



**ANTE EL HONORABLE TRIBUNAL ARBITRAL ESTABLECIDO
AL AMPARO DEL CAPÍTULO XI DEL TRATADO DE LIBRE
COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN)**

**WASTE MANAGEMENT, INC.,
DEMANDANTES**

C.

**ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
DEMANDADO**

ICSID Case No. ARB(AF)/98/2

**ESCRITO DE CONTESTACIÓN RELATIVO A LA
COMPETENCIA DEL TRIBUNAL**

CONSULTOR JURÍDICO DE LA PARTE DEMANDADA:

Hugo Perezcano Díaz

ASISTIDO POR:

Secretaría de Comercio y Fomento Industrial

Fernando Reséndiz Wong

Shaw Pittman

Stephan E. Becker

Sanjay Mullick

Elizabeth S. Becker

Thomas & Davis

Christopher Thomas

J. Cameron Mowatt

Máximo Romero Jiménez

Carlos G. García

**ESCRITO DE CONTESTACIÓN RELATIVO A LA
COMPETENCIA DEL TRIBUNAL**

**WASTE MANAGEMENT, INC. C. ESTADOS UNIDOS
MEXICANOS**

CASO CIADI NO. ARB (AF)/98/2

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	ANTECEDENTES JURÍDICOS.....	2
A.	Principios de Interpretación.....	2
B.	Condiciones Previas al Sometimiento de una Reclamación Conforme al TLCAN.....	4
1.	Contenido Que Requiere la Renuncia	4
2.	Momento En El Que Se Debe Presentar la Renuncia.....	8
a.	El Texto del TLCAN Claramente Requiere Que la Renuncia Se Formule Cuando Se Presente la Notificación de Arbitraje.....	8
b.	Ethyl Corporation c. Canadá	9
III.	LOS HECHOS.....	11
A.	La Demandante, a Través de Acaverde, Ha Venido Demandando el Pago de Daños en Procedimientos Jurisdiccionales Internos	11
1.	Acaverde c. Banobras.....	12
a.	Primera Demanda	12
b.	Segunda Demanda.....	14
2.	Acaverde c. Acapulco.....	15
B.	La Demandante No Ha Renunciado a sus Derechos a Demandar el Pago de Daños en Procedimientos de Solución de Controversias en el Foro Interno.....	16
IV.	ARGUMENTOS JURÍDICOS	23
A.	El Tribunal Debe Cumplir Estrictamente Con las Condiciones Previas Para Iniciar un Arbitraje al Amparo del TLCAN	23
1.	El Tribunal Carece de Discreción Para Suprimir un Requisito Expreso del TLCAN.....	23
2.	En Ausencia de la Renuncia Requerida de la Demandante y Acaverde, México No Ha Consentido en el Arbitraje.....	24

3.	Al Haberse Rehusado a Renunciar a Procedimientos Jurisdiccionales en el Foro Interno, la Demandante No Se Ha Comprometido Genuinamente al Proceso Arbitral.....	25
B.	El Tribunal Debe Dar Por Terminado Este Procedimiento, a Pesar de la Supuesta Voluntad de la Demandante de Someter Nuevamente la Demanda Con Una Renuncia "Revisada".....	27
C.	La Decisión del Tribunal Sobre Su Competencia No Deber Unirse al Fondo del Asunto.....	28
D.	Otras Posibles Cuestiones Sobre Jurisdicción	29
V.	SOLICITUD DEL PAGO DE GASTOS Y COSTAS.....	30
VI.	ÓRDENES QUE SE SOLICITAN.....	31

I. INTRODUCCIÓN

1. Con fundamento en el artículo 46 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI, la parte demandada solicita que el Tribunal resuelva que carece de competencia para analizar esta controversia, en virtud de que la demandante no ha cumplido con las condiciones previas al sometimiento de una reclamación a arbitraje conforme a la sección B del capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte ("TLCAN").

2. El artículo 1122 dispone que la Parte demandada consiente al sometimiento de una reclamación a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en el TLCAN. El artículo 1121 requiere que, al momento de someter una reclamación a arbitraje, tanto el inversionista contendiente como su inversión renuncien a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento jurisdiccional conforme al derecho nacional, para el pago de daños, respecto de las medidas adoptadas por el gobierno que se argumenta constituyen una violación al capítulo XI del TLCAN. La demandante se ha rehusado a proporcionar, por su propio derecho y en representación de su subsidiaria mexicana indirecta, Acaverde S.A. de C.V., las renunciaciones apropiadas, según lo requiere el artículo 1121. Más aún, desde que se presentó esta reclamación al amparo del TLCAN, Acaverde ha continuado participando como actor en procedimientos jurisdiccionales internos instaurados en contra del gobierno federal y el municipio de Acapulco, en los que reclama el pago de daños. En estas circunstancias, no se puede considerar que la demandada ha consentido en someterse al arbitraje.

3. La demandada ha expresado su punto de vista sobre esta cuestión de manera sistemática —primero al Secretario General de CIADI y a la demandante, y después a este Tribunal, tan pronto quedó constituido. La demandada formalmente objeta de nuevo la competencia del Tribunal para decidir sobre el fondo del asunto en disputa.

4. El Artículo 46 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario requiere que el Tribunal suspenda este procedimiento al recibir una objeción formal sobre su competencia, y en ese momento deberá considerar la objeción. En su parte relevante, el artículo referido dispone:

(1) El tribunal tendrá la facultad de decidir sobre su propia competencia...

(4) Una vez planteada formalmente una excepción relativa a la diferencia, se suspenderá el procedimiento en cuanto al fondo del asunto. El Tribunal podrá decidir la excepción como una cuestión preliminar o conjuntamente con las cuestiones de fondo. Si el Tribunal rechaza la excepción o decide que la diferencia no es de su competencia, dictará un auto a tal efecto, especificando los fundamentos de su decisión.

Por consiguiente, de acuerdo con las reglas de arbitraje aplicables, el Tribunal está facultado para resolver las cuestiones relativas a su competencia de manera independiente del fondo de la controversia, y para desechar la reclamación sobre la base de que carece de la competencia necesaria.

5. La demandada solicita que el Tribunal emita las siguientes resoluciones específicas:
 - a) una resolución de que el procedimiento queda suspendido mientras el Tribunal determina si la presente disputa está dentro de su competencia;
 - b) una resolución de que la disputa no está dentro de su competencia, y que este procedimiento se dé por terminado; y
 - c) que el Tribunal ordene a la demandante que pague los gastos y costas del arbitraje en que la demandada incurrió, incluyendo los honorarios y gastos razonables de sus abogados.
6. Los antecedentes jurídicos y de hechos de la solicitud se exponen a continuación.

II. ANTECEDENTES JURÍDICOS

A. Principios de Interpretación

7. El artículo 1131 del TLCAN requiere que este Tribunal decida las cuestiones controvertidas de conformidad con el TLCAN y las reglas aplicables del derecho internacional. Al interpretar el TLCAN, el Tribunal debe aplicar las reglas de interpretación del derecho internacional público, según se establecen en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ("Convención de Viena"), que generalmente han sido aceptadas como un reflejo del derecho internacional consuetudinario. Un panel arbitral establecido al amparo del capítulo XX del TLCAN ha seguido este criterio (los procedimientos del capítulo XX son aplicables a disputas entre Estados, derivadas del TLCAN)¹.

8. Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena disponen:

Artículo 31. Regla general de interpretación

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

1. Véase el Informe Final del Pánel Arbitral en el caso sobre *Aranceles Aplicados por Canadá a Ciertos Productos Agropecuarios Originarios de Estados Unidos*, expediente del Secretariado del TLCAN No. CDA-95-2008-01, párrafos 117 al 124 (2 de diciembre de 1996) (1996 LFTAPD LEXIS 10).

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

(a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

(b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

(a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones;

(b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

(c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

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

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

(a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

(b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.²

9. Por consiguiente, el punto de partida para interpretar el TLCAN lo constituye el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en su contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin del propio tratado. Es así que:

2. Decreto por el que se promulga la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969, publicado en el Diario Oficial de la Federación (14 de febrero de 1975).

...el primer deber de un tribunal al que se le requiere interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado es de esforzarse para darles efecto según su significado natural y corriente en el contexto en el cual surjan. Si las palabras relevantes, según su significado natural y corriente, tienen sentido en su contexto, ese es el fin del asunto.³

Sólo debe recurrirse a medios de interpretación complementarios en las condiciones especificadas en el artículo 32 de la Convención de Viena.

B. Condiciones Previas al Sometimiento de una Reclamación Conforme al TLCAN

10. La jurisdicción de un tribunal arbitral sobre reclamaciones derivadas del TLCAN se funda en el artículo 1122(1) del propio tratado, que dispone:

Artículo 1122. Consentimiento al arbitraje

1. Cada una de las Partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado.

[Énfasis propio]

11. Una parte demandada no consiente en someterse al arbitraje al amparo del Mecanismo Complementario, a menos que la demandante haya sometido su reclamación “con apego a los procedimientos establecidos” en el TLCAN. En este caso, la reclamación no ha sido presentada con apego a tales procedimientos.

1. Contenido Que Requiere la Renuncia

12. El artículo 1121 del TLCAN distingue entre reclamaciones conforme al artículo 1116 (Reclamación del Inversionista de una Parte, por Cuenta Propia) y reclamaciones conforme al artículo 1117 (Reclamación de un Inversionista de una Parte, en Representación de una Empresa). Es fundamental examinar el artículo 1121 en su totalidad:

Artículo 1121. Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral

1. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, sólo si:

3. Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado a las Naciones Unidas, 1950 C.I.J. 4, 8 (Opinión de consulta del 3 de marzo).

