

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

TECNICAS MEDIOAMBIENTALES TECMED S.A.

v.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

CASO No. ARB (AF)/00/2

LAUDO

Presidente : Dr. Horacio A. GRIGERA NAON

**Co-árbitros : Profesor José Carlos FERNANDEZ ROZAS
Licenciado Carlos BERNAL VERA**

Secretaria del Tribunal : Licenciada Gabriela ALVAREZ AVILA

Fecha de envío a las partes: 29 de mayo de 2003

INDICE

<u>A. Introducción</u>	Nos. 1-3.
<u>B. Resumen del Procedimiento</u>	Nos. 4-34.
<u>C. Resumen de los Hechos y Alegaciones de las Partes</u>	Nos. 35-51.
<u>D. Cuestiones Preliminares</u>	Nos. 52-92
I. La Competencia del Tribunal Arbitral.....	Nos. 53-71.
II. La Introducción en Término por la Demandante de Sus pretensiones contra la Demandada.....	Nos. 72-74.
III. El Alcance de la Operación de Compra.....	Nos. 75-92.
<u>E. El Fondo de la Controversia</u>	Nos. 93-201.
I. Expropiación.....	Nos. 95-151.
II. Trato Justo y Equitativo.....	Nos. 152-174.
III. Plena Protección y Seguridad y Otras Garantías Bajo el Acuerdo.....	Nos. 175-181.
<u>F. Indemnización. Restitución en Especie</u>	Nos. 182-200.
<u>G. Decisión</u>	No. 201.

EL TRIBUNAL

Integrado en la forma antes señalada,

Habiendo realizado sus deliberaciones,

Dicta el siguiente laudo :

A. Introducción

1. La Demandante, Técnicas Medioambientales, TECMED S.A., es una sociedad mercantil constituida conforme al derecho español, domiciliada en Madrid, España. Está representada en este procedimiento arbitral por las siguientes personas :

Sr. Juan Carlos Corbella
Técnicas Medioambientales TECMED S.A.
Albasanz 16 – 1a planta
28037 Madrid, España

Sra. Mercedes Fernández
Sr. Juan Ignacio Tena García
Jones, Day, Reavis & Pogue Abogados
Velázquez 51 – 4a planta
28001 Madrid, España

2. La Demandada es los Estados Unidos Mexicanos, representados en este procedimiento arbitral por :

Lic. Hugo Perezcano Díaz
Consultor Jurídico
Dirección General de Consultoría Jurídica
De Negociaciones Comerciales
Subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales
Secretaría de Economía
Alfonso Reyes No.30, piso 17
Colonia Condesa
México, D.F., C.P. 06179, México.

3. El presente laudo decide sobre el fondo de la disputa entre las Partes conforme al artículo 53 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario (Reglamento de Arbitraje) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

B. Resumen del Procedimiento

4. El 28 de julio de 2000, la Demandante interpuso, ante el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (« CIADI »), solicitud de aprobación de acuerdo arbitral y solicitud de arbitraje dirigida contra la Demandada conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del CIADI (el « Reglamento») y dentro del marco de las disposiciones del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmado por el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos (el « Acuerdo »). El Acuerdo entró en vigencia el 18 de diciembre de 1996 para ambos países. La Demandante es la sociedad matriz en España de la compañía constituida conforme al derecho mexicano TECMED, TECNICAS MEDIOAMBIENTALES DE MEXICO, S.A. de C.V.(« Tecmed »), con una participación en el capital accionario de ésta última mayor al 99 %. Tecmed es a su vez controlante de CYTRAR, S.A. DE C.V.(« Cytrar ») en más de un 99%, la sociedad igualmente constituida bajo el derecho mexicano a través de la cual se realizó la inversión que dió origen a las disputas que han dado lugar al presente proceso arbitral.
5. El 28 de agosto de 2000, el Secretario General Interino del CIADI, conforme a lo previsto en el art. 4 del Reglamento, notificó a la Demandante la aprobación del acceso al Mecanismo Complementario para el presente caso así como el registro de la notificación de iniciación del procedimiento de arbitraje, envió a las Partes el certificado de registro; y transmitió copias de la notificación de iniciación del procedimiento a la Demandada.
6. El 2 de octubre de 2000, la Demandante comunicó el nombramiento del Profesor José Carlos Fernández Rozas como árbitro y la conformidad para que las Partes pudiesen designar como árbitros a personas de la misma nacionalidad de la Parte que los propuso.
7. El 7 de noviembre de 2000, la Demandada comunicó el nombramiento del Licenciado Guillermo Aguilar Alvarez como árbitro y propuso la designación del Sr. Albert Jan van den Berg como Presidente del Tribunal Arbitral.
8. El 29 de noviembre de 2000, la Demandante manifestó su disconformidad con la propuesta del Sr. van den Berg, y sugirió en cambio que las Partes encomendasen a los árbitros designados por éstas la designación del Presidente del Tribunal Arbitral, tesis esta última que fué aceptada por la Demandada.
9. El 30 de enero de 2001, el Secretariado del CIADI informó que los Sres. Fernández Rozas y Aguilar Alvarez designaron al Dr. Horacio A. Grigera Naón como Presidente del Tribunal Arbitral. El 2 de febrero de 2001, la Demandante confirmó su acuerdo con dicha designación y el 7 de marzo de 2001, mediante comunicación del 22 de febrero de 2001, la Demanda notificó su acuerdo con la designación del Presidente.
10. El 13 de marzo de 2001, el Secretario General Adjunto del CIADI informó que a partir de dicha fecha se dió por constituido el Tribunal Arbitral e iniciado el procedimiento.

11. El 7 de mayo de 2001 se celebró en París, Francia, la primera sesión del Tribunal Arbitral con las Partes, en el curso de la cual, entre otras cosas, se establecieron normas de procedimiento aplicables al presente arbitraje, y se fijó el plazo para la presentación de Memoriales por las Partes.
12. El 4 de septiembre de 2001, la Demandante presentó su Memorial de demanda.
13. El 16 de noviembre de 2001, la Demandada formuló ciertas observaciones acerca de opiniones que habrían sido vertidas por el Licenciado Aguilar Alvarez en otro procedimiento arbitral pero que en opinión de la Demandada también concernían cuestiones legales a ser debatidas en el presente arbitraje.
14. El 16 de noviembre de 2001, el Licenciado Aguilar Alvarez presentó su renuncia a su calidad de árbitro en el presente procedimiento, en razón de lo cual, por carta de la misma fecha, el Secretariado del CIADI comunicó la suspensión del procedimiento hasta tanto fuera cubierta la vacante dejada por el Licenciado Aguilar Alvarez.
15. El 20 de noviembre de 2001, el Tribunal Arbitral prestó su asentimiento a la renuncia presentada por el Licenciado Aguilar Alvarez.
16. El 14 de diciembre de 2001, la Demandada comunicó la designación del Licenciado Carlos Bernal Vereá en reemplazo del Licenciado Guillermo Aguilar Alvarez.
17. El 17 de diciembre de 2001, el Secretariado del CIADI informó que el Licenciado Carlos Bernal Vereá había aceptado su designación por la Demandada para desempeñarse como árbitro en el presente arbitraje, y que a partir de esa fecha se entendió por reconstituído el Tribunal Arbitral; y dió por reanudado el procedimiento arbitral.
18. El 22 de enero de 2002, el Tribunal Arbitral dictó un proveimiento por el cual resolvió ciertas cuestiones procesales planteadas por las Partes y prorrogó el plazo para la presentación del Memorial de contestación de la Demandada hasta el día 4 de febrero de 2002.
19. Ante un nuevo pedido de la Demandada mediante comunicación escrita del 31 de enero de 2002, el 1o de febrero de 2002, el Tribunal Arbitral extendió hasta el 11 de febrero de 2002 la fecha de presentación del Memorial de contestación de la Demandada.
20. El 11 de febrero de 2002 fué recibido el Memorial de contestación de la Demandada. Con fecha 19 de febrero de 2002, la Demandada adjuntó un cuadro en el cual identificó aquellos hechos invocados en el Memorial de demanda aceptados por la Demandada en su Memorial de contestación, y aquéllos que no lo fueron.
21. El día 7 de marzo de 2002, el Tribunal Arbitral dictó su Orden de Procedimiento No. 1 por la cual se fijó la semana del 20 de mayo de 2002 para la Audiencia de Prueba a celebrarse en Washington D.C., EE.UU., se dispensó a las Partes del intercambio de escritos de réplica y dúplica, se determinaron pautas para la realización de dicha Audiencia, y se fijó un plazo común para el intercambio de alegatos de cierre posteriores a la Audiencia, con vencimiento el día 28 de junio de 2002.

22. En razón de nuevas peticiones e intercambios entre las Partes a través de las respectivas notas de la Demandada y de la Demandante del 13 y 21 de marzo de 2002, el Tribunal Arbitral emitió su Orden de Procedimiento No. 2 en la cual, además de precisarse cuestiones adicionales relativas a la Audiencia prevista para la semana del 20 de mayo de 2002, se fijó el día 24 de mayo de 2002 para que, al término de dicha Audiencia, las Partes pudieran dirigirse *in voce* al Tribunal Arbitral, y se extendió el plazo para la presentación de alegatos de cierre hasta el día 15 de julio de 2002.

23. El día 29 de abril de 2002, el Secretariado del CIADI hizo conocer a las Partes la Agenda emitida por el Tribunal Arbitral en relación con el desarrollo de la Audiencia.

24. La Audiencia tuvo lugar en Washington, D.C., en la sede del CIADI. Se inició en la mañana del día 20 de mayo de 2002 y concluyó el día 24 de mayo de 2002 luego que las Partes se dirigieran *in voce* al Tribunal Arbitral.

25. Se realizó una transcripción taquigráfica de la Audiencia, que registra a las siguientes personas como presentes en la Audiencia :

Miembros del Tribunal Arbitral

1. Doctor Horacio A. Grigera Naón, Presidente
2. Profesor José Carlos Fernández Rozas
3. Licenciado Carlos Bernal Vereá

Secretaria del Tribunal Arbitral

4. Licenciada Gabriela Alvarez Avila

Técnicas Medioambientales TECMED S.A.

5. Licenciado Juan Carlos Calvo Corbella
6. Licenciada Mercedes Fernández
7. Sr. José Daniel Fernández

Estados Unidos Mexicanos

8. Licenciado Hugo Perezcano Díaz
9. Licenciado Luis Alberto González García
10. Licenciada Alejandra Treviño Solís
11. Sr. Sergio Ampudia
12. Sr. Carlos García

13. Licenciado Rolando García
14. Cameron Mowatt, Esq.
15. Stephen Becker, Esq.
16. Sanjay Mullick, Esq.
17. Sra. Jacqueline Paniagua
18. Ingeniero Lars Christianson
19. Sra. Ruth Benkley
20. Ingeniero Francisco Maytorena Fontes
21. Christopher Thomas, Esq.

26. La Audiencia tuvo lugar conforme a la Agenda oportunamente fijada por el Tribunal Arbitral y dentro de los límites temporales asignados a las Partes en la Orden de Procedimiento No.2 para el interrogatorio de testigos y peritos.

27. En la Audiencia, luego de los alegatos introductorios respectivamente efectuados por la Demandante y la Demandada, se escucharon los siguientes testigos y peritos.

Ofrecidos por la Demandante

José Luis Calderón Bartheneuf

Javier Polanco Gómez Lavín

Enrique Díez Canedo Ruiz

José María Zapatero Vaquero

Jesús M. Pérez de Vega

Luis R. Vera Morales

José Visoso Lomelín

Ofrecidos por la Demandada

Alfonso Camacho Gómez

Cristina Cortinas de Nava

Jorge Sánchez Gómez

Lars Christianson

28. En el curso de la Audiencia, el Tribunal Arbitral decidió aceptar la incorporación de documentación agregada por la Demandada o por la Demandante introducida durante la Audiencia. También decidió – luego de desestimar las objeciones introducidas por la Demandada al respecto - aceptar el agregado de cierta documentación presentada como parte del sustento de su testimonio pericial por el perito propuesto por la Demandante, Sr. Jesús M. Pérez de Vega, sin perjuicio de brindar la oportunidad a la Demandada para examinar dicha documentación y ejercer el derecho de preguntar a dicho perito durante la Audiencia una vez dispuesta la agregación de dicha documentación, no obstante lo cual la Demandada declinó ejercer tal derecho.

29. Al término de la Audiencia, y por espacio de 90 minutos asignado a cada una de ellas, el Tribunal Arbitral escuchó las presentaciones orales realizadas por cada Parte.

30. El día 1 de agosto de 2002, Demandante y Demandada presentaron sus respectivos alegatos de cierre.

31. Por nota del 31 de julio de 2002, la Demandada aclaró las razones por las cuales anexó a su alegato de cierre un denominado « testimonio del Ingeniero Lars Christianson », acompañado a su vez de anexos.

32. Por nota del 2 de agosto de 2002, la Demandante se opuso a la agregación de dicho testimonio y anexos.

33. Por proveimiento del 12 de agosto de 2002, el Tribunal Arbitral decidió aceptar la agregación de dicho testimonio y anexos, no como parte de la prueba ofrecida y producida, sino en calidad y como parte integrante del alegato de cierre de la Demandada.

34. Por nota del 9 de abril de 2003, el Secretariado del CIADI comunicó a las Partes la declaración de la clausura del procedimiento dispuesta por el Tribunal Arbitral de conformidad con el artículo 45 del Reglamento.

C. Resumen de los Hechos y de las Alegaciones de las Partes.

35. Las reclamaciones de la Demandante se relacionan con una inversión en terrenos, construcciones y otros activos a raíz de una subasta en licitación pública convocada por Promotora Inmobiliaria del Ayuntamiento de Hermosillo (« Promotora »), un Organismo Público Descentralizado Municipal de dicho ayuntamiento ubicado en el Estado de Sonora, México. El objeto de la subasta fué la venta de un inmueble, construcciones e instalaciones y otros bienes relativos al confinamiento controlado de desechos industriales peligrosos « Cytrar ». Como consecuencia de tal subasta, Tecmed resultó adjudicataria de dichos bienes, según decisión adoptada por el Consejo de Administración de Promotora del 16 de febrero de 1996. Ulteriormente, la titularidad de los derechos y obligaciones de Tecmed bajo la subasta y en relación con los bienes del confinamiento quedó en cabeza de Cytrar, sociedad ésta última constituida por Tecmed a tales efectos y para que operara dicho confinamiento.

36. El confinamiento fue construido en 1988 sobre un terreno adquirido por el Gobierno del Estado de Sonora que se encuentra ubicado en la localidad de Las Víboras, dentro de la jurisdicción del Ayuntamiento de Hermosillo, Estado de Sonora, México. A partir del 7 de diciembre de 1988, el confinamiento contó con una licencia para funcionar de una duración de cinco años prorrogable, emitida por la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología del Gobierno Federal de México (SEDUE) a favor de Parques Industriales de Sonora, un organismo público descentralizado del gobierno del Estado de Sonora. Durante este período, el operador del confinamiento era un ente distinto a dicho organismo, el Parque Industrial de Hermosillo, también de carácter público y perteneciente a dicho estado. Luego, la titularidad del confinamiento pasó a un organismo público descentralizado del Ayuntamiento de Hermosillo, denominado Confinamiento Controlado Parque Industrial de Hermosillo O.P.D.; y en esa nueva etapa contó con una nueva autorización para funcionar sin plazo limitado de duración. Tal autorización fué otorgada el 4 de mayo de 1994 por el Instituto Nacional de Ecología, Dirección General de Materiales, Residuos y Actividades Peligrosas de México (« INE »), un órgano del Gobierno Federal de los Estados Unidos Mexicanos situado dentro de la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca de dicho Gobierno (SEMARNAP), que canceló la anteriormente mencionada, otorgada el 7 de diciembre de 1988. El INE – tanto dentro del marco de SEDUE como de su sucesora SEMARNAP - tiene a su cargo la conducción de la política nacional mexicana en materia de ecología y protección del medio ambiente, y actúa además como autoridad normativa y regulatoria en materia ambiental .

37. A raíz de la liquidación y extinción del citado organismo público descentralizado decretadas por el Gobernador del Estado de Sonora el 6 de julio de 1995, a mediados de 1995 los bienes correspondientes al confinamiento pasaron a integrar el patrimonio del Gobierno del Estado de Sonora. Luego, el 27 de noviembre de ese año, merced a un contrato de donación celebrado entre dicho Gobierno y el Ayuntamiento de Hermosillo, tales bienes fueron transferidos a Promotora .

38. Por carta del 16 de abril de 1996, ratificada por cartas del 5 de junio, 26 de agosto y 5 de septiembre del mismo año, Tecmed solicita del INE que la licencia de operación del Confinamiento - a nombre de Confinamiento Controlado Parque Industrial de Hermosillo O.P.D. - fuese extendida a nombre de Cytrar. El Ayuntamiento de Hermosillo apoyó tal gestión a través de su nota del 28 de marzo de 1996 dirigida al INE, en la cual dicho ayuntamiento solicita del INE que otorgue las mayores facilidades para que se lleven a cabo los trámites de cambio de razón social en la licencia de operación en favor de Tecmed o de la empresa que ésta constituya. Mediante oficio del 24 de septiembre de 1996, el INE comunicó a Cytrar, en relación con la solicitud de cambio de razón social de Promotora a Cytrar, que Cytrar había quedado registrada en el INE. Tal oficio fué luego devuelto por Cytrar al INE según lo requerido por éste último luego de ser emitido, y sustituido por otro de la misma fecha, al que se anexaba la autorización correspondiente al confinamiento, fechada el día 11 de noviembre de 1996, bajo la nueva denominación social. Dicha autorización era prorrogable anualmente a solicitud del interesado 30 días antes de su expiración, y lo fué por un año más hasta el 19 de noviembre de 1998.

39. La demanda arbitral persigue indemnización por daños y perjuicios, incluida la indemnización de daño moral, más los intereses respectivos, que se habrían materializado el 25 de noviembre de 1998, fecha en que la solicitud de renovación de la autorización de funcionamiento del confinamiento que vencía el 19 de noviembre de 1998 fué denegada por el INE, según resolución del INE de esa fecha, y por la cual, además, el INE requirió de Cytrar la presentación de un programa de cierre del confinamiento. Subsidiariamente, la Demandante solicita la restitución en especie mediante la entrega a la Demandante de autorizaciones que permitan la operación del confinamiento de Las Víboras hasta el término de su vida útil, más el resarcimiento de daños y perjuicios sufridos.

40. La Demandante también sostiene que las autorizaciones para funcionar sucesivamente otorgadas a Cytrar por el INE en relación con el confinamiento constituyen una violación de las condiciones bajo las cuales la Demandante realizó su inversión porque (i) tales autorizaciones, tanto en cuanto a su lapso temporal de duración, cuanto a las condiciones a las cuales se encontraban sujetas, eran distintas de la autorización con que contaba la operación del confinamiento al momento de efectuarse la inversión; y (ii) el precio pagado por Cytrar comprendía la adquisición de activos intangibles que incluían el traspaso a Cytrar de las autorizaciones ya existentes para operar el confinamiento y bajo las cuales dicho confinamiento era operado al momento de realizarse la inversión, y no las que les fueron en definitiva otorgadas. La Demandante sostiene que tal violación de dichas condiciones implica a su vez una violación, entre otras disposiciones, de los arts. 2 y 3.1 del Acuerdo así como del derecho mexicano. Sin embargo, la Demandante manifiesta no solicitar, en el presente proceso arbitral, un pronunciamiento o declaración relativo a la licitud o ilicitud, legalidad o ilegalidad, de actos u omisiones atribuibles a la Demandada respecto de permisos o autorizaciones relativos a la operación del confinamiento de Las Víboras anteriores a la resolución del INE del 19 de noviembre de 1998 que puso fin a la autorización de Cytrar para operar dicho confinamiento, considerados aisladamente, sin perjuicio de destacar la relevancia de tales actos u omisiones como actos preparatorios de conducta ulterior atribuible a la Demandada que, según argumenta la Demandante, sería violatoria del Acuerdo, o que facilitaron dicha conducta.

41. La Demandante sostiene que la denegación de la renovación de la autorización para funcionar del confinamiento, operada por resolución del INE del 25 de noviembre de 1998, es un

acto expropiatorio de su inversión, sin compensación ni justificación de ningún tipo; y constituye además una violación de los artículos 3.1, 3.2,4.1, 4.5, 5.1, 5.2 y 5.3 del Acuerdo, así como del derecho mexicano. Según la Demandante, dicha denegación frustraría sus justas expectativas de continuidad y duración de la inversión realizada y perjudicaría la recuperación de las sumas invertidas más la tasa de retorno esperada.

42. La Demandante alega que las condiciones bajo las que se realizaron la licitación y su convocatoria, la adjudicación o venta del confinamiento o de los bienes relativos a éste, y la inversión de la Demandante, fueron sustancialmente modificadas luego de efectuada dicha inversión por razones imputables a acciones u omisiones de distintas autoridades mexicanas situadas en los ámbitos municipal, estatal y federal. La Demandante sostiene que tales modificaciones, con resultados adversos para su inversión, y que habrían culminado en la denegatoria de la prórroga de la autorización para operar el confinamiento por el Gobierno Federal, obedecen en gran medida a circunstancias políticas, esencialmente vinculadas con el cambio de autoridades del Ayuntamiento de Hermosillo, dentro de cuyo ámbito se encuentra físicamente ubicado el confinamiento, y no jurídicas. Concretamente, la Demandante atribuye dichos cambios al resultado de las elecciones realizadas en México en julio de 1997, una de cuyas consecuencias fué la asunción de un nuevo Presidente del Ayuntamiento de Hermosillo y de cambios similares en otros gobiernos municipales en el Estado de Sonora. Según alega la Demandante, las nuevas autoridades de Hermosillo habrían alentado un movimiento ciudadano contrario al confinamiento, que perseguía el retiro o no renovación de la autorización de operación del confinamiento y su clausura, y que condujo, además, a confrontaciones con la sociedad que llegaron hasta al bloqueo del confinamiento. Las autoridades del Estado de Sonora, donde se encuentra ubicado el Ayuntamiento de Hermosillo, habrían brindado apoyo expreso a la postura adoptada por dicho Ayuntamiento.

43. La Demandante afirma que el Gobierno Federal cedió a la presión combinada de las autoridades municipales de Hermosillo y del Estado de Sonora y del movimiento social adverso al confinamiento, lo que conduce, según los dichos de la Demandante, a la resolución del INE del 25 de noviembre de 1998 antes citada, por la que se denegó la prórroga de la autorización de Cytrar para operar el confinamiento y se dispuso su cierre. La Demandante afirma que la negativa del INE a prorrogar la autorización para operar es un acto arbitrario violatorio del Acuerdo, del derecho internacional y del derecho mexicano; y niega haber incurrido en inconductas o en infracciones de los términos bajo los cuales fue conferida la autorización del confinamiento que justificasen la negativa a prorrogar dicha autorización. La Demandante alega que los incumplimientos de las condiciones de la autorización que venciera el 19 de noviembre de 1998, y que en definitiva no fué prorrogada por el INE, no fueron de entidad suficiente para justificar medida tan extrema. La Demandante destaca que tales infracciones habían sido motivo de investigación por la Procuraduría Federal de Protección del Medio Ambiente (« PROFEPA »), como el INE, también entidad comprendida dentro de la SEMARNAP, pero con la atribución, entre otras cosas, de vigilar el cumplimiento de la normativa ambiental federal, y con la facultad de aplicar sanciones, que pueden alcanzar la revocación de la autorización para funcionar; y que la PROFEPA no había comprobado la existencia de incumplimientos de entidad tal que comprometieran el medio ambiente o la salud de la población o que mereciesen sanción mayor que las multas finalmente impuestas por la PROFEPA a Cytrar como resultado de tales investigaciones.

44. La Demandante subraya el compromiso de Cytrar, con el apoyo de Tecmed, a partir del 3 de julio de 1998, para reubicar la operación de confinamiento de residuos peligrosos en un sitio distinto sobre la base de acuerdos alcanzados con autoridades federales, estatales y municipales de esa fecha, y rechaza que el hecho que tal reubicación no se hubiera aún materializado al momento de denegarse la prórroga de la autorización a nombre de Cytrar pueda ser válidamente invocado entre las circunstancias referidas por el INE en su resolución del 25 de noviembre de 1998 por la cual denegó dicha prórroga. La Demandante destaca que Cytrar, con el apoyo de Tecmed, luego adicionó a su compromiso relativo a la reubicación del confinamiento el de hacerse cargo de los costos y cargas económicas involucrados por dicha reubicación; y rechaza que las demoras o la frustración en su realización les sean imputables. La Demandante insiste en que la única condición a la cual Cytrar subordinó su compromiso de reubicación era que mientras ésta no ocurriera, no se pusiera fin a las operaciones por Cytrar del confinamiento de Las Víboras y de la respectiva autorización para funcionar, y que tal condición forma parte del acuerdo de reubicación alcanzado con las autoridades federales, estatales y municipales de la Demandada. A todo evento, la Demandante argumenta que Cytrar solicitó del INE, infructuosamente, una prolongación limitada de su autorización para operar el confinamiento de Las Víboras (por cinco meses a partir del 19 de noviembre de 1998), para permitir en ese lapso la identificación consensuada del sitio donde la reubicación habría de materializarse, y llevar ésta a cabo.

45. Según la Demandante, el acto expropiatorio y otras violaciones del Acuerdo de los cuales se considera víctima, han ocasionado la pérdida total para la Demandante de la utilidad y beneficios de la operación económica y comercial del confinamiento de Las Víboras como negocio en marcha, y los perjuicios sufridos en consecuencia incluyen la imposibilidad de amortizar las inversiones efectuadas en la adquisición de los activos que conformarían el confinamiento, en la adecuación y acondicionamiento de éste, y más generalmente, las relativas o requeridas para este tipo de actividad industrial, que incluirían, sin limitarse a ellas, la realización de construcciones relacionadas con el confinamiento; el lucro cesante y oportunidades de negocio perdidas; la imposibilidad de dar cumplimiento a contratos suscritos con las entidades productoras de residuos industriales, con la consiguiente resolución de los mismos y posibles reclamaciones vinculadas a éstos; y el daño moral causado a la Demandante y sus filiales en México en razón del desmerecimiento sufrido por su imagen en ese país, con la consiguiente repercusión negativa en la capacidad de expansión y de desarrollo de las actividades de la Demandante en México.

46. La Demandada, luego de destacar que no considera que las facultades del INE para denegar la autorización para funcionar del confinamiento sean regladas, sino que son discrecionales, niega que dicha denegación haya sido el fruto de un ejercicio arbitrario de tales facultades discrecionales. La Demandada sostiene que la denegación de tal autorización es una medida de control, en un sector altamente regulado y que involucra muy cercanamente al interés público. En consecuencia, según la Demandada, tal denegación está destinada a desalentar determinado tipo de conductas, pero no constituye una penalización. La Demandada subraya que las cuestiones debatidas en el presente arbitraje deben ser resueltas a la luz de las disposiciones del Acuerdo y del derecho internacional.

47. La Demandada niega que el objeto de la licitación y ulterior adjudicación a Tecmed haya sido un confinamiento si por ello se entiende un conjunto o universalidad de bienes tangibles e

intangibles que incluye licencias o autorizaciones para operar un confinamiento controlado de residuos peligrosos. La Demandada sostiene que los bienes licitados y vendidos por Promotora comprenden exclusivamente ciertos predios, terreno, infraestructura, maquinarias y equipo; pero no permisos, autorizaciones o licencias. La Demandada también sostiene, con referencia a la documentación suscrita por Promotora, Tecmed y Cytrar en relación con la subasta por licitación pública de los bienes relativos al confinamiento que (i) la obligación o responsabilidad de obtener permisos, licencias o autorizaciones para operar el confinamiento reposaba en cabeza de Cytrar; (ii) Promotora no se comprometió a obtener o proporcionar tales permisos, licencias y autorizaciones en beneficio o a nombre de Cytrar, de la Demandante o de Tecmed, ni garantizó su obtención; (iii) el único compromiso de Promotora al respecto fué asegurar que Cytrar pudiera operar el confinamiento bajo los permisos, autorizaciones o licencias existentes, que permanecían en cabeza de Confinamiento Parque Industrial de Hermosillo O.P.D., hasta tanto Cytrar obtuviese las propias; (iv) siempre fué claro para Cytrar que ésta debía contar con licencias, autorizaciones o permisos que le fueran propios para operar el confinamiento; y (v) ni Cytrar ni Tecmed se acercaron a las autoridades federales competentes para informarse acerca de la posibilidad de obtener la transferencia de las autorizaciones o permisos existentes. La Demandada niega que el importe de \$(pesos mexicanos) 24.047.988,26 haya sido pagado como precio por los permisos o autorizaciones para funcionar del confinamiento y que la factura de Promotora que así lo establece refleje la realidad de la licitación y de la operación de venta consiguiente.

48. La Demandada niega la competencia del Tribunal Arbitral para pronunciarse en relación con conductas atribuibles o atribuidas a la Demandada que tuvieron lugar antes de la entrada en vigencia del Acuerdo o que una interpretación del mismo - en particular su art. 2.2 , por el cual se extiende la aplicación del Acuerdo a inversiones realizadas antes de su entrada en vigencia – pueda conducir a una distinta conclusión. Igualmente, sobre la base del Título II. 5 del Apéndice del Acuerdo, la Demandada niega que el Tribunal Arbitral tenga competencia sobre acciones u omisiones atribuidas o atribuibles a la Demandada que fueron o pudieron ser conocidas por la Demandante, conjuntamente con los daños y perjuicios originados en aquéllas, con anterioridad a un período perentorio de tres años computado a partir de la fecha de iniciación del presente arbitraje previsto en el Acuerdo. La Demandada niega, además, que la conducta presuntamente violatoria del Acuerdo atribuida a la Demandada haya causado daño a la Demandante, con lo cual las reclamaciones de ésta última no satisfarían el requisito del Título II.4 del Apéndice del Acuerdo.

49. La Demandada sostiene que el otorgamiento de la licencia del 11 de noviembre de 1996, bajo las condiciones en que fué otorgada, fué realizado dentro del ámbito de las atribuciones legales del INE; y que tales condiciones eran similares a las que regían otras autorizaciones conferidas por el INE en esa época. La Demandada hace hincapié en la actitud adversa de la sociedad al confinamiento en razón de su ubicación y de la visión negativa y acerbamente crítica que habría manifestado la sociedad en relación con el cumplimiento por Cytrar de las tareas a su cargo de transporte y confinamiento de desechos tóxicos peligrosos originados en lo que fué la planta de reciclaje y recuperación de plomo de Alco Pacífico de México, S.A. de C.V. (« Alco Pacífico »), ubicada en Tijuana, Baja California, lo que acentuaría la importancia de exigir el estricto cumplimiento de las condiciones de la nueva autorización para funcionar otorgada por el INE a Cytrar con fecha 19 de noviembre de 1997.

50. La Demandada afirma que las autoridades municipales, estatales y federales, así como las fuerzas de seguridad y las cortes judiciales cuando Cytrar acudió a ellas, actuaron con diligencia y empeño y en consonancia con las obligaciones de la Demandada bajo el Acuerdo para brindar protección a Cytrar y a su personal y a la inversión de la Demandante relativa al confinamiento ante las distintas formas de presión social desplegada por grupos o gentes adversos al confinamiento, así como para encontrar soluciones a los problemas suscitados por dicha presión social; y en todo caso niega que acciones u omisiones de dichos grupos o gentes o responsabilidades derivadas de tales acciones u omisiones sean imputables a la Demandada bajo el Acuerdo o el derecho internacional. La Demandada subraya la individualidad propia de las funciones respectivamente desempeñadas por la PROFEPA y el INE; y destaca que sólo a éste último corresponde decidir sobre la no renovación de una autorización que ha expirado, sobre la base de una evaluación de distintos elementos y circunstancias que le es propia al INE. Por ese motivo, la Demandada sostiene que es irrelevante que la PROFEPA no haya revocado la autorización de Cytrar relativa al confinamiento o no lo haya clausurado por cuestiones tenidas en cuenta por el INE para no prorrogar dicha autorización, o que la PROFEPA no haya juzgado que tales cuestiones tuviesen envergadura suficiente para justificar sanciones mayores a la de multa. La Demandada pone énfasis, no obstante ello, en la multiplicidad creciente de infracciones comprobadas por PROFEPA en la operación del confinamiento por Cytrar.

51. En definitiva, la Demandada concluye que no hay conducta alguna por parte de autoridades municipales, estatales o federales de los Estados Unidos Mexicanos relativa a Cytrar, Tecmed, la Demandante, el confinamiento o las inversiones de la Demandante que constituya una violación del Acuerdo bajo los términos de éste, del derecho mexicano o del derecho internacional. En particular, niega carácter expropiatorio a la denegación de una nueva autorización a Cytrar para operar el confinamiento, y en consecuencia que haya mediado violación del artículo 5 del Acuerdo. La Demandada también niega que la Demandante haya sido objeto de trato discriminatorio o que se le hubiera denegado el trato nacional en violación del art. 4 del Acuerdo. La Demandada rechaza haber infringido el art. 2.1 del Acuerdo en materia de promoción o admisión de inversiones, o haber incurrido en violación alguna del artículo 3 del Acuerdo. Finalmente, la Demandada cuestiona las bases de cálculo de la indemnización perseguida por la Demandante, que en todo caso considera improcedente, y a todo evento exagerada.

D. Cuestiones Preliminares

52. En primer término, el Tribunal Arbitral considerará aquéllas cuestiones que por su naturaleza, o por su vinculación con la competencia de este Tribunal Arbitral para entender en el presente caso, o su estrecha relación con otras cuestiones relativas a las decisiones que el Tribunal Arbitral deberá adoptar en cuanto al fondo de las controversias entre las Partes, requieren ser dilucidadas con carácter previo. Tales cuestiones son (i) las objeciones a la jurisdicción del Tribunal Arbitral introducidas por la Demandada ; (ii) las objeciones levantadas por la Demandada en cuanto a la introducción en término por la Demandante de algunas de sus reclamaciones; y (iii) el precio y alcances de la adquisición por Cytrar y Tecmed de bienes relativos al confinamiento de Las Víboras.

