la demandada, no se pretende, en el presente caso, que el Tribunal Arbitral se constituya como un Tribunal de segunda instancia mexicano que decida si la denegación de la autorización es o no conforme con el Derecho de ese País y determine las consecuencias que pudieran derivarse del Derecho Mexicano. Un Tribunal Arbitral no es una instancia superior al sistema de recursos previsto en un sistema legal nacional determinado, ni esta parte pretende que así lo sea y actúe. El Tribunal Arbitral será el primer y único Tribunal en resolver este asunto.¹²³ Pero eso no conlleva que el Tribunal Arbitral, en el momento de decidir si la denegación de una licencia es contraria a las estipulaciones del APRI y del Derecho Internacional, haya de estar ciego, sordo y mudo ante el Derecho nacional.

Lo que este Tribunal Arbitral está obligado a analizar es si la actuación de las autoridades mexicanas en relación con la inversión de TECMED y en concreto, en relación con la denegación de la licencia como medida que impidió de manera efectiva y definitiva el uso y disfrute de la inversión, constituye una violación, por parte de las autoridades mexicanas, a las disposiciones del APRI y, por lo tanto, un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico internacional.

No obstante, que las violaciones del APRI haya que verlas a la luz del Derecho Internacional, no significa que se deba desconocer lo establecido en la legislación nacional del Estado en donde se ha desarrollado la inversión. Es correcto lo que dice la demandada en cuanto a que una violación del Derecho municipal no implica una violación del Derecho internacional y, viceversa, que una violación del Derecho internacional, no tiene porque ser también contraria al Derecho nacional. Pero esto, no equivale a la defensa de que el Derecho nacional no sea relevante en este caso.

Hay supuestos en los que habrá que acudir al Derecho nacional para saber si el acto realizado constituye una violación del Derecho Internacional y, otros en los que no hará falta recurrir al Derecho nacional. Que resulte necesario o conveniente acudir al Derecho nacional no significa que el resultado de legalidad o ilegalidad que arroje el Derecho nacional resulte prejudicial para determinar si existe una violación del Derecho internacional. Como decíamos en el párrafo anterior, que exista o no una

¹²³ No solamente es ajena a la intención de esta parte que el Tribunal Arbitral actúe como Tribunal de segunda instancia, sino que además es absolutamente imposible en el ámbito del APRI hispano-mexicano. No olvidemos que una de las condiciones esenciales impuestas por dicho Tratado para que quede abierto el acceso a la justicia arbitral es que la parte perjudicada no haya acudido a los Tribunales nacionales. Recordemos el Título Segundo de su Apéndice cuando, en el apartado 2 dispone “*El inversor que inicie procedimientos ante cualquier tribunal judicial o administrativo con respecto a la medida presuntamente violatoria de este Acuerdo, no podrá presentar una reclamación conforme a este Apéndice. El inversor tampoco podrá presentar una reclamación conforme a este Apéndice en representación de una empresa, si esta última ha iniciado procedimientos ante cualquier tribunal judicial o administrativo con respecto a la medida presuntamente violatoria*”.

violación del Derecho nacional, no significa que, automáticamente, exista o no una violación del Derecho internacional.

En este punto, conviene realizar una primera alusión a uno de esos laudos arbitrales citados parcialmente por la demandada, demostrando que si algo ampara, son las alegaciones de la demandante. Nos referimos al Caso ELSI, en el que la Corte Internacional de Justicia sí que se aplica el Derecho Italiano, contrariamente a lo que sostiene la demandada.¹²⁴

El Tribunal Arbitral del Caso ELSI, al considerar si había existido violación del art. III del Tratado entre EE.UU. e Italia,¹²⁵ formula continuas referencias al Derecho interno Italiano y, en concreto, al Derecho Italiano en materia de insolvencia, por así venir establecido en el propio art. III y porque, en definitiva, era necesario a la hora de determinar si se había privado al inversionista de sus derechos de control y

¹²⁴ Ante la relevancia que la contraparte atribuye a este asunto, nos permitimos resumir los hechos del caso ELSI:

ELSI era una compañía italiana, participada al 100% por dos accionistas de nacionalidad norteamericana.

En 1967, ELSI tenía y operaba una planta de producción de componentes electrónicos en Palermo, Sicilia. En el período comprendido entre 1964 y 1966, ELSI obtuvo un beneficio de explotación, que sin embargo, fue insuficiente para compensar los gastos de deuda y las pérdidas acumuladas. Entre febrero de 1967 y marzo de 1968, se celebraron numerosas reuniones entre ELSI y autoridades italianas y distintas compañías, con el fin de encontrar un socio para ELSI con capacidad económica e influencia y explorar las posibilidades de otro tipo de apoyo gubernamental. Cuando pareció que las negociaciones no iban a resultar en un acuerdo satisfactorio para las partes, ELSI empezó a planear su cierre y liquidación con el fin de minimizar sus pérdidas (los accionistas de ELSI consideraron que sería más conveniente un cierre y liquidación de la planta, en contraposición a la declaración de quiebra de la misma). El 28 de marzo de 1968, se decidió que ELSI terminara con sus operaciones. Las reuniones con las autoridades italianas continuaron, presionando éstas a ELSI para que no cerraran la planta y despidiera a los empleados. El 29 de marzo se enviaron las cartas de despido a los empleados de ELSI.

El 1 de abril de 1968, el Alcalde de Palermo dictó una orden, de efecto inmediato, requisando la planta de ELSI y sus activos, por un período de 6 meses. Durante este período, la planta fue ocupada por el personal de la misma.

El 19 de abril de 1968, ELSI interpuso un recurso administrativo contra la orden de requisación ante el Prefecto de Palermo.

El 26 de abril de 1968, ELSI instó la declaración de quiebra, alegando como motivos, que la orden de requisación había hecho perder el control de la planta. El Tribunal de Palermo, el 16 de mayo de 1968, dictó una resolución de declaración de quiebra.

El 22 de agosto de 1969, en el recurso administrativo interpuesto por ELSI contra la orden del Alcalde de Palermo, fue anulada la orden de requisación.

El 16 de junio de 1970, el administrador de la quiebra, inició actuaciones judiciales ante la Corte de Palermo contra el Ministerio del Interior italiano y el Alcalde de Palermo por los daños derivados de la orden de requiso. La Corte de Apelación de Palermo concedió a ELSI una indemnización por los daños causados por la pérdida de uso de la planta durante el período que duró el requiso.

El procedimiento de quiebra finalizó en Noviembre de 1985, sin que de la cantidad realizada, quedasen beneficios para los accionistas de ELSI.

¹²⁵ Remitimos a la lectura de los párrafos 68 a 101 de la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States v. Italy) 1989 C.I.J.15. (Sentencia acompañada como Anexo D 182 con la contestación a la demanda y adjunta con el presente escrito como Documento A 120).

organización de su inversión y al analizar cuál era la situación del inversionista antes de adoptarse la orden de requisito. Es decir, el Tribunal Arbitral hubo de analizar aquellos requisitos y condiciones que bajo el Derecho Italiano, permiten determinar el estado de insolvencia de una empresa.

A estos efectos, es ciertamente ilustrativo el párrafo 94 de la Sentencia:

“If however ELSI was in a state of legal insolvency at 31 March 1968, and if, as contended by Italy, a state of insolvency entailed an obligation on the company to petition for its own bankruptcy, then the relevant rights of control and management would not have existed to be protected by the FCN Treaty. While not essential to the Chamber’s conclusion, already stated in paragraph 92 above, an assessment of ELSI’s solvency as a matter of Italian law is thus highly material.” (el subrayado es nuestro).¹²⁶

Derecho Italiano al que también recurrió la Corte Internacional de Justicia a la hora de determinar si la orden de requisito fue o no arbitraria.¹²⁷

Al igual que en el caso ELSI, en el presente, al analizar la negativa de las autoridades mexicanas a renovar la autorización de operación del confinamiento, habrá que analizar el Derecho Mexicano. Será el Derecho Mexicano el que ilustrará al Tribunal Arbitral acerca de si las autoridades mexicanas otorgaron las autorizaciones pertinentes y necesarias para la inversión de acuerdo con lo establecido en sus leyes (mandato del artículo III.2 del APRI) y si siguieron el procedimiento legalmente establecido, o siquiera algún procedimiento, al adoptar la decisión de no renovar que originó el cierre del Confinamiento. Ya hemos examinado como no fue seguido el procedimiento legalmente establecido para la revocación, sino que se puso en práctica un mecanismo “*mucho más ágil y menos complicado*”

Por lo demás, en el caso que nos ocupa, la relevancia del Derecho interno es innegable por el conducto del trato nacional.

Han sostenido los Estados Unidos Mexicanos que la infracción del Derecho interno no supone, sin más, una infracción del Derecho Internacional y así lo ha aceptado esta parte.

Ahora bien, no podemos olvidar que en el APRI hispano-mexicano, se establece para los extranjeros un trato mínimo que no puede ser inferior al recibido por los nacionales

¹²⁶ El párrafo 92 al que se refiere la Sentencia establece: “*All these factors point towards a conclusion that the feasibility at 31 March 1968 of a plan of orderly liquidation, an essential link in the chain of reasoning upon which the United States claim rests, has not been sufficiently established.*”

¹²⁷ Remitimos a la lectura del párrafo 123 de la Sentencia.

del Estado receptor.¹²⁸

En consecuencia, aunque el Derecho Internacional no fuera tan estricto como el nacional y una violación al último no implicase una violación a al primero por vía directa, el Tribunal de Arbitraje sí habría de apreciarla y sancionarla, dado que, de otro modo, no se respetaría el principio de trato nacional recogido en el citado precepto del APRI. Los nacionales mexicanos tendrían derecho a denunciar y demandar a las autoridades públicas por cometer infracciones del Derecho interno, en tanto que tal derecho no le estaría reconocido a un inversor español que acude al procedimiento de arbitraje previsto en el APRI, y viceversa.

Según hemos indicado, las infracciones cometidas por las autoridades públicas mexicanas son infracciones al Derecho Internacional y como tales se denuncian. Ahora bien, en caso de que no supusieran infracción directa al Derecho Internacional, pero sí lo fueran, como de hecho también lo son, al Derecho interno Mexicano, también habrían de ser conocidas y sancionadas por este Tribunal de Arbitraje que debe garantizar al extranjero un trato cuando menos igual al que la legislación interna atribuye al nacional.

VI.2.2EL DERECHO INTERNACIONAL A CONSIDERAR POR EL TRIBUNAL ARBITRAL

Con la finalidad expuesta de excluir el conflicto enjuiciado del denominado “*ángulo de examen*” del Tribunal Arbitral, la demandada realiza un salto no explícito con claridad en sus alegaciones escritas y orales, consistente en pasar del Derecho Internacional citado como aplicable en el Título Sexto 1 del Apéndice del APRI, al Derecho Internacional consuetudinario.

Como puede observarse en las alegaciones orales formuladas a presencia del Tribunal Arbitral por el Lic. Pérez Cano, el parámetro de examen y valuación de las conductas de las autoridades mexicanas, ya no es de Derecho Internacional. Para el representante de la contraparte, es un Derecho Internacional muy específico, es el Derecho Internacional consuetudinario.

Dice así, el licenciado Pérez Cano:

“Para que este caso prevaleciera la demandante debe convencer al Tribunal de que, conforme al derecho internacional consuetudinario, no

¹²⁸ El Artículo IV.5 del APRI dispone “*Con arreglo a los límites y modalidades de su legislación nacional, cada Parte Contratante aplicará a las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus propios inversores*”.

*ha recibido el trato acorde con el derecho internacional consuetudinario. Pero no hay una regla de derecho internacional consuetudinario que establezca un derecho de los inversionistas a operar irrestrictamente un confinamiento de desechos peligrosos en un sitio determinado”.*¹²⁹

Analizando el origen de esa referencia al Derecho Internacional consuetudinario que, desde luego, no es la que figura en el Título Sexto 1 del Apéndice al APRI, lo encontramos en la Sentencia de la Corte Suprema de la Columbia Británica que conoció sobre el ya mencionado recurso del laudo Metalclad. Esa Corte determinó que el principio de transparencia, cuya infracción había sido considerada por el Tribunal Arbitral como incluida en la obligación de trato justo y equitativo, no pertenecía al ámbito del Derecho Internacional consuetudinario.

Así, la demandada, expuso en su memorial de contestación a la demanda:

“La corte canadiense determinó que el tribunal de Metalclad actuó en exceso de su competencia, al haber sustentado su decisión de violación al artículo 1105 del TLCAN (nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional) en supuestas violaciones a obligaciones convencionales – el tribunal de Metalclad, en efecto legisló nuevas obligaciones que ni siquiera existen en el TLCAN-, por oposición al derecho internacional consuetudinario:

...
*La Suprema Corte de Columbia Británica manifestó que la transparencia es un concepto del derecho internacional convencional, no del derecho internacional consuetudinario...”*¹³⁰

Ciertamente, esa dualidad Derecho Internacional / Derecho Internacional consuetudinario, traída de forma tan “natural” al presente arbitraje, es una argucia dialéctica surgida en el ámbito del Tratado TLCAN, distinto, por tanto, a las características de los APRI, con uno de los cuales nos enfrentamos en este arbitraje.

No obstante y para situar las cosas en sus adecuados términos, haremos referencia a la cuestión.

La Sentencia dictada por la Suprema Corte de la Columbia Británica, expresó sobre este asunto:

“For instance, treatment may be perceived to be unfair or inequitable but

¹²⁹ Véase la página 26 vuelta de la transcripción correspondiente a las alegaciones finales del Lic. Pérez Cano (24 de mayo de 2002).

¹³⁰ Ver párrafos 515 y 516 del memorial de contestación a la demanda.

it will not constitute a breach of Article 1105 unless it is treatment which is not in accordance with international law. In using the words “international law”, Article 1105 is referring to customary international law...”

De este texto, procede la equiparación entre Derecho Internacional y Derecho Internacional Consuetudinario formulada en nuestro caso por la representación de los Estados Unidos Mexicanos.

Pues bien, con todos los respetos debidos a esta Corte Canadiense, tal manifestación no sólo ignora el contenido del artículo 31, apartado primero, del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, sino que también prescinde de las fuentes del Derecho Internacional recogidas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Si un Tratado dispone la aplicación del Derecho Internacional no cabe equiparar Derecho Internacional a Derecho Internacional consuetudinario y, de ese modo, restringir la fuente.

De hecho, esa conclusión acerca de la errónea interpretación de los términos Derecho Internacional, también ha sido compartida por el Tribunal Arbitral en el caso *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, en el laudo relativo a daños, de 31 de mayo de 2002, donde el Tribunal Arbitral, en el comentario a pie de página número 37, afirma que: *“The tribunal is not unaware that, in the Eighth submission of the United States; (ilegible) argued that the term ‘international law’ in Article 1105 means customary international law, basing itself on the judgement in the United States v. Metalclad Corp., 2001 BCSC 664. In that decision, Tysoe J. reached that conclusion without providing any analysis or reasoning. See id., at parr. 62 of course, the failure to provide a rationale for the conclusion renders this ipse dixit holding of questionable precedential value* (el subrayado es nuestro).¹³¹

Esto es, el laudo citado cuestiona el valor como precedente que pueda atribuirse a los pronunciamientos de la Corte Canadiense, en la medida en que equiparan Derecho Internacional a Derecho Internacional consuetudinario. Pero existen opiniones y afirmaciones que van aún más lejos, llegando a sostener que tal equiparación escapa el ámbito de la interpretación, para convertirse en una modificación normativa impropia.

Inmediatamente después de haberse dictado la Sentencia que resolvió el recurso en el Caso *Metalclad*, el 31 de julio de 2001, la Comisión del libre Comercio del TLCAN emitió una declaración conteniendo la interpretación de ciertas disposiciones de su Capítulo XI. En esa interpretación, llegó a decir (acorde con el contenido de la Sentencia Canadiense) que el estándar mínimo establecido en el Artículo 1105 del

¹³¹ Se aporta este Laudo como [Documento A 121](#).

TLCAN, era el estándar mínimo del Derecho Internacional Consuetudinario.¹³²

Esta declaración de la Comisión del Libre Comercio del TLCAN ni es en sí misma vinculante, ni es aplicable a nuestro caso, dado que se refiere al TLCAN, pero sí conviene analizar sus términos, siquiera porque las disposiciones sobre las que se pronuncia la declaración son similares a las recogidas en el APRI.

Son numerosas las manifestaciones realizadas a raíz de esta declaración y, entre todas ellas, destacamos las de Sir Robert Jennings, a propósito del Caso Methanex Corporation v. Estados Unidos de América y las del Laudo Arbitral relativo a Daños, de 31 de mayo de 2002, en el Caso Pope & Talbot Inc. v. Gobierno de Canadá, el última ya citado.

Sir Robert Jennings se expresó en términos bien categóricos y muy tajantes respecto a la declaración de la Comisión:

“The trouble with this proposition is just that Article 1105 (1) in fact prescribes nothing of the sort. The article nowhere mentions ‘aliens’; nor indeed does any other article of Chapter ii of the NAFTA Agreement. Article 1105 is not about aliens but about ‘investments of investors of another Party.’ ... Nor does it use the word ‘customary’; not even in the heading of the Article ‘Minimum Standard of Treatment’.

This attempt to ‘interpret’ the paragraph only after first materially changing the text of the paragraph does, however betray the aim of this so-called interpretation, which is to replace the plainly stated requirements for the treatment of ‘investors of another Party’, by the former customary international law minimum standard for the treatment of aliens.

...

Article 1105 does not anywhere mention either the term ‘customary’ or the term ‘alien’. The first proposition of the Free Trade Commission, far from interpreting Article 1105 (1), simply tries to substitute for the express terms of Article 1105 an altogether different standard.” (El

¹³²

“Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law

- 1. Article 1105 (1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party.*
- 2. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.*
- 3. A determination that there has been a breach of another provision of the TLCAN, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105 (1).”*

(Se acompaña copia de esta Declaración como Documento A 122).

subrayado es nuestro).¹³³

Por su parte, en el Laudo relativo a Daños de 31 de mayo de 2002, pronunciado en el Caso Pope Talbot Inc. v. Gobierno de Canadá, el Tribunal Arbitral se expresó en los siguientes términos:

[20] *“In this case, the interpretation made by the Commission states that Article 1105(1) prescribes the “customary international law” minimum standard of treatment, whereas the text of the Article refers rather to treatment in accordance with “international law”. It is well accepted that the content of “international law” is a good deal broader than “customary international law”. Article 38 of the Statute of the International Court of Justice makes it clear that there are four sources of international law, of which custom is only one.”*

[46] *“... They show that no reference was ever made to customary international law, and, of course, one must accept that the negotiators of NAFTA, as sophisticated representatives of their governments, would have known that, as is made clear in Article 38 of the Statute of the ICJ, international law is a broader concept than customary international law, which is only one of its components...”*

[61] *“Thirdly, the standard of fair and equitable treatment was central to BITs negotiated since the work of the OECD. Many of those agreements, as the Tribunal has previously observed, require state conduct to be evaluated under the fairness elements apart from the standards of customary international law. And even those that do not provide that those elements are owed independently of the requirements of customary international law do add the fair and equitable treatment protections to those rights formerly protected by customary international law. That is, the BITs are not limited to protection against “international delinquencies.”* (El subrayado es nuestro.)

En consecuencia, la obligación de otorgar al inversor y a su inversión un trato justo y equitativo de conformidad con el Derecho internacional, no sólo abarca el Derecho consuetudinario. Así lo dice el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia en su artículo 38, la más cualificada doctrina (Sir Robert Jennings) y los Tribunales Arbitrales (Caso Pope & Talbot Inc. v. Gobierno de Canadá).

Los intentos de cambiar el texto de lo acordado, por medio de pseudo-interpretaciones,

¹³³ Second Opinion of Professor Sir Robert Jennings, Q.C. en el asunto Methanex Corporation v. United States of America. Se acompaña esta Opinión como Documento A 123. Sir Robert Jennings fue Presidente de la Corte Internacional de Justicia.

como se le criticó a la Comisión del TLCAN y en nuestro caso pretenden los Estados Unidos Mexicanos, no son sino intentos de eludir la legalidad (internacional) aplicable.

VI.3 POTESTAD DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Dando un segundo paso en el argumento iniciado por la demandada con el objetivo buscado de negar la potestad del Tribunal Arbitral en este asunto, la demandada procede a analizar lo que llama, siguiendo la terminología habitual en la materia, de la que esta parte también se hace eco, “*Ángulo de Examen*” del Tribunal Arbitral.

El cuestionamiento de la potestad del honorable Tribunal al que nos dirigimos, para enjuiciar la cuestión debatida, obliga a esta parte a incidir con mayor énfasis del ya empleado en la demanda (que entonces entendimos suficiente por su claridad), en los incuestionables argumentos que apoyan dicha potestad sin lugar a la duda.

Con tal finalidad, el camino emprendido será doble: demostrar la debilidad y, muchas veces, el error de los argumentos de la demandante y expresar las razones que avalan la posición de la actora. Veamos paso a paso esas razones.

VI.3.1 SOMETIMIENTO DE LAS PARTES A LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Entendemos que la duda propiciada por los Estados Unidos Mexicanos sobre la potestad del Tribunal Arbitral para decidir este caso, no deriva de cuestionar la sumisión de las partes al arbitraje, tratándose principalmente de una objeción a las materias o infracciones que pueden ser decididas por el Tribunal.

No obstante y sin perjuicio de que más adelante también se aborde esta otra cuestión, sí entendemos conveniente justificar de dónde viene esa sumisión al arbitraje, máxime teniendo en cuenta que no media un contrato entre las partes litigantes.

La sumisión a arbitraje, en este caso, por parte de los Estados Unidos Mexicanos, deriva del mismo acto de firma del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones por parte de los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, que venimos denominando APRI.

Con la firma de ese Acuerdo, y en particular a través de su Artículo XI, los Estados

Contratantes, México y España, en ejercicio de su soberanía, aceptaron en firme someter a arbitraje las controversias que pudieran enfrentarles con inversiones de la otra parte contratante.

El texto del expresado precepto no deja lugar a dudas:

“CONTROVERSIAS ENTRE UNA PARTE CONTRATANTE E INVERSORES DE LA OTRA PARTE CONTRATANTE.

- 1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante respecto a cuestiones reguladas en el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversor a la Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.*
- 2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses, a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el párrafo 1, será sometida al mecanismo de solución de controversias estipulado en el Apéndice del presente Acuerdo”.*

Ese mecanismo no es otro que el arbitraje sustanciado en estos autos e instado a través del Mecanismo Complementario CIADI, en aplicación de lo dispuesto en el Título Tercero del mencionado Apéndice, cuyo texto es del siguiente tenor:

- “1. Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación y que el inversor contendiente haya notificado por escrito con 90 días de anticipación a la Parte Contratante su intención de someter la reclamación a arbitraje, el inversor contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:*
 - a) el Convenio CIADI, siempre que ambas Partes Contratantes sean Estados Parte del mismo;*
 - b) las Reglas del mecanismo complementario de CIADI, cuando una de las Partes Contratantes, pero no ambas, sea Estado Parte del convenio de CIADI;*
 - c) las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL; o*
 - d) las Reglas de Arbitraje del TLCAN, excepto por lo que se refiere al nombramiento de árbitros que se regirá por lo*

dispuesto en el Título Cuarto.

2. *El Convenio de CIADI o las reglas citadas regirán el arbitraje, salvo en la medida de lo modificado por este Apéndice”.*

Con su escrito de solicitud de arbitraje, esta parte ya aportó la información y los documentos acreditativos del cumplimiento de las formalidades y pasos precisos para acudir al arbitraje:

- Ambos Estados firmantes, el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos firmaron y ratificaron el APRI, publicándolo en sus respectivos Boletines Oficiales, por lo que se encuentra en vigor en ambos Países.¹³⁴
- TÉCNICAS MEDIOAMBIENTALES TECMED, S.A. notificó a la Secretaría de Fomento Industrial y a la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, con fecha 25 de febrero de 1999, la existencia de una controversia.¹³⁵
- TÉCNICAS MEDIOAMBIENTALES TECMED, S.A. ratificó a la Secretaría de Fomento Industrial y a la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, en septiembre de 1999, su decisión de someter la controversia a arbitraje.¹³⁶
- España es parte del Convenio de CIADI, pero no lo son los Estados Unidos Mexicanos.
- TECMED ha instado y solicitado el arbitraje al amparo de las Reglas del Mecanismo Complementario CIADI.