(a) consiente someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado; y

(b) el inversionista y, cuando la reclamación se refiera a pérdida o daño de una participación en una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, la empresa renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el Artículo 1116, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente.

2. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1117, sólo si tanto el inversionista como la empresa:

(a) consienten en someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado; y

(b) renuncian a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento con respecto a la medida de la Parte contendiente que presuntamente sea una de las violaciones a las que se refiere el Artículo 1117 ante cualquier tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme al derecho de la Parte contendiente.

13. Estas cláusulas exigen una renuncia al derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento en el foro doméstico “con respecto a la medida de la Parte contendiente que presuntamente sea una de las violaciones” del capítulo XI del TLCAN. Se centran en el acto de la demandada que se alega origina la reclamación conforme al capítulo XI (la llamada “medida”)⁴.

14. Es obvio que una misma medida puede, simultáneamente, dar lugar a una reclamación conforme al derecho municipal. El enfoque del artículo 1121 no es sobre la fuente de la obligación jurídica, sino sobre la medida que origina la reclamación, ya que una misma medida puede dar lugar a diferentes tipos de reclamaciones en diferentes foros.

4. El artículo 201 del TLCAN (Definiciones Generales) dispone: “**medida** incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”.

15. En el caso especial de México, el artículo 1120 y el anexo 1120.1 del TLCAN establecen una limitación adicional a las reclamaciones en contra de la demandada. El artículo 1120(1) prevé que un inversionista contendiente puede someter una reclamación a arbitraje “[s]alvo lo dispuesto en el Anexo 1120.1”. El Anexo 1120.1 prohíbe a un inversionista, o a una inversión de un inversionista, alegar violaciones de México al TLCAN, tanto en un procedimiento jurisdiccional en el foro interno, como en un arbitraje al amparo del TLCAN, aun cuando el procedimiento jurisdiccional interno no verse sobre el pago de daños. Esta limitación adicional es necesaria debido a que el TLCAN es un tratado autoejecutable de acuerdo con el derecho mexicano, y una persona podría alegar una violación del TLCAN como fundamento de una reclamación doméstica (el TLCAN no es autoejecutable conforme a la ley canadiense o estadounidense; consecuentemente, no existe posibilidad de que una persona alegue una violación del TLCAN en un procedimiento jurisdiccional doméstico en estos países)⁵.

16. El Anexo 1120.1 de ninguna manera relaja las condiciones previas establecidas en el artículo 1121; más bien, impide que surja una situación en la que un tribunal arbitral establecido conforme al TLCAN y un tribunal mexicano pudieran emitir interpretaciones del TLCAN incompatibles entre sí, respecto del mismo asunto.

17. En este caso, la demandante ha identificado dos medidas principales que, alega, constituyen violaciones al TLCAN: (i) la supuesta omisión de Acapulco de realizar los pagos de acuerdo con el contrato suscrito con Acaverde; y (ii) la supuesta falta del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C. (“Banobras”), como garante de Acapulco del pago a Acaverde de la deuda supuestamente contraída por Acapulco (Banobras es un banco de desarrollo nacional, propiedad del gobierno federal mexicano).

18. Estas mismas medidas han servido de base para otros tres procedimientos jurisdiccionales diferentes: dos instaurados en contra de Banobras ante tribunales mexicanos, y un procedimiento arbitral instaurado en contra de Acapulco, al amparo del título de concesión entre Acaverde y Acapulco.

19. En su escrito de demanda, la demandante argumenta que “Acaverde no alegó ninguna violación del TLCAN ni del derecho internacional en los procesos contra Banobras y el arbitraje interno contra Acapulco. Específicamente, no declaró ninguna teoría legal basada en la ‘expropiación’ o violaciones del estándar mínimo de tratamiento requerido bajo el derecho internacional”⁶. La demandante, por lo tanto, simplemente ha aseverado que cumplió con los requerimientos del anexo 1120.1. Este argumento confunde el derecho aplicable con la elección del foro: el artículo 1121 se refiere a esta última. Un demandante no puede instaurar procedimientos para el reclamo de daños respecto de la misma medida en el foro interno y conforme al TLCAN.

5. En Estados Unidos y Canadá, la ley expresamente prohíbe fundamentar una reclamación en el TLCAN en procedimientos jurisdiccionales internos.

6. Escrito de demanda, p. 43.

20. Pese a que, en repetidas ocasiones, el gobierno de México advirtió a la demandante sobre su punto de vista respecto de los requisitos claros del artículo 1121, ésta se ha rehusado cumplirlos, y ha continuado con el reclamo de daños en procedimientos internos.

21. El texto del artículo 1121 es perfectamente claro. Sin embargo, si el Tribunal tuviera cualquier duda de que lo que se pretendió fue que el artículo 1121 requiere la renuncia al derecho de presentar reclamaciones por daños en el foro doméstico, aunque no impliquen alegatos expresos de violación al TLCAN, puede examinar las interpretaciones de este artículo publicadas por el gobierno de Estados Unidos en la Declaración de Acción Administrativa (presentada por el Presidente al Congreso como parte del proceso para obtener la aprobación del tratado) y el gobierno de Canadá en la Declaración de Implementación de Canadá (publicada por el gobierno al implementar del tratado). Debido a la naturaleza autoejecutable de los tratados internacionales en México, el Presidente de México no está obligado a publicar un documento similar.

22. La Declaración de Acción Administrativa de Estados Unidos señala en su parte relevante:

c. Requisitos de Jurisdicción.

... El artículo 1121 requiere que el inversionista (y, en ciertos casos, la empresa de la que es propietario o por la que está controlada) consienta por escrito al arbitraje y renuncie a su derecho de iniciar o continuar cualquier acción ante tribunales locales u otros foros, respecto de la medida en disputa, salvo por acciones suspensivas u otros o remedios extraordinarios.⁷

[Énfasis propio]

23. De manera similar, la Declaración de Implementación de Canadá prevé en su parte relevante:

De acuerdo con el artículo 1121, un inversionista puede someter una reclamación a arbitraje al amparo del artículo 1116 sólo sí:

— el inversionista consiente el arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en el Tratado; y

— el inversionista y, en los casos en que una empresa que, directa o indirectamente, sea de su propiedad o esté bajo su control, haya sufrido los daños reclamados, la empresa renuncian a sus derechos de iniciar o continuar procedimientos jurisdiccionales (salvo procedimientos específicos de carácter suspensivo,

7. Declaración de Acción Administrativa, en Mensaje del Presidente de los Estados Unidos que Transmite el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, H. Doc. 103-159, Vol. I (4 de noviembre de 1993), p. 596.

declaratorio u otros remedios extraordinarios) referentes a la medida en cuestión.

Las reclamaciones que se formulen al amparo del artículo 1117 en representación de inversiones deben satisfacer las mismas condiciones⁸.

[Enfasis propio]

24. Por consiguiente, los puntos de vista de las otras Partes del TLCAN son congruentes con el de la demandada de que la renuncia debe comprender todas las acciones por daños referentes a las medidas que son objeto de la reclamación al amparo del TLCAN.

2. Momento En El Que Se Debe Presentar la Renuncia

a. El Texto del TLCAN Claramente Requiere Que la Renuncia Se Formule Cuando Se Presente la Notificación de Arbitraje

25. El capítulo XI del TLCAN expresamente dispone que las renunciaciones que se requieren se presenten simultáneamente con la notificación de arbitraje. El TLCAN no faculta a los tribunales arbitrales para subsanar defectos en la renuncia con posterioridad a que se hayan constituido.

26. Específicamente, el artículo 1121, titulado “Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral”, dispone que “[u]n inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral... sólo si” consiente someterse al arbitraje y renuncia a sus derechos de iniciar o continuar procedimientos internos para el pago de daños. El artículo 1121(3) prevé que “[e]l consentimiento y la renuncia requeridos por este Artículo se manifestarán por escrito, se entregarán a la Parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje” (énfasis propio).

27. El artículo 1137(1) define cuándo se considera una reclamación “sometida a arbitraje”:

Una reclamación se considera sometida a arbitraje en los términos de esta sección cuando... la notificación de arbitraje de conformidad con el Artículo 2 de la Parte C de las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI ha sido recibida por el Secretario General.

8. Departamento de Relaciones Exteriores, Declaración de Interpretación de Canadá, Gaceta de Canadá, Parte I, (1 de enero de 1994), p. 154.

En este caso, la reclamación fue sometida a arbitraje el 29 de septiembre de 1998⁹.

28. El requisito de proporcionar por escrito la renuncia a los derechos de iniciar o continuar cualquier acción ante tribunales locales u otros foros en relación con la(s) medida(s) en disputa es una condición previa y absoluta para el sometimiento de una reclamación a arbitraje, que debe cumplirse (en reclamaciones regidas por el Mecanismo Complementario del CIADI) al momento en que la notificación de arbitraje se entrega al Secretario General del CIADI. Conviene destacar que:

- a) el artículo 1121 se titula "Condiciones Previas al Sometimiento de una Reclamación al Procedimiento Arbitral";
- b) el artículo 1121(1) y (2) establece que una reclamación puede ser sometida a arbitraje "sólo si" se proporciona la renuncia; y
- c) el artículo 1137 dispone que el momento en que una reclamación se considera sometida al arbitraje es (en el caso del Mecanismo Complementario del CIADI) cuando la notificación de arbitraje de arbitraje se entrega al Secretario General.