I. La competencia del Tribunal Arbitral

53. La Demandante argumenta¹, sobre la base del artículo 2 (2) del Acuerdo, que éste se aplica de manera retroactiva a conducta de la Demandada anterior a la entrada en vigor del Acuerdo. Dicha disposición establece que el Acuerdo « ...se aplicará también a las inversiones efectuadas antes de la entrada en vigor del mismo por los inversores de una Parte Contratante. ». Según la Demandante, en virtud de esta disposición, el Acuerdo cubre conducta o acontecimientos relativos a la inversión en la que se originan las controversias objeto del presente arbitraje que tuvieron lugar antes del 18 de diciembre de 1996, fecha de entrada en vigor del Acuerdo conforme a su artículo 12. Esta disposición establece que el Acuerdo entrará en vigor el día de la notificación recíproca por las Partes Contratantes del cumplimiento por cada una de ellas de las formalidades constitucionales para la entrada en vigor de acuerdos internacionales. El Título X del Apéndice del Acuerdo comprueba que ello ocurrió el día 18 de diciembre de 1996. La Demandante también aduce, sobre la base del artículo 18 de la Convención de las Naciones Unidas de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados (la « Convención de Viena »)², que la Demandada estaba obligada, aún antes de la entrada en vigor del Acuerdo, a « ...abstenerse de realizar actos que frustrasen el objeto y fin... » del Acuerdo³.

54. La Demandada sostiene, a su vez⁴, que este Tribunal Arbitral carece de competencia *ratione temporis* para considerar la aplicación del Acuerdo a conducta de la Demandada anterior al 18 de diciembre de 1996. La Demandada alega que una interpretación distinta sería incompatible con el principio de la irretroactividad de los tratados consagrado en el artículo 28 de la Convención de Viena y con una regla básica del derecho internacional. En definitiva, la Demandada niega competencia al Tribunal Arbitral para conocer en cuestiones o conducta suscitadas con anterioridad a dicha fecha⁵.

¹ Memorial de demanda, pág. 84, nota 109.

² United Nations Conference on the Law of Treaties, First and Second Sessions, Official Records-Documents of the Conference, A/CONF.39/11/Add.2, o 1155 U.N.T.S. 331.

³ En la nota 109, pág. 85 de su Memorial de demanda, la Demandante menciona, erradamente, el artículo 28 de la Convención de Viena, cuando la referencia correcta debió haber sido, a tenor del texto y concepto consignados en dicha nota, al artículo 18 de ese cuerpo legal.

⁴ Memorial de contestación, págs. 116-120; no. 414 y sigs.

⁵ El texto y caso citados en la pág. 117, no. 418 del Memorial de contestación, y nota 327, evidencian claramente que la Demandada cuestiona la competencia del Tribunal Arbitral con los alcances arriba señalados.

55. El Tribunal Arbitral no estima adecuado establecer lo que significa, en términos abstractos o generales, la « aplicación retroactiva » de un texto legal, expresión que no parece responder a criterios generalmente aceptados⁶ ; y por ello, en esta materia, además de atenerse a las pretensiones de las Partes con los alcances que se indicarán más adelante, se atenderá al texto mismo del Acuerdo y a las reglas aplicables a la interpretación de tratados⁷.

56. En concordancia con los parámetros que se acaban de definir, la consideración de si el Acuerdo es de aplicación retroactiva debe conducirse, en primer término, a la luz de las pretensiones de las Partes. El mandato de un tribunal arbitral reconoce, entre otras limitaciones, las que se derivan de las cuestiones litigiosas concretamente sometidas a su conocimiento a través de las pretensiones de las Partes. Un tribunal arbitral no puede decidir ni más ni menos que lo necesario para dirimir las controversias que le son sometidas. Es indiscutible que las Partes tienen posiciones encontradas acerca de la aplicación retroactiva o no del Acuerdo, y han argumentado extensamente sobre este punto⁸. Razón de más para examinar esta cuestión a la luz de lo concretamente solicitado y argumentado por las Partes.

57. La conducta de la Demandada anterior al 18 de diciembre de 1996 censurada por la Demandante esencialmente consistió en (a) la no transferencia en cabeza de Cytrar de la autorización ya existente para la operación del confinamiento o la no concesión a Cytrar de una autorización igual o equivalente a dicha autorización, particularmente en lo que hace a su duración indeterminada⁹; y (b) la conducta supuestamente equívoca del INE, al incorporar primeramente a Cytrar en un registro del INE bajo términos que podían ser interpretados como la transferencia a nombre de Cytrar de la autorización ilimitada existente, para luego dejarla sin

⁶ Ver Decisión sobre Jurisdicción Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, 24 de diciembre de 1996, caso CIADI No. Arb/94/2, http://www.worldbank.org/icsid/cases/tradex_decision.pdf, pág. 186: "...there does not seem to be a common terminology as to what is "retroactive" application, and also the solutions found in substantive and procedural national and international law in this regard seem to make it very difficult, if at all possible, to agree on a common denominator as to where "retroactive" application is permissible and where not."

⁷ Laudo Mondev International Ltd. V. United States of America, 11 de octubre de 2002, caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, pág.14, no. 43 ; www.nafta.law.org.

⁸ Memorial de contestación, págs.116-120, nos. 414 y sigs. Alegato de cierre de la Demandante, págs. 93-97. Alegato de Cierre de la Demandada, págs.4-6; nos. 13 y sigs.

⁹ Estos sucesos tuvieron lugar, el primero, el 24 de septiembre de 1996 (nota del INE a Cytrar por la cual se comunica a ésta que « ha sido debidamente registrada »), documento A42, y el segundo, tiempo después, al reemplazar el INE dicha nota por una nueva, de la misma fecha y de texto esencialmente idéntico, salvo que la nueva nota evidencia el otorgamiento de una nueva autorización y la comunica a Cytrar (dicha autorización, con una duración de un año y prorrogable, estaba fechada el 11 de noviembre de 1996) en forma de anexo, documentos A43 y A44. Memorial de Demanda, págs. 40-45 ; 107-109. Alegato de cierre de la Demandante, págs. 30-38.

efecto al reemplazarla por una distinta, limitada en su duración inicial (un año), y cuya prolongación ulterior estaba sujeta a la aprobación del INE¹⁰.

58. En su Memorial de demanda, la Demandante expresa, en relación con la conducta del INE relativa al cambio o sustitución de autorizaciones para operar el confinamiento :

No obstante, ese hecho, con ser grave una vez que conocemos lo ocurrido con posterioridad, no generó un perjuicio inmediato para esta entidad demandante que al fin y a la postre, seguía legitimada para operar el Confinamiento adquirido¹¹.

Sin embargo, sobre esta cuestión la Demandante no deja de destacar que :

...el cambio injustificado en las condiciones de la explotación y derivada de la emisión de una autorización nueva y distinta, ajena a las previsiones y garantías existentes al momento de realizarse la inversión, constituye una auténtica medida desprovista de fundamento legal y discriminatoria, expresamente prohibida por el Artículo III del APRI¹².

y poco después, que :

No se pretenda entender que la conversión de una autorización indefinida en temporal, legitimó o permitió la ulterior resolución contraria a la renovación. Esa resolución del INE, impugnada en el presente arbitraje, es ilícita e ilegítima como también lo hubiera sido una eventual revocación de la licencia fundada sobre las mismas causas. Pero, resulta indudable que la precariedad (referida a la brevedad de su duración) y provisionalidad de una autorización con duración tan limitada son mayores que las de una autorización indefinida¹³.

En relación con el mismo episodio, la Demandante aclara que :

Aún así, CYTRAR, S.A. de C.V. y TECMED contaban con una autorización que amparaba la explotación del Confinamiento y no se encontraban en situación de formular protestas que pudieran « desagradar » a los funcionarios competentes en la materia. No en vano, y aun existiendo diferencias innegables entre una autorización indefinida y otra temporal, la otorgada en 1996, constituía título legítimo y suficiente, la explotación del Confinamiento continuaba de forma ininterrumpida y las relaciones del personal de estas empresas y los representantes de la Administración eran cordiales y fluidas. En el ánimo de todos se encontraba la consideración de la idoneidad del Confinamiento y de su manejo, así como de la vocación de duración del mismo. En esos momentos, y al menos para esta parte demandante, resultaba impensable que sólo dos años más tarde fuera a ser ilegítimamente privada de la autorización lícitamente obtenida¹⁴.

¹⁰ Alegato de cierre de la Demandante, págs. 110-115.

¹¹ Memorial de demanda, pág.42.

¹² Memorial de demanda, pág.108.

¹³ Memorial de demanda, pág. 109.

¹⁴ Memorial de demanda, págs.44-45. Esto fue luego refirmado por la Demandante al referirse a la autorización conferida por el INE para la operación del Confinamiento por Cytrar del 19 de noviembre de 1997: “En todo caso, hemos de reiterar lo anteriormente afirmado acerca de la suficiencia de ambas autorizaciones a efectos de dotar de legitimidad [a] la explotación del Confinamiento y las razones de índole práctica que llevaron a CYTRAR S.A. de C.V. y a TECMED a obviar una protesta expresa por esos cambios de condiciones. El Confinamiento

Al referirse a la denegación por el INE de la renovación de la autorización concedida el 19 de noviembre de 1997, la Demandante manifiesta que :

Ese es precisamente el acto de infracción que se impugna en el presente arbitraje, un Oficio del Instituto Nacional de Ecología que privó a Cytrar, S.A. de C.V. del activo objeto de su actividad exclusiva. Acto definitivo y principal, acompañado de toda una serie de actuaciones próximas, previas y posteriores, que completaron la violación múltiple del APRI y que son denunciadas en el presente arbitraje¹⁵.

La Demandante expresa luego :

No obstante, la necesaria precisión con la que han sido abordadas las circunstancias de hecho en el presente Memorial, permite comprobar cómo el incumplimiento de la demandada no ha sido materializado en un solo acto, sino que fue preparándose, implementándose y fortaleciéndose hasta su plena consumación en el acto de denegación de la renovación.

Ciertamente, fue ese hecho de la denegación el que generó la producción de perjuicios e impidió definitivamente a esta empresa la obtención de los legítimos resultados de su inversión. Las actuaciones que lo precedieron y muy especialmente aquéllas que implicaron modificaciones negativas en las condiciones de la autorización, constituyen actos previos a ese incumplimiento decisivo y generador de los perjuicios cuya reparación se solicita. Pero, lo cierto es que, aun cuando sea distinta la operación de un confinamiento bajo una autorización temporal y esa operación al amparo de una licencia indefinida, en ambas situaciones existe título para emprender y continuar lícitamente la explotación y, en el día a día de la actividad, ésta no se encuentra limitada por esos condicionantes temporales¹⁶.

También señala la Demandante en relación con la no renovación de la autorización del 19 de noviembre de 1997 :

Ese es el primordial incumplimiento de la demandada y el que ha generado los perjuicios cuya reparación se solicita en el presente arbitraje¹⁷.

Al referirse al trato justo y equitativo conforme al derecho internacional garantizado bajo el artículo 4(1) del Acuerdo, la Demandante sostiene que aquél comporta el deber de actuar con transparencia y con respeto a la confianza legítima generada en el inversor. Al respecto, la Demandante manifiesta que :

En suma, la confianza legítima generada en TECMED para instarla a realizar la inversión, se vio violentada y seriamente truncada. Primero lo fue con el cambio en las condiciones de la operación del Confinamiento y más adelante y de forma definitiva, con la medida que generó su inmediata paralización.

continuaba operativo, su potencial de duración, dependiente de su vida útil, no se había alterado y las autoridades competentes no habían manifestado recelos sobre el Confinamiento ni su operación, como tampoco habían expresado ninguna intención que pudiera afectar a la amplitud ni duración de esa explotación”: Memorial de demanda, págs. 47-48.

¹⁵ Memorial de demanda, pág.53.

¹⁶ Memorial de demanda, págs. 103-104.

¹⁷ Memorial de demanda, pág.112.

Si fuera el caso que la legislación mexicana amparase y permitiese la conversión de autorizaciones indefinidas en anuales, lo que rechazamos, no puede por menos que afirmarse la absoluta falta de transparencia de la expresada legislación, que en lugar alguno establece el carácter definido de las licencias¹⁸.

También sostiene la Demandante que la sustitución de la licencia existente de duración indeterminada, que en el pasado benefició a inversores estatales (municipales o del estado de Sonora), por una de duración limitada cuando se trató de Cytrar, constituyó una violación de la garantía de trato justo y equitativo prevista en el artículo 4(5) del Acuerdo¹⁹.

Finalmente, la Demandante concreta así sus peticiones :

Se deja solicitada la declaración del Tribunal Arbitral acerca del incumplimiento incurrido por los Estados Unidos Mexicanos como consecuencia de las acciones y decisiones anunciadas en el presente Memorial, ya sea en cuanto al incumplimiento propiamente dicho o como actos preparatorios de dicho incumplimiento...²⁰

Y luego de listar los principales incumplimientos del Acuerdo imputados por la Demandante a la Demandada, entre los que se incluyen « el cambio sustancial de las condiciones de operación del Confinamiento.... » producido con motivo de la sustitución de la autorización en vigor a la fecha de realizar la inversión, y « ...muy particularmente, por el paso de una autorización de duración indefinida a una autorización de duración anual o renovable anualmente »²¹, la Demandante sintetiza de la forma siguiente sus pretensiones :

Dichas actuaciones preparan y conforman un incumplimiento expreso, grave y palmario del deber de protección a las inversiones foráneas proclamado por el Artículo II del APRI y de la obligación de trato justo y equitativo al inversor extranjero, establecido en el Artículo IV de ese mismo Acuerdo y la no renovación constituye una medida de efecto equivalente a la expropiación de las contempladas por el Artículo V del APRI, llevada a cabo por razones e intereses políticos contrarios al interés público y sin la necesaria indemnización²².

59. En su alegato de cierre, la Demandante aporta precisiones adicionales relativas a sus peticiones y pretensiones. En relación con la sustitución de la autorización ilimitada para operar el confinamiento por otra de duración por un año, y ante la observación de la Demandada que los reclamos de la Demandante incluyen el de hacer responsable a la Demandada por dicha sustitución, la Demandante manifiesta lo que sigue :

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

¹⁸ Memorial de demanda, pág. 122.

¹⁹ Memorial de demanda, pág. 127.

²⁰ Memorial de demanda, pág. 139.

²¹ Memorial de demanda, pág. 139.,

²² Memorial de demanda, págs. 139-140.

Ciertamente, la demandante ha narrado y puesto en conocimiento del Tribunal otros hechos ocurridos con anterioridad al 25 de noviembre de 1998, porque tienen relevancia y son claramente ilustrativos de la actitud y actuación de las autoridades mexicanas, pero no ha exigido declaración de incumplimiento ni responsabilidad por uno sólo de ellos²³.

Agrega luego la Demandante :

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

Esa pretensión se encuentra plenamente amparada por los términos expresos en los que establece su retroactividad el APRI hispano-mexicano, sin precisar de ningún apoyo en otros textos convencionales²⁴.

Y, a mayor abundamiento, la Demandante afirma que :

Hemos de insistir en que efectivamente la única infracción al APRI cuya sanción por el Tribunal solicita esta parte es la medida de no renovación de la licencia, por ser ésta la causante del daño experimentado por TECMED [...] No obstante, ello no impide, sino que resulta obligado, permitir al Tribunal Arbitral que conozca y analice las actuaciones precedentes y aún las posteriores puestas en práctica por las autoridades mexicanas²⁵.

60. El Tribunal Arbitral no puede dejar de advertir una cierta fluctuación en la postura de la Demandante acerca de si la conducta de la Demandada que tuvo lugar antes del 18 de diciembre de 1996 puede ser considerada a los efectos de establecer si la Demandada ha incurrido en violaciones del Acuerdo. De todas maneras, el Tribunal Arbitral llega a la conclusión que la Demandante no incluye entre sus pretensiones sometidas al conocimiento de este Tribunal Arbitral actos u omisiones realizadas o incurridas por la Demandada antes de dicha fecha, que contemplados *aisladamente*, puedan ser considerados como violatorios del Acuerdo con anterioridad a tal fecha.

61. Más problemática es la cuestión de si tales actos u omisiones, en combinación con actos o conducta de la Demandada acaecidos después del 18 de diciembre de 1996, pueden constituir violación del Acuerdo luego de esa fecha.

62. Las expresiones vertidas por la Demandante, particularmente en su Memorial de demanda, que se transcriben en el parágrafo 58 anterior, denotan que a los efectos de determinar si hubo violación del Acuerdo, la Demandante estima que la operación de inversión y la conducta de la Demandada deben ser considerados en su devenir, y no como una serie deshilvanada de actos aislados. Dos consecuencias se derivarían de esta postura de la Demandante. La primera, que la Demandada, con anterioridad al 18 de diciembre de 1996, y a través de la conducta de distintos órganos o entes que conforman su estructura estatal, de manera gradual, pero no por ello menos creciente, habría debilitado los derechos y la situación jurídica

²³ Alegato de cierre de la Demandante, pág.93.

²⁴ Alegato de cierre de la Demandante, pág. 97.

²⁵ Alegato de cierre de la Demandante, pág.98.

de la Demandada como inversor. Esa conducta se habría continuado luego de la entrada en vigencia del Acuerdo, y habría culminado en la denegación de la prórroga de la autorización el 25 de noviembre de 1998, donde se habrían producido los daños concretos sufridos por la Demandante en razón de dicha conducta. El hilo vinculante que integra a cada uno de los actos u omisiones en una sola y misma conducta imputable a la Demandada no es un elemento subjetivo o de intencionalidad, sino su convergencia en el mismo resultado de privar al inversor de su inversión en violación del Acuerdo. La segunda, que antes de conocerse el resultado final o último de dicha conducta, no podía advertírsela en toda su verdadera entidad, carácter violatorio o efectos perjudiciales a los efectos de una reclamación bajo el Acuerdo²⁶, máxime si, al momento en que parte sustancial de dicha conducta tuvo lugar, no podían considerarse o invocarse las disposiciones del Acuerdo ante un tribunal arbitral internacional previsto en sus disposiciones porque el Acuerdo aún no se encontraba en vigor.

63. Claramente, el principio básico en derecho internacional es que, salvo que surja una interpretación distinta del tratado o se establezca distintamente en sus disposiciones, éstas no obligan en relación con un acto o hecho que tuvo lugar o una situación que cesó de existir antes de la fecha de su entrada en vigor²⁷. La prueba de la existencia de cualquier excepción al principio de irretroactividad allí consagrado recae naturalmente en quien la invoque.

64. Si bien el Acuerdo se aplica a inversiones existentes al momento de su entrada en vigor – lo cual sugiere como conclusión lógica que las situaciones que rodean inversiones existentes a ese momento no quedan sustraídas de sus disposiciones – la manera en que se encuentran redactadas las disposiciones sobre las que la Demandante basa sus pretensiones indica que la aplicación de éstas se encuentra proyectada hacia el futuro. Así, por ejemplo²⁸, el artículo 3(1) del Acuerdo:

Cada Parte Contratante *otorgará* plena protección y seguridad...[...] y no *obstaculizará*²⁹[...]la gestión, el mantenimiento, el desarrollo, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones.

²⁶ Trátese de una conducta continuada en el tiempo, o de un acto complejo cuyos elementos constitutivos se reúnen en un lapso temporal que se agota en tiempos distintos, es sólo al ser contemplados en su conjunto o como unidad que es posible apreciar en que medida son violatorios de un tratado o del derecho internacional o la dimensión del daño causado: J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility* (Cambridge University Press, 2002), págs. 136-137 ;143.

²⁷ Convención de Viena, artículo 28. Laudo *Mondev International Ltd. v United States of America* (Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2), no. 68, pág. 22, www.naftalaw.org. I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2d. Edition (Manchester University Press, 1984), pág. 85.

²⁸ El énfasis en letra cursiva en las citas transcriptas en el parágrafo 64 proviene del Tribunal Arbitral.

²⁹ El énfasis es del Tribunal Arbitral.

Lo mismo puede decirse en relación con el artículo 3(2) del Acuerdo :

Cada Parte Contratante, en el marco de su legislación, *concederá*³⁰ las autorizaciones necesarias en relación con estas inversiones...

O con el artículo 4(1) y (2) referente a trato justo y equitativo :

Cada Parte Contratante *garantizará*³¹ en su territorio un tratamiento justo y equitativo conforme al Derecho Internacional, a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante [...] Este tratamiento no *será* menos favorable que el otorgado en circunstancias similares por cada Parte Contratante, a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer Estado.

Lo mismo se observa en el artículo 4(5), en materia de trato nacional :

...cada Parte Contratante *aplicará*³² a las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus propios inversores.

O en el artículo 5(1) en materia de nacionalización o expropiación :

La nacionalización, expropiación, o cualquier otra medida de características similares[...] *que pueda ser adoptada*³³ por las autoridades de una Parte Contratante contra las inversiones en su territorio de inversores de la otra Parte Contratante....

65. La utilización continua del tiempo futuro, que denota la asunción de una obligación unida a una dimensión temporal, impide interpretar que las disposiciones del Acuerdo, aún en relación con inversiones existentes al momento de su entrada en vigencia, sean de aplicación retroactiva³⁴.

66. Sin embargo, de ello no debe necesariamente deducirse que acontecimientos o conducta anteriores a la entrada en vigencia del Acuerdo no sean relevantes para determinar si la Demandada violó el Acuerdo por conducta de la Demandada que tuvo lugar, o alcanzó su punto de consumación, *luego* de su entrada en vigor. Para ello, será aún necesario poder identificar conducta – actos u omisiones – de la Demandada, luego de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo, que constituya violación de éste último:

³⁰ El énfasis es del Tribunal Arbitral.

³¹ El énfasis es del Tribunal Arbitral.

³² El énfasis es del Tribunal Arbitral.

³³ El énfasis es del Tribunal Arbitral

³⁴ Decisión sobre Jurisdicción Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania, 24 de diciembre de 1996, caso CIADI No.ARB/94/2), pág. 191.
http://www.worldbank.org/icsid/cases/tradex_decision.pdf.

...events or conduct prior to the entry into force of an obligation for the respondent State may be relevant in determining whether the State has subsequently committed a breach of the obligation. But it must be still possible to point to conduct of the State after that date which is itself a breach³⁵

En términos aún más amplios es posible leer el artículo 28 de la Convención de Viena sobre esta cuestión :

If, however, an act or fact or situation which took place or arose prior to the entry into force of a treaty continues to occur or exist after the treaty has come into force, it will be caught by the provisions of the treaty.

67. A la luz de los precedentes expresados y de las peticiones concretas de la Demandante, queda excluida de la consideración del Tribunal Arbitral, posibles violaciones del Acuerdo anteriores a su entrada en vigencia el 18 de diciembre de 1996 en razón de actos u omisiones aislados ocurridos con anterioridad, o de conducta de la Demandada considerada globalmente como una unidad aislada y transcurrida antes de esa fecha. No es indiferente, para llegar a esta conclusión, el hecho que Cytrar, Tecmed o la Demandante no hayan optado, sin que se ejerciera violencia o presión alguna sobre ellas en ese momento para impedirselo, por elevar reclamación alguna en relación con conducta anterior al 18 de diciembre de 1996, siquiera bajo la forma de una nota dirigida a las autoridades mexicanas pertinentes dando cuenta de sus objeciones a las medidas o resoluciones adoptadas³⁶.

68. En cambio, no quedan excluidos de la competencia de este Tribunal Arbitral ni del ámbito de aplicación del Acuerdo, conducta o actos u omisiones de la Demandada, que si bien tuvieron lugar antes de la fecha de entrada en vigor, puedan ser considerados como parte del *iter* constitutivo, factor coadyuvante, o elemento agravante o atenuante, de conducta o actos u omisiones de la Demandada que tuvieron lugar luego de tal fecha. En la medida que ésta última conducta o tales actos, al consumarse o completarse su consumación luego de entrada en vigor el Acuerdo, sean violatorios de éste; y particularmente, si la conducta, actos u omisiones anteriores al 18 de diciembre de 1996 no pudieron ser razonablemente apreciados por la Demandante, cuando tuvieron lugar, en su pleno significado y efectos, ya sea porque, al no encontrarse el Acuerdo en vigencia, no podían ser considerados en el marco de una posible reclamación bajo sus disposiciones, ya sea porque no pudieron ser apreciados dentro del contexto general de

³⁵ Laudo Mondev International Ltd. v. United States of America, 11 de octubre 2002, caso CIADI No.ARB(AF)/99/2, no. 70, pág. 23 ,www.naftalaw.org.

³⁶ Por ejemplo, la Demandante optó por no efectuar reclamación alguna por la sustitución de las autorizaciones para funcionar para no perjudicar su relación con las autoridades mexicanas : ver transcripción de lo manifestado por la Demandante en el parágrafo 58. Como lo destacó el tribunal arbitral en el caso Kuwait and the American Independent Oil Company (Aminoil) , 21 I.L.M., pág. 976 y sigs. (1982), esp. no.44, pág. 1008 : « In truth, the Company made a choice; disagreeable as certain demands might be, it considered that it was better to accede to them because it was still possible to live with them. The whole conduct of the Company shows that the pressure it was under was not of a kind to inhibit its freedom of choice. The absence of protest during the years following[...]confirms the non-existence, or else the abandonment, of this ground of complaint. ». Ver también I. Brownlie, Principles of International Law, (5a. Ed., Oxford University Press, 1998), págs. 642-644.

conducta atribuible a la Demandada relacionada con la inversión, cuyo punto culminante se tradujo en violaciones del Acuerdo una vez vigente éste.

69. No desconoce el Tribunal Arbitral que la Demandante, amparándose en la decisión en el caso *Emilio Agustín Maffezini y El Reino de España*³⁷, invoca en su alegato de cierre el principio de la cláusula de la nación más favorecida consagrado en el artículo 8(1) del Acuerdo para lograr su aplicación retroactiva en vista del trato más favorable en relación con esa cuestión que le estaría deparado a un inversor austríaco bajo el imperio del Tratado bilateral de protección a las inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y Austria del 29 de junio de 1998. El Tribunal Arbitral no entrará a analizar las disposiciones de este Tratado a la luz de dicho principio, pues estima que cuestiones vinculadas a la aplicación en el tiempo del Acuerdo, que en realidad conciernen más al ámbito temporal de aplicación de sus disposiciones sustantivas que a cuestiones de índole procesal o jurisdiccional, por su trascendencia e importancia, integran el núcleo de cuestiones que deben presumirse como especialmente negociadas entre las Partes Contratantes y determinantes de su aceptación del Acuerdo, ya que atañen directamente, tanto la identificación del régimen sustantivo de protección aplicable al inversor extranjero y muy particularmente del contexto jurídico general – nacional o internacional - dentro del cual tal régimen opera, cuanto al acceso del inversor extranjero a las disposiciones sustantivas que forman tal régimen; y no pueden, por ende, verse desvirtuadas en su aplicación a través del principio de la cláusula de la nación más favorecida³⁸.

70. Al evaluar, a los efectos y con los alcances previstos en el párrafo 68 anterior, la conducta de la Demandada, el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta el principio de la buena fé, tanto como expresión general de un principio de derecho internacional, consagrado por el artículo 26 de la Convención de Viena, como en su manifestación particular encarnada en el artículo 18 de dicha Convención³⁹ respecto de aquella conducta de la Demandada comprendida entre el 23 de junio de 1995 – fecha de firma del Acuerdo por las Partes Contratantes – y su fecha de entrada en vigor indicada anteriormente⁴⁰, en cuanto dicho artículo establece que :

³⁷ Caso CIADI No.ARB/97/7, Decisión sobre jurisdicción del 25 de enero de 1999, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>.

³⁸ *Ibid.*, caso Maffezini, Decisión sobre jurisdicción, págs.25-26, nos. 62-63.

³⁹ Acerca de la importancia del principio de la buena fé dentro del marco del derecho de los tratados, incluida la etapa que media entre su suscripción y ratificación, ver R. Kolb, *La bonne foi en droit international public*, Presses Universitaires de France, 179-207 (2000). El artículo 18 de la Convención de Viena se desprende de una regla general de derecho internacional asentada en la buena fe, a la que da expresión ; y es en consecuencia independiente, y no constituye una excepción, al principio de irretroactividad de los tratados: I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, pág. 99, Manchester University Press (2a. Edición, 1984).

⁴⁰ Ver su comentario en la Comisión de Derecho Internacional (United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records, Documents of the Conference, United Nations Publication A/CONF.39/11/Add.2), pág. 22.

Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren⁴¹ el objeto y fin de un tratado :

a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado.....

71. La doctrina destaca que el artículo 18 de la Convención de Viena se refiere no sólo a la actuación intencional de los Estados, sino también a conducta que en sí misma quede encuadrada bajo sus disposiciones⁴², conducta ésta que no requiere ser intencional o manifiestamente dañosa o fraudulenta para desmerecer el principio de la buena fé, sino meramente negligente o desaprensiva de las disposiciones de un tratado o de los principios que lo informan, o contradictoria o irrazonable a la luz de tales disposiciones o principios. Es relevante destacar que el principio que anima dicho artículo ha sido aplicado para resolver mediante arbitraje internacional controversias entre Estados y particulares cuya decisión exigió pronunciarse acerca de las obligaciones debidas por los primeros a los segundos sobre la base del derecho de los tratados. Así, el Tribunal Arbitral Mixto Greco-Turco, en el caso *A.A.Megalidis v. Turquía*,⁴³ afirmó :

qu'il est de principe que déjà avec la signature d'un Traité et avant sa mise en vigueur, il existe pour les parties contractantes une obligation de ne rien faire qui puisse nuire au Traité en diminuant la portée de ses clauses.

Qu'il est intéressant de faire observer que ce principe –lequel en somme n'est qu'une manifestation de la bonne foi qui est la base de toute loi et de toute convention – a reçu un certain nombre d'applications...⁴⁴

II. La Introducción en Término por la Demandante de sus Pretensiones contra la Demandada

72. La Demandada introduce en el Capítulo III de su Memorial de contestación, dentro de una sección general denominada « C. Objeciones en Materia de Competencia », defensas basadas en que pretensiones de la Demandante no satisfarían requerimientos previstos en el Título II(4) y en el Título II(5) del Apéndice del Acuerdo, motivo por el cual este Tribunal Arbitral quedaría impedido de entender en tales pretensiones .

El Título II(4) del Apéndice del Acuerdo establece lo siguiente :

⁴¹ No es ocioso señalar que en la versión inglesa de esta disposición se utiliza el término « *defeat the object* », que no es estrictamente equivalente a la noción de « frustrate » en esa lengua, o de « frustrar » en lengua castellana.

⁴² A.Remiro Brotóns, *Derecho Internacional Público. 2 Derecho de los Tratados* (Tecnos, Madrid, 1987), pág. 246.

⁴³ *Annual Digest of Public International Law Cases (1927-1928)* [A.Mc Nair & H.Lauterpacht Eds.], Vol.4 (1931), No. 272, pág.395.

⁴⁴ Lord McNair, *The Law of Treaties* (Clarendon Press, Oxford, 1961), pág. 202.

El inversor de una Parte Contratante podrá, por cuenta propia o en representación de una empresa de su propiedad o bajo su control directo o indirecto, someter una reclamación a arbitraje cuyo fundamento sea el que la otra Parte Contratante ha violado una obligación establecida en el presente Acuerdo, siempre y cuando el inversor o su inversión hayan sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella.

El Título II(5) del Apéndice del Acuerdo dispone que :

El inversor no podrá presentar una reclamación conforme a este Acuerdo, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual el inversor tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como de las pérdidas o daños sufridos.

73. En opinión del Tribunal Arbitral, las defensas planteadas por la Demandada al amparo del Título II(4) y (5) del Apéndice del Acuerdo no atañen a la competencia del Tribunal Arbitral, sino al cumplimiento o no de ciertos requisitos del Acuerdo que rigen la admisibilidad de las pretensiones del inversor extranjero. El Tribunal Arbitral observa que en la medida que tales defensas han sido opuestas respecto de pretensiones referidas a conducta o actos u omisiones de la Demandada excluidos de la competencia del Tribunal Arbitral o del ámbito de aplicación sustancial del Acuerdo en virtud de lo decidido en los párrafos 67 y 68 del presente laudo, toda determinación acerca de si tales pretensiones satisfacen o no los requisitos del Título II(4) y (5) del Apéndice del Acuerdo sería superflua.

74. Tratándose de pretensiones de la Demandante alcanzadas por el presente arbitraje y las disposiciones del Acuerdo, el Tribunal Arbitral decidirá si los requisitos de admisibilidad previstos en el Título II(4) y (5) del Apéndice del Acuerdo han sido cumplidos o no en relación con los actos sobre los que se basan tales pretensiones conjuntamente con los restantes aspectos o cuestiones que deberá tener en cuenta el Tribunal Arbitral al decidir sobre el mérito de las alegaciones de las Partes en este mismo laudo. Si los actos bajo examen son considerados por el Tribunal Arbitral como parte integrante de una conducta más generalizada y no meramente aislada, el Tribunal Arbitral se reserva la posibilidad de considerar que el momento en que habrá de estimarse si tales actos han ocasionado pérdidas o daños a los efectos del Título II(4) del Apéndice del Acuerdo, o si fueron percibidos por la Demandante como violatorios del Acuerdo o dañinos dentro del plazo de tres años contemplado en su Título II(5), no será anterior al punto de consumación de la conducta que engloba y otorga sentido totalizante a dichos actos. En todo caso, y dentro del marco general de las reflexiones ya vertidas al considerar si las disposiciones del Acuerdo son o no de aplicación retroactiva, el Tribunal Arbitral entiende que el Título II(4) y (5) del Apéndice del Acuerdo estipula requisitos referentes a la admisibilidad sustancial de pretensiones del inversor extranjero, es decir, a su acceso al régimen de protección sustantiva previsto en el Acuerdo. Por ese motivo, tales requisitos necesariamente constituyen parte del núcleo esencial de las negociaciones de las Partes Contratantes, y por ende, cabe presumir que éstas no habrían celebrado el Acuerdo si tales disposiciones no estuviesen presentes. En consecuencia, dichas disposiciones escapan, a juicio del Tribunal Arbitral, al ámbito de influencia de la cláusula de la nación más favorecida contenida en el artículo 8(1) del Acuerdo.

