

**CASE No. ARB(AF)/97/2**

**INTERNATIONAL CENTRE FOR  
SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES  
(ADDITIONAL FACILITY)**

**B E T W E E N:**

**ROBERT AZINIAN, KENNETH DAVITIAN, & ELLEN BACA  
Claimants**

**and**

**THE UNITED MEXICAN STATES  
Respondent**

---

**AWARD**

---

Before the Arbitral Tribunal  
constituted under Chapter Eleven of  
the North American Free Trade  
Agreement, and comprised of:

Mr Benjamin R. Civiletti  
Mr Claus von Wobeser  
Mr Jan Paulsson (President)

Date of dispatch to the parties:  
November 1, 1999

## TABLE OF CONTENTS

I.	The Parties	1
II.	Essential Chronology	2
III.	Overview of the Dispute	5
IV.	The Procedure	9
V.	Relief Sought	20
VI.	Validity of the Claim under NAFTA	22
VII.	Costs	35
VIII.	Decision	35

## **I. THE PARTIES**

### **A. The Claimants**

1. The Claimants, Mr Robert Azinian of Los Angeles, California, Mr Kenneth Davitian of Burbank, California, and Ms Ellen Baca of Sherman Oaks, California, have initiated these proceedings as United States (hereinafter "U.S.") citizens and shareholders of a Mexican corporate entity named Desechos Solidos de Naucalpan S.A. de C.V. (hereinafter "DESONA"). DESONA was the holder of a concession contract entered into on 15 November 1993 (hereinafter "the Concession Contract") relating to waste collection and disposal in the city of Naucalpan de Juarez.

2. In these proceedings, the Claimants are represented by:

David J. St. Louis, Esq.  
Law Offices of David J. St. Louis, Inc.  
575 East Alluvial  
Suite 102  
Fresno, California 93720  
USA

### **B. The Respondent**

3. In these proceedings the Respondent, the Government of the United Mexican States, is represented by:

Lic. Hugo Perezcano Díaz  
Consultor Jurídico  
Subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales  
Dirección General de Consultoría Jurídica de Negociaciones  
Secretaría de Comercio y Fomento Industrial  
Alfonso Reyes No.30, Piso 17  
Colonia Condesa  
México, Distrito Federal, C.P.06149  
México

## II. ESSENTIAL CHRONOLOGY

4. In early 1992, the Mayor of Naucalpan and other members of its Ayuntamiento (City Council) visited Los Angeles at the invitation of the Claimants to observe the operations of Global Waste Industries, Inc., a company said by the latter to be controlled by them.

5. On 7 October 1992, Mr Azinian, writing under the letterhead of Global Waste Industries Inc. (hereinafter “Global Waste”) as its “President,” sent a letter to the Mayor of Naucalpan containing a summary of the way “we expect to implement … the integral solution proposed for the solid waste problem” of the city. The following representations were made:

- (1) “The company will replace all the current collection equipment for advanced technology in the area of solid wastes” – specifically including watertight vehicles and metal bins.
- (2) “The necessary investment to implement an efficient and hygienic solid waste collection, transportation and processing system is approximately US\$ 20,000,000,” of which 50% “will be directed to the acquisition of collection equipment.”
- (3) “GLOBAL WASTE INDUSTRIES, INC. is a company specialized in the collection and reduction of solid wastes. With more than 40 years of experience, GLOBAL WASTE provides collection services to residences, businesses and industry in the Los Angeles area.”

6. In the course of a session of the Ayuntamiento on 4 November 1992, the “Integrated Solution Project” was presented. It was described as involving a consortium including Sunlaw Energy Inc., a U.S. corporation experienced in the conversion of bio-mass to energy, and an investment of US\$ 20 million.

7. However attractive it found this proposal, the Ayuntamiento was not in a position to grant the envisaged 15-year Concession Contract due to its own limited mandate; Mexican law requires, in such a context, approval from the relevant State legislature. Accordingly the project was presented in late July 1993 to a legislative committee. In support of the

project, Mr Ariel Goldenstein, a close business associate of the Claimants, and the future general manager of DESONA, said that "our company has been working in the U.S. for more than 40 years." Naucalpan's Director of Economic Development said "that's why we chose Global Waste." Naucalpan's Mayor referred to the Claimants' "more than 40 years experience in this area, in the city of Los Angeles, in a county that as you know has more than 21 million inhabitants." (Respondent's translation of the United Legislature Committee Meeting, 22 July 1993, Annex One, Respondent's Rejoinder, pp. 1, 4 and 10.)

8. On 15 August, legislative approval of the proposed Concession Contract was published in the official gazette, triggering a 90-day limit for its signature.

9. On 15 November, the Concession Contract was signed. Two days later DESONA commenced its commercial and industrial waste collection, using two reconditioned front-load vehicles.

10. On 13 December, DESONA commenced residential waste collection for the Satélite section of Naucalpan but did not supply the five rear-load vehicles as provided for by the schedule of operations under the Concession Contract. Until the termination of the Concession Contract, the two initial front-loaders remained the only units of the 70 "state-of-the-art" vehicles called for under the Concession Contract to be put into service by DESONA.

11. On 1 January 1994, a new administration took over the Naucalpan Ayuntamiento. (It represented the same political party.)

12. In January and February, there were a number of meetings between the personnel of DESONA and the Ayuntamiento concerning implementation of the Concession Contract. The Ayuntamiento was particularly concerned by the absence of new vehicles, which DESONA explained was due to difficulties in obtaining import permits for which it could not be faulted.

13. In mid-February, the Ayuntamiento sought independent legal advice about the Concession Contract. It was advised that there were 27 "irregularities" in connection with the conclusion and performance of the Concession Contract.

14. On 7 March, the Ayuntamiento decided to disclose the perceived irregularities to DESONA and to give it an opportunity to respond.

15. On 10 March, in the presence of Mr Davitian and local counsel to DESONA, the charges were read out and DESONA was directed to respond to them by 17 March.

16. On 15 March, DESONA initiated proceedings before the State Administrative Tribunal seeking nullification of the Ayuntamiento's decision (of 7 March) to question the Concession Contract.

17. On 21 March, despite a protest from DESONA on 16 March, the Ayuntamiento decided to annul the Concession Contract. The Claimants were notified of this decision two days later.