En consecuencia, aún no mediando acuerdo expreso ni escrito entre los Estados Unidos Mexicanos y TECMED para la sumisión de este asunto a arbitraje, no existe duda alguna de la sumisión de los Estados Unidos Mexicanos al mismo, derivada de la que con carácter general acordó con el Reino de España al firmar el APRI de referencia.¹³⁷

¹³⁴ Ver el Documento A 1 de los aportados por la actora.

¹³⁵ Ver el Documento 12 de los aportados por la actora con el escrito de solicitud de arbitraje.

¹³⁶ Ver el Documento 13 de los aportados por la actora con el escrito de solicitud de arbitraje.

¹³⁷ La posibilidad de prestar consentimiento al convenio arbitral a través de la firma de un Acuerdo multilateral o bilateral de inversiones es unánimemente aceptada, sirviendo de exponente el texto que seguidamente se expone: “*La relevancia de tal disposición se comprende mejor si se tienen en cuenta las normas sobre consentimiento establecidas en el Convenio de Washington de 1965... tal consentimiento suele prestarse en tres planos jurídicos diferentes: el contractual, mediante una cláusula contenida en un contrato celebrado entre inversor y Estado, el del derecho interno, normalmente una ley de inversiones y el del derecho internacional, a través de una cláusula de un Acuerdo sobre inversiones (habitualmente un APRI). Lo más frecuente ha sido hasta ahora que el CIADI llegara a conocer del asunto por haber sido establecida su competencia en una cláusula contractual, pero la abundancia de cláusulas de sumisión al CIADI establecidas en los APRI ha hecho*

VI.3.2 COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL RATIONE TEMPORIS

Utilizando ese sistema ya apuntado anteriormente de tergiversar las pretensiones y alegaciones de esta parte, la contraria rechaza la competencia del Tribunal Arbitral para pronunciarse acerca de algunas de las que afirma son peticiones de esta parte, argumentando el carácter irretroactivo del APRI.

La representación de los Estados Unidos Mexicanos insiste en el tema de la irretroactividad, afirmando “*Este punto es importante porque la demandante reclama responsabilidad del Estado mexicano derivada, por ejemplo, de la expedición de la licencia de operación del 11 de noviembre de 1996 y las modificaciones que sufrió respecto de la licencia expedida en 1994*”.¹³⁸

Absolutamente falso. Basta observar el suplico de la demanda, en el que se contienen y han de contenerse las pretensiones articuladas por la actora, para comprobar que la única medida cuya declaración como constitutiva de incumplimiento se solicita del Tribunal Arbitral, es la denegación de renovar la licencia de explotación del Confinamiento CYTRAR.¹³⁹

Ciertamente, la demandante ha narrado y puesto en conocimiento del Tribunal otros hechos ocurridos con anterioridad al 25 de noviembre de 1998, porque tienen relevancia y son claramente ilustrativos de la actitud y actuación de las autoridades mexicanas, pero no ha exigido declaración de incumplimiento ni responsabilidad por uno sólo de ellos.¹⁴⁰

La contradicción observada en los argumentos de la demandada los desvirtúa, como igualmente produce este efecto el hecho de que haya tergiversado las pretensiones de

*decir que es previsible que se desarrolle la competencia del CIADI por esta vía y de hecho son ya varios los supuestos en que ha conocido el CIADI sin existir cláusula contractual: así ha ocurrido en el caso APPL c. Sri Lanka, Fedax N.V. c. Republic of Venezuela, AMT Inc. c. Zaire, o Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S. c. the Slovak Republic” (Ana Crespo Hernández, *El Acuerdo Multilateral de Inversiones: ¿Crisis de un Modelo de Globalización?*, Eurolex, 2000 p. 197).*

¹³⁸

¹³⁹

¹⁴⁰

Párrafo 421 de la contestación a la demanda.

Ver los apartados A) redactados en las páginas 146 y 147 del memorial de demanda.

Por demás, la coincidencia de la demandada acerca de la importancia de esos hechos es patente. No sólo recoge en su contestación un relato mucho más minucioso que el de esta parte, lógica minuciosidad si se tiene en cuenta que sus autoridades son los actores principales en esa trama. La importancia de los hechos concurrentes, se recoge en las mismas palabras de la demandada. “*Ello no quiere decir que los hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor no sean relevantes a las cuestiones en disputa. En efecto, en su relación de hechos la demandada, al igual que la demandante, se refiere a los antecedentes del confinamiento*” (párrafo 420 del memorial de contestación a la demanda).

esta parte.

No precisamos justificar la aplicación retroactiva del APRI, más allá de sus expresos términos, porque no es eso lo que pretendemos.

Aunque el APRI haya entrado en vigor el 19 de diciembre de 1996, su texto dispone, sin lugar a dudas, la aplicación a inversiones realizadas con anterioridad,¹⁴¹ como es el caso de la realizada por TECMED en el mes de marzo de ese año 1996. Pero esa retroactividad expresa no es la que niega la demandada. Lo que la demandada rechaza es que las obligaciones establecidas en el APRI se apliquen a actos, hechos o situaciones ocurridos con anterioridad.¹⁴²

Como decimos, no es esto lo pretendido por la actora. Ahora bien, si no fue argumentado por la demandante, no fue por resultar imposible el argumento, sino por ser innecesario para nuestra pretensión. La medida de no renovación se adoptó mucho después de la entrada en vigor del APRI, el 25 de noviembre de 1998.

Aún así, las disposiciones de ese Tratado sí hubieran sido aplicables a violaciones previas, máxime cuando ellas demostrasen la existencia de un incumplimiento continuado que desembocara en la privación de la licencia.

Establecida de forma expresa la retroactividad en el Convenio, Artículo II, 2 citado, las restricciones a esta retroactividad sólo caben si son igualmente indicadas de forma expresa. No en vano, cuando las Partes contratantes han querido estas restricciones en otros Convenios, así lo han manifestado en el mismo Tratado. Un claro ejemplo de ello es el Acuerdo para la Promoción y Protección recíproca de inversión entre el Reino de España y la República Argentina. El artículo 2, 2 de este APRI, dispone.

*“El presente Acuerdo se aplicará también a las inversiones de capital efectuadas antes de la entrada en vigor del mismo por los inversores de una parte conforme a las disposiciones legales de la otra Parte en el territorio de esta última. Sin embargo, el presente Acuerdo no se aplicará a las controversias o reclamaciones que se hubieran originado antes de su entrada en vigor”.*¹⁴³

Si las Partes contratantes hubieran querido excluir del sometimiento a arbitraje cualquier controversia surgida con anterioridad a la entrada en vigor del APRI hispano-mexicano, así lo hubieran hecho constar, como hicieron en aquel caso el

¹⁴¹ “Artículo II.2. El presente Acuerdo se aplicará también a las inversiones efectuadas antes de la entrada en vigor del mismo por los inversores de una Parte Contratante conforme a las disposiciones legales de la otra Parte Contratante en el Territorio de esta última”.

¹⁴² Párrafo 416 del memorial de contestación a la demanda.

¹⁴³ Se aporta el APRI hispano-argentino como Documento A 124.

Reino de España y la República Argentina.

Y aún considerando que la intención de las Partes Contratantes en el momento de la celebración del APRI hispano-mexicano hubiera sido la de excluir del conocimiento del Tribunal Arbitral cuestiones suscitadas con anterioridad a la entrada en vigor del APRI, la obligación de trato de nación más favorecida recogido en el artículo 4 del APRI hispano-mexicano, sería de aplicación en el presente supuesto y para cuestiones procesales, actuando como elemento de comparación el APRI firmado por los Estados Unidos Mexicanos y la República de Austria el 29 de junio de 1998.

El artículo 27 del APRI últimamente citado establece:

- “1. *El presente Acuerdo se aplicará a inversiones efectuadas en el territorio de cualquier Parte Contratante, de acuerdo con su legislación, por inversionistas de la otra Parte contratante antes o después de la entrada en vigor del mismo.*
2. ...
3. *Este Acuerdo no se aplicará a reclamaciones que hayan sido resueltas o a procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor.*”¹⁴⁴

Es decir que, en virtud del principio de trato de nación más favorecida, el presente Tribunal Arbitral podría entrar a conocer y pronunciarse sobre controversias o reclamaciones que no hayan sido resueltas, ni sobre las que se haya iniciado un procedimiento, con anterioridad a la entrada en vigor del APRI, así como frente a actuaciones que, en ese momento de la entrada en vigor, ni siquiera hayan dado aún lugar a una reclamación.

No hay duda de que el principio de trato de nación más favorecida es de aplicación también a cuestiones procesales, tal y como así lo entendió el Tribunal Arbitral en el Caso Maffezini.¹⁴⁵

En el Caso Maffezini, relativo a una reclamación interpuesta por un inversor argentino contra el Reino de España, el inversor demandante alegó que no existía obligación de someter la controversia, previamente a su sometimiento al Tribunal Arbitral, a los Tribunales nacionales de España (tal y como lo exigía el articulado del APRI hispano-argentino).

¹⁴⁴ Se aporta el APRI firmado por los Estados Unidos Mexicanos y la República de Austria como Documento A 125.

¹⁴⁵ Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España, ICSID ARB/97/7. El laudo fue aportado como Anexo D 196 con el memorial de contestación a la demanda.

El demandante (inversor argentino en España) alegó que no estaba obligado a someter la controversia a un Tribunal nacional antes de someterla a arbitraje internacional, en base al principio de la cláusula de nación más favorecida.

El demandante alegó que el APRI firmado entre España y Chile, en su artículo 10 apartado 2, otorgaba a las partes la facultad de optar por el arbitraje, una vez expirado el plazo de negociaciones de 6 meses. Y que, en consecuencia, los inversionistas chilenos en España reciben un trato más favorable que los argentinos en España, por lo que el demandante, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida contenida en el APRI hispano-argentino, podía someter la controversia a arbitraje sin recurrir previamente a los Tribunales nacionales.

El Tribunal Arbitral entendió que había razones suficientes para concluir que las cuestiones relativas a la solución de controversias están inseparablemente vinculadas con la protección de inversionistas extranjeros y que, por lo tanto, la cláusula de nación más favorecida es aplicable a las citadas disposiciones sobre solución de controversias. Concluyendo por lo tanto, que el demandante tenía derecho a someter la controversia al arbitraje sin presentarla previamente a los Tribunales españoles.

Por lo tanto, las mismas razones y conclusiones que las dadas en el Caso Maffezini son válidas en el presente supuesto. Si se demuestra que considerar al amparo del Tratado actuaciones previas a su entrada en vigor, es una condición más favorable para el inversor (como inevitablemente y sin lugar a dudas lo es), así podrá hacerse en el presente supuesto.

Por si el argumento de la irretroactividad no fuera suficiente y, sin duda, ante la mala conciencia de la demandada por las actuaciones realizadas por sus autoridades antes del Oficio de noviembre de 1998, esa demandada alega igualmente el plazo de caducidad de tres años contemplado en el Título Segundo 5 del Apéndice del APRI hispano-mexicano.

Pero también aquí yerra la demandada. Pudiera defenderse con toda tranquilidad de ánimo y solvencia jurídica que el plazo de caducidad de las reclamaciones no es de tres años, sino de cuatro.

El Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Austria, al que ya hemos hecho referencia, establece en su artículo 11, apartado tercero, que:

“Una controversia puede ser sometida a resolución, de acuerdo con el párrafo 1, c), ... siempre y cuando no haya transcurrido un plazo de cuatro años a partir de la fecha en que el inversionista por primera vez tuvo o debió haber tenido conocimiento de los actos que dieron lugar a

la controversia.”

En virtud del principio de nación más favorecida que se recoge en el artículo 4 del APRI hispano-mexicano y al que ya hicimos referencia anteriormente, el plazo de caducidad que se debería aplicar es de cuatro años y no de tres años.

En suma, mantiene esta parte que la actuación por la que se solicita la condena en este arbitraje es la denegación de renovación de la autorización correspondiente al Confinamiento CYTRAR, sin perjuicio de que el Tribunal deba conocer y valorar el significado de actuaciones y medidas previas puestas en práctica por las autoridades mexicanas.

Esa pretensión se encuentra plenamente amparada por los términos expuestos en los que establece su retroactividad el APRI hispano-mexicano, sin precisar de ningún apoyo en otros textos convencionales.

Ahora bien, si alguna duda cupiera al respecto, la aplicación del principio de nación más favorecida, debe disiparla.

VI.3.3 COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL RATIONE MATERIAE

Esta parte entiende que la competencia del Tribunal Arbitral por razón de la materia se encuentra fundada en el Artículo XI.1 del APRI, por remisión que el mismo efectúa a las “*cuestiones reguladas*” en sus restantes preceptos, y, en particular, por el alcance del término “*inversiones*” recogido en el Artículo 1.2 de ese Tratado.¹⁴⁶

La amplitud de los términos con que aparece configurada la “*inversión*” en el citado Tratado y, el concreto carácter del proyecto acometido por TECMED en México, particularizándolo en la adquisición del Confinamiento CYTRAR, no dejan lugar a la

¹⁴⁶ En los textos relevantes, ese Artículo 1.2 del APRI establece: “*Por “inversiones” se designan a todo tipo de activos, tales como bienes y derechos de toda naturaleza y, en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes:*

- a) acciones, títulos, obligaciones y otras formas de participación en sociedades;...*
- c) bienes muebles, inmuebles, raíces, hipotecas, derechos de prenda, usufructos u otra propiedad tangible o intangible, adquiridos o utilizados para actividades económicas u otros fines empresariales;...*
- e) intereses o derechos que se deriven de la aportación de capital u otros recursos en el territorio de una Parte Contratante para el desarrollo de una actividad económica en el territorio de la otra Parte Contratante, como resultado del otorgamiento de un contrato o de una concesión.*

Igualmente, se consideran inversiones las realizadas en el territorio de una Parte Contratante por empresas de esa misma Parte Contratante que están efectivamente controladas por inversores de la otra Parte Contratante”.

duda acerca de la inclusión de ese proyecto en el ámbito de aplicación del APRI hispano-mexicano. De hecho, aunque la contraparte ha puesto en cuestión la competencia *ratione materiae* de este Tribunal Arbitral, no ha sido por negar la catalogación como “*inversión*” del proyecto desarrollado por TECMED en México.¹⁴⁷

La precisión sobre la competencia *ratione materiae* que formuló la demandada, se circunscribió a limitar la facultad de decisión del Tribunal Arbitral, negándola sobre otras actuaciones distintas a la denegación de renovación del permiso.¹⁴⁸

Esta cuestión se encuentra íntimamente relacionada con los puntos ya tratados en el apartado anterior. Hemos de insistir en que efectivamente la única infracción al APRI cuya sanción por el Tribunal solicita esta parte es la medida de no renovación de la licencia, por ser ésta la causante del daño experimentado por TECMED. Así ha quedado definitivamente precisado en el Suplico de nuestra demanda.

No obstante, ello no impide, sino que resulta obligado, permitir al Tribunal Arbitral que conozca y analice las actuaciones precedentes y aún las posteriores puestas en práctica por las autoridades mexicanas. Actuaciones expuestas en detalle por las partes, por ambas, y que explican y permiten entender con toda claridad el significado y objetivo del Oficio de 25 de noviembre de 1998, así como, fundamentalmente, sus motivaciones.

VI.3.4 ÁNGULO DE EXAMEN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Como indicábamos anteriormente, uno de los mecanismos seguidos por la demandada para negar la potestad del Tribunal Arbitral sobre el asunto sometido a su examen es el de hacer supuesto de la cuestión. La representación de los Estados Unidos Mexicanos rechaza la potestad del Tribunal Arbitral porque afirma previamente que la actuación de las autoridades mexicanas no es contraria al Derecho Internacional (se olvida del APRI y omite la referencia a las normas y principios de este texto).

En su memorial de contestación a la demanda (párrafo 355), el representante de los Estados Unidos Mexicanos se expresa en los siguientes términos:

“El ángulo de examen de este Tribunal difiere del de una corte nacional. Así lo ha determinado en repetidas ocasiones la Corte Internacional de

¹⁴⁷ Véanse los párrafos 435 a 442 del memorial de contestación a la demanda.

¹⁴⁸ El párrafo 442 del memorial de contestación a la demanda se expresa en los siguientes términos: “*Con respeto, este Tribunal no tiene competencia para resolver más que sobre la negativa de renovar la autorización, emitida el 25 de noviembre de 1998 y que alega es violatoria de las disposiciones del APRI, que la demandante afirma le causó daños o pérdidas. Las demás medidas están fuera de su competencia*”.

Justicia. De particular relevancia para este caso es la sentencia de una Cámara de la Corte en el caso Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States v. Italy). La Corte consideró si, en relación con la requisición de una fábrica por el alcalde de Palermo y la ocupación de la fábrica por los trabajadores, los actos de autoridades italianas de distintos órdenes de gobierno constituían violaciones a un acuerdo bilateral para la protección de inversiones celebrado entre Estados Unidos e Italia (la Corte determinó que no). El caso ELSI es pertinente porque la Corte consideró muchos de los conceptos jurídicos de un acuerdo bilateral para la protección de las inversiones, similar al APRI en este caso. La demandada se referirá a estos conceptos más adelante.

*Según lo manifestó el Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga, “No compete a un tribunal internacional actuar como una corte de apelación o de casación para verificar de manera detallada la correcta aplicación del derecho municipal. Esta función y forma de análisis jurídico no está disponible a este Tribunal, que está constituido para aplicar el derecho internacional, no el municipal”.*¹⁴⁹

Como ya hemos anunciado, el demandado hace una lectura parcial del Caso, la que le conviene a sus intereses. Un análisis de los hechos debatidos en aquel asunto nos lleva a concluir que el supuesto de hecho en el caso ELSI es distinto del ahora contemplado y, por lo tanto, las conclusiones que de él derivaron, no sirven en el presente caso.

La Sentencia dictada en el Caso ELSI se fundó, casi única y exclusivamente, en el hecho de que el demandante no pudo probar de manera suficiente y satisfactoria a juicio de la Cámara la posibilidad de llevar a cabo una liquidación ordenada y, por consiguiente, la Corte estimó que la medida adoptada por el Alcalde de Palermo no había sido la causante de la imposibilidad de llevar a cabo una liquidación ordenada de la empresa, pues la situación de insolvencia en la que ésta se encontraba, lo hubiera impedido en todo caso.¹⁵⁰

Estados Unidos identificó varios hechos como constitutivos de una violación del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Italia y los Estados Unidos de

¹⁴⁹ Los párrafos transcritos están extractados del memorial de contestación a la demanda, aunque fueron parcialmente reiterados también en el alegato final del Lic. Pérez Cano (Ver página 22 vuelta a 24 de la correspondiente transcripción de 24 de mayo de 2002).

¹⁵⁰ “Furthermore, much of the treaty analysis consisted of obiter dictum At the end of the day, the Chamber’s decision rested predominantly on the factual conclusions that, regardless of the Italian government’s acts, the United States had not sufficiently established the feasibility of an orderly liquidation plan for ELSI, and that the bankruptcy was inevitable. Therefore, it did not matter which of Raytheon’s rights the FCN Treaty obligated the Italian government to protect. At the time in question, nothing, including the requisition, could have further harmed ELSI or infringed more on Raytheon’s rights in ELSI...”

América, pero entre todos ellos, el más importante fue la requisición de la planta de ELSI por el Alcalde de Palermo el 1 de abril de 1968, alegando que ese acto frustró el plan de Estados Unidos de liquidar ELSI de manera ordenada (“*orderly liquidation*”).¹⁵¹

Este hecho, según EE.UU., infringía el Tratado entre EE.UU. e Italia, en varios de sus artículos. Particularmente, EE.UU. alegó que suponía infracción del artículo III del Tratado entre EE.UU. e Italia que recoge el derecho de los inversores a organizar, controlar y desarrollar sus empresas y actividades comerciales, de conformidad con la legislación vigente en el Estado receptor de la inversión (salvando las distancias, podríamos decir que el Art. III. del Tratado EE.UU. e Italia equivale al artículo III.2 del APRI hispano-mexicano). Los Estados Unidos consideraban que la orden de requisito privó a ELSI de la posibilidad efectiva de liquidar su planta y activos, y por lo tanto le privó del derecho de controlar y dirigir su empresa.

La Cámara consideró que la orden de requisito no privó a ELSI de su derecho a controlar y dirigir la empresa, dada la precaria situación en que se encontraba ésta antes de la adopción de dicha orden. El supuesto de hecho del caso ELSI no es equiparable al de TECMED.

Esa Cámara estimó que no había existido violación del Art. III del Tratado, no porque una orden de requisito adoptada por una autoridad interna no constituya una privación de los derechos de control y desarrollo de la empresa de los que goza el inversor. Por el contrario, partió de entender que así era.¹⁵² La decisión de la Corte Internacional de Justicia y su consideración de que no se había producido infracción del Artículo citado, se basó en considerar que la situación financiera de ELSI era tan precaria en el momento de dictarse la orden de requisito, que no fue ésta orden la que privó a los inversionistas de su derecho de control y desarrollo, sino que lo que privó a los inversores de sus derechos fue la propia situación en que se encontraba ELSI. Aún así, la Cámara reconoció que, sin duda, la orden de requisito contribuyó a esta precaria situación de ELSI.¹⁵³

Es más, la Cámara rechazó el argumento esgrimido por Italia en el sentido de que la orden de requisito, al estar permitida por la Ley Italiana, suponía un trato nacional, es decir, que se trataba a los inversores extranjeros de igual manera que se trataba a los

¹⁵¹ “*Orderly liquidation*” que suponía un cierre y liquidación de la empresa, desde dentro de la empresa, y sin tener que acudir a un procedimiento de declaración de quiebra.

¹⁵² El párrafo. 70 de la Sentencia establece: “*It is undeniable that the requisition of a firm’s “plant and relative equipment” must normally amount to a deprivation, at least an important part, of the right to control and manage*” y el párrafo 75 *in fine* dispone: “*The requisition was thus found not to have been justified in the applicable local law; if therefore, as seems to be the case, it deprived Raytheon and Machlett of what were at the moment their most crucial rights to control and manage, it might appear prima facie a violation of Article III, paragraph 2*”.

¹⁵³ Véase Párrafos 70 y 101 de la Sentencia.

inversores nacionales y por ende no había ninguna violación del Derecho Internacional.

La Corte fue tajante en este respecto:

“But, in the Chamber’s view, the reference to conformity with “the applicable laws and regulations” cannot mean that, if an act is in conformity with the municipal law and regulations, that would of itself exclude any possibility that it was an act in breach of the FCN Treaty”.
(párrafo 71 *in fine*).

En términos muy simples, podríamos decir que en el Caso ELSI, la orden de requisito no tuvo ningún efecto en la situación de ELSI, es decir, que los planes de los accionistas de liquidar ELSI de manera ordenada (“*orderly liquidation*”), sin acudir a un procedimiento de quiebra, no se hubieran podido llevar a cabo, aún no existiendo la orden de requisito. Lo que es lo mismo, que los inversionistas no pudieron demostrar a la Corte Internacional de Justicia que fue la orden de requisito la que impidió poner en práctica una liquidación ordenada, obligándoles a instar un procedimiento de quiebra.

Y es precisamente esta conclusión de la Corte, la que obliga a descartar la aplicación del Caso ELSI al presente o, cuando menos, refleja las clarísimas divergencias entre uno y otro supuesto. En nuestro caso, CYTRAR, S.A. de C.V. se hallaba en situación de seguir operando el Confinamiento y fue la denegación de la licencia de operación del Confinamiento lo que impidió a TECMED desarrollar su inversión.

En el presente caso, la no renovación de la autorización fue la única causa que privó al inversor del desarrollo y disfrute de su inversión. Sin autorización no hay posibilidad de continuar operando el objeto de la inversión.