III. El Alcance de la Operación de Compra

75. La Demandante sostiene, fundamentalmente sobre la base de documentación suscrita con Promotora en el proceso de adjudicación y transmisión de bienes en virtud de los cuales operó el confinamiento de residuos peligrosos físicamente asentado en Las Víboras, Municipio de Hermosillo, Estado de Sonora, que lo que la Demandante adquirió en razón de dicho proceso fué, en realidad, un conjunto de bienes muebles, inmuebles e intangibles, consistentes éstos últimos en permisos de autoridades municipales y federales de la Demandada que permitieran y habilitaran a la Demandante a operar el predio de Las Víboras como un confinamiento de residuos peligrosos. Según alega la Demandante, del precio total de pesos mexicanos (\$) 34.047.988,26 pagado a Promotora por la adquisición de los bienes relativos al confinamiento, la parte más sustancial, pesos mexicanos (\$) 24.047.988,26, fué abonada por la Demandante mediante una prestación en especie – el cierre de un relleno sanitario existente para residuos urbanos y la construcción y asesoramiento en la explotación de un relleno sanitario nuevo con el mismo objeto - a cambio de los permisos y autorizaciones para operar el predio de las Víboras como confinamiento de residuos peligrosos⁴⁵. Tanto el relleno sanitario que fué cerrado, cuanto el nuevo actualmente en operación, se encuentran situados en predios pertenecientes al Ayuntamiento de Hermosillo, bajo la jurisdicción de dicho ayuntamiento, y distintos del predio para el confinamiento de residuos peligrosos de las Víboras adquirido por la Demandante a raíz de la subasta⁴⁶.

76. La Demandada, por su parte, sostiene que Promotora sólo subastó y vendió a la Demandante un conjunto de bienes muebles e inmuebles « relativos al Parque Industrial » de la ciudad de Hermosillo, que no incluía permisos o licencias para operar el confinamiento⁴⁷. Conforme a los dichos de la Demandada, la operación de subasta y adjudicación de bienes relativos al confinamiento ubicado en el predio de Las Víboras en favor de Tecmed y Cytrar, habría incluido también la adquisición por otra empresa del grupo Tecmed de la concesión de un relleno sanitario, un basurero municipal también ubicado en el Ayuntamiento de Hermosillo, por el cual Cytrar habría pagado la suma de pesos mexicanos (\$) 24.047.988,26 mencionada más arriba. Concretamente, la Demandada afirma que :

Lo que Tecmed de México adquirió en la subasta de febrero de 1996 fueron dos cosas. Un conjunto de bienes muebles e inmuebles relativos al confinamiento de desechos peligrosos y que consistieron en un terreno en las construcciones existentes y en maquinaria y equipos perfectamente descritos en los documentos base de la transacción. Pagó por ellos 10 millones de pesos en efectivo y así está reflejado en los estados financieros que presentó en este procedimiento.

En segundo lugar, adquirió la concesión de un relleno sanitario, del basurero municipal, por el que ofreció 24 millones de pesos, concesión que todavía tiene y que continúa explotando. Es cierto lo que dijo el doctor Calvo Corbella hace un momento, no por la empresa Cytrar, pero sí por la empresa [sic], como lo confirmó el ingeniero Polanco, que concurrió a la subasta Tecmed de México. Así lo confirmó también el ingeniero Diez-Canedo, en

⁴⁵ Memorial de demanda, págs.20-40; Alegato de cierre de la Demandante, págs. 10-30.

⁴⁶ Declaración testimonial de Javier Polanco Gómez Lavín, Audiencia del 20-24 de mayo de 2002; transcripción correspondiente al día 20 de mayo del 2002, págs. 31vta./33.

⁴⁷ Memorial de contestación, págs. 24-31; nos.90 y sigs.

respuesta a una pregunta que le formulé expresamente cuando le pregunté si había, en adición a los diez millones de pesos, ofrecido una aportación monetaria consistente en la construcción y que comprende las instalaciones generales y la primera fase de explotación. El ingeniero Díaz Canedo respondió que eso era cierto⁴⁸.

En definitiva, no sólo la Demandada sostiene que ese importe, o prestación en especie valuada en ese importe, no fué pagado o cumplida a cambio de bienes intangibles (los permisos, autorizaciones o licencias a los que se refiere la Demandante), sino que ni siquiera fué parte del precio abonado por bienes relativos al confinamiento situado en Las Víboras. Según la Demandada, ese importe o prestación fue pagado o satisfecha a cambio de la concesión para explotar el confinamiento de residuos urbanos de Hermosillo.

77. De las alegaciones de las Partes y de los elementos de juicio presentados ante este Tribunal Arbitral cabe concluir que la operación de adjudicación, subasta y venta de bienes relativos al confinamiento de Las Víboras y los derechos y obligaciones para cada una de las partes involucradas en dicha operación y resultantes de ésta se exteriorizaron en distintos instrumentos que requieren su consideración conjunta para determinar los alcances de la operación y sus efectos.

78. La adjudicación de bienes relativos al confinamiento ubicado en Las Víboras a Tecmed por Promotora a raíz de la subasta de dichos bienes por ésta última, fué seguida de la suscripción de un contrato de promesa de compraventa de fecha 20 de febrero de 1996 entre Promotora y Tecmed, en cuya cláusula cuarta se establece que al momento de celebrarse la escritura pública de transmisión de dominio, los bienes transmitidos habrían de incluir copias de permisos, licencias y autorizaciones relacionados con los activos objeto de dicho contrato⁴⁹. En el considerando o declaración III de dicho documento, se establece que el Consejo Directivo de Promotora aprobó por unanimidad la siguiente propuesta:

Propuesta económica de adquisición de Cytrar, alternativa dos consistente en diez millones de pesos mas aportación no monetaria al municipio de Hermosillo en la forma de proyecto de construcción y asesoría a la explotación del nuevo relleno sanitario de acuerdo con el proyecto adjunto que comprende las instalaciones generales y su primera fase de explotación,- incluye el cierre del relleno sanitario actual, trabajos valorados en \$ 24.155.185.00 MN. Valoración total de la oferta \$ 34.155.185 pesos M.N.

En la cláusula segunda de dicho documento se establece que parte del precio – pesos mexicanos (\$) 10.000.000 – sería pagada en numerario o efectivo, parte al firmarse el contrato de promesa de compraventa y parte al firmarse la escritura de transferencia de dominio de los inmuebles subastados, y el saldo de pesos mexicanos (\$) 24.155.185.00, en especie, mediante el cumplimiento de la prestación relativa al cierre del relleno sanitario existente y la construcción y asesoramiento para la operación de uno nuevo referida más arriba y aludida en el considerando o declaración III del contrato de promesa de compraventa. En relación con el pago en especie de esa parte del precio, la cláusula segunda del contrato de promesa de compraventa dice textualmente lo siguiente :

⁴⁸ Alegato oral de la Demandada en la Audiencia del 20 de mayo de 2002, transcripción del día 24 de mayo de 2002, págs.27-28.

⁴⁹ Documento A23.

La diferencia corresponde al costo de la construcción de un nuevo relleno sanitario y la clausura del existente, de conformidad con la propuesta aprobada, que se daría al momento de concluir la construcción del nuevo relleno sanitario a satisfacción de Promotora Inmobiliaria del Municipio de Hermosillo en base al proyecto de construcción presentado por el promitente comprador, en cuyo momento se levantará la reserva de dominio mencionada, que en el caso de la venta de los bienes muebles ubicados en el « confinamiento », se facturarán por la vendedora en favor de la compradora una vez que se formalice la operación definitiva, corriendo dicho trámite por la Promotora Inmobiliaria del Municipio de Hermosillo.

La cláusula quinta del contrato de promesa de compraventa a su vez estipula lo siguiente :

La partes especifican desde ahora que el uso que se le dará al confinamiento de desechos peligrosos será precisamente ése y de lo contrario operará la reversión del inmueble en favor de la promitente vendedora, perdiendo por ése solo hecho la promitente compradora cualquier anticipo que hubiese entregado o pago que se hubiese realizado, salvo que la promitente compradora « Tecmed, Técnicas Medioambientales de México S.A. de C.V. » no pueda obtener los permisos y licencias gubernamentales necesarias para la operación lícita, en cuyo caso, se podrá cambiar la forma de operación utilizando la licencia existente y original para que sea explotado este confinamiento por « Tecmed, Técnicas Mediambientales de México S.A. de C.V. »

79. En paralelo, y en la misma fecha, Promotora, Tecmed y Cytrar suscribieron un convenio « para determinar las formas y términos del pago de las contraprestaciones derivadas del contrato de promesa de compraventa con reserva de dominio de fecha 20 de febrero de 1996 »⁵⁰. Según dicho convenio, el precio total a ser pagado por Cytrar ascendía a \$ (pesos mexicanos) 24.047.988.26 desglosados de la manera siguiente : \$ 6.277.409,50, terrenos y construcciones ; \$ 237.034.00, maquinarias y equipos ; \$ 24.047.988,26, conceptos intangibles. En él se establece que Promotora expedirá una factura que amparará los conceptos intangibles, y que Cytrar expedirá facturas por la parte del precio pagadera mediante la construcción del nuevo relleno sanitario y cierre del basurero municipal de Hermosillo, a emitirse al concluirse tales trabajos. Las cláusulas tercera y cuarta del convenio establecen textualmente lo siguiente :

Tercera. Promotora Inmobiliaria del Municipio de Hermosillo OPD se compromete así mismo a expedir una factura que ampare los conceptos intangibles, cuando a su vez Cytrar S.A. de C.V. cumpla totalmente con la obligación contenida en la cláusula segunda del contrato citado de fecha 20 de febrero de 1996. Esta factura tendrá un valor de \$ 24.047.988.26 más un IVA de \$ 3.607.198.24 que hacen un total de \$ 27.655.186.50.

Cuarta. Cytrar S.A.de C.V. manifiesta estar de acuerdo con los términos de las cláusulas que anteceden, y se compromete a su vez a expedir facturas por la parte que deberá pagar con la construcción y entrega del nuevo relleno sanitario del Municipio de Hermosillo, y también el cierre del actual basurero municipal. Estas facturas las emitirá al momento de hacer entrega oficial de estos trabajos.

80. Finalmente, en cumplimiento de las condiciones de adjudicación, por escritura pública del 27 de marzo de 1996⁵¹, Cytrar adquirió de Promotora los inmuebles, construcciones y bienes muebles relativos al confinamiento. En el considerando o declaración I de dicha escritura se establece que la Vendedora (Promotora) « ...subastó diversos bienes que le corresponden especialmente el « confinamiento de desechos peligrosos ubicado en el predio « Las Víboras » correspondiente al Parque Industrial de Hermosillo... ». En el considerando o declaración II de

⁵⁰ Documento A24.

⁵¹ Documento A25.

la escritura mencionada se referencia la sesión del Consejo Directivo de Promotora por la cual se aprueba por unanimidad la propuesta presentada por Tecmed , en los siguientes términos :

« « Propuesta Económica de Adquisición de Cytrar », alternativa dos, consistente en \$10.000.000 M.N (diez millones de pesos 00/100 moneda nacional), más aportación no monetaria al Municipio de Hermosillo, aprobación que se formalizó en acta, haciéndose constar que fué por unanimidad, incluyendo el cierre del relleno sanitario actual, el proyecto y la construcción de la primera fase del nuevo relleno sanitario, conforme a los acuerdos aprobatorios para la realización emitidos por el Consejo de Administración.... ».

Entre los condicionantes para la aprobación por el Consejo Directivo de Promotora, se consigna como punto c) de dicho considerando o declaración II el siguiente :

Clarificar la responsabilidad de cada parte y tiempos con respecto a la tramitación de licencias de operación.

En la cláusula segunda de dicha escritura, se consigna un importe en efectivo de pesos mexicanos (\$) 10.000.000 en concepto de precio, que se desglosa en distintas sumas abonadas por las construcciones ya existentes, bienes muebles y terreno. En esa misma cláusula se conviene además que :

...independientemente del precio fijado el COMPRADOR se compromete a dar cumplimiento a las obligaciones no monetarias consistentes en el proyecto y la construcción de la primera fase del nuevo relleno sanitario y la clausura del existente, a satisfacción de « Promotora Inmobiliaria del Municipio de Hermosillo », de conformidad con la propuesta aprobada.

En la cláusula cuarta de la escritura se establece que la reserva de dominio supeditada a la cual se efectúa la venta será levantada

...al momento de concluir las construcciones del nuevo relleno sanitario y la clausura del existente, todo ello a satisfacción de Promotora Inmobiliaria del Municipio de Hermosillo, de conformidad en [sic] la propuesta aprobada.

En la cláusula quinta a) de la susodicha escritura, se establece que el adquirente (Cytrar) se compromete a cumplir cabalmente con las obligaciones a su cargo bajo la subasta, incluida la siguiente :

La especificación de que los bienes adquiridos serán utilizados exclusivamente como confinamiento de desechos peligrosos, con la pena de reversión en favor de Promotora Inmobiliaria del Municipio de Hermosillo, en caso de no cumplirse con dicha actividad y perdiendo cualquier pago que hubiere realizado, en caso que la Compradora « Cytrar » , S.A. de C.V. no pueda obtener los permisos y Licencias Gubernamentales necesarias para la operación lícita, en cuyo caso, se podrá cambiar la forma de operación utilizando la licencia existente y original para que sea explotado este confinamiento por « Cytrar », S.A. de C.V.

En la cláusula quinta d) también se manifiesta que :

Los trámites relativos a la obtención de los permisos y licencias gubernamentales necesarios para la operación del confinamiento de desechos peligrosos, serán realizados por cuenta y riesgo del adquirente, sin responsabilidad alguna para Promotora Inmobiliaria del Municipio de Hermosillo, en cuanto a las autorizaciones oficiales que corresponda tramitarse ante el Ayuntamiento de Hermosillo, Promotora Inmobiliaria apoyará las gestiones para su aprobación.

81. Por escritura pública rectificatoria del 16 de diciembre de 1996⁵², Promotora y Cytrar corrigieron el importe de la parte del precio correspondiente a la adquisición de los inmuebles consignada en la escritura de traspaso de dominio original del 27 de marzo de 1996, que quedó fijado, en virtud de tal rectificación, en \$ (pesos mexicanos) 6,132,530, sin rectificarse los importes del precio correspondientes a los restantes conceptos. En dicha escritura se dejó igualmente consignado que los bienes muebles e intangibles se facturarían por separado, como sigue :

Que de acuerdo con lo consignado en el convenio firmado entre las partes con fecha 20 de marzo de 1996 en el que se acuerdan los términos y condiciones en que habrá de liquidarse la operación, por un error involuntario se asentaron equivocada e insuficientemente el desgloce (sic) en valores y la liquidación del impuesto al Valor Agregado, YA QUE NO SE TOMO EN CUENTA LA DESCRIPCION TECNICA⁵³ de dichos bienes, es decir el levantamiento topográfico necesario y la descripción de construcciones e intangibles, ya que se facturarán por separado los bienes muebles, e intangibles.

82. En un contrato de prestación de servicios del 28 de marzo de 1996⁵⁴ entre Promotora y Cytrar, contra la prestación por Cytrar de « servicios de asesoría ambiental al Ayuntamiento de Hermosillo » (cláusula sexta), Promotora se comprometió, entre otras cosas (cláusula Segunda, apartado d)), a :

Mantener vigentes las licencias federales, estatales y municipales y demás permisos que se requiere para operar el confinamiento.

83. Luego de completarse la prestación en especie prevista como parte del precio de adquisición de los bienes relativos al confinamiento, y aparentemente en cumplimiento del procedimiento consignado en la cláusula segunda del contrato de promesa de compraventa del 20 de febrero de 1996, las cláusulas tercera y cuarta del convenio acerca de forma y términos de pago de la misma fecha, y la escritura pública modificatoria del 16 de diciembre de 1996, Promotora emite con fecha 24 de julio de 1997 factura No. 304 dirigida a Cytrar⁵⁵ por el importe de \$ (pesos mexicanos) 24,047,988.26 más el impuesto al valor agregado (IVA) correspondiente. Los bienes allí facturados comprenden :

Autorización otorgada por el Instituto Nacional de Ecología , para la operación de un confinamiento controlado, mediante la recolección, transporte, tratamiento, almacenamiento temporal y disposición de residuos peligrosos, junto con esta autorización se ceden la autorización para uso del suelo por parte del H. Ayuntamiento de Hermosillo.

84. De las distintas disposiciones transcriptas más arriba e incorporadas en varios de los numerosos documentos suscritos por Promotora con Tecmed o Cytrar para instrumentar sus derechos y obligaciones recíprocos en relación con la venta y operación del confinamiento de Las Víboras, surge que la ejecución de los trabajos y servicios a cargo de Cytrar relativos al

⁵² Documento A26.

⁵³ El énfasis en el original.

⁵⁴ Documento A33.

⁵⁵ Documento A31

confinamiento de residuos urbanos, valuados en pesos mexicanos (\$) 24.047.988,26 era una prestación en especie que formaba parte de las contraprestaciones a cargo de Cytrar por la adjudicación y venta a ésta de distintos bienes para la operación por Cytrar del confinamiento de residuos peligrosos ubicado en Las Víboras; es decir, que era parte del precio por el cual los bienes del confinamiento de Las Víboras fueron adjudicados y vendidos a Tecmed y en definitiva a Cytrar. Tal es ello así que la reserva de dominio a la cual estaba sujeta dicha venta sólo se extinguía una vez que tal contraprestación hubiese sido íntegramente cumplida⁵⁶. De los estados financieros auditados de Cytrar al 31 de diciembre de 1997 adjuntados al informe pericial de American Appraisal ⁵⁷ofrecido por la Demandante, particularmente su nota 6, se desprende la misma conclusión, sin que se haya aportado prueba basada en los libros contables de Promotora o en el testimonio de su personal de dirección o el que intervino en la operación de venta de bienes relativos al confinamiento de residuos peligrosos de Las Víboras que la desvirtúe, o evidencia de que se haya cuestionado judicialmente, por razones fiscales o cualquier otra, la parte del precio de la operación de venta satisfecho en especie, o su valor o monto, ni la adjudicación en subasta pública a la oferta propuesta por Tecmed que se basa en dicho precio, o su desglose en efectivo y en especie, o que dicha prestación en especie constituya, en su integralidad, parte del precio pagadero por bienes relativos al confinamiento de Las Víboras. No manifiesta otra cosa el perito ofrecido por la Demandada cuando expresa en su informe que « Relleno sanitario fué una operación derivada del pago en especie que tenía que efectuar Tecmed para la adquisición de Cytrar »⁵⁸.

85. El acta del consejo de administración de Promotora del 15 de marzo de 1996 ⁵⁹que registra la decisión de esa entidad por la cual ésta aprobó la oferta de Tecmed, en opinión del Tribunal Arbitral establece claramente, en consonancia con la alternativa 2 de la oferta de adquisición de Tecmed ⁶⁰, que la prestación en especie valuada en Pesos mexicanos (\$) 24.155.185.00, que había de materializarse a través de la ejecución de distintos trabajos y servicios relativos al vertedero municipal de Hermosillo destinado a los residuos urbanos, era parte del precio pagado por los bienes del confinamiento de Las Víboras afectado a los residuos peligrosos. Como se lee en la segunda página del acta :

En el punto dos, el Sr. ING. RODOLFO SALAZAR PLATT dá lectura textual al fallo emitido en la reunión pasada, que a la letra dice : Después de estos análisis, el Consejo declara aprobada por unanimidad la siguiente propuesta : « Propuesta Económica de adquisición de CYTRAR , alternativa dos (dos) consistente en \$ 10.000.000.00 (DIEZ MILLONES DE PESOS 00/100 M.N.) más aportación no monetaria al Municipio de Hermosillo en la forma de proyecto de construcción y asesoría a la explotación (operación) del nuevo relleno sanitario de acuerdo con el proyecto adjunto que comprende las instalaciones generales y su primer fase de explotación. Incluye el cierre del relleno sanitario actual, trabajos valorados en \$ 24.155.185.00 [...] Valoración

⁵⁶ Escritura de venta del 27 de marzo de 1996, cláusula cuarta (Documento A25).

⁵⁷ Documento A117.

⁵⁸ Informe de Fausto García y Asociados, pág. 26.

⁵⁹ Documento A21.

⁶⁰ Documento A17.

total de la oferta \$ 34.155.185.00 [...] en virtud de que a juicio de los Consejeros en pleno resulta la más conveniente del punto de vista económico, técnico y de beneficio para la comunidad hermosillense en general.

86. No hay duda que la satisfacción del precio de venta estaba a cargo del comprador de los bienes subastados⁶¹, cualquiera fuese la persona o sociedad que tuviera a su nombre o fuese beneficiaria de la concesión de explotación del confinamiento de residuos urbanos de Hermosillo, y que esa obligación quedó en cabeza de Cytrar⁶². La aprobación de la subasta por el consejo de administración de Promotora ya contemplaba que Cytrar adquiriría los bienes del confinamiento de Las Víboras adjudicados a Tecmed y que Cytrar había de constituirse « ...como obligado solidario de los derechos y obligaciones adquiridos por quien obtuvo el fallo favorable en la subasta.... »⁶³, sin excluir de tales obligaciones las relativas al cumplimiento de la contraprestación en especie mencionada. La declaración testimonial del Sr. Javier Polanco Gómez Lavín – no desvirtuada o refutada en este punto por otra prueba producida en el presente arbitraje – confirma lo antes expuesto⁶⁴.

87. Habiéndose concluido que la contraprestación en especie, a ser cumplida por el adquirente de los bienes relativos al confinamiento de residuos peligrosos de Las Víboras en relación con el confinamiento de residuos urbanos del Ayuntamiento de Hermosillo, forma parte del precio de adquisición de tales bienes, resta aún por determinar en que medida todo o parte de dicha prestación es asignable a la adquisición de los bienes intangibles a los que se refiere la Demandante.

88. Una interpretación racional y lógica de la documentación aportada por las Partes indica que lo que Promotora de un lado, y Tecmed y Cytrar del otro, tenían en mira al contratar (desde la perspectiva de éstas últimas, también al contemplar la realización de una inversión en México y en el confinamiento de Las Víboras), no era simplemente la transferencia de ciertos muebles e inmuebles, sino también establecer los medios que permitiesen a Cytrar operar el predio de Las Víboras como confinamiento de residuos peligrosos; es decir, en cumplimiento de una finalidad de utilidad pública plenamente acorde con la actividad a la cual dicho confinamiento se encontraba destinado desde sus inicios en 1988, y como continuación de dicha actividad. Tales eran necesariamente las expectativas legítimas de Cytrar y de la Demandante, no sólo en razón de que el predio e instalaciones que se adquirirían, y los compromisos en cuanto a su destino y operación que se asumían al hacerlo, se acordaban con el objeto normal de operaciones de Tecmed y Cytrar sino, además, porque la documentación de la subasta por la que Tecmed resultó adjudicataria de los bienes del confinamiento, y la ulteriormente firmada con Promotora, enfatizaba que ése era el único destino posible de los bienes que se adquirirían, hasta el extremo

⁶¹ Pág. 5, escritura pública de adquisición, documento A25.

⁶² Cláusula segunda del contrato de promesa de compraventa (documento A23) ; cláusula Tercera del Convenio (documento A24).

⁶³ Documento A21, pág.4.

⁶⁴ Declaración testimonial de Javier Polanco Gómez Lavín, transcripción de la Audiencia de producción de prueba del 20-24 de mayo de 2002 correspondiente al día 20 de mayo de 2002, págs. 31-33.

que éstos revertirían a Promotora si Cytrar no los destinaba al objetivo de utilidad pública para el cual tales bienes estaban, desde larga data ya, exclusivamente afectados. Tal era, sin duda, la expectativa de Promotora y del Ayuntamiento de Hermosillo controlante de ésta, quienes ciertamente tenían el interés que los bienes del confinamiento de Las Víboras continuaran en su afectación al confinamiento de residuos peligrosos en razón de sus deberes orientados a la protección del medio ambiente y la salud pública, como se trasuntó a través de las condiciones mismas de la subasta de los bienes de dicho confinamiento⁶⁵ y los términos y condiciones de la documentación a través de la cual se instrumentó su venta⁶⁶. Por ejemplo, el párrafo decimoprimer de las bases de la subasta requería – y así se hizo – que la escritura pública que instrumentase la venta incluyese una cláusula por la cual el adquirente se compromete a incorporar como consejero, con voz y sin voto, pero de manera « indefinida e irrevocable », al miembro que el Ayuntamiento de Hermosillo designe, así como garantizar que el confinamiento sería operado de acuerdo a las más altas normas de la materia a nivel nacional e internacional. La Demandada señala⁶⁷ que esta cláusula evidencia

...el interés y las facultades del Ayuntamiento, como órgano gubernamental integrado por representantes electos popularmente, por supervisar la debida operación del mismo de conformidad con las más altas normas en la materia a nivel nacional e internacional.

De manera que la designación de ese consejero estaba directamente ligada a la preocupación del Ayuntamiento de asegurarse que los bienes adquiridos fuesen operados como una unidad para el confinamiento de residuos peligrosos en cumplimiento de la normativa legal, lo cual obviamente no era posible sin las autorizaciones que permitiesen tal operación.

89. No podía Promotora, de buena fé, imponer un requisito tan drástico, ni una sanción tan severa a Cytrar, como la reversión de los bienes relativos al confinamiento de Las Víboras a Promotora si Cytrar no resultase autorizada a utilizarlos conforme a su afectación, sin dar por sentado que el acceso a los permisos y autorizaciones para operar el confinamiento de Las Víboras según su destino histórico era parte fundamental de la operación y de las expectativas de Cytrar, Tecmed, y en definitiva de la Demandante, y sin asumir ciertos compromisos para invertir a Cytrar de un mínimo de derechos que permitiesen evitar un desenlace tan adverso a tales expectativas e intereses como la reversión de bienes y la pérdida paralela de las sumas pagadas en numerario o prestaciones satisfechas hasta ese momento en concepto de precio. Tampoco podía ignorar el INE que los bienes inmuebles y bienes muebles corporales relativos al confinamiento de Las Víboras – y la inversión relativa al confinamiento de Las Víboras – quedarían desprovistos de valor económico si Cytrar no accedía a los permisos, licencias o autorizaciones necesarios para operarlo. La nota del Ayuntamiento de Hermosillo dirigida al INE del 28 de marzo de 1996⁶⁸, por la cual el Ayuntamiento solicita de ese Instituto « de la manera más atenta »:

⁶⁵ Documento A16, párrafo 6.

⁶⁶ Documento A25, escritura pública del 27 de marzo de 1996, cláusula quinta.

⁶⁷ Memorial de contestación, págs.24-25, no. 95.

⁶⁸ Documento A41.

se preste a TECMED Técnicas Medioambientales de México, S.A. de C.V., o a la empresa que ésta constituya para la operación del confinamiento, las mayores facilidades para llevar a cabo los trámites de cambio de razón social en la licencia de operación, que actualmente está a nombre de **Confinamiento Controlado Parque Industrial de Hermosillo**⁶⁹.

no sólo confirma lo anteriormente expresado, sino que evidencia que no se ponía en tela de juicio que el cambio en la titularidad de la licencia existente era considerado como el procedimiento lícito, normal y lógico para lograr el objetivo de que Cytrar pudiera operar el predio de Las Víboras conforme al destino que le estaba asignado de manera obligada por los documentos de subasta, venta y transferencia.

90. Sin embargo, Promotora no garantizó a Cytrar o a Tecmed que Cytrar lograría del INE el resultado, ciertamente deseado, tanto por Cytrar como aparentemente – al menos en ese momento - también por Promotora y el Ayuntamiento de Hermosillo, de que Cytrar obtuviese una autorización para operar un confinamiento de residuos peligrosos en Las Víboras; o, si fuese otorgada, que tal autorización se ajustaría a ciertos requisitos esperados, atinentes, por ejemplo, a su duración. Tampoco aseguró Promotora a Cytrar que la transferencia a nombre de ésta de la autorización existente en cabeza de Confinamiento Controlado Parque Industrial de Hermosillo O.P.D. habría necesariamente de producirse. Ello no significa, sin embargo, que Promotora no se prestaba al mantenimiento de los permisos y autorizaciones existentes y su eventual utilización por Cytrar si dicha autorización o transferencia no tuviese lugar, como se advierte, por ejemplo, de la cláusula quinta (a) del contrato de compraventa entre Promotora y Cytrar del 27 de marzo de 1996 ya citada. Tampoco, que Cytrar, a través de la operación realizada con Promotora, sólo adquirió bienes inmuebles y muebles corporales aisladamente considerados en cuanto tales, es decir, desvinculados de su destino histórico y estructural, y de la dimensión funcional y económica íntimamente asociada con ese destino. Como Tecmed lo manifestó en su oferta al supeditarla a la obtención de las autorizaciones para operar dichos bienes como confinamiento de residuos peligrosos⁷⁰, ni Tecmed ni Cytrar hubieran adquirido tales bienes sin acceder a las autorizaciones y permisos que permitiesen su operación como confinamiento de residuos peligrosos. Concordantemente con ello, bajo la cláusula quinta del contrato de promesa de compraventa suscrito con Tecmed el 20 de febrero de 1996, y la cláusula quinta a) de la escritura pública entre Promotora, Tecmed y Cytrar del 27 de marzo de 1996 (arriba transcriptas), Promotora aceptó la posible utilización, en el caso del primer documento, por Tecmed, y del segundo, por Cytrar, de las licencias, autorizaciones o licencias existentes (fundamentalmente, la autorización concedida el 4 de mayo de 1994 por el INE a Confinamiento Controlado Parque industrial de Hermosillo O.P.D.) en el caso de la no obtención – en cabeza, según fuese el caso, de Tecmed o Cytrar – de los permisos, licencias o autorizaciones necesarios para la operación del confinamiento. También se comprometió Promotora, bajo la cláusula Segunda, apartado d) del contrato de prestación de servicios del 28 de marzo de 1996, a mantener en vigencia las licencias y autorizaciones existentes, incluídas las federales, para operar el confinamiento de Las Víboras, hasta tanto Cytrar pudiese hacerlo con las propias. Estas disposiciones demuestran, más allá de toda duda, que el acceso por Cytrar a las licencias, autorizaciones o permisos que le permitiesen operar el confinamiento formaba parte central de la operación de subasta y adquisición de bienes

⁶⁹ El énfasis en el original.

⁷⁰ Documento A17.

relativos al confinamiento de Las Víboras y de las expectativas de Tecmed y Cytrar cuando se decidió invertir en el confinamiento.

91. Está comprobado, a través de la documentación aportada, que tales licencias, autorizaciones y permisos, y los derechos de utilizarlas para operar el confinamiento de Las Víboras al amparo de ellas, se encontraban en cabeza de Promotora a raíz de la liquidación del citado organismo público⁷¹. De ello, atento además al precedente que dicho confinamiento había sido ya explotado por ente distinto al autorizado⁷², se infiere también, que Promotora gozaba de la aptitud de permitir la explotación por terceros del confinamiento de Las Víboras al amparo de tales autorizaciones, licencias o permisos (en la medida que tales terceros adaptaran su operación al marco permitido bajo los mismos), conjuntamente con la de transferir a terceros los bienes inmuebles y muebles corporales del confinamiento de Las Víboras. Tal conclusión es lógica, no sólo desde un punto de vista funcional, pues los bienes muebles e inmuebles de dicho confinamiento no pueden utilizarse para su destino de beneficio público o utilidad social ni de acuerdo a la función en torno y para el cumplimiento de la cual se encuentran técnicamente estructurados y organizados como unidad autónoma, sin las correspondientes autorizaciones, licencias, permisos o su goce, sino también económico o comercial, desde que el valor de los bienes inmuebles y muebles corporales del confinamiento – que, en términos prácticos, han quedado inutilizados para otro destino que no sea el de confinar residuos peligrosos – depende de la existencia o subsistencia de tales autorizaciones, licencias y permisos y, por consiguiente, desde la perspectiva de Promotora, llegado el momento de enajenarlos, se encuentra potenciado por la posibilidad de explotarlos al amparo de tales autorizaciones o permisos. Cabe concluir, pues, que la contraprestación en especie valuada en pesos mexicanos (\$) 24.155.185.00 fue pagada, globalmente, a cambio, tanto de los compromisos de Promotora vinculados con el mantenimiento de las licencias, permisos y autorizaciones y su puesta a disposición de Cytrar para la operación como confinamiento de residuos peligrosos del predio de Las Víboras y demás bienes afectados a éste en caso de no obtener Cytrar, ya sea nuevas autorizaciones o licencias habilitantes⁷³, o bien la transmisión a Cytrar de las existentes; cuanto en reconocimiento del mayor valor de los bienes inmuebles y muebles corporales que se adquirirían en razón de la expectativa de operarlos al amparo de los mentados autorizaciones, permisos y licencias, y por

⁷¹ Acta administrativa de liquidación de Confinamiento Controlado Parque Industrial de Hermosillo O.P.D. del 31 de agosto de 1995, Punto IV, Anexo No. 15 (Documento A13); contrato de donación entre el Gobierno del Estado de Sonora y Promotora, por el cual se le transfieren a Promotora los bienes muebles listados en el acta citada, la que incluye, en su Punto IV, Anexo 15, el listado de permisos para operar el confinamiento de Las Víboras, incluida la autorización otorgada por el INE el 4 de mayo de 1994 (Documento A14, párrafos introductorios III y IV; cláusula tercera).

⁷² Ver párrafo 36 del presente laudo.

