



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

**ROBERT AZINIAN, KENNETH DAVITIAN Y ELLEN BACA,
DEMANDANTES**

C.

**ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
DEMANDADO**

ESCRITO DE DÚPLICA

CONSULTOR JURÍDICO DE LA PARTE DEMANDADA:

Hugo Perezcano Díaz

ASISTIDO POR:

Secretaría de Comercio y Fomento Industrial

Carla Tochijara Vargas
Fernando Reséndiz Wong

Thomas & Davis

Christopher Thomas
J. Cameron Mowatt
Máximo Romero Jiménez
Alejandro Posadas Urtusuástegui
Katharina Byrne
Carlos G. García

Shaw, Pittman, Potts & Trowbridge

Stephan E. Becker
Nancy A. Fischer

ESTRUCTURA DEL ESCRITO DE DÚPLICA DE LA DEMANDADA

El escrito de dúplica de la Demandada comprende las siguientes partes:

Introducción

Parte Uno: Resumen de Los Hechos Relevantes

Parte Dos: Objecion Preliminar Sobre Una Cuestión de Derecho

Parte Tres: La Continua Relevancia de Los Procedimientos Jurisdiccionales Internos

Parte Cuatro: Los Hechos Después de Dos Rondas Escritos

Parte Cinco: Observaciones Respecto de Los Argumentos Jurídicos del Escrito de Réplica de Los Demandantes, Y Los Argumentos Jurídicos de La Demandada En Respuesta

Parte Seis: Comentarios Sobre La Declaración de Daños de Los Demandantes

Remedio Solicitado

Anexos

Anexo 1: Declaraciones Hechas Ante La Legislatura Estatal

Anexo 2: Análisis de Los Reconocimientos Y Denegaciones de La Parte Demandante

Anexo 3: Respuesta A Los Alegatos de La Demandante Sobre Las Traducciones de La Demandada

Anexo 4: Reporte Respuesta de David A. Schwickerath

Robert Azinian et al.
c.
Estados Unidos Mexicanos
Caso CIADI No. ARB/(AF)/97/2

ESCRITO DE DÚPLICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

CONTENIDO

CONTENIDO	i
INTRODUCCIÓN	1
PARTE UNO: RESUMEN DE LOS HECHOS RELEVANTES	1
PARTE DOS: OBJECION PRELIMINAR SOBRE UNA CUESTIÓN DE DERECHO	5
A. El Tribunal sólo es competente para determinar si se ha violado el capítulo XI del TLCAN	5
B. La reclamación de los demandantes de que hubo una “anulación errónea” del contrato, no está dentro de la competencia del Tribunal	6
C. Las admisiones de los demandantes respecto de los procedimientos ante tribunales nacionales menoscaban su reclamación en este procedimiento	12
PARTE TRES: LA CONTINUA RELEVANCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES INTERNOS	16
A. Los procedimientos jurisdiccionales internos ofrecieron a DESONA múltiples oportunidades de exponer su caso	16
B. La concesión fue debidamente anulada	24
C. El Ayuntamiento no incumplió sus obligaciones derivadas del contrato de concesión	25
PARTE CUATRO: LOS HECHOS DESPUÉS DE DOS RONDAS ESCRITOS	27
A. La respuesta de la réplica a los argumentos de hecho de la demandada	27
B. Hechos que han sido admitidos por los demandantes	29
C. Hechos en controversia	32
D. Hechos adicionales – declaraciones hechas a la legislatura del estado	35
PARTE CINCO: OBSERVACIONES RESPECTO DE LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS DEL ESCRITO DE RÉPLICA DE LOS DEMANDANTES, Y LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDADA EN RESPUESTA	35
A. La reclamación no es una reclamación conforme al TLCAN	35
B. Ninguno de los demandantes estaba legitimado para presentar esta reclamación	36
1. Los demandantes han presentado su reclamación como inversionistas individuales, y no en representación de DESONA B	37
2. Las diferencias entre las diversas versiones de DESONA son cruciales para determinar si alguno de los demandantes tiene legitimidad procesal	40
3. El Sr. Azinian no está legitimado para cobrar todos los daños supuestamente sufridos por DESONA B	41

4.	Los demandantes no están legitimados porque no ha hecho una Inversión	42
C.	La los demandantes no han logrado describir una reclamación conforme al TLCAN	42
1.	La anulación de la concesión no constituyó una expropiación ni una medida equivalente a expropiación conforme al artículo 1110 del TLCAN.....	43
2.	Los demandantes no han identificado ninguna violación al artículo 1105.....	47
PARTE SEIS: COMENTARIOS SOBRE LA DECLARACIÓN DE DAÑOS DE LOS DEMANDANTES....		48
A.	Los demandantes y el Sr. Ahn hicieron declaraciones falsas respecto de la información para la preparación del análisis de alcance limitado	48
B.	El dictamen de los demandantes sobre el valor justo de mercado carece de fundamento	49
C.	Los demandantes aún no han proporcionado evidencia de una inversión	51
D.	Los demandantes continúan rehusándose a presentar el monto recuperado por la venta a Sanifill.....	51
E.	En dos rondas de escritos, los demandantes no han logrado cumplir con la carga de probar su reclamación de daños.....	52
Remedio solicitado		54

1. El gobierno de México por este medio presenta su escrito de dúplica al escrito de réplica de los demandantes de fecha enero 19 de 1999.

INTRODUCCIÓN

2. Los demandantes no han logrado plantear una reclamación que tenga sustento jurídico conforme al capítulo XI del TLCAN. A pesar de que ahora admiten que no existió una “denegación de justicia” en los procedimientos jurisdiccionales que DESONA inició ante tribunales mexicanos, ahora pretenden que este Tribunal reconsidere *de novo* los aspectos de hecho que tres tribunales mexicanos ya habían resuelto a favor del Ayuntamiento.

3. En consecuencia, la Parte Dos de este escrito de dúplica inicia con una objeción preliminar sobre un aspecto jurídico que se desprende de la falta de los demandantes de establecer una reclamación que tenga un sustento jurídico adecuado conforme al TLCAN. El Tribunal no tiene jurisdicción para emitir un laudo por lo que se refiere a una mera reclamación de incumplimiento de contrato, en ausencia de evidencia convincente de que existió una denegación de justicia que promueva la reclamación al plano internacional y que verse sobre los principios de responsabilidad del Estado.

4. En caso de que este Tribunal no pueda decidir esta objeción preliminar sin considerar las pruebas presentadas por las partes y sus argumentos sobre el fondo de la reclamación, en las Partes Tres a la Seis, la dúplica responde a la caracterización de los hechos y otros argumentos vertidos en la réplica.

PARTE UNO: RESUMEN DE LOS HECHOS RELEVANTES

5. El 4 de noviembre de 1992, el Ayuntamiento de Naucalpan se reunió en sesión de Cabildo con el fin de escuchar una propuesta para el otorgamiento de una concesión para la prestación de servicios públicos de recolección y disposición de basura, descritos por quienes los propusieron como “La Solución Integral” a los problemas de limpia del municipio.

6. Se informó al Cabildo que el concesionario realizaría una inversión total de 60 millones de nuevos pesos para: (i) reemplazar los viejos camiones recolectores de basura del municipio con “equipo nuevo y moderno”; (ii) prestar los servicios de recolección de basura que realizaba el municipio y proporcionar dichos servicios en el sector comercial e industrial; (iii) encargarse de la operación y del posterior desarrollo del confinamiento local (y de futuros confinamientos); (iv) construir una planta de cogeneración de energía eléctrica que utilizaría gas metano producido en el confinamiento; y (v) establecer una planta de reciclaje.

7. También se informó al Cabildo que el objeto de la concesión sería financiado y realizado por un consorcio de cuatro compañías —Global Waste, Bryan A. Stirrat and Associates, Sunlaw Energy y México Diesel—, y que las ganancias de la venta de electricidad de la planta de cogeneración pagarían el costo total de la operación del sistema de recolección y disposición de basura, durante los quince años de vida de la concesión. Las cuatro compañías fueron descritas como líderes en sus respectivos campos de trabajo. Se manifestó que Global Waste contaba con “más de cuarenta años de experiencia” en el negocio de manejo y disposición de basura.

8. El Ayuntamiento aprobó el otorgamiento de la concesión sobre la base de las declaraciones que formularon quienes propusieron el proyecto, sobre el objeto de la concesión y los atributos técnicos y financieros del concesionario propuesto. Sin embargo, en virtud de que el término de la concesión se prolongaría más allá del periodo de la administración municipal (al cual restaba aproximadamente un año a partir de esa fecha), fue necesario obtener la aprobación de la legislatura estatal.

9. A la legislatura estatal se le presentó el objeto de la concesión (i.e. las características de la "Solución Integral") y los atributos del concesionario (i.e. la capacidad técnica y financiera del consorcio de cuatro compañías) esencialmente en los mismos términos en que se habían presentado al Ayuntamiento. Se informó a los legisladores que el objeto de la concesión sería desempeñado por el mencionado consorcio de compañías (que ahora incluía a Sunlaw de México, una coinversión entre Sunlaw Energy y México Diesel) y que Global Waste era una compañía líder en el manejo de basura en California, que tenía "más de cuarenta años de experiencia" en el negocio. El 4 de agosto de 1993, la legislatura estatal aprobó el otorgamiento de la concesión del Ayuntamiento de fecha 4 de noviembre de 1992.

10. El 15 de noviembre de 1993 el presidente y secretario municipales celebraron un contrato de concesión que difería de la concesión aprobada por el Ayuntamiento y la legislatura estatal en los siguientes aspectos sustantivos:

- a) El contrato de concesión no describía al concesionario como un consorcio integrado por Global Waste, Sunlaw Energy, México Diesel y Bryan A. Stirrat and Associates, ni hacía referencia alguna a que el consorcio o alguno de sus miembros prestaría los servicios. En lugar de ello, se describió como concesionario únicamente a DESONA, ahora presentada como una compañía propiedad por los Sres. Azinian, Goldenstein y Davitian, y no de los miembros del consorcio;
- b) El contrato de concesión no requería la construcción de una planta cogeneración de electricidad que produciría los ingresos para pagar el costo de la operación del sistema municipal de recolección y disposición de basura durante el término de la concesión. En vez de ello, disponía que el concesionario establecería una planta cogeneradora de electricidad en un futuro, si lo consideraba económicamente viable; pero durante los dos primeros años de vigencia de la concesión, el municipio pagaría al concesionario su presupuesto anual para el servicio de recolección de basura (así como un monto aún por determinarse para los restantes trece años) por concepto de recolección de basura residencial, y el concesionario tendría derecho a cobrar cuotas por la recolección de basura a empresas comerciales e industriales; y
- c) El contrato de concesión no requería que el concesionario reemplazara, a su costo, los viejos camiones de recolección de basura con "equipo nuevo y moderno". En vez de ello, requería que el municipio transfiriera al concesionario sus camiones, empleados e instalaciones de servicio, y éste quedaba obligado a introducir setenta unidades con "tecnología de punta" durante el primer año de la concesión, de conformidad con un calendario de entregas en el contrato de concesión.

11. En resumen, lo que se presentó al Ayuntamiento y al Congreso Estatal como un proyecto para modernizar el sistema municipal de recolección y disposición de basura, que sería desempeñado por un consorcio de compañías y que no requeriría ningún tipo de contribución financiera por parte del municipio, se modificó (sin la aprobación del Ayuntamiento ni el Congreso del Estado) por una concesión simple para la recolección de basura, que sería desempeñada únicamente por DESONA, que requería que el municipio pagara al concesionario su presupuesto anual por los dos primeros años (y más en los años subsecuentes), y que requería que el sector comercial e industrial pagaran cuotas al concesionario por la recolección de su basura.

12. Cuando la nueva administración tomó posesión el 1 de enero de 1994, DESONA ya se encontraba incumpliendo el contrato de concesión, al no haber puesto en servicio (en esa fecha) siete vehículos de recolección de basura con "tecnología de punta". Como resultado, los problemas de acumulación de basura del municipio no habían sido solucionados como se había prometido, sino que empeoraron.

13. En enero de 1994, el Secretario de Desarrollo Económico del municipio sostuvo discusiones con a los Sres. Azinian y Goldenstein acerca del "continuo" problema de acumulación de basura del municipio (mismo que empeoraba), y la omisión de DESONA de proporcionar nuevos vehículos recolectores de basura. los Sres. Azinian y Goldenstein aseguraron que los nuevos vehículos serían entregados pronto y que el problema de acumulación de basura sería resuelto.

14. En febrero de 1994, el Secretario de Desarrollo Económico del municipio se enteró que los vehículos que DESONA intentaba utilizar eran en realidad camiones usados (hasta con de 13 años de antigüedad) y que, debido a las restricciones de importación mantenidas conforme al TLCAN, éstos no podían ser importados a México, sin una autorización especial otorgada por las autoridades federales. Comenzó a investigar los antecedentes de Global Waste y sus supuestos ejecutivos principales, y se enteró que tanto Global como el Sr. Azinian se habían declarado en quiebra, y que sólo el Sr. Davitian tenía alguna experiencia en el negocio del manejo de basura.

15. El 7 de marzo de 1994, habiendo recibido la asesoría de un consultor jurídico externo, el Ayuntamiento decidió iniciar el procedimiento de nulidad administrativa de la concesión, sobre la base de 27 irregularidades que el consultor había identificado en conexión con el otorgamiento y desempeño de la concesión. El 10 de marzo de 1994, se notificó formalmente al Sr. Davitian y al representante legal de DESONA de las 27 irregularidades. Se les informó que DESONA debía proporcionar al Ayuntamiento una respuesta y presentarle las pruebas en su defensa a más tardar el 17 de marzo de 1994¹.

1. Como DESONA omitió proporcionar respuestas y explicaciones sobre las 27 irregularidades, el Ayuntamiento resolvió anular la concesión el 21 de marzo de 1994. Debe advertirse que en esa fecha DESONA se encontraba en incumplimiento del contrato de concesión, debido a que no aportó 14 vehículos recolectores de basura con "tecnología de punta", a su falta de recolectar adecuadamente basura en áreas públicas y la falta de pago de la renta y costos de operación del relleno sanitario de Rincón Verde. Los demandantes no argumentan que la compañía daba pleno cumplimiento al contrato de concesión. Sólo alegan que DESONA estaba "sustancialmente en cumplimiento" con los términos del contrato. Escrito de réplica, sección III, párrafo 66.

16. En lugar de responder, DESONA instauró un procedimiento ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado el 15 de marzo de 1994. Demandó la anulación del procedimiento de nulidad con base en que: (i) el Ayuntamiento y la compañía habían celebrado un contrato de concesión que establecía los derechos y obligaciones para ambas partes; y (ii) que las partes habían acordado en el contrato que no había habido ningún error o ninguna otra causa de nulidad, entre otras.

17. El municipio se defendió de la acción, y presentó pruebas en apoyo de sus conclusiones sobre las 27 irregularidades. Las pruebas que obran en el expediente de este procedimiento —que los demandantes negaron en su totalidad, pero que no han sido desvirtuadas— demuestran que DESONA no intentó refutar los hechos alegados por el municipio, aun cuando tuvo amplia oportunidad para presentar pruebas y, de hecho, fue requerida por el tribunal para que presentara documentos que pudieran demostrar su capacidad financiera para desempeñar el objeto de la concesión.

18. El 4 de julio de 1994, después de haber sostenido una audiencia y habiendo otorgado a ambas partes la oportunidad para aducir pruebas y presentar alegatos, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo Estatal determinó que el municipio tenía debida justificación para iniciar el procedimiento administrativo de nulidad. También sostuvo: (i) que DESONA no tenía derechos contractuales privados porque la concesión se refería a un servicio público, por lo que estaba sujeta a los límites y condiciones establecidos en ley; y (ii) que DESONA no demostró que poseía la capacidad técnica y financiera necesaria para proporcionar el servicio público de recolección de basura de manera eficiente y regular².

19. DESONA apeló esta decisión ante la Sala Superior del propio Tribunal de lo Contencioso Administrativo. El 17 de noviembre de 1994, la Sala Superior confirmó por unanimidad la resolución del municipio que anuló la concesión, sobre la base de nueve de las 27 irregularidades. Determinó que la primera irregularidad por sí sola (la falta de incluir al consorcio de empresas en la constitución de DESONA) es “suficiente para sustentar la nulidad de la referida concesión administrativa, dado que la indebida integración de la empresa concesionaria le impedía contar con la suficiente capacidad y experiencia técnica, económica y administrativa, para prestar el servicio público de limpia de manera adecuada, oportuna y eficiente...”³.

20. DESONA promovió un juicio de amparo ante un tribunal colegiado de circuito federal. Nuevamente perdió cuando, el 18 de mayo de 1995, el tribunal ratificó la resolución del municipio de anular la concesión. El tribunal determinó que “quedó perfectamente claro... que se trata de una concesión administrativa” y que “es incuestionable que al acto administrativo discutido no puede ser un contrato”.

21. El 10 de marzo de 1997 los demandantes presentaron la primera de 3 notificaciones en este procedimiento.

2. Escrito de contestación la demanda, párrafo 127.

3. Escrito de contestación la demanda, párrafo 129.

PARTE DOS: OBJECION PRELIMINAR SOBRE UNA CUESTIÓN DE DERECHO

22. La demandada sostiene que el caso de los demandantes, según lo aclara el escrito de réplica demuestra que no hay reclamación que pueda ser considerada por este Tribunal. La reclamación es, en el mejor de los casos, una relativa a incumplimiento de contrato. Si bien los demandantes han argumentado violaciones a los artículos 1105 y 1110 del TLCAN, no existen pruebas en el expediente que sustenten su intento de elevar la reclamación al plano internacional, de forma que involucre los principios de responsabilidad del Estado.

A. El Tribunal sólo es competente para determinar si se ha violado el capítulo XI del TLCAN

23. Este Tribunal sólo tiene competencia para determinar si se violó alguna de las obligaciones contenidas en la sección A del capítulo XI del TLCAN. El derecho aplicable a esta disputa es el TLCAN únicamente.