Sin duda, los Estados Unidos Mexicanos defenderán que la operación ya no resultaba posible por la presión social que existía frente al Confinamiento o porque las celdas construidas en aquel entonces estaban por agotarse. Pero, la diferencia entre la presión social de nuestro caso y la situación de insolvencia del caso ELSI es absoluta. Como la contraparte reconoce y se ha esforzado en reiterar a lo largo de su memorial de contestación a la demanda, el rechazo de la sociedad es consustancial con este tipo de industrias. Pero los confinamientos son absolutamente necesarios, siendo obligación de las autoridades gubernamentales otorgar la debida protección a esas explotaciones. Precisamente porque esa protección no había sido otorgada por las autoridades mexicanas, no pudieron abrirse otros confinamientos de residuos peligrosos o CIMARIs en el país. Si es que la presión social impedía la operación del Confinamiento, que no es el caso, como lo demuestra que aquél operaba hasta el Oficio de 25 de noviembre, era obligación de las autoridades mexicanas tomar las

medidas de policía y seguridad pertinentes para que así no ocurriera. En la insolvencia de ELSI no tuvieron participación las autoridades italianas, era una situación de hecho ajena a las mismas y previa a la Orden de requisito. En la presión social frente a CYTRAR, las autoridades mexicanas sí tuvieron responsabilidad, la de consentirla y ceder a ella, denegando la renovación de la licencia, cuando no la de provocarla. En suma, la medida de no renovación supuso una auténtica rendición de las autoridades mexicanas frente a la presión social ejercida contra el Confinamiento. Es más, no olvidemos que TECMED y CYTRAR habían llegado a aceptar la solución que les propusieron las autoridades para solventar el problema social: la reubicación. Pero fueron esas mismas autoridades mexicanas las que incumplieron su compromiso (el de continuidad de la explotación) provocando el cierre del Confinamiento antes de que la reubicación se hubiera producido.

Si nos referimos al agotamiento de las celdas 1 y 2, hemos de recordar que el Confinamiento había sido proyectado para un total de nueve celdas con un volumen conjunto de 630.000 m³ y que esas nueve celdas eran las que figuraban en el Manifiesto de Impacto Ambiental que había dado lugar a su primera autorización y que figuraban igualmente citadas en cada una de las autorizaciones emitidas a nombre de CYTRAR.

Esto es, CYTRAR era propietaria de un Confinamiento que llegaría a tener un total de nueve celdas y una capacidad de 630.000 m³. Fue una vez más el INE el que privó a CYTRAR de ese derecho, negándole la renovación de la licencia, en lugar de cumplir su obligación de otorgarla y aceptar la construcción de las demás celdas, hasta que se produjera la reubicación en las condiciones acordadas (continuidad en la explotación).

Citando nuevamente el Caso ELSI y amparando de nuevo la pretendida falta de potestad del Tribunal, la demandada define la acción arbitraria como *“el ignorar deliberadamente al debido proceso legal, un acto que impacta, o al menos sorprende, un sentido de impropiedad jurídica...”*,¹⁵⁴ concluyendo que *“No existe nada en la conducta del INE que demuestre que se ignoró deliberadamente el debido proceso legal o un acto que impacta, o al menos sorprende, y que tiene un sentido de impropiedad jurídica”* y que *“... de esta manera resultaría extraño que pudiéramos considerar que (el Tribunal) está en una mejor posición que la doctora Cristina Cortinas de Nava o que los funcionarios competentes del INE para considerar las circunstancias específicas en torno de la renovación de la licencia de operación”*.¹⁵⁵

Ciertamente, tras haber escuchado las declaraciones de la Dra. Cortinas y conocer sus motivaciones, no compartimos la extrañeza de la contraparte acerca de la *“mejor*

¹⁵⁴ Cita recogida en la página 24 y 24 vuelto de la transcripción correspondiente a los alegatos finales del Lic. Pérez Cano (24 mayo 2002).

¹⁵⁵ Véase la página 25 y 25 vuelta de la transcripción de los citados alegatos finales del Lic. Pérez Cano (24 de mayo de 2002).

posición” del Tribunal para considerar las circunstancias concurrentes. Pero no se trata de coincidir o discrepar en sensaciones y pensamientos.

Lo relevante es que, conociendo la contraparte, porque cita laudos y Sentencias que así lo postulan, que un Tribunal Internacional y, en particular éste, puede sancionar, por contrariar al Derecho aplicable y al Derecho Internacional, medidas que ignoren el debido proceso legal, que impacten o sorprendan, proceda a rechazar la potestad de este Tribunal para pronunciarse sobre las medidas dictadas por las autoridades mexicanas, negando que concurran esas circunstancias.

El argumento no es tal, es mera afirmación de una opinión no razonada. Es el Tribunal Arbitral el que debe decidir si la medida es arbitraria, si fue dictada con arreglo al proceso legal y si impacta o sorprende en un sentido de impropiedad jurídica. Dejemos a este Tribunal analizar los hechos y el Derecho y dictar su decisión. Esto es lo que pretende la actora y esto es lo que trata de impedir a la demandada.

Esa posibilidad se dibuja en la Sentencia dictada en el caso ELSI, cuando la Corte reconoció expresamente su idoneidad para conocer si la decisión de la autoridad interna italiana era adecuada a Derecho y manifestó: *“It is therefore appropriate for the Chamber to examine the legal grounds given by the Prefect of Palermo for his decision, as well as what was said by the Court of Appeal of Palermo on the legal impact of the Prefect’s decision on the requisition order, and consider whether the findings of the Prefect or of the Court of Appeal are equivalent to, or suggest, a conclusion that the requisition was an ‘arbitrary’ action”*.¹⁵⁶

Precisamente esto es lo que solicita esta parte del Tribunal Arbitral, que analice la actuación de las autoridades mexicanas y muy particularmente el Oficio de no renovación, y determine si se trata de una actuación arbitraria, que ha ignorado deliberadamente el debido proceso legal, que es un acto que impacta y sorprende por su impropiedad jurídica. Para efectuar esa valoración, le ha aportado los elementos y antecedentes necesarios. Así ha posibilitado que el Tribunal Arbitral conozca por boca de los protagonistas, los motivos por los que se sustituyó la autorización de 1994 por la de 1996 y, posteriormente, por la de 1997. El Tribunal ha escuchado a los Directores Generales de Residuos de la época y les ha oído decir que buscaban un procedimiento más sencillo y más rápido que el regulado en la Ley, como igualmente ha recibido la información que facilitó la Doctora Cortinas, explicando el Oficio de 25 de noviembre de 1998 del que fue autora, como vía para asegurar la reubicación frente a la continuidad del Confinamiento CYTRAR. Con esos datos, a la vista de todo ello, esta parte tiene el pleno convencimiento de que la respuesta del Tribunal ha de ser la de confirmar la existencia de actuación arbitraria y, en consecuencia, sancionarla.

¹⁵⁶ Párrafo 123 de la Sentencia de la Corte Superior de Justicia.

VI.4 CONSIDERACIONES EN DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Ciertamente, las obligaciones contenidas en el APRI, Artículos II, III, IV y V, se encuentran estrechamente interrelacionadas y habitualmente son consideradas en su conjunto por los Tribunales Internacionales que se enfrentan a casos como el presente.

Este arbitraje no es una excepción. Hemos mantenido, alegado y probado que al denegar la renovación de la autorización, los Estados Unidos Mexicanos pusieron en marcha una medida de efectos equivalentes a la expropiación que no fue acompañada de la debida indemnización, infringiendo de tal modo, el Artículo V.1 y 2 del APRI.

Ello no obstante, esa medida expropiatoria no sólo incumple el precepto citado sino que, precisamente por suponer la privación de un esencial derecho económico del inversor extranjero, implica en sí misma infracción del deber de protección que tiene el Estado receptor conforme al Artículo III del APRI.

Sin perjuicio de esa visión de conjunto que debe guiar la valoración del caso, recogemos seguidamente las pautas que esta parte considera deben seguirse con tal objetivo.

VI.4.1 PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES

Esta parte ha mantenido que los Estados Unidos Mexicanos no protegieron adecuadamente la inversión realizada por TECMED en México, consintiendo las presiones sociales que continuadamente y de forma creciente fueron ejerciéndose frente al Confinamiento, para ceder, en último término, frente a ellas, en un acto de auténtica rendición, como fue la no renovación de la licencia y en perjuicio del inversor extranjero.

El deber de protección que esta parte manifiesta haberse incumplido en el presente supuesto se configura dentro del estándar generalmente mantenido por la jurisprudencia arbitral, dos de cuyos claros exponentes con los laudos arbitrales dictados en el caso Asian Agricultural Products y en el American Manufacturing Trading. Esto es, el estándar que identifica ese deber de protección con la “due

diligence”.

Tanto en el caso Asian Agricultural Products, como en el American Manufacturing Trading, se consideró que los Estados tenían responsabilidad de proteger las inversiones y que los Estados obviaron esa responsabilidad al no adoptar todas las medidas posibles para prevenir las muertes, saqueos y destrucción de la propiedad.

Particularmente, en el caso Asian Agricultural Products Limited,¹⁵⁷ el Tribunal Arbitral formuló las siguientes manifestaciones:

*“76. In the light of all the above-mentioned arbitral precedents, it would be appropriate to consider that adequate protection afforded by the host State authorities constitutes a primary obligation, the failure to comply with which creates international responsibility. Furthermore, “there is an extensive and consistent state practice supporting the duty to exercise due diligence” (BROWNLIE, *System of the Law of Nations, State Responsibility-Part I*, Oxford, 1986, p. 162)).*

As a doctrinal authority, relied upon by both Parties during the various stages of their respective pleadings in the present case, Professor BROWNLIE stated categorically that:

There is general agreement among writers that the rule of non-responsibility cannot apply where the government concerned has failed to show due diligence (Principles of Public International Law, Third Edition, Oxford, 1979, p.453)....

77. A number of other contemporary international law authorities noticed the “sliding scale” from the old “subjective” criteria that takes into consideration the relatively limited existing possibilities of local authorities in a given contest, towards an “objective” standard of vigilance in assessing the required degree of protection and security with regard to what should be legitimately expected to be secured for foreign investors by a reasonably well organized modern State....

*According to modern doctrine, the violation of international law entailing the State’s responsibility has to be considered constituted by “the mere lack or want of diligence”, without any need to establish malice or negligence (cf. C.F. AMERASINGHE, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, oxford, (1967), p. 281-282; F.V. GARCIA-AMADOR, *The Changing law of International Claims. vol. I*, (1987), p. 115, 118; M.*

¹⁵⁷

Asian Agricultural Products Limited v. the Republic of Sri Lanka, Caso CIADI No. ARB/87/3, acompañado como Anexo D 190, con el escrito de contestación a la demanda.

BEDJAOU, “Responsibility of States: Fault and Strict Liability”, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 10, (1987), p. 359; and K. ZEMANEK, “Responsibility of States: General Principles”, *Ibid.*, p. 365).” (Los subrayados son nuestros).

Por su parte, en el laudo dictado en el asunto American Manufacturing,¹⁵⁸ se expresan los siguientes términos:

[38] The obligation such as cited above contracted by the Republic of Zaire and the United States of America constitutes an obligation of guarantee for the protection and security of the investments made by nationals and companies of one or the other Party, in the case before us, by American nationals or companies, AMT, in the territory of Zaire, at Kinshasa. The obligation incumbent upon Zaire is an obligation of vigilance, in the sense that Zaire as the receiving State of investments made by AMT, an American company, shall take all measures necessary to ensure that full enjoyment of protection and security of its investment and should not be permitted to invoke its own legislation to detract from any such obligation. Zaire must show that it has taken all measure of precaution to protect the investment of AMT on its territory.

[39] These treatments of protection and security of investment required by the provisions of the BIT of which AMT is beneficiary must be in conformity with its applicable national laws and must not be any less than those recognized by international law. For the Tribunal, this last requirement is fundamental for the determination of the responsibility of Zaire. It is thus an objective obligation which must not be inferior to the minimum standard of vigilance and of care required by international law.

[44] Consequently, the reasoning presented by Zaire is not acceptable. The responsibility of the State of Zaire is incontestably engaged by the very fact of an omission by Zaire to take every measure necessary to protect and ensure the security of the investment made by AMT in its territory.” (El subrayado es nuestro).

El ámbito de protección establecido en los dos laudos citados, recogiendo amplia doctrina internacional, ha sido claramente infringido por los Estados Unidos Mexicanos, primero al consentir durante más de un mes el bloqueo del Confinamiento y después y finalmente, al ceder a las presiones sociales provocando su cierre.

¹⁵⁸ American manufacturing & Trading Inc. v. the Republic of Zaire, Caso CIADI No. ARB/93/1, acompañado como Anexo D 191, con el escrito de contestación a la demanda.

En sus alegaciones, la representación de la actora ha pretendido llevar al convencimiento del Tribunal Arbitral que, desde los últimos días de enero, hasta los primeros días de marzo del año 1998, las autoridades mexicanas tomaron las medidas y adoptaron todas las actuaciones procedentes para poner término a esa situación de bloqueo. Pero esa misma incidencia y examen detallado de las actuaciones emprendidas, demuestra que se trataba de simples gestiones y trámites sin efectividad alguna, de sucesión de papeleos formales y toma de declaraciones, sin que, durante ese tiempo, las autoridades pusieran en práctica las únicas medidas serias y susceptibles de poner fin a la situación: la intervención de los cuerpos de policía y seguridad con todas las garantías de la normativa aplicable.

No pretende esta parte, como la contraria le ha imputado, que dejen de respetarse los derechos de los ciudadanos propios de todo estado democrático. Lo que la actora busca es precisamente eso, la defensa de tales derechos. Y si para ello era precisa la represión de quienes estaban infringiendo las normas legalmente establecidas, debieron hacerlo las autoridades. Eso sí, con las garantías previstas en su legislación. Pero esas garantías, con toda seguridad, no exigen el sacrificio de los derechos económicos de un tercero. Por lo demás, que esa actuación era posible lo demuestra el hecho de que esas mismas autoridades la pusieron en práctica al poco tiempo, cuando el 25 de abril de 1998, se produjo un nuevo intento de bloqueo que fue resuelto por las autoridades en un plazo de dos horas. ¿Por qué no actuaron de ese modo en la primera ocasión? La justificación no existe.

Por ello, cuando próximo a finalizar ese año 1998, la presión social continuaba y los funcionarios del INE hubieron de resolver sobre la renovación de la licencia, volvieron a ceder a las presiones, en esta ocasión en una rendición completa y definitiva, sacrificando al inversor extranjero e indirectamente a la salud pública y el medioambiente de su país, pero realizando el acto que la comunidad le reclamaba: el cierre del Confinamiento.

VI.4.2 TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

El principio de trato justo y equitativo se empezó a incluir en los diferentes textos internacionales relativos a inversiones en el período que siguió a la Segunda Guerra Mundial. En la década de los 70, la inclusión de este principio en los APRIs era generalizada. La razón de una inclusión en los APRIs se puede encontrar en que un tratamiento justo y equitativo garantiza al inversor extranjero un marco que dé respuesta a sus principales expectativas como inversor.

Junto a los estándares relativos de protección a las inversiones (trato nacional y nación

más favorecida) están los que la doctrina ha dado en denominar estándares absolutos, como el de tratamiento justo y equitativo que el APRI hispano-mexicano recoge en el artículo IV.¹⁵⁹

Se habla de estándar absoluto porque el tratamiento justo y equitativo es de aplicación a las inversiones, dada una situación concreta, y sin relacionarlo o compararlo con otras inversiones (a diferencia de los estándares relativos a trato nacional y cláusula de nación más favorecida). Es decir, el contenido del tratamiento justo y equitativo no varía en función de cómo sean tratadas otras inversiones.

Incluso el tratamiento justo y equitativo puede ir más allá de lo asegurado por las disposiciones de trato nacional o trato de nación más favorecida. Es posible que el tratamiento que se haya reconocido a la inversión en cuestión no sea peor que el otorgado a los propios nacionales o a inversores de terceros países, pero sí constituir un trato que no es justo ni equitativo. Esto es, el trato otorgado al inversor extranjero puede ser conforme con la legislación nacional del Estado receptor de la inversión y aún así constituir un supuesto de trato injusto e inequitativo.

La doctrina considera que la obligación de trato justo y equitativo constituye la obligación predominante y principal a la hora de establecer un sistema de protección de las inversiones:

“The overriding obligation is that investment ‘shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security’. This is underlined by the further provision that investors shall not be subjected to ‘unreasonable measures’... Thus, while it may be suggested that arbitrary, discriminatory or abusive treatment is contrary to customary international law, unfair and inequitable treatment is a much wider conception which may readily include such administrative measures in the field of taxation, licences and so forth, as are not plainly illegal in the accepted sense of international law. In particular, it is submitted that the right to fair and equitable treatment goes much further than the right to most-favoured-nation and to national treatment, even if in the latter case the foreigner’s rights are greatly extended and underlined by the duty not to subject the foreigner to unreasonable measures.”¹⁶⁰ (El subrayado es nuestro.)

¹⁵⁹ “Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo, conforme al Derecho Internacional, a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante.”

¹⁶⁰ “British Treaties for the Promotion and Protection of Investments”, F.A. Mann, The British Yearbook of International Law, 1981, pág. 242. (Se acompaña copia de este artículo como Documento A 126).

En el párrafo que acabamos de transcribir, no sólo se observa la importancia de un trato justo y equitativo, sino que, sin la menor vacilación, se afirma que trato justo y equitativo va más allá del Derecho consuetudinario y del trato mínimo y que precisamente se pone como ejemplo de posible trato injusto e inequitativo, una medida administrativa en materia de licencias.

Trato justo y equitativo son términos que se dejan a la labor de determinación e interpretación del Tribunal competente para conocer del asunto:

“It is submitted that nothing is gained by introducing the conception of a minimum standard and, more than this, it is positively misleading to introduce it. The terms ‘fair and equitable treatment’ envisage conduct which goes far beyond the minimum standard and afford protection to a greater extent and according to a much more objective standard than any previously employed form of words. A tribunal would not be concerned with a minimum, maximum or average standard. It will have to decide whether in all circumstances the conduct in issue is fair and equitable or unfair and inequitable... The terms are to be understood and applied independently and autonomously.”¹⁶¹ (El subrayado es nuestro.)

A nadie escapa el hecho de que las palabras “justo” y “equitativo” no tienen un significado objetivo sino que son palabras que denotan imprecisión y que requieren en su aplicación una labor de concreción. Son conceptos que dependen del supuesto de hecho concreto. Pero, no significa que trato “justo” y “equitativo” sean conceptos vacíos de contenido. La obligación de un tratamiento justo y equitativo está pensada, expresamente, para que no sea ni el Estado receptor de la inversión, ni el inversor extranjero quien decida, sino que está dirigida expresamente a que sea una tercera parte en la controversia (i.e. Tribunal Arbitral) quien decida si ha existido tratamiento justo y equitativo. De ahí la incongruencia de sostener la falta de potestad de un Tribunal Arbitral que es quién debe resolver la cuestión.

Tradicionalmente, dentro del principio de trato justo y equitativo, se ha venido abordando el que se ha denominado principio de transparencia.

Esta parte, en su escrito de demanda alegó que los Estados Unidos Mexicanos habían infringido su deber de transparencia para con TECMED. Tras adquirir un Confinamiento de Desechos peligrosos que, en el momento de la compra, contaba con una licencia indefinida, TECMED hubo de enfrentarse ante una situación radicalmente distinta, con una autorización anual renovable, cuyo carácter fue posteriormente utilizado por las autoridades del INE para denegar la renovación.

¹⁶¹ “British Treaties for the Promotion and Protection of Investments”, F.A. Mann, The British Yearbook of International Law, 1981, pág. 243.

La demandada ha pretendido justificar ese cambio de autorización indefinida a autorización anual, igual que ha tratado de justificar que CYTRAR no tenía derecho a obtener la renovación, sino que la misma era facultad discrecional del INE, en cuyo ejercicio podía apreciar, no sólo el grado de cumplimiento por parte del explotador, sino otras muchas circunstancias, todas las que considerase relevantes. Y entre ellas, las peticiones y presiones formuladas y ejercidas por la sociedad y otras cuestiones políticas en juego.

Ciertamente, esa actitud de las autoridades Mexicanas choca con el contenido mucho más riguroso de las leyes publicadas y la información que el INE facilitaba a los potenciales interesados en ese tipo de explotación. Información publicada ampliamente a través de su página web que, entre otros datos, indicaba que la duración de las autorizaciones se determinaría en función de las características técnicas de la instalación y de acuerdo con su vida útil.¹⁶²

Por eso, esta parte alegó infracción del deber de transparencia. Porque una cosa es lo que las leyes disponían y el INE publicaba y otra muy distinta la actuación que puso en práctica frente a TECMED, una vez que la inversión ya se había realizado.

Como decimos, el principio de transparencia se incardina en el más amplio de trato justo y equitativo y así lo hizo el Tribunal Arbitral en el asunto Metalclad. Sin embargo, la Corte suprema de la Columbia Británica corrigió al Tribunal al resolver el recurso frente al laudo que éste había dictado.

Los párrafos 70 y siguientes de la Sentencia de la Corte Suprema de la Columbia Británica de 2 de mayo de 2001, establecen que el principio de transparencia no gobierna las inversiones extranjeras. La justificación que el Tribunal canadiense expuso se asienta, básicamente, en la ubicación, en el TLCAN, del principio de transparencia.¹⁶³

¹⁶² Sobre este punto, y como Documento A-104 de los aportados con el memorial de demanda, esta parte presentó información publicada en la página Web del INE, en la que bajo el título general de “Autorización para la construcción y operación de confinamientos controlados de residuos industriales peligrosos” y el particular de “Vigilancia del comprobante”, el mencionado Instituto indica: “La vigilancia será de acuerdo a lo que establezcan las áreas técnicas correspondientes y en función de la vida útil de la infraestructura proyectada”. (El subrayado es nuestro). La vida útil del confinamiento CYTRAR, que comenzó a operar en el año 1988, ha sido precisada por el perito económico designado por la demandada en 25 años (páginas 17 y 31 del Análisis y Valuación presentado como Anexo D 173 del memorial de contestación a la demanda).

¹⁶³ “70. In the present case, however, the Tribunal did not simply interpret the wording of Article 1105. Rather, it misstated the applicable law to include transparency obligations and it then made its decision on the basis of the concept of transparency.
71. In addition to specifically quoting from Article 1802 in the section of the Award outlining the applicable law, the Tribunal incorrectly stated that transparency was one of the objectives of the TLCAN. In that regards, the Tribunal was referring to Article 102.1, which sets out the objectives of the TLCAN in clauses a) through f). Transparency is mentioned in Article 102.1 but it is listed as one of the

El Tribunal canadiense denegó la aplicación del principio de transparencia por razones de ubicación del mismo en el TLCAN,

No es objetivo ni función de esta parte criticar o corregir las decisiones de los Tribunales Canadienses, pero sí lo es exponerle al honorable Tribunal Arbitral cuáles son las normas y principios del Derecho Internacional aplicables y relevantes para clarificar la cuestión.

Estas normas y principios son, básicamente, los que seguidamente se enuncian.

El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que establece que:

“1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

*2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos.
...”*

El TLCAN, en su Preámbulo, dispone:

*“... ASEGURAR un marco comercial previsible para la planeación de las actividades productivas y de la **inversión**; ...”*

Y el artículo 102 del TLCAN indica:

“1. Los objetivos del presente Tratado, desarrollados de manera más específica a través de sus principios y reglas, incluidos los de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia, son los siguientes: ...

2. Las Partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este Tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1 y de

principles and rules contained in the TLCAN through which the objectives are elaborated. The other two principles and rules mentioned in Article 102, national treatment and most-favoured nation treatment, are contained in Chapter 11. The principle of transparency is implemented through the provisions of Chapter 18, not Chapter 11. Article 102.2 provides that the TLCAN is to be interpreted and applied in light of the objectives set out in article 102.1, but it does not require that all of the provisions of the TLCAN are to be interpreted in light of the principles and rules mentioned in Article 102.1. (El subrayado es nuestro.)

conformidad con las normas aplicables del derecho internacional.”

La interpretación que hizo el Tribunal canadiense relativa a que la transparencia, como objetivo, como principio, no era aplicable a las inversiones, aun estableciéndose de manera clara tanto en el Preámbulo como en los objetivos del TLCAN, resulta cuanto menos asombrosa. El Preámbulo del TLCAN se refiere, específica y expresamente, a la transparencia en relación con las inversiones. No se entiende qué más puede hacer falta para considerar que el principio y objetivo de transparencia inspira y es aplicable a las inversiones.