⁷³ Cualesquiera sea la forma en que dicho compromiso de Promotora hubiese de ser cumplido, aún si su cumplimiento revistiese la sugerida por la Demandada: la contratación de Cytrar por parte de Promotora – ésta última como titular de las autorizaciones, licencias y permisos para operar el confinamiento de Las Víboras – para que Cytrar lo explotase al amparo de aquéllas (Escrito de « Aceptación o Negación de Hechos » presentado por la Demandada, pág. 25).

consiguiente, como parte del precio de adquisición de dichos bienes muebles e inmuebles, desde que tal valor no era sólo el intrínseco, sino, además, el que dependía de la posibilidad de aplicarlos funcionalmente al depósito y manejo de residuos peligrosos dentro del marco de una operación de confinamiento legalmente autorizada. Desde tal óptica, el pago de ese mayor precio está justificado en razón de la expectativa de Tecmed y Cytrar - puesta de relieve por el perito designado por la Demandada - al momento de efectuarse la subasta y venta de los bienes relativos al confinamiento de Las Víboras y su adquisición por dichas empresas, de operarlo « con una licencia de “vigencia ilimitada” »⁷⁴. Además, ha quedado acreditado que la parte en especie del precio de compra del confinamiento fué satisfecha íntegramente por su adquirente Cytrar.

92. Al producirse el reemplazo del primer oficio del INE del 24 de septiembre de 1996 por un nuevo y ulterior oficio de esa fecha y año, pero acompañado de una autorización del INE, no sólo diferente en cuanto a su duración y otros aspectos, sino que, además, dejó sin efecto la autorización existente a nombre de Confinamiento Controlado Parque Industrial de Hermosillo OPD bajo la cual el confinamiento había operado desde el 4 de mayo de 1994, se produce un cambio importante en la situación existente, pues Promotora ya no podía poner a disposición de Cytrar dicha autorización, ni probablemente Cytrar podría hacer responsable a Promotora por esa circunstancia puesto que, presuntamente, tanto bajo el contrato de promesa de compraventa del 20 de febrero de 1996 cuanto la escritura pública del 27 de marzo de 1996, Cytrar sólo podía exigir el cumplimiento de la puesta a disposición por Promotora de la licencia de 1994 si Cytrar no hubiese obtenido una licencia « necesaria para la operación lícita del confinamiento ». Aunque de duración limitada, la licencia obtenida por Cytrar del INE de fecha 11 de noviembre de 1996 permitía la operación lícita del confinamiento, y por tanto no daba derechos a Cytrar bajo dicha escritura contra Promotora. En todo caso, el presente Tribunal Arbitral no se encuentra llamado a decidir sobre estas cuestiones.

E. El Fondo de la Controversia

93. La Demandante alega que la conducta de la Demandada viola las siguientes disposiciones del Acuerdo :

- 1) Artículo 2(1) sobre promoción y admisión de inversiones ;
- 2) Artículo 3 en materia de protección de inversiones ;
- 3) Artículo 4(1) referente a trato justo y equitativo ;
- 4) Artículo 4(2) en materia de tratamiento más favorable ;
- 5) Artículo 4(5) en materia de tratamiento nacional ; y

⁷⁴ Informe de Fausto García y Asociados, pág.48.

6) Artículo 5 en materia de nacionalización y expropiación.

94. El Tribunal Arbitral estima apropiado considerar y decidir sobre las cuestiones referidas más arriba en el siguiente orden :

- 1) La obligación de no expropiar o nacionalizar en violación del Acuerdo;
- 2) La obligación de asegurar tratamiento justo y equitativo conforme al derecho internacional; y
- 3) La obligación de otorgar plena seguridad y protección a las inversiones conforme al derecho internacional, y las restantes violaciones del Acuerdo alegadas por la Demandante.

I. Expropiación

95. La Demandante alega que el INE, al no renovar la autorización para funcionar del confinamiento de Las Víboras (el « Confinamiento ») mediante resolución del INE del 25 de noviembre de 1998 (la « Resolución »), expropió su inversión en éste, causándole daños y perjuicios; y vincula tal acto expropriatorio – según la Demandante, exclusivo causante de tales daños – a conducta anterior de diversos órganos o entidades a nivel federal, estatal y municipal imputable a la Demandada, adversa a los derechos de la Demandante bajo el Acuerdo y a la protección debida a su inversión bajo éste; conducta ella que habría facilitado o preparado, objetivamente, la ulterior acción expropiatoria del INE.

96. La Demandante sostiene que el Acuerdo protege a los inversores extranjeros y sus inversiones de la expropiación directa e indirecta; es decir, no sólo aquélla que apunta a propiedad inmueble o mueble corporal y a raíz de la cual su titular es privado de derechos reales sobre tales bienes, sino también la que consiste en medidas equivalentes a una expropiación, relacionadas no sólo con tal tipo de bienes, sino también con bienes intangibles o incorporales. La Demandante señala que la Resolución, al privar a Cytrar de sus derechos de uso y goce de los bienes muebles e inmuebles del Confinamiento conforme al único fin de los mismos, además puso fin a la explotación del Confinamiento como un negocio en marcha exclusivamente dedicado al confinamiento de residuos peligrosos, que sólo es viable al amparo de la autorización cuya renovación fué denegada; y por consiguiente, privó a la Demandante de los beneficios y utilidad económica de su inversión. La Demandante destaca que sin dicha autorización, no sólo tales bienes muebles e inmuebles no tienen valor individual o conjunto de colocación en el mercado, sino que la existencia del Confinamiento como negocio en marcha, y su valor económico como tal, fueron totalmente destruidos a raíz de la Resolución, por la cual se ordenó, además, el cierre del Confinamiento⁷⁵.

97. La Demandada sostiene que el INE estaba dotado de poderes discrecionales para otorgar y denegar licencias, y que esas cuestiones, salvo circunstancias excepcionales, están

⁷⁵ Memorial de demanda, pág. 53.

exclusivamente regidas por el derecho interno y no el internacional. Por otra parte, la Demandada señala que no hubo despojo progresivo de los derechos relativos a la autorización para operar el confinamiento de Las Víboras mediante un cambio legislativo que hubiese destruído un *status quo* existente y que la Resolución no fué ni arbitraria ni discriminatoria; y que en consecuencia, la Resolución es un acto regulatorio dictado dentro del marco de los poderes de policía del Estado en el contexto altamente regulado y particularmente delicado de la protección del medio ambiente y de la salud de la población. En esas circunstancias, la Demandada sostiene que la Resolución es actividad legítima del Estado que no constituye una expropiación bajo el derecho internacional.⁷⁶

98. La Demandante afirma que la Resolución es arbitraria por cuanto las razones invocadas en la Resolución para no renovar la autorización para funcionar del 19 de noviembre de 1997 (la « Autorización») en virtud de la cual la Demandante había operado el Confinamiento durante el último año, no guardan proporcionalidad con la medida de no renovación.

99. La Resolución⁷⁷, en cuanto ésta deniega la renovación de la Autorización, se funda en que (i) el Confinamiento sólo estaba habilitado para recibir residuos agroquímicos o plaguicidas, sus envases y materiales contaminados por los mismos; (ii) la delegación de la PROFEPA en Sonora había informado por oficio del 11 de noviembre de 1998⁷⁸ que los residuos confinados sobrepasaban de manera significativa los niveles autorizados de confinamiento previstos en una de las celdas activas del Confinamiento, la celda No.2; (iii) en el Confinamiento se almacenaban transitoriamente residuos peligrosos con destino final fuera de éste, con lo cual el Confinamiento actuaba como « centro de transferencia », actividad ésta última para la cual no estaba autorizado, y en relación con la cual, con fecha 16 de octubre de 1997, se le requirió a Cytrar la presentación de informes sin que hasta el momento se le hubiese conferido a ésta la autorización correspondiente; y (iv) en el Confinamiento se recibían residuos líquidos y biológico-infecciosos cuya recepción en éste estaba prohibida, lo cual, además de importar el incumplimiento de la obligación de notificar anticipadamente cualquier cambio o modificación en lo autorizado, importaba el almacenamiento no autorizado en el Confinamiento de residuos líquidos y biológicos infecciosos. También, inmediatamente a continuación, se lee textualmente lo siguiente en la Resolución :

Así mismo, la empresa CYTRAR S.A. de CV convino con los diferentes órdenes de Gobierno Federal, Estatal y Municipal e hizo del conocimiento público la reubicación del confinamiento.

100. La Demandante cuestiona tales fundamentos, entre otros motivos, por cuanto la superación de los niveles autorizados de confinamiento de la celda No. 2 fue el objeto de una investigación y un sumario de la PROFEPA, como culminación de los cuales, si bien se impuso multa a Cytrar por oficio del 16 de diciembre de 1999⁷⁹, ésta fué una sanción menor,

⁷⁶ Memorial de contestación, pág.160-162, nos. 550 y sigs. Alegato de cierre de la Demandada, págs. 24-25, nos. 56 y sigs.

⁷⁷ Documento A59.

⁷⁸ Documento A62.

⁷⁹ Oficio No.PFPA-DS-UJ-2625/99 de la Profepa, del 16 de diciembre de 1999; documento A61.

sustancialmente inferior en su monto al máximo legalmente previsto para este tipo de sanción. La Demandante destaca, además, que en el oficio por el cual se impone la multa la PROFEPA subraya que esa infracción no revestía un « considerable impacto a la salud pública o la generación de un desequilibrio ecológico »⁸⁰. La Demandante también manifiesta que en otro oficio de la PROFEPA de similares características⁸¹, donde también se aplica a Cytrar la pena de multa por diversas infracciones - entre ellas por actuar como área de almacenamiento temporal de residuos peligrosos a ser enviados a otras empresas y operar como centro de transferencia, que fué también en parte invocado por el INE en la Resolución por la cual retiró la Autorización⁸² - la PROFEPA dejó constancia expresa que

.....las infracciones en la que ha incurrido la empresa en cuestión no ameritan la cancelación, suspensión, revocación inmediata de la autorización para la realización de actividades de manejo de materiales y/o residuos peligrosos, ni reviste un impacto a la salud pública o la generación de un desequilibrio ecológico⁸³.

101. La Demandante manifiesta, además, que ya por notas del 25 de junio⁸⁴ y 15 de julio⁸⁵ de 1998, Cytrar había solicitado del INE autorización para ampliar la celda No. 2 del Confinamiento y construir una tercera celda, y que recién el 23 de octubre de 1998, el INE respondió a tales pedidos⁸⁶, manifestando, entre otras cosas, que el pedido de ampliación sería resuelto conjuntamente con la decisión relativa a la renovación de la Autorización, de lo cual se agravia la Demandante, quién señala que de esta manera el INE utilizó en parte las mismas razones por las cuales sabía de antemano que la autorización para ampliar la celda No. 2 habría de ser denegada (las mismas por las cuales la PROFEPA luego impondría sanción de multa a Cytrar por oficio del 16 de diciembre de 1999 ya mencionado), pero dejó en suspenso su pronunciamiento al respecto, para poder utilizar tales razones como sustento de la Resolución en virtud de la cual el INE denegó la renovación de la Autorización⁸⁷.

102. La Demandante también destaca que por carta del 5 de septiembre de 1996⁸⁸, al solicitar el « cambio de razón social », Tecmed había manifestado al INE, entre otras cosas, que los procesos realizados en el Confinamiento incluían la recolección de residuos en transportes especializados, la preparación, embalaje y etiquetado de residuos para su transporte y el

⁸⁰ Oficio citado de la PROFEPA, documento A61, hoja 16.

⁸¹ Oficio No.PFPA-DS-UJ-1105/99 del 25 de mayo de 1999. Documento A63.

⁸² Oficio de la PROFEPA citado, hoja 55, parágrafo ah). Documento A63.

⁸³ Oficio de la PROFEPA citado, parágrafo A, hoja 50. Documento A63.

⁸⁴ Documento A49.

⁸⁵ Documento A50.

⁸⁶ Oficio No.D00.800/005262, documento A51

⁸⁷ Memorial de demanda, págs.58-59.

⁸⁸ Documento A39.

« Almacén temporal de residuos (aceites y solventes) », sin que el INE hubiese manifestado observación o reserva alguna al respecto, y que de todas maneras, la actividad como centro de transferencia y almacenamiento temporal de residuos biológicos infecciosos que tenía lugar en el sitio del Confinamiento, no era realizada por Cytrar, sino por una empresa afiliada, Técnicas Medioambientales Winco S.A. de CV,⁸⁹ que contaba, para realizar tales actividades en ese sitio, con autorización que el mismo INE le había otorgado a ese efecto⁹⁰, circunstancias todas éstas que no podían ser ignoradas por el INE al emitir la Resolución.

103. La Demandada pone de relieve que Cytrar no había satisfecho los requisitos que permitiesen al INE considerar una autorización de la ampliación de la celda No. 2 al no haber sometido los planos respectivos, y que al no hacerlo, y pese a ello, al iniciar las tareas de recrecimiento de dicha celda, Cytrar no había cumplido con una de las condicionantes de la Autorización. La Demandada señala que con fecha 23 de octubre de 1998, el INE solicitó de Cytrar información adicional para pronunciarse sobre la ampliación de la celda No. 2 y la construcción de la No. 3, y requirió de Cytrar la presentación del proyecto de ingeniería y planos respectivos⁹¹. La Demandante cumplió con dicho requisito el 4 de noviembre de 1998⁹².

104. La Demandada hace también referencia a una serie de circunstancias vinculadas al Confinamiento y a su operación, que son también objeto de consideraciones por la Demandante y de parte sustancial de la prueba producida, y que subyacen a la Resolución o tuvieron incidencia en ésta, aunque no todas se encuentran reflejadas en su texto.

105. Según la Demandada, tales circunstancias serían las siguientes⁹³ :

- 1) el sitio del Confinamiento, por su ubicación en relación con sus características, no cumplía con la normativa mexicana vigente;
- 2) durante 1998, Cytrar había incurrido en numerosas irregularidades en su operación, y entre ellas, particularmente las vinculadas al transporte de residuos de Alco Pacífico, que habrían dado lugar a una fuerte presión social adversa al Confinamiento;
- 3) autoridades mexicanas, en especial las del Ayuntamiento de Hermosillo, manifestaron dudas acerca de la operación del Confinamiento;
- 4) existía riesgo que la oposición social se acrecentase de continuar la operación del Confinamiento; y

⁸⁹ Alegato de cierre de la Demandante, pág. 65 y sigs.

⁹⁰ Memorial de demanda, pág.62.

⁹¹ Memorial de contestación, pág.78, no. 282; documento D142.

⁹² Memorial de contestación, pág.79, no. 287; documento D146.

⁹³ Memorial de contestación, págs. 88-89, no. 315.

5) Cytrar, desde 1997, sería consciente de que la oposición social indicaba que el Confinamiento era inviable en su ubicación actual, y por ello aceptó reubicarlo a su costa.

106. Los grupos de oposición social enfatizaban que el Confinamiento estaba a sólo 8 kms del centro urbano de Hermosillo, con lo cual no se cumplía con la normativa que exigía su ubicación a una distancia de por lo menos 25 kms de centros poblados de más de 10.000 habitantes, pese a que legalmente esta circunstancia no podía hacerse valer contra Cytrar, desde que el Confinamiento fué ubicado y autorizado para funcionar en ese sitio antes de adoptarse dicha normativa, que no es de aplicación retroactiva. El INE habría de todas formas tenido en cuenta la circunstancia de que la ubicación del sitio no estaba de acuerdo con la normativa y la oposición social engendrada por ello al denegar la renovación de la Autorización⁹⁴.

107. Existe consenso entre las Partes que la oposición social al Confinamiento se originó, no en la forma en que era operado por Cytrar, sino con el transporte hacia el Confinamiento de tierras contaminadas y abandonadas, provenientes de la planta de Alco Pacífico ubicada en el estado de Baja California, México. A raíz de sucesos que no es del caso describir, por un acuerdo del 19 de noviembre de 1996 entre la PROFEPA, el Condado de los Angeles, EE.UU, Fomento de Ingeniería S.A. de C.V. (Fomín) y Cytrar⁹⁵, ésta se encargaría de la recolección, transporte y confinamiento de los residuos tóxicos y tierras contaminadas de Alco Pacífico. Fomín tenía a su cargo la supervisión del cumplimiento de los servicios de transporte y descarga que debía prestar Cytrar bajo dicho acuerdo conforme a las disposiciones de éste y la normativa aplicable, y de informar a la PROFEPA al respecto. Bajo el amparo inicial de un permiso de transporte emitido por el INE⁹⁶, se iniciaron los embarques de tóxicos y tierras destinados al Confinamiento a principios de 1997⁹⁷. Ante la existencia de denuncias ciudadanas, la PROFEPA realizó revisiones de furgones en octubre de 1997, a raíz de las cuales, esencialmente, se comprobó la existencia de bolsas de envase de residuos peligrosos abiertos; y dictó medidas de urgente aplicación para que Cytrar rectificara la situación, las que fueron acatadas por Cytrar. Situaciones similares se produjeron en noviembre de 1997, y en esta oportunidad, además de dictar medidas de urgente aplicación dirigidas a Cytrar, la PROFEPA le impuso una multa⁹⁸. En abril de 1998, la PROFEPA verificó la existencia de irregularidades en la descarga de residuos de Alco Pacífico, y en razón de ellas impuso multa a Cytrar, manifestando, además, que « se suscitan situaciones que provocan o pueden provocar riesgo al ambiente o a la salud ». Situación similar fué comprobada en mayo de 1998 en relación con el transporte y descarga de residuos provenientes de la empresa Siderúrgica de California, lo que también dió lugar al dictado de medidas de urgente aplicación por la PROFEPA, igualmente acatadas por Cytrar⁹⁹.

⁹⁴ Memorial de demanda, págs.72-74; Memorial de contestación, pág. 89, nos. 315-316.

⁹⁵ Documento D64.

⁹⁶ Oficio D00-800/000269 del 23 de enero de 1997; documento D65.

⁹⁷ Memorial de contestación, págs.43-44, nos. 161 y sigs; esp. no. 166.

⁹⁸ Memorial de contestación, págs. 48-52; nos. 180 y sigs.

⁹⁹ Memorial de contestación, págs. 67-70, nos. 240 y sigs.

108. La oposición social contra el Confinamiento, amplia y agresiva en sus manifestaciones públicas, se exteriorizó a través de distintos hechos y en distintos momentos. En noviembre de 1997, la agrupación denominada Alianza Cívica de Hermosillo denunció « hechos y omisiones » de Cytrar, particularmente en relación con el transporte de residuos de Alco Pacífico, y solicitó la cancelación de la autorización de Cytrar para operar el Confinamiento y denegar su prórroga¹⁰⁰. En ese mismo mes¹⁰¹ « ...alrededor de 200 personas efectuaron una marcha al confinamiento y lo clausuraron simbólicamente... », lo cual fue seguido de una reunión de funcionarios estatales, federales y municipales, incluidos el Presidente del INE, el Subprocurador de Auditoría Ambiental de la PROFEPA y la Secretaria de SEMARNAP con representantes de las organizaciones civiles. En diciembre de 1997, la agrupación denominada Academia Sonorense de Derechos Humanos denunció penalmente a Cytrar por la comisión de actos calificables como « delitos ambientales »¹⁰². En enero de 1998, la misma agrupación « ...promovió un recurso de inconformidad... » contra el Ayuntamiento de Hermosillo por el permiso concedido por éste en 1994 para la operación del Confinamiento¹⁰³. A fines de enero de 1998 « ...miembros de la comunidad y de las organizaciones civiles... » bloquearon el Confinamiento, bloqueo éste que finalizó el 7 de marzo de 1998 merced a la intervención policial ordenada por el Ministerio Público, luego de lo cual las organizaciones civiles, que cuestionaron dichas medidas, mantuvieron un plantón de 192 días frente al Palacio Municipal de Hermosillo¹⁰⁴. A fines de marzo de 1998, esos mismos grupos opositores emitieron un comunicado en repudio a la acción de las autoridades que puso fin al bloqueo del Confinamiento¹⁰⁵. En abril de 1998, un grupo de manifestantes intentó bloquear el acceso al Confinamiento, lo cual fué frustrado por la acción policial¹⁰⁶. En septiembre de 1998, una denominada « Asociación de Organismos No Gubernamentales en Lucha contra el CYTRAR » presentó queja ante la Comisión Estatal de Derechos Humanos contra autoridades del Estado de Sonora y el Ayuntamiento de Hermosillo por haber puesto fin al plantón de 192 días frente al Palacio Municipal¹⁰⁷. En octubre de 1998 se realizó una « marcha familiar por la salud y la dignidad » en contra « del confinamiento y la posición de las autoridades al respecto » y se emitió un comunicado público contrario al Confinamiento¹⁰⁸. Conforme a la información periodística, en dicha marcha habrían participado

¹⁰⁰ Memorial de contestación, págs. 51-52, no. 191 y sigs.

¹⁰¹ Nota en El Imparcial, periódico de Hermosillo, el día 23 de noviembre de 1997. Documento D88.

¹⁰² Memorial de contestación, pág. 55, no. 203.

¹⁰³ Memorial de contestación, pág. 56, no.207.

¹⁰⁴ Memorial de contestación, págs.57-59, nos. 210 y sigs.

¹⁰⁵ Memorial de contestación, pág. 63, no. 232.

¹⁰⁶ Memorial de contestación, pág. 66, no.237.

¹⁰⁷ Memorial de contestación, págs. 74-75, no. 265 y sigs.

¹⁰⁸ Memorial de contestación, pág. 79, no. 285.

unas 400 personas¹⁰⁹. En noviembre de 1998, las asociaciones civiles presentaron un escrito en la delegación local de la SEMARNAP para que se consideraran las expresiones de tales asociaciones y de ciudadanos individuales a la hora de considerar la renovación de la Autorización. A todo lo largo de este período – como lo exterioriza en parte el volumen « Dossier de Prensa (I) » de la documentación aportada por la Demandante¹¹⁰ – estos episodios fueron objeto de abundante cobertura por la prensa escrita local, y aparentemente lo mismo ocurrió por televisión y radio de Hermosillo.

109. Las autoridades del Ayuntamiento de Hermosillo fueron receptoras directas de las denominadas « presiones sociales ». El Ayuntamiento también fué uno de los interlocutores del INE al momento de considerarse la renovación de la Autorización. Ante tales presiones, que cuestionaban el otorgamiento por el Ayuntamiento del permiso de uso del suelo donde operaba el Confinamiento, el Ayuntamiento emitió el 31 de marzo de 1998 un dictámen que explicaba que al momento de otorgarse tal permiso, no se encontraba en vigencia la normativa por la cual, con posterioridad, se estableció una distancia mínima entre confinamientos y centros urbanos, que el Confinamiento no cumplía. Sin embargo, el Ayuntamiento manifiesta su concordancia con esos sectores sociales para la reubicación de la operación de confinamiento de residuos peligrosos de Cytrar en un sitio distinto y su apoyo a la realización de una auditoría operacional para determinar si su funcionamiento causaba riesgos. Ese mismo día, la Comisión de Salud del Ayuntamiento emitió un dictamen por el cual confirma que, si bien la operación de Cytrar en el sitio de Las Víboras cumplía con las normas legales de funcionamiento y no había « argumentos éticos, lógicos y jurídicos » para propugnar el cierre del Confinamiento, debían hacerse las gestiones necesarias para la reubicación de la operación de Cytrar. Esto fué seguido por otros pronunciamientos a los mismos efectos provenientes del Ayuntamiento, en los que además se destaca que sólo las autoridades federales mexicanas tenían jurisdicción respecto de « ...eventos relacionados con los desechos tóxicos »¹¹¹. El Ayuntamiento fué también consultado por el INE, el 18 de noviembre de 1998, respecto a las peticiones de Cytrar, entre otras cosas, para ampliar la celda No. 2 y construir una tercera celda. El Ayuntamiento se negó a aceptar la construcción de la tercera celda, pero condicionó su aceptación a dicha ampliación¹¹² a la existencia de:

...un acuerdo de reubicación detallado, legal y programado entre los tres órdenes de gobierno y la empresa y siempre que:

...se formara una comisión con representantes de cada parte; y que se llevara a cabo previamente una auditoría de operación y cierre definitivo del confinamiento; y que se dejara claro que sería la última autorización para el sitio actual.

¹⁰⁹ Nota periodística publicada en El Imparcial, periódico de Hermosillo, el día 26 de octubre de 1998, Dossier de Prensa (I), anexo A70.

¹¹⁰ Bajo el anexo A70.

¹¹¹ Memorial de contestación, págs. 63-65, no. 233 y sigs.

¹¹² Memorial de contestación, págs. 86-87, no. 311 y sigs.; nota del Presidente del Ayuntamiento de Hermosillo al Presidente del INE del 18 de noviembre de 1998, documento D157.

El nivel de consulta y su resultado con el Ayuntamiento y con las autoridades del estado de Sonora han sido resumidos de la manera siguiente en el testimonio de la Doctora Cristina Cortinas de Nava¹¹³, en ese entonces Directora General de Materiales, Residuos y Actividades Riesgosas del INE que emitió la Resolución, brindado durante la Audiencia del 20-24 de mayo de 2002 :

.... el señor tiene razón en señalarme de que yo consulté a la autoridad municipal y a la autoridad estatal antes de tomar mi decisión respecto a la opinión que a ellos les merecía lo que me solicitaba la empresa, que era que le autorizara esa ampliación de capacidades mientras se reubicaba[...] Les hago ver que la respuesta de esas autoridades fue « déjalos que llenen la celda, eso está bien, pero no que construyan nada más, porque ya hemos esperado demasiado para la reubicación si siguen teniendo más espacio donde están.

110. La reubicación de la operación de Cytrar como solución ante las manifestaciones de oposición social referidas también fué, pues, uno de los factores considerados por el INE, y mencionado tangencialmente en la Resolución, al decidir acerca de la renovación de la Autorización. A fines de 1997, en razón de la presión social adversa al Confinamiento, se inician conversaciones entre Cytrar y el Ayuntamiento de Hermosillo relativas a su reubicación, que en realidad importaba – y era sin duda el objetivo perseguido por las agrupaciones sociales que le eran adversas y por las autoridades de dicho Ayuntamiento - el cierre definitivo de la operación del predio de Las Víboras para el confinamiento de residuos peligrosos. Dicha reubicación y el cierre definitivo del Confinamiento, como se ha visto, eran también reclamados en términos expresos por el Ayuntamiento de Hermosillo, aparentemente como eco de las manifestaciones de repudio de que era objeto el Confinamiento y su operación por Cytrar ya reseñadas. La Demandante destaca que desde el inicio de esas conversaciones, no objetó a la reubicación, pero que la condicionó a que se identificase previamente el nuevo sitio antes del cierre de la operación en Las Víboras, y se garantizase la continuidad de la operación en el nuevo predio e instalaciones con las autorizaciones y permisos necesarios a ese efecto¹¹⁴. El 16 de marzo de 1998, en un aviso publicado en la prensa local, Cytrar refirmó, entre otras cosas, su acuerdo para reubicar su operación¹¹⁵. El 3 de julio de 1998, en una reunión convocada por el Gobernador del Estado de Sonora, en la que participaron la Secretaria de la SEMARNAP, Sra. Julia Carabias Lillo y autoridades del Ayuntamiento de Hermosillo, se puso en conocimiento de Cytrar una declaración conjunta de las autoridades federales, estatales y municipales, en la que se indica que si bien de las inspecciones realizadas no hay « ...evidencias de riesgos para la salud y los ecosistemas... » causados por el Confinamiento, la reubicación era necesaria para « garantizar la seguridad ambiental ante el acelerado crecimiento de la mancha urbana de Hermosillo, atender a las inquietudes surgidas y garantizar a largo plazo la infraestructura ambiental para el manejo y disposición adecuada de residuos industriales »¹¹⁶.

¹¹³ Audiencia del 20-24 de mayo de 2002, transcripción correspondiente al día mayo 21, 2002; pág. 82 vta.

¹¹⁴ Memorial de demanda, págs. 77-78.

¹¹⁵ Memorial de contestación, pág. 61, no.228; documento D111.

¹¹⁶ Documento A92 ; Memorial de demanda, págs.78-79.

Allí también se dice que :

...En consecuencia, el actual confinamiento que opera CYTRAR deberá dejar de funcionar como tal en cuanto las nuevas instalaciones se encuentren listas para iniciar operaciones.....

111. Ulteriormente, el Instituto del Medio Ambiente y el Desarrollo Sustentable de Sonora (IMADES), entidad estatal, se abocó a la búsqueda del nuevo sitio en el Estado de Sonora, sobre la base de un proyecto de confinamiento más amplio y ambicioso en cuanto a sus alcances, actividades y funciones relativas al confinamiento de residuos peligrosos, o CIMARI (centro integral para el manejo de residuos industriales)¹¹⁷. Para octubre de 1998, el IMADES había « ... preseleccionado tres áreas potenciales... » En un recorrido de los sitios, en el que participó Cytrar, el INE consideró viable, con el beneplácito de Cytrar, « practicar los estudios correspondientes » en un sitio ubicado en el municipio de Benjamín Hill¹¹⁸.

112. Al momento de considerar el INE la renovación de la Autorización, tal reubicación no se había consumado ni, aparentemente, existía identificación definitiva del sitio de reubicación, es decir, de un sitio con todos los estudios de aptitud para el objeto o propósito al que estaría afectado finalizados con resultado positivo, e idóneo para merecer las autorizaciones para ser operado como confinamiento de residuos peligrosos. Pocos días antes de emitirse la Resolución, por nota dirigida al Gobernador del Estado de Sonora del 9 de noviembre de 1998 – y en realidad siguiendo la vía que le había sido indicada por el INE a través del oficio del 23 de octubre de 1998 cursado por la Dra. Cristina Cortinas Nava¹¹⁹ - Cytrar ratificó su compromiso de reubicación, indicando además su voluntad de reubicarse en cualquier sitio que le fuera indicado, con asunción por Cytrar de costos relativos a la adquisición de terrenos, construcciones y traslado de residuos del Confinamiento al nuevo sitio, pero sin abandonar su postura de que la Autorización debía mantenerse vigente hasta tanto la reubicación se hubiese consumado¹²⁰. Similares compromisos fueron refirmados por Tecmed por sendas notas del 12 de noviembre de 1998 dirigida a la maestra Julia Carabias Lillo, titular de la SEMARNAP¹²¹, y del 17 de noviembre de 1998 dirigida a la Dra. Cristina Cortinas Nava, Directora General de Materiales, Residuos y Actividades Riesgosas del INE¹²². Esta última nota fué copiada por Cytrar al gobernador de Sonora y al presidente del Ayuntamiento de Hermosillo, mediante sendas comunicaciones en las que Cytrar enfatizaba su compromiso de reubicación reiterado en el punto

¹¹⁷ Memorial de contestación, pág. 67, no. 239.

¹¹⁸ Memorial de contestación, pág. 75, no. 270.

¹¹⁹ Documento A51. En ese oficio se hace referencia al acuerdo de reubicación y se propone a Cytrar que “...establezca contacto con las autoridades del Gobierno del Estado y del Municipio para precisar los pasos a seguir respecto de la reubicación del confinamiento.”

¹²⁰ Documento A89. Memorial de contestación, págs. 84-85, nos. 303 y sigs.; Memorial de demanda, págs. 80-81.

¹²¹ Documento A90.

¹²² Documento A55.

7 de la nota copiada¹²³. Luego de la Resolución por la que se denegó la renovación de la Autorización, prosiguieron conversaciones y acciones tendientes a la reubicación, en las que intervino Tecmed, que todavía tenían lugar en el mes de enero de 2000, pero que actualmente han cesado¹²⁴.

113. El Acuerdo no define al término « expropiación », ni establece cuáles serían las medidas, acciones o conducta que serían equivalentes a una expropiación o tendrían características similares a ésta. Si bien en un sentido formal la expropiación importa la apropiación forzada por el Estado de la propiedad tangible o intangible de particulares a través de actos administrativos o acción legislativa a ese efecto, el término también cubre situaciones que constituyen una expropiación *de facto*, en las que tales actos o legislación transfieren los bienes que constituyen su objeto a tercero o terceros distintos del Estado expropiador, o cuando dicha legislación o actos privan de tales bienes a los sujetos que los sufren, sin atribuirlos a terceros o al propio Estado¹²⁵.

114. Generalmente, se entiende que la expresión « ...equivalente a la expropiación... » o « *tantamount to expropriation* » que se encuentra en el Acuerdo y en otros tratados internacionales referentes a la protección al inversor extranjero alude a la llamada « expropiación indirecta » o « *creeping* », así como a la expropiación *de facto* aludida más arriba¹²⁶. Si bien estas distintas formas de expropiación tampoco se prestan a una definición clara o unívoca, se reconoce generalmente que se traducen a través de conducta o actos que no explicitan en sí mismos el objetivo de privar al sujeto pasivo de sus derechos o bienes, pero que en los hechos operan tal privación. No necesariamente una expropiación de esta naturaleza tiene que manifestarse de forma gradual o creciente – en ese sentido el término *creeping* alude a un sólo tipo de expropiación indirecta – y puede manifestarse a través de un sólo y único acto, o a través de actos muy próximos en el tiempo o simultáneos. Por ese motivo, deben diferenciarse los conceptos de *creeping expropriation* y expropiación *de facto*¹²⁷, por más que corrientemente se los englobe bajo la noción más amplia de « expropiación indirecta », y que ambas formas de expropiación puedan configurarse a través de una amplia variedad de actos o medidas cuyo

¹²³ Documento A54.

¹²⁴ Memorial de contestación, pág. 96, no. 337.

¹²⁵ Laudo del 30 de agosto de 2000 en el caso CIADI No. ARB(AF)/97/1 Metalclad v. United States, 16 Mealey's International Arbitration Report (2000), págs. A-1 y sigs. ; pág. A-13 (pág. 33 del laudo, no. 103): « Thus, expropriation [...] includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State ».

¹²⁶ G. Sacerdoti, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, 269 *Recueil des cours*, Académie de droit international de La Haye, 255, 385-386 (1997)

¹²⁷ *Ibid.*, pág. 383.

examen circunstanciado en cada caso concreto sólo permitirá concluir si alguna de tales formas se encuentra o no presente¹²⁸.