24. El CIADI certificó la reclamación con base al artículo 1116 del TLCAN (“Reclamación de un inversionista de una parte por cuenta propia”). Ésta alega violaciones al artículo 1110 (“Expropiación e Indemnización”), y al artículo 1105 (“Nivel mínimo de trato”). La ley aplicable en el presente caso es la sección A del capítulo XI.

25. Debe advertirse que, adicionalmente, la concesión y el contrato de concesión estaban sujetos a la legislación del Estado de México.

26. La competencia limitada del Tribunal es de fundamental importancia.

27. En contraste con el TLCAN, el Convenio del CIADI, por ejemplo, confiere amplia jurisdicción a los tribunales establecidos conforme al mismo⁴. En los casos que han sido considerados al amparo de ese convenio, el compromiso de arbitraje generalmente ha incluido una disposición de derecho aplicable muy amplia, que permite al tribunal resolver cualquier controversia de conformidad con la legislación local o con los ‘principios generales del derecho’. Por ejemplo, en el caso de *AGIP v. CONGO*, la cláusula de arbitraje disponía lo siguiente:

4. El artículo 42 de la Convención del CIADI dispone que el derecho aplicable para la solución de controversias será la siguiente:...

“(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables.”

El Artículo 25(1) del Convenio del CIADI dispone que “la jurisdicción del CENTRO se extenderá a cualquier diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión, entre un Estado Contratante... y el nacional de otro Estado Contratante, y que las partes hayan consentido por escrito en someter al CENTRO”. México no es miembro del Convenio, no es un Estado Contratante y no ha consentido en someter “cualquier diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión” a la resolución del CIADI. Más bien, México ha consentido en someterse a la jurisdicción del CIADI únicamente para resolver si actuó de manera incompatible con el capítulo XI del TLCAN.

“Todas las disputas que se presenten con respecto a la interpretación o aplicación del presente Protocolo de Acuerdo deberán ser resueltas finalmente de acuerdo con el Convenio para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones...

La legislación del Congo, complementada, en caso de ser necesario, por los principios de derecho internacional, será aplicable.”⁵

28. La única cuestión ante este Tribunal es si la decisión del municipio de anular la concesión (de conformidad con la legislación local), que subsecuentemente fue confirmada por tres tribunales mexicanos, constituye una violación al capítulo XI del TLCAN y, por lo tanto, da lugar a responsabilidad del Estado respecto de la demandada.

B. La reclamación de los demandantes de que hubo una “anulación errónea” del contrato, no está dentro de la competencia del Tribunal

29. El escrito de réplica presenta una cuestión de principios jurídicos que es de fundamental importancia para la operación del capítulo XI. Se refiere a la naturaleza de la reclamación que un inversionista pretende interponer ante un tribunal, como sucede en este caso.

30. La demandada sostiene que el capítulo XI no pretende ser un medio para que los inversionistas inicien ante un Tribunal establecido conforme al TLCAN lo que, en el mejor de los casos, son reclamaciones por incumplimiento de contrato. Sin embargo, esto es precisamente lo que los demandantes han hecho. La sección III de la réplica, que contiene los argumentos jurídicos, se titula “La Anulación Errónea del Contrato Concesión por parte de la Ciudad constituye una Violación los Artículos 1110 y 1105 del TLC”.

31. Los demandantes coinciden en que su reclamación no está fundada en una supuesta denegación de justicia. Declaran:

“Esencialmente, la demandada intenta recharacterizar los reclamos de los Reclamantes como reclamos de justicia negado. Ver Escrito de Contestación 236-44. Sin embargo, los Reclamantes no aseveran que los procedimientos judiciales y administrativos en México hayan constituido una negación de justicia por los cuales el gobierno mexicano es responsable i piden que el Tribunal actúe como corte de apelación de cortes mexicanas. Los Reclamantes no piden que el Tribunal evalúe cuan correctas fueron las decisiones de la corte mexicana para con asuntos de la ley mexicana. Como quedó previamente expresado, para los reclamos

5. *AGIP SPA v The Government of the Peoples Republic of The Congo*, 1 ICSID Reports 306, 313 (laudo del 30 de noviembre de 1979). En *Benvenuti & Bonfant v. Congo*, 1 ICSID Reports 330, 340-41, 349 (laudo del 15 de agosto de 1980), un acuerdo que estaba en disputa contenía una base similarmente amplia para la consideración del contrato por parte del CIADI:

“Todas las disputas que puedan surgir entre las partes en la ejecución del presente Protocolo de Acuerdo, y que no hayan sido resueltas por acuerdo, estarán sujetas a arbitraje en el marco del Convenio del 18 de marzo de 1965 para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones...”

internacionales ante este Tribunal, *la validez del Contrato Concesión bajo la ley mexicana es irrelevante... En cambio, los Reclamantes le piden al Tribunal...* En cambio, los reclamantes le piden al tribunal que determine si el repudio erróneo del Contrato Concesión constituye una violación a la ley internacional, específicamente a los Artículos 1110 y 1105 del TLCAN”.

32. Los demandantes, por lo tanto, han aclarado que su teoría jurídica es que, a pesar de que los tribunales mexicanos determinaron que la concesión fue obtenida a través de numerosas declaraciones falsas y de que no reclaman que los procedimientos ante los tribunales mexicanos hayan sido justos, un derecho internacional de los contratos debería aplicarse para determinar que la concesión fue erróneamente anulada o, alternativamente, que el Ayuntamiento incumplió el contrato de concesión, de manera que la anulación constituyó una violación del TLCAN.

33. Aun si se aceptara la evidencia de los demandantes (la demandada sostiene que no debería aceptarse), los demandantes no han logrado referir a ninguna prueba convincente que obre en el expediente, que pueda elevar su reclamación de “anulación errónea” al plano de una reclamación internacional por la que el Estado mexicano pueda ser declarado responsable. Los principios de responsabilidad del Estado ampliamente aceptados no admiten una reclamación por anulación errónea de un contrato⁶.

34. A continuación se presentan los hechos clave:

- a) el municipio otorgó una concesión para la prestación de un servicio público, en parte sobre la base de ciertos atributos declarados por los demandantes;
- b) en seguimiento al otorgamiento de la concesión, la compañía de los demandantes⁷ celebró un contrato de concesión con el municipio;
- c) el contrato estaba sujeto a la legislación del Estado de México;
- d) existió una controversia sobre la implementación del servicio requerido y las bases sobre las que se otorgó la concesión;
- e) los demandantes admiten que su compañía no cumplió plenamente con la concesión cuando ésta fue anulada⁸;

6. La demandada considera que no hubo una anulación errónea de la concesión. Por el contrario la concesión fue debidamente anulada, de conformidad con la legislación aplicable, y la nulidad fue subsecuentemente impugnada, sin éxito, ante los tribunales nacionales.

7. Para efectos de este argumento, se asume que la versión de DESONA que firmó el contrato de concesión era el concesionario. Sin embargo, la demandada lo disputa.

8. El escrito de réplica señala que “Como se ya se discutió, DESONA estaba cumpliendo sustancialmente con sus obligaciones según el Contrato Concesión”, en la sección III, párrafo 66. No se argumenta que DESONA hubiera cumplido cabalmente con la concesión.

- f) el municipio fue aconsejado por un abogado que iniciara un proceso de nulidad administrativa (un proceso que está firmemente establecido y regulado en la legislación mexicana);
- g) así lo hizo, previa notificación a la compañía de los demandantes, según lo dispone la legislación estatal;
- h) la compañía de los demandantes escogió no responder a la notificación y, en cambio, inició un procedimiento jurisdiccional contra la nulidad propuesta;
- i) en ausencia de una respuesta de la compañía, el municipio anuló la concesión de conformidad con la legislación estatal;
- j) la demanda de la compañía en contra del municipio fue desechada, en parte porque no presentó evidencia que refutara la evidencia del municipio de declaraciones falsas y falta de capacidad técnica y financiera;
- k) la compañía inició y perdió una apelación ante los tribunales del Estado, que confirmaron la resolución del municipio de anular la concesión otorgada;
- l) la compañía entonces inició y perdió un juicio federal de amparo, en el que se confirmaron los actos del Ayuntamiento sobre las mismas bases que los tribunales estatales;
- m) los tres tribunales sostuvieron que DESONA no podía argumentar incumplimiento de contrato, porque los derechos de las partes estaban regidos por la legislación administrativa aplicable al otorgamiento y terminación de las concesiones para la prestación de un servicio público; y
- n) no hubo modificaciones legislativas ni reglamentarias a ningún nivel de gobierno de la demandada, que tuvieran el efecto de modificar la legislación conforme a la cual se otorgó la concesión.

35. Como se señaló anteriormente, la el Tribunal sólo tiene competencia para determinar si existió una denegación del nivel mínimo de trato que requiere el derecho internacional, o si hubo una expropiación.

36. Está ampliamente reconocido que una reclamación basada en un incumplimiento de contrato (lo cual la demandada niega, en cualquier caso) no puede ser suficiente para elevar controversia jurídica puramente local a un nivel de reclamación internacional. Incluso aquéllos Estados que han adoptado una posición relativamente extensiva frente al derecho internacional⁹, concuerdan en que el mero incumplimiento de un contrato no puede ser considerado como base para una reclamación internacional. Brownlie, por ejemplo, señala:

9. La sección 712 de la obra titulada *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* del *American Law Institute* es un ejemplo de ello.

“La práctica de los Estados exportadores de capital, tales como Estados Unidos y el Reino Unido, claramente requiere algún elemento, más allá del simple incumplimiento de contrato, que podría constituir una expropiación confiscatoria o una denegación de justicia *stricto sensu*. Del análisis de la mayoría de las decisiones arbitrales citadas en apoyo del punto de vista de que un incumplimiento de contrato por un Estado contratante es una falta internacional, se ha determinado que éstas van directamente a este punto, ya sea porque el tribunal no estaba aplicando el derecho internacional, o porque la decisión se basó en algún elemento distinto al incumplimiento del contrato.”¹⁰

37. Amerasinghe comenta de manera semejante que:

“En las decisiones de los tribunales internacionales existen algunas declaraciones simples que parecen apoyar la idea de que el incumplimiento de contrato con un extranjero por un Estado es una violación al derecho internacional. Existe poca o ninguna evidencia de que un incumplimiento de tal contrato por el Estado haya sido tratado *per se* como una violación del derecho internacional en algún caso. Por otro lado, existe evidencia de que tales incumplimientos *per se* no han sido considerados como una violación al derecho internacional.”¹¹

38. Feller hace comentarios similares al efecto:

“El peso de la opinión abrumador, tanto de doctrinarios como de tribunales, ha sido... en el sentido de que la responsabilidad internacional por incumplimiento de contrato no surge mientras no exista una denegación de justicia, esto es, hasta que un extranjero haya recurrido a las autoridades y tribunales locales, y se le haya negado una adecuada reparación.”¹²

39. La contra demanda del Reino Unido en el caso *Ambatielos* es un ejemplo más en los escritos internacionales. En ese caso, el Reino Unido confirmó:

“Generalmente se acepta que, mientras existan recursos en sus tribunales, un Estado sólo es directamente responsable, en el plano internacional, por actos que involucren incumplimiento de contrato, si el

10. Brownlie, Ian: *Principles of Public International Law*, (Clarendon, Oxford University Press) 5th edition, 1998, página 550 y 551.

11. Amerasinghe, C.F.: *State Responsibility for Injuries to Aliens*, (Clarendon, Oxford University Press) 1967, página 77. El autor señala que aquellos casos que se ha considerado que apoyan la posición de que un incumplimiento de contrato puede ser elevado ante un tribunal internacional, han involucrado la concesión de facultades amplias, como en el caso *Rudlof* en el que el tribunal tuvo competencias para analizar “todas las reclamaciones... que no hayan sido resueltas por acuerdo diplomático o mediante arbitraje”. El árbitro mismo en ese caso explícitamente reconoció que los Estados generalmente tienen el derecho de intervenir en representación de sus nacionales en casos que involucren contratos, sólo si hubo una ‘denegación de justicia’, explicó que el compromiso arbitral en su caso, le dio al tribunal competencia excepcional. Véase las páginas 82 y 83.

12. Feller, A.H.: *The Mexican Claims Commissions: 1923-1934*, (New York: The MacMillan Company) 1935, página 74.

incumplimiento no es un incumplimiento simple... sino que involucra una arbitrariedad o un elemento ilegítimo obvios, por ejemplo, un incumplimiento de contrato confiscatorio —donde la verdadera base de la reclamación fue la confiscación, más que el incumplimiento *per se*.”¹³

40. Es así que, el peso de la teoría y las opiniones de doctrinarios calificados apoya la proposición de que una reclamación por incumplimiento de contrato no puede ser elevada al plano internacional, sin evidencia convincente de que existe denegación de justicia o un acto expropiatorio, como por ejemplo, una modificación sustantiva a la legislación que rige el contrato, que prive específicamente al contratante de sus derechos.

41. El único caso citado por los demandantes en la sección relevante de sus argumentos jurídicos en el escrito de réplica¹⁴, el caso *Schufeldt*, se basó en una serie de hechos en los que el “elemento adicional” discutido anteriormente, claramente existió. La demanda fue presentada por Estados Unidos en contra de Guatemala, después de que un concesionario (P.W. Schufeldt) estadounidense sufrió daños económicos, como un resultado del Decreto Legislativo No. 1544 de 1928, de la Asamblea Nacional de Guatemala, por el que la Asamblea Nacional expresamente desaprobó un contrato de 1922 para la extracción de chicle. Durante varios años, Schufeldt había venido desempeñando la concesión, gastando grandes sumas de dinero, construyendo las instalaciones y caminos necesarios, etc. El acto legislativo de la Asamblea Nacional y el acto de ejecución por el cual expresamente se abrogó su concesión, constituyeron el ‘elemento adicional’ requerido, que discuten los doctrinarios¹⁵.

42. No existe evidencia de ningún elemento adicional que pudiera elevar la presente reclamación al plano internacional:

- a) En el presente caso, el municipio no promulgó una norma ni llevó a cabo acción legislativa alguna que hubiera modificado la legislación estatal conforme a la cual se otorgó la concesión (de acuerdo con el derecho mexicano, no tenía autoridad legislativa para hacerlo). Por lo tanto, no hubo modificación a la legislación ni a

13. Véase el párrafo 269 de la contra demanda del Reino Unido, citado por Sir Gerald Fitzmaurice, “*Hersch Lauterpacht, The Scholar as Judge*”, 1961, BYIL XX, página 64.

14. Véase la réplica, sección III, párrafo 66.

15. Amerasinghe específicamente discute la el caso *Schufeldt* y concluye en la página 101:

“El incumplimiento de contrato por un acto legislativo será una violación del derecho internacional *ipso facto*, si el acto legislativo no está acompañado por los factores requeridos por el derecho internacional para la expropiación de la propiedad. Un acto legislativo que pretende modificar los derechos contractuales será un incumplimiento del derecho internacional *prima facie*, a menos que la presencia de otros factores requeridos pueda mostrarse.

En apoyo a esta idea está la *Reclamación de Schufeldt*. Un decreto legislativo de la Asamblea de Guatemala por medio del cual un contrato de concesión fue declarado nulo, fue tratado como un acto de expropiación de los derechos de propiedad, como resultado del cual el gobierno ‘debe compensar por el daño infligido y no puede invocar una ley municipal para justificar la negativa de hacerlo.’”

la reglamentación locales con el fin de privar retroactivamente a la compañía de los demandantes de cualquier derecho.

- b) Por el contrario, el municipio buscó asesoría jurídica y la siguió, invocando un procedimiento administrativo establecido en una ley estatal preexistente.
- c) Se le demandó mediante un procedimiento ante un tribunal nacional.
- d) El municipio se sometió voluntariamente a la jurisdicción del tribunal.
- e) El municipio defendió sus actos exitosamente ante tres instancias distintas.
- f) La evidencia que obra en el expediente en este procedimiento iniciado al amparo del TLCAN es extensa. No ha sido refutada por lo que se refiere a la oportunidad que tuvo DESONA para presentar su caso, ni a las pruebas que ambas partes presentaron ante los distintos tribunales.
- g) Los demandantes han admitido que no reclaman una denegación de justicia. No pueden, por lo tanto, identificar ningún elemento necesario citado por los doctrinarios que podría elevar su reclamación al plano internacional.

43. Tampoco presentan evidencia alguna de expropiación. Inicialmente alegaron que el municipio pretendió expropiar la concesión para asignársela a otra compañía mexicana. Cuando se ofrecieron las pruebas que demuestran que el municipio retomó la prestación del servicio, esta acusación fue retirada.

44. Jurídicamente es insuficiente calificar la terminación de la concesión como una expropiación. La sola afirmación de que una expropiación o que un incumplimiento del artículo 1105 ocurrió, sin haberse identificado de manera clara otro elemento ni haberse ofrecido pruebas convincentes, es insuficientes para elevar la demanda al grave nivel de un acto que implique la responsabilidad internacional de México. Éste es especialmente el caso cuando, como sucede en el presente, los demandantes han reconocido los hechos en torno de los tres procedimientos jurisdiccionales internos que les brindaron recurso a instancias independientes, y simplemente ofrecen una negativa absoluta sobre la relevancia jurídica y de hecho de esos procedimientos.

45. Un principio general del derecho internacional dispone que debe presumirse que la actividad legislativa, administrativa y judicial de un Estado frente a los extranjeros cumple con el derecho internacional¹⁶. El corolario es que “no debe presumirse que existe responsabilidad internacional del Estado”¹⁷. La demandada sostiene que la evidencia de los demandantes ni siquiera es indicativa de un caso prima facie.

16. Freeman, A.: *International Responsibility of States for Denial of Justice*, 1938, (reimpreso en 1970), página 75. Véase también Bing Cheng; *General Principles of Law*, en la página 304 a la 306. Cheng cita, entre otros, al árbitro en la Comisión Mixta de Reclamaciones Germano-Venezolana (1903): “*Omina rite acta praestsumuntur*. Esta regla aceptada universalmente debería aplicarse incluso con mayor fuerza a los actos de un gobierno que a los de los particulares”.