Resulta difícilmente compatible el razonamiento del Tribunal con lo establecido en el artículo 31 de la Convención de Viena. El Tribunal canadiense afirmó que, aún siendo el principio de transparencia un objetivo recogido como tal en el TLCAN, no significaba que fuese de aplicación a las inversiones y que el principio de transparencia únicamente era aplicable a lo establecido en el Capítulo XVIII del TLCAN.

Es importante hacer notar que la Sentencia canadiense no entró a valorar materialmente el principio de transparencia como tal, sino que simplemente descartó su aplicación en base a la ubicación del mismo, por considerar que trato justo y equitativo de conformidad con el derecho internacional, equivalía a costumbre internacional.

Según decimos, no corresponde en estos momentos formular una crítica de la Sentencia Canadiense (Tribunal nacional que anuló parcialmente lo decidido por un Tribunal Internacional de Arbitraje), aunque ya hemos recogido algunas críticas autorizadas.

Pero sí procede, exponer las claras diferencias existentes entre el TLCAN y el APRI que harían inaplicable ese pronunciamiento al Tratado que ahora nos ocupa.

El TLCAN, como su propio nombre indica, regula el libre comercio entre los Estados partes, y como tal, regula materias distintas como son, además de las inversiones, el comercio de bienes, régimen aduanero, barreras técnicas al comercio, compras del sector público y propiedad intelectual, por citar algunas de ellas. El Tribunal canadiense consideró que al regular el TLCAN distintas cuestiones, el objetivo de transparencia, según lo entendía dicho Tribunal canadiense, no se aplica a las inversiones.

Por contra, sucede en nuestro caso que para el APRI, su único objetivo, la única materia que regula es, *“la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos”*, como indica su propio título. Es

decir, que cada objetivo, cada principio que aparece en el APRI hispano-mexicano, tiene un único fin posible: las inversiones.

Ese APRI recoge expresamente claras manifestaciones del principio de transparencia cuando indica:

“Con la intención de incrementar significativamente los flujos recíprocos de inversión, las Partes Contratantes elaborarán documentos de promoción de inversión y darán a conocer información detallada sobre:

b) Las leyes, reglamentos o disposiciones que, directa o indirectamente, afecten a la inversión extranjera...”¹⁶⁴

Esto es principio de transparencia. Si el Estado receptor de la inversión no garantiza un marco legal claro en base al cual un inversor pueda planear y realizar su inversión, no existe transparencia.¹⁶⁵

Como decíamos anteriormente, la Sentencia canadiense no entró a analizar el contenido del principio de transparencia, al descartar previamente su aplicación por razones de ubicación. Según el Tribunal canadiense, el principio de transparencia, al estar recogido en el Preámbulo y en el artículo 102, como objetivo específico del TLCAN, no se aplica al Capítulo XI relativo a inversiones. Es una cuestión meramente espacial; como el Tribunal canadiense consideró que el objetivo de transparencia no era aplicable a las inversiones, no entró a valorar su contenido.

Por lo tanto, la conclusión a la que llegó el Tribunal canadiense no se puede extrapolar a nuestro supuesto, ya que el APRI hispano-mexicano únicamente versa sobre inversiones. Y por lo tanto, el principio de transparencia establecido en dicho tratado, se aplica a las inversiones. El Tribunal canadiense no entró a discutir la interpretación que hizo el Tribunal Arbitral del caso Metalclad del principio de transparencia (porque ya había descartado antes su aplicación). Por lo tanto, las consideraciones del Tribunal Arbitral en el caso Metalclad, relativas al principio de transparencia, son perfectamente aplicables a este caso: el Tribunal canadiense en ningún momento se ha

¹⁶⁴ Artículo II.3

¹⁶⁵ Ese contenido del principio de transparencia es el que figura en el Proyecto de Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), al imponer a las partes la obligación de “*publicar o poner a disposición del público sus leyes, reglamentaciones, procedimientos, decisiones administrativas y decisiones judiciales de aplicación general*”. Se extiende esa obligación “*a las políticas de cualquier Estado miembro que, sin estar contenidas en uno de los instrumentos mencionados, puedan afectar al funcionamiento del Tratado*”. Ana Crespo Hernández, *op. cit.* P. 126. Recordemos como el Ing. Jorge Sánchez, Director General del INE, manifestó que la instauración de autorizaciones anuales obedecía a una nueva política instalada para un mejor control de las actividades que afectaban al medio ambiente. Si nos preguntamos acerca de la transparencia que rodeaba a esa supuesta política, la respuesta por fuerza debe estar lejos de esa obligación de transparencia que recogía el AMI.

pronunciado sobre el contenido dado, por el Tribunal Arbitral, al principio de transparencia.

Pero ante el rechazo extremo manifestado por la contraparte frente a todo lo que proceda del laudo Metalclad, no privaremos al Tribunal Arbitral de otros textos relevantes.

Así, La Conferencia de Comercio y Desarrollo de las Naciones Unidas (UNCTAD), al tratar sobre el trato justo y equitativo, se refiere igualmente al principio de transparencia, considerando el principio de transparencia como altamente relacionado con el trato justo y equitativo (Sección III. Pág. 43).¹⁶⁶

Los textos elaborados por la citada Conferencia son altamente significativos:

“States have increasingly provided that host country actions on investment-related issues should be transparent. So, for example, the 1994 United States model BIT stipulates that each State party shall ensure that its “laws, regulations, administrative practices and procedures of general application, and adjudicatory decisions” concerning foreign investments are “promptly published or otherwise made publicly available” (Article II(5)). At the regional level, this approach has also been included in the Energy Charter Treaty.

The concept of transparency overlaps with fair and equitable treatment in at least two significant ways. First, transparency may be required, as a matter of course, by the concept of fair and equitable treatment. If laws, administrative decisions and other binding decisions are to be imposed upon a foreign investor by a host State, then fairness requires that the investor is informed about such decisions before they are imposed. This interpretation suggests that where an investment treaty does not expressly provide for transparency, but does for fair and

¹⁶⁶ UNCTAD SERIES ON ISSUES IN INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS. La UNCTAD, que es como se conoce por sus siglas en inglés a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, es el órgano encargado, dentro del Secretariado de las Naciones Unidas, de todos los asuntos relacionados con la inversión extranjera directa y corporaciones transnacionales. El trabajo de la UNCTAD se desarrolla y realiza a través de deliberaciones intergubernamentales, investigación y análisis, actividades de asistencia técnica, seminarios, talleres de trabajo y conferencias. El principal propósito de las Series de la UNCTAD sobre inversión extranjera es tratar los temas clave y materias relevantes en los acuerdos internacionales de inversión y presentarlos de una manera fácilmente comprensible para el destinatario final. Si bien estas Series no tienen fuerza vinculante, consideramos que los comentarios y análisis que en ellos se contienen tienen una gran relevancia interpretativa a la hora de enjuiciar el presente supuesto, dado el alto carácter científico y solvencia profesional que presentan todos los trabajos desarrollados por las Naciones Unidas. De ahora en adelante citaremos la referida obra como UNCTAD/ITE/II/15. (Se acompañan como Documento A 127 los textos relevantes de estas Series).

equitable treatment, then transparency is implicitly included in the treaty (UNCTAD, 1999a, p. 34). Secondly, where a foreign investor wishes to establish whether or not a particular State action is fair and equitable, as a practical matter, the investor will need to ascertain the pertinent rules concerning the State action; the degree of transparency in the regulatory environment will therefore affect the ability of the investor to assess whether or not fair and equitable treatment has been made available in any given case.” (El subrayado es nuestro.)

En suma, para la UNCTAD, trato justo y equitativo incluye transparencia, y eso aunque un Tratado no lo indique expresamente.¹⁶⁷

VI.4.3 EXPROPIACIÓN

Sin perjuicio de lo alegado y argumentado por esta parte con relación a los reiterados incumplimientos por parte de los Estados Unidos Mexicanos respecto de las disposiciones contenidas en el APRI y las obligaciones contraídas en virtud del mismo, lo que imposibilitó de manera definitiva y permanente el uso y disfrute de la inversión y la medida que ocasionó a TECMED el daño cuya reparación se reclama, fue la no renovación de la licencia de operación del Confinamiento.

La no renovación de la licencia no atendió a razón legal alguna, ni siguió el debido proceso establecido en las disposiciones legales vigentes, ni, por supuesto, fue objeto de compensación. No se trata de que este Tribunal Arbitral se pronuncie sobre cuestiones de Derecho Mexicano cual si fuera un órgano judicial mexicano. Con independencia de que esta parte haya justificado de manera más que suficiente la ilegalidad de la medida de no renovación a la luz del Derecho Mexicano aplicable, es la propia parte demandada quien admitió las verdaderas razones de su negativa a renovar.

Lo admitió expresamente la Doctora Cristina Cortinas cuando manifestó en rueda de prensa y reiteró ante el Tribunal Arbitral que no existía ningún incumplimiento,

¹⁶⁷ La doctrina es coincidente con esta consideración y un autor citado por la demandada como es Antonio R. Parra así lo recoge: “Like BITs, the multilateral instruments also generally call on States to make their investment regimes transparent to investors; to give them fair and equitable treatment and full protection and security; to avoid imposing restrictions on the transfer abroad of investment-related sums; and to refrain from expropriating foreign investments excepts in the public interest and against prompt, adequate and effective compensation.” (El subrayado es nuestro.) “*Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment*”, Antonio R. Parra, ICSID Review – Foreign Investment law Journal, pág. 293. (Se acompaña este Artículo como Documento A 128).

infracción o irregularidad que ameritase el cierre del confinamiento.

Lo admitió, por vía de hecho el INE cuando propuso reubicar el Confinamiento. ¿Cómo reubicar un confinamiento que no opera conforme a la legalidad? Los hechos de las autoridades mexicanas, al acordar la reubicación, suponían admitir que la operación del Confinamiento era conforme a Derecho.

La citada Doctora Cortinas trató de explicar esa contradicción (ulterior alegación de incumplimiento y previo acuerdo de reubicación), afirmando que CYTRAR habría de solicitar las autorizaciones pertinentes para el nuevo sitio y operar en él con arreglo a la ley, como cualquier otra persona o empresa que pretendiera desarrollar sus actividades en el sector.

Pero, no hemos de olvidar que el acuerdo de reubicación no se planteó en esos términos. Tanto CYTRAR como TECMED, desde el primer momento en que manifestaron su voluntad de reubicarse (accediendo a la decisión que ya habían adoptado los tres órdenes de Gobierno y poniendo de ese modo una buena dosis de cooperación y sacrificio para solventar el problema de la presión social), condicionaron esa reubicación a la entrega de un terreno que contase con las pertinentes licencias y a la continuidad de la operación.

Por muy distintas explicaciones que ahora pretendan ofrecer las autoridades mexicanas, no se trataba de situar a CYTRAR o a TECMED en una posición igual a la de cualquier otro interesado en iniciar una explotación de ese tipo. Lo que las autoridades mexicanas proponían y TECMED, acuciado por las circunstancias, aceptó, no fue otra cosa que una “compensación en especie” por la medida expropiatoria que esas autoridades iban a poner en marcha.

CYTRAR tenía derecho a operar el confinamiento y lo operaba de forma tal que no existía motivo legal para suspender o cancelar esa explotación. Concedores de esa circunstancia, las autoridades, ante la presión social existente, estimaron preciso cerrar la explotación. Consideración en la que reconocen el peso esencial del incumplimiento no imputable a esta parte, ni sancionable, del requisito de la distancia mínima. En realidad, más que de incumplimiento legal, se trataba de un “incumplimiento” de facto, sobrevenido por un cambio legislativo del que no podía culparse a CYTRAR. Esas mismas autoridades, conocedoras y conscientes de los legítimos intereses y derechos de CYTRAR, le propusieron una solución: llevar ese Confinamiento (si se quiere, convertido en un CIMARI) a otro lugar. De ese modo, se satisfacían todos los intereses en juego. Desde luego, los legítimos intereses de CYTRAR que continuaría su explotación sin interrupción y, según las autoridades, los también legítimos intereses de la ciudadanía, preocupada justificadamente (también en opinión de las autoridades) por la cercanía de un confinamiento de residuos peligrosos.

Este es precisamente el presupuesto de la expropiación y por eso el caso de TECMED revistió este carácter ya desde el primer momento en que comenzó a hablarse de reubicación.

Se trataba de una tensión entre unos legítimos intereses privados y otros intereses, que las autoridades consideraron también legítimos, de la sociedad circundante. Las autoridades mexicanas llegaron a equiparar esos intereses sociales con intereses generales, sin que esta parte vaya a entrar a analizar esa más que curiosa equiparación.¹⁶⁸

En esa tensión, ante tal enfrentamiento de intereses, las autoridades mexicanas decidieron satisfacer los llamados intereses sociales, llevando al cierre del Confinamiento CYTRAR. Pero conocedoras y conscientes tales autoridades de que existían unos intereses particulares legítimos y defendibles, propusieron a CYTRAR un cambio de ubicación y aceptaron expresamente como nos recordó en sus declaraciones la Doctora Cristina Cortinas, que la operación no se interrumpiese, que existiese una continuidad entre la actividad desarrollada en el predio de Las Víboras y la que se hubiese de iniciar en la nueva ubicación. Esa era la compensación ofrecida a TECMED por la privación del Confinamiento que tenía derecho a operar y esa fue la compensación que TECMED aceptó, siendo igualmente esa la compensación que resultó incumplida cuando las autoridades mexicanas, conscientes de la dificultad extrema que encontraban para cumplir su compromiso, pretendieron mudarlo por una simple función de agente inmobiliario (cuando no de organizador de excursiones campestres), pretendiendo situar a TECMED en igualdad de condiciones con otros interesados en el sector y asignarle la tarea y los costes de realizar estudios, adquirir terrenos, solicitar licencias, realizar y sufragar obras y, en definitiva, empezar de nuevo, olvidándose de que esa empresa había adquirido y operado regularmente un confinamiento del que había sido privado para atender unos intereses de una colectividad. Ese “olvido”, claro está, sólo resultó posible una vez que el Oficio de 25 de noviembre de 1998 denegó la renovación de la autorización y acalló las protestas sociales, provocando el cierre del Confinamiento.

Esa es una expropiación, o una medida equivalente, si se quiere, y hasta estas fechas, cuando ya han transcurrido cerca de cuatro años, aún se encuentra pendiente de compensación.

Por mucho que trate de encubrirlo, esta misma consideración la tiene la parte contraria. Por si alguna duda cupiera, el representante en este procedimiento de los Estados Unidos Mexicanos, admitió, en sus alegatos finales, que el problema no era TECMED

¹⁶⁸ Extraño interés general el que permite que en territorio mexicano sólo se esté confinando el 12% de los residuos industriales producidos, y que el principal competidor con el que han de enfrentarse los confinamientos autorizados (en este momento, exclusivamente RIMSA) sean los tiraderos clandestinos.

ni su manera de operar el Confinamiento. Así expuso:

“He manifestado en diversas ocasiones e insistido en que el problema no fue con una empresa y no fue con un inversionista, sino con un sitio específico.” (El subrayado es nuestro).¹⁶⁹

Más claro no puede decirse. Posiblemente a esas alturas de las audiencias, el último día y a última hora, alguno de los asistentes no haya reparado en la importancia de esas palabras. Pero, afortunadamente, el sistema de transcripciones tan oportunamente organizado por el Tribunal, nos permite comprobar la claridad de ideas de que hizo gala nuestra contraparte y la rotundidad y precisión con la que utilizó los términos adecuados para expresarlas: no se trató de un problema con una empresa (CYTRAR/TECMED), sino con un lugar (predio de Las Víboras). Ahora bien, si así fue, donde ya la contraparte no merece nuestros elogios es en las consecuencias puestas en práctica. Si no fue problema de una empresa, ¿por qué hacer recaer sobre la misma, y exclusivamente sobre ella, sus consecuencias? Ante ese interrogante de respuesta imposible, la situación es patente.

La revocación de la autorización de operación del Confinamiento, por sí sola, supuso una expropiación. No fue debida a una operación negligente del Confinamiento por parte de TECMED, sino a su ubicación y a la oposición social encontrada. Por ello se acordó reubicar. La denegación de la licencia, unida entonces al incumplimiento del acuerdo de reubicación, implicó una expropiación a la luz del derecho internacional y recogida en el artículo V del APRI. Expropiación que, hasta estas fechas, no ha recibido la justa (ni ninguna) compensación.

En esa situación, afirmar, como hace la demandada que: *“... Aun cuando la negativa de una licencia resulte en la imposibilidad para el inversionista de continuar la operación del confinamiento, la simple negativa, sin más, no puede constituir una expropiación o una medida que tenga las mismas características o efectos, ...”*¹⁷⁰ es tanto como negar lo evidente.

Casos similares han pasado ya por Tribunales Arbitrales, cuyos supuestos de hecho presentan numerosas similitudes con el ahora analizado.

En el Caso Antoine Goetz, et al. v. República de Burundi, los accionistas de la empresa AFFIMET instaron un procedimiento arbitral al amparo del APRI suscrito entre Bélgica y Luxemburgo, por una parte y Burundi, por otra, en el que reclamaban que la revocación de una determinada licencia para operar en un área concreta

¹⁶⁹ Ver página 37 vuelta de las transcripciones correspondientes a los alegatos finales del Lic. Pérez Cano. Día 24 de mayo de 2002.

¹⁷⁰ Párrafo 559 del memorial de contestación a la demanda.

constituía una expropiación al amparo del mencionado APRI.¹⁷¹

El Tribunal Arbitral del Caso Goetz consideró que la revocación de la licencia constituía una expropiación que debía ser acompañada de la preceptiva compensación.

El Tribunal Arbitral, a la hora de decidir sobre la validez o invalidez de la revocación de la licencia, a la luz de las obligaciones de Derecho Internacional asumidas por Burundi, esto es, los derechos y obligaciones concedidos a las partes en virtud del correspondiente APRI, consideró que las medidas expropiatorias, o de efectos equivalentes, únicamente son conformes al Derecho internacional si reúnen cuatro requisitos, tal y como se establece en el APRI:¹⁷² 1) que sea por motivos de interés público, 2) de conformidad con el procedimiento legal establecido, 3) no discriminatoria, y 4) la expropiación debe llevar aparejada una compensación adecuada y efectiva. En ese contexto, el Tribunal manifestó:

¹⁷¹ ICSID ARB/95/3. Los hechos, brevemente, fueron los siguientes:

El 31 de agosto de 1992, la República de Burundi a través del Decreto Legislativo 1/30, estableció un área de libre comercio (ALC) en el que las empresas licenciatarias gozarían de ventajas fiscales y de otro tipo. Mediante Orden Ministerial 750/415 de 28 de septiembre de 1992, en ejecución del Decreto Legislativo, se enumeraron aquellas actividades tradicionales que quedaban excluidas del ALC estableciendo que dicha lista se podría modificar mediante Orden del Ministerio de Comercio Exterior. Asimismo, dicha Orden Ministerial estableció que los minerales sí cualificaban como actividad comprendida dentro del ALC, siempre y cuando hubieran sido elaborados de la manera designada a tal efecto por el Ministro de Minería y el de Comercio Exterior.

En diciembre de 1992 se constituyó la sociedad AFFIMET con el objeto social de producir, elaborar y comercializar metales preciosos.

El 1 de febrero de 1993 la Comisión Consultora del ALC concedió a AFFIMET una licencia de ALC.

El 9 julio de 1993, el Ministro de Comercio e Industria informó a AFFIMET que, debido a las diferencias existentes, se iba a proceder a nombrar una Comisión con el fin de establecer aquellos minerales incluidos en el ALC. El 30 de julio de 1993, la Comisión informó a AFFIMET que cumplía con todos los requisitos exigibles bajo la legislación vigente.

El 17 de agosto de 1993, el Consejo de Ministros decidió cancelar la licencia de ALC de AFFIMET, para volvérsela a reponer el 10 de enero de 1994.

El 29 de mayo de 1995, la Orden Ministerial 750/184, en aplicación del Decreto Legislativo 1/30, excluyó las actividades de minería, refinamiento, elaboración, adquisición y venta de minerales de la lista de actividades aptas para obtener una licencia de ALC. Ese mismo día, el Ministro de Comercio e Industria revocó la licencia de ALC de AZZIMET.

Antoine Goetz y el resto de accionistas de AZZIMET instaron un arbitraje ante el ICSID, alegando que la revocación de la licencia suponía una medida de efectos expropiatorios. Se acompaña dicho laudo como Documento A 129.

¹⁷² El artículo 8, apartado quinto, del APRI entre la Unión de Bélgica y Luxemburgo y Burundi establecía que el Tribunal Arbitral decidiría las controversias a él sometidas de conformidad con: 1) el Derecho nacional del Estado Contratante en donde se había llevado a cabo la inversión; 2) las disposiciones del APRI; 3) las específicas obligaciones establecidas en la inversión propiamente dicha y; 4) las reglas y principios generalmente reconocidos en el Derecho internacional. El Tribunal Arbitral, de conformidad con dicho art. 8, apartado quinto, analizó primero la controversia bajo el Derecho nacional, estimando que la revocación de la licencia había sido conforme al Derecho nacional de Burundi. Fue al analizar la controversia bajo los términos y disposiciones del APRI entre Burundi, por una parte, y, Bélgica y Luxemburgo, por otra, cuando el Tribunal Arbitral estableció que había existido una violación a dichas disposiciones.

“[64] First condition: A measure such as the measure taken with respect to AFFIMET is valid under international law only if ‘considerations of public interest, security or national interest imperatively require it by way of an exception’. Obviously, this condition must be examined in the light of Burundian law.

[65] Second condition: In order to be valid under international law, the measure must not only be based on valid grounds, it must also have been taken ‘according to a legal procedure’.

[66] Third condition: in order to be valid under international law, the measure must not be discriminatory or contrary to a specific agreement between the investor and the host State.

[67] The last condition thus remains. In order to be valid with respect to the Bilateral Treaty, the measure must provide for the payment of ‘adequate and effective compensation’, which must be calculated according to the principles set out in Art. 4(2), quoted above. The Treaty thus consecrates on the international level one of the main principles of French administrative law – and, in so far as it is inspired by it, of Burundian law – that is, that the State must pay a financial compensation for its privileges if it places a special and abnormally heavy burden [on someone] in the general interest. In contracts, this principle is expressed in the so-called fait du prince theory, which is applied to State contracts in arbitral jurisprudence. According to this theory, the administration may unilaterally modify certain rights and obligations under the contract or even terminate the contract when the general interest so requires, but must compensate the other contracting party. In non-contractual matters, this principle is the basis for the jurisprudence concerning the non-tortious liability of the State for legislative or administrative acts – be they rules or individual – which place a special and abnormally heavy burden on a private party in the general interest.

[68] In the present case, the last condition of Art. 4 Treaty for the validity of a ‘measure having a similar effect’ as a measure depriving of, or restricting property rights is not met at present, since the revocation of the FTZ licence, issued on 29 May 1995, did not provide for adequate and effective compensation, as is required for its validity under international law.

[70] Hence, the issue of international law validity of the decision of 29

May 1995 shall remain in abeyance. Either Burundi meets the condition of the adequate and effective compensation within a reasonable time by paying compensation according to the criteria and requirements in Art. 4(2) Treaty, ... or Burundi does not meet this last condition for the international – law validity of its decision within a reasonable time, in which case it violates the international obligation it entered into under the Bilateral Treaty – to which it adhered in the full and free exercise of its international sovereignty – ‘not to take any measure depriving of, or restricting property rights or any other measure having a similar effect with respect to investments made on its territory’ unless certain conditions are met. Burundi would then be liable under international law both for violation the obligation in Art. 4 to abstain form taking any measure having similar effect as a measure depriving of, or restricting property rights, and for violation the obligation in Art. 3 to guarantee ‘stable security ... and protection’ to Belgian investment on its territory’. (El subrayado es nuestro.)