115. Para establecer si la Resolución constituye medida equivalente a una expropiación bajo los términos del artículo 5(1) del Acuerdo, es necesario determinar, en primer término, si en razón de la Resolución la Demandante se vió privada, de manera radical, de la utilidad económica de su inversión, como si los derechos relativos a ésta – por ejemplo, la percepción o goce de los beneficios asociados con el Confinamiento o su explotación - hubiesen cesado. Es decir, si a raíz de actuación atribuible a la Demandada, los bienes en cuestión han perdido valor o utilidad para quién se beneficia de los mismos, y en qué medida¹²⁹. Esta determinación es importante, pues es una de las bases para distinguir, desde la perspectiva de un tribunal internacional, entre una medida regulatoria, expresión normal de la autoridad estatal en ejercicio del poder de policía, que trae consigo una disminución de los bienes o derechos del particular, y una expropiación *de facto*, que priva de toda sustancia real a tales bienes o derechos. Al determinar el grado en que el inversor es privado de sus bienes o derechos, se determina también si esa privación es indemnizable o no; y al concluirse sobre este último punto, se concluye igualmente si la medida en cuestión constituyó o no una expropiación *de facto*. Los efectos del acto o conducta bajo análisis no son pues indiferentes para determinar si tal acto o conducta configura o no una expropiación. El texto mismo del Acuerdo confirma lo expuesto al establecer, en su artículo 5(1), que éste cubre expropiaciones, nacionalizaciones o

...cualquier otra medida de características o efectos¹³⁰ similares...

Al respecto se ha manifestado:

In determining whether a taking constitutes an « indirect expropriation », it is particularly important to examine the effect that such taking may have had on the investor's rights. Where the effect is similar to what might have occurred under an outright expropriation, the investor could in all likelihood be covered under most BIT provisions¹³¹

116. Además de las disposiciones del Acuerdo, el Tribunal Arbitral está llamado a resolver las controversias que le sean sometidas conforme a las reglas aplicables del derecho internacional (Título VI.1 del Apéndice del Acuerdo), que el Tribunal Arbitral estima que deben ser ubicadas, al entender en dichas controversias y para decidir las, recurriendo a las fuentes contempladas en

¹²⁸ R. Dolzer & M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, págs. 99-100 (1995).

¹²⁹ Laudo parcial en el caso Pope Talbot Inc y el Gobierno de Canadá, nos. 102-104, págs. 36-38, www.naftalaw.org; y II Restatement of the Law (Third) Restatement of the Foreign Relations Law of the United States, § 712, págs. 200-201; notas 6-7, págs. 211-212 (1987).

¹³⁰ El énfasis en letra cursiva es del Tribunal Arbitral.

¹³¹ R. Dolzer & M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, pág. 100 (1995).

el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹³² y consideradas, aún cuando comprendidas por el derecho internacional consuetudinario, no como cristalizadas en el tiempo, sino en su evolución continuada¹³³. En este orden de ideas, se entiende que medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, revisten las características de una expropiación indirecta en su modalidad *de facto* si es irreversible y de carácter permanente, y si los bienes o derechos alcanzados por tal medida han sido afectados de forma tal que « ...toda manera de explotarlos... » ha desaparecido; es decir, virtualmente, el valor económico de la utilización, goce o disposición de los bienes o derechos afectados por el acto o decisión administrativa ha sido neutralizado o destruido¹³⁴. Bajo el derecho internacional, existe privación de la propiedad también cuando existe despojo de su uso o del goce de sus beneficios, o interferencia en tal uso o goce de efectos o magnitud equivalentes, aún cuando no se afecte la titularidad legal o jurídica de los bienes en cuestión, y siempre que el despojo no sea efímero. La intención del gobierno es menos importante que el efecto de las medidas sobre quién detenta la titularidad de los bienes afectados por la medida o del beneficio derivado de aquéllos; y la forma bajo la cual se presenta la medida que origina el despojo es menos importante que los efectos reales de su impacto¹³⁵. En el ejercicio de comprobar si una expropiación con esas connotaciones ha tenido lugar o no, el Tribunal Arbitral no debe

....limitarse a examinar únicamente si se produjo una desposesión o una expropiación formal, sino que debe comprobar, más allá de la apariencia, cual fue la situación real detrás de la situación denunciada¹³⁶.

117. La Resolución reúne las características arriba señaladas: no cabe duda que ha dispuesto la no renovación de la Autorización y el cierre del Confinamiento de manera permanente e irreversible, no sólo por los términos imperativos, afirmativos e irrevocables en los que se formula esa determinación del INE en la Resolución, que en sí constituye un accionar – y no mera omisión u omisiones - atribuible a la Demandada, con efectos destructivos respecto de la inversión de la Demandante y de sus derechos de gozar y percibir los beneficios derivados de ella sino, además, porque no renovada la Autorización, cobra plena vigencia la normativa mexicana emitida por el INE, que impide la utilización del predio donde se encuentra el

¹³² I. Brownlie, *Principles of International Law* (5a. Edición, 1998) pág.3: «These provisions[...]represent the previous practice of arbitral tribunals, and Article 38 is generally regarded as a complete statement of the sources of international law ».

¹³³ Laudo *Mondev International Ltd v. United States of America*, 11 de octubre de 2002, caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, pág.40, no.116.

¹³⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, *In the case of Matos e Silva, Lda., and Others v. Portugal*, sentencia del 16 de septiembre de 1996, no. 85, pág. 18, <http://hudoc.echr.coe.int>

¹³⁵ Ver Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU., *Tippetts, Abbet,McCarthy, Stratton v.TAMS/Affa Consulting Engineers of Iran et al.*, decisión del 29 de junio de 1984; 6 Iran-United States Rep., pág. 219 y sig.; pág. 225 (1984-II); del mismo Tribunal, *Phelps Dodge Corp. et al.v.Iran*, 10 Iran-U.S.Cl. Trib. Rep. pág. 121 y sigs.; esp. no. 22, pág.130 (1986-I).

¹³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ivcher Bronstein (Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú)*, sentencia del 6 de febrero de 2001, no. 124, pág.56 ; www.corteidh.or.cr.

Confinamiento para confinar residuos peligrosos, en virtud de su proximidad al centro urbano de Hermosillo. Encontrándose acreditado en las presentes actuaciones que una de las causas determinantes por las cuales se denegó la renovación de la Autorización era precisamente esa proximidad y la oposición social asociada a ésta, no cabe duda que el Confinamiento no podrá en el futuro ser aplicado a la actividad a la que estaba destinado, y que la operación económica y comercial de Cytrar en el Confinamiento y a partir de éste han resultado total e irremisiblemente destruídas, corriendo igual destino los beneficios o utilidad derivados o esperables de la inversión de la Demandante en relación con el Confinamiento. Tampoco puede serlo a una actividad distinta en razón de los residuos acumulados y confinados a lo largo de una operación de diez años exclusivamente afectada al confinamiento de residuos peligrosos. Indudablemente, ésta última circunstancia neutraliza su posible venta en el mercado inmobiliario. Finalmente, la destrucción del valor económico debe evaluarse, en este caso, desde el punto de vista de las expectativas del inversor al realizar su inversión. La Demandante, a través de Tecmed y Cytrar, tanto en vista de su actividad y objeto social, cuanto por los términos mismos bajo los cuales fueron adquiridos los bienes relativos al Confinamiento de Promotora, sólo invirtió en dichos bienes para llevar a cabo la actividad de confinamiento de residuos peligrosos y lucrar con ella. La Resolución, al poner fin a dicha operación o actividad en el predio de Las Víboras, destruyó de manera irreversible todo valor económico o comercial directa o indirectamente asociado con tal operación y actividad y con los bienes afectados e indisolublemente ligados a ella. No desmerece tales conclusiones el hecho que la Resolución no ha impedido a Cytrar continuar operando el Confinamiento hasta agotar su capacidad instalada autorizada y existente al momento de aquélla. Dicha continuación limitada, transitoria y parcial de la operación del Confinamiento no desvirtúa los efectos definitiva y totalmente aniquiladores de la Resolución respecto de la inversión a largo plazo relativa al Confinamiento. En virtud de sus efectos cabe pues concluir que la Resolución es una medida asimilable a un expropiación conforme al artículo 5(1) del Acuerdo.

118. No obstante ello, el Tribunal Arbitral también estima oportuno examinar, a la luz de lo dispuesto en el artículo 5(1) del Acuerdo, si la Resolución, en virtud de sus características, y no tan sólo considerando sus efectos, constituye un acto expropiatorio conforme a dicha disposición.

119. Es principio indiscutido que el ejercicio por el Estado de facultades soberanas bajo el poder de policía puede ocasionar perjuicios económicos a los administrados sin compensación alguna. También lo es que en el ámbito o desde la perspectiva del derecho interno de ese Estado, es sólo conforme a su derecho y ante sus tribunales que deberán apreciarse en que medida el ejercicio de tales facultades es o no legítimo; y cuales son los límites que, de ser transgredidos, originan la obligación de indemnizar al administrado por violación de su derecho de propiedad.

120. Sin embargo, la perspectiva de este Tribunal Arbitral es distinta. Su función es la de examinar si la Resolución infringe el Acuerdo a la luz de sus disposiciones y del derecho internacional. No revisa los fundamentos o las motivaciones que condujeron a la Resolución, a los efectos de determinar si fué o no legalmente expedida o su procedencia. Pero sí debe considerar dichos aspectos para determinar si el Acuerdo fué o no violado. Que la actuación

atribuible a la Demandada sea legítima, lícita o conforme a derecho desde la óptica de su derecho interno no significa que lo sea bajo el Acuerdo o el derecho internacional¹³⁷ :

An Act of State must be characterized as internationally wrongful if it constitutes a breach of an international obligation, even if the act does not contravene the State's internal law – even if under that law, the State was actually bound to act that way¹³⁸.

121. De la lectura del artículo 5(1) del Acuerdo, y de la interpretación de sus términos conforme al sentido común u ordinario que debe asignarse a éstos (artículo 31(1) de la Convención de Viena), no surge que actos administrativos de naturaleza regulatoria se encuentren *per se* excluidos de su ámbito de aplicación, aún si obedecen a razones de utilidad pública – como la protección del medio ambiente - cuando menos cuando el impacto económico negativo de tales actos en el patrimonio del inversor es de magnitud tal que el valor o utilidad económica o comercial de su inversión es totalmente neutralizado sin que el inversor sea compensado. Así se ha afirmado que :

Expropriatory environmental measures – no matter how laudable and beneficial to society as a whole – are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies : where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state's obligation to pay compensation remains¹³⁹.

122. Descartada la exclusión *a priori* del posible encuadramiento de actos o medidas de naturaleza regulatoria de la categoría de actos expropiatorios, además del impacto económico negativo causado por tales actos o medidas, el Tribunal Arbitral estima apropiado considerar, para determinar si dicho encuadramiento procede, la proporcionalidad de dichos actos o medidas con las exigencias del interés público presuntamente tutelado a través de los mismos y la protección legalmente debida al inversor en relación con su inversión, sin olvidar que la magnitud de dicho impacto juega un rol de peso al juzgar acerca de dicha proporcionalidad¹⁴⁰. Si bien ese análisis tiene como punto de partida la necesaria deferencia debida al Estado al definir las razones de interés o utilidad pública en que funda su actuación y las formas bajo las que ésta habrá de concretarse, ello no impide, sin negar tal definición o poner en tela de juicio tal deferencia, juzgar la actuación del Estado a los efectos del artículo 5(1) del Acuerdo sobre la base de su razonabilidad en relación con el fin perseguido, la privación económica causada, y las expectativas legítimas de quién lo sufrió. El acto o medida no debe imponer una carga o peso

¹³⁷ Corte Internacional de Justicia, caso Elettronica Sicula s.p.a.(ELSI)(United States v. Italy), sentencia del 20 de julio de 1989, ICJ Reports, 1989, no. 73. Caso CIADI No.ARB(AF)/99/1, Marvin Feldman v.Mexico, laudo del 16 de diciembre de 2002, pág.26, no.78, www.naftalaw.org.

¹³⁸ J. Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility, pág. 84 (Cambridge University Press, 2002).

¹³⁹ Laudo Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica, caso CIADI No.ARB/96/1, 15 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, no. 72, pág.192 (2000).

¹⁴⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, In the case of Matos e Silva, Lda., and Others v. Portugal, sentencia del 16 de septiembre de 1996, no. 92, pág. 19 , <http://hudoc.echr.coe.int>.

excesivo en el inversor extranjero en relación con la finalidad perseguida por el acto reputado como expropiatorio¹⁴¹. En la valoración de dicha carga o peso, juega rol primordial la entidad o dimensión de la privación de propiedad operada por la actuación estatal, y si tal privación fue compensada o no¹⁴². También debe tenerse en cuenta, en razón de distintos factores legales y prácticos, que el inversor extranjero tiene reducida o ninguna ingerencia en la toma de decisiones que le afectan, en parte a raíz de su exclusión del ejercicio de derechos políticos reservados a los nacionales del Estado que las adopta, tales como la elección de las autoridades en las que tales decisiones se originan.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha resumido así estas circunstancias :

Not only must a measure depriving a person of his property pursue, on the facts as well as in principle, a legitimate aim « in the public interest », but there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised...[...]. The requisite balance will not be found if the person concerned has had to bear « an individual and excessive burden » [...] The Court considers that a measure must be both appropriate for achieving its aim and not disproportionate thereto¹⁴³.

....non-nationals are more vulnerable to domestic legislation: unlike nationals, they will generally have played no part in the election or designation of its authors nor have been consulted on its adoption. Secondly, although a taking of property must always be effected in the public interest, different considerations may apply to nationals and non-nationals and there may well be legitimate reason for requiring nationals to bear a greater burden in the public interest than non-nationals¹⁴⁴.

El Tribunal Arbitral entiende que estas afirmaciones de la Corte de Estrasburgo se extienden a la actuación del Estado mediante el ejercicio de sus poderes como administrador, y no sólo cuando actúa como legislador.

123. Al operar el Confinamiento, Cytrar incurrió en ciertas infracciones de las condiciones bajo las cuáles fué emitida la Autorización, a las que se hizo referencia anteriormente, que fueron comprobadas por la PROFEPA. En la opinión del Tribunal Arbitral, éstas son las infracciones de la Autorización determinantes de la Resolución, pues son aquéllas a las que se refiere y en las que se funda. Esa es la conclusión que cabe derivarse del derecho mexicano, según el cual los

¹⁴¹ Corte Europea de Derechos Humanos, In the case of Mellacher and Others v. Austria, sentencia del 19 de diciembre de 1989, No. 48, pág.24; In the case of Pressos Compañía Naviera and Others v. Belgium, sentencia del 20 de noviembre de 1995, no. 38, pág. 19, <http://hudoc.echr.coe.int>

¹⁴² Así se ha afirmado que : «on the whole [...] notwithstanding compliance with the public interest requirement, the failure to pay fair compensation would render the deprivation of property inconsistent with the condition of proportionality », Y. Dinstein, *Deprivation of Property of Foreigners under International Law*, 2 Liber Amicorum Judge Shigeru Oda, pág. 849 y sigs.; esp. pág. 868 (2002).

¹⁴³ Corte Europea de Derechos Humanos, In the case of James and Others, sentencia del 21 de febrero de 1986, no. 50, págs.19-20, <http://hudoc.echr.coe.int>

¹⁴⁴ *ibid.*, no. 63, págs. 24.

actos de la administración deben ser fundados, entre otras cosas para estar dotados de la transparencia suficiente que permita al administrado disconforme atacarlos mediante los medios legales disponibles¹⁴⁵. Los episodios vinculados con el transporte y descarga de residuos peligrosos de Alco Pacífico no se encuentran referidos en la Resolución, fueron efectuados bajo el amparo de autorizaciones o permisos de autoridades mexicanas, incluido el INE, distintos de la Autorización, y las infracciones cometidas por Cytrar en el cumplimiento de dicha actividad no fueron comprobadas ni sancionadas como infracciones a la Autorización. Por ese motivo, sin perjuicio de tener en cuenta más adelante la incidencia de tales episodios en las consideraciones políticas o sociales tenidas en cuenta por el INE al emitirla – a las que se alude de manera genérica en la Resolución y en la correspondencia del INE dirigida a Cytrar que la precedió inmediatamente - el Tribunal Arbitral tampoco considera que tales infracciones, que no dieron lugar a la revocación o terminación de los permisos bajo los cuales dicho transporte y descarga tuvieron lugar, y que no se encuentran tipificadas en los condicionantes de la Autorización, son determinantes de la Resolución. Por otra parte, la PROFEPA y la SEMARNAP también se manifestaron en el sentido que las infracciones en el transporte y descarga de los residuos de Alco Pacífico no debían ser consideradas para determinar si la autorización del Confinamiento debía ser revocada al replicar a un planteamiento en este último sentido de una agrupación adversa a éste¹⁴⁶.

124. Este Tribunal Arbitral considera que las infracciones a la Autorización mencionadas en la Resolución, en la medida en que han sido comprobadas por la PROFEPA o el INE bajo el imperio de la normativa mexicana aplicable, son cuestiones que no le corresponde ni necesita revisar. Sin embargo, el Tribunal Arbitral observa que no se establece ni sugiere en la Resolución que tales infracciones comprometan la salud pública o perjudiquen el equilibrio ecológico o la protección del medio ambiente, o que sean la causa de una genuina crisis social. Por otra parte, la PROFEPA, al comprobar en 1999 la existencia de tales infracciones y sancionarlas, a su juicio proporcionalmente a la importancia o trascendencia de la violación incurrida, lo hizo mediante la aplicación de una multa, luego de evaluar si hubiera correspondido sanción mayor, tal como la revocación de la Autorización, y de destacar que dichas infracciones no comprometían la integridad del medio ambiente, el equilibrio ecológico ni la salud de la población. Con ello, la PROFEPA no hizo más que confirmar lo manifestado en su nota a Cytrar del 11 de febrero de 1998¹⁴⁷:

Por otra parte las inspecciones realizadas por esta Procaduría al confinamiento multicitado, no se ha observado [sic] indicio alguno que pudiese indicar que existen riesgos para la salud de la población y el medio ambiente

¹⁴⁵ Declaración del perito Alfonso Camacho Gómez, Audiencia del 20-24 de mayo de 2002, transcripción del día 22 de mayo de 2002, págs. 36-36vta.

¹⁴⁶ Nota suscripta por la PROFEPA y la SEMARNAP del 18 de diciembre de 1997, no. 44, pág.21; documento D93.

¹⁴⁷ Documento D101, pág. 2.

En distintas oportunidades, el Ayuntamiento de Hermosillo¹⁴⁸ y la secretaria de la SEMARNAP, maestra Julia Carabías Lillo¹⁴⁹, insisten que la operación del Confinamiento por Cytrar cumple con la normativa mexicana en materia de protección del medio ambiente y de la salud pública o con los requisitos necesarios para no perjudicar al medio ambiente o la salud pública. Concretamente, en un documento del 3 de septiembre de 1998¹⁵⁰, la SEMARNAP – de la cual tanto el INE como la PROFEPA son emanaciones autónomas –, sobre la base de lo opinado por ésta última, expresa que :

....el manejo de los residuos peligrosos por la empresa CYTRAR se realiza en estricto apego a derecho, que la etapa final de confinamiento reúne condiciones de máxima seguridad, en cuya virtud las operaciones correspondientes son debidamente autorizadas.

125. Más allá de referirse a infracciones de condicionantes de la Autorización y una escueta alusión al compromiso de Cytrar de reubicarse, la Resolución no explicita las razones de orden, interés, utilidad o emergencia públicos que la motivan. Según se desprende de las alegaciones de la Demandada, tales razones serían esencialmente las siguientes:

1.La protección del medio ambiente y de la salud pública ; y

2. La necesidad de atender a la presión social originada en la ubicación del Confinamiento y las infracciones cometidas por Cytrar en la operación, percibidas por ciertos grupos como perjudiciales para el medio ambiente o la salud pública, con la consiguiente intranquilidad pública en Hermosillo originada a raíz de esas circunstancias.

126. Factor que sin duda se encuentra en el trasfondo de tales razones es la ubicación del Confinamiento en relación con el núcleo urbano de Hermosillo. Como lo manifestara en su alegato *in voce* el letrado de la Demandada :

He manifestado en diversas ocasiones e insistido en que el problema no fue con una empresa y no fue con un inversionista, sino con un sitio específico.¹⁵¹

Lo que no difiere de lo que la Directora General de Materiales, Residuos y Actividades Riesgosas del INE, Dra. Cristina Cortinas Nava, que dictó la Resolución, afirma a su vez :

Vuelvo a insistir que, para nosotros, la posición fue: acabemos de una vez con ese lugar que es la causa del conflicto, la gente está continuamente acercándose al lugar para ver cómo lo están operando, no lo dejan siquiera

¹⁴⁸ Comunicación del Ayuntamiento de Hermosillo del 26 de marzo de 1998, documento D114 ; Declaración 300398 de la Comisión de Salud Pública del Ayuntamiento de Hermosillo de abril de 1998, documento D116 ; Hojas de Comunicación de dicho Ayuntamiento, documento D117.

¹⁴⁹ Versión estenográfica de la comparecencia de Julia Carabías Lillo ante la Cámara de Diputados del Congreso Federal el 10 de septiembre de 1999, págs. 10-11 ; documento A69.

¹⁵⁰ Documento A92.

¹⁵¹ Alegato *in voce* del letrado de la Demandada, transcripción de la Audiencia del 20-24 de mayo de 2002, día 24 de mayo de 2002, pág. 37 vta.

operar ante esa continua presión, y busquemos empezar la cuenta nueva en otro lugar y bien y con todos los mecanismos que, pensábamos, podían asegurar esa operación aceptable para la sociedad¹⁵².

127. En realidad, también de la prueba producida en este arbitraje surge incontrastablemente que hubo factores distintos del cumplimiento o no por Cytrar de las condiciones de la Autorización o de la normativa en materia de protección ambiental mexicana, que tuvieron incidencia determinante en la no renovación de la Autorización. Esos factores incluían « circunstancias políticas ». Como lo manifiesta la Dra. Cristina Cortinas Nava, en el oficio dirigido a Cytrar el 23 de octubre de 1998¹⁵³,

Cabe señalar que es de conocimiento público el compromiso de reubicación del confinamiento que opera actualmente su empresa y, como usted mismo lo señala en el punto siete de su escrito del 15 de julio de 1998, existen aspectos políticos que será necesario tomar en cuenta para resolver acerca de la procedencia de una renovación de la autorización de operación y ampliación de su capacidad de confinamiento. Dado lo cual, le proponemos establezca contacto con las autoridades del Gobierno del Estado y del Municipio para precisar los pasos a seguir respecto de la reubicación del confinamiento.

En su nota del 15 de julio de 1998 al INE, Cytrar insiste en que el INE se pronuncie acerca del pedido de Cytrar relativo a la ampliación de su capacidad de confinamiento conforme a las alternativas que Cytrar había oportunamente planteado al INE, mientras

....se definen las acciones a desarrollar según los acontecimientos políticos en torno a Cytrar (reubicación)...¹⁵⁴

128. Es, por consiguiente, necesario estimar, desde la óptica del artículo 5(1) del Acuerdo y del derecho internacional, hasta que punto tales circunstancias políticas – que en opinión del Tribunal Arbitral, sobre la base de la prueba producida, no parecen ir más allá que las suscitadas por la oposición social - subyacen la Resolución a los efectos de evaluar en qué medida ésta guarda proporcionalidad con tales y las restantes circunstancias que conducen a ésta y con la neutralización del valor económico o comercial de la inversión de la Demandante derivada de la Resolución.

129. Esas circunstancias socio-políticas motivan que la renovación de la Autorización sea considerada por el INE como un « caso excepcional », razón por la cual, en vez de decidir el INE por sí y ante sí y en total exclusividad – como estaba legalmente autorizado - acerca de la renovación de la Autorización sobre la base de consideraciones exclusivamente vinculadas a la función específica del INE relativas a la protección del medio ambiente, el equilibrio ecológico y la salud pública, consultó al presidente del Ayuntamiento de Hermosillo y al gobernador del Estado de Sonora acerca de las peticiones de Cytrar relativas a la ampliación de la celda no. 2 y la construcción de la celda no. 3 en el Confinamiento¹⁵⁵. Sólo cabe concluir que tales consultas

¹⁵² Audiencia del 20-24 de mayo de 2002; transcripción del día 21 de mayo de 2002, pág. 78.

¹⁵³ Documento A51.

¹⁵⁴ Documento A50

¹⁵⁵ Audiencia del 20-24 de mayo de 2002. Declaración de la Dra. Cristina Cortinas Nava, transcripción del día 21 de mayo de 2002, págs. 70vta./71.

obedecían exclusivamente a las preocupaciones de naturaleza socio-política del INE, ya que es hecho indiscutido que éste y la PROFEPA eran las únicas entidades legalmente habilitadas y técnicamente competentes para entender en cuestiones que hacen a la salud pública y a la protección del medio ambiente en relación con el Confinamiento. Por otra parte, ninguno de los consultados revela en sus respuestas preocupaciones relativas al peligro que podría ocasionar el Confinamiento a la salud pública, el equilibrio ecológico o al medio ambiente, sino la de asegurar la reubicación del Confinamiento en un lugar distinto y lejano a Hermosillo, el cierre inmediato del Confinamiento y, una vez agotada su capacidad autorizada e instalada, que no se otorgasen nuevas autorizaciones para confinar residuos peligrosos en el predio de Las Víboras¹⁵⁶; es decir, poner punto final a los problemas políticos – caracterizados como « presiones sociales » - suscitados por el Confinamiento a las autoridades federales, municipales y estatales mediante su clausura firme y definitiva.

130. Si bien la Directora General de Materiales, Residuos y Actividades Riesgosas del INE, Dra. Cristina Cortinas Nava, señala que el factor político o social « ... fue uno de los tantos factores, pero no fue el factor decisivo... »¹⁵⁷, y que, preguntada si la incidencia del recrecimiento no autorizado de la celda no. 2 en la Resolución fue « grande, pequeña, insignificante, decisiva », la respuesta fué « Yo diría que fué importante »¹⁵⁸. Lo cierto es que la ausencia de referencia alguna en la Resolución o en las opiniones de los funcionarios municipales o estatales consultados por el INE a la hora de emitirla, a que esa u otras infracciones cometidas por Cytrar y mencionadas en la Resolución fueran seriamente perjudiciales o constituyeran un grave o inminente peligro para la salud pública, el equilibrio ecológico o el medio ambiente; y la confirmación por parte de la PROFEPA de que tales infracciones no lo eran, revelan que fueron los factores socio-políticos los que esencialmente condujeron a la emisión de la Resolución. Aún el peso o importancia asignado por el INE a las infracciones técnicas en la operación del Confinamiento sobre las que se sustenta la Resolución, y por consiguiente la relevancia relativa conferida por el INE a tales factores al emitirla, estaban en realidad fuertemente influidos por las presiones sociales y sus consecuencias políticas que el INE afrontaba, desde que las autoridades municipales y estatales y las agrupaciones sociales adversas veían en tal recrecimiento y en cualquier otra acción destinada a ampliar la capacidad del Confinamiento, indicios de que la operación no sería reubicada y que el sitio de Las Víboras, próximo al centro urbano de Hermosillo en violación de la normativa vigente, continuaría activamente afectado al confinamiento de residuos peligrosos¹⁵⁹. En realidad, la Dra. Cristina Cortinas Nava consideraba que la continuación por Cytrar del recrecimiento de la celda no. 2, antes que realmente crear situaciones actuales o potenciales de peligro para la protección del

¹⁵⁶ Nota del 18 de noviembre de 1998 del Presidente del Ayuntamiento de Hermosillo al Presidente del INE, documento D157.

¹⁵⁷ Audiencia del 20-24 de mayo de 2002. Declaración de la Dra. Cristina Cortinas Nava, transcripción del día 21 de mayo de 2002, pág. 71 vta.

¹⁵⁸ *Ibid.*, pág. 80.

¹⁵⁹ *Ibid.*, pág.82 vta.

medio ambiente o la salud pública, más bien incrementaba las dificultades del INE en el manejo de las presiones sociales y sus derivaciones políticas adversas al Confinamiento:

.....no habiendo emitido yo una resolución por escrito autorizando a recrecer la celda, para mí el hecho de que hubiera iniciado [Cytrar] el recrecimiento de la celda fue un elemento de preocupación y así lo tomé en cuenta como una actitud de parte de la empresa de lanzarse a hacer cosas antes de haber obtenido la autorización que solicitaba [...] Eso lo tomé en cuenta entre uno de los demás elementos, pero insisto: ahí también estaba el elemento de que la empresa no me había ayudado a crear confianza en las autoridades locales al haber recrecido las celdas sin autorización de nadie, ni mías ni de la autoridad local....¹⁶⁰

131. Este punto se encuentra confirmado por la importancia asignada a la reubicación de la operación de Cytrar en un sitio distinto al Confinamiento, que estaba en realidad impulsada por la oposición social al sitio existente, y no porque su ubicación en dicho sitio o su adecuación¹⁶¹ o la forma en que el Confinamiento era operado – como lo reconocían las propias autoridades municipales, estatales y la PROFEPA - causaran o crearan riesgos para el medio ambiente o la salud pública. La reubicación aún pendiente del Confinamiento, que según la Dra. Cristina Cortinas Nava, constituyó una de las razones de la Resolución en tanto y en cuanto, al denegar la renovación de la Autorización – y así privar a Cytrar de la operación del Confinamiento - se pretendía acicatearla, y aún presionarla, a que se reubicara, se sitúa, entonces, entre los factores inmediatamente ligados a las circunstancias políticas y sociales vinculadas al Confinamiento y su operación creadoras de tensiones o presiones, que el INE entendió apaciguar al no renovar la Autorización, y no con la protección de la salud pública, del equilibrio ecológico, o del medio ambiente¹⁶².

132. En síntesis, fueron razones vinculadas con circunstancias de orden social o político y las presiones sobre las autoridades municipales, estatales y el mismo INE originadas en tales circunstancias, y no otras, las que en realidad preponderaron en la decisión del INE de no renovar la Autorización. Será necesario, pues, evaluar tales razones en su conjunto para establecer si la Resolución guarda proporcionalidad con la privación de derechos de Cytrar y el impacto económico negativo consiguiente derivado de aquélla para la Demandante con el objeto de determinar si la Demandada incurrió en violación del artículo 5(1) del Acuerdo.

133. No cabe duda acerca de la existencia de presiones sociales o políticas – reconocida por ambas Partes, y recogidas por la prensa local y por la prueba producida en el presente juicio arbitral – adversas al Confinamiento. Sin embargo, en parte sustancial, la oposición social se origina en cuestiones o situaciones objetivas fuera del control de Cytrar o Tecmed o la

¹⁶⁰ *Ibid.*, pág.82 vta.

¹⁶¹ *Ibid.*, pág. 90vta. « Porque nuestro interés estaba en rescatar esa infraestructura que ya se había creado, y sostuve todo el tiempo, y todavía hoy lo sostengo, que esa instalación era una instalación necesaria para ese estado, que esa instalación en el lugar en donde se encontraba era un lugar apropiado que, con el manejo ambientalmente adecuado de los residuos peligrosos, era una buena opción ».

¹⁶² Audiencia del 20-24 de mayo de 2002. Declaración de la Dra. Cristina Cortinas Nava, transcripción del día 21 de mayo de 2002, págs. 72vta.-73 ; 75vta.-76.

Demandante. Por otra parte, debe sopesarse, tanto si la presión social y sus consecuencias, que presuntamente dieron lugar a la acción estatal calificada de expropiatoria por la Demandante, fueron de dimensión tal como para causar una grave situación de emergencia, crisis social o conmoción pública, cuanto el impacto económico de dicha acción estatal, que en el caso bajo análisis condujo a la privación del inversor extranjero de su inversión sin compensación alguna. Estos factores deben ponerse en la balanza en la tarea de determinar la proporcionalidad de la medida adoptada en relación con el fin perseguido por ésta.

134. Como ya se ha destacado más arriba, los episodios vinculados con el transporte y descarga de residuos peligrosos provenientes de Alco Pacífico se refieren a una operación amparada bajo instrumentos jurídicos, licencias y permisos distintos a los que rigen el Confinamiento; por ende, infracciones o sanciones relativas a operaciones cubiertas bajo tales instrumentos, licencias o permisos no podían ser consideradas como infracciones incurridas o sanciones impuestas bajo la Autorización o de la normativa aplicable a las actividades específicamente amparadas por aquélla. Por ese mismo motivo, las infracciones a dicha operación de transporte no podían ser parte de los fundamentos de la Resolución, en tanto y en cuanto ésta se apoya exclusivamente en infracciones al régimen aplicable a las actividades cubiertas por la Autorización. Sin embargo – como lo reconocen ambas Partes – la actitud adversa de ciertos grupos sociales hacia el Confinamiento se origina en episodios vinculados con el transporte de los residuos de Alco Pacífico. En consecuencia, procede considerar tal actitud adversa y su peso real al examinar, en términos más generales, la incidencia de factores socio-políticos en la Resolución.

135. En realidad, las reacciones adversas al transporte con destino a Hermosillo de los residuos de Alco Pacífico comenzaron a evidenciarse aún antes de la comprobación por la PROFEPA de infracciones cometidas por Cytrar en el cumplimiento de esa operación. Como lo señala la Demandada :

El confinamiento en Sonora de los residuos de Alco Pacífico generó reacciones casi inmediatas. El 14 de enero de 1997, apareció una nota en un periódico local que señalaba que se confinarían en Cytrar residuos peligrosos importados que fueron abandonados en las instalaciones de Alco Pacífico[...]. El 7 de marzo de 1997, apareció publicada otra nota periodística sobre el confinamiento en Sonora de los residuos peligrosos de Alco Pacífico. El 9 de marzo de 1997, el Ing. Manuel Llano Ortega, habitante de Hermosillo, solicita la intervención del Gobernador del Estado para atender las preocupaciones de la comunidad surgidas con motivo del confinamiento de los residuos de Alco Pacífico[...]. El 2 de mayo de 1997, la Academia Sonorense de Derechos Humanos presentó una queja en contra de la SEMARNAP, la PROFEPA, el Congreso del Estado y el Gobernador del Estado. Argumentó que las autoridades habían violado la soberanía del Estado al haber autorizado el depósito de desechos tóxicos provenientes de Baja California sin autorización de las autoridades locales competentes. El 15 de mayo del mismo año, la misma asociación presentó una queja ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos¹⁶³.