17. Reclamaciones de la Zona Española de Marruecos (1923), RIAA, página 615.

46. Esto también se aplica a la legislación estatal preexistente que le permitía al municipio, en circunstancias apropiadas, anular la concesión, así como al acto de nulidad y las sentencias subsecuentes de los tribunales de la demandada que confirmaron la validez de la nulidad. El caso de los demandantes se refiere simplemente a un incumplimiento de contrato, y ha sido resuelto de manera adecuada por los tribunales de la demandada.

47. Sobre la base de la extensa evidencia que se presentó ante los tribunales mexicanos y que ahora simplemente niega, el escrito de réplica asevera: "La Ciudad no tenía razones valederas para anular el Contrato Concesión con DESONA. Como ya se discutió, DESONA estaba cumpliendo substancialmente con sus obligaciones según el Contrato Concesión"¹⁸. Su argumento jurídico simplemente reitera los argumentos que fueron presentados y rechazados en los procedimientos jurisdiccionales internos¹⁹.

C. Las admisiones de los demandantes respecto de los procedimientos ante tribunales nacionales menoscaban su reclamación en este procedimiento

48. Los demandantes formularon su escrito de réplica de tal manera que evaden referirse de manera detallada al hecho de que, después de la notificación de la intención del Ayuntamiento de sostener una audiencia en la que se consideraría la nulidad de la concesión, recurrieron a los tribunales nacionales. Admiten que los procedimientos legales se llevaron a cabo según los describió la demandada. Sin embargo, han negado la evidencia que se presentó en los procedimientos así como con el testimonio del Dr. Dávalos que explica los procedimientos en detalle.

49. La demandada sostiene que las admisiones de los demandantes de que no hubo denegación de justicia y el que no reclame que las sentencias de los tribunales mexicanos hayan sido rendidas correctamente, le permite al Tribunal dejar ciertas cuestiones de lado. Sin embargo, ello no implica que los procedimientos jurisdiccionales sean irrelevantes. Por el contrario, son extremadamente pertinentes y permiten resolver el asunto en disputa.

50. También debe observarse que, no obstante haber admitido los hechos en torno de los procedimientos jurisdiccionales internos: "Toda la evidencia presentada por el consultor jurídico del Municipio durante los procedimientos legales en México es negada". Sin embargo, no se ha presentado evidencia alguna para contradecir el detallado y bien documentado testimonio del Dr. Dávalos sobre el desarrollo de tales procedimientos, la evidencia que presentó el municipio y la omisión de la compañía de hacer lo propio.

51. Por lo que se refiere a la relevancia de los procedimientos jurisdiccionales internos, los demandantes describen incorrectamente el argumento de la demandada como uno de cosa juzgada. También confunden cómo se relaciona el artículo 1121 con este procedimiento.

18. Escrito de réplica, sección III, párrafo 66. Ésta es una concesión importante. Aun DESONA admite que no estaba cumpliendo plenamente con sus obligaciones contractuales.

19. Véase el escrito de réplica, párrafos 21 al 49.

52. Por lo que se refiere a los comentarios de los demandantes sobre cosa juzgada y el artículo 1121, según se señalará en detalle más adelante, los hechos relativos a los procedimientos internos son pertinentes no sólo para probar que no hubo denegación de justicia y que no hubo error de derecho local, argumentos ahora aceptados por los demandantes, sino también para probar que, durante el curso de los procedimientos, DESONA tubo amplia oportunidad para presentar evidencia sobre muchos de los mismos asuntos que ahora intentan presentar ante este Tribunal. Más aún, las conclusiones de hecho de los tribunales mexicanos deben considerarse decisivos, no por el principio de cosa juzgada, sino porque son parte de la evidencia que obra en el expediente que revisa este Tribunal para determinar si existió una violación al TLCAN, y permanecen sin refutar.

53. El artículo 1121 del TLCAN requiere que un demandante potencial elija un foro. Prohíbe que se reclame el pago de daños tanto ante tribunales nacionales como ante un tribunal del TLCAN, ya sea de manera simultánea o sucesiva. Como se señaló en el escrito de contestación a la demanda, la demandada no afirma que la existencia de procedimientos internos impidan jurídicamente que los demandantes presenten de una reclamación al amparo del TLCAN. Por el contrario, afirmó que los hechos relativos a los procedimientos, el que DESONA los haya instaurado, la forma como se desarrollaron y la evidencia que fue presentada (o no fue presentada), así como las sentencias de los tribunales son directamente pertinentes al alegato de que existe una violación del TLCAN.

54. Los procedimientos fueron instaurados por la propia DESONA. Ésta tiene la carga probar que el municipio actuó en forma contraria a la legislación estatal. La evidencia del Dr. Dávalos, demuestra que los demandantes no presentaron pruebas sobre cuestiones de hecho fundamentales, a pesar de que se les dio la oportunidad hacerlo.

55. El Dr. Dávalos testifica concretamente que surgieron cuestiones de hecho y de derecho en los procedimientos. Testifica se requirió que los demandantes presentaran pruebas, por ejemplo, sobre los orígenes de las diversas versiones de DESONA y la confusión que de ellas derivó, el inadecuado desempeño de la concesión, el capital que alegan haber aportado a la concesión y demás.

56. Los demandantes han intentado oscurecer este hecho, mediante una simple negativa absoluta del testimonio del Dr. Dávalos sobre lo que ocurrió ante los tribunales. Empero, los demandantes no han presentado ninguna evidencia propia que refute su testimonio detallado y documentado.

57. Por consiguiente, respetuosamente se afirma que, en ausencia de pruebas detalladas y específicas que refuten el testimonio del Dr. Dávalos, no puede sostenerse la negativa llana que los demandantes hacen de los hechos aseverados en su declaración. La evidencia que obra en el expediente soporta tanto las determinaciones de los tribunales mexicanos, como la forma en que lo hicieron y la evidencia que consideraron.

58. El comentario contenido en la obra *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* ilustra la importancia de este punto.

59. En la discusión relativa a la aplicación específica de las reglas de expropiación a la invalidación o incumplimiento del Estado de un contrato celebrado con un nacional de otro Estado, contenidos en el *Restatement*, el comentario *j.* a la sección 712 señala que:

“Daño económico y denegación de justicia. Frecuentemente se combina el daño económico a los extranjeros con una negativa a los recursos locales. Si el extranjero dispone de un remedio administrativo o judicial efectivo para revisar la legalidad, conforme al derecho internacional, de una acción que causa daño económico, el Estado puede ser responsable por denegación de justicia, así como por la violación de sus derechos económicos... En el caso de invalidación o incumplimiento de contrato celebrado con un extranjero, Subsección 2(b), se requiere una determinación imparcial para revisar que la justificación aducida para la invalidación o el incumplimiento sea adecuada, y para calcular, en su caso, los daños.” [énfasis propio]

60. El argumento que se hace en el *Restatement* es pertinente para este caso. DESONA hizo uso de un recurso imparcial. Sin embargo, según se verá más adelante, decidió no participar plenamente en el proceso y, de hecho, se rehusó a presentar pruebas sobre, por ejemplo, sus gastos asociados con la operación de la concesión.

61. A continuación se resume los argumentos de la demandada relativos a los procedimientos jurisdiccionales internos presentados en su escrito de contestación a la demanda, y se indican las aceptaciones y negaciones respectivas contenidas en la réplica:

Escrito de contestación a la demanda:

El párrafo 31 del escrito de contestación a la demanda señala el hecho de que el *Ayuntamiento* notificó y citó a DESONA a una audiencia para proporcionar explicaciones y pruebas en respuesta a las determinaciones del *Ayuntamiento* sobre las irregularidades.

Réplica:

“DESONA tomó la posición de que no se requería cumplir con la demanda del Municipio de proporcionar explicaciones, ya que ello no estaba contemplado por el contrato. En lugar de ello DESONA inició acciones legales como se describe en los párrafos 95 y 96 del escrito de contestación a la demanda. *Supra*”²⁰

“¶ 33 al ¶ 38: Texto de la demandada omitido.”

Escrito de contestación a la demanda:

Los párrafos 33 al 38 indican que el Sr. Azinian admitió en su primera declaración que existieron procedimientos jurisdiccionales locales, y presentó el testimonio de Dr. Dávalos sobre los procedimientos iniciados por DESONA, observando que “mientras el Dr. Dávalos presentó testimonio amplio en defensa de las acciones del Municipio,

20. Réplica a los párrafos 100 al 107 del escrito de contestación a la demanda.

Global/DESONA no lo hizo”. Los párrafos 37 y 38 señalan que se sostuvieron tres distintas audiencias, dos ante los tribunales estatales y una ante un tribunal federal.

Réplica:

“Todas las cuestiones relativas a los procedimientos legales mexicanos son señalados por los demandantes en la sección de argumentos legales de esta réplica. Se niega toda prueba presentada por el abogado del Municipio durante los procedimientos legales mexicanos.”

Escrito de contestación a la demanda:

En el párrafo 95, la demandada argumenta que, en lugar de responder a la notificación del Ayuntamiento sobre las irregularidades, DESONA inició un procedimiento jurisdiccional ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado.

Réplica:

“Lo anterior se hizo con la asesoría del abogado mexicano de DESONA, Licenciado Ortega Arenas quien llevaba el asunto en ese momento.”

Los Procedimientos ante el Tribunal Administrativo del Estado

“Párrafos 100 a 107. Texto de la demandada omitido.”

Escrito de contestación a la demanda:

Los párrafos 100 al 107 se refieren a la reclamación de DESONA ante en Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado, la aceptación de jurisdicción del Tribunal, la modificación a la reclamación de DESONA, su respuesta a las 27 irregularidades sobre las que el Ayuntamiento basó su decisión de anular la concesión, la respuesta del municipio, el rechazo del tribunal del argumento de DESONA de que esta era una cuestión contractual y no una cuestión de derecho administrativo, y el hecho de que el 14 de mayo de 1994 mientras el procedimiento ante tribunales seguía en curso, el municipio celebró un acuerdo para adquirir 25 camiones Mercedes Benz para continuar con la prestación del servicio de recolección de basura.

Réplica:

“Los demandantes admiten que se llevaron a cabo los procedimientos ante los Tribunales mexicanos.”

Escrito de Contestación a la demanda:

“El procedimiento ante los tribunales continuó: página 26.”

Réplica:

“117 a 134. Texto de la demandada omitido.”

Escrito de contestación a la demanda:

Los párrafos 117 al 134 señalan en detalle los intentos procesales del municipio por presentar pruebas sobre la reunión del Cabildo y pruebas de la denuncia penal que hizo el Dr. Palacios en contra del Sr. Goldenstein (la promoción del Ayuntamiento fue posteriormente negada); los argumentos del Municipio en defensa de sus acciones (con extensas referencias a las declaraciones falsas de la compañía); la presentación de pruebas de periciales en materia contable, mediante las que se concluyó que los gastos del Municipio habían disminuido; la presentación de otro peritaje sobre la omisión de la compañía de implementar la concesión; la decisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado sobre la controversia y sus razones al respecto; la apelación posterior de la compañía ante la Sala Superior; el desechamiento de la apelación; las conclusiones de la Sala Superior (las 9 irregularidades que sostuvo); la el amparo ante el tribunal federal de circuito; la negación del amparo; y un resumen del procedimiento que llevó al tribunal a decidir, con base en el testimonio del Dr. Dávalos, de que DESONA tuvo amplia oportunidad para presentar pruebas en apoyo de su posición pero no lo hizo, y lo que se refiere a la presentación de pruebas sustanciales por parte del Municipio.

Réplica:

“Véase respuesta anterior a los párrafos 100 a 107” [“los demandantes aceptan que los procedimientos ante los tribunales mexicanos se llevaron a cabo”]

62. No se ha presentado evidencia que refute el extenso y bien documentado testimonio del Dr. Dávalos relativo a la conducción de tales procedimientos, la evidencia que presentó el municipio y la omisión de la compañía de hacer lo propio.

63. La demandada opina que el Tribunal debe tratar esta cuestión al inicio de la audiencia, y que la resolución correcta debe conducir al rechazo de la reclamación. Como no hay evidencia convincente de la existencia de ningún elemento suficiente para elevar la reclamación sobre una “anulación errónea” al plano internacional, la demandada sostiene que la reclamación debe desecharse, y debe concedérsele el pago de costas.

64. Sin perjuicio del argumento que se ha efectuado, la demandada se referirá a los otros alegatos de hecho y argumentos jurídicos vertidos en la réplica.

PARTE TRES: LA CONTINUA RELEVANCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES INTERNOS

A. Los procedimientos jurisdiccionales internos ofrecieron a DESONA múltiples oportunidades de exponer su caso

65. Uno de los temas que se ventiló en los procedimientos ante tribunales nacionales y que se disputa en este procedimiento consiste en si los derechos y obligaciones de las partes se encontraban regidos por los términos de un simple contrato, según argumentan los demandantes,

o si rige un cuerpo de leyes más amplio aplicable al otorgamiento y terminación de concesiones, según sostiene la demandada.

66. El otorgamiento de una concesión para prestar un servicio público es un acto jurídico derivado del derecho mexicano. Por consiguiente, es el derecho mexicano el que determina su naturaleza y efectos jurídicos²¹.

67. Las concesiones son actos jurídicos complejos que constan de tres elementos distintos: un elemento regulado previsto en la ley y que no puede ser modificado por ninguna parte de la concesión; un elemento administrativo a través del cual la autoridad pública otorga la concesión y define sus términos; y un elemento contractual que se subordina a los otros dos.

68. El otorgamiento de la concesión de un servicio público (por ejemplo la recolección de basura) es un acto de derecho público que involucra la transferencia *intuitu personæ* de ciertas facultades y propiedad de una autoridad pública al concesionario, durante un periodo limitado, sujeto a varias facultades y derechos de reversión que retiene quien la otorga.

21. El artículo 1.4 (Reglas obligatorias) de los Principios sobre Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT, por ejemplo, dispone:

“Nada en estos principios restringirá la aplicación de las reglas obligatorias, ya sean de origen nacional, internacional o supranacional, que sean aplicables de conformidad con las reglas pertinentes del derecho internacional privado.”

Los comentarios de UNIDROIT a los principios señalan:

“1. Las reglas obligatorias prevalecen

En virtud de la naturaleza de los Principios, no puede esperarse que éstos prevalezcan sobre las reglas obligatorias aplicables, ya sean de origen nacional, internacional o supranacional. En otras palabras, las disposiciones obligatorias, ya sea que las promulguen los Estados de manera autónoma o que implementen convenciones internacionales, o aquéllas adoptadas por organizaciones supranacionales, no pueden ser invalidadas por los Principios.” [énfasis propio]

Aún en el caso de que las partes acuerden incorporar los Principios en el contrato, o que constituyan el derecho aplicable al contrato, no prevalecen sobre reglas obligatorias. Los comentarios de UNIDROIT señalan:

“2. Reglas obligatorias aplicables en el caso de mera incorporación de los principios en el contrato

En los casos en se considere que la referencia de las partes a los Principios es sólo un acuerdo para incorporarlos al contrato, los Principios se enfrentarán, en primer lugar, al límite que imponen las reglas obligatorias del derecho que rige el contrato, es decir, sólo obligarán a las partes en la medida que no afecten las reglas del derecho aplicable, del cual las partes no puedan detraerse contractualmente...

3. Reglas obligatorias aplicables si los principios son el derecho aplicable al contrato

Aun cuando, como pudiera ser el caso si la disputa se presenta ante un tribunal arbitral, los Principios se apliquen como el derecho que rige el contrato, éstos no pueden menoscabar la aplicación de las reglas obligatorias que deban aplicarse independientemente de qué derecho rija el contrato (*lois de application nécessaire*).” [énfasis propio]

69. La concesión tiene por propósito permitir que un particular preste un servicio público, de mejor manera de la que puede prestarlo una agencia gubernamental, debido a una falta de capacidad económica o técnica del Estado. Por consiguiente, el concesionario debe tener los atributos legales, técnicos, financieros y morales para cumplir con el objeto de la concesión, y la concesión no puede ser vendida ni transferida sin la autorización expresa de la autoridad que la otorgó²².

70. La autoridad gubernamental que otorga la concesión continúa siendo la responsable de la prestación del servicio. Por lo tanto, el Estado mantiene la facultad de controlar, verificar y auditar el servicio. El Estado también conserva la facultad de aprobar las tarifas aplicables y la de imponer sanciones al concesionario, así como de terminar la concesión por varios medios, cuando ello esté debidamente fundamentado. Una de las formas de terminación de una concesión es a través de la declaración administrativa de nulidad debida a defectos que vicien los elementos esenciales de la validez de la concesión y de su existencia efectiva.

71. El consentimiento de las partes en una concesión es “una condición *sine qua non*” que debe existir como requisito de ley. Puede ser viciado por error, dolo o violencia. Es así que el Código Civil del Estado de México dispone que el acuerdo de las partes no es válido cuando se deriva de un error, violencia o dolo.

72. El error *in persona*, es decir, en la identidad del sujeto (que tiene serias consecuencias cuando ocurre en un contrato *intuitu personæ*) es un error relativo a la identidad o atributos del concesionario. Igualmente, el dolo (que frecuentemente se asocia con la mala fe) se entiende como un artificio de una de las partes para inducir a la otra al error.

73. La nulidad administrativa es el remedio adecuado ante la existencia de un error en la identidad o atributos del concesionario, o cuando el otorgamiento de la concesión ha sido inducido por error. En efecto, la legislación aplicable dispone que ello es obligatorio en tales circunstancias. El artículo 167 (anteriormente artículo 101) de la Ley Orgánica Municipal del Estado de México dispone:

“Los acuerdos, concesiones, permisos a autorizaciones otorgados por autoridad o servidores públicos municipales que carezcan o de la competencia necesaria para ello, o los que se dicten por error, dolo o violencia, que perjudiquen o restrinjan los derechos del municipio sobre sus bienes del dominio público, o cualquier otra materia, serán anulados administrativamente por los ayuntamientos, previa audiencia de los interesados.”²³ [énfasis propio]

74. La historia del procedimiento de nulidad que el municipio inició el 7 de marzo de 1994, se describe detalladamente en el escrito de contestación a la demanda (párrafos 84 al 88 y 93 al 134), y en la declaración testimonial del Dr. Carlos Felipe Dávalos Mejía (párrafos 13 al 70). A continuación se resumen los aspectos sobresalientes de los procedimientos.