18. On 11 April, DESONA amended its claim before the State Administrative Tribunal to include nullification of the Ayuntamiento's decision of 21 March.

19. On 1 June, DESONA was given an opportunity to present its case to an extraordinary session of the Ayuntamiento. Mr Goldenstein appeared on behalf of DESONA.

20. On 14 June, the Administrative Tribunal heard DESONA's claims, and dismissed it by a judgment of 4 July.

21. On 13 July, DESONA appealed to the Superior Chamber of the Administrative Tribunal, which upheld the Ayuntamiento's annulment of the Concession Contract by a judgment dated 17 November. The Superior Chamber held that of the 27 alleged irregularities, nine had been demonstrated. Of these, seven related to various perceived misrepresentations by the Claimants in connection with the conclusion of the Concession Contract.

22. On 10 December, DESONA lodged a further appeal, in the form of a so-called *amparo* petition, to the Federal Circuit Court.

23. On 18 May 1995, the Federal Circuit Court ruled in favour of the Naucalpan Ayuntamiento, specifically upholding the Superior Chamber's judgment as to the legality of the nine bases accepted for the annulment.

24. On 17 March 1997, the Claimant shareholders of DESONA initiated the present arbitral proceedings against the Government of Mexico under Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement (hereinafter “NAFTA”), by submitting a claim to arbitration pursuant to Article 1137(1)(b) thereof.

### III. OVERVIEW OF THE DISPUTE

25. Naucalpan is an important and heavily industrialised suburb of Mexico City. In 1993, when the Concession Contract was signed, it had a population of nearly two million, and 21,800 commercial or industrial establishments. Residential and business waste management was, and remains, an important function of the municipal authorities. Somewhat more than 900 tonnes per day of residential waste were collected, and somewhat less than 900 tonnes per day of commercial and industrial waste. (The latter generates higher revenues for the provider of collection and disposal services.) When DESONA entered the scene, collection, treatment, and disposal left much to be desired. The municipality’s equipment was inadequate and obsolete.

26. As conceived, the Claimants’ project in fact aimed at a far greater prize than earnings from local waste disposal services. Their ambition was that this would be a pilot project which would ultimately spawn major industries, beginning with the modernisation of waste disposal throughout Mexico and extending to important profitable sidelines:

- the manufacture in Mexico of modern specialised vehicles, not only for the Mexican market but also Central and South America,
- the recycling of waste, notably to produce cardboard, and
- the erection of power generation plants to convert landfill biogases into electricity; revenues from these plants would be used in part to finance the improvement of the waste disposal infrastructure.

27. Once armed with a long-term contract with one important Mexican city, the Claimants hoped to interest third parties having greater financial resources and expertise to join forces with them, thus allowing

the Claimants to leverage their modest means into a profitable position within a grand scheme. In some correspondence, this was referred to as a “Newco” to which DESONA would somehow assign its operations in Naucalpan. During the hearings before the Arbitral Tribunal, the plan to use the initial concession to entice new participants was referred to on a number of occasions as “taking the show on the road.” In his oral testimony, Mr Goldenstein explained that the Claimants’ anticipated US\$ 20 million investment should have been understood as funded by Sunlaw Energy (English Transcript 21.6.99, p. 296, l. 8 and p. 298, l. 9-10). He did not explain how US\$ 20 million could suffice to build a 200 megawatt power generating plant. More importantly, he could not point to any evidence that any Mexican authority had been appraised prior to signature of the Concession Contract that Sunlaw had lost interest in the project, with the result that it would no longer provide a source of funding. To the contrary, the Concession Contract retained the provision about the generating plant, which appears in Article 11 of the signed document.

28. Today, as a result of the cancellation by the City of Naucalpan of DESONA’s Concession Contract, the Claimants, as shareholders in DESONA, are seeking recovery of the loss of the “value of the concession as an on-going enterprise.” The highest of their alternative methods of evaluation (see Section V) results in a figure of some US\$ 19.2 million. The Claimants allege that the actions of the Ayuntamiento of Naucalpan resulted in a violation of NAFTA, attributable to the Government of Mexico.

29. There are some immediately apparent difficulties with the claim. It must be said that this was not an inherently plausible group of investors. They had presented themselves as principals in Global Waste, with approximately 40 years’ experience in the industry. In fact Global Waste had been incorporated in Los Angeles in March 1991, but put into bankruptcy in May 1992 – 14 months later. Global Waste owned no vehicles, and in the year preceding its bankruptcy had had revenues of only US\$ 30,000. The only Claimant who could be said to have experience in the industry was Mr Davitian, whose family had been in the business of waste disposal in the Los Angeles area. In reality, Mr Davitian was the only Claimant to hold shares (15%) in Global Waste. (Mr Goldenstein testified that there was an understanding that he, Mr Davitian, and Mr Azinian were each to be treated as one-third beneficial owners of

Global Waste, but this was not reflected in formal ownership because it was a so-called Subchapter S corporation and for U.S. tax purposes could not include foreign shareholders; English Transcript, 21.6.99, p. 294, l. 2.) Even in the case of Mr Davitian personally, since he was precisely 40 years old in 1993, a claim of 40 years' experience was preposterous.

30. As for the other Claimants: Mr Azinian had no relevant experience, had a long record of unsuccessful commercial litigation, and had been declared personally bankrupt in 1991. Mr Goldenstein had a background in a family property business in Argentina and in restaurant management in the U.S., and claims expertise in the financing of major motion picture projects as a result of his studies in Los Angeles. Mr Goldenstein was never a shareholder in Global Waste but addressed Mexican authorities on its behalf. He was described by the Claimants' counsel as "the person that is most knowledgeable from Claimants' point of view as to all of the transactions that are involved here." (English Transcript, 21.6.99, p. 21, l. 12)<sup>1</sup>

31. None of this background was disclosed to the Naucalpan authorities. The Naucalpan authorities thus entrusted a public service to foreign individuals whom they were falsely led to believe were part of an experienced concern possessed of financial and technological resources adequate for the job.