136. De manera que la oposición social a la actuación de Cytrar en las tareas de transporte y descarga de los residuos de Alco Pacífico debe estimarse a la luz de la oposición *ab initio* de ciertos ciudadanos o agrupaciones a la decisión concertada de la PROFEPA – quien contrata con Cytrar el transporte a Hermosillo de tales residuos – y del INE – que concede las autorizaciones

¹⁶³ Memorial de contestación, págs.44-45; no. 164 y sigs.

pertinentes para que Cytrar se hiciera cargo de dicho transporte¹⁶⁴ – de que tales residuos pudiesen confinarse en dicha localidad. Sin duda alguna, fueron las autoridades mexicanas las que optaron por elegir o aceptar a Hermosillo, Sonora, como lugar adecuado para el confinamiento de los residuos de Alco Pacífico y las responsables por tal decisión. En realidad, las críticas a la gestión por Cytrar del transporte de residuos de Alco Pacífico provenientes de grupos sonorenses es inescindible, y constituye al mismo tiempo una expresión concreta, del repudio de dichos grupos a la decisión de las autoridades de transportar los residuos de Alco Pacífico a Hermosillo, Sonora para proceder a confinarlos en dicha localidad; y no es posible afirmar que la gestión por Cytrar de dicho transporte, antes que la decisión previa de las autoridades de confinar los residuos de Alco Pacífico en Hermosillo, es la determinante o causante esencial de la oposición social.

137. Lo cierto es que la PROFEPA no puso fin anticipado al contrato con Cytrar en razón de dicha oposición social; y en momento alguno el INE retiró o de otra manera operó la cesación de la autorización de Cytrar relativa al transporte o descarga de los residuos de Alco Pacífico. Las infracciones o irregularidades verificadas por la PROFEPA en relación con tales operaciones, si bien dieron lugar a multas impuestas a Cytrar o a directivas para que corrigiera su forma de operar, aparentemente no originaron recomendación o acción alguna de la PROFEPA orientada al retiro de dicha autorización o a la rescisión del contrato bajo el cual Cytrar operaba. Ni las deficiencias de Cytrar relativas al transporte de residuos de Alco Pacífico, ni la oposición social que éste suscitó, parecen, pues, haber originado situaciones de emergencia, genuina crisis social o conmoción o urgencia públicas, que por su gravedad, hubieran motivado a las autoridades pertinentes a terminar la relación contractual que regía la operación de transporte o revocar o no renovar las licencias o permisos bajo las cuales aquélla se realizaba. Al finalizar el contrato de transporte de residuos de Alco Pacífico con Cytrar, PROFEPA no dejó constancia de incumplimiento alguno pendiente bajo dicho contrato o de obligaciones bajo éste, y si bien se reservó, bajo una de las cláusulas de la minuta por la que se hace constar la finalización de los servicios y prestaciones de Cytrar bajo dicho contrato, el derecho de la PROFEPA a hacer valer ulteriormente la responsabilidad de Cytrar « ...por vicios ocultos o insuficiencia en el desarrollo y cumplimiento de sus responsabilidades... »¹⁶⁵, no se ha aportado prueba alguna que indique que la PROFEPA se haya valido de tal derecho en contra Cytrar. No hay constancia que mientras dicho contrato se mantuvo vigente, se hayan iniciado acciones en contra Cytrar por sus co-contratantes por incumplimiento contractual, ya sea para rescindirlo por causa suficiente, como lo autorizaba su cláusula sexta¹⁶⁶, para interrumpir los pagos debidos bajo el mismo, o para obtener alguna forma de resarcimiento por incumplimiento contractual. Tampoco hay constancias que Fomín, empresa que según la cláusula 5-D (pág.5) de dicho contrato tenía a su cargo la supervisión de los servicios de Cytrar bajo aquél, haya efectuado reservas,

¹⁶⁴ Permiso del INE del 23 de enero de 1997 relativo al transporte y descarga de residuos de Alco Pacífico, cuya cláusula 11 (pág. 3), documento D65, también permitía la cancelación de dicho permiso en caso de quejas justificadas o peligro al medio ambiente o a la vida humana.

¹⁶⁵ Documento A76 : Minuta suscrita por la PROFEPA, Cytrar y Fomin, el 6 de julio de 1999, cláusula 11.

¹⁶⁶ Acuerdo del 19 de noviembre de 1996, pág.6, documento D64.

observaciones adversas o advertencias o admoniciones acerca del desenvolvimiento de Cytrar en la prestación de tales servicios mientras el contrato estuvo vigente.

138. Por lo tanto, si el nivel de oposición social generado por el transporte y descarga por Cytrar de los residuos de Alco Pacífico no originó acción decisiva alguna por parte de las autoridades federales competentes, incluida la PROFEPA - tales como la revocación de las licencias o autorizaciones respectivas, la iniciación de acciones judiciales, o la terminación anticipada de dicho contrato - para ponerle fin, ni es determinante de la Resolución, no es razonable atribuirle mayor relevancia en el ejercicio de considerar y sopesar factores para determinar si la Resolución constituye en sí misma violación o violaciones del Acuerdo.

139. Aquellos episodios – no vinculados con el transporte y descarga por Cytrar de los residuos de Alco Pacífico - que evidencian de manera más concreta la oposición de entidades u organizaciones sociales al Confinamiento o a su operación por Cytrar, tampoco trasuntan, en opinión del Tribunal Arbitral, la existencia de una situación de grave urgencia, crisis, necesidad o emergencia social, que visualizada en su peso conjuntamente con la privación o neutralización del valor económico o comercial de la inversión de la Demandante, permita concluir que la Resolución no constituyó un acto expropiatorio bajo el Acuerdo y el derecho internacional.

140. En primer término, tal oposición social giraba, esencialmente – como la misma Demandada lo ha reconocido – en torno a la proximidad del sitio respecto del centro urbano de Hermosillo, y a la circunstancia que, sin razón imputable a Cytrar, la ubicación del sitio no estaba de acuerdo con la normativa legal mexicana aplicable – NOM-055-ECOL-1993 proveniente del mismo INE¹⁶⁷ - circunstancia ciertamente conocida por Promotora al vender los bienes del Confinamiento a Cytrar, y naturalmente por el INE al conferirle las distintas autorizaciones para operar el Confinamiento. Como lo manifiesta la Demandada, la cercanía del Confinamiento al centro urbano de Hermosillo es la que concita la condena de los grupos adversos a éste antes que constancias concretas de que su operación fuera realmente perjudicial al medio ambiente o la salud pública. Por ese motivo, el objetivo final de tales grupos, al no poder obtener la revocación de la Autorización ante la ausencia de tales constancias – que les fué recordada por el INE y las autoridades municipales – era lograr el cierre del Confinamiento y la reubicación de la operación de Cytrar, objetivo con el cual tanto la SEMARNAP y el INE, como dichas autoridades y las del Estado de Sonora, en definitiva coincidieron.

141. Seguramente Tecmed y Cytrar tampoco desconocían la existencia de dicha normativa, pero era claro que ésta no alcanzaba al Confinamiento, debido a que cuando el Confinamiento fué diseñado y construído y se fijaron los procedimientos técnicos para su operación, dicha normativa no se encontraba en vigencia y no podía ser de aplicación retroactiva, circunstancia ésta que le fuera confirmada a Cytrar por nota de la PROFEPA¹⁶⁸. De manera que al realizarse la inversión, Cytrar y Tecmed no tenían motivos para dudar acerca de la legalidad de la ubicación del Confinamiento, cualesquiera fuesen las presiones de naturaleza político-social que

¹⁶⁷ Memorial de contestación, no.33, pág. 9.

¹⁶⁸ Nota del 11 de febrero de 1998, documento D101.

luego se desplegaron para cuestionarla, ni incurrieron en descuido al analizar los aspectos legales de dicha ubicación.

142. También Cytrar, ante la situación de oposición social encontrada, aceptó que tal reubicación – activamente propugnada por las autoridades municipales, estatales y la SEMARNAP - tuviese lugar, condicionándola tan sólo, como era lógico para quién estaba operando un negocio en marcha, a que Cytrar estuviera en condiciones de trasladar su actividad al nuevo sitio, lo cual presuponía, como mínimo, su identificación, el finalizar los estudios que permitieran comprobar la idoneidad del sitio para el confinamiento de residuos peligrosos, la adquisición del predio respectivo, y el otorgamiento de las autorizaciones y permisos necesarios para funcionar como confinamiento de residuos peligrosos, antes de proceder al cierre de la operación de Las Víboras. Con el correr del tiempo, ante la creciente presión originada en los episodios sociales ya relatados y en las mismas autoridades federales, estatales y municipales mexicanas, Cytrar o Tecmed aceptaron hacerse cargo de parte sustancial del costo de adquisición y de puesta en marcha como confinamiento de residuos peligrosos del nuevo sitio y del traslado a aquél de los residuos confinados en el predio de Las Víboras; pero quedó siempre a cargo de las autoridades mexicanas la tarea de ubicarlo y de conceder las autorizaciones pertinentes. Tales autoridades concentraron la búsqueda en el Estado de Sonora, a la cual se abocó concretamente un ente de dicho Estado, el Instituto del Medio Ambiente y el Desarrollo Sustentable de Sonora (IMADES). No consta de la prueba producida que Cytrar haya faltado, o hubiese tenido la intención de faltar, a sus compromisos de reubicación; y en todo caso, no existe indicio ni se ha aportado prueba, que las autoridades federales o estatales, o el IMADES, hayan cursado intimación alguna a Cytrar o a Tecmed para que cumpliesen con su compromiso de reubicación sobre la base de un sitio concreto identificado por tales autoridades con o sin el consenso de Cytrar. El único lugar en relación con el cual hay constancias de que el IMADES y las autoridades estatales y federales encontraron sitios en principio aptos, aunque sujetos a los estudios pertinentes, para la reubicación, fue en el Municipio de Benjamín Hill. Cytrar coincidió acerca de la aptitud de los sitios identificados en dicha localidad¹⁶⁹. No obstante, por razones respecto de las cuales no hay constancias que sean imputables a Cytrar, la reubicación no tuvo lugar en ese momento o posteriormente dentro de dicho municipio. Tales razones estribaban, aparentemente, en la oposición social de grupos adversos, que las autoridades mexicanas no juzgaron oportuno desafiar¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Memorial de contestación, no. 270, pág. 75.

¹⁷⁰ La oposición a la reubicación del confinamiento en la localidad de Benjamín Hill, aparentemente protagonizada por las mismas agrupaciones que se opusieron al Confinamiento de Las Víboras, se continuó aún después de la Resolución, según la información periodística acompañada: cartas de lectores y notas en el periódico publicado en Hermosillo, El Imparcial, del 30 de marzo, 23 de abril y 4 de mayo de 1999; carta del activista en cuestiones ambientales Francisco Pavlovich publicada en El Imparcial del 16 de abril de 1999 (Dossier de Prensa (I), anexo A70). Lo mismo ocurrió, conforme a la información de prensa aportada en relación con otras localidades o sitios ubicados en Sonora por el IMADES: nota en El Imparcial del 25 de marzo de 1999 acerca de las localidades de Carbó y Guaymas; notas en El Imparcial del 4 de marzo y 15 de abril de 1999 acerca de la localidad de Carbó; nota en El Imparcial del 6 de noviembre de 1998 acerca del sitio de Agua Blanca en Benjamín Hill (Dossier de Prensa (I),

143. La prueba producida tampoco permite concluir que las peticiones de Cytrar para recrecer la celda no. 2 del Confinamiento, antes que perseguir una ampliación de la capacidad instalada para atender a las necesidades de operación hasta que se concretara la reubicación, importaba en realidad una forma solapada de postergar ésta para continuar operando el Confinamiento el mayor tiempo posible. En la nota de Cytrar al INE del 15 de julio de 1998¹⁷¹, donde Cytrar plantea la necesidad de aumentar el volumen de la capacidad de confinamiento mediante la ampliación de la celda No. 2, Cytrar expresamente relaciona tal incremento con el tiempo suficiente para seguir operando el Confinamiento durante el plazo de un año, necesario para la reubicación, que era precisamente el mínimo estimado a ese efecto también por el Ayuntamiento de Hermosillo. En ningún momento el INE negó que ese plazo fuera el adecuado para lograr la reubicación, ni sostuvo que la capacidad adicional de confinamiento propuesta fuese excesiva en relación con el tiempo adicional propuesto de operación del Confinamiento por Cytrar hasta la concreción de la reubicación, o estuviese apuntada a extender la explotación del Confinamiento por un período mayor que el necesario para dicha reubicación, o *sine die*. Si la construcción de la celda No. 3 – cuya autorización también solicitó Cytrar del INE « únicamente en el caso de que no estuviese lista la reubicación una vez llenada la celda 2 con su recrecimiento »¹⁷² – importaba brindarle a Cytrar una capacidad de confinamiento en el sitio de Las Víboras por un lapso temporal mayor al necesario para lograr la reubicación, le hubiera bastado al INE denegar tal autorización para disuadir a Cytrar de demorarla, sin menester para ello de denegar la renovación de la Autorización. Tampoco el INE, por sí o conjuntamente con el IMADES, el Gobierno de

anexo A70). La aprobación por el Cabildo de Benjamín Hill y el Presidente de ese Municipio para iniciar los estudios correspondientes a la fase de selección del sitio y la carta de compromiso de venta del predio « El Pinito » ubicado en dicho Municipio tuvieron lugar recién en abril de 1999, es decir, considerablemente después de la Resolución; y continúan siendo actos meramente preparatorios, no concretados aparentemente aún a través de determinaciones o propuestas concretas de reubicación provenientes de las autoridades: Memorial de contestación, no. 337, pág. 96. Por otra parte, como surge de la nota publicada en El Imparcial del 4 de mayo de 1999 citada más arriba, así como de la nota publicada en ese mismo periódico del 15 de abril de 1999 relacionada concretamente con la construcción de un confinamiento en « El Pinito », pese a las referidas decisiones de las autoridades de Benjamín Hill, la oposición social a la reubicación del Confinamiento en esa localidad continúa, y no pareciera que la última palabra al respecto ha sido aún pronunciada. Llama la atención que al 22 de febrero del 2000, casi un año después, todavía estuviesen pendientes los estudios de selección para determinar si dicho sitio sería definitivamente elegido o no por las autoridades como lugar apto para la reubicación del Confinamiento (carta del Gobierno de Sonora a la Dra. Cristina Cortinas Nava de esa fecha, documento D165). En ese mismo mes de abril de 1999, el IMADES había hecho referencia a otro predio ubicado en Benjamín Hill denominado « El Tilico », en relación con el cual se habría ya obtenido la autorización de las autoridades de ese Ayuntamiento para la construcción del confinamiento (nota en El Imparcial del 16 de abril de 1999, Dossier de Prensa (I), anexo A70), sin que esa posibilidad, sin embargo, aparentemente fuese conducida por las autoridades a la etapa de concreción definitiva.

¹⁷¹ Documento A50, no. 7.

¹⁷² Nota de Cytrar al INE del 16 de noviembre de 1998, n. 5, pág. 2, documento A54.

Sonora o el Ayuntamiento de Hermosillo, respondieron a la propuesta contenida en la nota del 15 de julio de 1998 con contrapropuesta alguna. Hasta poco antes de la Resolución, mediante comunicaciones fechadas los días 9, 12 y 17 de noviembre de 1998, Cytrar y Tecmed refirieron el compromiso de reubicación en cualquiera de las áreas identificadas por las autoridades mexicanas y la asunción de los costos más importantes asociados con la reubicación, incluidos los de construcción de las nuevas instalaciones en el nuevo sitio y el pago de parte del precio de adquisición del predio respectivo¹⁷³, sin que el INE o las autoridades mexicanas involucradas en la concertación de la reubicación hayan señalado, ante esa refireración y antes de la Resolución, sitio alguno para que dicho compromiso pudiese concretarse, o cuestionado la aptitud técnica, económica u operacional de Cytrar para dar cumplimiento al compromiso de reubicación y operar el nuevo sitio en condiciones que asegurasen la protección del medio ambiente y de la salud pública. Que tales aptitudes no estaban cuestionadas está confirmado por el hecho que las tratativas con Cytrar y Tecmed para la reubicación del Confinamiento se continuaron luego de denegada la renovación de la Autorización hasta por lo menos durante el mes de enero de 2000¹⁷⁴.

144. Finalmente, la Demandada no ha aportado prueba de que la oposición social al Confinamiento – aunque intensa, agresiva y sostenida - fuera realmente multitudinaria o considerablemente más allá de las posturas asumidas por ciertos individuos o la membresía de ciertas agrupaciones adversas al Confinamiento. En su momento de mayor culminación, tal oposición social, a pesar de haber sido alimentada a través de sus voceros mediante una activa, sostenida e insistente campaña pública a través de los medios masivos de difusión y comunicación social, sólo pudo concitar en dos oportunidades una congregación, en una de ellas, de doscientas, y en la otra, de cuatrocientas, personas dentro de una comunidad de cerca de un millón de habitantes, « ...lo que la hace la ciudad con mayor población en el Estado de Sonora »¹⁷⁵; y el llamado bloqueo del Confinamiento fué protagonizado por grupos reducidos de personas, que nunca excedieron la cuarentena¹⁷⁶. La ausencia de prueba de que la operación del Confinamiento constituía una amenaza real o potencial al medio ambiente o a la salud pública, unida a la ausencia de un verdadero rechazo multitudinario por la sociedad, reduce la denominada « oposición social » a una serie de episodios, que si bien se traducen en presiones significativas sobre las autoridades mexicanas, no conforman una verdadera conmoción o crisis

¹⁷³ Memorial de contestación, pág. 85, no. 304 . Nota de Cytrar al Presidente del INE del 9 de noviembre de 1998, documento D94; notas de Tecmed del 12 de noviembre de 1998 al Gobernador de Sonora, documento D149, y a la Secretaria de SEMARNAP Julia Carabías Lillo, documento D150; nota de Tecmed del 17 de noviembre de 1998 a la Directora del INE Cristina Cortinas Nava , documento D154.

¹⁷⁴ Memorial de contestación, pág. 96, no.337.

¹⁷⁵ Memorial de contestación, pág.15, no.54.

¹⁷⁶ Audiencia del 20-24 de mayo de 2002, transcripción del día 20 de mayo de 2002, declaración de Javier Polanco Lavín, págs. 33vta., 35, 42-43; transcripción del día 21 de mayo de 2002, declaración de José María Zapatero Vaquero, pág. 57 vta.

social de graves proporciones, ocasionada por actos u omisiones del inversor extranjero o sus sociedades afiliadas.

145. Que el problema era en realidad el sitio del Confinamiento, y no la forma en que éste era operado por Cytrar, está confirmado por la circunstancia que las autoridades mexicanas a nivel federal, municipal o estatal, incluido el INE, no tenían reparos en confiar a Cytrar la construcción y operación de un nuevo confinamiento de residuos peligrosos ubicado fuera de Hermosillo, con características, actividades y alcances aparentemente más extendidos y ambiciosos que los que definían la operación en Las Víboras. Si tales autoridades hubieran considerado seriamente que Cytrar no era empresa apta para operar el Confinamiento de manera prudente y responsable, y en condiciones técnicas que asegurasen la protección del medio ambiente, el equilibrio ecológico y la salud de la población, dichas autoridades no hubieran podido, de buena fé y sin faltar al cabal cumplimiento de las responsabilidades que les son propias, aceptar o siquiera contemplar que Cytrar se reubicase en un sitio distinto, porque ello implicaría el posible y casi cierto riesgo que la actuación desaprensiva o imprudente de Cytrar, presuntivamente desprovista de pulcritud en el manejo de sus relaciones públicas o con la sociedad civil, o legal o técnicamente reprobable, pudiese conducir a renovadas expresiones de repudio y oposición social, además de los perjuicios predecibles para el medio ambiente y la salud pública. Esto confirma que fueron más bien presiones de naturaleza política, que giraban principalmente en torno a la ubicación física del sitio, antes que cualquier tipo de repudio social de vastas repercusiones o que originara una situación de grave emergencia social, ocasionado por la conducta de Cytrar, los que motivaron la no renovación de la Autorización.

146. La situación arriba descrita no es comparable a la que originó el caso *Elettronica Sicula S.p.A.(Elsi)*, invocado por la Demandada¹⁷⁷. En primer lugar, la resolución del Alcalde de Palermo que dió lugar a la reclamación de los EE.UU contra Italia ante la Corte Internacional de Justicia¹⁷⁸, al disponer la requisición de la planta del inversor extranjero, está expresamente basada y alude en sus considerandos a la situación de grave emergencia y crisis social vinculada al cierre de la planta ubicada en Palermo, Italia (el cierre de una importante fuente de trabajo – la segunda en importancia del distrito- con el consiguiente despido de alrededor de un millar de operarios, y repercusiones negativas en idéntico número de familias y en la comunidad palermitana en general, que se sumaban a las severas penurias sufridas a raíz de terremotos que aquejaron a la zona pocos meses antes)¹⁷⁹, emergencia ésta además reconocida por las cortes de Palermo, tanto en cuanto a las características de grave necesidad pública asociadas con el cierre de la planta, como a la urgencia imprevisible de adoptar medidas que permitiesen afrontarla¹⁸⁰. En segundo lugar, tales cierre y despido masivo eran directamente imputables a la decisión de los accionistas controlantes de la sociedad titular de la planta – los inversores extranjeros - de no

¹⁷⁷ Por ejemplo, en la pág. 127, no. 452, del Memorial de contestación.

¹⁷⁸ Caso concerniente a *Elettronica Sicula S.p.A (ELSI)(United States of America v. Italy)*, 20 de julio de 1989, ICJ Reports, 1989.

¹⁷⁹ *Ibid.*, no. 30, págs. 21-22.

¹⁸⁰ *Ibid.*, no. 75, págs. 40-41.

efectuar nuevos aportes de capital ni ofrecer garantías para obtener recursos financieros que permitiesen mantenerla en actividad¹⁸¹.

147. En el presente caso no se encuentran reunidas similares o comparables circunstancias de emergencia o gravedad social, o de urgencia asociada con tales circunstancias, ni su existencia con esas características ha sido comprobada por las cortes mexicanas. La actuación de las autoridades para hacer frente a dificultades socio-políticas, cuando éstas no revisten connotaciones de grave emergencia o necesidad pública, o de crisis social o de conmoción general de vasta repercusión y gravedad, no puede ser considerada, desde el punto de vista del Acuerdo o del derecho internacional, como justificación suficiente para privar al inversor extranjero de su inversión sin compensación, máxime si no se ha probado que la conducta de Cytrar o Tecmed sea causa suficientemente determinante de las presiones políticas o los episodios sociales que la motivaron, que subyacen la Resolución, y que la condicionaron de manera decisiva. Por el contrario, el reiterado compromiso de aquéllas para la reubicación de la operación de Las Víboras en sitio distinto, seguramente motivado en lo inmediato por la lógica, aunque no altruísta, preocupación empresarial de poder continuar con la operación comercial que determinó la inversión de la Demandante, no por ello deja de evidenciar que, de manera objetiva, dicho compromiso estaba encaminado a contribuir positivamente al alivio o mitigación de tales presiones socio-políticas y a continuar suministrando a México – aún en una ubicación física diferente – servicios de confinamiento de residuos peligrosos de los cuales México, tal como se ha argumentado o manifestado persuasivamente en este arbitraje, se encuentra, no sólo urgentemente necesitado, sino además en situación de carencia grave.

148. A los factores arriba considerados, se suma el hecho que la operación del Confinamiento por Cytrar en ningún momento comprometió el equilibrio ecológico, la protección del medio ambiente o la salud de la población, y que las infracciones cometidas por ésta eran subsanables y fueron subsanadas u objeto de sanciones menores. La circunstancia que la Resolución no sólo pone fin a la Autorización, sino que dispone el cierre definitivo del sitio de Las Víboras, confirma de manera irrefutable que el problema era con la ubicación del Confinamiento, y no con la operación de éste por Cytrar, pues dicho cierre significa que el Confinamiento no podrá ser operado por ésta, ni por nadie más, aún si se cumpliesen los requerimientos del INE relativos al recrecimiento de la celda no. 2, la prohibición de actuar como centro de transferencia, o relativos al tipo de residuos confinables o al almacenamiento temporal de residuos peligrosos, o cualquier otra, en cuyo incumplimiento se basó la Resolución. Medida tan extrema, cuyos efectos se extienden de manera ilimitada hacia el futuro, ante la comisión de infracciones que no dieron lugar a deficiencias insubsanables o incorregibles en la operación del Confinamiento, denota que el INE llegó a la conclusión – en consonancia con los pedidos en ese sentido del Ayuntamiento de Hermosillo y de las autoridades del Estado de Sonora, a quienes había consultado - de que no sólo no había de renovarse la Autorización otorgada a Cytrar, sino, además, que nadie debía ser autorizado, a partir de entonces, a operar un confinamiento de residuos peligrosos en el predio de Las Víboras, aunque se tratase de un operador cuya conducta fuese tan impecable que ni siquiera diese origen a fallas relativamente menores o subsanables en su gestión como tal.

¹⁸¹ *Ibid.* no. 17, pág.14.

149. Si bien la Resolución se basa en algunas de esas infracciones para denegar la renovación de la Autorización, ateniéndose aparentemente a una lectura literal y estricta de las condiciones bajo las cuales ésta última fué emitida¹⁸², sería excesivamente formalista, a la luz de las consideraciones precedentes, del Acuerdo, y del derecho internacional, cuando tales infracciones no hacen peligrar de manera grave o inminente el equilibrio ecológico o la salud humana, entender que la Resolución guarda proporcionalidad con tales infracciones, la consiguiente neutralización del valor económico y comercial de dicha inversión, y las expectativas de recuperación y retorno de la Demandante al realizarla, particularmente cuando dicha Resolución no se encuentra acompañada de indemnización en cumplimiento del artículo 5 del Acuerdo. El Tribunal Arbitral disiente con la postura de la Demandada que niega que al momento de la realización de la inversión de la Demandante, ésta tuviese expectativas legítimas a que la operación del Confinamiento se continuaría por largo plazo¹⁸³. Las circunstancias de orden político y social ya referenciadas, y que condicionaron decisivamente la emisión de la Resolución, se manifestaron en toda su envergadura luego de que la inversión fué realizada en parte sustancial, y no pudieron ser razonablemente previstas o esperadas por la Demandante con la extensión, efectos y repercusiones o consecuencias que dimanaron de tales circunstancias. No cabe duda que aún sin contar Cytrar con una autorización de tiempo indeterminado, y ser en vez de ello titular de una autorización prorrogable o renovable año a año, la expectativa de la Demandante era siempre la de un inversor a largo plazo que cuenta con la recuperación de su inversión y el retorno estimado a través de la operación del Confinamiento durante la vida útil de éste.

150. Tales circunstancias están explicitadas, además, en la oferta presentada por Tecmed en la subasta de bienes relativos al Confinamiento, dónde ésta expresa que la inversión se aplicará al servicio de las « ...industrias del Estado de Sonora a corto, mediano y largo plazo, para lo cual no se aplicarán políticas que puedan saturar el confinamiento en el corto plazo... », y que « ...Cytrar potenciará su papel de planta regional autolimitando el volumen anual de aceptación de residuos de fuera de la región al necesario para mantener el nivel mínimo de rentabilidad ... »¹⁸⁴, de donde se concluye claramente que Cytrar no acometería un nivel de explotación que permitiera recuperar rápidamente la inversión y obtener la tasa de retorno esperada en tiempo reducido o con carácter acelerado. El INE no podía desconocer dichas circunstancias y la necesidad de respetar tales expectativas, so pena de tornar inviable todo tipo de inversión privada de las dimensiones requeridas para llevar a cabo, en condiciones técnicamente aceptables, operaciones de confinamiento de residuos peligrosos en los Estados Unidos Mexicanos. Tanto la autorización para funcionar del Confinamiento de mayo de 1994, como las ulteriores otorgadas por el INE, incluida la Autorización, se basaban en la Declaración de Impacto Ambiental de abril de ese año, en la que se preveía una vida útil de diez años para el Confinamiento¹⁸⁵, que demuestra que ya con anterioridad a la inversión por la Demandante era valor entendido y aceptado por todos que

¹⁸² Memorial de constestación, nos. 314 y sigs., págs. 87-93; no. 489, pág. 143.

¹⁸³ Alegato de cierre de la Demandada, nos. 124-126, págs. 65-66.

¹⁸⁴ Propuesta de Adquisición de Tecmed, Secciones 1.1.1; 1.1.2, documento A17.

¹⁸⁵ Documento D21, no. 51, pág. 33. Memorial de contestación, no. 43, pág. 13.

inversiones en el Confinamiento se aplicaban a una operación de larga duración que sería tenida en cuenta por el inversor al estimar el tiempo y ritmo necesarios para recuperarla y obtener el retorno esperado al hacer su oferta para la adquisición de los bienes relativos al Confinamiento. A los efectos de evaluar si conducta atribuible a la Demandada – tal como la Resolución - es también violatoria del Acuerdo, tales expectativas de la Demandante deben considerarse legítimas y apreciadas como tales a la luz del Acuerdo y del derecho internacional.

151. En virtud de las consideraciones precedentes, y atento a que la conducta del INE (entidad del Gobierno Federal de los Estados Unidos Mexicanos « ...encargada de conducir la política nacional en materia de ecología y protección al ambiente, además de fungir como la autoridad federal normativa y regulatoria en materia ambiental »¹⁸⁶) es atribuible a la Demandada bajo el derecho internacional¹⁸⁷, y que tal conducta es dañosa para la Demandante; surgiendo, además, que la reclamación relativa a la violación del artículo 5(1) del Acuerdo atribuida a la Demandada es admisible conforme al Título II(5) de su Apéndice, por cuanto la fecha de la producción del daño y en la que la Demandante necesariamente debió tomar conocimiento de la presunta violación del artículo 5(1) del Acuerdo es la del acto expropiatorio – es decir, la Resolución – posterior a la entrada en vigor del Acuerdo y situada dentro de un plazo de tres años anterior a la fecha de introducción de la demanda arbitral en estos actuados¹⁸⁸, el Tribunal Arbitral encuentra y decide que la Resolución y sus efectos constituyen una expropiación en violación del artículo 5 del Acuerdo.

II. Trato Justo y Equitativo

152. Conforme al artículo 4(1) del Acuerdo :

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

153. El Tribunal Arbitral estima que la garantía de tratamiento justo y equitativo contemplada en el artículo 4(1) del Acuerdo es una expresión y parte constitutiva del principio de buena fé

¹⁸⁶ Memorial de contestación, pág. 2, no. 11.

¹⁸⁷ J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, 94-99 (Cambridge University Press, 2002).

¹⁸⁸ Según certificado de registro emitido el 28 de agosto de 2000 por el entonces Secretario General Interino del CIADI, la notificación de la Demandante para la iniciación del presente procedimiento arbitral fué recibida por el Secretariado del CIADI el 7 de agosto de 2000. El plazo de tres años previsto en el Título II(5) del Apéndice del Acuerdo, dentro del cual la Demandante tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de presuntas violaciones del Acuerdo en las que basa sus reclamaciones y de los daños consiguientemente sufridos, es el comprendido entre el 7 de agosto de 1997 y aquella fecha.

reconocido por el derecho internacional¹⁸⁹, aunque para su violación no es menester que la parte estatal haya actuado de mala fé:

To the modern eye, what is unfair or inequitable need not equate with the outrageous or the egregious. In particular, a State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith¹⁹⁰.

154. El Tribunal Arbitral considera que esta disposición del Acuerdo, a la luz de los imperativos de buena fé requeridos por el derecho internacional, exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. Un accionar del Estado ajustado a tales criterios es, pues, esperable, tanto en relación con las pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las subyacen. El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. El inversor igualmente confía que el Estado utilizará los instrumentos legales que rigen la actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación. En realidad, la no observancia por el Estado receptor de la inversión de las pautas apuntadas en su conducta relativa al inversor extranjero o sus inversiones perjudica la posibilidad de éste, tanto de apreciar el nivel de trato y protección realmente brindado por el Estado receptor, como de determinar hasta que punto dicho Estado observa un comportamiento acorde con la garantía de trato justo y equitativo. Por consiguiente, la observancia por el Estado receptor de dichas pautas se encuentra indisociablemente ligada a esa garantía, a las posibilidades reales de hacerla efectiva, y a excluir toda posible calificación del accionar estatal como arbitrario; es decir, cuando dicho accionar presenta insuficiencias tales que éstas serían

¹⁸⁹ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, 5a. Edición (1989), pág. 19. Así se entiende que el principio de tratamiento justo y equitativo consignado en acuerdos internacionales en materia de protección a la inversión extranjera expresa « ...the international law requirements of due process, economic rights, obligations of good faith and natural justice » : caso arbitral S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, laudo parcial del 13 de noviembre de 2000; no.134, pág.29 ; www.naftalaw.org.

¹⁹⁰ Caso arbitral CIADI No.arb(AF)/99/2, Mondev International Ltd v United States of America, pág.40, no.116, del 11 de octubre de 2002, www.naftalaw.org.

reconocidas “...por todo hombre razonable e imparcial”¹⁹¹, o cuando tal accionar, sin necesariamente violar normas jurídicas específicas, es contrario a derecho porque:

...shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety¹⁹²

155. El Tribunal Arbitral entiende que los alcances de la garantía de tratamiento justo y equitativo contemplada en el artículo 4(1) del Acuerdo arriba enunciados son los que cabe asignarle tanto si se la interpreta de forma autónoma, teniendo en cuenta para ello el texto del artículo 4(1) del Acuerdo que la formula conforme a su sentido normal u ordinario (art. 31(1) de la Convención de Viena), o conforme al derecho internacional y al principio de buena fé a la luz del cual debe juzgarse los alcances de las obligaciones asumidas bajo el Acuerdo y la conducta relativa a su satisfacción.