22. Escrito de contestación a la demanda, dictamen del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

23. Escrito de contestación a la demanda, dictamen del Instituto de Investigaciones Jurídicas, sección 9(f) “La Nulidad de la Concesión del Servicio Público”.

75. El 7 de marzo de 1994, después de haber considerado el informe del Presidente Municipal relativo a las conclusiones y consejo del Lic. Dávalos, el Ayuntamiento aprobó dos propuestas por unanimidad:

- a) que el Primer Síndico debía notificar a DESONA de las irregularidades encontradas respecto de la capacidad y legitimidad de la compañía (como lo requieren la Constitución mexicana y la Constitución del Estado de México) y las violaciones a la Ley Orgánica Municipal, y exponer los argumentos a la compañía en una audiencia en la que determinaría la fecha para que la compañía respondiera y presentara evidencia en defensa de sus intereses; y
- b) facultar al Primer Síndico para: (i) determinar con precisión las disposiciones legales violadas; (ii) notificar a DESONA en estricto cumplimiento con la ley; y (iii) levantar acta administrativa de la audiencia, que expusiera las irregularidades encontradas por el Ayuntamiento y pusiera a la compañía en conocimiento de que, si omitía presentar una respuesta y evidencia en su defensa dentro del término establecido, perdería su derecho de hacerlo.

76. Se notificó a DESONA sobre el procedimiento el 8 de marzo de 1994. El 10 de marzo, el Primer Síndico se reunió con el Sr. Davitian y Edgar Lozada del despacho Baker & Mackenzie, quien inicialmente se ostentó como representante legal de DESONA²⁴. Se notificó formalmente a DESONA sobre las 27 irregularidades, y se le informó que debía responder y proporcionar evidencia en su defensa a más tardar el 17 de marzo de 1994.

77. El 15 de marzo 1994, en lugar de responder a las conclusiones del Ayuntamiento, DESONA presentó una demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado, con objeto de lograr anular la resolución del Ayuntamiento del 10 de marzo de 1995, sobre las siguiente bases, entre otras: (i) que el Ayuntamiento y la compañía habían celebrado un contrato de concesión el 15 de noviembre de 1996, el cual establecía los derechos y obligaciones de ambas partes; y (ii) que las partes habían acordado en la cláusula décimo cuarta del contrato que en la celebración del mismo, no había existido error u otra causa de nulidad.

78. El 21 de marzo de 1994, el Ayuntamiento decidió por unanimidad anular la concesión²⁵. El Lic. Dávalos confirma que DESONA no proporcionó evidencia para el 17 de marzo ni antes del 21 de marzo, fecha en que el Ayuntamiento resolvió anular la concesión, aun cuando DESONA tuvo la oportunidad de hacerlo. En lugar de ello, DESONA impugnó la acción del Ayuntamiento en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado, con lo cual aceptó a quedar obligado por las sentencia derivadas de ese procedimiento²⁶.

24. También se encontraba presente Mike Carolan, un corredor cuyo nombre aparece en documentos presentados a un abogado de la demandada por el Sr. Sam Maphis, que indican que, por instrucciones de los ejecutivos de DESONA y el Sr. Bryan A. Stirrat, el Sr. Carolan estaba buscando un inversionista o comprador para le compañía. Véase el Anexo T a la declaración bajo protesta del Sr. J. Cameron Mowat, presentado con el escrito de contestación a la demanda.

25. Escrito de contestación a la demanda, Anexo 9, acta de la sesión del cabildo del 21 de marzo de 1994.

26. Escrito de contestación a la demanda, declaración del Dr. Carlos Dávalos, párrafo 34. Los demandantes admitieron que DESONA se rehusó a responder a los argumentos del Ayuntamiento sobre las 27 irregularidades de

La nota continúa en la página siguiente

79. El 23 de marzo de 1994, el Ayuntamiento notificó a DESONA que la concesión había sido anulada²⁷. El Sr. Goldenstein acusó recibo de la notificación a las 9:00 de la mañana. A las 11:00 de la mañana, el municipio tomó posesión del relleno sanitario de Rincón Verde. El acta respectiva indica que DESONA retiró todo su equipo, así como el dinero que estaba en la caja registradora, por una cantidad de 1,835 nuevos pesos²⁸.

80. El 11 de abril de 1994 DESONA modificó su demanda con objeto de lograr la anulación de la resolución del Ayuntamiento del 21 de marzo de 1994. La reclamación de DESONA se basó en dos premisas: (i) que el municipio había arbitrariamente anulado la concesión y (ii) que, en virtud de que la concesión era un contrato, la controversia debía haber sido llevada ante un juzgado civil, y resuelta sobre la base de un incumplimiento de contrato, no de una nulidad administrativa.

81. El 1 de junio de 1994, en respuesta a la solicitud de DESONA, el Ayuntamiento se reunió en sesión extraordinaria de Cabildo, para escuchar la respuesta de DESONA a los diversos asuntos relativos al procedimiento de nulidad. Se dio plena oportunidad al Sr. Goldenstein para dirigirse al Cabildo y responder a las preguntas de los miembros del Ayuntamiento.

82. La audiencia ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado tuvo lugar el 14 de junio de 1994²⁹. El Dr. Dávalos proporciona en los párrafos 36 a 43 de su declaración testimonial una descripción detallada de la extensa evidencia que presentó en el procedimiento, y de la falta de pruebas de parte de DESONA. En síntesis:

- a) DESONA nunca probó que la concesión hubiera sido jurídicamente válida ni que lo que se hubiera anulado un simple contrato bilateral, por oposición a un acto administrativo de concesión.
- b) El municipio presentó numerosas pruebas para sustentar sus conclusiones de que existió error en el otorgamiento de la concesión, como resultado del fraude y dolo por parte de DESONA. Por ejemplo, en apoyo de su argumento sobre la irregularidad número 12 —que DESONA era incapaz de prestar los servicios requeridos en la concesión— el municipio presentó 39 documentos, prueba de dos inspecciones en el sitio, tres dictámenes periciales, tres declaraciones testimoniales y dos declaraciones en contra del interés de DESONA, ninguna de las cuales cuestionó DESONA mediante la presentación pruebas en contrario.

La nota continúa de la página anterior

conformidad con lo aconsejado por su representante legal. Véase la réplica, Aceptaciones y Negaciones al párrafo 95.

27. Notificación de anulación de la concesión de DESONA, 23 de marzo de 1994. Véase escrito de contestación a la demanda, Anexo 15.

28. Acta relativa a la restitución del relleno sanitario de Rincón Verde, 23 de marzo de 1994. Véase anexo 16 al escrito de contestación la demanda.

29. Escrito de contestación la demanda, declaración testimonial del Dr. Dávalos, párrafo 35 (nótese que la traducción al inglés erróneamente indica que la audiencia tuvo lugar el 14 de julio).

- c) Los tres dictámenes periciales del municipio, consistieron en un informe de los daños del municipio, una opinión sobre la viabilidad del relleno sanitario de Rincón Verde, y una opinión sobre la capacidad financiera de DESONA. Estos dictámenes contenían un total de 47 páginas de texto y 590 páginas de anexos. DESONA presentó la evidencia de tres peritos (dos designados por DESONA y uno por el tribunal), cuyos dictámenes consistieron en 7 hojas de texto y dos anexos que contenían algunas fotografías y un folleto.
- d) Con objeto de determinar la verdadera capacidad financiera de DESONA y el monto de sus inversiones, el tribunal solicitó a DESONA presentar ciertos registros financieros, tales como nóminas, estados financieros, estados bancarios, declaraciones del pago de impuestos y cuotas de seguro social, registros de cuentas por pagar y el contrato de arrendamiento de sus oficinas, pero DESONA se rehusó sistemáticamente a hacerlo³⁰.
- e) Los argumentos jurídicos escritos del municipio analizaron cada uno de los cinco requisitos administrativos para declarar la nulidad administrativa, todos los cuales estaban sustentados en pruebas. DESONA no presentó argumentos jurídicos escritos.

83. En el procedimiento ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado, DESONA tuvo plena oportunidad para presentar pruebas en respuesta a las conclusiones del Ayuntamiento que constituyeron la base del procedimiento de nulidad; pero se rehusó a hacerlo, aun cuando el tribunal lo solicitó.

84. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo emitió su sentencia el 4 de julio de 1994, menos de cinco meses después que inició el procedimiento, y confirmó la validez de las resoluciones del Ayuntamiento del 7 y 21 de marzo de 1994 que resultaron en la nulidad administrativa de la concesión.

85. En sus resultandos, el tribunal señaló:

“...en el presente caso, no existe un [derecho contractual de derecho privado], dado que la concesión pertenece a un servicio público, es decir, es un acto discrecional administrativo, a través del cual la autoridad faculta a un individuo para establecer y explotar este servicio dentro de los límites y condiciones establecidos en la ley” [énfasis propio].

86. El tribunal también determinó que:

“...la concesión debe ser otorgada a un apersona o compañía que tenga la capacidad técnica y económicas para proporciona el servicio de recolección de basura... eficiente y continuamente. Lo anterior obliga al

30. La demandada solicita que se revise el párrafo 4 de la solicitud de instrucciones de la demandada de fecha 8 de junio de 1998, en la que describe la negativa de los demandantes de presentar los mismos registros financieros. Al respecto, se indicó en diversas ocasiones que los documentos eran “irrelevantes”, “muy voluminosos para ser presentados”, que “podrían estar en México y podrían estar almacenados, y llevaría demasiado tiempo obtener”.

Concesionario a tener la tecnología y capacidad económica necesarias, es decir, los recursos financieros para asegurar los avances tecnológicos. Este es un elemento esencial que debe cumplir la compañía...”.

87. DESONA no presentó pruebas que satisficieran al tribunal de primera instancia de que tenía la capacidad técnica y financiera para desempeñar los servicios requeridos por la concesión. Es significativo que DESONA no argumentó que tenía el respaldo de cualesquiera de sus patrocinadores putativos, por ejemplo BFI, Sanifill, Western Waste Management, y Northside Steel Fabricators, respecto de los cuales ahora argumenta que estaban preparados, dispuestos y con la capacidad para aportar el capital necesario y adquirir “equipo nuevo y moderno”. Tampoco argumentó que tuviera la experiencia y capacidad que había prometido para la eficiente recolección de basura en los sectores, residencial, comercial e industrial del municipio.

88. El 14 de julio de 1994, DESONA apeló ante la Sala Superior del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Como lo describe el Dr. Dávalos, este órgano de apelación “revisó la legalidad del proceso y la correcta valoración de lo hechos y las pruebas del tribunales inferior”.

89. La Sala Superior emitió su sentencia por unanimidad el 17 de noviembre de 1994, casi cuatro meses después de la sentencia del tribunal de primera instancia. Después de haber revisado extensamente: (i) los fundamentos de la apelación, la evidencia y alegatos de ambas partes, la aplicación de la ley al caso y los fundamentos legales de la sentencia, determinó que nueve de las 27 irregularidades identificadas por el municipio constituían bases suficientes, en lo individual, para anular la concesión (también determinó que seis de las 18 de las irregularidades restantes eran base suficiente para reclamar el incumplimiento de la concesión).

90. La Sala Superior determinó que la primera irregularidad en la que la nulidad se sustentó (la constitución de DESONA con entidades distintas a aquéllas que se habían prometido ante el Cabildo en la sesión del 4 de noviembre de 1992), por sí sola “es suficiente para sustentar la nulidad de la referida concesión administrativa, dado que la indebida integración de la empresa concesionaria le impedía contar con la suficiente capacidad y experiencia técnica económica y administrativa para la prestar el servicio público de limpia de manera adecuada oportuna y eficiente...”.

91. El 10 de diciembre de 1994, DESONA instauró un juicio de amparo ante un tribunal federal colegiado de circuito. El amparo es un juicio constitucional para la protección de los individuos (incluidas las personas morales) en el territorio de México, contra actos de autoridad que violen las garantías individuales de igualdad, libertad, seguridad y debido proceso. DESONA argumentó que: (i) el municipio había llevado a cabo el procedimiento de nulidad administrativa sin motivación ni fundamentación debidas; (ii) el municipio había anulado un contrato sin seguir el procedimiento legal de rescisión, y las dos instancias estatales habían determinado que la concesión no era un contrato sino un acto administrativo que había sido propiamente anulado; y (iii) la Sala Superior no había analizado todas las pruebas y argumentos presentados por DESONA en las dos instancias previas.

92. El 18 de mayo de 1995 (casi 14 meses después de que inició el procedimiento de nulidad administrativa) el tribunal de circuito emitió su sentencia por unanimidad, en la que determinó

que los argumentos presentados por DESONA no tenían fundamento. En sus resultandos señaló que:

“fueron objeto de análisis por la responsable [la Sala Superior]... que la llevaron a concluir en que la celebración del acto administrativo de concesión existieron tanto errores como vicios en la voluntad del Ayuntamiento de Naucalpan y que por ende debía declararse la validez de los acuerdos de siete y veintiuno de marzo de mil novecientos noventa y cuatro...”

93. En su respuesta al argumento de DESONA de que ésta y el municipio habían celebrado un simple contrato, el tribunal federal de circuito determinó que:

“quedó perfectamente claro que, en términos de los artículos 126 y 128 de la Ley Orgánica Municipal, se trata de una concesión administrativa... [y que] es incuestionable que el acto administrativo discutido no puede ser un contrato...”³¹

94. Así, puede observarse que los mismos argumentos jurídicos que los demandantes han hecho en este procedimiento —que el municipio ilegalmente anuló la concesión, en lugar de aplicar las cláusulas correspondientes del contrato de concesión e iniciar un procedimiento judicial por la vía civil por incumplimiento de contrato, con exclusión del derecho mexicano aplicable a la nulidad administrativa— fueron expresamente rechazados por el tribunal de primera instancia y por las decisiones unánimes del tribunal de apelación y del tribunal federal de circuito en un juicio de amparo.

95. Mediante el argumento de los demandantes que consiste, en esencia, en que la disputa entre las partes debe ser objeto de una revisión *de novo* y juzgada por este Tribunal de conformidad con los términos del “contrato de concesión”, se solicita que este Tribunal:

- a) anule o ignore principios bien establecidos de derecho civil y administrativo mexicano (incluso contemplados en la legislación respectiva) aplicables al otorgamiento y nulidad de una concesión para la prestación de un servicio público por una autoridad pública, así como a la existencia y validez de los contratos y otros actos jurídicos³²;
- b) anule o ignore las conclusiones de los tribunales mexicanos sobre las mismas cuestiones que los demandantes ahora solicitan que el Tribunal resuelva en su favor —que la concesión fue debidamente anulada conforme a la legislación

31. Escrito de contestación a la demanda, declaración testimonial del Dr. Carlos Dávalos, párrafo 62.

32. Debe observarse que el TLCAN no pretendió modificar los cuerpos de legislación de las Partes, excepto en circunstancias muy limitadas y, en tal caso, sólo mediante referencia expresa. Por ejemplo, el anexo 1904.15 requiere de modificaciones específicos a ciertas leyes de las tres Partes del TLCAN. Los demandantes solicitan a este Tribunal que resuelva que el capítulo XI del TLCAN y “un derecho internacional de los contratos” hacen inaplicables las leyes administrativas y civiles mexicanas que rigen las concesiones y los contratos, en particular la bien establecida teoría de las nulidades, o bien, que éstas son incompatibles con el TLCAN.

aplicable, a la luz de la evidencia de engaños y otras irregularidades, que los demandantes no lograron impugnar exitosamente³³;

- c) declare que el derecho mexicano es irrelevante³⁴, no obstante que el objeto de la reclamación es el otorgamiento de una concesión en México, por una autoridad mexicana, a una empresa mexicana para la prestación de un servicio público en México;
- d) que, cinco años después de que ocurrieron los sucesos, llegue a conclusiones de hecho diferentes de las de los tribunales mexicanos respecto de la evidencia presentada dentro de los cinco meses siguientes a los sucesos correspondientes, y respecto de cuestiones sobre las cuales DESONA no logró probar; y
- e) determine que, en efecto, los inversionistas de otra de las Partes del TLCAN no están sujetos al mismo cuerpo de leyes de aplicación general al que se someten todos los demás inversionistas en México, incluidos los inversionistas mexicanos.

B. La concesión fue debidamente anulada

96. Como ya se discutió, el Ayuntamiento anuló la concesión con base en 27 irregularidades, nueve de las cuales fueron finalmente confirmadas por tres tribunales distintos. Los demandantes solicitan que el Tribunal ignore la determinación que hizo el Ayuntamiento, así como las sentencias de los tribunales nacionales sobre las mismas cuestiones, y que lleve a cabo revisión *de novo* de las circunstancias que dieron lugar al procedimiento de nulidad.

97. Sin embargo el tribunal no debe desconocer el hecho de que los demandantes se rehusaron a dar respuesta a las conclusiones del Ayuntamiento respecto de las 27 irregularidades, y a proporcionar evidencia que las refutara, tanto ante el propio Ayuntamiento como ante los tribunales, en los procedimientos internos que ellos mismos iniciaron. En efecto, aunque niegan que DESONA no atendió las irregularidades ni proporcionó explicaciones y pruebas para refutar las conclusiones del Ayuntamiento —lo cual se contrapone a la respuesta de DESONA presentada al Ayuntamiento el 16 de marzo³⁵, a su omisión de presentar pruebas tras la solicitud del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado³⁶, pero aún más significativo, a su propia aceptación en este procedimiento arbitral de que “DESONA tomo la posición de que no

33. Algunas de éstas han sido admitidas, si bien los demandantes pretendes excusarse.

34. Los demandantes citan el caso *Shufeldt* (EE.UU. c. Guatemala) 2 *Reports of International Awards* 1079 (1930), respecto de que un gobierno renuncia a su derecho de alegar incumplimiento cuando no ha dado notificación adecuada de sus quejas. Réplica, párrafos 31 y 32. El caso *Shufeldt*, sin embargo, fue un arbitraje entre dos gobiernos (iniciado por EE.UU. contra Guatemala). Se autorizó al árbitro a resolver todas las cuestiones derivadas de la reclamación, y el gobierno de Guatemala continuó reconociendo la validez del contrato y recibió beneficios al amparo del mismo durante tres años después de la supuesta violación. El caso *Shufeldt* tiene poca pertinencia para esta disputa.