De este texto se extraen las siguientes conclusiones de plena aplicación al presente supuesto:

- 1.- La revocación de una licencia constituye una medida de efectos equivalentes a la expropiación.
2. Es suficiente que una de las cuatro ‘condiciones’ no se cumpla para considerar que la medida en cuestión constituye una violación del Derecho internacional.
3. La revocación de la licencia sin compensación no sólo supone una violación del Derecho internacional relativa a medidas de efectos equivalentes a la expropiación, sino que, además la revocación de la licencia supone una violación a la obligación contenida en el APRI de garantizar la protección y seguridad de las inversiones.
4. Toda expropiación o medida de efecto equivalente, aún cuando esté motivada por razones de interés público, debe llevar aparejada una indemnización.

Otro caso de inversión internacional que guarda gran similitud con el que ahora enfrenta este Tribunal Arbitral, es el Caso Biloune.¹⁷³

¹⁷³ Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, laudo relativo a jurisdicción y responsabilidad de 27 de octubre de 1989, International Law Reports, Vol. 95, Cambridge University Press, pág. 183-233. Se acompaña como Documento A 130. En resumen, los hechos de este caso, son los siguientes: Antoine Biloune, de nacionalidad siria, realizó varias inversiones en Ghana relativas al desarrollo de un complejo hotelero en Marine Drive, en la ciudad de Accra. Dichas inversiones se formalizaron en un acuerdo con el Centro de Inversiones de Ghana (Ghana Investments Centre, GIC), entidad gubernamental, cuyo objeto era la promoción de la

El Tribunal Arbitral del caso Biloune estimó que los hechos concurrentes constituían un supuesto de expropiación:

“The motivations for the actions and omissions of Ghanaian governmental authorities are not clear. But the Tribunal need not establish those motivations to come to a conclusion in the case. What is clear is that the conjunction of the stop work order, the demolition, the summons, the arrest, the detention, the requirement of filing assets declaration forms, and the deportation of Mr. Biloune without possibility or re-entry had the effect of causing the irreparable cessation of work on the project. [...] In the view of the Tribunal, such prevention of MDCL from pursuing its approved project would constitute constructive expropriation of the value of Mr Biloune’s interest in MDCL, ...” (El subrayado es nuestro.)

“The Tribunal therefore holds that the Government of Ghana, by its actions and omissions culminating with Mr Biloune’s deportation, constructively expropriated MDCL’s assets, and Mr Biloune’s interest therein, not later than December 24, 1987. The Claimants are therefore entitled to compensation.”

En este caso Biloune, también se extraen elementos relevantes para nuestro supuesto:

1. Un aspecto primordial a la hora de poder determinar que una determinada medida constituye una expropiación, es el analizar y evaluar si la medida en cuestión impide al inversionista continuar con el desarrollo y operación de su inversión. En el caso Biloune, así lo consideró el Tribunal: la orden de paralización de la obra y su derribo imposibilitaron al inversionista la continuación del objeto de su inversión. En el presente caso, la negativa a renovar la licencia, unido al no cumplimiento del acuerdo de reubicación, pusieron fin, definitivamente, a la inversión de TECMED, sin posibilidad de solución.

inversión extranjera en Ghana. El acuerdo de inversión contenía una cláusula de arbitraje al amparo del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL.

El Sr. Biloune formó una joint venture con otra entidad gubernamental para el desarrollo del complejo Marine Drive. La construcción y remodelación de las obras se encontraba muy avanzada cuando agentes del gobierno emitieron una orden de paralización de los trabajos, como consecuencia de la falta de un permiso de construcción, otorgándole un período de tiempo para que regularizase la situación. Un día antes de que el plazo concedido expirase, las obras fueron demolidas. Al Sr. Biloune le detuvieron y posteriormente le deportaron del país.

El Sr. Biloune reclamó a Ghana los daños sufridos por la expropiación, denegación de justicia y violación de los derechos humanos.

2. El Tribunal Arbitral estimó, que el inversionista puede confiar en aquellas manifestaciones que provengan de autoridades, en relación con su inversión. En ese caso, se trataba de las manifestaciones de autoridades gubernamentales de Ghana que fundaron en el inversor la confianza necesaria para creer que podía comenzar la ejecución de las obras sin contar con el permiso de construcción.

También TECMED creyó firmemente en las manifestaciones y declaraciones de las autoridades mejicanas. Primero cuando se decidió a adquirir un confinamiento de desechos peligrosos para su explotación, que contaba con una licencia indefinida y que había sido objeto de transmisiones anteriores conservando la autorización existente, después, cuando producido el cambio de licencia de duración indefinida a licencias de duración anual, creyó que la explotación legal del Confinamiento le garantizaría su renovación, más tarde, cuando las autoridades federales le comunicaron verbalmente que procediera a recrecer la celda número 2 como obra complementaria y, finalmente, cuando las autoridades mexicanas se comprometieron a reubicar CYTRAR. Todas estas creencias propiciadas por las autoridades mexicanas devinieron vanas por el incumplimiento de sus compromisos por parte de esas mismas autoridades y negación de sus palabras.

Avanzando en el análisis de lo que pudiera denominarse jurisprudencia arbitral, también en materia de expropiación es relevante el ya mencionado caso Metalclad.

En el caso Metalclad, el Tribunal Arbitral había considerado que un Decreto Ecológico por el que se declaraba como parque natural la zona en la que se ubicaba el confinamiento de Metalclad, podía constituir por sí misma una expropiación. Si bien, el Tribunal Arbitral no consideró este hecho en su fallo a la hora de determinar qué había existido una violación al artículo 1105 y 1110 del TLCAN, puesto que se basó en hechos anteriores a la existencia del Decreto Ecológico.

El Tribunal canadiense, en fase de revisión del Laudo dictado por el Tribunal Arbitral, una vez considerado que el concepto de transparencia no se encontraba dentro del Capítulo XI del TLCAN, estableció, no obstante, que el Decreto Ecológico, acto de regulación, sí constituía una expropiación que impedía para siempre el desarrollo y uso de la inversión por Metalclad. Así, manifestó el Tribunal canadiense:

“[99] The Tribunal gave an extremely broad definition of expropriation for the purposes of Article 1110. In addition to the more conventional notion of expropriation involving a taking of property, the Tribunal held that expropriation under the TLCAN includes covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonable-to-

be-expected economic benefit of property. This definition is sufficiently broad to include a legitimate rezoning of property by a municipality or other zoning authority. However, the definition of expropriation is a question of law with which this Court is not entitled to interfere under the International CAA.

[100] The Tribunal reviewed the terms of the Ecological Decree and concluded that it had the effect of barring forever the operation of Metalclad's landfill and constituted an act tantamount to expropriation...." (El subrayado es nuestro.)

El Tribunal Arbitral del caso Metalclad, por su parte, no entró a valorar las razones por las que las autoridades mexicanas dictaron el Decreto Ecológico, sino que se limitó a observar que, aún no siendo necesario para el pronunciamiento del laudo que dictó, el Decreto Ecológico constituía una expropiación, por muy legítimas que fueran las razones del mismo.

En suma y aplicando los principios recogidos en esos pronunciamientos a nuestro caso, la denegación de renovación de la autorización constituye una expropiación, y el Tribunal Arbitral no precisaría siquiera entrar a valorar si las autoridades mexicanas podían o no dictar este tipo de resoluciones. El efecto que causa la denegación de la autorización es que TECMED no puede continuar operando el confinamiento. Denegación que, como se ha demostrado y lo ha corroborado la parte demandada, no se produce como consecuencia de un incumplimiento en la operación del confinamiento que amerite su cierre, sino que la denegación de la autorización, poniendo como excusa pequeñas fallas e incumplimientos que en modo alguno podrían justificar una no renovación, en realidad, supone ceder a una presión social. Como indicó la Doctora Cortinas a presencia del Tribunal Arbitral, la denegación de renovación se dictó para facilitar la reubicación, haciéndola primar sobre la continuidad de la operación en el mismo lugar. La denegación de la autorización constituye una expropiación, al privar a TECMED, mediante la no renovación de la autorización, del uso y disfrute de su propiedad. De nada le sirve a TECMED el confinamiento, sino es para operarlo y explotarlo y, sin una autorización al efecto que permita tal uso, su operación deviene imposible por ilegal, aparte de gravosa por la obligación de mantener y conservar el lugar. La denegación de autorización, supone una expropiación. No estamos pidiendo del Tribunal Arbitral que haga las funciones de órgano resolutorio de un posible recurso administrativo o judicial planteado contra la denegación de la autorización, cuál si se tratase de un Tribunal mexicano. No, no es eso. Lo que solicitamos de este Tribunal Arbitral, es que dictamine, a la luz de las circunstancias y de conformidad con las disposiciones del APRI y del Derecho Internacional, si la no renovación de la autorización supone una expropiación. Para ello no precisa aplicar Derecho Mexicano, le basta moverse en una perspectiva estricta

del Derecho Internacional.

También en tema de expropiación se ha manifestado la UNCTAD. Así, conforme a los trabajos de esta Comisión, la expropiación o medidas de efectos equivalentes no se limitan a la toma física de la propiedad del inversor extranjero, sino que puede abarcar medidas por parte del Estado receptor que suponen una pérdida, por parte del inversionista, de sus derechos de gestión, uso o control de sus activos o que supongan una fuerte depreciación en el valor de sus activos¹⁷⁴ y que se ha dado en denominar expropiación indirecta.¹⁷⁵ De tal forma que constituye una expropiación o medida de efecto equivalente, en el campo del Derecho internacional de la inversión extranjera directa, lo que se ha dado en denominar una ‘erosión’ de los derechos asociados a la propiedad por parte del Estado receptor de la inversión.¹⁷⁶

Finalmente y contradiciendo lo que sostiene el demandado acerca de la improcedente alegación de decisiones dictadas por el Tribunal de Reclamaciones Iran-US en relación a los pronunciamientos relativos a expropiación y medidas de efectos equivalentes, hemos de mantener su relevancia para el presente supuesto. Así lo han establecido numerosos laudos arbitrales dictados al amparo de APRIs y así lo ha entendido la propia Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

Un supuesto muy claro es el Caso Southern Pacific Properties.¹⁷⁷ El Tribunal Arbitral afirmó:

“164. Nor can the Tribunal accept the argument that the term “expropriation” applies only to jus in rem. The Respondent’s cancellation of the project had the effect of taking certain important rights and interests of the Claimants. What was expropriated was not the land nor the right of usufruct, but the rights that SPP (ME), as a shareholder of ETDC, derived from EGOH’s right of usufruct, which had been “irrevocably” transferred to ETDC by the State. Clearly, those rights and interests were of a contractual rather than in rem nature.

¹⁷⁴ UNCTAD/ITE/II/15 pág. 2, 19 y 41.

¹⁷⁵ UNCTAD/ITE/II/15, pág. 4; Dolzer, R. “Indirect expropriation of alien property”, ICSID Review: Foreign Investment Law Journal, vol. 1, pp. 41-65, 1986; Cristie, G.C. “What constitutes a taking of property under international law?”, The British Yearbook of International Law, vol. 38, pp. 307-316, 1962.; Weston B. “Constructive Takings under International law: a Modest Foray into the Problem of Creeping Expropriation”, Virginia Journal of International Law, vol. 16, pp. 103-175, 1975. (Se acompañan estos artículos como Documento A 131).

¹⁷⁶ UNCTAD/ITE/II/15, pág. 20.

¹⁷⁷ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited [SPP (ME)] v. Arab Republic of Egypt ICSID ARB/84/3*, cuyo tribunal Arbitral estaba compuesto por el Dr. Jiménez de Arechaga (citado por el demandado en el párrafo 356, pág. 101 de su memorial de contestación a la demanda), Mr. Robert F. Pietrowski y Dr. Mohamed Amin El Mahdi. Se acompaña copia de este laudo como Documento A 132.

However, there is considerable authority for the proposition that contract rights are entitled to the protection of international law and that the taking of such rights involves an obligation to make compensation therefor.

165. *Moreover, it has long been recognized that contractual rights may be indirectly expropriated. In the judgement of the Permanent Court of International Justice concerning Certain German Interests in Polish Upper Silesia, the Court ruled that, by taking possession of a factory, Poland had also “expropriated the contractual rights” of the operating company. (PCIJ, Series A, No. 7, 1926, at p. 44)*

166. *Decisions of international claims tribunals have been to the same effect. Thus, in the Amoco Int’l Finance Corp v Iran case (15 Iran-US CTR, p.89), the Iran-US Claims Tribunal said:*

Expropriation, which can be defined as a compulsory transfer of property rights, may extend to any right which can be the object of a commercial transaction... (para. 108)

167. *And in the Philips Petroleum Co Iran v. Iran case (21 Iran-US CTR, p. 79) the Iran-US Claims Tribunal held that expropriation gives rise to liability for compensation...”*

Esas citas de decisiones dictadas por el Tribunal de Reclamaciones Iran-US, no sólo confirmaron su habitual y normal consideración por parte de los Tribunales Arbitrales constituidos en el seno de CIADI, sino también ratificaron como son expropiables derechos y no sólo bienes materiales.

En suma, las autoridades públicas mexicanas, fundándose en razones de interés social, expropiaron el derecho de TECMED a operar el Confinamiento CYTRAR, privándole de la licencia que amparaba el ejercicio de ese derecho y ordenándole presentar un programa de cierre, y le privaron de tal derecho sin proceder a compensarla adecuadamente, ni en modo alguno. Esa actuación constituye una medida que infringe directa, clara y patentemente el Artículo V del APRI y que debe ser económicamente reparada. Razón por la que esta parte acude al Tribunal Arbitral constituido al amparo de dicho Tratado.

VII. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO OCASIONADO

VII.1 ALCANCE DEL RESARCIMIENTO SEGÚN LAS DISPOSICIONES DEL APRI Y LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL

Las actuaciones seguidas en el curso del arbitraje y muy particularmente las pruebas practicadas, han venido a confirmar lo alegado desde su inicio por la parte demandante en el sentido de haber sido afectada y perjudicada por una medida equivalente a la expropiación, ordenada y puesta en práctica por los Estados Unidos Mexicanos, que no se ha visto acompañada de la indemnización correspondiente, ni de compensación alguna.

Las consecuencias pecuniarias de la puesta en práctica de esas medidas equivalentes a la expropiación son las previstas en el texto del APRI firmado por el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos.

El Artículo V de dicho Acuerdo, tras exponer en su párrafo primero la obligación a cargo del expropiante de abonar una indemnización al inversor o sus causahabientes, determina el alcance de esa indemnización en sus párrafos segundo y tercero, con la amplitud que deriva de los términos que seguidamente se transcriben:

“2. La indemnización será equivalente al valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes del momento en que la expropiación se haya adoptado o haya sido anunciada o publicada, lo que ocurra primero. Los criterios de valoración se determinarán conforme a la legislación vigente aplicable en el territorio de la Parte Contratante receptora de la inversión.

3. La indemnización se abonará sin demora, en moneda convertible y libremente transferible.”

Por su parte, el Título Séptimo del Apéndice del APRI recoge las consecuencias económicas de cualquier infracción al mismo, consistentes en *“a) el pago de daños pecuniarios y, en su caso, de los intereses correspondientes.”*

Esos daños pecuniarios citados de forma abstracta en el Título Séptimo, se concretan, en caso de adopción de medidas equivalentes a la expropiación, en los términos transcritos del Artículo V.

El espíritu latente en la indemnización prevista en el citado Artículo V y la intención expresamente manifestada en el mismo es la “restitución íntegra” de los daños causados al inversor expropiado. Esto es, la reparación a cargo del Estado receptor de la inversión ha de ser tal que sitúe al inversor, aunque ya sólo pueda ser desde un punto de vista estrictamente económico, en la misma posición patrimonial que disfrutaba en el momento inmediatamente anterior al instante en que fue adoptada la medida con efectos expropiatorios.

Es más, conscientes los negociadores del APRI de que el mero anuncio de la medida expropiatoria genera recelos y desconfianza en el mercado, susceptibles de repercutir en la minoración del valor del bien expropiado, el citado Artículo V hace expresa mención al asunto, señalando como momento determinante de la valoración el primero que ocurra entre el instante en que la expropiación se hubiese producido o hubiere sido anunciada. El anuncio de una expropiación posteriormente acordada determina la fecha a considerar para la estimación del valor de mercado.

Esa disposición pone de relieve que el mandato de restitución íntegra ha de entenderse con tal amplitud que deben quedar al margen de la valoración factores que en sí mismos no son sino precedente o manifestación de la medida equivalente a la expropiación posteriormente adoptada y que, en cuanto tales, pudieran suponer una merma al valor del bien objeto de la inversión.

Tal cautela reviste relevancia innegable en el supuesto que nos ocupa, pues la contraparte, en particular a través de los términos del informe económico aportado por la misma, ha llegado a apuntar la reducción que experimentaría su ya exigua valoración de la compañía CYTRAR, S.A. de C.V., de considerarse factores concurrentes a la fecha en que se produjo el cese de la actividad. Factores entre los que destaca la cercanía a la ciudad de Hermosillo, las contingencias legales con referencia al permiso de uso del suelo, el carácter anual renovable de la autorización y la presión social que sufría CYTRAR en noviembre de 1998.¹⁷⁸

La restitución íntegra de los perjuicios ocasionados al inversor comprende la

¹⁷⁸ A este respecto, véase la página 53 del Análisis y Valuación aportados por la demandada como Anexo D 173 de los presentados con el escrito de contestación a la demanda. No obstante, y sin perjuicio de lo anteriormente indicado y derivado de lo dispuesto en el Artículo V.2 del APRI, la incidencia negativa de los expresados elementos en la valoración de CYTRAR, ha quedado desvirtuada en la declaración oral formulada por el autor del mencionado informe, Ing. Lars Christianson cuando, a preguntas del representante de la demandante, reiteró que sus consideraciones al respecto son las que formularía a un cliente potencial inversor sin relación alguna con los hechos analizados (en nuestro caso el obligado a indemnizar es el mismo autor de la medida y autor o responsable de los hechos concomitantes), reconoció que el Ayuntamiento de Hermosillo jamás expresó la mínima objeción a la validez de la licencia de uso de suelo y que la competencia federal en materia medioambiental llevaban a la consecuencia de que no resultasen exigibles las licencias de construcción (véanse páginas 50 vuelta a 51 vuelta de la transcripción correspondiente a la declaración verbal del Ing. Lars Christianson).

reparación del daño emergente, del lucro cesante y del daño moral. Y este contenido se confirma tanto a la luz del Derecho Internacional, como desde la perspectiva del Estado receptor de la inversión.

Conocemos que la demandada plantea un recelo injustificado a la consideración de su propio Derecho nacional, que ya ha sido previa y suficientemente rebatido en el presente escrito.

Lo cierto es que la consideración del Derecho Mexicano al determinar los criterios de valoración que deben ponerse en práctica, es inevitable e incuestionable ante la expresa remisión que formula el Artículo V.2 *in fine* del APRI.¹⁷⁹

El régimen del Derecho Mexicano sobre reparación de daños figura recogido con detalle en el Dictamen Jurídico aportado por la demandante con su escrito de demanda, y a él nos remitimos al objeto de evitar reiteraciones innecesarias.¹⁸⁰ En síntesis, conforme a dicho Ordenamiento, aplicable por remisión del Artículo V.2 del APRI, los criterios a considerar en la valoración del Confinamiento CYTRAR, serán los siguientes:

1. La reparación del daño consiste, a elección del perjudicado, en la reparación de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.¹⁸¹
2. La reparación del daño comprende tanto la del daño emergente (“daño” conforme a la terminología del Derecho Mexicano), como la del lucro cesante (“perjuicio” según la terminología utilizada en el País receptor).¹⁸²
3. En caso de producirse un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, entendiéndose como daño moral la afectación que una persona sufre, entre otras esferas, en su reputación o en la consideración que de sí misma tienen los demás.¹⁸³
4. Son daños indemnizables todos los que sean consecuencia inmediata y directa del acto. Esto es, conforme a la normativa mexicana, únicamente son indemnizables los daños directos, quedando excluidos los indirectos, si bien no

¹⁷⁹ Literalmente dispone “*los criterios de valoración se determinarán conforme a la legislación vigente aplicable en el territorio de la Parte Contratante receptora de la inversión*”.

¹⁸⁰ Véase el contenido de dicho Informe presentado como Documento A 101 con el memorial de demanda y, en particular, lo dispuesto en las páginas 78 a 89 del mismo.

¹⁸¹ Artículo 1.915 del Código Civil Federal. Como ha sido apuntado y se incidirá más adelante, la restitución en especie no resulta posible en el caso de CYTRAR.

¹⁸² Artículos 2.108 y 2.109 del Código Civil Federal.

¹⁸³ Artículo 1.916 del Código Civil Federal.

obsta a la indemnización la concurrencia de causas.¹⁸⁴

5. Particularmente, para el caso de expropiación, la legislación mexicana establece la equivalencia entre la indemnización y el valor de mercado del bien expropiado.¹⁸⁵
6. De conformidad con la legislación mexicana, la indemnización comprende el abono de los correspondientes intereses, quedando cifrado el importe de los intereses legales en ese país, en el 9% anual (derivados de obligaciones civiles) y el 6% anual (derivado de obligaciones mercantiles).¹⁸⁶

Por su parte, el Derecho Internacional, cuya aplicación, incluso exclusiva, es defendida con entusiasmo por la parte demandada, es si cabe aún más generoso en la cuantificación de daños. Tampoco consideramos pertinente reiterar la fundamentación ya recogida por esta parte en su memorial de demanda¹⁸⁷ y en el Dictamen Jurídico ya mencionado.

Conforme al citado Derecho Internacional, cuyo contenido ha sido recogido de forma unánime por laudos arbitrales dictados muchos de ellos en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, los criterios determinantes de la indemnización a cargo de los Estados Unidos Mexicanos serían coincidentes, sino más amplios, con los anteriormente derivados de la normativa interna del país receptor de la inversión.¹⁸⁸

Decimos que los contenidos del Derecho Internacional con referencia a los daños indemnizables son más amplios, por cuanto aquella restricción del Derecho Mexicano que partía de la distinción entre daños directos e indirectos no tiene reflejo en ese Derecho Internacional.¹⁸⁹

¹⁸⁴ Artículo 2.110 del Código Civil Federal.

¹⁸⁵ Artículo 10 de la Ley de Expropiación: “*El precio que se fijará como indemnización por el bien expropiado, será equivalente al valor comercial que se fije...*”

¹⁸⁶ Artículo 2.395 del Código Civil Federal y Artículo 362 del Código de Comercio.

¹⁸⁷ Particularmente, páginas 136 a 138.

¹⁸⁸ A este respecto y saliendo al paso de las ya mencionadas alegaciones formuladas por la contraparte acerca del recurso tramitado frente al laudo dictado en el caso Metalclad, hemos de aclarar que ninguna de las referencias al mismo efectuadas en el memorial de demanda y en el Dictamen Jurídico presentado por la demandante, al tratar de la reparación de daños, se ha visto afectada por la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo de la Columbia Británica que estimó parcialmente el recurso interpuesto por los Estados Unidos Mexicanos frente a dicho laudo arbitral. Según hemos afirmado y se constata con la lectura de la Sentencia que decidió el recurso, su estimación fue únicamente parcial, sin que afectase a la declaración formulada por el Tribunal Arbitral cuando apuntó que los Estados Unidos Mexicanos habrían puesto en práctica una medida equivalente a la expropiación (consistente en la promulgación del Decreto Ecológico), ni tampoco a las consecuencias indemnizatorias derivadas de dicha expropiación, siendo esas consecuencias y los pronunciamientos referentes a las mismas los únicos que se han tenido en cuenta y han sido alegados por la demandante como respaldo, acompañado de otras citas, de la indemnización de daños solicitada en el asunto objeto del presente arbitraje.

¹⁸⁹ Ciertamente, la distinción entre daños directos e indirectos carece de incidencia alguna en el caso que

Según se ha indicado, el supracriterio determinante del monto de la indemnización, del que derivan todos los demás criterios particulares, es el de la “íntegra reparación” del daño causado. Esa indemnización íntegra supone borrar todas las consecuencias del acto ilegítimo y restablecer las circunstancias que probablemente imperarían de no haberse cometido dicho acto.¹⁹⁰ Ciertamente y en sentido estricto, esas consecuencias sólo pueden ser absolutamente borradas y la situación únicamente puede ser restablecida en sus propios términos si se produce la reparación en especie, acompañada de la indemnización de daños no cubiertos por la restitución del bien expropiado. Pero, según se ha indicado y se abundará más adelante, esa reparación en especie no es posible en muchos casos, siendo el que nos ocupa un clarísimo ejemplo de ello.