156. Sin los alcances arriba descritos, el artículo 4(1) del Acuerdo quedaría desprovisto de todo contenido semántico propio o de utilidad práctica, lo cual seguramente contrariaría la intención de las Partes Contratantes, al suscribirlo y luego ratificarlo, quienes sin duda persiguieron, con su inclusión en el Acuerdo, fortalecer y acrecentar el nivel de seguridad y confianza del inversor extranjero para invertir en los Estados miembros, y de esa manera maximizar la utilización de los recursos económicos de cada Parte Contratante mediante la facilitación recíproca de los aportes de sus respectivos operadores económicos. Es el sentido que en todo caso cabe asignarle a esta garantía a la luz de los Considerandos del Acuerdo, que expresan el deseo e intención de los Estados miembro de « ...intensificar la cooperación económica en beneficio recíproco de ambos países... » y su determinación, dentro de ese marco, de «crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversores de cada una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra.. ».

157. Al efectuar su inversión, la justa expectativa de la Demandante era que la normativa mexicana que regía aquélla, y las facultades de supervisión, control, prevención y sanción que esa normativa confiere a las autoridades encargadas de administrar dicho régimen, serían utilizadas con la finalidad de asegurar que los objetivos de protección ambiental, de la salud humana y del equilibrio ecológico que la animaban, fuesen respetados.

158. De la prueba ofrecida se comprueba que ante la percepción por las autoridades municipales de Hermosillo, del Estado de Sonora, de la SEMARNAP y del INE, que los problemas políticos arriba reseñados, íntimamente asociados con la oposición social ya descrita, tornaban necesaria la reubicación de la operación de Cytrar en el Confinamiento fuera de Hermosillo, Cytrar, con el apoyo de Tecmed, consintió que su propuesta de reubicarse, manifestada públicamente, se convirtiese luego en compromiso asumido por Cytrar y las autoridades mexicanas federales, estatales y municipales para llevar a cabo dicha reubicación. También surge de la prueba ofrecida que aunque Cytrar aceptó o concordó que esa reubicación habría de realizarse, la condicionó a contar con un nuevo sitio donde pudiese continuar con su

¹⁹¹ Caso Neer v. Mexico, (1926) R.I.A.A. iv. 60.

¹⁹² Caso de la Corte Internacional de Justicia concerniente a Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy), no. 128, pág. 65, 20 de Julio de 1989, ICJ, General List No. 76.

operación técnica y comercial; y que exteriorizó en repetidas oportunidades ante las autoridades mexicanas dicho condicionamiento. En su nota del 25 de junio de 1998 dirigida al Presidente del INE, Cytrar define de la manera siguiente la repartición de cargas y obligaciones relativas a la reubicación :

....[Cytrar] aceptaría reubicarse quedando para este fin a cargo de las autoridades municipales y estatales la localización, adquisición y entrega de una nueva ubicación, así como la realización de los estudios pertinentes y la consecución en conjunto de los permisos y licencias correspondientes¹⁹³.

159. No hay indicio de que el INE o las autoridades estatales y municipales hubiesen cuestionado dicha asignación de responsabilidades en la tarea de reubicación, que sólo sufrió alteraciones posteriores en tanto y en cuanto Cytrar ofreció hacerse cargo de parte importante del costo económico de la reubicación. En ningún momento, durante el período de tiempo que medió entre la comunicación por tales autoridades a la opinión pública de la reubicación del Confinamiento, y la Resolución, dichas autoridades o el IMADES manifestaron su disconformidad con la supeditación de la operación del Confinamiento por Cytrar a la reubicación de dicha operación en un sitio distinto, o negaron que la reubicación era el fruto de un acuerdo negociado y consensuado con Cytrar, sobre la base de condiciones acordadas entre ésta y tales autoridades. La Dra. Cristina Cortinas Nava, Directora General de Materiales, Residuos y Actividades Peligrosas del INE, así lo reconoció :

.....Reconozco que la empresa expresó que la reubicación tendría lugar una vez que tuviera el sitio. Por lo tanto, lo que ella esperaba era justamente seguir operando el confinamiento en su sitio actual hasta ese momento. [...] Reconozco que es así, y si usted me dice que por qué, entonces, en el momento que tomé mi decisión eso iba a implicar la interrupción de esa continuidad a la que aspiraba la empresa, por qué lo hice ? [...]le contesto que fue porque las circunstancias de noviembre eran tales que estoy segura de que, si yo hubiera renovado la autorización, no le hubiera garantizado a la empresa la continuidad de la operación ahí. Porque había muchas objeciones a que siguiera operando en ese lugar¹⁹⁴.

160. Cytrar pudo pues, de buena fé, entender que su operación en Las Víboras bajo la Autorización se proseguiría por un tiempo prudencial hasta que la reubicación se concretase. Si bien es cierto que el acuerdo de reubicación no ha sido exteriorizado mediante un documento firmado por todas las partes involucradas, la prueba presentada permite concluir que ese acuerdo existió, tal como lo evidencia la declaración conjunta de la SEMARNAP, el Gobierno del Estado de Sonora y el Honorable Ayuntamiento de Hermosillo al respecto, en cuyo apartado no. 4 se reconoce que « ...el actual confinamiento que opera CYTRAR deberá dejar de funcionar como

¹⁹³ Documento A49. El proyecto de compromiso de reubicación entre las autoridades mexicanas y Cytrar aludido por la Demandada en su Memorial de contestación, nos. 324-329, págs. 93-94, del cual surgiría una variación en la repartición de obligaciones arriba apuntadas, nunca fué firmado, y estaba aún sujeto a observaciones al día 13 de enero de 1999. No puede por tanto ser tenido en cuenta para juzgar cual era la repartición de tales obligaciones asumida por los involucrados en la reubicación en la etapa anterior a la Resolución.

¹⁹⁴ Audiencia del 20-24 de mayo de 2002; transcripción del día 21 de mayo de 2002, págs. 77-77vta.

tal en cuanto las nuevas instalaciones sen encuentren listas para iniciar operaciones »¹⁹⁵. Por otra parte, en la misma Resolución¹⁹⁶ se dice que:

Así mismo, la empresa CYTRAR S.A. De C.V., convino con los diferentes órdenes de Gobierno Federal, Estatal y Municipal e hizo del conocimiento público la reubicación del confinamiento.

No hay duda que dicho acuerdo tuvo principio de ejecución, como está comprobado por las visitas conjuntas de Cytrar y el IMADES a sitios que se contemplaban para la reubicación del Confinamiento. No hay ningún indicio o principio de prueba que indique o sugiera que las partes en ese acuerdo concordaron en que factores externos originados en la presión social – que ya era conocida en toda su magnitud por las autoridades mexicanas al momento de celebrarlo – harían factible clausurar la operación de Cytrar en el Confinamiento sin cumplir con la condición previa de reubicar dicha operación en otro sitio. Las alusiones tangenciales a la reubicación del Confinamiento en la correspondencia intercambiada entre el INE y Cytrar o Tecmed, y que constituyen el antecedente inmediato de la Resolución, no pueden ser consideradas como una exteriorización clara e inequívoca de la voluntad de las autoridades mexicanas, de un lado, de cambiar su postura en relación con la perduración de la Autorización mientras la operación de Cytrar no fuese reubicada, o del otro, como una advertencia explícita, transparente y clara, dirigida a Cytrar, de que las autoridades mexicanas rechazaban supeditar la cesación de la Autorización a la reubicación en otro sitio de la operación de Cytrar en el Confinamiento, rechazo éste que, en rigor de verdad, no debería haber provenido sólo del INE, sino también de los restantes copartícipes en la toma de la decisión de reubicar el Confinamiento; es decir, el Ayuntamiento de Hermosillo, la Gobernación de Sonora y la misma SEMARNAP. Cabe concluir que Cytrar podía legítimamente confiar, sobre la base de los acuerdos existentes y el principio de la buena fé, que la Autorización continuaría vigente mientras no tuviese lugar la reubicación.

161. Como ya se ha indicado, el 15 de julio de 1998, mediante carta a la Directora General de Materiales, Residuos y Actividades Riesgosas del INE, Dra. Cristina Cortinas Nava, Cytrar efectúa propuestas concretas relativas al recrecimiento de la celda no. 2 y construcción de la celda no. 3 para atender a los compromisos de la empresa mientras se concretaban los pasos necesarios para la reubicación de la operación en un sitio distinto¹⁹⁷. Pese a la urgencia del caso, y a la carta anterior de Cytrar al Presidente del INE del 25 de junio de 1998 planteándole la necesidad de ampliar la capacidad de confinamiento por las mismas razones¹⁹⁸, y reiterándole el compromiso de Cytrar de reubicarse sobre la base de las condiciones igualmente allí reiteradas, el INE demoró cerca de tres meses su respuesta a Cytrar. En dicha respuesta del INE, materializada en un oficio a Cytrar del 23 de octubre de 1998¹⁹⁹, es decir, cursado poco más de un mes antes de la expiración del plazo de la Autorización, y cuando Cytrar ya había solicitado

¹⁹⁵ Documento A88.

¹⁹⁶ Documento A59.

¹⁹⁷ Carta a la Dra. Cristina Cortinas Nava, documento A50.

¹⁹⁸ Carta a Enrique Provencio, documento A49.

¹⁹⁹ Oficio No. DOO-800/005262 del 23 de octubre de 1998, documento A51.

concretamente la renovación de la Autorización por carta al INE del 19 de octubre de 1998²⁰⁰, el INE no levanta la existencia de irregularidad alguna cometida por Cytrar en la operación, o de incumplimientos de Cytrar de condiciones bajo las cuales fué otorgada la Autorización que en opinión del INE pudieran comprometer su renovación o su extensión limitada por un tiempo prudencial para permitir que la reubicación se concretase, modalidad ésta última aceptable para Cytrar, como la misma Cytrar lo propuso. El INE no podía ignorar, en ese momento, la existencia de por lo menos irregularidades o infracciones relativas al recrecimiento de la celda no. 2, las que justamente parecían preocupar en mayor medida a los sectores adversos al Confinamiento, que deducían de ello la demora *sine die* del cierre del Confinamiento, pues habían sido comunicadas por la PROFEPA al INE por oficio recibido por el INE el 14 de septiembre de 1998²⁰¹. Al limitarse el INE a informar a Cytrar que consideraría los pedidos de ésta relativos al recrecimiento de la celda no. 2 y la construcción de la celda no. 3 conjuntamente con la renovación de la Autorización sin advertir a Cytrar acerca de incumplimientos o irregularidades en la ampliación de la capacidad del Confinamiento que en opinión del INE hacían peligrar la renovación misma de la Autorización, el INE al menos comprometía seriamente la capacidad de Cytrar de subsanarlas en tiempo útil para evitar una consecuencia tan drástica y desproporcionada como la no renovación de la Autorización al expirar ésta. Si bien el INE, en su oficio dirigido a Cytrar el 13 de noviembre de 1998²⁰², en respuesta a la nota de Cytrar del 19 de octubre de 1998 por la cuál ésta solicita la renovación de la Autorización, se refiere a tales y otras infracciones, seis escasos días antes de la expiración de la Autorización, parece evidente que, a esa altura, todo esfuerzo útil de subsanación para impedir una posible no renovación carece de mayor verosimilitud.

162. El INE no planteó, pues, en términos claros y expresos a Cytrar o Tecmed, antes de emitir la Resolución, la postura del INE sobre la incidencia de tales infracciones en la renovación de la Autorización, y en consecuencia privó a Cytrar de oportunidad adecuada para que ésta pudiese hacer conocer al INE, en tiempo útil, su propia posición acerca de esa cuestión y, eventualmente, también en tiempo útil, concertar con el INE las medidas necesarias para superar los incumplimientos que el INE consideraba de entidad o gravedad tal como para denegar dicha renovación sin aguardar un tiempo adecuado para la reubicación de Cytrar en otro sitio. Brindar tal oportunidad a Cytrar era tanto más razonable y equitativo cuando en todo momento se consideró que ésta habría de reubicar la operación del Confinamiento en otro sitio, tal reubicación y la necesidad de que el Confinamiento siguiese operando en Las Víboras hasta que aquélla se materializase había sido objeto de correspondencia reciente, y no había disenso en cuanto a que la reubicación no podía ser instantánea y demandaría esfuerzos continuados por muchos meses, muy probablemente más de un año. Hay una incongruencia o contradicción marcada en la actitud del INE, que por un lado no cuestiona la aptitud técnica y la seriedad e idoneidad operativa de Cytrar cuando se trata de confiarle una operación de confinamiento de residuos peligrosos en otro sitio, y bajo las condiciones más ambiciosas – y seguramente con mayor asunción de responsabilidades para su operador – de un Centro Integral para el Manejo de

²⁰⁰ Carta de Cytrar a la Dra. Cristina Cortinas Nava, documento A52.

²⁰¹ Documento D133.

²⁰² Documento A53.

Residuos Industriales, o CIMARI, y por el otro, que no le advierte, en tiempo útil para evitar la no renovación de la Autorización, acerca de incumplimientos subsanables en su actual operación en Las Víboras, incumplimientos éstos que, como se ha visto, en definitiva no comprometieron la salud pública ni el equilibrio ecológico o el medio ambiente. Cabe observar, incidentalmente, que si bien en el oficio del INE a Cytrar del 13 de noviembre de 1998 se hace referencia a la presunta violación por Cytrar del condicionante específico 1.12 de la Autorización, según el cual es causa justificada para su « cancelación » (no su *no renovación*) « ...la presentación de quejas hacia la empresa en forma reiterativa y justificada o la ocurrencia de eventos debido a fallas en la operación del confinamiento controlado que pongan en peligro la salud humana... » (sin abundar al respecto ni mencionar explícitamente a aquéllas o éstos), tal condicionante no fué invocado entre los fundamentos de la Resolución. De tales incongruencias sólo puede concluirse el carácter contradictorio y la falta de transparencia de las actitudes del INE ante Cytrar, y la ausencia de signos claros provenientes del INE que permitiesen a Cytrar ajustarse a una conducta que impidiese la no renovación de la Autorización, o por lo menos garantizase su continuación por el período necesario para alcanzar la reubicación de su operación en sitio distinto al Confinamiento.

163. Si la posición del INE era que la reubicación debía cumplirse en un plazo determinado – que, como ya se ha dicho, según las autoridades mexicanas debería estimarse en un mínimo de doce meses²⁰³ - vencido el cual la Autorización no habría de renovarse, era dable esperar que ello habría de ser comunicado a Cytrar o acordado con ésta. Ciertamente, llama la atención que el INE no haya exteriorizado de manera inequívoca y con nitidez los términos, plazos y condiciones en los que estimaba que la reubicación debía efectuarse, como en realidad lo reclamaban las mismas autoridades del Ayuntamiento de Hermosillo un día antes de la expiración de la Autorización²⁰⁴, aún cuando Cytrar y Tecmed ya habían aceptado reubicar la operación de Cytrar en cualquier sitio seleccionado para ello por las autoridades mexicanas, y pese a la nota de Tecmed al INE del 17 de noviembre de 1998, donde claramente se requiere la concertación con el INE y el gobierno federal, estatal y municipal de México de un programa de reubicación concreto y específico²⁰⁵. En todo caso, hay también incongruencia manifiesta entre, de un lado, la ausencia de tales precisiones y de una intimación concreta a que Cytrar se atuviese a ellas o se aviniese a acordarlas, y del otro, la utilización de la no renovación de la Autorización como factor de presión para compeler a Cytrar a reubicarse, como ha sido atestiguado por la Directora General de Materiales, Residuos y Actividades Riesgosas del INE autora de la Resolución:

²⁰³ Comunicación del Presidente del Ayuntamiento de Hermosillo, documento D113.

²⁰⁴ Comunicación al Presidente del INE del Presidente del Ayuntamiento de Hermosillo del 18 de noviembre de 1998, en la que éste último reclama que « Se realice un convenio de reubicación del confinamiento entre la Federación, el Estado, el Municipio y la empresa. Un convenio detallado, firmado, legal y programado con fechas irreversibles ». Documento D157.

²⁰⁵ Documento A91.

....para ellos [las autoridades locales] estaba en la mente de que, si yo seguía renovándoles, eso iba [sic] a alargar....Mientras la empresa tuviera la posibilidad de seguir recibiendo residuos, no iba a comprometerse a fondo a hacer los estudios para la reubicación del sitio en otro lugar...²⁰⁶

Esta afirmación trasunta la duplicidad de objetivos perseguidos por el INE con la Resolución. Por un lado, merced a ella se deniega la renovación de la Autorización a Cytrar, sin compensación por la pérdida del valor económico y comercial de la inversión realizada; pero, por el otro, tal denegación se presenta como un medio de presión sobre Cytrar para inducir a asumir una operación similar en otro sitio, con las erogaciones económicas y riesgos propios – a cargo y costa de Cytrar - de esa nueva operación, esencialmente porque de esa forma el INE estima superar dificultades socio-políticas directamente relacionadas con la ubicación del Confinamiento. Bajo tales circunstancias, ese tipo de presión evoca formas de coerción que podrían considerarse irreconciliables con el trato justo y equitativo a ser deparado bajo el artículo 4(1) del Acuerdo y improbables bajo el derecho internacional²⁰⁷.

164. Si la posición del INE en cambio era – como realmente se ha revelado que fué – que la clausura del Confinamiento debería producirse inevitablemente, con o sin reubicación, también debería el INE haber claramente exteriorizado esa posición. Cualquiera sea la hipótesis contemplada, el factor decisivo – por el cual Cytrar no era responsable - era la ubicación del Confinamiento en el predio de Las Víboras en relación con el egido urbano de Hermosillo, a la vez incompatible con la normativa mexicana y fuente de oposición social y perturbación política, pero no reñida – como las propias autoridades mexicanas confirmaron a Cytrar – con la legitimidad de la operación del Confinamiento bajo el derecho mexicano. Si la consecuencia obligada de esa situación, soberanamente evaluada por las autoridades mexicanas, era la no renovación de la Autorización y la clausura del sitio, tal determinación, desde la perspectiva del Acuerdo, debió haber sido acompañada, como ya se ha decidido, del pago de la indemnización correspondiente. La falta de transparencia de la conducta e intenciones del INE a lo largo de los acontecimientos que condujeron de manera inmediata a la Resolución, la que tampoco refleja cabalmente las razones profundas que condujeron a la no renovación de la Autorización, en realidad encubre la consecuencia final y real de tal conducta y Resolución, que no es otra que la clausura definitiva de la operación del Confinamiento de Las Víboras sin indemnización, y sin haber importado para ello que Cytrar accediese o no, a pesar de las expectativas creadas, a la posibilidad de neutralizar o mitigar el impacto económico negativo de dicha clausura mediante la continuación de su actividad económica y comercial en un sitio distinto. Dentro del contexto general de las circunstancias arriba apuntadas, el carácter ambiguo del accionar del INE se vió acentuado al recurrir éste a la no renovación de la Autorización para superar vicisitudes no relacionadas con la salvaguardia de la salud pública y del medio ambiente, cuando es en relación con la protección de estas últimas donde, a la luz de la prueba producida, la función preventiva del INE se manifestaría de manera más nítida y predecible. Preguntada acerca de los factores o

²⁰⁶ Audiencia del 20-24 de mayo de 2002; transcripción del día 21 de mayo de 2002, pág. 72.

²⁰⁷ D.F.Vagts, Coercion and Foreign Investment Rearrangements, 72 The American Journal of International Law , págs. 17 y sig., esp. pág. 28 (1978) : « ...the threat of cancellation of the right to do business might well be considered coercion. ».

pautas que debía tener en cuenta el INE para decidir o no acerca de la renovación o no de autorizaciones como la Autorización, la testigo Dra. Cristina Cortina Navas declaró :

Las disposiciones tienen dos tipos de carácter: evaluar el desempeño ambiental y evaluar la gestión de las empresas. Por eso, usted distinguirá entre las condicionantes que se le establecieron, aquellas que justamente permitían evaluar lo uno y otras que permitían evaluar lo otro. Entonces, en cuanto a la gestión, había toda una serie de instrumentos, de reportes, informes, registros, cuestiones que la empresa tenía que llevar a cabo. En cuanto al desempeño, eran cuestiones que permitían garantizar que no hubiera problemas de fugas, derrames o accidentes en el manejo de residuos peligrosos, incluso en su transporte, almacenamiento y demás. Cualquiera de esas cuestiones era susceptible de verificación y, de hecho, por eso, antes de emitir una resolución, tratábamos de allegarnos todos los elementos para poder emitir juicio sobre si habían cumplido las unas y las otras²⁰⁸.

En realidad, en el presente caso la no renovación de la Autorización fué utilizada para cerrar definitivamente un sitio cuya operación había devenido incómoda por razones políticas originadas en la existencia de formas de oposición social, independientemente de quien lo operase, o de que fuese o no correctamente operado.

165. El Tribunal Arbitral considera que las características de la conducta del INE en relación con Cytrar descritas más arriba, que perjudicó seriamente la capacidad de Cytrar para conocer con claridad las circunstancias reales de las cuales dependía el mantenimiento o vigencia de la Autorización, sin la cual no podía operar el Confinamiento, no constituye un acto sin precedentes. La actuación del INE directamente vinculada con la no renovación de la Autorización se ubica dentro del marco más amplio de la conducta general observada por el INE respecto de Cytrar, Tecmed y, en definitiva, la inversión de la Demandante.

166. El Tribunal Arbitral encuentra que la conducta del INE analizada en los párrafos 153-164 precedentes, en razón de las insuficiencias detalladas en dichos párrafos, conmueve el sentido de lo que sería considerado como justo y equitativo o conforme a derecho por un observador razonable e imparcial, y constituye, en sí y por sí, violación del artículo 4(1) del Acuerdo. El Tribunal Arbitral también encuentra que dicha conducta se identifica, en cuanto a sus consecuencias dañosas, con las de la Resolución; y que recién al producirse ésta la Demandante pudo percibir acabadamente la violación del Acuerdo operada por tal conducta y de los daños consiguientes derivados de ella. En consecuencia, los reclamos de la Demandante relativos a dicha conducta satisfacen las condiciones de admisibilidad contempladas en el Título II(4) y (5) del Apéndice del Acuerdo.

167. No obstante ello, el Tribunal Arbitral considera igualmente apropiado situar esta conducta dentro del contexto de la conducta anterior del INE, atento a las profusas argumentaciones y prueba de las Partes relativas a dicha conducta anterior, y al hecho innegable que la relación jurídica entre el INE y Cytrar o Tecmed relativa al Confinamiento es una misma y sola, desde las tramitaciones iniciales relativas a la autorización para operarlo, hasta la Resolución – causante inmediata de los daños sufridos por la Demandante - que le pone fin; y que a todo lo largo de una relación de esa naturaleza, de duración necesariamente prolongada, es esperable, también desde la perspectiva de la Demandante, que la actuación estatal estará libre de ambigüedades susceptibles de perjudicar la evaluación anticipada por el inversor extranjero de su

²⁰⁸ *Ibidem*, págs. 68-68vta.

verdadera situación jurídica o la que afecta su inversión, y de como ajustar su accionar concordantemente.

168. Como resultado de la subasta de los bienes del Confinamiento, Tecmed y las autoridades del Ayuntamiento de Hermosillo solicitan del INE el « cambio de razón social » o propugnan la facilitación de dicho cambio, que conforme a la práctica administrativa observada hasta ese momento, por lo menos en relación con el Confinamiento, importaba el reemplazo de un titular por otro en las autorizaciones existentes necesarias para la operación del Confinamiento en el sitio de Las Víboras. No hay constancias de que el INE haya reaccionado ante esas comunicaciones indicando que, en realidad, lo que correspondía era solicitar una nueva autorización, que podía diferir de la ya existente, en vez de requerir, simplemente, el cambio del titular anterior por uno nuevo; y no se ha aportado prueba convincente en apoyo de los dichos de la Demandada de que, desde un principio, funcionarios del INE indicaron a Cytrar que ésta debía obtener una nueva « licencia de operación », por ejemplo porque, según alega la Demandada, la naturaleza de la operación a ser emprendida por Cytrar, y la concordante ampliación de la capacidad instalada de confinamiento, así lo requerirían²⁰⁹. Entre otras, en la nota del 5 de junio de 1996 dirigida por Tecmed al INE, acompañando el denominado « Formato MRP », que contiene información que el INE debía evaluar en relación con quién hubiese de hacerse cargo de una operación de confinamiento de residuos peligrosos, Tecmed específicamente solicita del INE « ...el cambio de nombre de la autorización otorgada por el INE a la nueva sociedad constituida para tal efecto, CYTRAR S.A. de C.V. ». Como Anexo « A » a esa presentación y Formato, se listan la Licencia de Establecimiento concedida el 7 de diciembre de 1988 y la autorización para operar el Confinamiento Controlado ya existente del 4 de mayo de 1994, conjuntamente con su ampliación del 25 de agosto de 1994²¹⁰.

169. No había, pues, margen de equivocación posible relativo a lo solicitado por Tecmed y Cytrar con el apoyo del Ayuntamiento de Hermosillo, en relación con las licencias o autorizaciones existentes merced a las cuales había operado y seguía operando el Confinamiento. No hay constancias, ante solicitudes tan claras, de que el INE haya advertido a Cytrar que tales solicitudes sólo podían ser interpretadas como peticiones para la inscripción en un registro del INE reservado a entidades que calificarían para la operación de CIMARIS, o Centros de Manejo Integral de Residuos Industriales, al que se refirió el testigo Jorge Sánchez Gómez, entonces Titular de la Dirección General de Materiales, Residuos y Actividades Riesgosas del INE²¹¹, o constancias acerca de la existencia de prácticas, resoluciones o reglamentaciones administrativas o disposiciones legales que permitiesen arribar a tal única y exclusiva conclusión. Con fecha 24 de septiembre de 1996, el INE envía a Cytrar un oficio suscrito por Jorge Sánchez Gómez, por el cual se informa a Cytrar que « En atención a la solicitud de cambio de razón social de la empresa Promotora e Inmobiliaria del Municipio de Hermosillo, OPD al de Cytrar S.A. de C.V. », y atento a que según « ...las recomendaciones del Area Jurídica... » del INE, Cytrar

²⁰⁹ Memorial de contestación, no. 127, págs.34-35.

²¹⁰ Documento D46.

²¹¹ Audiencia del 20-24 de mayo de 2002 ; transcripción correspondiente al día 23 de mayo de 2002, pág. 57.

había cumplido « ...con la documentación requerida por esta Dirección General, así como con los requerimientos legales que a criterio de dicha Unidad son indispensables *para la realización de dicho trámite*²¹², con lo cual Cytrar « ... a todos los efectos legales y administrativos a que haya lugar... » había quedado « debidamente registrada en esta Dirección General a mi cargo »²¹³. No es de sorprender que ante esta comunicación, Cytrar haya interpretado que el INE había operado el cambio de titularidad de las autorizaciones para operar el Confinamiento conforme a lo peticionado por Cytrar, Tecmed y el Ayuntamiento de Hermosillo.

170. Tampoco puede ser motivo de sorpresa la de Cytrar cuando, tiempo después, período durante el cual Cytrar operó el Confinamiento bajo la autorización existente del 4 de mayo de 1994 en calidad de nuevo titular de ésta en virtud del oficio del INE del 24 de septiembre de 1996, como de buena fé estaba en derecho a considerarse Cytrar a raíz de dicho oficio, el INE le exige su devolución para reemplazarlo por otro, de la misma fecha, y de texto casi idéntico, pero que constaba de un anexo donde se le otorgaba a Cytrar una autorización para operar el Confinamiento de Las Víboras fechada el 11 de noviembre de 1996²¹⁴. Dicha autorización, además de extinguir la anterior del 4 de mayo de 1994, cuya transferencia a su nombre había solicitado Cytrar, difería en aspectos importantes de ésta última. La diferencia más notable entre una y otra, cuya verdadera trascendencia y peso sólo serían plenamente apreciables al no renovarse la Autorización en noviembre de 1998, era que la autorización de mayo de 1994 era de duración ilimitada y la de noviembre de 1996 tenía una duración de un año prorrogable. Como lo destaca el testigo Jorge Sánchez Gómez, el otorgamiento de autorizaciones anuales tenía como finalidad facilitar la acción del INE para poner fin a la continuación de las operaciones de empresas que, a juicio del INE, no ajustaban su actuación al régimen que les era aplicable, mediante, según fuere el caso, la denegación de la prórroga o la no renovación de tales autorizaciones al cabo de cada período anual. Ello dispensaba – según señala este testigo – de pasar por el trámite, aparentemente más engorroso y de éxito dudoso, de obtener la revocación de la autorización por la PROFEPA, que requería la tramitación de un expediente con la oportunidad de que la parte objeto de sanciones posibles pudiera presentar sus argumentaciones y descargos:

....existe aparentemente la alternativa de la ejecución por parte de la entidad que le tocaba aplicar la ley, en este caso la PROFEPA. Sin embargo, era muy difícil retirar la autorización a una empresa si no había elementos que permitieran verificar con claridad que [no] estaba cumpliendo. El poder retirar autorizaciones es un trámite muy complicado.....²¹⁵

Para acentuar los poderes discrecionales del INE relativos a la continuación de la operación del Confinamiento por Cytrar, y en concordancia con la política del INE de facilitar la posibilidad de ponerle fin sin pasar por el procedimiento de retirar la autorización para dicha operación, al

²¹² El énfasis es del Tribunal Arbitral.

²¹³ Documento A42.

²¹⁴ Documentos A43 y A44.

²¹⁵ Audiencia del 20-24 de mayo de 2002; declaración de Jorge Sánchez Gómez, transcripción del día 23 de mayo de 2002, pág.53 vta.

otorgarse la Autorización – el 19 de noviembre de 1997 - se estableció que ésta, en vez de ser « prorrogable » (como se consignaba en la autorización anterior), estaba sujeta a « renovación » a solicitud del interesado; es decir, que exigía la obtención por éste de una nueva autorización al cabo de cada período de un año, en lugar, simplemente, de ver extendida su vigencia al término de su período anual. En las palabras del testigo Jorge Sánchez Gómez :

...la renovación es un concepto mucho más fácil de manejar para poder no dar una autorización si es que la empresa no está cumpliendo²¹⁶.

171. En caso de habersele transferido a Cytrar la titularidad de la autorización de duración ilimitada del 4 de mayo de 1994, como lo habían solicitado del INE Cytrar, Tecmed y el Ayuntamiento de Hermosillo, el INE no hubiera podido poner fin a la operación del Confinamiento por Cytrar mediante la Resolución, y la única vía que hubiera quedado expedita para ello en ese caso, hubiera sido la revocación de la Autorización por la PROFEPA, que posiblemente hubiera fracasado sobre la base de las infracciones de la Autorización en las que se basó la Resolución, que no fueron consideradas por la PROFEPA como merecedoras de sanción superior a la multa. En síntesis, el INE operó la transformación unilateral de un acto administrativo anterior, que como tal goza de presunción de legitimidad, surte efectos inmediatos, y que sólo podía ser interpretado de buena fé como que había hecho lugar a la petición de Cytrar de que se le transmitiesen las autorizaciones existentes para la operación del Confinamiento. La consecuencia objetiva de tal transformación fué otorgar a Cytrar una autorización para operar el Confinamiento que disminuía su aptitud para cuestionar acciones tendientes a privarla de la Autorización o que tuviesen ese efecto. Ulteriormente, el INE atribuyó a dicha petición – también de forma unilateral– el carácter de solicitud para lograr la inscripción de Cytrar en un registro que Cytrar desconocía y, en todo caso, en relación con la cual ésta no había denotado interés. La misma consecuencia objetiva cabe atribuir a la transformación, a partir del 19 de noviembre de 1997, de la autorización de Cytrar para operar el Confinamiento de prorrogable en renovable.

172. El carácter contradictorio e incierto de la actuación del INE respecto de Cytrar y Tecmed se manifiesta, pues, tanto en la etapa inicial relativa a la tramitación de las autorizaciones necesarias para la operación del Confinamiento, como al momento de poner el INE punto final a dicha operación mediante la Resolución. Tal actuación se presenta, pues, como una sola y misma conducta, caracterizada por ser fuente de ambigüedades e incertidumbres, en sí perjudiciales para el inversor en cuanto a la evaluación anticipada de la situación jurídica de su inversión y de las formas de ajustar su actividad tanto para planificarla de antemano como para preservar sus derechos; y que en su tramo final, considerado en los párrafos 153-164 anteriores, presidió el proceso que culminó en la Resolución y adicionó sus efectos perjudiciales a los daños derivados de la denegación de la Autorización. Aunque la conducta del INE en su tramo inicial se cumplió antes de la entrada en vigor del Acuerdo, y el Tribunal Arbitral no juzgará si, en esa etapa, tal conducta, aisladamente considerada, constituye o no violación de sus disposiciones con anterioridad a su entrada en vigor, no es posible dejar de advertir, a la luz del principio de la buena fé (artículos 18 y 26 de la Convención de Viena), que dicha conducta, atribuible a la Demandada, en su tramo comprendido entre las fechas de suscripción del Acuerdo – en miras y

²¹⁶ Transcripción del día 23 de mayo de 2002, pág. 59 vta.

con la determinación de ratificarlo ulteriormente - y de su entrada en vigor, es difícilmente conciliable con los imperativos que se derivan del artículo 4(1) del Acuerdo en materia de trato justo y equitativo, máxime cuando, según su artículo 2(2), sus disposiciones también se extienden a inversiones realizadas antes de su entrada en vigencia, factor que ciertamente debe pesar al considerar conducta atribuible a la Demandada anterior a ese momento, pero posterior a la suscripción del Acuerdo por ésta. El carácter contradictorio y ambiguo de la conducta del INE en su tramo inicial concerniente a la relación entre el INE, Cytrar y Tecmed, anterior a la entrada en vigencia del Acuerdo, se articula con similares deficiencias de las que también adolece dicha conducta en su tramo ulterior, que constituye antecedente inmediato de la Resolución, y se suma a los efectos dañosos de éste último tramo, de por sí violatorio del artículo 4(1) del Acuerdo.