35. Escrito de contestación a la demanda, Anexo 12.

36. Véase escrito de contestación la demanda, declaración testimonial del Dr. Carlos Dávalos, párrafo 41.

se requería cumplir con la demanda del municipio de dar explicaciones”³⁷— y en lugar de ello recurrieron al Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado, los demandantes han admitido que lo hicieron “por consejo del abogado mexicano de DESONA, Lic. Ortega Arenas a cargo en ese momento”³⁸.

98. En consecuencia, al no haber presentar evidencia alguna que refutara sus conclusiones, el Ayuntamiento tenía pleno derecho de anular la concesión. En efecto, estaba obligado a hacerlo: el artículo 167 de la Ley Orgánica Municipal del Estado de México dispone:

“Los acuerdos, concesiones, permisos a autorizaciones otorgados por autoridad o servidores públicos municipales que carezcan o de la competencia necesaria para ello, o los que se dicten por error, dolo o violencia, que perjudiquen o restrinjan los derechos del municipio sobre sus bienes del dominio público, o cualquier otra materia, serán anulados administrativamente por los ayuntamientos, previa audiencia de los interesados.”

99. Por lo tanto, la concesión fue debidamente anulada. Los tribunales mexicanos así lo confirmaron. De hecho, el tribunal colegiado de circuito concluyó que DESONA había manifiestamente omitido impugnar la parte central de la decisión de la Sala Superior del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado, específicamente, la validez de nueve de las 27 irregularidades que dieron lugar a la nulidad de la concesión y que la Sala Superior analizó específicamente, lo cual le permitió concluir que, en el otorgamiento de la concesión, existieron errores y elementos que viciaron el consentimiento del Ayuntamiento³⁹.

100. Los demandantes ahora solicitan que el Tribunal considere “evidencia” que DESONA, siguiendo el consejo de su abogado mexicano “en ese momento”, entonces se rehusó a proporcionar, y que concluya *ex post facto* que el Ayuntamiento y los tribunales nacionales debieron haber llegado a conclusiones diferentes. Esta proposición no puede sostenerse.

C. El Ayuntamiento no incumplió sus obligaciones derivadas del contrato de concesión.

101. El argumento de los demandantes reconoce implícitamente que DESONA incumplió el contrato de concesión, pero asevera que, como el Ayuntamiento supuestamente no intentó solucionar sus diferencias mediante negociación y no concedió a DESONA 30 días para corregir las violaciones, el Ayuntamiento incumplió el contrato de concesión a su vez.

102. La demandada no concede que el Ayuntamiento no haya intentado resolver de buena fe el problema con DESONA. El Sr. Piazzesi testifica que, junto con el alcalde entrante, el Sr. Jacob Rocha, se reunió con los ejecutivos de DESONA desde, cuando menos, principios de diciembre de 1993, y que se reunieron hasta en siete ocasiones más entre los meses de enero y febrero

37. Escrito de réplica, sección II, Aceptaciones y Negaciones al párrafo 31.

38. Escrito de réplica, sección II, Aceptaciones y Negaciones, párrafo 95.

39. Escrito de contestación a la demanda, párrafo 132.

1994. Testifica que en reiteradamente informó a DESONA que el desempeño de la concesión era inadecuado. El Ayuntamiento inició un proceso de nulidad, en virtud de que la situación no mejoró como resultado de sus discusiones con los demandantes, además de que las investigaciones del municipio revelaron la evidencia que finalmente lo llevaron a determinar la existencia de 27 irregularidades.

103. Los tribunales mexicanos determinaron que no tenía sustento el argumento de DESONA de que el Ayuntamiento incumplió el contrato de concesión porque éste (al igual que los tribunales nacionales) no consideraron el texto y el alcance del contrato celebrado con el Ayuntamiento, que es esencialmente el mismo argumento presentado ante este Tribunal. Uno de los tribunales concluyó que:

“[L]a competencia de las autoridades municipales de Naucalpan no se afecta por la circunstancia de que en al cláusula trigésimo segunda del contrato de concesión de 15 de noviembre, 1993... se señale que las partes someterán a los Tribunales del Estado para la interpretación, cumplimiento y ejecución de las obligaciones contenidas en dicho instrumento jurídico, en virtud de que no se está en presencia de los supuestos de interpretación, cumplimiento y ejecución de ese contrato, sino de la nulidad administrativa del mismo por la existencia de error en el otorgamiento.”⁴⁰

104. Es así que, jurídicamente, no hubo incumplimiento del contrato, puesto que, en virtud de que DESONA hizo declaraciones falsas sobre aspectos fundamentales y cometió otras irregularidades, el contrato fue declarado nulo *ab initio*. En otras palabras, debido a la naturaleza de las declaraciones falsas y otras irregularidades, la concesión en su totalidad (incluyendo el contrato de concesión) fue invalidada —y, consecuentemente, inaplicable— desde su origen.

105. Los demandantes han admitido que “no están solicitando al Tribunal evaluar lo correcto de las decisiones emitidas por los Tribunales mexicanos en cuestiones legales mexicanas”⁴¹, de manera que han consentido que, tanto los procedimientos internos, como las decisiones de los tribunales, fueron correctos.

106. Los demandantes están, en efecto, solicitando que el Tribunal funja como un tribunal de apelación, y revierta las sentencias de los tribunales nacionales, con base en que el derecho internacional prohíbe la anulación de una concesión (o de un contrato de concesión), y entonces realice una revisión *de novo* con el fin de encontrar que, a pesar del hecho que la misma DESONA incumplió el contrato de concesión, el Ayuntamiento a su vez lo incumplió al no seguir un curso de acción específico: celebrar negociaciones y otorgarle a DESONA 30 días para “remediar” sus violaciones.

107. Más aún, debe impedirse que los demandantes hagan tal argumento ante este Tribunal, puesto que omitieron presentar evidencia —en efecto se rehusaron a ello— que pudiera

40. Sentencia de la Sala Superior del 17 de noviembre de 1994, página 13 (escrito de contestación la demanda, declaración testimonial del Dr. Carlos Dávalos, Anexo 17).

41. Escrito de réplica, sección III, página 15, párrafo 30.

contradecir los argumentos del municipio. El Tribunal debe dar plena fuerza al proceso de nulidad, como lo determinaron los tribunales mexicanos, y declinar la sugerencia de los demandantes que se lleve a cabo una nueva revisión.

PARTE CUATRO: LOS HECHOS DESPUÉS DE DOS RONDAS ESCRITOS

108. La réplica de los demandantes no contiene una relación de hechos.

109. Las "Aceptaciones y Negaciones" de los demandantes, en su mayoría, no dan respuestas satisfactorias: en algunas ocasiones niegan hechos que admiten en comentarios posteriores, en otros argumentan sobre la base de declaraciones que la demandada no hizo; e incluso en otros, niegan, sin explicación, hechos debidamente documentados.

110. El anexo 2 "Análisis de las Aceptaciones y Negaciones de los Demandantes", se refiere a las aceptaciones y negaciones de los demandantes en detalle.

A. La respuesta de la réplica a los argumentos de hecho de la demandada

111. El escrito de réplica incluye una segunda declaración testimonial de los Sres. Azinian, Davitian y Stirrat. No se presentó una declaración de réplica del Sr. Goldenstein, no obstante que en las diversas respuestas a los incidentes, así como en el escrito de demanda, se presentó al Sr. Goldenstein como el Director Financiero y Administrativo de Global Waste Industries, Inc. y de Global/DESONA.

112. No se da respuesta alguna en la réplica a gran parte de las declaraciones de los testigos presentados por la demandada. No hay referencia de ningún tipo a la mayoría de estas pruebas.

La declaración del Dr. Óscar Palacios

113. La demandada presentó las pruebas del Dr. Óscar Palacios, quien describió a los demandantes como "estafadores" y testificó que se convirtió en accionista de DESONA I después de haber sostenido negociaciones con los principales ejecutivos de DESONA. En particular, testifica que el Sr. Goldenstein lo indujo a hacerlo. El Dr. Palacios testificó que aportó dinero en efectivo y contenedores de acero al proyecto, y que los ejecutivos de Global no hicieron las aportaciones de capital a las que se comprometieron. También testificó que, después de que el estado aprobó la concesión, ésta fue asignada a DESONA B, sin su consentimiento. Testificó además que intentó confrontar al Sr. Goldenstein en la sesión de Cabildo del 1 de junio de 1994 que DESONA solicitó, pero que éste abandonó la reunión cuando se dio oportunidad a que participaran el Dr. Palacios y otras personas. También testificó que presentó una denuncia penal en contra del Sr. Goldenstein⁴².

114. El escrito de réplica no contiene ninguna evidencia que contradiga el testimonio del Dr. Palacios, más allá de la afirmación, sin pruebas, de que éste no era un accionista de DESONA,

42. Escrito de contestación la demanda, declaración testimonial del Dr. Oscar Palacios.

sino más bien un acreedor (no se da explicación alguna sobre el acta constitutiva de DESONA I presentada como anexo 2 a la declaración del Dr. Palacios). No existe evidencia de réplica, en absoluto, del Sr. Goldenstein.

Declaración del Sr. Sánchez Serrano

115. La demandada presentó la evidencia del Sr. Emilio Sánchez Serrano, quien testificó que había estado involucrado en el proyecto de "Solución Integral" en 1991 y 1992. Testificó que, de hecho, fue él quien pago la visita de los funcionarios del municipio a la ciudad de Los Ángeles a principios de 1992. Declaró que fue él quien absorbió los gastos del viaje a solicitud de Global, y que los ejecutivos de ésta debían restituirle tales gastos. No lo hicieron. Además, testificó que durante la visita a Los Ángeles, "la forma en que estas personas [los Sres. Azinian, Goldenstein, Davitian] buscaron convencer a los funcionarios municipales de que les otorgaran la concesión, fue inapropiada"⁴³. El Sr. Sánchez se retiró del proyecto cuando los tres ejecutivos de Global no le reembolsaron los gastos, y después de que, a través de un socio de negocios, el Sr. Bruno de la Mata, investigó a Global⁴⁴.

116. La réplica no contiene testimonios que contravengan el del Sr. Sánchez.

Los expedientes de los litigios de los Sres. Azinian y Davitian

117. El escrito de contestación a la demanda presentó amplia evidencia de los expedientes de litigios de los Sres. Azinian y Davitian. Se han dictado numerosas sentencias civiles, incluso en juicios seguidos en rebeldía, en su contra.

118. Ni el Sr. Azinian ni el Sr. Davitian testificaron que la evidencia tomada del registro de los tribunales del estado de California fuera incorrecta. Simplemente existe una negativa absoluta al párrafo 32 (e), (f), y (g) que señala que: "la información contenida en los incisos (e) al (g) anteriores es engañosa, incompleta e imprecisa". Sin embargo, los Sres. Azinian y Davitian no hicieron ningún intento por explicar por qué esto es así.

La ausencia de registros financieros

119. El escrito de demanda hizo un modesto intento de certificar los estados financieros de DESONA, mediante el testimonio del Sr. Goldenstein de que éste había custodiado los registros de la compañía⁴⁵. La demandada advirtió la falta de soporte documental a la afirmación de los demandantes de que habían efectuado una inversión en México.

43. Escrito de contestación a la demanda, declaración testimonial de Emilio Sánchez, en los párrafos 13 al 19

44. Escrito de contestación de la demanda, declaración testimonial del Sr. Emilio Sánchez.

45. Declaración testimonial presentada con la demanda, página 2: "custodiaba todos los registros suministrados en adelante y certificaré su validez, excepto la de aquellos presentados por la demandada. Por favor hágase referencia a mi testimonio presentado en relación en respuesta al incidente de instrucciones".

120. La réplica contiene un estado de ingresos “reconstruido” y una serie de recibos sin una lista detallada que los relacione con la supuesta inversión. Ningún testigo hizo referencia a cómo se elaboró el documento, ni a la pertinencia de los recibos en este procedimiento.

Las distintas versiones de DESONA

121. En el escrito de contestación a la demanda, la demandada argumenta que tres versiones diferentes de DESONA estaban en juego. Presentó una serie de estados financieros que contienen el nombre del Sr. Goldenstein en la portada, y que listan a los Sres. Pulido García y López Martínez como accionistas.

122. El escrito de réplica señala que estos nombres “no aparecieron después en el balance financiero del 31 de octubre, como un error que fue corregido”. Ningún testigo declara sobre este supuesto error. No existe evidencia de réplica del Sr. Goldenstein respecto de los balances generales que llevan su nombre.

Supuesta evidencia de negociaciones contractuales

123. En las declaraciones testimoniales presentadas con la demanda, el Sr. Goldenstein testificó que: “he implementado la tarea de negociar el Contrato de Concesión con el Municipio”⁴⁶. Adicionalmente, el Sr. Azinian testificó que: “sólo estuve involucrado en la negociación del contrato en cuestiones de dinero, tales como tiempos y agendas de pago. El Sr. Goldenstein de hecho hizo las negociaciones del contrato”⁴⁷. Sin contar con evidencia del Sr. Goldenstein sobre lo que se dijo durante las negociaciones del contrato de concesión, los demandantes ahora hacen argumentos específicos sobre declaraciones que le son atribuidas a funcionarios del municipio⁴⁸. No existe evidencia en el expediente sobre estas cuestiones.

B. Hechos que han sido admitidos por los demandantes

124. Los demandantes han admitido los siguientes hechos.

125. Los demandantes admiten que los Sres. Azinian y Goldenstein se ostentaron como propietarios de Global Waste Industries, y que el Sr. Azinian se ostentó como presidente de esa compañía. Los demandantes también reconocen (citando sus propios documentos) que informaron a la demandada y a este Tribunal que los Sres. Azinian, Goldenstein y Davitian son propietarios del 33% de Global, cada uno. No niegan la evidencia de la demandada de que los Sres. Goldenstein y Azinian no detentan acciones de Global, y que el señor Azinian no tenía ningún cargo en la compañía. Su única respuesta es: (i) aseverar que el término “propietarios” no significa “accionistas”, y (ii) que era conveniente que el Sr. Azinian se ostentara como presidente de Global porque tiene fluidez en el español⁴⁹. Por lo tanto, los demandantes han

46. Declaración testimonial del Sr. Goldenstein, página 1.

47. Declaración testimonial del Sr. Azinian, presentada con la demanda, página 4.

48. Véase la sección III del escrito de réplica, en los párrafos 33-49.

49. Aceptaciones y Negaciones de los demandantes, respuestas a los párrafos 10 y 32(c).

aceptado haber realizado, con conocimiento, declaraciones falsas al municipio, a la demandada y a este Tribunal respecto de su participación en Global y los cargos que tenían en ésta.

126. Los demandantes admiten que Global estaba en un procedimiento de quiebra; pero señalan que éste consistía en una “reorganización” y no en una liquidación⁵⁰. Sin embargo, los demandantes no argumentan que Global era insolvente, ni argumentan que la empresa emergió de la reorganización. Los demandantes tampoco contravienen el hecho de que el señor Azinian se haya declarado personalmente en quiebra en 1989.

127. Los demandantes admiten que Sunlaw rechazó el Memorando de Entendimiento, y que Sunlaw señaló lo siguiente a Global (de hecho los propios demandantes citan esta declaración):

“Por favor tome nota de que Sunlaw objeta fuertemente el incumplimiento de Global por no haber entregado los documentos, datos y otra información de manera oportuna, no obstante habérselos requerido repetidamente; la omisión de Global de proporcionar información financiera e información comercial; así como la divulgación no autorizada a competidores de datos altamente sensibles y confidenciales para Sunlaw y marcados como confidenciales en las transmisiones a Global. Adicionalmente, existen problemas muy serios de comunicación que requieren la implementación de medios alternativos para poder avanzar.”

128. Los demandantes afirman que esta redacción no sugiere que Sunlaw estuviera descontenta con ellos de manera alguna, y que Sunlaw se había retirado del Memorando de Entendimiento sólo por razones técnicas⁵¹. La interpretación de los demandantes sobre su relación con Sunlaw es totalmente increíble.

129. Los demandantes han admitido en su demanda, que no hicieron préstamos a DESONA por montos indefinidos. Ahora reconocen que no lo hicieron⁵².

130. En el escrito de demanda, los demandantes afirman, con gran precisión, que su “inversión previa a la anulación” era de un total de 2,790,000 dólares. Sin embargo, en la réplica, el estado de ingresos “reconstruido” de DESONA demuestran un total de gastos por 2,164,294.09 pesos. Adviértase que el estado “reconstruido” cubre supuestamente el periodo que va del 29 de enero de 1993 (nueve meses antes de que el contrato de concesión entrara en vigor) al 13 de mayo de 1994. El tipo de cambio del peso frente al dólar entre 1993 y 1994 estaba al rededor de 3 pesos por dólar. Esto significa que los gastos totales, según lo señalan los propios demandantes, fueron por menos de 1 millón de dólares.

131. Los demandantes, por lo tanto, han reconocido que los gastos que presentaron en principio en la demanda fueron falsos. Los supuestos gastos continúan sin soporte documental, y la demandada no acepta que ninguna de las entidades de DESONA, de hecho, haya gastado

50. Aceptaciones y Negaciones de los demandantes, respuestas al párrafo 32(b).

51. Aceptaciones y Negaciones de los demandantes, respuesta al párrafo 13.

52. Sección III de la réplica, párrafo 12.

siquiera esa cantidad; el punto, sin embargo, es que los demandantes han negado las cifras de inversión presentadas en su demanda.