32. Nor were there, as of the date the Concession Contract was concluded, firm commitments from the various third parties whose involvement was necessary if the venture was to evolve from a pilot project to achieve grandiose further objectives – or even if the basic engineering services and equipment under the Concession Contract were to be provided. The landfill gas conversion scheme appears to have been a fantasy, for a number of elementary practical reasons including the fact that landfill gases could not supply more than a fraction of the required raw materials. (As much as 95% of the natural gas would have to be *purchased* from PEMEX, whose attitude toward the prospect of this new source of electric energy may have been hostile.) The capacity of the power plant contem-

---

<sup>1</sup> Mr Goldenstein is not one of the Claimants because as an Argentine national he has no standing under NAFTA. Ms Baca, on the other hand, is a Claimant as a result of a property settlement in her divorce from Mr Davitian, and appears to have had no substantive role in the project.

plated under the Concession Contract was astonishing. To generate 200 megawatts would likely have required investments far in excess of US\$ 100 million. Such a plant would have been four times the size of the largest landfill-connected power plant in the U.S. In fact Sunlaw Energy, the U.S. corporation which was to finance the acquisition of a new waste collection fleet through the power generation project, backed away from the project shortly before the Concession Contract was signed, thus apparently leaving the Claimants with few sources of funds other than the anticipated revenues from the rate-payers of Naucalpan. Given that the city budget had no provision for the acquisition of new equipment, this can hardly be viewed as a healthy situation.

33. During the brief period of putative performance of the Concession Contract, the Claimants gave every impression of living hand to mouth, barely able to finance the acquisition of merely two vehicles (and reconditioned at that, not new), or even meeting a payroll. And yet, on the very day when the Concession Contract was presented to the Naucalpan City Council for approval, Mr Goldenstein had reaffirmed that the project investment would be approximately US\$ 20 million. The evidence compels the conclusion that the Claimants entered into the Concession Contract on false pretences, and lacked the capacity to perform it.

34. The new city authorities who took over on 1 January 1994 exhibited little inclination to work things out with DESONA or its principals, but instead handed them a list of 27 putative grounds of termination. It should be made clear that the Arbitral Tribunal makes no criticism of Mr Francesco Piazzesi, who became Naucalpan's Director of Economic Development in January 1994. Mr Piazzesi appeared before the Arbitral Tribunal and gave a credible account of his actions. Indeed, Mr Piazzesi testified that his personal recommendation in March 1994 was that the Concession Contract should *not* be annulled at that time (English Transcript, 23.6.99, p. 130, l. 5-6). The reason this recommendation was not followed remains unexplained, understandably leading Mr St. Louis, for the Claimants, to castigate the Respondent for having adopted an "empty chair" policy in not producing other officials as witnesses. The list itself ignores the 30-day cure period defined in the Concession Contract. The Claimants insist that they were in a position to remedy the shortcomings and to perform their obligations.

35. The summary above explains the background of the Claimants' challenge to the validity of the purported termination of the Concession Contract, as well as the opposing thesis of the Ayuntamiento of Naucalpan to the effect that the Concession Contract was either void for misrepresentations, or rescindable for failure of performance. Before going any further, the Arbitral Tribunal must satisfy itself that this debate may be subjected to a full substantive review before a NAFTA Tribunal. The Arbitral Tribunal is not so satisfied, and that, in the circumstances more fully described and for reasons stated in Section VI, suffices to resolve this case.

#### IV. THE PROCEDURE

36. On 24 November 1996, the Claimants sent to the Respondent a "Preliminary Notice of Intention to File a Claim and Consent of Investors" which recited that it was made "under Part 5, Chapter 11, Subchapter B of NAFTA as a result of an expropriation of a business venture by the City of Naucalpan de Juarez, Estado de Mexico and against the Federal Government of Mexico." The Claimants thereby explicitly waived their rights to "further court or administrative proceedings regarding this claim pursuant to [NAFTA] Article 1121(1) and (2)."

37. A more detailed document from the Claimants entitled "Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration" was received by the Respondent on 10 December 1996; on 16 December, it received a slightly modified version, entitled "Amended Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration."

38. By a Notice of Claim dated 10 March 1997, submitted as of 17 March, the Claimants requested the Secretary-General of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter "ICSID") to approve and register their application for access to the ICSID Additional Facility, and submitted their claim to arbitration under ICSID Additional Facility Rules.

39. On 24 March 1997, the Acting Secretary-General of ICSID informed the Parties that the requirements of Article 4(2) of the ICSID Additional Facility Rules had been fulfilled and that the Claimants' application for access to the Additional Facility was approved, and issued a Certificate of Registration of the case.

40. Following appointments in due course, the Acting Secretary-General of ICSID informed the Parties that the Arbitral Tribunal was “deemed to have been constituted and the proceedings to have begun” on 9 July 1997, and that Mr Alejandro A. Escobar, ICSID, would serve as Secretary of the Arbitral Tribunal. All subsequent written communications between the Arbitral Tribunal and the parties were made through the ICSID Secretariat. (All references to “ICSID” below are to the ICSID Secretariat.)

41. The first session of the Arbitral Tribunal was held, with the Parties’ agreement, in Washington D.C. on 26 September 1997. It resulted in further agreement on a number of procedural matters reflected in written minutes signed by the President and Secretary of the Tribunal. Toronto was selected as the formal seat of arbitration by agreement among the Parties and the Arbitral Tribunal.

42. During the course of the procedural hearing, the Respondent questioned the standing of the Claimants. The Arbitral Tribunal indicated that this matter should be resolved before the consideration of the merits. It was agreed that the Respondent would submit by 6 October 1997 a written motion regarding the issue of the Claimants’ standing. The Claimants would then submit a written answer, and the Respondent would then be given an opportunity to present a final written reply thereto.

43. ICSID received the Respondent’s Motion for Directions (hereinafter “the Motion”) on 6 October 1997. Therein the Respondent challenged the Claimants’ standing under NAFTA. Specifically, the Respondent requested that the Claimants demonstrate:

“(i) *for each of them*, their standing to invoke Section B of Chapter Eleven; (ii) if they have such standing, whether they are advancing a claim under Article 1116 (...) or Article 1117; (iii) if the claim is being asserted under Article 1117, whether it is being asserted by the investor who owns or controls the enterprise; and (iv) in either event, that the enterprise which any of them claim to own or control, or in which any of them claim to have an equity, security or other interest was, at the material times, a valid and subsist-

ing corporate entity, duly incorporated under applicable Mexican law.”

44. The Motion also stated that it was critical that the enterprise alleged to have been harmed “has validly authorised the submission of the claim to arbitration.”