29. Tal y como lo demuestran el texto simple del tratado y las declaraciones interpretativas de las otras Partes del TLCAN, las Partes quisieron asegurarse de que, habiendo otorgado por adelantado un consentimiento general para someterse al arbitraje por disputas derivadas de presuntas violaciones al capítulo XI, los tribunales arbitrales, establecidos conforme al propio capítulo XI, garantizarían que se requerirá a los inversionistas contendientes cumplir con el procedimiento establecido en el capítulo referido, con objeto de validar el consentimiento otorgado previamente por una Parte. La omisión de un inversionista contendiente al respecto, no afianza el consentimiento necesario para someterse al arbitraje.

30. Esa omisión invalida *ab initio* un arbitraje iniciado sucesivamente.

31. A la fecha, la demandante ni Acaverde han renunciado a sus derechos de demandar el pago de daños derivados de las medias que son objeto de este arbitraje, y el TLCAN no permite que subsanen esos defectos ahora. En consecuencia, este Tribunal carece de competencia para juzgar esta disputa y el procedimiento debe darse por terminado.

b. Ethyl Corporation c. Canadá

32. Los requisitos del artículo 1121 referentes a la entrega de una renuncia sobre reclamaciones en el foro interno fue el objeto de un laudo sobre ciertas cuestiones de jurisdicción, emitido por un tribunal establecido conforme al capítulo XI del TLCAN en el

9. La Declaración de Acción Administrativa de Estados Unidos describe el requisito de renuncia bajo el título "Requisitos Jurisdiccionales" (p. 147). La Declaración de Implementación de Canadá señala: "El consentimiento y la renuncia se incluirán en la presentación de la reclamación a arbitraje" (p. 154).

caso Ethyl Corporation c. el Gobierno de Canadá¹⁰. Una de las cuestiones controvertidas en ese caso fue la omisión de la demandante de cumplir con varios de los requisitos para someter una reclamación a arbitraje, incluyendo el requisito de proporcionar a la Parte contendiente la renuncia de acuerdo con el artículo 1121, al mismo tiempo que la notificación de arbitraje (conforme a las reglas de la CNUDMI). La renuncia fue presentada varios meses después, junto con el escrito de demanda.

33. El tribunal en el caso de Ethyl advirtió que el arbitraje derivado del TLCAN es exclusivo:

El Tribunal no ha logrado un entendimiento sobre las razones de las formalidades estipuladas en el artículo 1121, que, a simple vista, parecen estar orientadas a plasmar *expressis verbis* aquello que normalmente es cierto en cualquier caso, concretamente, que el inicio de un arbitraje constituye un consentimiento del arbitraje por quien lo inicia, y mediante el cual el acceso a cualquier tribunal u otro mecanismo de solución de diferencias queda prohibido (salvo cuando se permite de manera suplementaria o en apoyo al arbitraje).¹¹

34. Empero, en virtud de que la renuncia fue presentada (sin que existiera una disputa sobre su forma o contenido) cinco meses antes de la audiencia sobre cuestiones de jurisdicción, y que Canadá no había reclamado un perjuicio debido a la entrega tardía de la renuncia, el Tribunal permitió que el arbitraje continuara; pero ordenó a Ethyl que pagara a Canadá los gastos y costas asociados con los procedimientos jurisdiccionales relativos a ésta y algunas otras cuestiones¹².

35. Un aspecto importante que distingue el caso de *Ethyl* es que la renuncia fue incondicional y que la demandante no había iniciado reclamación alguna en el foro interno por compensación. La demandada sostiene que, aun si el Tribunal, en este caso, contemplara que su competencia para decidir sobre el fondo de la controversia pudiera quedar establecida, o pudiera perfeccionarse si la demandante cumpliera con instrucciones de presentar una renuncia incondicional, y pagar los gastos y costas de la demandada asociados con el asunto de jurisdicción, la conducta de la demandante impediría que pudiera llegar a esa conclusión. En términos simples, la demandante se ha rehusado a otorgar una renuncia apropiada durante el curso de este procedimiento, y ello ha resultado en perjuicio para la demandada, por virtud del inicio y continuación de procedimientos jurisdiccionales en el foro interno por parte de Acaverde.

10. Laudo sobre jurisdicción en el caso TLCAN/CNUDMI entre Ethyl Corporation y el Gobierno de Canadá, 24 de junio de 1998, 38 I.L.M. 708 (Mayo de 1999).

11. Ídem, párrafo 90.

12. La demandada no concuerda con el razonamiento jurídico en el que se basó el tribunal en el caso de Ethyl para decidir que el arbitraje continuara. La demandada, sin embargo, estima que el Tribunal debe conocer y, por lo tanto desea advertir, sobre la existencia de una fuente de información relativa a cuestiones de interpretación del TLCAN que pudiera ser relevante.

36. La demandante trató de obtener cualquier ventaja jurídica (y continua intentándolo) mediante la "pesca de foro", aparentemente con la intención de conseguir una reparación en el foro en el que se emitiera un resultado favorable con mayor celeridad. Ignoró el requisito del artículo 1121 de renunciar a su derecho de demandar en el foro interno, y la expectativa usual entre partes de un arbitraje internacional, de que el acceso a otros mecanismos de solución de diferencias queda vedado al iniciarse el procedimiento arbitral.

37. Mientras tanto, la demandada (a través de dos órdenes de gobierno y una empresa del Estado) ha sufrido las molestias y los gastos de tener que defender la misma reclamación en cuatro procesos (dos juicios ante tribunales nacionales, un arbitraje interno y este procedimiento) en lugar de uno solo. También ha sufrido perjuicio *de jure* al estar en riesgo de enfrentar una decisión que condene al pago de daños en cuatro procesos, en lugar de uno.

38. Estos hechos harían imposible que pudiese subsanarse el defecto de jurisdicción, aun si el Tribunal tomara la postura de que el procedimiento no es inválido *ab initio*, o que de que la demandante pudiese de otra forma establecer la competencia del Tribunal para decidir sobre el fondo de la controversia, si aquélla cumpliera tardíamente con el artículo 1121. Permitir que la demandante continúe litigando este arbitraje mediante la presentación tardía de una renuncia, tras haber litigado activamente en procesos internos paralelos durante 14 meses después de haber sometido la reclamación al arbitraje, requeriría ignorar la disposición obligatoria del artículo 1121, en la cual Estados Unidos, Canadá y México se basaron cuando acordaron consentir en someterse a arbitraje conforme a los procedimientos establecidos en la sección B del capítulo XI.

III. LOS HECHOS

A. La Demandante, a Través de Acaverde, Ha Venido Demandando el Pago de Daños en Procedimientos Jurisdiccionales Internos

39. En su escrito de demanda, la demandante declara que su reclamación se fundamenta en actos de los tres órdenes de gobierno en México:

Las violaciones realizadas del TLCAN por parte de México fueron el resultado de acciones de tres órganos estatales de México: Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C. ("Banobras"), un banco de desarrollo mexicano de propiedad y bajo fiscalización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de México; El Estado mexicano de Guerrero ("Guerrero")... y el Municipio de Acapulco de Juárez...

13. Escrito de demanda, p. 5.

40. La demandante describe las dos principales medidas que constituyen la base de su reclamación: (i) la presunta negativa de Acapulco de pagar las facturas presentadas por Acaverde al amparo del título de concesión; y (ii) la presunta negativa de Banobras de pagar esas facturas, como un garante de Acapulco conforme a un contrato de línea de crédito entre estos dos¹⁴. Se alega que “Acapulco y Banobras conspiraron para no realizar el pago a Acaverde derivado de la Concesión y del contrato de la línea de crédito”¹⁵.

41. Acaverde ha venido demandando activamente el pago de daños pecuniarios en litigios iniciados en el foro interno, antes y después de que iniciara este procedimiento arbitral. En su escrito de demanda, no ha manifestado queja alguna acerca del trato que recibió en esos procedimientos jurisdiccionales internos, y esos procedimientos no están entre las medidas que la demandante alega constituyen una violación al capítulo XI del TLCAN.

42. A la fecha, Acaverde ha iniciado tres acciones en el foro doméstico: dos en contra de Banobras (una entidad del gobierno federal) y una en contra del municipio de Acapulco.

1. Acaverde c. Banobras

43. Acaverde ha instaurado dos juicios en contra de Banobras.

a. Primera Demanda

44. El 31 de enero de 1997, Acaverde inició una acción mercantil en la que demanda que Banobras pague N\$15,031,693.70, más daños y perjuicios, y gastos y costas¹⁶.

45. Un elemento clave en ese caso fue que Banobras inicialmente había efectuado un pago a Acaverde por algunas de las facturas que Acapulco se había rehusado a pagar. Después de que el municipio de Acapulco tuvo conocimiento de que Banobras había efectuado el pago, envió una carta fechada el 11 de septiembre de 1996 a esa entidad que, en su parte relevante, señala:

En virtud de que la empresa Acaverde, S.A. de C.V., no ha cumplido en los términos y condiciones pactados en la concesión que le fue otorgada, particularmente en lo relativo a la construcción del relleno sanitario definitivo, el cierre de los tiraderos al cielo abierto, conocidos como Carabalí y Paso de Texca y el servicio de limpieza mecánico y manual principalmente; este municipio ha

14. Escrito de demanda, p. 40 (“La negativa de Acapulco de pagar las facturas aprobadas, y una flagrante falta de Banobras de cumplir sus garantía pública de esos pagos después de confirmar por escrito sus obligaciones de hacerlo, fueron confiscatorias”).

15. Escrito de demanda, p. 32.

16. Sentencia de amparo en el expediente No. D.C. 5026/99 (“Amparo I”), p. 2. Anexo 1.

suspendido los pagos derivados de dicha concesión hasta el tanto la concesionaria no dé cumplimiento estricto a las obligaciones que le impone la concesión que le fue otorgada.