En suma, con base en el Derecho Internacional, la infracción de las obligaciones asumidas por los Estados Unidos Mexicanos con la firma del APRI, genera la obligación de indemnizar al inversor porque éste se ha visto privado del objeto de la inversión como resultado de la adopción por la demandada de una medida equivalente a la expropiación del Confinamiento CYTRAR (medida consistente en la negativa a renovar la autorización de funcionamiento). Esa indemnización ha de suponer la íntegra reparación de los daños ocasionados a la demandante y ya que esa reparación íntegra no podrá ser en especie, habrá de serlo en dinero, comprendiendo el valor de mercado del bien expropiado, integrado por el daño emergente y el lucro cesante, cubriendo los daños morales ocasionados a esta empresa (daños que ante la dificultad de valoración, han sido estimados globalmente por esta parte, sometiéndose al

nos ocupa. La reclamación formulada por TECMED en el presente arbitraje se circunscribe a la indemnización del valor de mercado de CYTRAR, S.A. de C.V. cuyo único activo era el Confinamiento de desechos peligrosos de Las Víboras, a los daños morales ocasionados al inversor por el cierre del expresado Confinamiento y por las actuaciones y manifestaciones vertidas por las autoridades mexicanas de los distintos Órdenes de Gobierno concomitantes con el citado cierre y a los intereses devengados por el importe de ambos conceptos.

El efecto de la no renovación de la licencia de operación del Confinamiento fue lo que privó a TECMED del producto de su inversión y, en consecuencia, el valor de mercado de esa inversión ha de ser siempre y necesariamente el correspondiente al daño directamente ocasionado por la infracción de la demandada como Estado receptor. Ni una sola de las partidas que integran la indemnización solicitada trae origen en hecho alguno que no sea la privación del disfrute del Confinamiento, no pudiéndose cuestionar la directa vinculación causa-efecto existente entre la medida de efectos expropiatorios y los daños cuya reparación se reclama.

¹⁹⁰ Caso Chorzow Factory, en cuya resolución la Corte Internacional de Justicia declaró: “... *The essential principle contained in the actual notion of an illegal act –a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals- is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind, or, if this is not possible, payment of a sum corresponding to the value which a restitution in kind would bear; the award, if need be, of damages for loss sustained which would not be covered by restitution in kind or payment in place of it –such are the principles which should serve to determine the amount of compensation due for an act contrary to international law.*” (Merits, 1928, P.C.I.J., Series A, N° 17, pág. 47. (Se acompaña esta Sentencia como Documento A 133).

prudente criterio del Tribunal Arbitral) y los intereses devengados por las expresadas cantidades desde la fecha en que se denegó la autorización para operar el Confinamiento hasta la fecha efectiva de abono.

VII.2 CUANTIFICACIÓN DEL RESARCIMIENTO

VII.2.1 ANÁLISIS DE LAS VALORACIONES PRESENTADAS POR LAS PARTES

Al objeto de cuantificar la indemnización procedente de conformidad con las normas del Derecho interno Mexicano y del Derecho Internacional anteriormente referidas, la demandante solicitó de la filial mexicana de una firma de prestigio internacional (AMERICAN APPRAISAL DE MÉXICO, S.A. de C.V.), la valoración de la sociedad CYTRAR S.C. de C.V., cuyo único activo era la tenencia y explotación del Confinamiento expropiado.¹⁹¹

La demandada, por su parte, en el escrito de contestación, negó la existencia de infracción al APRI y de medida con efectos expropiatorios. Pese a lo cual, procedió a aportar un Informe titulado “Análisis y Valuación” cuyo contenido y objetivo fue doble. Por una parte, el de desvirtuar, intento realizado sin éxito, el informe presentado por la actora y por otro, el de presentar una nueva valoración de la citada compañía CYTRAR, S.A. de C.V. Las diferencias existentes entre un Informe y otro son patentes y sustanciales en cuantía.

El Informe de American Appraisal concluye que el valor de mercado de la sociedad CYTRAR, S.A. de C.V., calculado a la fecha en que se denegó la renovación de la autorización (25 de noviembre de 1998), asciende a US\$ 52.000.000 (CINCUENTA Y DOS MILLONES DE DÓLARES USA).

Asimismo, y al objeto de amparar en una valoración experta, objetiva e imparcial la petición subsidiaria que sería formulada en el memorial de demanda, se solicitó de la expresada firma, y ésta determinó, la indemnización de daños que correspondería en caso de procederse a la restitución en especie del bien expropiado.¹⁹²

El citado Informe de American Appraisal recogió los análisis y estudios realizados para llegar a las valoraciones calculadas, e incorporó en anexo la documentación

¹⁹¹ El Informe de Valoración elaborado en ejecución del mencionado encargo fue el aportado como Documento A 117 con nuestro memorial de demanda.

¹⁹² Cuantificación que figura en la tabla incluida en el anexo XII del Informe de Valoración realizado por American Appraisal, variando el importe en función del año en que se produjese la restitución.

referente a la compañía CYTRAR, S.A. de C.V. en la que se había fundado.

Por su parte, como decimos, la demandada presentó el Informe sobre el Análisis y Valuación de esta sociedad, concluyendo que el valor de mercado de CYTRAR en noviembre de 1998 habría estado entre US\$ 1.800.000 (UN MILLÓN OCHOCIENTOS MIL DÓLARES USA) y US\$ 2.100.000 (DOS MILLONES CIEN MIL DÓLARES USA).

Como puede observarse, las diferencias entre las cifras calculadas por uno y otro experto son abismales, razón que llevó a esta parte a solicitar la declaración verbal de ambos peritos ante el Tribunal Arbitral.¹⁹³

No deseamos convertir este escrito en una loa, que no precisa, del perito designado por la demandante, ni en un desprecio, que personalmente no merece, del experto elegido por la demandada.¹⁹⁴

Estimamos que el Tribunal Arbitral cuenta con datos suficientes para valorar libre y ampliamente la solvencia técnica de uno y otro perito y alcanzar las oportunas conclusiones acerca de los estudios presentados. De hecho, consideramos, y por ello nos satisface nuestro empeño en procurarlo, que la declaración verbal de ambos peritos a presencia del Tribunal Arbitral, habrá aportado relevantes elementos para esa evaluación.

Consecuencia de lo expuesto, nos limitaremos a destacar, como corresponde a un trámite de alegatos finales, las razones objetivas y las consideraciones técnicas que avalan la valoración presentada por American Appraisal y desvirtúan las objeciones formuladas por F. García Asociados (FGA), y su nimia valoración.

Sin perjuicio de ello y con carácter previo, hemos de destacar un dato que, sin culpa aparente por parte de su autor, pero con responsabilidad absoluta de los Estados Unidos Mexicanos, desvirtúa por completo cualquier valor que pudiera atribuirse al informe elaborado por F. García Asociados (FGA).

¹⁹³ Curiosamente, la demandada no pareció experimentar esa misma o similar inquietud, dado que no sólo estimó innecesarias las explicaciones que pudiera aportar el experto designado por la parte actora, sino que incluso se opuso y de forma vigorosa, a que éste fuera interrogado a instancias de la demandante.

¹⁹⁴ Sin perjuicio de lo manifestado, estimamos que no puede pasarse por alto la tan dispar experiencia en el sector de las valoraciones que se ha puesto de manifiesto entre uno y otro perito. En tanto que el autor del Informe presentado por la demandante lleva doce años prestando sus servicios como máximo responsable de una compañía del prestigio internacional con que cuenta American Appraisal y reconoce haber realizado unas ciento cincuenta valoraciones (página 2 vuelta de la transcripción correspondiente a las declaraciones de J. Pérez de Vega), el autor del informe aportado por la demandada, reconoce que su amplia experiencia se desarrolla en la industria química, que pertenece a la firma F. Garcia Asociados desde hace un año y que ha llegado a realizar “*más de cinco valoraciones*” (página 40 de la transcripción correspondiente a la declaración del Ing. Lars Christianson).

Ese dato es la carencia de información sobre la empresa objeto de avalúo que repetidamente denuncia el autor del informe aportado por la contraparte. Desconocimiento y carencia de datos que resulta incompatible con la solvencia y seriedad exigible a cualquier estudio de este tipo. No se trata en suma de la valoración real de unos activos existentes, sino de la valoración hipotética de unos activos supuestos, sobre la base de elementos imaginados.

El Ing. Christianson, a lo largo de su declaración ante el Tribunal Arbitral, argumentó la carencia de datos e informaciones que le impidieron evaluar correctamente e incluso evaluar en absoluto los activos de la compañía objeto de análisis.¹⁹⁵

Según decimos, lejos de nuestra intención hacer recaer sobre el autor del informe presentado por la contraparte cualquier responsabilidad derivada de tal carencia de información y menos aún de la falta de diligencia en su solicitud. Ahora bien, también hemos de apuntar lo injustificado de ciertas aseveraciones y especialmente de las críticas dirigidas al Informe elaborado por American Appraisal, incluidas en el Informe aportado por la demandada, cuando el experto era consciente de esa carencia de información que consideraba muy relevante.

Conforme indicamos, la demandante, como le competía, presentó el Informe de valoración de CYTRAR, S.A. de C.V., el 4 de septiembre de 2001, junto con el memorial de demanda.

La demandada tuvo conocimiento de su contenido pocos días después, cuando se le dió traslado de la demanda.

Esa misma demandada, de haber considerado precisos documentos adicionales, tenía a su disposición el mecanismo arbitrado por el propio Tribunal para solicitarlos y obtenerlos.¹⁹⁶

Lejos de formular esa solicitud oportunamente y por el cauce procesal previamente

¹⁹⁵ En palabras textuales, el Ing. Christianson manifestó: “*Pero yo quisiera hacer una apreciación señora Fernández. No se me permitió entrar en las instalaciones de CYTRAR. Por lo tanto, no pude apreciar qué activos tenían allá, no puede mantener pláticas con los directores, y no pude apreciar el know-how que se estaba utilizando*” (página 42 vuelta de la transcripción correspondiente a la declaración del Ing. Lars Christianson). El mismo autor del informe reconoce que “*hubiera sido muy relevante*” la información que él manifiesta haber solicitado a la Secretaría de Economía de México y que no le fue proporcionada (páginas 48 y 48 vuelta de la transcripción referida).

¹⁹⁶ El apartado XVI.5 del Acta correspondiente a la reunión celebrada el 7 de mayo de 2001, disponía: “*...Tratándose de prueba documental en poder de la contraparte, la parte que la ofrezca deberá:*
(a) *identificar en la medida de lo posible el documento de que se trate, indicando, por ejemplo, su fecha, firmantes y las cuestiones o materias a que se refiera el documento en cuestión;*
(b) *las razones por las cuales se estima que el documento se encuentra en poder de la contraparte; y*
(c) *los hechos o argumentos que se intentan probar con la producción del documento en cuestión.*
Corresponderá al Tribunal decidir de manera exclusiva y definitiva acerca de la admisibilidad de dicha prueba documental y determinar si el documento en cuestión había de ser producido o no”.

establecido, la demandada comenzó a remitir solicitudes de información a la demandante en el mes de noviembre de 2001, cuando ya habían transcurrido dos meses, y por tanto, la mitad de su plazo para contestar, desde que hubiera tenido conocimiento de la demanda. Solicitudes por cierto que, lejos de cubrir los requisitos que había ordenado el Tribunal Arbitral, consistían en peticiones privadas dirigidas por el Letrado de la demandada al de la demandante, omitiendo la imprescindible petición al Tribunal Arbitral, y carentes por completo de la más mínima justificación acerca de la oportunidad y finalidad de los documentos solicitados.¹⁹⁷

Esa reiterada e irregular petición de informaciones y documentos dió lugar a la extensión del plazo para presentar el memorial de contestación a la demanda, trámite para el que los Estados Unidos Mexicanos contaron con más de 150 días, frente a los 120 que tuvo la demandante para preparar y presentar su demanda.

Sorprendentemente, cuando la contraparte contestó a la demanda, presentó el Informe de Análisis y Valuación al que antes hemos hecho referencia y propuso prueba, sin que llegase a solicitar, como entonces procedía, la aportación por la actora de los documentos que estimase necesarios para la articulación de sus defensas.

El asombro de esta parte fue en aumento cuando la demandada manifestó espontáneamente que consideraba expuestos sus argumentos de forma integral, no resultando siquiera precisa la formulación de réplica y dúplica.¹⁹⁸

En su momento, ya expusimos la contradicción existente en la actuación de una parte, la demandada, que, tras solicitar irregularmente la aportación de documentos e informaciones que manifestaba ser necesarios para contestar la demanda y presentar el correspondiente informe económico y tras provocar la prórroga del plazo en curso por el expresado motivo, concluyó, a las pocas semanas y sin haber tenido acceso a los documentos e informaciones solicitadas, que había expuesto de forma integral sus argumentos, rechazando los ulteriores trámites de réplica y dúplica.¹⁹⁹

Pero asombros y sorpresas aparte, lo cierto es que esa fue la actitud mantenida por la demandada en este procedimiento. Actitud que hemos de presumir fue consciente, madura y meditada. Por lo que las alegaciones del perito designado por los Estados

¹⁹⁷ Las solicitudes de información a las que hacemos referencia son las remitidas con fechas 6 y 19 de noviembre y 19 de diciembre de 2001 y 7 de enero de 2002, que la demandante aportó en copia al Tribunal Arbitral con su comunicación de 8 de enero de 2002, dado que la demandada ni siquiera había facilitado al Tribunal una copia de las peticiones que le dirigía a la demandante. La demandante puso entonces de manifiesto la vía procesal que resultaba procedente para formular esa solicitud.

¹⁹⁸ Literalmente en la comunicación de la demandada de 15 de febrero de 2002: expresaba “*La demandada considera que las partes han expuesto sus argumentos de manera integral y considera que no se requiere la presentación de réplica y dúplica, de modo que la demandada sugiere proceder directamente a la fase oral...*”

¹⁹⁹ Nos referimos al escrito presentado por la parte actora ante el Tribunal Arbitral con fecha 5 de marzo de 2002.

Unidos Mexicanos en orden a justificar las carencias de su informe con causa en la falta de informaciones y documentos que estimaba necesarios y “*muy relevantes*”, provocan el más absoluto descrédito sobre el resultado de su trabajo, sin entrar a cuestionar, como decimos, la posible diligencia del perito.

Lo relevante es que la carga de acreditar el fundamento de las alegaciones formuladas por la contraparte y la base fáctica y técnica de su contra-alegación respecto de la argumentación de la actora, recae sobre la demandada. Si para ello el experto designado consideraba y considera imprescindibles ciertas informaciones y documentos, competía a la demandada solicitarlos por el cauce procesal previsto a tal fin por el mismo Tribunal Arbitral. Si la demandada no actuó de ese modo y el Informe económico se redactó con las expresadas carencias, no cabrá reconocerle valor alguno, siendo la demandada la única y exclusiva responsable de ello.

VII.2.2 METODO DE VALORACIÓN

Entrando en el análisis concreto de los Informes presentados por las partes en materia económica, se comprueba que la primera divergencia es la referida al método de valoración seguido para determinar el valor de mercado de la sociedad CYTRAR, S.A. de C.V.

Debemos destacar que la divergencia se localiza exclusivamente en la matización de los resultados finales puesta en práctica por uno de los expertos (FGA), más no existe diferencia en la consideración de que el valor de mercado es el concepto idóneo para cuantificar la indemnización,²⁰⁰ en que el procedimiento que consiste en la determinación de flujos de caja descontados es el instrumento válido para alcanzar esa valoración, y ni siquiera en el método inicial y formalmente seguido.

Es absolutamente lógica la coincidencia de ambas valoraciones en el elemento de partida, la determinación del valor de mercado, por cuanto es ese valor de mercado de la inversión expropiada el que determina el monto indemnizatorio, según el Artículo V.2 del APRI anteriormente citado.²⁰¹

También es lógica y correcta la consideración del método de flujo de caja descontado como método idóneo para determinar ese valor de mercado. Donde cesa la lógica y coherencia es cuando, no obstante reconocer la idoneidad del citado método, el experto designado por la demandada considera otro, el del valor de adquisición, para contrastar

²⁰⁰ Conforme a los objetivos especificados en la página 6 del Análisis y Valuación elaborado por FGA, la finalidad perseguida es la de “*Determinar el valor comercial de CYTRAR como negocio en marcha al 18 de noviembre de 1998*”.

²⁰¹ “*La indemnización será equivalente al valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes del momento en que la expropiación se haya adoptado o haya sido anunciada o publicada, lo que ocurra primero*”, (Artículo V.2 APRI).

unos resultados totalmente diversos e irreales.²⁰²

Resulta técnicamente improcedente y prácticamente absurdo el razonamiento que lleva a confundir o matizar el criterio de valoración reconocido como más idóneo, por otro económicamente inconsistente y que desemboca en resultados por completo irreales. Máxime si dicha sustitución se produce por considerar que CYTRAR atravesó por “*años tan difíciles*” (palabras literales del Ing. Lars Christianson). Ciertamente, fueron difíciles, y en extremo, los años que CYTRAR se mantuvo en operación. Pero, según se ha visto a lo largo del proceso arbitral y muy particularmente quedó reflejado con ocasión de las declaraciones verbales de peritos y testigos, las expresadas dificultades fueron directamente imputables a las autoridades mexicanas de los tres órdenes de Gobierno. Primero por omitir su deber fundamental de proteger las inversiones amparadas en el APRI, siendo origen y fuente de alimentación de protestas y presiones políticas y sociales y posteriormente, plegándose a esas presiones que llegaron a escapar de su control y constituyeron la razón última y exclusiva de que el INE denegara la renovación de la autorización para operar el Confinamiento CYTRAR, dando con ello lugar a su expropiación indirecta (en el sentido uniformemente aceptado de medida equivalente a la expropiación).

Es por ello injusto, a la par que improcedente, el rechazo de un método adecuado, el idóneo de valoración de una empresa, debido precisamente a las actuaciones que generan la necesidad de valorarla para determinar el quantum indemnizatorio a cargo del expropiante.

Por ello, ha de mantenerse como método más idóneo y uniformemente aceptado por los técnicos, el de flujos de caja descontados, eso sí, tal como ha sido aplicado con rigor en la valoración presentada por American Appraisal y no con el objetivo de acercarlo a un valor de adquisición como ha hecho FGA.

Ciertamente, con una visión científica y global, el autor de la valoración presentada por la demandante se planteó un objetivo, determinar el valor de mercado de CYTRAR, S.A. de C.V. y analizó los posibles métodos aplicables. Ese análisis y la

²⁰² En el mismo informe de valoración presentado por la demandada como Anexo D 173 del memorial de contestación a la demanda, su autor expresaba “*La capacidad de generación de flujo de efectivo de una empresa es el elemento más importante para definir el valor de la misma, ya que el flujo refleja cuanto puede un inversionista obtener al invertir en dicha empresa*” (página 7 del referido Informe). Cuestionado el autor acerca de si dicha afirmación significa que el criterio más idóneo para determinar la valoración de una empresa es el de flujo de caja descontado, respondió afirmativamente. En transcripción literal, el Ing. Lars Christianson manifestó: *Yo diría que el flujo de caja descontado en empresas que tienen una historia válida es un criterio sumamente importante...No es el único, pero sí de los más importantes*”, e interrogado acerca del motivo por el que, opinando de tal modo, optó por la consideración del precio de adquisición, se limitó a exponer que al comparar “*esa valoración*” (¿cuál?) “*contra el pasado, en cuanto a cómo le había ido CYTRAR, es difícil hacer esa comparación por los años tan difíciles que tuvo CYTRAR*”. (Véase la página 41 y 41 vuelta de la transcripción correspondiente a la declaración oral del Ing. Lars Christianson).

consideración de las circunstancias que concurrían en el supuesto examinado, le llevaron a una conclusión sólida y resistente a toda crítica, que el único método idóneo era el de valoración por flujos de caja, con el resultado ya conocido de valorar la empresa en una suma global y alzada de US\$ 52.000.000.²⁰³

En suma, la cicatera valoración presentada por FGA, a instancias de la demandada, que cifra la sociedad CYTRAR, S.A. de C.V. en un valor de mercado de entre US\$ 1.800.000 y US\$ 2.100.000, se ha mantenido por la correlación existente entre las expresadas cifras y el precio abonado por TECMED en el momento de su adquisición más de dos años antes (US\$ 2.598.510), omitiendo la valoración de elementos que no existían en el patrimonio de CYTRAR por aquel entonces, sino que fueron aportados por la misma adquiriente TECMED, y que constituyen factores tan relevantes como el know how, clientela, management y otros que integran una buena parte del auténtico good will de una compañía.²⁰⁴

²⁰³ La consistencia del argumento expresado por el experto económico presentado por la actora, se desprende de sus propios términos. Transcribiendo literalmente las palabras pronunciadas por el Ing. Pérez de Vega ante el Tribunal Arbitral, el razonamiento se presenta intachable. Permítasenos recoger una transcripción parcial de sus expresiones más significativas: “...valor real de mercado, el cual se define como el justo valor entre un comprador y un vendedor si todos ellos conocen los actos pertinentes y no tienen ninguna presión” (página 3 de la transcripción correspondiente a la declaración del Ing. Pérez de Vega). “... el tipo de valor objetivo para este tipo de operaciones es el valor real de mercado...” (página 3 vuelta). “Hay tres métodos generalmente aceptados en esos principios: el método de ingresos, income approach, el método de mercado, market approach, y el método del costo, cost approach. El income approach es el valor de un activo determinado en función de los ingresos que se esperan obtener por él, fijados en ingresos en ventas o en resultados económicos. El market approach es comparar nuestra propiedad de nuestro activo con otra similar que existe en el mercado, de la cual conocemos el valor. El cost approach es estimar cuál es el costo que tendría la operación si la volviéramos a hacer mañana. No se puede utilizar el market approach porque no tenemos elementos que nos permitan identificar una operación similar en México, bien porque no ha existido o bien porque de los pocos que han existido se desconoce su valor, o el tamaño de la operación es muy diferente a lo que estaba operando y tenía diseñado CYTRAR. El cost approach (valor de adquisición en la terminología utilizada por FGA) tampoco se ha podido utilizar porque hay elementos de carácter intangible, no solamente el permiso y el terreno que fue adquirido, sino elementos que incorporó la compañía independientes de la compra inicial. Estos elementos son fundamentales a la operación, ya que, por ejemplo, el conocimiento previo a la tecnología de operación, la cartera de clientes, la gerencia administrativa, la marca, sin ellos sería muy difícil y muy alto el precio que un tercero podía llegar a alcanzar para hacer la explotación del confinamiento al día siguiente y obtener resultados económicos en un plazo breve. El income approach o el método de flujos de caja descontados es tan fácil como determinar el valor de la compañía en función de las utilidades medidas en flujos de caja libres –free cash flow- o en utilidades generadas para el accionista o dueño de la compañía a valor presente y a una tasa de descuento estipulada en el mercado”. (páginas 4 y 4 vuelta de la transcripción correspondiente a la declaración del Ing. Pérez de Vega).

²⁰⁴ Así lo constató el Ing. Pérez de Vega en su declaración verbal ante los árbitros, cuando respondió a la pregunta de por qué no consideraba relevante o aplicable el valor de adquisición del Confinamiento CYTRAR. A ese respecto, indicó que, entre la fecha de adquisición y el cierre en 1998, habían transcurrido tres años “y las expectativas o circunstancias en las cuales se ofertó un valor –y es muy importante decirlo desde un punto de vista económico- un valor por un terreno y un permiso, en 1996 difieren totalmente de las circunstancias y perspectivas, por lo que analizamos de los números que nos

Y todo ello sin tener en cuenta otros elementos, inversiones, que fueron incorporados por TECMED tras la adquisición de CYTRAR en 1996, pero que evidentemente también conforman su valor. Se trata de las inversiones realizadas por CYTRAR, S.A. de C.V. tras la compra del Confinamiento. Inversiones que el experto económico designado por TECMED manifiesta haber tenido oportunidad de analizar y cifra en una cuantía de US\$ 1.951.473, consistentes en construcciones de macroceldas, material de equipo y asistencia técnica.²⁰⁵

Si improcedente es la exclusión de esos activos incorporados tras la adquisición del Confinamiento, absurdo es el argumento esgrimido por el representante de FGA en su apoyo: la falta de información del experto.²⁰⁶

Con apoyo en esa falta de información, el experto designado por la demandada pretende justificar el haber omitido en su valoración el cómputo de elementos incorporados a CYTRAR tras su adquisición por el Grupo TECMED, pese a que él mismo reconoce que esos elementos influyen definitivamente en el valor de una empresa. Así, bajo esa excusa, utiliza como criterio comparativo del valor asignado a CYTRAR, su coste de adquisición (US\$ 2.598.510), omitiendo que el citado importe debería, como mínimo, verse incrementado con las aportaciones realizadas posteriormente por el adquirente, consistentes, tanto en inversiones (por importe total de US\$ 1.951.473), como y fundamentalmente en los intangibles aportados por el Grupo (know how, clientela, management y demás elementos integrantes del good will de la compañía), siendo estos últimos los componentes que mayor valor incorporan a una empresa.