45. In response, the Claimants submitted their Reply to the Motion for Directions dated 5 November 1997 in which they sought to demonstrate that: Article 1117(3) of NAFTA “expressly contemplates” that an investor may bring a claim under Article 1116 *and* 1117; that the Claimants have standing as per Article 1139’s definition of “investor” and “investment;” and that the “valid subsisting” corporate entity referred to in the Respondent’s Motion held the concession at the material times, and duly authorised the submission of the claim.

46. The “Respondent’s Response to Claimants’ Reply to the Mexican Government’s Motion for Directions Regarding Standing to Submit a Claim to Arbitration” (hereinafter “the Response”) was received by ICSID on 12 December 1997. Therein the Respondent reiterated its claim to have the issues concerning the nature of the claim and of the Claimants’ respective standing resolved prior to the consideration of the merits. Furthermore, the Respondent questioned the adequacy of the evidence submitted by the Claimants purporting to support their right to invoke Section B of NAFTA.

47. By letter dated 16 December 1997, the Claimants requested an extension of a month in which to submit the Memorial. The Tribunal acceded by letter of 17 December 1997.

48. In an “Interim Decision Concerning Respondent’s Motion for Directions” (hereinafter “the Interim Decision”) dated 22 January 1998, the Arbitral Tribunal ruled that although “the pleadings (...) raise a number of complex issues which may have the effect of restricting the competence of the Tribunal (...) they seem unlikely to eliminate altogether the need to consider the merits,” and thus the issue of standing would be dealt with in the pleadings on the merits. In particular, the Tribunal made the following four observations: that if part of Mr Azinian’s claim was made by him as an “impermissible surrogate” for Mr Goldenstein, this

could be determined by the Tribunal at a later stage as it would affect the quantum but not Mr Azinian's standing *pro se*; that if it was true that Mr Davitian was not a shareholder at the material time(s) this might defeat his standing but would not obviate the consideration of the merits, nor would his "provisional presence" as a claimant complicate the facts to be tried on the merits; that if Messrs Azinian and Davitian were trying to introduce claims outside the jurisdiction of the Tribunal as established by the NAFTA, this could be dealt with in due course; and that although the Claimants have identified "DESONA B" as the entity harmed by the allegedly wrongful actions of the Respondent and although the complications relating to the various forms of "DESONA" will form part of the merits, neither "DESONA A" nor "DESONA B" is a claimant.

49. On 28 January 1998, the Claimants submitted their Memorial which the Respondent received on 10 February 1998.

50. On 1 April 1998, the Respondent filed a second Motion for Directions (hereinafter "the Second Motion") seeking further particulars and the production of additional documents. The Respondent also requested the Tribunal to direct that the running of time for the filing of the Counter-Memorial be suspended until the Claimants produced the particulars and documents detailed in the Second Motion.

51. The Claimants, by letter dated 9 April 1998, declared themselves amenable to producing the documents sought and "the documentary evidence called for by Mexico's Request for Particulars (...) without the necessity of a ruling by the Tribunal."

52. The Arbitral Tribunal ruled on the Second Motion by letter dated 27 April 1998, stating that it would:

"await the production of information voluntarily proposed by the Claimants. Upon receipt thereof, the Respondent is invited forthwith to inform the Arbitral Tribunal whether it still considers it necessary to apply for any additional ruling(s), and to request a reasonable adjustment of the time-limit for its Counter-Memorial."

53. The Claimants complained by letter dated 5 May 1998 that the Respondent was violating Rule 43 of the ICSID Additional Facilities

Rules by contacting the Claimants' witnesses. The Claimants asked the Tribunal to establish an understanding to the effect that witnesses cited by one side should not be contacted unilaterally by the other side. By letter dated 6 May 1998, the Tribunal inquired if the Respondent had any objection to complying with the understanding proposed by the Claimants.

54. The Respondent replied by letter dated 12 May 1998, contending that interviewing non-party witnesses about statements made in the Claimants' Memorial in no way contravened the Additional Facility Rules of ICSID and that the Respondent "should be free to gather information from non-party witnesses as it sees fit" given that "it is a well-established principle that a party has no property in a witness." With regard to Rule 43, the Respondent submitted that it regulates questions arising during the oral procedure only.

55. By letter dated 18 May 1998, the Claimants answered the Respondent's letter of 12 May 1998, conceding that a party has no property in a witness but reaffirming their initial point that "such contact [that of the Respondent with regard to the Claimants' non-party witnesses] is designed to develop impeaching information as to the sworn statements obtained without the presence of opposing counsel." The Claimants went on to state that "(i)t is quite clear that (sic) Respondent is attempting to adduce extra-judicial evidence through 'other means' and, therefore, these extra judicial examinations do fall (...) under Article 43, which confirms authority on the panel to issue protective orders. It is a fundamental rule of law that the Tribunal does have the power and the authority to conduct its proceedings in an orderly fashion with a view towards fairness to both sides." The Respondent replied by letter on 20 May 1998, reiterating the points made in its communication of 12 May 1998.

56. The Arbitral Tribunal ruled, by letter dated 19 June 1998, on the complaint concerning interviews by one Party of witnesses whose written statements have been introduced by its opponent, as follows:

"The Arbitral Tribunal considers that the issues raised by the Claimants are not dealt with by the ICSID Additional Facility Rules. Nor is the Arbitral Tribunal aware of any basis on which it could preclude communications between

a party and a third-party witness. The Arbitral Tribunal accordingly advises the parties as follows:

1. The Arbitral Tribunal declines to restrict any party's ability to interview witnesses who freely choose to meet with that party's representative(s).
2. During any such interview, the witness is (as far as the Arbitral Tribunal is concerned) free to answer or decline to answer individual questions as he or she sees fit.
3. The Arbitral Tribunal expects that any such witnesses would be informed, in advance, by the party seeking to meet him or her that his or her legal counsel may be present at any interview.
4. Statements made by a witness during any such interview shall not be received into evidence.
5. The only testimony to be given probative value is that contained in signed written statements or given orally in the presence of the Arbitral Tribunal.
6. The Arbitral Tribunal does not require that any party which secures the agreement of a witness to a meeting give the other side an opportunity to be present during that meeting; whether a witness makes the presence of both sides a condition for accepting such a meeting is not a matter for the Arbitral Tribunal."