En consecuencia, solicitamos a ustedes rechazar cualquier solicitud de pago que se pretenda por parte de Acaverde, S.A. de C.V. y en contra de la línea de crédito que nos fue otorgada por el fondo de contingencia revolvente que se contiene en el contrato de fecha 9 de junio de 1995 y con apoyo en el párrafo 3º de la sexta disposición de tal instrumento ...¹⁷

46. El 7 de enero de 1999, el Juez Primero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal resolvió a favor de Banobras¹⁸.

47. Acaverde apeló la sentencia del juez de distrito y ésta fue admitida el 18 de enero de 1999¹⁹.

48. El 11 de marzo de 1999, el Segundo Tribunal Unitario del Primer Circuito confirmó la decisión de que Acaverde no tenía derecho al pago de Banobras conforme al contrato de línea de crédito²⁰. Aunque reconoció que Acaverde era un tercero beneficiario del contrato de línea de crédito entre Banobras y Acapulco, sostuvo que los términos del contrato no eran aplicables debido a que Acapulco había dejado de pagar a Acaverde porque ésta no había cumplido con sus obligaciones derivadas de la concesión. Como Acaverde no objetó la carta de Acapulco a Banobras del 11 de septiembre de 1996 que fue presentada en el juicio, el tribunal concluyó que podría dar a la carta valor probatorio pleno de que Acapulco no había declinado el pago de las facturas por razones de falta de liquidez. El tribunal también observó que las facturas presentadas por Acaverde carecían de los sellos y firmas necesarios para demostrar que habían sido aceptadas por Acapulco como válidas.

49. El 7 de abril de 1999, Acaverde presentó un amparo en el que demandó la inconstitucionalidad de la sentencia del Segundo Tribunal Unitario²¹.

50. El 6 de octubre de 1999, el tribunal de amparo desechó la petición, con lo que quedaron firmes las actuaciones de los tribunales que habían revisado el asunto²².

17. Carta de Lic. Alfredo Baqueiro Zárate al Lic. Mario Alcaraz Alarcón (11 de septiembre de 1996). Anexo 2.

18. Acaverde c. Banobras, Juicio Ordinario Mercantil, 12/97, de fecha 7 de enero de 1999. Anexo 3.

19. Acaverde c. Banobras, Toca Civil 16/99-II, Segundo Tribunal Unitario del Primer Circuito, (11 de marzo de 1999). Anexo 4.

20. Véase el Anexo 4.

21. Amparo I, p. 1. Anexo 1.

22. Amparo I. Anexo 1.

b. Segunda Demanda

51. El 11 de agosto de 1998, Acaverde presentó otra demanda mercantil en contra de Banobras, en la que requirió el pago adicional de N\$21,822,733.50, por facturas que no fueron pagadas (relativas a un periodo posterior al cubierto por las facturas que fueron objeto de su primera demanda), más daños y perjuicios, y gastos y costas²³. La teoría en que se sustenta esta demanda es la misma la de la primera.

52. El 12 de enero de 1999, el tribunal desechó la demanda de Acaverde en contra de Banobras sobre la base de que Acaverde y Acapulco habían convenido resolver cualquier controversia derivada de la concesión por la vía arbitral y, por lo tanto, la vía ordinaria mercantil había quedado excluida por acuerdo de las partes²⁴.

53. Acaverde apeló esta decisión el 20 de enero de 1999²⁵. El 18 de febrero de 1999, el Juez Segundo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal desechó la apelación por razones procedimentales. Argumentó que los documentos que presentó Acaverde no establecían cuáles eran los agravios, requisito indispensable para la apelación²⁶.

54. El 24 de febrero de 1999, Acaverde presentó un recurso de revocación ante el Primer Tribunal Unitario del Primer Circuito con la finalidad de revivir su apelación. La solicitud de Acaverde fue desechada el 25 de febrero de 1999 en razón de que erróneamente había presentado un recurso de revocación, cuando el procedimiento apropiado era el recurso de reposición²⁷.

55. El 9 de marzo de 1999, Acaverde presentó un amparo en el que demandó la inconstitucionalidad de el acuerdo mediante el cual se desechó el recurso de apelación, así como el auto mediante el cual se desechó el recurso de revocación²⁸.

56. El 20 de mayo de 1999, el tribunal de amparo desechó la solicitud de Acaverde, con lo cual quedaron confirmadas las sentencias de los tribunales que revisaron anteriormente el asunto²⁹.

23. Tomado de la sentencia del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, D.C. 2870/99 (20 de mayo de 1999) ("Amparo II"). Anexo 5.

24. Sentencia Interlocutoria, Juicio Ordinario Mercantil, Juzgado Segundo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, 89/98 (12 de enero de 1999). Anexo 6.

25. Tomado del Amparo II, p. 5. Anexo 5.

26. Ídem, p. 4.

27. Ídem, p. 5.

28. Ídem.

29. Ídem, p. 1.

2. Acaverde c. Acapulco

57. El 27 de octubre de 1998, Acaverde presentó un escrito de demanda ante un tribunal arbitral constituido bajo los auspicios de la Comisión Permanente de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la Ciudad de México ("la Comisión"). Afirmó que tenía el derecho a un laudo por aproximadamente N\$246,000,000 por daños, en razón de que Acapulco omitió pagarle por sus servicios, incumplió con diversas obligaciones derivadas de la concesión, e incumplió con sus obligaciones derivadas del contrato de línea de crédito con Banobras³⁰.

58. Acapulco presentó su contestación a la demanda el 25 de noviembre de 1998³¹.

59. Como lo indicó en el escrito de demanda en este arbitraje, Acaverde requirió subsecuentemente que la Comisión le devolviera los documentos que había presentado ante el tribunal arbitral³². En respuesta a la solicitud de fecha 24 de septiembre de 1999, formulada por el representante legal de Acapulco para aclarar el estado del arbitraje interno, la Comisión respondió el 30 de septiembre de 1999 que, aunque se devolvía a las partes sus respectivos documentos:

Es de precisar que esta comisión no cuenta con facultades para dar por concluido el procedimiento, como erróneamente lo afirma el apoderado de la parte actora y como los promoventes en el escrito que se acuerda, toda vez que la devolución de los documentos referidos se realizó sin prejuzgar sobre el acuerdo que en su oportunidad emita el Tribunal Arbitral, a quien compete resolver sobre dicha cuestión.³³

60. Por consiguiente, formalmente aún no se resuelve si el procedimiento arbitral interno se ha dado por terminado, y según lo manifestó el representante legal de Acaverde, ésta conserva su derecho de litigar ulteriormente la controversia a través de procedimientos en el foro interno, conforme al derecho mexicano³⁴.

30. Escrito de demanda de Acaverde, Juicio Arbitral 1/98, Tribunal Arbitral de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (27 de octubre de 1998). Anexo 7.

31. Contestación del gobierno de Acapulco a la demanda, Procedimiento Arbitral 1/98, Tribunal Arbitral de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (25 de noviembre de 1998). Anexo 8.

32. Escrito de demanda, p. 36, nota al pie de página No. 18.

33. Carta de la Comisión Permanente de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México a los doctores Ramírez y Witker (30 de septiembre de 1999). Anexo 9.

34. Véase el testimonio de Jaime Herrera, Anexo A1 del escrito de demanda, párrafos 29 y 30 (el cual se comenta más adelante).

B. La Demandante No Ha Renunciado a sus Derechos a Demandar el Pago de Daños en Procedimientos de Solución de Controversias en el Foro Interno

61. El primer esfuerzo de la demandante por proporcionar una supuesta "renuncia" fue la carta de fecha el 22 de julio de 1998, presentada por sus representantes legales, el despacho de abogados Baker & Botts, al Secretario General del CIADI. La carta señaló:

Asimismo, los Demandantes renuncian su [sic] derecho de iniciar o continuar ante un tribunal administrativo o una corte gobernado [sic] por las leyes de una Parte de NAFTA [sic], o en otro procedimiento de resolución de disputas, cualquier procedimiento con respecto a las medidas tomadas por el Demandado que se aleguen ser una violación del Capítulo 11 de NAFTA [sic] o las normas aplicables del derecho internacional, salvo los procedimientos de recursos equitativos como un mandamiento judicial, una sentencia declaratoria u otro recurso extraordinario que no involucren el pago de daños. Sin embargo, esta renuncia no aplica a cualquier procedimiento de resolución de disputas que involucre alegaciones que el Demandado haya violado las obligaciones impuestas por otras fuentes de ley, incluyendo la [sic] leyes de México.³⁵

Cuando proporcionó esta supuesta renuncia, Acaverde ya había iniciado dos acciones por daños en contra de Banobras ante tribunales mexicanos.

62. En una carta fechada el 29 de julio de 1998 a Baker & Botts, el Sr. Alejandro Escobar, consultor del CIADI citó este párrafo, en específico, la oración final, y señaló que "Agradeceríamos recibir su confirmación de que esta declaración adicional no se aparta de la renuncia requerida por el artículo 1121 del TLCAN"³⁶.

63. Mediante oficio de fecha 4 de agosto de 1998, el Consultor Jurídico de México informó al Secretario General del CIADI que la pretendida reclamación de Waste Management se fundamentaba en una concesión otorgada por Acapulco a la empresa mexicana Acaverde; que Acaverde había invocado una cláusula de arbitraje contenida en el contrato concesión celebrado con el Ayuntamiento para reclamar daños pecuniarios; y que el arbitraje estaba pendiente³⁷ (cuando se envió este oficio, el Consultor Jurídico de México no tenía conocimiento de las dos demandas en contra de Banobras).