Aun así, la valoración de mercado de la empresa CYTRAR, S.A. de C.V. no es un simple sumatorio de activos tangibles e intangibles que, en todo caso, solo nos

dio la compañía en 1998. Esos elementos intangibles que incorporó TECMED, como dueña de CYTRAR, o TECMED a través de sus expertos en CYTRAR, las modificaciones y el impacto económico que tuvo la compañía en 1997, el impacto económico que tuvo incrementando ostensiblemente su volumen confinado, nos hace suponer que no hay una relación entre el valor y existe una diferencia entre el valor que la compañía podía haber llegado a tener a finales de 1998 respecto de lo que pagaron por parte de sus activos en 1996". (página 5 vuelta de la transcripción correspondiente a la declaración verbal del Ing. Pérez de Vega). Véase igualmente la página 7 y 7 vuelta de la citada transcripción que versa sobre este mismo asunto.

²⁰⁵ Véase la página 7 vuelta y 8 de la transcripción correspondiente a la declaración de este experto en la que se recogen los citados datos.

²⁰⁶ Interrogado el Ing. Lars Christianson acerca de la influencia de tales elementos en la valoración, sus respuesta fue la de: *"Todo esto es correcto, todo esto influye; el management influye, pero un buen management se ve reflejado en utilidades. Definitivamente eso debe influir. El Know How de la empresa también se debe ver reflejado. Pero yo quisiera hacer una apreciación, señora Fernández. No se me permitió entrar a las instalaciones de CYTRAR. Por lo tanto, no puede apreciar qué activos tenían allí, no pude mantener pláticas con los directores, y no pude apreciar el Know-How que se estaba utilizando".* (Página 42 vuelta de la transcripción correspondiente a la declaración del Ing. Lars Christianson).

llevarían a la determinación del daño emergente. Esa sería una valoración incompleta. La valoración debe contemplar las proyecciones correspondientes al negocio perdido por la empresa como consecuencia del cierre. Debe comprender el lucro cesante de la compañía. Conjunto considerado en la valoración prudente y fundada presentada por American Appraisal de México S.A. de C.V. que cifra ese valor, según hemos indicado, en US\$ 52.000.000.

VII.2.3 ELEMENTOS E INFORMACIONES BASE DE LA VALORACIÓN. EXCLUSIONES

Conocedora esta parte de que uno de los requisitos que constante y repetidamente aparecen en los laudos arbitrales que deciden sobre indemnizaciones procedentes en caso de adopción de medidas equivalentes en la expropiación, es el de la existencia de explotación empresarial previa al acto expropiatorio y antecedentes históricos en la empresa que fundamenten las proyecciones de ganancias futuras, considera esencial destacar que el análisis efectuado por el experto a quien formuló el encargo se articula efectivamente sobre la base de esa experiencia anterior de la compañía.²⁰⁷ Es más, el citado experto (American Appraisal), riguroso en su análisis, procedió a delimitar, dentro de la experiencia vivida por la empresa valorada, aquella actividad que constituía el giro normal de su negocio, excluyendo de la valoración los elementos que obedecían a negocios excepcionales (Alco Pacífico), o que no entraban dentro de lo que constituía explotación del Confinamiento (construcción del relleno sanitario).

El experto designado por la demandante valuó la compañía y, en esa tarea, determinó el quantum de lucro cesante, previo análisis y sobre la base de la experiencia y datos acumulados durante el tiempo que estuvo en explotación. Un tiempo cercano a los tres años, desde marzo de 1996 hasta finales de noviembre de 1998, que aportó datos suficientes para formular las imprescindibles proyecciones.²⁰⁸

²⁰⁷ Recordemos que el laudo Metalclad, en una de sus consideraciones no afectadas por el ulterior recurso, expresaba que “Normalmente el valor justo de mercado de una empresa en actividad que ha tenido una trayectoria de rentabilidad puede basarse en la estimación de ganancias futuras, sujetas a un análisis de la actualización de los flujos de fondos” y que si el Tribunal Arbitral excluyó de la indemnización el lucro cesante en aquel asunto, fue porque la empresa expropiada nunca había llegado a operar, estimando que, en tales condiciones “cualquier laudo basado en ganancias futuras sería completamente especulativo”.

²⁰⁸ El Ing. Pérez de Vega en declaración oral vertida ante el Tribunal Arbitral fue claro y contundente. El citado Ingeniero expuso que “Tres años es un tiempo suficiente (para determinar si la operación era razonable) porque es una operación estándar, relativamente –con todos los riesgos que puede llegar a tener una operación empresarial- consabida, con una empresa que lleva operando muchísimo tiempo a través de los años en muchos confinamientos. Es un Know How conocido y un mercado muy definido... Estamos hablando de un negocio –no quiero usar la palabra fácil- predecible y definido”. (páginas 5 vuelta y 6 correspondiente a la transcripción de la declaración verbal del Ing. Pérez de Vega).

Por ello, el citado experto fue analizando paso a paso la evolución y resultados de CYTRAR, estudiando y valorando sus cifras de ventas, ingresos y costos durante los ejercicios 1996, 1997 y 1998 en que desarrolló su actividad. Ese análisis llevó al experto a considerar que la empresa objeto de evaluación, de no haber sido por las circunstancias ya conocidas que desembocaron en la medida expropiatoria, habría sido una empresa rentable y alcanzado una posición muy relevante en el mercado.²⁰⁹

Como decimos, obrando con ese rigor, la valoración realizada por American Appraisal no consideró dos elementos que estimó ajenos a la operación normal y negocio habitual de la empresa y que, en consecuencia, en opinión del experto, desvirtuaban lo que podían considerarse cifras previsibles de la misma.

El primero de ellos, fue todo lo relativo al transporte y almacenamiento de tierras procedentes de Alco Pacífico.²¹⁰

American Appraisal estimó que las circunstancias peculiares que concurrían en la citada operación, tanto en volúmenes, como en costes y precios, la convertían en operación atípica y, manteniendo un criterio riguroso y uniforme, excluyó de su valoración las cifras correspondientes a ese contrato.²¹¹

La segunda exclusión formulada por el perito designado por la actora fue la correspondiente a la partida contable denominada relleno sanitario. Según resultó aclarado y confirmado en el curso de las declaraciones verbales de testigos y peritos, la construcción del nuevo relleno sanitario de Hermosillo fue una obra acometida por CYTRAR, S.A. de C.V. como parte del pago en especie ofrecido por la adquisición del Confinamiento CYTRAR (Confinamiento, este último, de residuos industriales

²⁰⁹ “...siempre una compañía que inicia operaciones, ...,es el año más complicado pues hay una serie de costos externos y hay que introducir la compañía en el mercado. Pese a todo ello, 1997 –el segundo año- fue un año relativamente exitoso para la compañía... Creo que si hubiere seguido con esa línea o estrategia la compañía en dos o tres años se hubiera ubicado en una posición muy relevante...” (página 6 de la transcripción correspondiente a la declaración del Ing. Pérez de Vega).

²¹⁰ Erróneamente, el Análisis y Valuación presentados de contrario, analizando los datos sobre ventas de CYTRAR aportados por American Appraisal, los cuestiona, afirmando que “En 1997, los ingresos de CYTRAR se caracterizaron por tener a un proyecto específico muy importante que fue el de Alco Pacífico, operación no recurrente que benefició a CYTRAR en 1997 y muy ligeramente en 1998. Este negocio ‘no recurrente’ no se puede incluir para determinar el valor de CYTRAR en las proyecciones financieras”. (Página 25 del Análisis y Valuación de FGA aportado como Anexo D 173 con el memorial de contestación a la demanda).

²¹¹ Así lo confirmó el Ing. Pérez de Vega en su declaración verbal ante los árbitros, cuando expuso “...En las cifras de ingresos, nos encontramos que hay ingresos típicos de la operación y otros no típicos..... Estimamos que ese proyecto (Alco Pacífico) era un proyecto excepcional por su volumen. En México no hay clientes que todos los años den 10 mil metros cúbicos de residuos sólidos industriales. Las proyecciones no podíamos hacerlas sobre la base de los datos que teníamos de confinamiento expresados en metros cúbicos de 1997, tuvimos que hacerlas sobre la base de los clientes existentes y de la captación de nuevos clientes, pero sin tener en cuenta un volumen como el de Alco Pacífico, tanto en lo relativo a ingresos como a costos”. (Véase la página 9 y 9 vuelta de la transcripción correspondiente a la declaración del Ing. Pérez de Vega).

que, aún encontrándose en el mismo Municipio, nada tiene que ver con el vertedero de residuos urbanos denominado relleno sanitario, según ya hemos tenido oportunidad de exponer y explicar).

Según declaró el experto Ing. Pérez de Vega, al analizar la contabilidad de la empresa CYTRAR, S.A. de C.V., comprobó que se incluían partidas correspondientes a la construcción del relleno sanitario (nunca a su explotación que era realizada por otra empresa del Grupo) y procedió a eliminarlas de sus cálculos y proyecciones por estimar que no correspondían a la actividad típica de la compañía valorada.²¹²

Con la exclusión de esos dos elementos, no sólo se revela el rigor técnico de la valoración efectuada por American Appraisal, sino que se comprueba la existencia de graves errores de apreciación en las críticas formuladas frente al mismo por los expertos económicos designados por la demandada. Esos expertos, FGA, cuestionan el informe económico que avala la demanda, rechazando el cómputo de los ingresos procedentes de los dos conceptos expresados, cuando tales ingresos no se habían computado.²¹³

Esa crítica formulada de contrario se ha demostrado errónea, puesto que el experto designado por la actora, coincidiendo en ese punto con el nombrado por la demandada, al estimar atípicos los expresados conceptos, ya los había excluido de su valoración, depurando las cifras resultantes mediante la exclusión de esas partidas.

Como se verá en los párrafos siguientes, ese mismo rigor en cuanto a la consideración estricta de lo que se ha considerado actividad típica y normal de la empresa, ha llevado a American Appraisal a efectuar determinadas correcciones sobre datos excepcionales observados en los resultados de la compañía durante el período que mantuvo la explotación. Correcciones objetivamente justificables y técnicamente solventes que llevan a consideraciones muy diversas de las críticas infundadas formuladas por la

²¹² Así consta en las aclaraciones formuladas por el perito Pérez de Vega en declaración verbal emitida ante el Tribunal Arbitral: “*La segunda consideración realizada sobre los datos de 1997 fue una partida contable denominada ‘relleno sanitario’ que significa la construcción de un relleno sanitario para el municipio; no se refiere al confinamiento... La construcción de un relleno sanitario para el municipio no nos parece una actividad propia de un confinamiento, y por eso también la separamos... No hemos planteado dentro de esa línea de la compañía los dos proyectos comentados. Me refiero al de Alco Pacífico, que fue de carácter excepcional, y al otro que estaba fuera del típico negocio del confinamiento*”. (Página 9 vuelta de la transcripción correspondiente a la declaración del Ing. Pérez de Vega).

²¹³ Formulando esa crítica, FGA escribe: “*AA en su reporte señala que para 1997, CYTRAR tuvo un crecimiento en los ingresos del 580%. Analizando la tabla, vemos que el crecimiento en los ingresos se debió básicamente por Relleno Sanitario y por Alco Pacífico. Relleno Sanitario fue una operación derivada del pago en especie que tenía que efectuar TECMED para la adquisición de CYTRAR, y la operación de Alco Pacífico, fue una operación no recurrente. El crecimiento para 1997, en la línea de confinamiento, sin incluir Alco Pacífico, fue de sólo un 39%*”. (Página 26 del Análisis y Valuación presentado como Anexo D 173 del memorial de contestación a la demanda).

demandada en base a las consideraciones de sus expertos.²¹⁴

VII.2.4 DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

Al objeto de calcular la valoración de la empresa CYTRAR, S.A. de C.V., uno de los elementos relevantes fue ciertamente el de su cifra de ventas. Conocedor el experto designado por la actora de que, durante el año 1997, la mayor parte del volumen confinado correspondía al proyecto Alco Pacífico y dado que, según lo expuesto, no consideraba que ese proyecto fuera recurrente ni, por tanto, operación típica de la empresa valorada, procedió a excluir las cifras de ventas correspondientes a ese proyecto de las proyecciones realizadas sobre la actividad de la compañía.

Ahora bien, resulta innegable que la dedicación por parte de CYTRAR, S.A. de C.V. de esfuerzos y espacio para el confinamiento de esas tierras de Alco Pacífico, le impidió confinar otros residuos, por lo que el experto designado por la actora, se preocupó en analizar el mercado accesible a la empresa CYTRAR, S.A. de C.V., al objeto de determinar el volumen de ventas susceptible de alcanzar, desde una perspectiva realista, por esta compañía.

Un punto de convergencia entre ambos expertos, el designado por la demandante y el de la demandada, es la relevancia del transporte en la operación y explotación de un confinamiento. En México, como en todo el mundo civilizado, existen controles y obligaciones legales sobre el destino de los residuos industriales, figurando entre ellos la obligación de confinarlos en lugares apropiados y aprobados al respecto.

Cualquier confinamiento que cuente con las licencias pertinentes es apto a tal fin, de modo que los generadores de residuos acudirán a unos u otros dependiendo del precio facturado por el servicio. Precio que en un país de superficie tan extensa como es México, viene fundamentalmente determinado por el coste del transporte, habitualmente repercutido por entero en el cliente. En consecuencia, los generadores de residuos tenderán a confinarlos en el establecimiento autorizado más cercano al lugar en que se producen los residuos peligrosos.²¹⁵

Siendo así, se evaluó el mercado natural de la compañía CYTRAR, S.A. de C.V. y, a

²¹⁴ Críticas que se resumen en la consideración global de que la valoración presentada por American Appraisal “no es realista, pues está basada en supuestos erróneos de precios, volúmenes de confinamiento y costos de operación”. (página 5 del “Análisis y Valuación” elaborado por FGA y presentado de contrario como Anexo D 173 del memorial de contestación a la demanda.).

²¹⁵ Esas consideraciones aparecen claramente sintetizadas en las declaraciones formuladas por el Ing. Pérez de Vega ante el Tribunal Arbitral: “En otras palabras, el producto se convierte en un commodity; prácticamente el diferencial que existe entre los distintos oferentes va a ser el precio”. (página 12 de la transcripción de su declaración).

este respecto, es de destacar que, pese a la divergencia en las conclusiones finales, no existe discrepancia en las consideraciones de base utilizadas al respecto por los dos expertos. Es lógica esa coincidencia de partida, por cuanto los datos considerados fueron los publicados por el INE. Ese Instituto elaboró un estudio para la cuantificación del inventario de residuos industriales, con ocasión del Programa para la Minimización y Manejo Integral de Residuos peligrosos 1996-2000, estimando que los residuos generados anualmente en México, a escala nacional, ascendían a ocho millones de toneladas. Ese mismo estudio revelaba que el porcentaje correspondiente a la zona norte, área de influencia de CYTRAR, quedaba cifrado en un 25% (se generaban dos millones de toneladas de residuos anuales) y que el porcentaje de residuos que resultan confinados en México asciende a un 12%,²¹⁶ lo que lleva a concluir que en la zona norte de México, área de influencia de CYTRAR, S.A. de C.V. se confinan anualmente un total de doscientas cuarenta mil toneladas de residuos.²¹⁷

Habiendo considerado American Appraisal que la capacidad media de confinamiento anual de CYTRAR es de 36.408,80 m³ equivalentes a 28.006,77 toneladas, el exceso de residuos a confinar (ya excluido el volumen que va a tiraderos) sobre la capacidad instalada, garantizan el pleno rendimiento del Confinamiento CYTRAR (único existente durante su explotación en la zona norte) durante toda su vida útil.²¹⁸

Es por los expresados motivos que el perito designado por la demandante no ha tenido duda en considerar que, aún excluyendo los residuos confinados en CYTRAR en el año 1997 procedentes de la operación Alco Pacífico, el mercado de residuos cautivo de esta compañía era tal que aseguraba muy altos niveles de ocupación del Confinamiento.²¹⁹

²¹⁶ Ese dato oficial del INE es sin duda la mejor prueba de la absoluta incapacidad de las autoridades mexicanas para enfrentarse al fenómeno de los residuos peligrosos y la total imposibilidad de abrir nuevos confinamientos.

²¹⁷ Los expresados datos pueden ser contrastados en las páginas iniciales del Informe presentado por la parte demandada como Anexo D 173 de su contestación a la demanda y, en particular en las páginas 9 a 13 del mismo.

²¹⁸ De hecho, en las proyecciones realizadas por American Appraisal, el máximo de capacidad confinada en el último año de explotación considerado (2013) alcanza los 48.999 m³ equivalentes a 37.691,53 toneladas, cantidad que sigue encontrándose muy por debajo de las cifras de residuos que proporcionan su mercado natural, excluido el confinamiento clandestino.

²¹⁹ A este respecto, el perito Ing. Pérez de Vega, en su declaración ante el Tribunal Arbitral, tras exponer que el criterio razonable y prudente para la operación de un confinamiento era trabajar como media al 80% de su capacidad (CYTRAR la había superado ampliamente en el año 1997), para poder atender a los picos que se producen en la demanda, manifestó que CYTRAR podía razonablemente alcanzar ese porcentaje de ocupación durante toda su vida útil, añadiendo expresiones relevantes y gráficas sobre su mercado natural. Entre otras y sumariamente las siguientes: *“La compañía está en Hermosillo y una de las ventajas competitivas de esta empresa es la distancia y la ubicación. Es prácticamente la más importante... CYTRAR en su día hubiese tenido un mercado natural, casi cautivo, si hubiese conservado una estructura de precios acorde a la oferta que estaba realizando RIMSA en esa época. Ello por la ventaja competitiva respecto de los costos de transporte... Si se dan cuenta para un tamaño como el de CYTRAR y esa zona beneficiosa, consideramos que el mercado es suficiente para abastecer ese confinamiento... No es una zona (la norte) tan industrializada de México como lo son el centro de*

Ante los expresados datos, carecen de toda justificación las críticas y dudas planteadas por la contraparte y por el perito designado por la misma acerca de los volúmenes de ventas proyectados en la valoración formulada por American Appraisal. Máxime cuando, pese a las expresadas críticas infundadas, al citado perito de la contraparte no le queda otro remedio que reconocer finalmente su aceptación de los mismos datos ofrecidos por CYTRAR en cuanto a volúmenes de ventas.²²⁰ En consecuencia, hemos de concluir que la cifra de ventas proyectada por American Appraisal en la valoración económica recogida en su informe, se ha demostrado objetiva, realista y prudente.

VII.2.5 PRECIOS DE VENTA DE CYTRAR

Sin duda, existiendo conformidad en la cifra de ventas entre los peritos designados por ambas partes, un elemento determinante de las divergentes valoraciones alcanzadas, es la consideración de los precios recogidos en las proyecciones realizadas sobre la empresa CYTRAR, S.A. de C.V.

Precisamente, en este aspecto de precios, las críticas de la demandada y de su perito a la valoración realizada por American Appraisal son extremas.²²¹

American Appraisal, en su valoración, prescindió, según hemos dicho y el autor ha reconocido, de la operación Alco Pacífico por estimarla atípica. Por ello y para actuar consecuentemente, hubo de prescindir tanto de las ventas realizadas en ese proyecto, como de los precios aplicados por la empresa en desarrollo del mismo.

México y Monterrey, pero tiene la suficiente industria y esas industrias tienen suficiente residuo sólido industrial como para abastecer un confinamiento como el de CYTRAR de 630 mil metros cúbicos de capacidad máxima...” (se refiere a la capacidad total de las nueve celdas proyectadas y durante toda su vida útil). En consecuencia “Definitivamente sí” considera que el denominado mercado natural de CYTRAR genera suficientes residuos para que el Confinamiento sea explotado con esa capacidad del 80% que el perito había estimado. (Todas las expresiones recogidas proceden de las páginas 11 vuelta a 13 de la transcripción correspondiente a la declaración del Ing. Pérez de Vega).

²²⁰ Así, tras manifestar que CYTRAR “tiene una desventaja competitiva y eso es por su ubicación”, añade el representante de FGA: “Sin embargo, reconocemos que hay un mercado regional y no lo negamos, y simplemente es un cuestionamiento, pero enfatizo que en las proyecciones que hicimos aceptamos los números dados por ustedes” (página 43 vuelta de la transcripción correspondiente a la declaración del Ing. Lars Christianson).

²²¹ Así, tras anunciar FGA al inicio de su estudio que no consideraba realista la valoración de American Appraisal por basarse en supuestos erróneos de precios, volúmenes de confinamiento y costos de operación (p. 5), añade, con particular referencia a los precios, que “Este incremento de precios, de 90% en 1999 y 75% en 2000, no fue respaldado por ninguna información de mercado. En 2001 AA, proyectó un precio de 290 dlls/m³ cuando FGA encontró un precio de mercado promedio de 147 dlls/m³ Como conclusión, consideramos que no existe ningún fundamento técnico para incrementar los precios en la forma en que lo hizo AA en su estudio, ni por la naturaleza de mercado de residuos peligrosos, ni por el poder de mercado de este confinamiento en particular, ni comparándolos con los precios actuales” (página 30 del Informe elaborado por FGA).

En esa situación y al objeto de actuar de forma rigurosa en la estimación de ingresos, el perito designado por la demandante procedió a aplicar precios reales de mercado, para lo cual consideró los precios aplicados por la empresa que gestiona el único confinamiento de residuos peligrosos actualmente existente en México. American Appraisal formuló las proyecciones sobre precios de cotización de promotoras de RIMSA y, lo que es más exacto, sobre los precios que figuraban en facturas expedidas por la propia RIMSA. No cabe una estimación de mercado más cercana a la realidad que la que parte de datos que proporciona ese mismo mercado.²²² Es más, la cautela y rigor con las que actuó el perito le llevaron a matizar a la baja los precios realmente facturados por el competidor, en su día, de CYTRAR, utilizando en la valoración de esta empresa, precios inferiores a aquellos que facturaba RIMSA.²²³

Ante la innegable realidad de los expresados datos, no queda por menos que reconocer el rigor de la valoración efectuada por American Appraisal y la improcedencia de las críticas formuladas de contrario, con sus proyecciones a la baja.²²⁴ A tal extremo es incuestionable la fuente de información utilizada por el experto designado por CYTRAR, S.A. de C.V. que el representante de FGA hubo de reconocer su prevalencia sobre la que el mismo había utilizado, consistente, según indicó, en información ofrecida telefónicamente (no sabemos para qué productos) por un empleado de RIMSA.²²⁵

²²² Recordemos las palabras formuladas por el Ing. Pérez de Vega ante el Tribunal Arbitral: “...¿Cuál es el precio de mercado por metro cúbico en México? Esta es una pregunta clave... Entonces, tuvimos que pedir dos cotizaciones por escrito a dos promotores de RIMSA y basarnos en facturas que habían emitido por servicios” (página 14 de la transcripción correspondiente a la declaración verbal del Ing. Pérez de Vega. Las facturas citadas fueron aportadas por el declarante en el acto de su declaración y trasladadas entonces al Tribunal Arbitral y a la contraparte).