132. Los demandantes no niegan que existieron por lo menos tres versiones de "DESONA", cada una con diferentes accionistas. Previamente argumentaron que fueron alentados por funcionarios municipales para constituir una empresa mexicana que detentara la concesión, pero no argumentan que se les solicitó crear diversas versiones. Los demandantes en su réplica ahora señalan que:

"Siquiera si fuera cierto que técnicamente DESONA no tenía el contrato de Concesión, no se le debería permitir a México invocar una falta técnica para con sus leyes internas como una defensa cuando las autoridades de la ciudad claramente sabían que eran los Reclamantes, operando a través de DESONA, quienes estaban llevando a cabo el Contrato Concesión."⁵³

Este es un argumento se contradice por el hecho de que (i) un accionista mexicano de una de las versiones de DESONA presentó una denuncia penal en contra de los demandantes; (ii) ninguno de los demandantes era accionista de DESONA I, la única sociedad que legalmente era titular de la concesión en el momento en que fue aprobada por el Ayuntamiento; y (iii) la prácticas engañosas de los demandantes de barajar las diferentes formas corporativas de DESONA, que fue una de las principales razones sobre las que los tribunales mexicanos confirmaron la nulidad del contrato de concesión determinada por el municipio.

133. Los demandantes aceptan que recibieron fondos sustanciales y aportaciones de equipo del Dr. Palacios, que utilizaron para la operación de DESONA, y que no le han pagado. Los demandantes saben que deben al Dr. Palacios 333,614.14 pesos, aunque argumentan que estos fondos fueron préstamos y no aportaciones de capital.

134. Los demandantes tampoco disputan: (i) que el Dr. Palacios realizó sus aportaciones/préstamos a DESONA I; (ii) que detentaba el 30% de las acciones de DESONA I; y (iii) que utilizaron los fondos para operar DESONA en lugar de DESONA I (continúa sin aclararse si la compañía que estaba en operación era "DESONA A" o "DESONA B"). Ninguno de los demandantes era accionista ni inversionista en DESONA I.⁵⁴

135. Los demandantes admiten que los procedimientos ante los tribunales mexicanos se desarrollaron según lo describió la demandada. La importancia de esta aceptación ha sido previamente discutida.

136. Los demandantes no disputan la autenticidad de los balances contables y los estados financieros de una de las entidades de DESONA, que fueron obtenidos por la demandada, y por

53. Sección III de la réplica, párrafo 8.

54. Los únicos accionistas de DESONA I eran el Dr. Palacios y el Sr. Goldenstein.

consiguiente reconocen que tales documentos existen⁵⁵. Sin embargo se han rehusado a presentar los estados financieros completos de las diversas compañías denominadas DESONA⁵⁶.

C. Hechos en controversia

137. Los siguientes hechos continúan en controversia:

138. *Inversión en camiones*: Los demandantes continúan afirmando que DESONA “adquirió los camiones que estaba obligada contractualmente a proveer”⁵⁷. Los demandantes también incluyen en su estado de ingresos “reconstruido” (Apéndice A del escrito de réplica) una categoría que pretende mostrar que DESONA gastó exactamente 134,669.43 pesos en la adquisición de los camiones⁵⁸. De manera más específica, los demandantes afirman que DESONA adquirió dos camiones de una empresa canadiense, Northside Steel Fabricators, Ltd.⁵⁹. La demandada responde lo siguiente:

- a) Los demandantes no han presentado prueba alguna de que hayan comprado o sido propietarios de cualesquier camiones, ya sea a través de DESONA o de otra forma.
- b) Los estados bancarios y recibos correspondientes presentados por los demandantes no indican que se haya realizado una compra de camiones por 134,669.43 pesos.
- c) De acuerdo con los propios demandantes, los dos camiones costaron un total de 249,000 dólares⁶⁰. El monto de 134,000 pesos, no hubieran sido suficiente para comprar siquiera uno de ellos.
- d) Los demandantes han admitido que todos los demás camiones que usaron pertenecían al municipio.

55. Aceptaciones y Negaciones de los demandantes, respuesta a los párrafos 143-144.

56. En la página 7 de la respuesta de los demandantes a la solicitud de documentos formulada por la demandada de presentar el libro diario o mayor de DESONA, la nómina y cuentas pagaderas o por cobrar, se señala: “El material solicitado es material irrelevante que no es un punto en disputa frente al tribunal y es gravoso y opresivo en naturaleza”. Los demandantes también se rehusaron a presentar estados financieros y declaraciones fiscales de DESONA. Sin embargo, los demandantes presentaron un estado ingresos “reconstruido” informal de DESONA, sin auditar y sin firma ni fecha, como supuesta evidencia de una inversión.

57. Aceptaciones y Negaciones de los demandantes, respuesta al párrafo 63.

58. La demandada observa que la “declaración de ingresos” no está certificada, o siquiera firmada y fechada. No tiene valor probatorio, excepto en la medida en que contenga admisiones contrarias a los intereses de los demandantes.

59. Véase declaración testimonial de Basil Carter de la empresa Northside Steel, Anexo 9 de la Sección II del escrito de demanda.

60. Véase la respuesta de los demandantes a la solicitud de datos específicos, en la página 7.

- e) Los demandantes no han indicado qué destino dieron a los camiones que supuestamente compraron. Aparentemente los camiones nunca les pertenecieron y, por lo tanto, se devolvieron a sus propietarios o bien, se vendieron⁶¹.

139. *Inversión en contenedores de basura:* Los demandantes incluyen en su estado de ingresos "reconstruido" un asiento que muestra la adquisición de contenedores por una cantidad de 104,109.50 pesos. Sin embargo, admiten expresamente que una de las contribuciones del Dr. Palacios a DESONA fue de 60 contenedores de basura con un valor de 95,816.40 pesos, y posteriormente admiten que nunca pagaron o compensaron de algún otro modo al Dr. Palacios⁶². Además, los demandantes no han indicado qué destino se le dio a los contenedores. La demandada considera que DESONA vendió a Sanifill cualesquier contenedores que poseía, y que, en cualquier caso, éstos eran propiedad del Dr. Palacios.

140. *Otras supuestas inversiones:* Los demandantes argumentan que DESONA obtuvo préstamos de BFI y Western Waste, y que eran personalmente responsables por esos préstamos. La demandada reitera su posición de que los demandantes aún no han presentado evidencia de que DESONA haya recibido fondos de ninguna de estas compañías⁶³.

141. *Supuestas garantías personales:* Los demandantes tampoco han presentado evidencia de que sean responsables personalmente por cualquier crédito. En el caso de Western Waste, simplemente afirman que el Sr. Azinian "oralmente" otorgó una garantía personal⁶⁴. En el caso de BFI, el contrato de garantía presentado por los demandantes señala que el 15% de las acciones de DESONA servirían como colateral de BFI, y que esas acciones provendrían de las que detentaba el Sr. Azinian. La demandada indicó en su escrito de contestación a la demanda que el Sr. Azinian continuaba en posesión de todas sus acciones, lo cual es incongruente con la idea de

61. El Sr. Carter señala que los dos camiones se importaron a México en el verano de 1993 para una exposición comercial —varios meses antes de la fecha en que los demandantes aseveran haberlos adquirido. Parece ser que, habiendo importado los camiones a México de forma temporal para la exposición, el Sr. Carter entonces se los prestó a los demandantes. Para mantener de manera permanente los camiones en México después de la exposición, era necesario solicitar un permiso de importación definitiva, lo que aparentemente se hizo en el otoño de ese año.

62. En su escrito de demanda, los demandantes afirman que el Sr. Davitian aportó "capital y equipo valuado en más de 100,000 dólares". En su respuesta a la solicitud de datos específicos en la página 15, los demandantes señalan que esta cifra se obtuvo sumando el valor de un solo camión de 18 años de antigüedad, al valor de entre "25 y 30" contenedores, "valuados, en promedio, en 350 a 500 dólares por contenedor", así como a ciertos "equipos de soldadura, fundidoras y herramientas" no especificados y no valuados. Los demandantes aceptan que los camiones nunca se importaron a México ni se entregaron a DESONA de otro modo. Aun aceptando el valor promedio de 425 dólares por contenedor, y que eran 30 contenedores, el valor total máximo de la "aportación" del Sr. Davitian sería de 12,750 dólares. Sin embargo, los demandantes aún no proporcionan evidencia de que el Sr. Davitian haya sido propietario de alguno de dichos contenedores o, más aún, que los haya aportado a DESONA.

63. Los demandantes ha presentado talones de cheques que indican que Western Waste emitió cheques por un total de 100,000 dólares con la siguiente anotación: "préstamo". Sin embargo, no existe evidencia de que los cheques se hayan expedido a DESONA o a los demandantes. De manera semejante, los demandantes presentaron un acuerdo conforme al cual BFI aceptó prestar dinero a DESONA, pero se han negado a presentar pruebas de que ese dinero haya llegado a DESONA. Por el contrario, el estado de ingresos "reconstruido" de los propios demandantes, no indica que se haya recibido ningún préstamo de Western Waste o BFI; el único préstamo registrado es de EPYCSA (la empresa del Dr. Palacios).

64. Respuesta de los demandantes a la solicitud de datos específicos, página 15.

que le debía dinero a BFI. Los demandantes ridiculizaron esta aseveración de la demandada, señalando:

“Tan inconcebible como lo pueda parecer a la Demandada, BFI nunca exigió tener físicamente en su poder los certificados que le fueron dados en garantía.”⁶⁵

142. La demandada sostiene que ello es, en efecto, inconcebible, puesto que el contrato de garantía mismo estipula en el párrafo 3:

“En apoyo a la garantía otorgada por este medio, ha sido exhibida por cada Garante, simultáneamente en la ejecución y el otorgamiento de este Acuerdo a BFI todos los instrumentos y con los certificados de una acción representando la garantía subsidiaria, junto con poderes para representar capital debidamente ejecutados en favor de BFI.”⁶⁶

Si nunca se entregaron los títulos de acciones a BFI, como lo señalan los demandantes, puede inferirse razonablemente que nunca se les prestó el dinero y que el acuerdo no es auténtico.

143. *El papel del Sr. Stirrat*: El escrito de réplica contiene una declaración testimonial del Sr. Stirrat, testificando que él no tenía un interés como propietario en DESONA. Sin embargo, no niega que dio instrucciones a Mike Carolan, en marzo de 1994, para que buscara un comprador o inversionista para la concesión de recolección de basura, como se indica en los documentos proporcionados por Sam Maphis a la demandada.

144. *Supuesta experiencia de Global y los Sres. Azinian, Goldenstein y Davitian en el manejo de basura*. La demandada aduce evidencia de que los Sres. Azinian, Goldenstein y Davitian declararon falsamente al Ayuntamiento que Global Waste tenía más de 40 años de experiencia en el manejo de basura y era “considerada ser una empresa líder en la industria”. En el escrito de réplica los demandantes no intentaron defender su argumento de que Global —una empresa constituida sólo 16 meses antes de que se presentaran ante el Cabildo municipal, que tenía ingresos anuales por 30,000 dólares y ya se encontraba en un procedimiento de quiebra— era una “empresa líder de la industria”. Sin embargo, argumentan que una declaración de que “[l]os altos ejecutivos de GWI tienen más de 40 años de experiencia en el negocio de recolección de basura” se refería solamente al Sr. Davitian, y que el Sr. Davitian “tenía la experiencia de más de tres generaciones en el negocio de recolección de basura” —lo que significa que la experiencia del padre y del abuelo del Sr. Davitian debería serle atribuida⁶⁷. La demandada responde que ninguna persona razonable podría interpretar la descripción de Global sobre su experiencia en este sentido, y que los demandantes no habrían descrito su experiencia de esta forma a menos que pretendieran engañar.

145. *La notificación a DESONA de la anulación propuesta*: Los demandantes afirman que “no existe evidencia escrita de alguna demanda registrada por la Ciudad y presentada a

65. Aceptaciones y negaciones de los demandantes, respuesta al párrafo 166.

66. Anexo 16 a la respuesta de los demandantes a la solicitud de documentos.

67. Aceptaciones y negaciones de los demandantes, respuesta al párrafo 32(a).

DESONA o a sus representantes de algún incumplimiento material del contrato escrito”. La demandada de hecho, se refirió a este asunto en detalle en los párrafo 93 al 96 del escrito de contestación a la demanda, y explicó que el 8 de marzo de 1994, el municipio entregó una notificación formal en propia mano al Sr. Davitian, como representante de DESONA, y que se sostuvo una audiencia con los representantes de DESONA el 10 de marzo, durante la cual se les presentó el documento en que se establecían las 27 irregularidades, así como que el Sr. Goldenstein, en representación de DESONA, presentó una respuesta a ese documento el 16 de marzo. La demandada presentó copia de la notificación formal y la respuesta del Sr. Goldenstein como Anexos 11 y 12 al escrito de contestación a la demanda.

D. Hechos adicionales – declaraciones hechas a la legislatura del estado

146. Las declaraciones falsas hechas por los demandantes al Ayuntamiento se repitieron y ampliaron durante las audiencias ante las “comisiones unidas” de la legislatura del estado, el 22 de julio y el 29 de julio de 1993, las cuales tuvieron como consecuencia que, el 3 de agosto de 1993, ésta aprobara la concesión otorgada por el Ayuntamiento el 4 de noviembre de 1992. Los detalles y pruebas de las declaraciones que los proponentes del “Proyecto de Solución Integral” hicieron a los miembros de la legislatura estatal, se presentan en el Anexo 1.

PARTE CINCO: OBSERVACIONES RESPECTO DE LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS DEL ESCRITO DE RÉPLICA DE LOS DEMANDANTES, Y LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDADA EN RESPUESTA

A. La reclamación no es una reclamación conforme al TLCAN

147. Como se señala en la Parte Dos, la demandada afirma que la objeción preliminar incluida en el inicio de este escrito de réplica, es suficiente para dar por terminada esta reclamación. Incluso, considera que es innecesario celebrar una audiencia sobre el supuesto incumplimiento por parte del municipio, ya que la evidencia en el expediente, en combinación con las admisiones de los demandantes, demuestran que, aun cuando el municipio hubiera incumplido el contrato de concesión (lo cual se niega), existen suficientes pruebas para soportar la decisión del Ayuntamiento de anular la concesión, y no existe evidencia en el expediente para sustentar que se eleve este incumplimiento de contrato al plano internacional.

148. Por lo tanto, la demandada reitera los argumentos manifestados en la Parte Dos.

149. Adicionalmente, la demandada formulará los argumentos jurídicos sobre las cuestiones pertinentes que aún están pendientes, así como las distinciones entre las reclamaciones aducidas al amparo del artículo 1116 y 1117 del TLCAN, y algunos comentarios finales relativos a los artículos 1105 y 1110.

B. Ninguno de los demandantes estaba legitimado para presentar esta reclamación

150. Desde que inició este caso, la demandada ha señalado sus preocupaciones respecto de si cualquiera de los demandantes esta legitimado para presentar la reclamación. La demandada hizo su primer señalamiento al respecto en la audiencia preliminar sostenida el 26 de septiembre de 1997, y posteriormente en su incidente sobre cuestiones de legitimidad procesal presentado el 6 de octubre de 1997.

151. En su decisión interina de fecha el 22 de enero de 1998 sobre el incidente, el Tribunal declinó resolver en esta cuestión en ese momento, y emitió las siguientes instrucciones:

“Los argumentos anteriormente resumidos dan lugar a un número de asuntos complejos que pueden tener el efecto de restringir la competencia del Tribunal. Sin embargo, no parecen eliminar del todo la necesidad de considerar el fondo. Al considerar si algo se ganaría haciendo mediante determinaciones interinas respecto de cualquiera de estas cuestiones, el Tribunal ha tenido en mente los siguientes factores:

Existen algunas cuestiones de hecho y de derecho sobre las que el Tribunal podría solicitar argumentos adicionales antes de decidir cualquiera de las cuestiones derivadas de este incidente. En otras palabras, no parecen estar maduras para tomar una decisión en este momento...

Si es cierto que parte de la reclamación del Sr. Azinian la hace como una subrogación impermisible por el Sr. Goldenstein, ello puede ser determinado por el Tribunal en posteriormente. Esto podría afectar el *quantum*, pero no la legitimidad del Sr. Azinian *pro se*.

Si es cierto que el Sr. Davitian no era accionista en el momento material, ello podría afectara su legitimidad, pero no obviaría las consideraciones de fondo; parece que tampoco su presencia provisional como demandante complicaría los hechos que serán juzgados respecto del fondo.

Si es cierto que los Señores Azinian y Davitian intentar introducir reclamaciones que están fuera de la jurisdicción del Tribunal Arbitral, según está determinada por el TLCAN y las diversas notificaciones articuladas en este caso, el Tribunal también puede resolverlo en su oportunidad, por ejemplo desechando reclamaciones que son, en efecto, *ultra petitia*.

Cualquier cosa que pueda decirse acerca de DESONA A y DESONA B, ninguna de ellas es un demandante. Las complicaciones relacionadas con la constitución, actos formales y tratamiento de DESONA por las autoridades administrativas y judiciales mexicanas (en cualquiera de sus supuestas versiones) parece ser parte del fondo del asunto, habiéndose tomado nota de que los demandantes han identificado a la entidad dañada

por las supuesta acciones erróneas de la demandada como aquélla que definen como 'DESONA B.'" [énfasis propio]

1. Los demandantes han presentado su reclamación como inversionistas individuales, y no en representación de DESONA B

152. El derecho de los demandantes a presentar una reclamación en arbitraje está regulado por la sección B del capítulo XI del TLCAN. Las disposiciones pertinentes son las siguientes:

"Art. 1116.- Reclamación del inversionista de una Parte, por cuenta propia.

1. De conformidad con esta sección, el inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida en... la sección [del capítulo once]... y que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella.

Art. 1117.- Reclamación del inversionista de una Parte, en representación de una empresa.