64. El 23 de septiembre de 1998, Baker & Botts contestó a la carta del 29 de julio de 1998 del Sr. Escobar:

35. Anexo 10.

36. Anexo 11, p. 2.

37. Anexo 12.

En la Notificación de Institución presentada al CIADI el 22 de julio, los demandantes efectuaron esta renuncia, haciendo eco del texto del artículo 1121 del TLCAN. Los demandantes también señalaron su entendimiento del alcance de esa renuncia requerida. Al establecer este entendimiento, sin embargo, los demandantes no pretendieron apartarse de la renuncia requerida por el artículo 1121 del TLCAN.³⁸

Esta respuesta fue evasiva, y no intentó explicar cómo este “entendimiento” podría ser otra cosa que una desviación de la renuncia requerida por el artículo 1121 (debe advertirse que hacía poco más de un mes, el 11 de agosto de 1998, Acaverde había presentado su segunda demanda en contra de Banobras):

65. Mediante carta de fecha 29 de septiembre de 1998, Baker & Botts presentó nuevamente la notificación de arbitraje al CIADI³⁹. En una carta fechada el mismo día dirigida a la Dirección General de Inversión Extranjera de SECOFI, Baker & Botts manifestó la supuesta renuncia en los términos siguientes:

Asimismo, los Demandantes renuncian su [sic] derecho de iniciar o continuar ante un tribunal administrativo o una corte gobernado [sic] por las leyes de una Parte de TCLAN [sic], o en otro procedimiento de resolución de disputas, cualquier procedimiento con respecto a las medidas tomadas por el Demandado que se aleguen ser una violación del Capítulo 11 de TCLAN [sic] o las normas aplicables del derecho internacional, salvo los procedimientos de recursos equitativos como un mandamiento judicial, una sentencia declaratoria u otro recurso extraordinario que no involucren el pago de daños. Sin derogar la renuncia requerida por el artículo 1121 de TCLAN [sic], los Demandantes por la presente declaran su entendimiento que la renuncia anteriormente mencionada no aplica a ningún procedimiento de resolución de disputas que involucre alegaciones que el Demandado haya violado las obligaciones impuestas por cualquier fuente de ley, incluyendo las leyes de México, salvo del Capítulo 11 de TCLAN [sic].⁴⁰

38. Anexo 13, p. 1.

39. Anexo 14. El CIADI requirió al demandante presentar nuevamente su notificación de arbitraje debido a deficiencias procedimentales cuando la presentó inicialmente. Esta deficiencias no guardan relación con el tema de la renuncia.

40. Anexo 15, p. 1. La carta continuó:

Se presenta esta carta en dos idiomas, inglés y español. En caso de interpretaciones discrepantes entre las dos versiones, la versión en inglés prevalecerá.

La carta no fue acompañada de ninguna evidencia de que Baker & Botts estuviera autorizado para proporcionar una renuncia en representación de la demandante ni de Acaverde, ni la renuncia estaba

La nota continúa en la página siguiente...

El CIADI, este Tribunal ni la demandada tienen la facultad para requerir que Waste Management y Acaverde se desistan de los litigios en el foro doméstico en contra de Banobras y Acapulco. Consecuentemente, el “entendimiento” de la demandante sobre el alcance de la renuncia es necesariamente una parte integral de la renuncia misma. Por tal motivo, la demandada no está de acuerdo con la aseveración contenida en esta carta de que el “entendimiento” no se aparta “de la renuncia requerida por el artículo 1121 de TLCAN”⁴¹.

66. El 30 de septiembre de 1998, en respuesta a la carta del 23 de septiembre de Baker & Botts y previo a recibir el escrito del 29 de septiembre de la demandante, el Consultor Jurídico de México dirigió un oficio al Sr. Ibrahim Shihata, el Secretario General del CIADI, en el que le informó que, en opinión del gobierno de México, la reclamación no debía ser registrada hasta que las renunciaciones requeridas hubieran sido presentadas⁴².

67. Mediante carta de fecha 3 de noviembre de 1998, dirigida a Baker & Botts, el Sr. Antonio R. Parra, Asesor Jurídico del CIADI, advirtió la modificación de la demandante a la renuncia requerida, y señaló:

En la medida en que mantenga esta declaración adicional en su notificación, necesitaríamos que recibir de usted una confirmación de que la renuncia establecida en la página 8 de su notificación en efecto aplica a los procedimientos de solución de controversias en México, que involucren alegatos de violaciones de cualesquier obligaciones, impuestas por otras fuentes de ley, cuya sustancia no difiere de las obligaciones de una Parte Estado del TLCAN conforme al capítulo once del TLCAN, salvo los procedimientos de naturaleza suspensiva, declaratoria u otros remedios extraordinarios, que no involucren el pago de daños.⁴³

[Énfasis propio]

Las palabras subrayadas no están contenidas en el artículo 1121 ni en ninguna otra disposición del TLCAN.

La nota continúa de la página anterior...

notarizada ni legalizada. Baker & Botts no pidió el consentimiento para presentar la carta a SECOFI en inglés, ni para que la versión en inglés prevaleciera (la demandada está segura que el gobierno de los Estados Unidos ni el gobierno de Canadá aceptarían que un documento de esta naturaleza les fuera presentado en un idioma que no fuera el de su país).

41. La renuncia es un compromiso voluntario de Waste Management y Acaverde frente a la demandada de asumir una obligación. Por su naturaleza, la renuncia no puede significar otra cosa que lo que Waste Management y Acaverde pretendieron que significara en el momento en que requirieron que Baker & Botts la presentara en su nombre y representación.

42. Anexo 16, p. 2.

43. Anexo 17, p. 1.

68. La respuesta del 13 de noviembre de 1998 del despacho Baker & Botts a esa carta señaló lo siguiente:

Respecto de la inclusión en la Notificación de Institución de la renuncia requerida por el artículo 1121 del TLCAN y el entendimiento de USA Waste sobre el alcance de esa renuncia requerida, USA Waste por este medio confirma que la renuncia contenida en la Notificación de Institución aplica a los procedimientos de solución de controversias en México, que involucren alegatos de violaciones de cualesquier obligaciones, impuestas por otras fuentes de ley, cuya sustancia no difiere de las obligaciones de una Parte Estado del TLCAN conforme al capítulo once del TLCAN, salvo los procedimientos de naturaleza suspensiva, declaratoria u otros remedios extraordinarios, que no involucren el pago de daños. Respecto de los intentos de USA Waste para resolver la controversia con México fuera de los medios ofrecidos por el TLCAN, no hay procedimientos jurídicos pendientes relacionados con esa controversia en los cuales el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sea nombrado parte.⁴⁴

[Enfasis propio.]

69. En esta supuesta renuncia, Baker & Botts repitió los términos contenidas en la carta del Sr. Parra de fecha 3 de noviembre, que difieren de la declaración de renuncia que la demandante había hecho anteriormente, y que, en cualquier caso, no se conforman a la renuncia requerida por el artículo 1121 del TLCAN. Además, la oración final de la respuesta de Baker & Botts, citada anteriormente, sugiere que la renuncia sólo aplicaría a los procedimientos jurisdiccionales en el foro interno en los que el gobierno federal de México fuese “nombrado parte” —otra limitación de la renuncia que no está autorizada por el TLCAN.

70. La demandada advierte que, cuando se presentó esta carta del 3 de noviembre, Acaverde tenía dos juicios pendientes en contra de Banobras, una institución financiera del gobierno federal. La afirmación contenida en la carta de que “no hay procedimientos jurídicos pendientes relacionados con esa controversia en los cuales el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sea nombrado parte” fue, por lo tanto, inexacta. Parece ser que el Sr. Parra pudo haberse visto influenciado por el hecho que el representante legal de la demandante no había revelado la existencia de los dos juicios en contra de una entidad del gobierno federal de México.

71. Mediante carta de fecha 18 de noviembre de 1998, sin ofrecer al gobierno de México una oportunidad de responder, el CIADI registró la notificación de arbitraje⁴⁵.

44. Anexo 18, p. 2.

45. Anexo 19.

72. Por oficio fechado el 25 de noviembre de 1998 al Sr. Parra, entonces Secretario General del CIADI en funciones, el Consultor Jurídico de México describió los intercambios de correspondencia que habían ocurrido en relación con el tema de la renuncia, y expuso la posición del gobierno de México de que la demandante ni Acaverde habían proporcionado las renunciaciones requeridas⁴⁶. México solicitó que el CIADI retirara el registro de instauración del procedimiento.

73. Por carta fechada el 5 de enero de 1999, el Secretario General, el Sr. Shihata, contestó el oficio del 25 de noviembre de Consultor Jurídico de México. El Sr. Shihata repitió la interpretación incorrecta de que la renuncia debería aplicar solamente a procedimientos de solución de controversias “que involucren alegatos de violaciones de cualesquier obligaciones, impuestas por otras fuentes de ley, que no son distintos sustancialmente de las obligaciones de una Parte Estado conforme al capítulo XI del TLCAN”⁴⁷. Agregó que el Tribunal sería quien juzgaría su propia competencia.

74. Mediante carta fechada el 25 de enero de 1999, el Consultor Jurídico de México agradeció al Sr. Shihata por los esfuerzos del CIADI, y notificó que el gobierno de México sometería el asunto al Tribunal⁴⁸.

75. Con objeto de aclarar el alcance de las supuestas renunciaciones, por oficio fechado el 25 de enero de 1999 dirigido a J. Patrick Berry de Baker & Botts, el Consultor Jurídico de México le preguntó directamente si Acaverde había retirado su reclamación de arbitraje interno en contra del municipio de Acapulco o si pretendía hacerlo en el futuro próximo⁴⁹ (en ese momento el Consultor Jurídico de México todavía no tenía conocimiento de los juicios en contra de Banobras). El Consultor Jurídico también informó al Sr. Berry que el gobierno de México sometería el asunto de la renuncia al Tribunal, tan pronto quedara constituido.