57. In the interim, on 18 May 1998, ICSID had received the Claimants' Response to the Respondent's second Motion for Directions of 1 April 1998.

58. On 8 June 1998, the Respondent filed a "Motion for Directions to Answer Request for Particulars and Produce Documents" in which it renewed the demands of its Second Motion for Directions. It requested that the Arbitral Tribunal direct the Claimants to give further particulars and produce additional documents; and that the time for filing the

Counter-Memorial be suspended until the Claimants complied with the requested direction of the Tribunal. On 18 June 1998, the Claimants replied to this third Motion for Directions by letter. They claimed that they had responded to the best of their ability to the prior Motion for Directions and requested that the Tribunal direct the Respondent to submit their Counter-Memorial.

59. The Arbitral Tribunal, by letter dated 22 July 1998, declined to rule on the Respondent's Motion for Directions of 8 June 1998, noting that the Respondent would have a full opportunity to comment on "perceived deficiencies" in its Counter-Memorial. Furthermore, it instructed the Respondent to submit its Counter-Memorial by 1 October 1998.

60. On 5 October 1998, ICSID received a partial version of the Respondent's Counter-Memorial. It received the remaining portions on 23 October 1998, following a letter from the Claimants dated 20 October 1998, complaining of the delay and requesting a 45-day period for the Reply and an additional 30 days for the Rejoinder. The Respondent objected to a second round of written pleadings by letter dated 28 October 1998 and requested that the Claimants "express in detail its reasons that would justify submitting a reply and [a] rejoinder."

61. By letter of 30 October 1998, the Claimants responded on the issue of further written pleadings, invoking Article 38(3) of the ICSID Rules as grounds for a second round of pleadings and describing their purpose as follows:

"(a) Identify matters of common ground in submissions both as to law and fact; (b) Respond to the Government of Mexico's characterization of pertinent law and its application to the issues in this case; (c) Address specific considerations bearing upon the respective parties' burden of proof with reference to competent evidence; and (d) Reply to the accusations of bias, lack of creditability and outright wrongdoing directed at the majority of the Claimants' witnesses."

62. By letter dated 10 November 1998, the Respondent rebutted the Claimants' letter of 30 October 1998, stating that the Claimants had not demonstrated that a second round of written pleadings was necessary, the reasons given being just as easily capable of being addressed in the oral

proceedings. It went on to demand that, in the event the Arbitral Tribunal were to deem that a Reply and a Rejoinder are necessary, such a Reply be limited to issues that “the Tribunal agrees are properly the subject of a Reply to the Counter-Memorial in the circumstances of this case.” Furthermore, the Respondent opposed the Claimants’ earlier request to tender “DESONA’s operating journals, reconstructed from old records, which the Claimants refused to produce in response to the Respondent’s repeated requests.” In paragraph 18 of this letter, the Respondent stated in particular:

“If the Tribunal determines to allow any type of Reply relating to this category of information, it should (i) require the Claimants to describe with particularity which issues they wish to address, (ii) ensure that the list includes only matters that the Tribunal deems as “new” issues raised for the first time in the Counter-Memorial, and (iii) expressly forbid the Claimants from including other issues or legal argumentation in their Reply.”

63. The decision of the Arbitral Tribunal concerning the filing of a Reply and a Rejoinder was given by letter dated 24 November 1998. It directed the parties to prepare a further round of written pleadings as “the oral phase of the proceedings is likely to be better focussed by allowing Reply and Rejoinder Memorials,” and stated that:

“(a)t the same time, the Tribunal acknowledges that many of the observations made in the Respondent’s letter of 10 November are pertinent in principle, such as the restrictive criteria listed in paragraph 18. It would not, however, be efficient to initiate a separate preliminary debate over the permissible scope of a Reply which is yet to be submitted. It should be enough for the Tribunal to exhort the parties to ensure that their respective final Memorials are responsive to their opponent’s previous submissions, and be organised in such a way that this responsive character is plain to see.

The same reasoning applies to evidence in support of a Reply or Rejoinder, including the DESONA operating

journals. The Tribunal notes that the Respondent at one point called for the production of such evidence, and still suggests that it was not previously produced because it "would severely undermine the validity of [the Claimants'] experts' so-called 'indications of value'." (Paragraph 34 of 10 November letter.) While the Respondent asserts that it would at this stage suffer prejudice if such materials are produced, because it may have to develop new counter-arguments and indeed new analyses to serve as support for those counter-arguments, the Tribunal does not view this objection as decisive. In the first place, in as much as it could be raised against any evidence accompanying any Reply the objection goes too far to be acceptable in principle. Secondly, there is no basis to rule *a priori* that it would be particularly burdensome to deal with the materials the Claimants wish to produce. (With respect to operating logs, it is the experience of the Tribunal that notwithstanding their typical bulkiness they are not necessarily difficult to interpret with respect to basic information such as productivity and downtime.)

In view of the above, and having furthermore regard to the fact the Claimants have had time to consider the Counter-Memorial, the Tribunal instructs the parties to proceed as follows:

- (1) The Claimants to file their Reply by 19 January 1999.
- (2) The Respondent to file its Rejoinder by 19 April 1999." (Emphasis in original.)

64. By letter dated 12 January 1999, the Claimants requested permission to file their Reply on 20 January 1999 due to a national holiday on 18 January 1999. The extension was granted by letter of 13 January 1999 in which the Tribunal also fixed the week of 21 June 1999 for the hearing in Washington D.C. in accordance with Article 39 of the Additional Facility Arbitration Rules.

65. The Claimants submitted the English version of their Reply on 20 January 1999. The members of the Tribunal, unlike the Respondent

and ICSID, did not receive sets of the Annex containing, according to the Claimants, “approximately two thousand pages of checks and invoices.”

66. The Spanish version of the Reply was received by ICSID on 9 February 1999. Given the delay in filing the Claimants agreed to an extension of the time period for filing the Rejoinder for the period that the Claimants were delayed in completing the filing of their Reply. Thus, the Tribunal informed the parties by letter dated 17 March 1999, that the Rejoinder was due by 10 May 1999. The Respondent requested an extension by letter dated 3 May 1999, in order to file the Rejoinder on 17 May 1999. By letter of 7 May 1999, the Tribunal decided that the English version of the Rejoinder and its accompanying documentation should be filed by 14 May 1999, and the Spanish version by 17 May 1999. ICSID received the Rejoinder, in both its English and Spanish versions with their accompanying documentation, on 17 May 1999.