173. En suma, la conducta del INE reseñada frustró justas expectativas de Cytrar sobre la base de las cuales Cytrar cifró su actuación y la Demandante su inversión, o afectó de manera negativa la generación de pautas claras que le permitieran a la Demandante o a Cytrar orientar su accionar o su conducta para evitar la no renovación de la Autorización, o debilitó su posición para hacer valer derechos o explorar vías que les permitieran mantenerla. En el período que de forma más inmediata precedió a la Resolución, el INE no estableció ni se prestó a formas de diálogo que permitiesen transparentar sus posturas a Cytrar o Tecmed relativas a la posible no renovación de la Autorización y de las deficiencias imputadas a la actuación de Cytrar – incluidas las que le fuesen atribuidas en el proceso de reubicación de sus operaciones – a las que obedecería medida tan drástica y, por ese motivo, aquéllas quedaron privadas, con antelación a la Resolución, de la posibilidad de hacer conocer, a su vez, su posición o descargos respecto de tales deficiencias, o de las formas de superarlas para evitar la no renovación y, en definitiva, que la Demandante resultase privada de su inversión. Pese a la expectativa de buena fé de Cytrar de que la renovación total o parcial de la Autorización se haría para mantener vigente la operación de Cytrar en el Confinamiento hasta que su reubicación en un nuevo sitio fuese concretada, el INE no atendió a las proposiciones de Cytrar a ese efecto, y no sólo no renovó la Autorización aunque la reubicación no se había concretado aún, sino que lo hizo entendiendo que con ello induciría a Cytrar a reubicarse.

174. Dicha conducta del INE, a la par de atribuible a la Demandada, reúne el requisito de ser fuente de pérdidas y daños²¹⁷ para el inversor y la inversión conforme al Título II.(4) del Apéndice del Acuerdo en coincidencia material y temporal con los derivados de la Resolución, tanto si tal conducta se la considera genéricamente, o sólo en sus tramos consignados y apreciados por el Tribunal Arbitral en los párrafos 153-164 anteriores. La conducta atribuible a la Demandada comprendida en tales tramos constituye por sí sola violación de la obligación de brindar trato justo y equitativo a la inversión de la Demandante prevista en el artículo 4(1) del Acuerdo y es base suficiente para que las reclamaciones de la Demandante que encuentran apoyo

²¹⁷ La noción de daño no se limita a la pérdida o perjuicio económico y debe ser interpretada en sentido amplio (J.Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, 29-31 (Cambridge University Press, 2002)).

en tal violación sean admisibles, atento al momento de consumación del daño, y en el que éste y la violación del Acuerdo fueron necesariamente percibidos por la Demandante (el día de la Resolución), de conformidad con el Título II(4) y (5) del Apéndice del Acuerdo.

III. Plena Protección y Seguridad y otras Garantías bajo el Acuerdo

175. La Demandante alega que las autoridades mexicanas municipales y estatales alentaron los movimientos sociales adversos al Confinamiento y su operación por Tecmed o Cytrar, así como al transporte por Cytrar de los residuos de Alco Pacífico. También, que las autoridades mexicanas, incluídas las policiales y judiciales, no actuaron con suficiente celeridad, eficiencia y celo para evitar, prevenir o poner fin a las expresiones sociales adversas que se manifestaron en perturbaciones en la operación del Confinamiento o su acceso, o en la seguridad personal o libertad de movimientos de los integrantes de la dotación de Cytrar afectado al mismo. En opinión de la Demandante, esa conducta de las autoridades mexicanas, atribuible a la Demandada, constituye una violación del artículo 3(1) del Acuerdo, que establece que :

Cada Parte Contratante otorgará plena protección y seguridad a las inversiones efectuadas por inversores de la otra Parte Contratante, conforme al Derecho Internacional, y no obstaculizará, mediante medidas carentes de fundamento legal o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el desarrollo, la utilización, el disfrute, la extensión, la venta, ni, en su caso, la liquidación de tales inversiones.

176. El Tribunal Arbitral estima que la Demandante no ha probado que las autoridades mexicanas, cualesquiera sea su nivel, hayan alentado, incitado, participado o contribuído con su apoyo a las personas o agrupaciones que protagonizaron el movimiento social y político adverso al Confinamiento. Tampoco existen elementos de juicio que permitan atribuir la actividad o conducta de tales personas o agrupaciones a la Demandada conforme al derecho internacional.

177. El Tribunal Arbitral concuerda con la Demandada y con los precedentes que ésta cita, que la garantía de protección y seguridad no es absoluta ni impone al Estado que la emite responsabilidad objetiva. De todas formas, tampoco observa el Tribunal Arbitral que se haya aportado prueba convincente en apoyo del argumento que las autoridades mexicanas, ya sea municipales, estatales o federales, no habrían reaccionado razonablemente, conforme a los parámetros propios de un estado democrático, a los movimientos de acción directa protagonizados por los adversarios al Confinamiento. Esta conclusión se extiende al sistema judicial, tanto cuando se trató de adoptar medidas en relación con las manifestaciones de oposición social, o de disponer la cesación de medidas administrativas juzgadas incompatibles con el régimen legal aplicable al Confinamiento, tales como el retiro por las autoridades municipales de Hermosillo del permiso de uso del suelo del Confinamiento.

178. La conducta de Promotora, o del INE atribuible a la Demandada, relativa a la venta de los bienes relativos al Confinamiento, a los compromisos asumidos en relación con dicha venta o al otorgamiento de la autorización para funcionar del 11 de noviembre de 1996 y sus antecedentes, transcurrió íntegramente antes de la entrada en vigencia del Acuerdo. En lo que a Promotora se refiere, tal conducta ha sido excluída de la consideración del Tribunal Arbitral por las razones

vertidas en el párrafo 92 del presente laudo, y no será examinada, aún si fuese hipotéticamente atribuible a la Demandada, para determinar si es o no violatoria del artículo 3(1) del Acuerdo.

179. En cuanto a la conducta del INE durante la etapa anterior a la entrada en vigor del Acuerdo, arriba reseñada, y sus tramos ulteriores luego de ese momento, el Tribunal Arbitral no entiende, aún en su punto de consumación y de máxima inflexión– la denegación de la renovación de la Autorización – que se encuentre totalmente desprovista de fundamento legal bajo el derecho mexicano o que sea discriminatoria, como lo requiere el artículo 3(1) del Acuerdo, para que quede configurada su violación. El Tribunal Arbitral no ha comprobado, pues, que la actuación del INE al no renovar la Autorización haya sido cumplida en violación o fuera del marco permitido por el derecho mexicano. Como se establece a continuación, el Tribunal Arbitral tampoco ha comprobado la existencia de trato discriminatorio en perjuicio de la Demandante en violación de las garantías de trato nacional y extranjero, también previstas en el Acuerdo. Por tales razones, tampoco encuentra el Tribunal Arbitral que la Resolución, o conducta atribuible a la Demandada que condujo inmediatamente a ésta, importe violación del artículo 3(1) del Acuerdo.

180. Bajo el artículo 4(2) del Acuerdo, cada Parte Contratante garantiza al inversor extranjero un tratamiento no menos favorable « ...que el otorgado en circunstancias similares[...] a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer Estado». Según el artículo 4(5) del Acuerdo, cada Parte Contratante, « Con arreglo a los límites, y modalidades de su legislación nacional[...] aplicará a las inversiones de los inversores de la otra Parte Contratante un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus propios inversores». El Tribunal Arbitral no puede menos que observar que en su alegato de cierre, al referirse a las violaciones del Acuerdo por ella impetradas, la Demandante no invoca más violación alguna de las garantías de trato no discriminatorio (nacional o de inversores de un tercer Estado) contempladas en los artículos 4(2) y (5) del Acuerdo, las que ni siquiera menciona, aunque sí mantiene sus alegaciones relativas a violaciones atribuibles a la Demandada de los artículos 3 y 5 del Acuerdo planteadas por la Demandante en su demanda arbitral²¹⁸.

181. En todo caso, el Tribunal Arbitral no considera que la conducta atribuible a la Demandada, en la medida en que se haya iniciado antes de la entrada en vigor del Acuerdo y consumada luego de ese momento, o ocurrida luego de dicha entrada en vigor, como, por ejemplo en éste último caso, el dictado de la Resolución, constituyan violaciones a la garantía de trato nacional o extranjero previstas en las disposiciones arriba citadas del Acuerdo. La Demandante no ha aportado prueba convincente o suficiente para establecer, cuanto más no sea *prima facie*, que la inversión de la Demandante haya recibido, en situaciones similares, peor trato del brindado a nacionales del Estado receptor de la inversión o de un tercer Estado, o que haya sido objeto de trato discriminatorio sobre la base de consideraciones relativas a la nacionalidad u origen de la inversión o de su titular. El Tribunal Arbitral destaca, además, que el presunto trato discriminatorio atribuido por la Demandante a la Demandada a raíz de la extensión temporal ilimitada de las autorizaciones o licencias para operar otorgadas a Residuos Industriales Multiquim S.A. de C.V.(RIMSA), que estaría controlada por un inversor extranjero²¹⁹, o a

²¹⁸ Alegato de cierre de la Demandante, págs. 104-126.

²¹⁹ Memorial de demanda, pág. 124.

previos operadores o titulares del Confinamiento – todos ellos entes públicos del Estado de Sonora²²⁰ -, se consumó y agotó íntegramente, como episodio aislado, antes de la entrada en vigencia del Acuerdo, y no ha de ser considerado por este Tribunal Arbitral según lo decidido en el párrafo 67 del presente laudo.

182. En lo que se refiere a otras formas de discriminación que se habrían originado en el presuntamente disímil tratamiento por el INE de las inversiones de RIMSA y de la Demandante, el Tribunal Arbitral juzga que la Demandada ha demostrado de manera persuasiva – sin que haya sido rebatida por la Demandante en este punto - que la situación de la inversión de RIMSA y las circunstancias respectivas diferían sustancialmente de la inversión en el Confinamiento, lo que impide trazar parámetros que permitan comparar el trato brindado a la inversión en el confinamiento de RIMSA y a la inversión en el Confinamiento. Tampoco estima el Tribunal Arbitral que la Demandada haya incurrido en violación del artículo 2(1) del Acuerdo sobre promoción y admisión de inversiones extranjeras, o que se haya aportado prueba acerca de la existencia de tal violación, sin perjuicio de destacar que la Demandante misma ha indicado que, si tal violación existiese, debiera ser más bien materia de reclamación directa entre las Partes Contratantes del Acuerdo²²¹. El Tribunal Arbitral igualmente entiende que la denegación de la Autorización no importa violación del artículo 3(2) del Acuerdo, según el cual cada Parte Contratante « en el marco de su legislación », deberá conceder las autorizaciones necesarias en relación con las inversiones provenientes de la otra, puesto que el Tribunal Arbitral no considera demostrado que al denegar la Autorización el INE dejó de actuar lícitamente según el derecho mexicano.

F. Indemnización. Restitución en Especie.

183. La Demandante plantea sus reclamos indemnizatorios o de restitución en especie sobre la base del Título VII(1) del Apéndice del Acuerdo, que contempla ambas posibilidades. La Demandante solicita la restitución en especie – a la que además considera como « absolutamente imposible »- sólo de manera subsidiaria, anteponiendo a ella su pretensión resarcitoria²²². El Tribunal Arbitral estima que resarcir económicamente a la Demandante por la pérdida de la inversión constituye una forma apropiada de atender a sus reclamaciones bajo el Acuerdo. Por ese motivo, teniendo en cuenta, además, que la Demandante ha introducido su reclamo resarcitorio como pretensión principal, el Tribunal Arbitral no se detendrá a considerar la procedencia o no de la restitución en especie en el presente caso.

184. La Demandante cuantifica su reclamación indemnizatoria mediante la aplicación de un cálculo de flujo de efectivo descontado (*discounted cash flow*), mediante el cual intenta

²²⁰ Memorial de demanda, pág. 26.

²²¹ Memorial de demanda, pág. 93.

²²² Memorial de demanda, págs. 142-144.

establecer el valor de mercado del Confinamiento. Sobre la base del informe del perito designado por la Demandante, el importe del resarcimiento establecido a la fecha de la expropiación - el 25 de noviembre de 1998 - en función de dicho cálculo, asciende a US\$ 52.000.000, más sus intereses. La Demandante también solicita resarcimiento por el daño moral presuntamente sufrido, y la imposición de costas a la Demandada.

185. La Demandada rechaza la aplicación de un análisis del flujo efectivo de caja descontado, estimándolo altamente especulativo atento al escaso tiempo de funcionamiento como negocio en marcha del Confinamiento (cerca de dos años y medio), lo que impediría contar con datos históricos suficientes para efectuar de manera confiable las proyecciones que esta metodología requiere. La Demandada se inclina por una pauta indemnizatoria sustentada en la inversión realizada, sobre la base de la cual habría de establecerse el valor de mercado de la inversión. En todo caso, el perito de la Demandada cuestiona la metodología de cálculo del flujo efectivo de caja descontado - tal como es aplicada por el perito de la Demandante - en varios de sus aspectos, incluidos las proyecciones de precios, costos y condiciones de mercado, la no computación de ciertos costos, tales como los de remediación y mantenimiento de celdas cerradas, y la tasa de descuento utilizada por el perito designado por la Demandante. También, el perito de la Demandada adelanta su propio análisis conforme a la metodología del flujo de caja descontado, que en su vertiente calificada por dicho perito como « optimista », arrojaría un valor para la inversión de US\$ 2.100.000, y en su vertiente « conservadora », dicho valor ascendería a US\$ 1.800.000.

186. El Tribunal Arbitral no puede menos que observar tanto la notoria disparidad entre las estimaciones de ambos peritos, mantenidas a lo largo del interrogatorio al que fueron sujetos por las Partes y el Tribunal Arbitral durante la Audiencia del 20-24 de mayo de 2002, como la diferencia considerable entre el importe pagado a raíz de la subasta por los bienes relativos al Confinamiento – el equivalente a US\$ 4.028.788²²³ -, y el resarcimiento perseguido por la Demandante de US\$ 52.000.000, difícilmente conciliable con las expectativas legítimas y genuinas de retorno de la Demandante al realizar su inversión. La escasa relevancia histórica de la breve operación del Confinamiento por Cytrar – poco más de dos años – y la dificultad para ubicar datos objetivos que permitan efectuar un cálculo de flujo de efectivo descontado a partir de proyecciones que se extienden a lo largo de un futuro prolongado, de no menos de 15 años, unida a la circunstancia que ese flujo futuro también depende de inversiones por realizarse – la construcción de siete celdas adicionales – durante un largo período de tiempo, inducen al Tribunal Arbitral a apartarse de esa metodología para establecer el resarcimiento debido a la Demandante²²⁴.

²²³ Informe de Fausto García y Asociados, pág. 22.

²²⁴ Laudo caso CIADI No.ARB(AF)/97/1 Metalclad Corporation v. United Mexican States, 16 Mealey's International Arbitration Report, pág. A-1 y sigs. ; esp.págs. A-14/A-15, nos.119-122 (2000). Laudo en el caso Phelps Dodge Corp. And Overseas Private Investment Corp.v The Islamic Republic of Iran, 10 Iran-U.S. Claims Tribunal Reps., pág. 121 y sigs; esp. no. 30, págs. 132-133 (1986-1) ; laudo CIADI No. ARB/98/4, Wena Hotels v Arab Republic of Egypt, 41 I.L.M. 896 (2002), nos. 122-125, págs. 918-919, laudo del 8 de diciembre de 2000.

187. En su artículo 5.2, el Acuerdo establece que, en caso de expropiación, o cualquier otra medida de características o efectos similares:

La indemnización será equivalente al valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes del momento en que la expropiación se haya adoptado o haya sido anunciada o publicada (...) los criterios de valoración se determinarán conforme a la legislación vigente aplicable en el territorio de la Parte Contratante receptora de la inversión.

A su vez, el artículo 10 de la Ley Federal de Expropiación de México dispone que la indemnización correspondiente deberá compensar el valor comercial del bien expropiado, que en caso de bienes inmuebles, no podrá ser inferior a su valor fiscal. No se ha aportado prueba o argumentaciones relativas a la interpretación de ésta última norma a la luz del ordenamiento jurídico mexicano.

188. El Tribunal Arbitral considera que la indemnización que éste fijará conforme a dichos parámetros – es decir, el valor de mercado del Confinamiento - constituirá resarcimiento total por todas las violaciones del Acuerdo comprobadas en el presente laudo, que en relación con la Demandante confluyen en el mismo efecto dañoso de privarla de su inversión.

189. No se encuentra discutido que el conjunto de bienes que constituyen el Confinamiento pertenecen al « Grupo Tecmed », el cual, dentro del marco más amplio del grupo Actividades, Construcciones y Servicios, tiene como sociedad controlante a la Demandante, en cuya cabeza, conforme a la legislación española en materia de contabilidad societaria, se consolidan las cuentas contables de sus subsidiarias Tecmed y Cytrar²²⁵. De conformidad con el artículo 1(1)(b) y (2)(e) del Acuerdo, la Demandante – inversor extranjero – es titular de una inversión extranjera en México a través de empresas controladas por la Demandante. La Demandada ha reconocido que :

El Grupo TECMED, a través de la empresa mexicana TECMED, TECNICAS MEDIOAMBIENTALES DE MEXICO, S.A. de C.V. cuenta en la actualidad, con las siguientes instalaciones medioambientales en es país (aparte del confinamiento CYTRAR y de las oficinas administrativas).....²²⁶

También es hecho indiscutido que, al menos a partir de la obtención de la autorización para funcionar otorgada por el INE a Cytrar en relación con el confinamiento de Las Víboras, los activos respectivos, indirectamente en cabeza de la Demandante, constituyen un confinamiento de residuos peligrosos²²⁷, es decir, un todo integrado por bienes tangibles e intangibles, incluida la autorización y otros permisos o licencias para funcionar como confinamiento de residuos peligrosos, que debe ser valuado por este Tribunal Arbitral, al momento de laudar, como tal. Cabe concluir, pues, que la privación de utilidad económica y comercial a la operación del Confinamiento derivada de conducta atribuida a la Demandada y violatoria del Acuerdo, se traduce en daño para la Demandante y su inversión en el Confinamiento, por el que debe ser

²²⁵ « Informe Anual 2000 de Actividades de Construcción y Servicios », documento A7, Anexo 8.1 « Información Consolidada », págs. 131-132 ; 133.

²²⁶ Escrito de la Demandada « Aceptación o Negación de Hechos », pág. 4.

²²⁷ Escrito de la Demandada « Aceptación o Negación de Hechos », pág. 32.

indemnizada, según las disposiciones del Acuerdo, conforme al valor de mercado de los bienes de los que ha sido privado la Demandante.

190. El Tribunal Arbitral también estima que, sin perjuicio de tener en cuenta principios generales de equidad al fijar la compensación debida a la Demandante, sin asumir por ello el rol de amigable componedor²²⁸, la carga de probar el *quantum* del valor de mercado de la inversión alegado por la Demandante reposa sobre ésta; aunque es oportuno destacar que se traslada a la Demandada la carga de refutar tales alegaciones si la Demandante suministra prueba que las sustente *prima facie*, y que la dificultad en determinar dicho resarcimiento de manera cierta no es razón que obste fijarlo cuando existe la certeza de que se ha causado un daño²²⁹.

191. Las Partes no disputan que ese valor de mercado se define como el justo valor de la transacción entre un libre comprador y un libre vendedor, teniendo ambos conocimiento de las circunstancias pertinentes²³⁰. La Demandada reconoce que el precio obtenido en subasta pública «...son una manera eficiente de obtener el precio de mercado del bien subastado..»²³¹, lo cual no ha sido refutado por la Demandante. El Tribunal Arbitral encuentra que al venderse en 1996, el valor de mercado del Confinamiento era de US\$ 4.028.788, y tomará ese dato como punto de partida para su análisis ulterior. El Tribunal Arbitral comprueba igualmente, sobre la base de la evidencia producida, que no se ha acreditado la existencia de un mercado apoyado en un número suficiente de transacciones similares que pueda servir de guía para establecer el valor de mercado del Confinamiento al 25 de noviembre de 1998.

192. En la tarea de establecer dicho valor de mercado a dicha fecha – el momento en que tiene lugar el acto con efectos expropiatorios - el Tribunal Arbitral también tendrá en cuenta otros factores conforme a la práctica de tribunales arbitrales internacionales en circunstancias similares.

193. A tales efectos, y atento a lo dispuesto en el artículo 5(2) del Acuerdo, si bien el Tribunal Arbitral considerará la existencia de presiones sociales adversas a la ubicación del Confinamiento en su lugar actual, y que verosíblemente dichas presiones y tal ubicación

²²⁸ Laudo en el caso Kuwait and the American Independent Oil Company (Aminoil), 21 I.L.M., pág. 976 y sgs. (1982), nos. 77-78 pág.1016 ; esp. No.78 : « It is well known that any estimate in purely monetary terms of amounts intended to express the value of an asset, of an undertaking, of a contract, or of services rendered, must take equitable principles into account ». En el mismo sentido, laudo en el caso Himpurna California Energy Ltd. (Bermuda) v. PT (Persero) Perusahaan Listrik Negara (Indonesia), 14 Mealey's International Arbitration Report, A-1 y sig.no. 441, pág. 129 [A-44] (1999).

²²⁹ Caso CIADI ARB/84/3, Southern Pacific Porperties (Middle East) Limited v Arab Republic of Egypt, 8 ICSID Law Review-Foreign Investment Law Journal, pág. 389, no. 215 (1993).

²³⁰ Informe de American Appraisal, pág.2.

²³¹ Alegato de cierre de la Demandada, no.167, pág. 76. Testimonio del perito Christianson, audiencia del 20-24 de mayo de 2002 ; transcripción del día 22 de mayo, pág. 50. Informe pericial de Fausto García y Asociados, pág. 23.

hubieran comprometido la permanencia en el tiempo de la operación del Confinamiento, no por ello tendrá en cuenta la actuación o determinaciones de las autoridades mexicanas que, haciéndose eco de tales presiones, a su vez proyectaron su accionar sobre Cytrar para inducirla a reubicarse, o que forman parte de conducta atribuible a la Demandada considerada en el presente laudo como violatoria o coadyuvante a la violación del Acuerdo, o que contribuyó a los efectos dañosos de tales violaciones²³², y que puedan tener efecto negativo en la valuación de la indemnización. Al apreciar tales presiones sociales, el Tribunal Arbitral no puede tampoco dejar de poner en la balanza el compromiso de reubicación asumido por Cytrar, con el apoyo de Tecmed, cuya ejecución hubiera tenido como consecuencia objetiva el sortearlas o mitigarlas, y cuya no concreción no es imputable a ninguna de ellas; ni la responsabilidad del Ayuntamiento de Hermosillo y del INE, que, según sea el caso, se involucraron en la venta del sitio a Cytrar o la autorizaron a operarlo sobre la base de la legitimidad de la ubicación del Confinamiento, a pesar de no cumplir aquél con la normativa mexicana, legitimidad ésta que, en definitiva, cesó a raíz de la Resolución, la que en la práctica, importó desvirtuar tal legitimidad para atender a factores socio-políticos adversos a tal ubicación.

194. Igualmente, el Tribunal Arbitral habrá de tener en cuenta las inversiones adicionales realizadas luego de la adquisición del Confinamiento hasta la fecha de la Resolución y considerar, además, que a través de Cytrar se aportaron necesariamente elementos gerenciales y de captación de clientela, los que se tradujeron, entre otras cosas, en un incremento de un 39% en la operación de Confinamiento para 1997, excluida la actividad relativa a Alco Pacífico²³³, y en un beneficio o utilidad neta en su segundo año de operación, es decir, en una etapa de inserción y consolidación en los mercados al inicio de la actividad económica y comercial emprendida. No puede negarse que la inversión en el Confinamiento fué productiva, importó agregar valor a la operación anterior del Confinamiento, le agregó un valor llave o *goodwill*, que la Demandante, al resultar privada de la utilidad o beneficio económico de su inversión, sufrió la pérdida de dichos valores, y que sus perjuicios se extienden al lucro cesante. Como la Demandada misma reconoce, esa operación fué por largo tiempo prácticamente inexistente con anterioridad a su adquisición por Cytrar y, en sus cortos períodos de actividad, de reducida magnitud y alcances en materia económica y comercial²³⁴. Es lógico entender que al incrementarse la actividad debido a la gestión de Cytrar, tal incremento debió necesariamente requerir inversiones adicionales. Si bien al momento de evaluarse el valor de mercado del Confinamiento, dos de las nueve celdas del Confinamiento se encuentran agotadas, con lo cual la capacidad original de confinamiento para las 9 celdas, quedó reducida a 7, debe también tenerse en cuenta que se ha acreditado la mayor productividad del Confinamiento a partir de su operación por Cytrar, necesariamente basada también en su aporte gerencial, organizativo y de captación de clientela, hasta el punto que la Demandada está dispuesta a reconocer por lo menos utilidades netas por un año adicional de explotación, por un monto de hasta US\$ 314.545²³⁵. De todas estas consideraciones cabe

²³² Philips Petroleum Co. Iran v Iran, 21 Iran-U.S. Claims Tribunal Reports, pág. 79 y sigs., esp. no. 135, pág. 133 (1989-1).

²³³ Informe de Fausto García y Asociados, pág.26.

²³⁴ Escrito de la Demandada « Aceptación o Negación de Hechos », pág. 12.

²³⁵ Memorial de contestación, no. 598, pág. 171.

concluir que el valor de mercado del Confinamiento al 25 de noviembre de 1998 no podía ser inferior al precio de adquisición pagado por éste por Cytrar .

195. Sobre la base de su propia estimación, luego de tener en cuenta el valor de mercado del Confinamiento de US\$ 4.028.788 al momento de su adquisición, y de agregarle las inversiones adicionales realizadas después de ese momento en relación con el Confinamiento según los balances de Cytrar para los años 1996 a 1998; y de adicionar la utilidad por dos años de operación luego de la fecha de la Resolución, el Tribunal Arbitral concluye que dicho valor de mercado al 25 de noviembre de 1998 era igual a US\$ 5.553.017, 12²³⁶. Si bien el perito de la Demandante fijó el valor de dichas inversiones adicionales en US\$ 1.951.473²³⁷, no se conocen las constancias sobre las que basa esa cifra, ni las mismas han sido puestas de relieve por la Demandante en su alegato de cierre. La Demandada rechaza dicho importe en su alegato de cierre, y sobre la base de datos contables comparando los ejercicios de Cytrar mencionados más arriba, la calcula en US\$ 439.000²³⁸, importe éste último que ha sido retenido por el Tribunal Arbitral. En cuanto al importe de la utilidad por dos años más de operación, el Tribunal Arbitral la ha calculado en la suma de US\$ 1.085.229,12. A ese efecto, el Tribunal Arbitral ha tenido en cuenta que un comprador informado del Confinamiento habría dado por inevitable su reubicación en razón de los factores de oposición social, y que dicha reubicación bien podría demorar un plazo de dos años. Asimismo, en dicho cálculo, el Tribunal Arbitral ha tenido en cuenta que las proyecciones indicaban claramente que Cytrar estaba incrementando sus ventas, los valores integrantes del negocio en marcha relativos a la explotación del Confinamiento en concepto de clientela o valor llave y las restantes consideraciones hasta aquí vertidas en este Capítulo F, con énfasis particular en aquéllas expuestas en los párrafos 189-190 y 193-194, que el Tribunal Arbitral se entiende en el deber de no ignorar al momento de fijar la compensación económica debida a la Demandante por la pérdida del valor de mercado de su inversión. El Tribunal Arbitral no encuentra apropiado restar de esa cifra, que también refleja el principio que la compensación de dicha pérdida debe constituir reparación integral del daño causado, incluido el lucro cesante²³⁹, el costo del cierre del Confinamiento, fruto de una decisión atribuida a la Demandante que el Tribunal Arbitral ha encontrado violatoria del Acuerdo.

²³⁶ El Tribunal Arbitral observa que la Demandante ha planteado sus reclamaciones indemnizatorias en dólares de los Estados Unidos de América (Memorial de demanda, pág. 146), sin que ello haya sido mérito de objeción u oposición alguna por la Demandada, quién también utiliza dicha moneda en sus argumentaciones para expresar las cifras a las que recurre para rebatir tales reclamaciones. Los peritos de ambas partes también traducen en dicha moneda las cifras que utilizan en sus análisis periciales. El Tribunal Arbitral efectúa, pues, sus determinaciones en dólares de los Estados Unidos de América.

²³⁷ Audiencia del 20-24 de mayo de 2003, transcripción del día 23 de mayo; págs. 7vta./8.

²³⁸ Alegato de cierre de la Demandada, agregado por el perito Lars Christianson, tenido por el Tribunal Arbitral como parte de dicho alegato según decisión del Tribunal Arbitral del 12 de agosto de 2002, pág.8.

²³⁹ P.C.I.J, caso Chorzów Factory, (1938) P.C.I.J., Ser.A, no.17, p.29, 47.

196. La Demandante solicita que las sumas de cualquier resarcimiento que le sea otorgado devengue interés compuesto a una tasa del 6%²⁴⁰. El Tribunal Arbitral no advierte la existencia de argumentación concreta alguna de la Demandada sobre este punto. En todo caso, la procedencia del interés compuesto ha sido aceptada en numerosos laudos arbitrales, hasta afirmarse que :

...compound (as opposed to simple) interest is at present deemed appropriate as the standard of international law in [...] expropriation cases²⁴¹.

Particularmente en relación con el presente caso, en opinión del Tribunal Arbitral, dicho interés se encuentra justificado como parte integral de la compensación debida a la Demandante a raíz de la pérdida de su inversión.

197. Por tales motivos, el importe de US\$ 5.533.017,12 devengará interés compuesto, capitalizable anualmente, a partir del 25 de noviembre de 1998 hasta la fecha en que la Demandada haya efectuado íntegro pago a la Demandante de todos los importes pagaderos por la Demandada a la Demandante en cumplimiento del presente laudo, a una tasa del 6% anual²⁴².

198. El Tribunal Arbitral no encuentra sustento para la reclamación por daño moral introducida por la Demandante²⁴³, ante la ausencia de prueba demostrativa de conducta atribuible a la Demandada, considerada por el Tribunal Arbitral como violatoria del Acuerdo, que haya sido también fuente de descrédito para la Demandante y, por ello, de pérdida de oportunidades de negocio; ni que la cobertura por la prensa de los acontecimientos vinculados con el Confinamiento, adversa a Tecmed o Cytrar, haya sido instigada por la Demandada o sea el producto intencionado de un accionar que le sea atribuible.

199. Prontamente luego de efectuarse efectivo pago a la Demandante de todas las sumas pagaderas a ésta por la Demandada en razón del presente laudo, la Demandante realizará todo lo

²⁴⁰ Memorial de demanda, pág. 146.

²⁴¹ Laudo en el caso CIADI ARB/99/6 Middle East Cement Shipping and Handling Co.S.A v Arab Republic of Egypt, 12 de abril de 2002, nos. 174 , pág. 42, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>. Ver también: laudo del 8 de diciembre de 2000 en el caso CIADI ARB/98/4, Wena Hotels Ltd. v Arab Republic of Egypt, 41 I.L.M. 896 (2002), esp.nos. 128-129, pág. 919; laudo en el caso CIADI No. ARB/96/1 Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v Republic of Costa Rica, 15 ICSID Law Review-Foreign Investment Law Journal, pág. 167; esp. nos.96-106, págs. 200-202 (2000); laudo en el caso CIADI no. ARB(AF)/97/1 Metalclad Corporation v United Mexican States, 16 Mealey's International Arbitration Report, A-1; esp.no. 128, págs. 41-42 (A-16) (2000).

²⁴² Laudo CIADI en el caso No.ARB/84 /3 Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v Arab Republic of Egypt, 8 Foreign Investment Law Journal-ICSID Law Review, pág. 328, esp. nos. 234-235, pág.393 (1993).

²⁴³ Memorial de Demanda, págs. 141-142.

necesario para transferir o hacer transferir a la Demandada, o a quién ésta designe, los bienes que integran el Confinamiento.

200. Teniendo en cuenta que la Demandante fué exitosa en sólo algunos de sus reclamos; y que las objeciones o defensas de la Demandada también prosperaron parcialmente, cada Parte soportará sus propios honorarios y gastos de abogado o asesoramiento legal. Los costos insumidos por el Tribunal Arbitral y por el CIADI serán soportados por partes iguales por Demandante y Demandada.

G. Decisión

201. En conclusión, el Tribunal Arbitral decide como sigue :

1. La Demandada infringió sus obligaciones bajo el Acuerdo consignadas en sus artículos 4(1) y 5(1).

2. La Demandada pagará a la Demandante la suma de US\$ 5.533.017.12, más un interés compuesto, capitalizable anualmente, a devengarse sobre dicha suma a partir del 25 de noviembre de 1998 y a una tasa del 6% anual, hasta la fecha del efectivo e íntegro pago a la Demandante de todas las sumas pagaderas a ésta por la Demandada bajo el presente laudo.

3. Prontamente luego que la Demandada haya efectuado íntegro y efectivo pago a la Demandante de todas las sumas pagaderas a la Demandante por la Demandada conforme al presente laudo, la Demandante hará todo lo necesario para transferir o hacer transferir a la Demandada, o a quién ésta designe, los bienes del Confinamiento.

4. Cada Parte soportará sus propios honorarios y gastos de abogado y asistencia legal. Los costos correspondientes al Tribunal Arbitral y al CIADI serán soportados por Demandante y Demandada por partes iguales.

5. Toda reclamación o pretensión planteada en el presente arbitraje y no aceptada o concedida bajo esta Decisión debe considerarse rechazada.

Hecho en la ciudad de Washington, D.C.

Lic. Carlos Bernal Vereá
Arbitro

Lugar y fecha de suscripción :

Prof. José Carlos Fernández-Rozas
Arbitro

Lugar y fecha de suscripción :

Dr. Horacio A. Grigera Naón
Presidente del Tribunal Arbitral
Lugar y fecha de suscripción :