76. En su respuesta fechada el 10 de febrero de 1999, el Sr. Berry —representante legal de la demandante en este procedimiento, y la misma persona que proporcionó las renunciaciones anteriores— declaró “no creemos que se requiera que nuestro cliente deba suspender ningún procedimiento en de México que de otra manera tenga derecho de instituir”⁵⁰. Esta carta del 10 de febrero de 1999, consecuentemente reafirmó que la demandante y Acaverde nunca tuvieron la intención de renunciar sus derechos de litigar en procedimientos

46. Anexo 20.

47. Anexo 21, p. 2.

48. Anexo 22, p. 2.

49. Anexo 23.

50. Anexo 24, p. 2. Más aún, el Sr. Berry continuó: “[n]o obstante, nosotros [la demandante y Acaverde] estamos preparados para discutir la suspensión de ese procedimiento a cambio de garantías de México de que no hará valer objeciones jurisdiccionales posteriores ni objeciones procedimentales a que nuestro cliente continúe su reclamación en contra de México ante en CIADI”. Por consiguiente, la demandante estaba preparada para desechar uno de sus tres procedimientos internos pendientes, sólo a cambio de una promesa de la demandada de no hacer valer objeción jurisdiccional o procedimental alguna.

jurisdiccionales internos el reclamo de presuntos daños, derivados las mismas medidas que son objeto de este arbitraje.

77. En efecto, al continuar con los juicios en contra de Banobras y el arbitraje en contra de Acapulco, Waste Management y Acaverde demostraron que no renunciaron a sus derechos a demandar el pago de daños en procedimientos jurisdiccionales locales, y que la supuesta renuncia presentada con anterioridad en su nombre y representación carecía de significado⁵¹.

78. El la demanda, Baker & Botts afirma que la renuncia requerida por el TLCAN:

ya no es un asunto... debido a la decisión de Waste Management y Acaverde de no seguir los procesos mencionados. Por lo tanto, México no tiene necesidad de utilizar la renuncia, más que como un escudo protector contra futuras demandas, ninguna de las cuales está contemplada por Waste Management.⁵²

79. El testimonio del abogado autorizado para representar a Waste Management y Acaverde en México, Jaime E. Herrera, contradice la afirmación de Baker & Botts de que Waste Management y Acaverde no iniciarán o continuarán procedimientos jurisdiccionales locales⁵³. En el párrafo 29 de su testimonio, declara:

Independientemente del resultado que se obtenga en estos amparos, Acaverde tendrá el derecho de volver a intentar la acción de pago en la vía que estime procedente.⁵⁴

80. Añade:

Es importante señalar que en ningún procedimiento ni en resolución alguna se juzga sobre posibles incumplimientos de Acaverde, ya que este punto en particular, no ha sido materia de los mismos, ni precluye el derecho de Acaverde de poder volver a demandar el pago, en la vía que estime procedente.⁵⁵

[Enfasis propio]

51. Resulta extraño que la demandante aseveró en la página 37 de su escrito de demanda que Waste Management y Acaverde “han decidido no continuar con los procedimiento antes mencionados”; pero en la página 36 admitió que un juicio de amparo en contra de Banobras aún estaba pendiente. Si Acaverde hubiera decidido no continuar con los litigios internos, no habría iniciado el juicio de amparo.

52. Escrito de demanda, p. 44.

53. El Sr. Herrera, aparentemente, también fue ejecutivo de Acaverde.

54. Testimonio de Jaime E. Herrera, Anexo A1 del escrito de demanda, párrafo 29.

55. Testimonio de Jaime E. Herrera, párrafo 30.

81. Según precisa el escrito de demanda, Waste Management y Acaverde autorizaron a Baker & Botts para representarlas solamente en este proceso arbitral⁵⁶. Baker & Botts no ha demostrado que tiene facultades para renunciar, en nombre y representación de esas empresas, a sus derechos para litigar en México, y la evidencia demuestra que esas empresas no han renunciado a ningún derecho que tengan conforme al derecho mexicano. Por el contrario, han continuado con los procedimientos internos.

82. Después de presentar la renuncia inicial el 22 de julio de 1998, Acaverde demandó por segunda ocasión a Banobras el 11 de agosto de 1998.

83. Después de haber presentado nuevamente la notificación de arbitraje el 29 de septiembre de 1998 con otra "renuncia", Acaverde presentó su escrito de demanda en el procedimiento arbitral interno en contra de Acapulco el 27 de octubre de 1998.

84. Después de que el CIADI registró oficialmente la notificación de arbitraje el 18 de noviembre de 1998, Acaverde realizó las siguientes acciones:

- Respecto de su primera demanda en contra de Banobras, promovió un recurso de apelación ante el Segundo Tribunal Unitario del Primer Circuito de México, D.F. el 18 de enero de 1999.
- Después de perder la apelación, interpuso un amparo el 24 de marzo de 1999.
- Respeto de la segunda demanda en contra de Banobras, promovió un recurso de apelación el 20 de enero de 1999, y cuando fue desechada, Acaverde promovió un recurso de revocación ante el Primero Tribunal Unitario del Primer Circuito el 24 de febrero de 1999.
- Después de perder esa apelación, interpuso un juicio de amparo el 9 de marzo de 1999.

85. Consecuentemente, el Tribunal no tiene que molestarse con los tecnicismos precisos de la pretendida renuncia otorgada en nombre y representación de Waste Management y Acaverde. Ambas empresas han dejado claro, a través de sus propias acciones, mediante la carta del 10 de febrero del Sr. Berry al Sr. Perezcano, y a través del testimonio del Sr. Herrera, que nunca pretendieron renunciar a sus derechos de demandar el pago de daños en procedimientos jurisdiccionales internos, con base en las mismas medidas que son el objeto de este arbitraje.

56. Escrito de demanda, p 33.

IV. ARGUMENTOS JURÍDICOS

A. El Tribunal Debe Cumplir Estrictamente Con las Condiciones Previas Para Iniciar un Arbitraje al Amparo del TLCAN

86. La demandante ha tratado el asunto de la renuncia en una manera superficial, insinuando que el Tribunal tiene la discreción de no requerir el cumplimiento con el artículo 1121 del TLCAN. La demandante afirma que “Este Tribunal no necesita abordar la interpretación o la habilidad de hacer cumplir la renuncia”, como si la renuncia fuese irrelevante⁵⁷. Sin embargo, tanto texto llano del TLCAN como la práctica establecida del arbitraje internacional contradicen la posición de la demandante.

1. El Tribunal Carece de Discreción Para Suprimir un Requisito Expreso del TLCAN

87. El TLCAN es el único instrumento que determina la competencia de este Tribunal⁵⁸. Por tanto, el Tribunal debe aplicar el TLCAN para decidir si tiene competencia. Como se señaló anteriormente, el artículo 1120(2) estipula que, en caso de que las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI estén en conflicto con las del TLCAN, ésta últimas prevalecerán (sin embargo debe precisarse que el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI no está en conflicto con las condiciones previas establecidas en el artículo 1121 del TLCAN).

88. Un corolario de las normas generales de interpretación dispuestas en el artículo 31 de la Convención de Viena es el principio de eficacia (*ut res magis valeat quam pereat*⁵⁹):

Una interpretación debe de dar significado y efectos a todos los términos del tratado. Una interprete no tiene la libertad de adoptar una interpretación que resultaría en la reducción de cláusulas o párrafos enteros de un tratado a la redundancia o inutilidad.⁶⁰

57. Escrito de demanda, p. 42.

58. México no es signatario de la convención de CIADI, ni existe un convenio independiente entre la demandante y la demandada para someter a arbitraje controversias de esta naturaleza.

59. “Que la cosa tenga efectos en lugar de ser destruida”. *Black’s Law Dictionary*, p. 1547 (6th Ed. 1990).

60. United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, (WT/DS2/AB/R), p. 23 (20 de mayo de 1996) (Órgano de Apelación de la OMC). Véase también, 14 *Whiteman Digest of International Law* §33, at 380-83 (1970).

89. De acuerdo con el principio de eficacia, este Tribunal debe aplicar el artículo 1121 en los términos en los que está escrito. Nada en el TLCAN faculta al Tribunal para interpretar el texto simple y llano del artículo 1121 de modo que quede sin efectos.

90. En opinión de la demandada, el texto determina cómo debe el Tribunal resolver esta solicitud. Aunque no debería ser necesario, la demandada a continuación establece las razones principales de política que subyacen al artículo 1121.

2. En Ausencia de la Renuncia Requerida de la Demandante y Acaverde, México No Ha Consentido en el Arbitraje

91. Como con cualquier contrato, un acuerdo de arbitraje debe demostrar el consentimiento mutuo de las partes respecto de sus términos⁶¹. Como lo advierte un doctrinario:

El elemento contractual del contrato de arbitraje está en el *acuerdo*... Para que un tribunal reconozca un acuerdo de arbitraje como válido, debe cumplir con los derechos y las obligaciones de las partes establecidos en el contrato, i.e., el acuerdo debe de tener mutualidad, consideración correlativa, etc....⁶²

92. La renuncia de una demandante a los recursos en el foro interno es un elemento fundamental del consentimiento de una Parte del TLCAN para someterse al arbitraje. Como la demandante y Acaverde no han renunciado a sus derechos de una manera acorde con los requisitos del artículo 1121, y como han continuado con litigios en el foro doméstico, existe una falta de mutualidad y consideración correlativa⁶³. Por lo tanto, la demandada no ha consentido en someter esta disputa a arbitraje⁶⁴.