67. During the written phase of the pleadings, written statements from the following persons were submitted by the parties: by the Claimants, Robert Azinian, Kenneth Davitian, Ellen Baca, Ariel Goldenstein, Basil Carter, Ted Guth, Bryan A. Stirrat, David S. Page, William Rothrock, Richard Carvell, Ernst & Young, and Robert E. Proctor; by the Respondent, Raúl Romo Velázquez, James Hodge, J. Cameron Mowatt, Carlos Felipe Dávalos, Francesco Piazzesi di Villamosa, Patricia Tejeda, Emilio Sánchez Serrano, Oscar Palacios Gómez, and David A. Schwickerath. The Claimants’ Reply, at Section V, contained responses to the witness statement and expert reports submitted by the Respondent in its Counter-Memorial. In addition to offering such responses as rebuttal of certain of the Respondent’s witness statements (namely, those made by Mr Romo Velázquez, by Mr Hodge, by Mr Piazzesi, by Ms Tejeda, by Mr Sánchez Serrano and by Dr Palacios Gómez), Claimants argued that the statement made by Mr Mowatt was legally objectionable and inadmissible in view of the Tribunal’s directions of 19 June 1998. In the event, the Arbitral Tribunal has not had regard to Mr Mowatt’s statement.

68. By letter of 19 May 1999, the Tribunal informed the parties of the procedural arrangements for the hearing on the merits, and asked the Parties to provide a list of the witnesses and experts that they wished to examine.

69. By letter of 24 May 1999, the Respondent stated that it would require the following witnesses to be available for cross-examination: Ariel Goldenstein; Bryan A. Stirrat; Kenneth Davitian; Robert Azinian; Ronald Proctor; David S. Page; William Rothrock; and Basil Carter.

70. By letter of the same date, the Claimants requested that the Respondent make available for cross-examination the following witnesses: Oscar Palacios; Francesco Piazzesi di Villamosa; and Raul Romo Velázquez.

71. The Claimants, by letter of 2 June 1999, responded to the Respondent's earlier request and stated that Basil Carter and William Rothrock would be unable to attend the scheduled hearings in person but that they could be cross-examined by videoconference or telephone. Furthermore, Bryan A. Stirrat would only be able to attend on 21 June 1999. The Claimants expressed their intention to have the following individuals attend on their behalf to conduct cross-examination: David J. St. Louis; Clyde C. Pearce; Jack C. Coe; Peter Cling; and William S. Dodge. The Respondent replied by letter dated 4 June 1999 and suggested that it contact the Claimants to discuss alternative arrangements for those witnesses unable to attend the hearings. For example, it proposed that the individuals in question be excused from the hearings on the condition that they answer a limited list of admissions to be provided by the Respondent. The Claimants answered by letter of 8 June 1999 and stated that they would solicit the approval of David Page, Basil Carter and William Rothrock to the Respondent's suggestion regarding the witnesses' answers to written questions.

72. Of the Claimants' witnesses, Messrs Stirrat, Proctor, Goldenstein and Carter appeared at the hearing. Mr Davitian, although excused by the Respondent, was allowed to give direct rebuttal evidence. The Respondents excused Messrs Azinian and Page. Mr Rothrock did not appear at the hearing and the Respondent stated that it would make submissions as to the weight to be given to his written statement. Of the Respondent's witnesses, Mr Piazzesi appeared at the hearing. The Claimants excused Dr Palacios and agreed with Respondent to file certain written admissions in lieu of the testimony of Mr Romo, who was not present at the hearing.

73. At the conclusion of the examination of witnesses, the Tribunal sought the parties' confirmation that the evidentiary phase of the pro-

ceeding was closed to the satisfaction of each side, to which both parties agreed (English Transcript, 23.6.99, p. 149 l. 13-19).

74. The parties filed post-hearing submissions on 16 July 1999.

#### **V. RELIEF SOUGHT**

75. The Claimants contend that “the City’s wrongful repudiation of the Concession Contract violates Articles 1110 (“Expropriation and Compensation”) and 1105 (“Minimum Standard of Treatment”) of NAFTA” (Reply of 19 January 1999, Sec. III, p. 17), and accordingly seek the following relief, as articulated in their Prayer for Relief dated 23 June 1999:

“A. With respect to the enterprise, as follows:

1. The value of the concession as an ongoing enterprise on March 21, 1994, the date of the taking based upon the values obtained:

a. By applying the Discounted Cash Flow (DCF) method in the amount of US\$11,600,000 (PCV);

In the alternative,

b. By applying the Similar Transaction Method yielding an amount of US\$19,203,000 (PCV);

In the alternative,

c. Based upon the offer made by Sanifill to purchase the concession in an amount of US\$18,000,000;

In the alternative,

- d. Based upon the lower range value from the fair market value analysis of the concession conducted by Richard Carvell in an amount of US\$15,500,000;

In addition:

2. Interest on the amount awarded as the value of the concession as set forth in section A above from the date of the taking at the rate of 10% per annum to the date of the award;
3. Cost of the proceedings, including but not limited to attorneys fees, experts and accounting fees and administrative fees;
4. Simple interest on the entirety of the award accruing from and after the date of the award until the date of payment at 10% per annum;

As a separate and distinct prayer, Claimants request relief as follows:

1. Out of pocket expenses in the amount of US\$3,600,000 (Memorial Section 6 Page 2);
2. Interest on the amount awarded as out of pocket expenses from the date of the taking at the rate of 10% per annum to the date of the award;
3. Cost of the proceedings, including but not limited to attorneys fees, experts and accounting fees and administrative fees;
4. Such additional amount as shall be fixed by the Tribunal to compensate for the loss of the chance or opportunity of making a commercial success of the project;

5. Simple interest on the entirety of the award accruing from and after the date of the award until the date of payment at 10% per annum;
- B. NOTE: Claimants acknowledge as an offset amounts received from a partial sale of assets in the amount of US\$500,000, credit for which should be given as of the date of receipt of such funds by the claimants or on their behalf on May 20, 1994;
- C. With respect to Claimants individually, relief as requested herein should be allocated as follows:

To Robert Azinian	70%
To Ellen Baca	20%"

76. The Respondent asks that the claim be dismissed with costs assessed against the Claimants.

## VI. VALIDITY OF THE CLAIM UNDER NAFTA

### A. The general framework of investor access to international arbitration under NAFTA

77. For the purposes of the present discussion, the Claimants are assumed to be “investor[s] of a Party” having made an “investment” as those two terms are defined in Article 1139 of NAFTA. The Respondent has raised questions as to the permissibility of claims being made by a formally qualified shareholder on behalf of a beneficial owner who is not a national of a NAFTA Party. (In this case, a portion of Mr Azinian’s shareholding in DESONA is said to be beneficially owned by Mr Goldenstein, who is not a national of a NAFTA Party.) The Respondent has also challenged Mr Davitian’s status as a shareholder of DESONA at the time material for entitlement to claim under NAFTA. In its Interim Decision of 22 January 1998 (see paragraph 48), the Arbitral Tribunal determined that those objections need only be decided if there is *some* degree of liability on the merits, for only then would it be necessary to decide whether recovery should be excluded on account of these allegedly non-qualified investments.

78. The Ayuntamiento as a body determined that it had valid grounds to annul and rescind the Concession Contract, and so declared. DES-ONA then failed to convince three levels of Mexican courts that the Ayuntamiento's decision was invalid. Given this fact, is there a basis for the present Arbitral Tribunal to declare that the Mexican courts were wrong to uphold the Ayuntamiento's decision and that the Government of Mexico must indemnify the Claimants?

79. As this is the first dispute brought by an investor under NAFTA to be resolved by an award on the merits, it is appropriate to consider first principles.

80. NAFTA is a treaty among three sovereign States which deals with a vast range of matters relating to the liberalisation of trade. Part Five deals with "Investment, Services and Related Matters." Chapter Eleven thereunder deals specifically with "Investment."

81. Section A of Chapter Eleven establishes a number of substantive obligations with respect to investments. Section B concerns jurisdiction and procedure; it defines the method by which an investor claiming a violation of the obligations established in Section A may seek redress.

82. Arbitral jurisdiction under Section B is limited not only as to the persons who may invoke it (they must be nationals of a State signatory to NAFTA), but also as to subject matter: claims may not be submitted to investor-state arbitration under Chapter Eleven unless they are founded upon the violation of an obligation established in Section A.

83. To put it another way, a foreign investor entitled in principle to protection under NAFTA may enter into contractual relations with a public authority, and may suffer a breach by that authority, and *still not be in a position to state a claim under NAFTA*. It is a fact of life everywhere that individuals may be disappointed in their dealings with public authorities, and disappointed yet again when national courts reject their complaints. It may safely be assumed that many *Mexican* parties can be found who had business dealings with governmental entities which were not to their satisfaction; Mexico is unlikely to be different from other countries in this respect. NAFTA was not intended to provide foreign investors with blanket protection from this kind of disappointment, and nothing in its terms so provides.

84. It therefore would not be sufficient for the Claimants to convince the present Arbitral Tribunal that the actions or motivations of the Naucalpan Ayuntamiento are to be disapproved, or that the reasons given by the Mexican courts in their three judgements are unpersuasive. Such considerations are unavailing unless the Claimants can point to a violation of an obligation established in Section A of Chapter Eleven attributable to the Government of Mexico.

### **B. Grounds invoked by the Claimants**

85. The Claimants have alleged violations of the following two provisions of NAFTA:

#### **Article 1110(1)**

“No party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such investment (“expropriation”) except:

- (a) for a public purpose;
- (b) on a non-discriminatory basis;
- (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and
- (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6.”

#### **Article 1105(1)**

“Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.”

86. Although the parties to the Concession Contract accepted the jurisdiction of the Mexican courts, the Claimants correctly point out that

they did not exclude recourse to other courts or arbitral tribunals – such as this one – having jurisdiction on another foundation. Nor is the fact that the Claimants took the initiative before the Mexican courts fatal to the jurisdiction of the present Arbitral Tribunal. The Claimants have cited a number of cases where international arbitral tribunals did not consider themselves bound by decisions of national courts. Professor Dodge, in his oral argument, stressed the following sentence from the well-known ICSID case of *Amco v. Indonesia*: “An international tribunal is not bound to follow the result of a national court.” As the Claimants argue persuasively, it would be unfortunate if potential claimants under NAFTA were dissuaded from seeking relief under domestic law from national courts, because such actions might have the salutary effect of resolving the dispute without resorting to investor-state arbitration under NAFTA. Nor finally has the Respondent argued that it cannot be held responsible for the actions of a local governmental authority like the Ayuntamiento of Naucalpan.

87. The problem is that the Claimants’ fundamental complaint is that they are the victims of a breach of the Concession Contract. NAFTA does not, however, allow investors to seek international arbitration for mere contractual breaches. Indeed, NAFTA cannot possibly be read to create such a regime, which would have elevated a multitude of ordinary transactions with public authorities into potential international disputes. *The Claimants simply could not prevail merely by persuading the Arbitral Tribunal that the Ayuntamiento of Naucalpan breached the Concession Contract.*

88. Understanding this proposition perfectly well, Professor Dodge insisted that the claims are not simply for breach of contract, but involve “the direct expropriation of DESONA’s contractual rights” and “the indirect expropriation of DESONA itself.” (English Transcript, 24.6.99, p. 23, l. 9-11.)

89. Professor Dodge then argued that a breach of contract constitutes an expropriation “if it is confiscatory,” or, quoting Professor Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th edition at 550, if “the state exercises its executive or legislative authority to destroy the contractual rights as an asset.” Specifically, he invoked a “wealth of authority treating the repudiation of concession agreements as an expropriation of contractual rights.”

90. Labelling is, however, no substitute for analysis. The words “confiscatory,” “destroy contractual rights as an asset,” or “repudiation” may serve as a way to describe breaches which are to be treated as extraordinary, and therefore as acts of expropriation, but they certainly do not indicate on what basis the critical distinction between expropriation and an ordinary breach of contract is to be made. The egregiousness of any breach is in the eye of the beholder – and that is not satisfactory for present purposes.

91. It is therefore necessary to examine whether the annulment of the Concession Contract may be considered to be an act of expropriation violating NAFTA Article 1110. If not, the claim must fail. The question cannot be more central.