²²³ En este sentido, el Ing. Pérez de Vega expuso al Tribunal: “Por ejemplo, por orden de aparición aquí (se está refiriendo a las facturas manejadas) RIMSA, a precios de 2001 está ofertando 486 pesos por tambo frente a 234 de CYTRAR, y en fluoroceniato de potasio está ofertando 756 con respecto a 221. Haciendo una serie de extrapolaciones al año 2001, por tipo y mix de productos, llegamos a la conclusión de que RIMSA estaba ofertando a 291 dólares por metro cúbico, con facturas. No tomamos esa cifra al 2001, que fue el momento que la conocimos, sino que la cifra que tomamos en nuestras proyecciones fue de 286 dólares con 70 centavos... En 1999, tomamos 193 dólares como precio medio...” (página 15 y 15 vuelta de la transcripción correspondiente a la declaración de este perito).

²²⁴ FGA manifiesta en su informe, haber considerado en la valoración un precio promedio de 147 dils/m³ (página 30 de su informe), precios extraordinariamente inferiores a los realmente aplicados por RIMSA e imperantes en el mercado.

²²⁵ Así el Ing. Lars Christianson, tras manifestar el origen de sus datos (“Adicionalmente comprobamos estos precios con conversaciones telefónicas con la gente que conocemos en RIMSA y nos confirmaron que los precios en 2001 y comienzos de 2002 eran iguales a los que tenía CYTRAR en 1998”), incluir como elemento determinante de la consideración de precios la posibilidad de tirar los residuos a vertederos clandestinos (“No es un duopolio. Hay tres alternativas de confinamiento en México: está RIMSA, está CYTRAR y están los tiraderos clandestinos.”) y reconocer que no había podido conseguir facturas de RIMSA, el perito fue cuestionado por esta parte acerca de, si en caso de existir facturas de RIMSA, el precio más realista sería el de las facturas o el de una cotización. Ante tal pregunta, el perito con una honestidad que le honra, respondió “El precio de las facturas. Es el precio real”. (Las expresiones recogidas en entrecorillado proceden de las páginas 44 vuelta a 45 vuelta de la transcripción de la declaración del Ing. Lars Christianson).

En las expresadas circunstancias, también hemos de concluir que los precios utilizados por American Appraisal en las proyecciones que sirvieron de base a la valoración de CYTRAR, S.A. de C.V. son precios basados en la operación de la misma CYTRAR, excluido el proyecto atípico de Alco Pacífico y con las correcciones procedentes de precios realmente aplicados en el mercado mexicano de almacenamiento de residuos peligrosos, lo que hace real y ajustada a mercado la valoración misma de la empresa.

VII.2.6 GASTOS DE OPERACIÓN

Analizado el volumen de ventas y considerados los precios, el otro factor determinante de la valoración de un negocio es el correspondiente a los costos incurridos en la explotación. Sin excepción, también fueron discutidos, criticados e impugnados por la contraparte y su perito los costos de operación considerados por American Appraisal. También sin excepción, esa crítica se revela improcedente.²²⁶

Lo realizado por American Appraisal en su determinación de costes de operación no fue otra cosa que seguir la coherencia y el rigor que hasta entonces había guiado su análisis desencadenante de la valoración. Partió, una vez más, de la experiencia histórica de CYTRAR, acumulada en el curso de su explotación, matizando los datos resultantes de esa experiencia en atención a lo que se había estimado actividad típica y recurrente.

Esos matices consistieron lisa y llanamente en la eliminación de los costes del transporte en la ejecución del ya repetido proyecto Alco Pacífico y en la exclusión de los costes absolutamente atípicos derivados de la angustiosa situación vivida en el ejercicio 1998, cuando la presión social consentida por las autoridades resultó asfixiante y la amenaza de cierre del Confinamiento lo auguraba cercano.

Recordemos que la decisión del experto (American Appraisal) sobre la exclusión del Proyecto Alco Pacífico fue global y si se había eliminado de las ventas e ingresos, era obligado excluirlo de los costes. Máxime teniendo en cuenta que por el carácter

²²⁶ Las expresiones utilizadas por FGA en su informe al tratar de los costos considerados en las proyecciones de American Appraisal, resultan aún más dramáticas que las empleadas al analizar los restantes factores: *“Como se puede observar, los costos habían tenido una tendencia a la alza en los casi tres años de operación de CYTRAR, pero AA cambia esta tendencia considerando una baja inicial sustancial y manteniendo una tendencia a la baja... Es increíble que una empresa que tuvo costos de ventas del orden del 82% y con una tendencia a la alza en los tres años anteriores, los pueda reducir a un 17.8% al año siguiente... El modelo financiero de AA, independientemente de lo irreal de alguno de sus supuestos, presenta errores graves al efectuar algunos cálculos... Consideramos que los gastos de operación proyectados por AA son exageradamente bajos..”* (menciones recogidas en las páginas 33 a 35 del Informe de FGA).

excepcional de la expresada operación, CYTRAR había asumido los gastos de transporte, recogiéndolos como ingreso que formaba parte del precio. En este sentido, la corrección practicada por American Appraisal no fue otra que la de excluir esos gastos de transporte tanto de los ingresos (se incluía como mayor facturación) como de los gastos.²²⁷

Según decimos, la otra corrección efectuada por American Appraisal en la determinación de costos fue la de eliminar como punto de partida de sus proyecciones los costos extraordinarios incurridos durante el ejercicio 1998 a consecuencia de la extraordinaria situación que atravesó CYTRAR y que desembocó en la no renovación de la autorización y en su consiguiente cierre. Costes en los que tuvieron un fuerte peso, los de asesores externos que asistían a CYTRAR en ese proceso.²²⁸

En consecuencia, los ajustes efectuados por el autor de la valoración que sirve de base a la demanda formulada por esta parte, se encuentran sobradamente justificados. Pero, además, se ha podido comprobar y contrastar que la determinación de costos (muy superiores) efectuada por el perito de la contraparte, adolece de un error grave y sustancial.

En efecto, la valoración realizada por FGA parte de unas proyecciones en las que los costes se determinan en un porcentaje sobre los ingresos. De modo que a mayores ingresos de parte de CYTRAR, S.A. de C.V., mayores costes, con crecimiento proporcional de unos y otros. Asimismo, en la determinación de esos costos, FGA tuvo en cuenta los correspondientes a empresas americanas que cotizan en bolsa.²²⁹

²²⁷ En este sentido, el perito Pérez de Vega explicó ante el Tribunal Arbitral cual había sido el procedimiento seguido: “¿Cuáles son los costos reales de una compañía? Es necesario analizar la contabilidad, y uno de los datos que nos llamó la atención desde nuestro punto de vista es que el coste del transporte estaba incluido en los costos de la compañía, cuando no es su costo. Realmente, como he comentado antes, el costo del transporte nunca está incluido en la cotización, y no es un costo propio de la compañía y, en contabilidad analítica, tendría que haber sido un menor ingreso, o estar reflejado con una misma cantidad en el ingreso. Por lo tanto, debería haber sido neutro. Lo que nosotros vimos es que no estaba reflejado en la misma cantidad en el ingreso, que fue global, y el costo fue particularizado. Este dato es muy importante. Entonces, los costos hay que disminuirlos, tanto en ingresos como en costos, para saber exactamente cuál es el costo de la operación. Una vez que se disminuye la partida de ingresos –y ustedes verán en el informe que nosotros presentamos cómo nosotros disminuimos la partida de costos de transporte, con su consabida disminución en la partida de ingresos...” (página 16 y 16 vuelta de la transcripción correspondiente a la declaración del Ing. Pérez de Vega).

²²⁸ Nuevamente, el Ing. Pérez de Vega se refiere a esas circunstancias en la declaración verbal formulada a presencia del Tribunal Arbitral: “Ahora, ¿qué pasa con los costos? En 1998, la contabilidad refleja una serie de costos no propios de la operación, como es el cierre de una empresa. Indudablemente, esos costos no los tendría en 1999 si no hubiese cerrado la empresa... definitivamente hay una serie de costos que no deben ser incluidos... Desde nuestro punto de vista, si yo hubiese abierto o hubiese continuado la operación en 1999, independientemente del cierre, tendrían que ser costos muy parecidos sobre capacidad vendida –costos unitarios- al año 1997...” (texto recogido en las páginas 16 vuelta y 17 de la transcripción correspondiente a la declaración del Ing. Pérez de Vega).

²²⁹ En términos literales recogidos en el “Análisis y Valuación” presentado por FGA, “No se hizo un análisis y clasificación de los costos en variables, semivariables y fijos debido a que los estados

Desde un punto de vista técnico-económico, pero fácilmente comprensible para un lego en la materia, los costes y los ingresos tienen autonomía propia, sin que puedan cifrarse los primeros, sin más, en un determinado porcentaje sobre los segundos. Los costes pueden depender, y de hecho dependen, de los volúmenes confinados, pero no de los precios facturados por los servicios. Un incremento de precios no acarrea un incremento de costes. De hecho, esa circunstancia fue puesta de manifiesto por el perito designado por la actora en su declaración ante el Tribunal Arbitral, quien expresó con toda rotundidad la imposibilidad de fijar los costes en función de los ingresos.²³⁰ Es más, el propio autor del informe presentado de contrario reconoció que los costos no se encontraban en función de los ingresos, aunque limitando en un primer momento la referencia a los costes fijos, para después reconocer que efectivamente los costos se encuentran en función de los metros cúbicos confinados y no dependiendo de los ingresos.²³¹

Siendo así, y habiéndolo reconocido ambos peritos, nulo valor y credibilidad puede darse a una valoración (la aportada por la demandada) que parte de elevar los costos de ventas y operación de CYTRAR proporcionalmente a la subida experimentada por los ingresos, aunque ese incremento de ingresos no proceda, al menos totalmente, de un aumento de ventas, sino de una elevación de los precios.

Pero, además, es que se revela igualmente inatendible otro argumento esgrimido por FGA para justificar la elevación de los costos a considerar en las proyecciones de CYTRAR muy por encima de los estimados y considerados por American Appraisal. Argumento que no es otro que el de compararlos con los costes incurridos por empresas norteamericanas que cotizan en bolsa. Ya no se trata solamente de que el mercado americano y el mexicano tengan disparidades tales que los hacen incomparables, ni que la comparación se realice entre empresas de dimensiones totalmente diferentes. Nos encontramos incluso con que FGA utiliza como parámetros

financieros auditados no contienen una integración de estos costos, y como se mencionó la información solicitada no nos fue proporcionada. Por lo tanto el costo de ventas se proyectó como un porcentaje de ventas... Este costo es menor al costo de empresas similares que cotizan en bolsa americana". Esos términos se reiteran posteriormente para los costos de operación, concluyendo que las cifras obtenidas son similares a las de las empresas americanas que cotizan en bolsa. (Página 43 del citado Informe).

²³⁰ Sus palabras textuales fueron las siguientes: *"No, nunca, en ninguna empresa se pueden determinar los costes sobre una capacidad de ingresos, sobre todo en una empresa que vende commodities. Se debe tener en cuenta que si mañana subo el precio un 30 por ciento, mis costos no suben un 30 por ciento, a no ser por la incidencia de los costos de marketing o ventas, porque puede ser que haya hecho una gran campaña, pero estamos hablando de un commodity... Están en función de la capacidad vendida y la capacidad instalada... No se puede tratar en los ingresos, como he señalado antes, porque en un incremento de precios en un commodity no tiene por qué llevar al mismo porcentaje de los costos. Por lo tanto, los costos hay que tratarlos en función de los metros cúbicos vendidos e instalados".* (Página 17 y 17 vuelta de la transcripción correspondiente a la declaración del Ing. Pérez de Vega)

²³¹ Interrogado al respecto por esta parte, el Ing. Lars Christianson, manifestó: *"Están, (los costos), básicamente, en función de los metros cúbicos."* (Página 47 vuelta de la transcripción correspondiente a la declaración del Ing. Lars Christianson).

de comparación cifras correspondientes a empresas que nada tienen que ver con el sector al que pertenece CYTRAR, como son empresas tecnológicas.²³²

En suma, nuevamente se ha comprobado que otro de los parámetros de los que resultan las proyecciones utilizadas como base de la valoración presentada por la demandante, el de los costos, ha sido determinado por el perito designado por TECMED de forma rigurosa y realista, excluyendo únicamente los datos correspondientes a operaciones atípicas de la empresa y efectuando los correspondientes ajustes, tanto en gastos como en ingresos, al objeto de respetar la neutralidad de la operación. Paralelamente, se ha demostrado como la crítica formulada de contrario a los expresados costes, tachándolos de “*exageradamente bajos*” e imputándoles “*errores técnicos graves*”, se encuentra fundada en consideraciones insostenibles desde un punto de vista de técnica económica, como es la de mantener una relación de proporcionalidad entre costes e ingresos y la de realizar comparaciones entre empresas incomparables por su naturaleza y situación. Todo lo cual lleva a confirmar la procedencia y razonabilidad de la valoración presentada por la demandante.

VII.2.7 TASA DE DESCUENTO

Si las diferencias de valoración presentadas por TECMED y por los Estados Unidos Mexicanos derivaban básicamente de las distintas cifras consideradas en ingresos y en gastos, la divergencia final resulta incrementada con la aplicación de tasas de descuento radicalmente dispares. Frente a una tasa de descuento del 10,55% en moneda nominal utilizada por American Appraisal, FGA considera una tasa de descuento que oscila entre el 15 y el 20%, inclinándose por el porcentaje más elevado.

Ciertamente, la variable “tasa de descuento” es un concepto eminentemente económico que viene a representar la rentabilidad esperada por un inversor medio para adoptar la decisión de realizar una inversión determinada. En este sentido, el porcentaje defendido por FGA vendría a significar que ningún inversor adquiriría

²³²

Así puede comprobarse en la tabla recogida en anexo en el “Análisis y Valuación” presentado por FGA bajo el título de “Tabla comparativa de las principales empresas americanas que manejan residuos peligrosos y que cotizan en los mercados de valores en los Estados Unidos”, donde se cita, entre otras, a varias empresas del Nasdaq. En este mismo sentido, la imposibilidad de comparar los mercados de ambos países, se puso de manifiesto en la declaración formulada por el Ing. Pérez de Vega ante el Tribunal Arbitral, cuando afirmó: “*Estas operaciones se realizan constantemente pero no son comparables, como he comentado antes. Porque la oferta y la demanda de cada uno de los países es completamente distinta. Además en cada uno de los países existen modelos de regulación muy diferentes. Cada uno de los confinamientos puede tener cerca, lejos o puede tener otro confinamiento que puede ser su competencia. Y el precio percibido por confinar es completamente distinto en cada uno de los países. A su vez, el sistema fiscal y el sistema de costos operativos...*” (Página 4 vuelta de la transcripción correspondiente a la declaración del Ing. Pérez de Vega).

CYTRAR sino fuera previsible obtener con tal inversión una rentabilidad de al menos el 20%.²³³

Por tratarse de una cuestión eminentemente de técnica-económica y no encontrarnos ante un parámetro fijo o invariable, preferimos remitirnos con carácter general a las consideraciones formuladas a este respecto por los dos expertos en sus respectivos informes y, muy fundamentalmente, a las aclaraciones que realizaron en su comparecencia ante el Tribunal Arbitral y las partes.²³⁴ En dichas consideraciones y aclaraciones, se comprueba cuanto más fundado está el parámetro utilizado por American Appraisal, (el empleado por FGA no lo fundamenta en absoluto), recogiendo en su apoyo datos de mercados, expertos y publicaciones internacionales.

Ante la carencia absoluta de fundamento de la elevadísima tasa de descuento utilizada por el experto designado por los Estados Unidos Mexicanos, más parece la búsqueda del arbitrario instrumento que permita reducir el importe de la valoración hasta el valor final perseguido, coincidente con el precio de adquisición del Confinamiento CYTRAR.

En suma, tras el análisis recogido en estas páginas, revisando cada uno de los elementos relevantes de la valoración de la empresa CYTRAR, S.A. de C.V. y, muy en particular aquellos en los que figuran divergencias más evidentes, cuantitativa y cualitativamente, entre los informes presentados por los expertos designados por cada una de las partes, la conclusión no puede ser otra que la de considerar la valoración presentada por American Appraisal como la única que participa del carácter riguroso, razonable y realista exigible en toda valoración tendente a determinar el importe de una indemnización. Indemnización cuyo objetivo es el de reponer al inversor en la situación patrimonial en que se encontraba al momento en que tuvo lugar la medida de efecto equivalente a la expropiación.

VII.3 IMPOSIBILIDAD DE RESTITUCIÓN EN ESPECIE

Respetando la congruencia deseable con nuestras peticiones iniciales, esta parte mantiene y reitera la estructura del petitum formulado en su demanda, instando como petición principal la indemnización de daños y perjuicios, la indemnización por el valor de mercado del bien expropiado, y articulando como petición subsidiaria, para el caso de que el Tribunal Arbitral la estimase procedente, la restitución del

²³³ Ciertamente, esa consideración choca con el intento de este experto por acercar el valor de mercado de CYTRAR al precio abonado por TECMED dos años antes en el momento de su adquisición.

²³⁴ En el caso de FGA, los textos relevantes figuran en la página 47 vuelta y 48 de la transcripción correspondiente a la declaración verbal del Ing. Lars Christianson y en el de American Appraisal, la información se encuentra en las páginas 18 y 19, incluida la 19 vuelta, de la transcripción correspondiente a la declaración de Ing. Pérez de Vega.

Confinamiento de desechos peligrosos CYTRAR, con la consiguiente indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. Se ratifica igualmente la petición dirigida a la compensación de los daños morales ocasionados y al pago de los intereses devengados.

En nuestro escrito de demanda ya expusimos los motivos por los que la restitución en especie se formulaba como petición subsidiaria, motivos que versaban sobre la imposibilidad material de esa restitución.

A lo largo del procedimiento arbitral y, muy particularmente, con las declaraciones verbales formuladas por testigos y peritos durante las audiencias celebradas en Washington, se comprobó que el Confinamiento CYTRAR no había sido cerrado por infracciones o irregularidades que pudieran ser subsanadas. Los protagonistas directos de la medida expropiatoria (particularmente la Doctora Cristina Cortinas) llegaron a reconocer que fueron las, en su consideración, insoportables presiones sociales, las que realmente motivaron el cierre. Esas presiones persiguieron a los directivos de CYTRAR y TECMED por cualesquiera lugares a los que se acercaban para procurar la reubicación, haciéndola inviable (especialmente ante la pasividad de las autoridades que actuaban como meros agentes inmobiliarios).

A la fecha en la que se redacta este escrito, han transcurrido ya casi cuatro años desde que la explotación de CYTRAR fuese paralizada por la negativa del INE a renovar la licencia. En esas condiciones, la clientela conseguida por CYTRAR se habrá perdido, sus inversiones en activos tangibles habrán quedado obsoletas, los esfuerzos y gastos acometidos en su día ya no reportarán ninguna utilidad. Todas esas circunstancias llevarían necesariamente a que el Confinamiento que en noviembre del año 1998 era un negocio en marcha, se convirtiese, por virtud de la restitución en especie, en un mero negocio potencial y de muy cuestionable futuro, precisado de efectuar inversiones a todas luces antieconómicas.

A este respecto, no podemos pasar por alto la osada pretensión de la contraparte que, para el caso de que la indemnización resultara procedente, llega a decir que *“el goodwill que la empresa posee todavía lo tiene. El Gobierno Mexicano no ha tomado nada de ese goodwill y ese goodwill puede aplicarse a cualquier otro sitio”*.²³⁵ Como si el goodwill fuera algo que un empresario se carga al hombro y va sembrando allá donde actúe.

Es irrelevante que el Gobierno Mexicano tenga o no tenga el goodwill aportado por TECMED al Confinamiento CYTRAR. De hecho, esta parte tampoco ha expresado nunca, porque no es así, que los terrenos que ocupaba ese Confinamiento se los haya

²³⁵ Son palabras textuales de las alegaciones orales formuladas por el Lic. Pérez Cano a presencia del Tribunal y constan en la página 37 vuelta de la transcripción correspondiente a la misma (24 de mayo de 2002).

apropiado el Gobierno mexicano. Posiblemente, los desembolsos realizados posteriormente por CYTRAR, S.A. de C.V. hubieran sido menores. No olvidemos que esta parte ha continuado realizando gastos desde el año 1998 para mantener el citado Confinamiento y adoptar las medidas pertinentes para su seguridad y conservación.

Pero igual que los terrenos no tienen ninguna utilidad si no se confina, tampoco cabe “*conservar*” un goodwill sin empresa que explotar. Por supuesto que TECMED aportó a CYTRAR un know how, un management y una capacidad de generar clientela, entre otros elementos. Y, por supuesto que esas aportaciones incrementaron sustancialmente el valor de esa empresa. Pero sin empresa a explotar, el valor de esas aportaciones para TECMED ha desaparecido. Y no olvidemos que han sido las Autoridades mexicanas las que han provocado el cierre del negocio. Si las aportaciones de TECMED a CYTRAR a lo largo de los años 1996 a 1998, habían generado un importante goodwill en esta empresa, qué podría pensarse acerca de su más que probable incremento a esta fecha si hubiera podido continuarse la operación. El razonamiento de la contraparte es simplista, pero, lejos de ser inocente, se presenta claramente malintencionado. Sería tanto como decir: “*Está bien, admitimos haber privado a TECMED de su empresa, pero el daño que le hemos producido no ha sido tan grande porque tiene conocimientos de sobra para abrir otra en otro lugar*” (son palabras de esta parte interpretando el argumento de la contraria). Es como si a quien vende una empresa, el comprador pretendiera reducirle el precio y no pagarle el goodwill porque no le ha privado de sus conocimientos, experiencia y contactos para abrir otra.

Realizado este inciso, quizá el dato más revelador de esa imposible restitución sea el más elemental y realista. Basta comprobar el tiempo transcurrido desde el cierre y la subsistencia hasta estos días de una única empresa dedicada al confinamiento de residuos industriales (RIMSA), para llegar a la convicción de que la apertura de otro confinamiento no es viable.

Todas las autoridades mexicanas, las pocas, que han acudido ante el Tribunal Arbitral a emitir su declaración han manifestado su coincidencia en la urgencia y acuciante necesidad de nuevos confinamientos de residuos peligrosos en un país en el que el 88% de los residuos producidos se tiran a tiraderos clandestinos. Sin embargo, no han podido explicar porque no se ha abierto siquiera un nuevo confinamiento, ni uno de aquellos Centros de Manejo Integral de Residuos denominados CIMARIS que se encontraban en la política medioambiental del país para los años 1996-2000. La razón no es otra que la absoluta imposibilidad de hacerlo por la oposición ciudadana. Y si ha sido así para cualquier persona o inversor ajeno a CYTRAR y a TECMED, qué decir de la restitución en especie a ese mismo inversor extranjero.

Sinceramente, estimamos, dicho sea con el debido respeto que nos merece el honorable Tribunal Arbitral y los Tribunales en general, que ni ese Tribunal ni los

Tribunales internos en México, podrían garantizar, ni poner en marcha los medios para que se garantizase el cumplimiento de un laudo con un pronunciamiento condenatorio a la restitución en especie. Siendo así, considera esta parte que la única reparación posible es la indemnización pecuniaria solicitada con carácter principal en el suplico.

VIII. SUPLICO

Estimando esta parte que la evolución de lo actuado en el procedimiento arbitral y muy particularmente, la prueba documental aportada por las partes, las declaraciones testificales emitidas verbalmente y por escrito y los dictámenes periciales, han venido a confirmar las alegaciones presentadas con el memorial de demanda y a acreditar las razones que asisten a la actora, así lo expone en el presente escrito, reiterando el *petitum* recogido en el citado memorial de demanda.

Firmado en Madrid, a 26 de julio de 2002.

D. Juan Carlos Calvo Corbella
Apoderado de TECNICAS MEDIOAMBIENTALES TECMED, S.A.

Mercedes Fernández Fernández, Asesora Apoderada
JONES, DAY, REAVIS & POGUE

DOCUMENTOS

Para mayor facilidad del Tribunal Arbitral y de la contraparte, la actora adjunta al presente escrito una serie de copias de laudos arbitrales y Sentencias, así como artículos doctrinales publicados y de amplia divulgación. La totalidad de los textos aportados son accesibles a todo aquel a quién interese consultarlos ya que se encuentran publicados en colecciones legales, revistas especializadas y páginas Web disponibles a través de Internet.

Aún cuando no se trata de documentos propiamente dichos, para facilitar su localización, esta parte los ha numerado continuando correlativamente la numeración asignada a los documentos que acompañaron al memorial de demanda.