61. El *Black's Law Dictionary*, define "consentimiento mutuo" como "El acuerdo de voluntades de ambas o todas las partes de un contrato; el hecho de que cada una consiente a todos los términos y condiciones, en el mismo sentido y con el mismo significado que las otras". Id., p. 116 (6th Ed. 1990)

62. Julian D. M. Lew, Arbitration Agreements: Form and Character in Essays on International Commercial Arbitration, p. 59 (Petar Sarcevic ed. 1989) (que cita a Domke on Commercial Arbitration/The Law and Practice of Commercial Arbitration p. 47 (1984)).

63. Al determinar la existencia de un acuerdo válido de arbitraje, los tribunales siguen los principios ordinarios del contrato, en particular si hubo un *consensu ad idem*. Ejemplos estadounidenses: Labib v. Younan, 755 F. Supp. 125, 128 (D.N.J. 1991) (citando Brick Township Municipal Utilities Authority v. Diversified R.B.&T Construction Co., 171 N.J. Super. 397, 402, 409 A.2d 806, 808 (App. Div. 1979)); Shaffer v. Stratton Oakmont, Inc., 756 F. Supp. 365, 367-69 (N.D. Ill. 1991).

64. La demandada ha expresado previamente preocupaciones respecto de las formalidades de la renuncia, tales como la ausencia de declaraciones notariadas o legalizadas de la demandante y Acaverde. Como la demandante no ha efectuado una renuncia de ningún tipo, la cuestión de la formalidad se ha convertido en un punto subsidiario. La demandada advierte, sin embargo, que este caso ayuda a ilustrar que las formalidades cumplen una función importante. Por ejemplo, parece ser que la demandante, Acaverde y su abogado mexicano no consideraron obligatoria la supuesta "renuncia" que fue presentada originalmente por su representante legal, autorizado para representar a la demandante y Acaverde sólo en este arbitraje.

3. Al Haberse Rehusado a Renunciar a Procedimientos Jurisdiccionales en el Foro Interno, la Demandante No Se Ha Comprometido Genuinamente al Proceso Arbitral

93. El sometimiento de una disputa al arbitraje significa la elección consciente de una parte de desistirse de otros recursos jurisdiccionales disponibles⁶⁵:

El arbitraje es un proceso consensual. Esto significa, primero, que para que haya arbitraje, las partes deben convenir en renunciar al recurso ante tribunales ordinarios, en favor de una resolución no judicial de la controversia.⁶⁶

La renuncia requerida por el artículo 1121 del TLCAN demuestra esta división entre el arbitraje y la resolución judicial⁶⁷.

94. Como principio general, un acuerdo de arbitraje no puede ser ejecutado, a menos que se demuestre, con claridad suficiente, la intención de las partes en someterse al arbitraje. Para tal fin, la mayoría de los sistemas jurídicos requieren que el acuerdo de arbitraje mismo se otorgue por escrito⁶⁸. Este requisito también es fundamental al arbitraje internacional, como se observa, por ejemplo, en la Convención de Nueva York⁶⁹, las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI⁷⁰, y el Convenio del CIADI⁷¹.

65. Véase Ferenc Mádl, Competence of Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration, en Essays on International Commercial Arbitration, supra p. 93 (que advierte que el arbitraje representa “un sustituto contractual a las acciones judiciales nacionales”); International Commercial Arbitration for Today and Tomorrow at 129 (John Tackaberry, QC, ed.) (“Tradicionalmente, las partes han tenido recurso al arbitraje internacional para evitar la jurisdicción de los tribunales locales, que consideran no son suficientemente expeditos o que no están bien equipados, o, en algunos casos, que no son suficientemente competentes para atender casos comerciales internacionales”).

66. W. Michael Reisman, W. Laurence Craig, William Park & Jan Paulsson, International Commercial Arbitration: Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes 1174 (The Foundation Press, Inc. 1997).

67. Compárese el artículo 26 del Convenio del CIADI, que dispone: “El consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso”.

68. Julian D.M. Lew, Arbitration Agreements: Form and Character, supra p. 59.

69. Convención de Nueva York, artículo II (“Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias...”).

70. Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 1 (“Cuando las partes en un contrato hayan acordado por escrito que los litigios relacionados con ese contrato se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar por escrito”).

71. Convenio del CIADI, artículo 25 (“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surgen directamente de una inversión ... que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro”).

95. El punto esencial es que cada parte debe proveer un escrito que demuestre de forma adecuada su intención de someter una disputa a arbitraje⁷². Un umbral crítico para tribunales arbitrales es si las partes han consentido clara e inequívocamente al arbitraje en lugar de procedimientos judiciales⁷³.

96. En ausencia de un acuerdo de arbitraje que cumpla con los requisitos específicos de forma y que esté “definido claramente y de manera adecuada”, un tribunal arbitral carece de competencia para dictaminar sobre la disputa de las partes⁷⁴. En situaciones en las que el tribunal no ha podido determinar la intención común de las partes a partir de la cláusula arbitral, la cláusula no ha sido ejecutada⁷⁵.

97. En este caso, Waste Management y Acaverde han tratado de cubrir sus apuestas procediendo simultáneamente en este arbitraje y en litigios locales por concepto de daños⁷⁶. Sin embargo, el artículo 1121 fuerza a un demandante potencial a que renuncie a los procedimientos internos por concepto de daños o se desista de ellos, al momento de decidir invocar el proceso arbitral del TLCAN. Cuando se presentó la notificación de arbitraje, y antes de que invirtiera recursos importantes en este asunto, la demandada tenía derecho a recibir un compromiso adecuado de la demandante al proceso arbitral. Un elemento clave de ese compromiso es la renuncia al derecho de recurrir a procedimientos locales para demandar daños. A falta de la renuncia adecuada, y acciones subsecuentes congruentes con esa renuncia, la demandante (y Acaverde) no se han comprometido genuinamente a resolver esta disputa a través de este arbitraje del TLCAN.

98. La negativa de la demandante de proporcionar una renuncia clara, y de respetarla, debe conducir a la conclusión de que no ha consentido a la resolución de la disputa a través del arbitraje. Paradójicamente, por tanto, aunque la demandante inició el procedimiento arbitral, no ha acordado en obligarse a él.

72. Véase Robobar Limited (UK) v. Finncold sas (Italy), 20 Y.B. Com. Arb. 739 (1995) (que niega la ejecución de una cláusula arbitral en un contrato de confirmación de compra que no fue acordado pro el proveedor mediante un documento firmado por ambas partes ni a través de un intercambio de telegramas).

73. Véase ICC Case No. 7920, 23 Y.B. Com. Arb. p. 80 (1998) (“Antes de proceder siquiera a una interpretación de los oscuros o vagos términos de esta cláusula, el tribunal arbitral advierte que existen aquí, en cualquier caso, dos elementos claros e inequívocos, es decir: las partes indudable e inequívocamente tuvieron la intención de someter posibles disputas al arbitraje y no a una corte estatal...”).

74. Véase Competence of Arbitral Tribunals, supra p. 102 (“el compromiso de arbitraje debe estar definido adecuada, clara e inequívocamente.”); Gary B. Born, International Commercial Arbitration in the United States, at 560 (1994) (“El arbitraje comercial internacional en consensual: a menos que las partes hayan acordado someterse al arbitraje respecto de un asunto en particular, conforme a las leyes de las principales naciones comerciantes, el tribunal carece de la autoridad necesaria para resolverlo...”).

75. Véase Nokia-Maillefer SA (Switzerland) v. Mazzer (Italy), 21 Y.B. Com. Arb. 681 (1996) (que determinó que una orden de compra modificada no es suficientemente clara e inequívoca como para operar como un compromiso arbitral válido).

76. De manera alternativa, la demandante reclamaría daños en los dos foros, una posibilidad que sería aún más contradictoria con la intención de las Partes del TLCAN al establecer este proceso arbitral.

B. El Tribunal Debe Dar Por Terminado Este Procedimiento, a Pesar de la Supuesta Voluntad de la Demandante de Someter Nuevamente la Demanda Con Una Renuncia “Revisada”

99. La demanda afirma que “si existiera algún defecto en la renuncia entregada, Waste Management volvería a presentar la renuncia corregida y reiniciar los mismos procesos”⁷⁷. La confianza de la demandante de que podría presentar una nueva notificación de arbitraje está fuera de lugar.

100. La demandada advierte que ha sufrido perjuicio por la negativa de la demandante a cumplir con las condiciones previas para someter una reclamación al arbitraje conforme al TLCAN. Banobras, una entidad federal de la demandada, se ha visto obligada a contestar dos demandas y diversas apelaciones ante tribunales mexicanos, y ha sido necesario que Acapulco, un gobierno municipal de la demandada, participe también en esos procedimientos y en un procedimiento de arbitraje local iniciado por Acaverde —todo ello mientras este arbitraje del TLCAN ha estado pendiente. Si Acaverde hubiera tenido éxito en cualquier de estas reclamaciones locales, la demandante se habría desistido de este arbitraje. Al haberse rehusado, con pleno conocimiento, a cumplir con el requisito de la renuncia contenido en el artículo 1121, la demandante asumió el riesgo de que este arbitraje se diera por terminado y que no pudiera reiniciarlo posteriormente⁷⁸.