1. El inversionista de una Parte, en representación de una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que este bajo su control directo o indirecto, podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta sección, una reclamación en el sentido de que la otra Parte ha violado una obligación establecida en... sección A... y que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella.

3. Cuando un inversionista presente una reclamación de conformidad con este artículo y de manera paralela el inversionista o un inversionista que no tenga el control de una empresa, presente una reclamación en los términos del artículo 1116 como consecuencia de los mismos actos que dieron lugar a la presentación de una reclamación de acuerdo con este Artículo, y dos o más demandas se sometan a arbitraje en los términos del artículo 1120, el tribunal establecido conforme al artículo 1126, examinará conjuntamente dichas demandas, salvo que el tribunal determine que los intereses de una parte contendiente se verían perjudicados...

Art. 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:

- (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 este bajo su control directo o indirecto, la empresa renuncia a su derecho a

154. Aunque los demandantes individualmente pretenden renunciar a sus derechos de iniciar un procedimiento interno, respecto de la medida en cuestión (la demandada considera que lo hace en una forma muy cuestionable), ninguna renuncia fue elaborada por DESONA B y presentada con la reclamación de arbitraje⁶⁹.

155. El propio CIADI reconoce la omisión del cumplimiento del requisito de renuncia. En una carta del 17 de marzo de 1997 al Sr. St. Louis en la que acusa recibo de su notificación de reclamación, el Sr. Antonio Parra, asesor jurídico del CIADI, escribe:

“Por favor note que entendemos que la notificación es presentada por los demandantes por sí mismos y no en representación de Desechos Sólidos de Naucalpan S.A. de C.V.”

156. Los demandantes no han indicado ningún desacuerdo con esta declaración, ni han hecho ningún otro comentario al respecto.

157. De efecto similar, en su decisión interina del 23 de enero de 1998, el Tribunal determinó: “Cualquier cosa que pueda decirse acerca de DESONA A y DESONA B, ninguna de ellas es un demandante”.

158. En opinión de la demandada, el CIADI ha resuelto el asunto: registró la reclamación de los demandantes como inversionistas individuales, y no como reclamantes en representación de DESONA. No se ha presentado debidamente ante este Tribunal una reclamación de conformidad con el artículo 1117⁷⁰. Los demandantes sólo pueden formular su reclamación de conformidad con el artículo 1116.

159. Ésta no es una cuestión trivial. Las disposiciones respectivas del TLCAN no son meras minucias técnicas. Los requisitos procedimentales del TLCAN son obligatorios para las Partes del tratado, los inversionistas contendientes y los tribunales arbitrales, y ninguno puede detraerse de ellos. Debe dárseles plena fuerza y efectos, como lo requiere el TLCAN.

69. Una carta al CIADI del Sr. St. Louis del 24 de noviembre de 1996 titulada “Notificación preliminar de la intención de someter una reclamación a arbitraje y el consentimiento de los inversionistas” contiene la siguiente declaración:

“Los inversionistas estadounidenses por este medio están consientes en someter a arbitraje la reclamación de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1120. 1.(b) del TLCAN y por este medio formalmente renuncian a sus derechos de promover ante los tribunales o iniciar un procedimiento administrativo respecto a esta reclamación de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1121 1 y 2.”

70. En efecto, dada la aseveración de los demandantes de que son propietarios y controladores de DESONA B, la omisión de presentar la renuncia de DESONA B también debe impedir la consideración de sus reclamaciones al amparo del artículo 1116. Sin embargo, en virtud de que la posición de la demandada es que no está claro si los demandantes válidamente son propietarios de DESONA B o si la controlan, la demandada no insistirá sobre este punto.

- b) Segundo, el Tribunal deberá determinar si el Sr. Davitian, quien los demandantes admiten que no era accionista de DESONA B, podría ser considerado un demandante, sobre la base de que supuestamente era un empleado de DESONA B. El TLCAN es claro en este punto: un empleado no es un "inversionista" y una "expectativa" de que compartiría las ganancias de la empresa no está comprendido en las formas de participación en una inversión, como la define el artículo 1139.
- c) Tercero, el Tribunal deberá decidir si la Sra. Baca, que supuestamente obtuvo las acciones del Sr. Davitian en DESONA B como parte de un acuerdo de divorcio, tiene una participación accionaria válida en virtud de las circunstancias irregulares en las que las acciones supuestamente le fueron cedidas⁷⁴.
- d) Finalmente, considerando el hecho de que el balance general de "DESONA" a octubre de 1993, elaborado por su despacho contable, muestra que EPYCSA, la compañía que era propiedad del Dr. Palacios, había hecho una aportación de capital, el Tribunal necesitaría determinar qué parte de DESONA B tenía EPYCSA en propiedad.

3. El Sr. Azinian no está legitimado para cobrar todos los daños supuestamente sufridos por DESONA B

164. En el escrito de Réplica, los demandantes argumentan:

"...las objeciones de la demandada con respecto al Sr. Davitian, la Sra. Baca y el Sr. Goldenstein pierden de vista un punto más importante. No se discute que el Sr. Azinian es un inversor y está legitimado para elevar estos cargos, no sólo en su derecho, bajo el Artículo 1116, pero también en representación de la empresa DESONA, bajo el Artículo 1117. Bajo el Artículo 1117, el Sr. Davitian (sic) [probablemente pretendieron decir señor Azinian] tiene el derecho de recuperar, en representación de DESONA, todos los daños sufridos por DESONA como resultado de la anulación errónea por parte de la Ciudad, que los Reclamantes podrán dividir entre sí como crean conveniente. En otras palabras, aunque el Tribunal concluyera que ni el Sr. Davitian o la Sra. Baca tienen la legitimidad bajo el Artículo 1116 o que los reclamos bajo Artículo 1116 del Sr. Azinian no deberían reflejar las acciones cedidas por el Sr. Goldenstein, México sigue siendo completamente responsable por los daños sufridos por DESONA bajo Artículo 1117."

La nota continúa de la página anterior

manos del ciudadano del Estado demandante hasta su presentación ante [el tribunal arbitral]". Referencia Capitan W. H. Gleadell, *5 Annual Digest of Public International Law* (H. Lauterpacht ed. 1929-30).

74. Según los demandantes, el Sr. Davitian firmó un contrato de préstamo con BFI, en el cual certifica que era propietario de acciones en DESONA, tres días después de supuestamente se expidieron las acciones a la Sra. Baca. Véase el escrito de contestación a la demanda en los párrafos 158 al 165.

165. La demandada está totalmente en desacuerdo con las aseveraciones de que "... no se discute que el Sr. Azinian es un inversor y está legitimado para elevar estos cargos, no sólo en su derecho, bajo el Artículo 1116, pero también en representación de la empresa DESONA, bajo el Artículo 1117". Específicamente:

- a) El Sr. Azinian no ha demostrado que hizo una inversión, y por lo tanto no es un "inversionista".
- b) El Sr. Azinian sólo argumenta detentar acciones en DESONA B. Las pruebas demuestran que DESONA B nunca fue la titular legal de la concesión y que la empresa no estaba debidamente constituida.
- c) Como se mencionó anteriormente, no hay una reclamación al amparo del artículo 1117.

166. En cualquier caso, si se presentare una reclamación en representación de una empresa mexicana, por daños sufridos por dicha empresa, cualesquier daños serían pagados a la empresa. Los demandantes se equivocan al afirmar que los daños podrían ser pagados a un sólo inversionista, de manera que éste y algunos de sus colegas pudieran "dividirlos entre sí como crean conveniente"⁷⁵.

4. Los demandantes no están legitimados porque no ha hecho una Inversión

167. La demandada reitera su posición de que, debido a que ninguno de los demandantes, incluyendo el Sr. Azinian, han demostrado que de hecho hayan invertido capital u otros recursos en DESONA B, no son "inversionistas" de acuerdo con el TLCAN. Por el contrario, las pruebas disponibles demuestran que los fondos que se utilizaron para operar "DESONA" (ya sea DESONA A, DESONA I, o DESONA B) fueron apropiados de manera irregular, del Dr. Palacios y otros.

C. La los demandantes no han logrado describir una reclamación conforme al TLCAN

168. Como se señala extensamente en la Parte Dos, el argumento de los demandantes que la "anulación errónea de la Ciudad constituye una expropiación de derechos contractuales en violación del artículo 1110" o, alternativamente, "un incumplimiento de contrato en violación del

75. Compárese *Housing and Urban Services International, Inc. c. el Gobierno de la República Islámica de Irán*, laudo No. 201-174-1, 25-25 (22 de noviembre de 1985), reimpresso en 9-Iran.U.S. C.T.R. 313, en el que el tribunal declaró:

"... 'los tribunales internacionales han tenido poca dificultad en desagregar los intereses de los socios y en permitir' a los socios recuperar su participación *pro rata* de reclamaciones de la sociedad." [nota al pie de página omitida]

términos materialmente distintos, o no lo hubiera concluido del todo de haber conocido el verdadero estado de las cosas; y

(a) la otra parte cometió el mismo error, o causó el error, o tuvo conocimiento de él o debió haberlo tenido, y hubiera sido contrario a los estándares comerciales razonables relativos a la contratación justa, dejar a la parte equivocada en el error...

Artículo 3.8 (Fraude)

Una parte podrá evitar un contrato cuando ha sido inducida a la concluir el contrato por las declaraciones fraudulentas de la otra parte, incluyendo lenguaje o prácticas, o el que se haya ocultado en forma fraudulenta de circunstancias que, conforme a los estándares comerciales razonables relativos a la contratación justa, la última parte debía haber revelado.”

172. Las pruebas ante este Tribunal sustentan las conclusiones a las que llegó el Ayuntamiento. De conformidad con las normas de derecho nacional e internacional, la concesión fue debidamente anulada.

173. Además, la demandada no ha nacionalizado ni expropiado, directamente o indirectamente, ninguna de las tres entidades de DESONA, ni las acciones de compañías, ni la participación de cualesquier personas en esas compañías. No ha habido ninguna restricción gubernamental sobre la capacidad de cualquiera de esas compañía para, incluyendo a DESONA B, para hacer negocios en México. Tampoco hay pruebas de que DESONA B tuviera cualquier activo material ni, si los hubiera tenido, que no hubiera recibido compensación íntegra de sus compradores⁷⁷. Si los demandantes han decidido no continuar la operación de esa “compañía de papel”, esa fue su decisión; pero no da lugar a responsabilidad conforme al TLCAN.

174. Los demandantes se han enfocado en argumentar que tenían “participación resultante del capital u otros recursos para el desarrollo de una actividad económica en el territorio de una Parte” en apoyo de su posición de que tenían una inversión que debía considerarse expropiada al haberse anulado el contrato⁷⁸. La demandada sostiene que los demandantes no han presentado evidencia independiente o contemporánea alguna de que tenían una participación resultante del capital u otros recursos. Más bien, solicitan que el Tribunal se base en el propio testimonio de los demandantes y en resúmenes “reconstruidos” de gastos y aportaciones de capital que elaboraron sólo con el propósito de presentarlos en este procedimiento. Al mismo tiempo, los

77. La demandada enfatiza que el contrato mismo no puede considerarse una “inversión” de conformidad con el significado del TLCAN; en efecto, el artículo 1139 expresamente excluye a los contratos de la definición de “inversión”. Por lo tanto, independientemente de que algunos tipos de contratos hayan sido tratados en alguna ocasión como una intereses de propiedad de acuerdo con las circunstancias específicas de otros casos, el TLCAN no permite que una simple alegación de incumplimiento de contrato se considere como una expropiación de conformidad con el artículo 1110. En cualquier caso, todos los casos citados por los demandantes en las páginas 11 y 12 ed las sección V del escrito de demanda son fácilmente distinguibles.

78. De hecho, ninguna de las entidades DESONA era propietaria de siquiera un camión ni hizo inversión alguna en activos fijos. En opinión de la demandada, la naturaleza de los gastos mostrados en los registros bancarios presentados por los demandantes, tales como el costo por gastos de oficina, viajes y comidas, no son el tipo “participación que resulte del capital” prevista en el artículo 1139 —sin perjuicio de cuál fue la fuente de los fondos. La naturaleza de *minimis* de las operaciones de DESONA simplemente no equivale a una “inversión”.

demandantes han admitido expresamente que el Dr. Palacios realizó aportaciones en dinero y contenedores, y que nunca le pagaron. La demandada también ha presentado evidencia, en forma de balances generales elaborados por el propio contador de DESONA, que muestran que los demandantes también aceptaron aportaciones de capital del Sr. Pulido. Por consiguiente, las pruebas demuestran que DESONA fue capitalizada mediante aportaciones, no de los demandantes, sino de otras personas⁷⁹.

175. Los demandantes intentaron establecer una conexión entre su reclamación y el TLCAN al citar la sección 712 (2)(a)(ii) del *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*⁸⁰ y argumentar, sin evidencia, que la nulidad del contrato fue motivada por consideraciones no comerciales:

- a) En el escrito de demanda, los demandantes afirmaron que el municipio anuló el contrato para otorgarlo a otra compañía, Tribasa⁸¹. Los demandantes abandonaron teoría de Tribasa, después de que la demandada demostró en el escrito de contestación a la demanda que el municipio, de hecho, había retomado el control de los servicios de recolección de basura, y que había continuado prestándolos a partir de entonces.
- b) En el escrito de réplica, los demandantes ahora sugieren que el gobierno municipal que tomó posesión en enero de 1994, no poseía la capacidad para manejar la recolección de basura, que continuaba siendo su responsabilidad, y que el gobierno culpó a DESONA de sus propios problemas. Los demandantes afirman:

“Es... inconcebible pensar que la anulación del Contrato Concesión por parte de la Ciudad haya sido motivada por consideraciones comerciales cuando DESONA estaba cumpliendo substancialmente con sus obligaciones bajo dicho contrato, y cuando la Ciudad no le dio la oportunidad a DESONA de remediar sus supuestas violaciones como lo requiere el contrato.”⁸²

- c) En su “Conclusión” a la réplica, los demandantes agregan:

79. Como se explicó anteriormente, los demandantes no presentaron una reclamación en representación de DESONA B al amparo del artículo 1117. En cualquier caso, DESONA B, como una empresa mexicana, no puede presentar una reclamación por expropiación al amparo del artículo 1110, derivada de la nulidad del contrato. Un contrato entre una empresa mexicana y un municipio mexicano no es una “inversión de un inversionista de otra Parte”.

80. Desde luego, no puede considerarse que una reafirmación del derecho estadounidense constituya directamente una guía en esta disputa. Suponiendo que la sección 712(2)(a)(ii) sea congruente con el derecho internacional, el principio que establece, de acuerdo con sus propios términos, es aplicable a los contratos entre un Estado y “un nacional de otro Estado”. DESONA era una empresa mexicana, y el contrato no era de naturaleza internacional. Por lo tanto, en el mejor de los casos, es sumamente cuestionable si ese supuesto principio jurídico es pertinente a la disputa en cuestión.

81. Escrito de demanda, sección IV, página 6.

82. Escrito de réplica, sección III, página 18.

“Sin embargo hubo un imprevisto que los Reclamantes no pudieron prever ni del que se pudieron proteger. El ser utilizados como una salida política para una administración incapaz de resolver sus propios problemas internos, la cual optó por culpar a los extranjeros por dichos problemas en vez de poder apreciar los beneficios a largo plazo que el proyecto hubiese brindado.”⁸³

176. La demandada reitera los hechos presentados en el escrito de contestación a la demanda, de que el municipio retomó el control de los servicios de recolección de basura, y que ha continuado prestando tales servicios a la fecha —desde hace más de cinco años de que el contrato de DESONA fue anulado. No existen pruebas de motivos, intención ni acción de expropiar.

177. En los casos en que la nulidad de un contrato celebrado por un gobierno se basa en engaños materiales del contratante y en preocupaciones bien fundadas sobre la capacidad del contratante para desempeñar la concesión, debe considerarse que la terminación del contrato ha sido motivado por consideraciones comerciales. DESONA tuvo recurso a un foro imparcial para determinar su reclamación sobre la “anulación”. Ha admitido que no hubo denegación de justicia en ese proceso⁸⁴.

83. Escrito de réplica, Conclusión, página 1.

84. El comentario *h* a la sección 712(2)(a) del *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* dispone:

“[N]o cualquier terminación o incumplimiento de un Estado de un contrato celebrado con un extranjero constituye una violación del derecho internacional. Conforme a la Subsección (2), un Estado es responsable de dicho tal terminación o incumplimiento, sólo si es discriminatorio, comentario *f*, o si se asemeja a una expropiación, en el sentido de que el contrato comerciales, y Estado no está dispuesto a pagar daños. La terminación u omisión de desempeño del Estado no es una violación del derecho internacional conforme a esta sección, si se basa en una disputa de buena fe respecto de la obligación o su desempeño, si debe a la incapacidad del Estado de desempeñar el objeto, o si la no ejecución está motivada por consideraciones comerciales y el Estado se encuentra preparado para pagar daños o sujetarse a la adjudicación o al arbitraje, y dar cumplimiento a la sentencia o al laudo.

Respecto de cualquier terminación o violación de un contrato con un extranjero, un Estado puede ser responsable de una denegación de justicia conforme al derecho internacional, si niega al extranjero un foro efectivo para resolver la controversia, siempre que no hayan acordado sujetarse a ningún otro foro...”
[énfasis propio]

El comentario *j* señala, además:

“Frecuentemente se combina el daño económico a los extranjeros con una negativa a los recursos locales. Si el extranjero dispone de un remedio administrativo o judicial efectivo para revisar la legalidad, conforme al derecho internacional, de una acción que causa daño económico, el Estado puede ser responsable por denegación de justicia, así como por la violación de sus derechos económicos... En el caso de invalidación o incumplimiento de contrato celebrado con un extranjero, Subsección 2(b), se requiere una determinación imparcial para revisar que la justificación aducida para la invalidación o el incumplimiento sea adecuada, y para calcular, en su caso, los daños. Tal

La nota continúa en la página siguiente

2. Los demandantes no han identificado ninguna violación al artículo 1105

178. Suponiendo hipotéticamente que DESONA B era una empresa debidamente constituida, que detentaba válidamente la concesión y que, por lo menos, el Sr. Azinian había realizado una aportación de capital a la empresa, la cuestión restante de acuerdo con el artículo 1105 sería si se había otorgado a DESONA B un “trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”⁸⁵.