101. Si la demandante intentara reiniciar la misma reclamación en el futuro, enfrentaría dos serios problemas:

- Primero: El artículo 1121 requiere una elección de reparaciones. No prevé que un demandante pueda demandar el pago de daños en un litigio en el foro local y simultáneamente hacerlo en un arbitraje del TLCAN, y entonces, desistirse del arbitraje o litigio interno, dependiendo de sus perspectivas de éxito en cada foro. Además, el artículo 1121 no prevé que un demandante pueda demandar el pago de daños a través de un litigio local hasta que pierda, y luego iniciar un arbitraje del TLCAN. Como ya se discutió, el arbitraje es un procedimiento alternativo al litigio doméstico, no un complemento. Por consiguiente, en opinión de la demandada, al continuar con los litigios domésticos, la demandante ha perdido su derecho de iniciar un arbitraje al amparo del TLCAN. El abandono de ese derecho no puede ser curado simplemente mediante la presentación de una renuncia redactada en forma correcta, en un momento en que la renuncia ha perdido sentido.

77. Escrito de demanda, p. 44.

78. Waste Management es una compañía muy grande y con amplios recursos. Adicionalmente, la demandada advirtió a Waste Management y a su representante legal de los diversos defectos procedimentales contenidos en su aviso de arbitraje, desde hace más de un año. El Tribunal debe presumir que la demandante tomó una decisión consciente de poner a prueba los límites del artículo 1121, y no requiere de la simpatía ni la asistencia del Tribunal sobre cómo participar en un arbitraje.

- Segundo: El TLCAN establece un término de prescripción de tres años para presentar reclamaciones⁷⁹. La demandante tendría que demostrar que el término de prescripción no habría expirado previo a la presentación de una nueva notificación de arbitraje.

102. Este Tribunal no tiene que determinar si Waste Management tendría éxito al iniciar otro arbitraje al amparo del TLCAN. El punto es que la decisión sobre competencia que la demandada solicita es significativa e involucra el fundamento mismo de la jurisdicción de este Tribunal.

C. La Decisión del Tribunal Sobre Su Competencia No Deber Unirse al Fondo del Asunto

103. En su primera sesión, el Presidente Cremades observó que el Tribunal tiene la opción de unir el tema de la competencia con la consideración del fondo de la controversia. Conforme a esta alternativa, el Tribunal reservaría su posición sobre el tema de la renuncia hasta que después de que la demandada hubiese presentado su escrito de contestación a la demanda sobre el fondo de la controversia, de que hubiese un intercambio de réplica y dúplica, y que la audiencia hubiese tenido lugar.

104. Sin embargo, no puede apreciarse que exista una razón jurídica ni práctica para unir el tema de la competencia con la consideración del fondo de la controversia.

105. Por lo que se refiere a la ley aplicable, la demandada reitera que la demandante ha estado intentando evadir una condición previa al sometimiento de su reclamación al arbitraje. Permitir que la demandante involucre a la demandada en un intercambio completo sobre cuestiones relativas al fondo de la controversia sería contrario al texto y el propósito del artículo 1121.

106. En cuanto a las eficiencias prácticas, el Tribunal ordenó que la demandante proporcionara en su demanda toda la información que tuviera sobre el litigio local de Acaverde en contra de Banobras y Acapulco. La demandada, por su parte, ha complementado extensivamente la información proporcionada por la demandante.

107. Además, la demandante no ha manifestado queja alguna de violación al TLCAN respecto de ningún aspecto de los procedimientos jurisdiccionales locales. Las medidas identificadas por la demandante como violaciones de los artículos 1105 y 1110 del TLCAN ocurrieron mucho antes de que iniciara el litigio local.

108. El único asunto de hecho que el Tribunal tiene que evaluar para llegar a una decisión sobre el tema de su competencia es si la demandante o Acaverde han venido

79. El artículo 1116(2) dispone: "El inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños".

demandando el pago de daños en procedimientos locales de solución de controversias, derivados de las mismas medidas que se alega son violatorias del TLCAN en este procedimiento. Todos los hechos pertinentes a esa determinación ya están ante este Tribunal.

109. Los temas relativos a la competencia y al fondo de la controversia son completamente distintos. Requerir que se integre un expediente escrito completo y se sostenga una audiencia sobre el fondo de la disputa antes de que el Tribunal resuelva sobre su competencia resultaría en una pérdida considerable de recursos y tiempo para ambas partes. Por lo tanto, la demandada sostiene que el Tribunal debería resolver sobre el tema de su competencia y dar por terminado el arbitraje.

D. Otras Posibles Cuestiones Sobre Jurisdicción

110. En la primera sesión del Tribunal, éste requirió que la demandada incluyera todos sus argumentos sobre cuestiones de jurisdicción en el escrito de contestación a la demanda relativo al tema de jurisdicción, de modo que el Tribunal pudiera determinar si la jurisdicción debía resolverse como un asunto preliminar, o si debía unirlo al fondo de la disputa.

111. Los siguientes comentarios se proporcionan sin perjuicio de la posición de la demandada de que este arbitraje debe darse por terminado sobre las bases manifestadas anteriormente.

112. Previo a la primera sesión del Tribunal, la demandada cuestionó si la demandante había presentado pruebas suficientes para demostrar que tenía el derecho de someter una reclamación en representación de Acaverde. La demandada reconoce que la demandante ha presentado evidencia *prima facie* de que cuando sometió esta reclamación al arbitraje, la demandante indirectamente era propietaria o controlaba Acaverde. No obstante, la demandada sostiene que la cuestión de si la demandante era un “inversionista de una Parte” y si Acaverde era una “inversión” de la demandante en otros momentos jurídicamente relevantes, dependerá de la evidencia que aún no ha sido presentada por las partes y, por lo tanto, está de acuerdo en que este asunto se debería unir al fondo de la controversia.

113. La demandada desea advertir a la demandante que, si la demandante persiste en buscar una compensación al amparo del capítulo XI, la demandada basará su defensa, en parte, en que una reclamación relativa al incumplimiento de un contrato no es susceptible de acción conforme al TLCAN —especialmente cuando la demandante ha tenido acceso al proceso judicial de acuerdo con el sistema jurídico interno, y cuando no hay indicación alguna de que los procedimientos jurisdiccionales internos constituyeron, en sí mismos, una violación del derecho internacional. En particular, la demandada se basará en los razonamientos vertidos en el reciente laudo del tribunal arbitral en el caso Azinian et al. c. los Estados Unidos Mexicanos, en el que se desechó una reclamación por incumplimiento de contrato relacionada con una concesión municipal para la recolección de basura precisamente por esos motivos.

114. Los tribunales arbitrales constituidos conforme al TLCAN únicamente pueden determinar si hubo una violación de la sección A del capítulo XI del TLCAN. En la medida en que la pregunta de si la presente reclamación está amparada por el capítulo XI se refiere a una cuestión relativa a la jurisdicción del Tribunal, la demandada está de acuerdo en que ésta y todos los asuntos conexos deberían unirse al análisis del fondo de la controversia.

V. SOLICITUD DEL PAGO DE GASTOS Y COSTAS

115. La demandada tiene derecho a que se le otorgue el pago de gastos y costas por las siguientes razones:

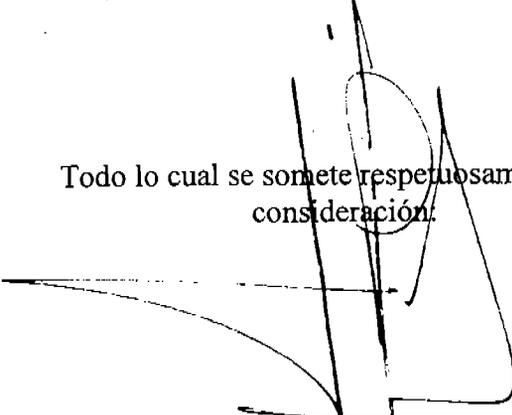
- La demandante conscientemente ignoró el requisito claro y obvio de renunciar a su derecho de demandar el pago de daños en procedimientos jurisdiccionales internos.
- Con objeto de que el CIADI registrara su reclamación, la demandante sugirió falsamente en una carta al CIADI que Acaverde no había iniciado demandas en contra del gobierno federal mexicano.
- Desde que la demandante intentó presentar su notificación de arbitraje por primera vez, hace más de un año, la demandada, en forma por demás diligente, ha manifestado su opinión sobre este asunto tanto al CIADI como a la propia demandante. En contraste, la demandante no respondió a los argumentos de hecho y de derecho de la demandada hasta que el Tribunal así se lo ordenó.

116. Por tal motivo, la demandada solicita que se le otorgue el pago de gastos y costas, incluidos (i) la parte que le corresponde de los gastos del Tribunal, y (ii) los gastos de la demandada de asesoría externa contratada para asistirle en este procedimiento. La demandada está preparada para presentar al Tribunal un resumen de sus gastos al concluir el procedimiento relativo a la cuestión de competencia.

VI. ÓRDENES QUE SE SOLICITAN

- A. La parte demandada solicita que el Tribunal ordene la suspensión del procedimiento sobre el fondo de la controversia y resuelva sobre si tiene competencia, como una cuestión de previo y especial pronunciamiento.
- B. La demandada solicita que el Tribunal deseche la reclamación, en virtud de la omisión de la demandante y Acaverde de renunciar a sus derechos para demandar el pago de daños en procedimientos jurisdiccionales nacionales, que versen sobre las mismas medidas que la demandante alega constituyen una violación del capítulo XI del TLCAN.
- C. La demandada solicita que el Tribunal ordene que la demandante pague los gastos y costas del arbitraje en que la demandada incurrió, incluidos los honorarios y gastos de sus abogados.

Todo lo cual se somete respetuosamente a su
consideración.



Hugo Pérezcano Díaz
Consultor Jurídico y Representante Legal
de la parte demandada,
los Estados Unidos Mexicanos