179. Los demandantes reconocen que los tribunales no incurrieron en denegación de justicia. Más bien, argumentan que el Tribunal debe aplicar un derecho internacional de contratos, completamente independiente del derecho mexicano, para determinar: (i) que DESONA B estaba en cumplimiento con el contrato; y (ii) que el municipio de Naucalpan no notificó debidamente a la compañía ni le dio una oportunidad para remediar las deficiencias en la ejecución del contrato.

180. Mediante este argumento, los demandantes no han descrito una supuesta violación del artículo 1105, que versa sobre “niveles mínimos de trato” conforme al derecho internacional. En el escrito de contestación a la demanda, la demandada describió en detalle los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas”. En respuesta, los demandantes no han intentado identificar ningún aspecto del trato que el municipio confirió a DESONA B, que no estuviera en conformidad con las obligaciones que esos niveles mínimos de trato imponen. En cambio, simplemente alegan que el municipio incumplió el contrato⁸⁶. La demandada ya se refirió anteriormente a por qué no puede sostenerse una reclamación de que el Ayuntamiento violó sus obligaciones, que los demandantes están impedidos de realizar tal argumento, y, en todo caso, por qué una simple reclamación de incumplimiento de contrato no está dentro de la competencia del Tribunal.

181. La réplica afirma que “Los Reclamantes asumieron razonablemente que DESONA no estaba supeditada a otros términos aprobados por el Cabildo Municipal que no estaban expresamente incorporados a Contrato Concesión”⁸⁷. En virtud de que incluso de una revisión superficial de la legislación mexicana mostraría que los términos aprobados por el Ayuntamiento eran, en efecto, obligatorios y que diversas disposiciones del contrato eran ilegales e

La nota continúa de la página anterior

determinación puede realizarla un tribunal nacional, a través de un arbitraje *ad hoc* o previamente acordado, o por un tribunal internacional”

85. De conformidad con el artículo 1116, la cuestión se centra en si los demandantes han “sufrido pérdidas o daños en virtud... o a consecuencia de” una violación al capítulo XI. Por lo tanto, para aplicar el artículo 1105, los demandantes debe demostrar que, como individuos, han sufrido daños como resultado de que México no trató su “inversión” —DESONA B— acorde con el derecho internacional.

86. Los demandantes simplemente afirman, sin más explicación, que “la anulación errónea del contrato de concesión por el Municipio constituye... un incumplimiento de contrato en violación al artículo 1105”. Escrito de réplica, página 17, párrafo 64.

87. Escrito de réplica, sección III, párrafo 18.

inejecutables, la aseveración de los demandantes de que “fundamentación razonable” es insostenible⁸⁸.

182. La demandada también señala que los demandantes tuvieron acceso a un representante legal mexicano —como se refleja en los tres procedimientos ante tribunales que iniciaron en relación con la controversia— pero no han presentado pruebas de que hayan llevado a cabo diligencias previas apropiadas en torno del contrato, antes de firmarlo. El TLCAN no dispone que un gobierno debe ser responsable de prestar asesoría legal a un inversionista extranjero, o a una inversión de un inversionista extranjero. Ningún funcionario municipal estaba obligado a ello. En efecto, el artículo 21 del Código Civil del estado (al igual que el federal), dispone que “la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento...”. La demandada sostiene que este es un principio común a todas las Partes del TLCAN, y que es totalmente congruente con el derecho internacional.

PARTE SEIS: COMENTARIOS SOBRE LA DECLARACIÓN DE DAÑOS DE LOS DEMANDANTES

183. El perito de la demandada, el Sr. Schwickerath, se ha referido en detalle a la “Respuesta a la sección IV del Dictamen del Sr. David A. Schwickerath” elaborada por J.A. Ahn de Ernst & Young que se presenta en el escrito de réplica de los demandantes.

184. Comentarios adicionales se presentan a continuación.

A. Los demandantes y el Sr. Ahn hicieron declaraciones falsas respecto de la información para la preparación del análisis de alcance limitado

185. La respuesta de los demandantes a la solicitud de documentos, incluyó lo que se argumentó eran los documentos y notas completas en las que se basó el Sr. Ahn para preparar su “análisis de valuación de alcance limitado” en 1994. La demandada entregó esos documentos a su perito, el Sr. Schwickerath, para usarlos en la evaluación del análisis del Sr. Ahn.

186. Fueron muy pocos documentos, pero entre ellos se encontraba una carta del Sr. Ahn al Sr. Goldenstein del 9 de julio de 1994, en la que el Sr. Ahn simplemente invita al Sr. Goldenstein a “completar” las proyecciones de ingresos y costos que el Sr. Ahn usaría para elaborar el análisis.

187. En su escrito de réplica, los demandantes ahora aseveran que algunas de las proyecciones provinieron de un “estudio de viabilidad” del municipio, fechado marzo de 1992, que presentaron por primera vez con su escrito de réplica, aunque no se presenta ninguna prueba respecto de la identidad del autor del estudio o a través de quién o cómo le fue entregado a los

88. El principal argumento de los demandantes al respecto, es que el Presidente Municipal tenía la “autoridad aparente” para celebrar el contrato. Sin embargo, las decisiones de los tribunales internacionales que citan como precedentes son fácilmente distinguibles (por ejemplo, la mayoría de esos caso involucraron situaciones en las que no se disputó que el demandante hubiera entregado bienes y prestado servicios, y de que el Estado demandante se hubiese negado a pagar).

demandantes⁸⁹. El Sr. Ahn, en su dictamen escrito, ahora señala que se basó en las “conversaciones con el presidente de DESONA y en la información proporcionada a DESONA por el municipio de Naucalpan en julio de 1992...”⁹⁰. El Sr. Ahn además se refiere a la “información proporcionada a DESONA por BFI (resumen de ganancias del cliente)” y “un análisis preparado por BFI y proporcionado a Ernst & Young, LLP por DESONA”.

188. La demandada advierte que, aun cuando los demandantes supuestamente entregaron a la demandada todos los documentos y notas que sirvieron de base para la preparación del análisis de alcance limitado del Sr. Ahn, no incluyeron ninguno de los documentos antes mencionados ni las notas de apoyo del Sr. Ahn. Esto lleva a dos posibles conclusiones alternativas:

- a) el Sr. Ahn o bien los demandantes tuvieron tales documentos adicionales en su posesión y no los revelaron; o
- b) el Sr. Ahn no se basó en esos documentos y notas adicionales cuando elaboró su análisis de alcance limitado, que es lo más probable, considerando la carta del Sr. Ahn del 9 de julio de 1994 en la que solicita al Sr. Goldenstein que proporcione cifras.

B. El dictamen de los demandantes sobre el valor justo de mercado carece de fundamento

189. El Tribunal ha advertido en dos ocasiones que cada parte es responsable de presentar su caso completo, y que cada parte debe estar consciente de que cualquier omisión en la presentación de la evidencia apropiada puede ser señalada y explotada por la otra parte. En respuesta a la primera solicitud de instrucciones para la presentación de documentos de la demandada, el Tribunal señaló:

“...cada parte es en todo el sentido de la palabra, responsable de la presentación de su caso; su oponente no sólo está facultado sino además puede llamar la atención a cualquier defecto en tal presentación...”

89. Los demandantes aseguran que las “presunciones” en las que se basan sus proyecciones financieras originales fueron proporcionadas por los “miembros del Municipio”, y después declaran que “[e]sas suposiciones son ahora impugnadas por la demandada quien no sólo se las proporcionó a los demandantes sino además solicitó que los demandantes celebraran el contrato con base en esas suposiciones”. Escrito de Réplica, Sección IV, página 4. La demandada, los Estados Unidos Mexicanos, no proporcionó ninguna “presunción” a los demandantes, y no celebró un contrato con ellos. Además, los demandantes mismos, al argumentar que las decisiones de los tribunales mexicanos no debían tener un efecto cosa juzgada, enfatizan que esta reclamación no ha sido presentada en contra del municipio, sino en contra de una parte diferente, el “Gobierno Federal Mexicano”. Escrito de réplica, sección III, página 16. Este es otro ejemplo de las muchas incongruencias de la posición de los demandantes.

90. Debido al supuesto estudio de viabilidad de los demandantes es de Marzo de 1994, parece que el Sr. Ahn tampoco tenía un documento distinto o siquiera había visto el estudio de viabilidad al momento en que preparó su declaración testimonial en enero de 1999.

190. El Tribunal se expresó de manera semejante el 22 de julio de 1998, cuando declinó dar instrucciones a los demandantes para que presentaran los registros financieros que, argumentaron, eran “muy voluminosos para presentar”:

“Los demandantes tuvieron plena oportunidad para presentar su evidencia y argumentos escritos; en la medida que sean imprecisos, inconclusos o incompletos la demandada tendrá plena oportunidad para comentar sobre tales deficiencias en su escrito de contestación a la demanda, o solicitar que un experto los exponga.”

191. En el escrito de contestación a la demanda, la demandada señaló que el dictamen de los demandantes sobre el valor justo de mercado de DESONA no estaba basado en hechos que fueran determinados por sus peritos (o hechos de su conocimiento por razón de su experiencia), y tampoco se basó en hechos que fueron presentados como evidencia en el escrito de demanda. Es obvio que un dictamen pericial no tiene valor probatorio (si es que es admisible del todo como evidencia), a menos que los hechos en los que se basó sean revelados y pueda verse que son confiables. A falta de hechos que el experto pudo confirmar por su experiencia, o hechos (particularmente hechos contenciosos) que han sido demostrados mediante pruebas, no puede haber fundamento de hecho para la opinión presentada.

192. No es sorprendente que el Sr. Ahn de Ernst & Young (E&Y) titulara a su informe “Análisis de Valuación de Alcance Limitado”, y que éste estipule varias advertencias, la principal de las cuales es que su opinión se basó principalmente en “discusiones con el la administración de DESONA”. El informe elaborado por el Sr. Richard Carvell adolece de las mismas limitaciones. Ambos se basan por completo en hechos hipotéticos. Ninguno tomó en cuenta los ingresos ni los costos reales de DESONA durante en el periodo en que operó. Ninguno evaluó de manera independiente la industria mexicana de recolección de basura, para comprobar estos factores importantes.

193. No obstante que la demandada y su perito expusieron tales deficiencias en el escrito de contestación a la demanda, los demandantes no han resuelto el problema central de su valuación —no han ofrecido evidencia que proporcione fundamentos de hecho apropiados para sustentar las opiniones de sus peritos.

194. Además, a pesar de que la demandada reiteradamente solicitó a los demandantes presentar sus registros financieros de modo le que permitiera cerciorarse de los ingresos y costos de operación reales de DESONA, los demandantes se rehusaron a cumplir con ello y no ofrecieron dicha evidencia en el escrito de réplica.

195. Cuando los demandantes solicitaron al Tribunal la presentación del escrito de réplica, señalaron que habían logrado “reconstruir” los libros diarios de DESONA, y que deseaban ofrecer esta evidencia, supuestamente para cumplir (aunque con retraso) con las solicitudes de la demandada de que dichos documentos fueran presentados. Todo lo que se presentó con el escrito de réplica es un estado de ingresos “reconstruido”, que no está sustentado en ningún documento original y que no ha sido verificado por el testimonio de testigos. Dice poco de los ingresos y costos reales de DESONA durante el periodo en que desarrolló las operaciones de recolección de basura comercial e industrial.

196. La demandada, por lo tanto, considera debe dársele poco peso, o ninguno, a los dictámenes de Ernst & Young y Carvell, por lo que a las decisiones del Tribunal sobre el valor justo de mercado de DESONA (o cualquier participación en ella) se refiere y, que sería adecuado que el Tribunal infiera que los ingresos reales de operación de DESONA eran sustancialmente inferiores a aquéllos proyectados por el Sr. Goldenstein, BFI o cualquier otra persona cuyos estimado hayan sido tomados en consideración por Ernst & Young o Carvell.

C. Los demandantes aún no han proporcionado evidencia de una inversión

197. La demandada ha comentado previamente sobre la incapacidad de los demandantes de presentar evidencia confiable de que cualquiera de ellos realmente realizó una inversión.

198. El único punto adicional que la demandada tocará sobre este asunto se refiere a la extraordinaria declaración de los demandantes de que “[L]os fondos proporcionados por BFI y WWI... fueron capitalizados por los demandantes como una aportación al proyecto”⁹¹. Los demandantes presentaron como anexo 3 de la sección VI del escrito de demanda un documento que pretendió demostrar que BFI había realizado un préstamo a DESONA, que según se alega, algunos de los demandantes habían garantizado personalmente. Los demandantes también manifestaron que WWI hizo un préstamo a DESONA, que supuestamente habían garantizado personalmente. Los demandantes ahora aseveran que estos supuestos préstamos a DESONA fueron *aportaciones de capital*. Si los fondos fueron efectivamente proporcionados, y efectivamente se les consideró aportaciones de capital, entonces el BFI y el WWI serían accionistas de DESONA, junto con el Dr. Palacios y el Sr. Pulido. El Tribunal debe notar que el supuesto préstamo de BFI fue hecho a Desechos Sólidos de Naucalpan S.A de C.V., y no a los Sres. Azinian, Davitian y Goldenstein, por lo que ellos no pudieron haber capitalizado los fondos a su favor, ni DESONA no puede ser su propio accionista (el que los Sres. Azinian, Goldenstein y Davitian hubieran garantizado dichos préstamos es irrelevante). Además, si el dinero supuestamente recibido de parte de BFI y WWI eran aportaciones de capital a DESONA, en lugar de préstamos, entonces BFI y WWI no tendrían bases para demandar las “garantías personales” que los demandantes dicen haber dado a esas compañías.

199. No es necesario que el Tribunal determine las circunstancias exactas en torno de los “préstamos”, el punto es que los demandantes han presentado versiones de los hechos relacionados con los préstamos, que difieren entre sí y se contradicen.

D. Los demandantes continúan rehusándose a presentar el monto recuperado por la venta a Sanifill

200. En su incidente de solicitud del 8 de junio de 1998, la demandada solicitó al Tribunal que diera instrucciones a los demandantes para presentar los detalles de la venta de la operación industrial y comercial de DESONA a Sanifill. El Tribunal declinó emitir instrucciones, y los demandantes se rehusaron a presentar la información solicitada.

91. Escrito de réplica, sección IV, página 3.

201. En el escrito de contestación a la demanda, la demandada advirtió que el hecho de que los demandantes no hubieran ofrecido pruebas de los términos de la venta a Sanifill debía verse con sospecha, ya que aparentemente los demandantes habían intentado esconder el hecho de que recuperaron todo o parte de su inversión mediante la venta a Sanifill del equipo y los contratos comerciales de DESONA.

202. Los demandantes no hicieron referencia a la venta a Sanifill en su escrito de réplica. No discutieron los argumentos la demandada en el escrito de contestación a la demanda, ni ofrecieron evidencia que indicara que no recuperaron el valor de su supuesta inversión en DESONA. La demandada por lo tanto considera que sería apropiado que el Tribunal infiriera que la venta a Sanifill del equipo y los contratos comerciales de DESONA (i) es una medida correcta del valor justo de mercado de DESONA en ese tiempo; y (ii) que los demandantes recuperaron ese valor mediante el pago de Sanifill del precio convenido.

E. En dos rondas de escritos, los demandantes no han logrado cumplir con la carga de probar su reclamación de daños

203. En el escrito de contestación a la demanda, la demandada identificó las siguientes deficiencias en las pruebas de los demandantes sobre cuestiones de daños:

- a) las evidencia de su valuación se sustenta únicamente en hechos hipotéticos;
- b) no existen pruebas de los ingresos y gastos de operación reales de DESONA;
- c) no existen pruebas documentales de los montos de dinero o su equivalente que cualquiera de los demandantes aportó;
- d) no existen pruebas documentales de los “gastos previos a la anulación” en los demandantes argumentan haber incurrido; y
- e) no existen pruebas que sustenten el argumento de que cualquiera de los demandantes estuviera personalmente obligado a hacer efectivas las supuestas deudas de DESONA con Western Waste o a Bryan A. Stirrat & Associates.

204. Los demandantes no han rectificado estas deficiencias en el escrito de réplica. Aunque presentaron un estado de ingresos “reconstruido” que no ha sido probado y copias de recibos de ciertos gastos en los que DESONA argumenta haber incurrido en el curso de sus negocios, no existen estados financieros reales, libro mayor o libro diario que permitan al Tribunal valorar los ingresos y gastos de operación de DESONA, y tampoco existe ningún cheque cancelado, recibos o giros bancarios que permitan al Tribunal conocer el monto que los demandantes, individual o colectivamente, invirtieron en DESONA o en el “Proyecto de Solución Integral”.

205. Es completamente razonable para la demandada esperar que esos documentos (que normalmente se conservan en el curso normal de cualquier negocio) fueran ofrecidos como prueba o proporcionados en respuesta a la solicitud de la demandada. Su ausencia ahora impedirá los esfuerzos del Tribunal para calcular el valor justo de mercado de DESONA (o


cualquier participación en ella), ya sea por referencia al valor corriente de DESONA, o al monto (si lo hubo) de las inversiones individuales o colectivas de los demandantes.

206. La demandada por lo tanto considera que sería apropiado que el Tribunal desechara la reclamación por daños, o sostenga que los daños de DESONA son nominales, independientemente de que se hubiera cometido o no una violación al capítulo XI del TLCAN.

REMEDIO SOLICITADO

La demandada reitera su solicitud para el desechamiento de la demanda y que se le otorgue el pago de costas.

TODO LO CUAL SE SOMETE
RESPECTUOSAMENTE A SU
CONSIDERACIÓN


Hugo Perezcano Díaz
Consultor Jurídico de Negociaciones
Secretaría de Comercio y Fomento
Industrial