92. Before examining this crucial issue, it should be recalled that the Claimants originally grounded their claim on an alleged violation of Article 1105 as well as one of Article 1110. While they have never abandoned the ground of Article 1105, it figured very fleetingly in their later pleadings, and not at all in Professor Dodge’s final arguments. This is hardly surprising. The only conceivably relevant substantive principle of Article 1105 is that a NAFTA investor should not be dealt with in a manner that contravenes international law. There has not been a claim of such a violation of international law other than the one more specifically covered by Article 1110. In a feeble attempt to maintain Article 1105, the Claimants’ Reply Memorial affirms that the breach of the Concession Contract violated international law because it was “motivated by noncommercial considerations, and compensatory damages were not paid.” This is but a paraphrase of a complaint more specifically covered by Article 1110. For the avoidance of doubt, the Arbitral Tribunal therefore holds that under the circumstances of this case if there was no violation of Article 1110, there was none of Article 1105 either.

### C. The contention that the annulment was an act of expropriation

93. The Respondent argues that the Concession Contract came to an end on two independently justified grounds: invalidity and rescission.

94. The second is the more complex. It postulates that the Ayuntamiento was entitled to rescind the Concession Contract due to

DESONA's failure of performance. If the Ayuntamiento was not so entitled, its termination of the Concession Contract was itself a breach. Most of the evidence and debate in these proceedings have focused on this issue: was DESONA in substantial non-compliance with the Concession Contract? The subject is complicated by the fact that DESONA was apparently not given the benefit of the 30-day cure period defined in Article 31 of the Concession Contract.

95. The logical starting point is to examine the asserted original invalidity of the Concession Contract. If this assertion was founded, there is no need to make findings with respect to performance; nor can there be a question of curing original invalidity.

96. From this perspective, the problem may be put quite simply. The Ayuntamiento believed it had grounds for holding the Concession Contract to be invalid under Mexican law governing public service concessions. At DESONA's initiative, these grounds were tested by three levels of Mexican courts, and in each case were found to be extant. How can it be said that Mexico breached NAFTA when the Ayuntamiento of Naucalpan purported to declare the invalidity of a Concession Contract which by its terms was subject to Mexican law, and to the jurisdiction of the Mexican courts, and the courts of Mexico then agreed with the Ayuntamiento's determination? Further, the Claimants have neither contended nor proved that the Mexican legal standards for the annulment of concessions violate Mexico's Chapter Eleven obligations; nor that the Mexican law governing such annulments is expropriatory.

97. With the question thus framed, it becomes evident that for the Claimants to prevail it is not enough that the Arbitral Tribunal disagree with the determination of the Ayuntamiento. A governmental authority surely cannot be faulted for acting in a manner validated by its courts *unless the courts themselves are disavowed at the international level*. As the Mexican courts found that the Ayuntamiento's decision to nullify the Concession Contract was consistent with the Mexican law governing the validity of public service concessions, the question is whether the Mexican court decisions themselves breached Mexico's obligations under Chapter Eleven.

98. True enough, an international tribunal called upon to rule on a

Government's compliance with an international treaty is not paralysed by the fact that the national courts have approved the relevant conduct of public officials. As a former President of the International Court of Justice put it:

“The principles of the separation and independence of the judiciary in municipal law and of respect for the finality of judicial decisions have exerted an important influence on the form in which the general principle of State responsibility has been applied to acts or omissions of judicial organs.

These basic tenets of judicial organization explain the reluctance to be found in some arbitral awards of the last century to admit the extension to the judiciary of the rule that a State is responsible for the acts of all its organs.

However, in the present century State responsibility for acts of judicial organs came to be recognized. Although independent of the Government, the judiciary is not independent of the State: *the judgment given by a judicial authority emanates from an organ of the State in just the same way as a law promulgated by the legislature or a decision taken by the executive.*

The responsibility of the State for acts of judicial authorities may result from three different types of judicial decision.

The first is a decision of a municipal court *clearly incompatible with a rule of international law.*

The second is what is known traditionally as a '*denial of justice.*'

The third occurs when, in certain exceptional and well-defined circumstances, a State is responsible for a judicial decision contrary to municipal law.” Eduardo Jiménez de Aréchaga, “International Law in the Past Third of a Century,” 159-1 Recueil des cours (General Course in Public International law, The Hague, 1978). (Emphasis added.)

99. The possibility of holding a State internationally liable for judicial decisions does not, however, entitle a claimant to seek international review of the national court decisions as though the international jurisdiction seised has plenary appellate jurisdiction. This is not true generally, and it is not true for NAFTA. *What must be shown is that the court decision itself constitutes a violation of the treaty.* Even if the Claimants were to convince this Arbitral Tribunal that the Mexican courts were wrong with respect to the invalidity of the Concession Contract, this would not per se be conclusive as to a violation of NAFTA. More is required; the Claimants must show either a denial of justice, or a pretence of form to achieve an internationally unlawful end.

100. But the Claimants have raised no complaints against the Mexican courts; they do not allege a denial of justice. Without exception, they have directed their many complaints against the Ayuntamiento of Naucalpan. The Arbitral Tribunal finds that this circumstance is fatal to the claim, and makes it unnecessary to consider issues relating to performance of the Concession Contract. *For if there is no complaint against a determination by a competent court that a contract governed by Mexican law was invalid under Mexican law, there is by definition no contract to be expropriated.*

101. The Arbitral Tribunal does not, however, wish to create the impression that the Claimants fail on account of an improperly pleaded case. The Arbitral Tribunal thus deems it appropriate, *ex abundante cautela*, to demonstrate that the Claimants were well advised not to seek to have the Mexican court decisions characterised as violations of NAFTA.

102. A denial of justice could be pleaded if the relevant courts refuse to entertain a suit, if they subject it to undue delay, or if they administer justice in a seriously inadequate way. There is no evidence, or even argument, that any such defects can be ascribed to the Mexican proceedings in this case.

103. There is a fourth type of denial of justice, namely the clear and malicious misapplication of the law. This type of wrong doubtless overlaps with the notion of "pretence of form" to mask a violation of international law. In the present case, not only has no such wrong-doing been pleaded, but the Arbitral Tribunal wishes to record that it views the evi-

dence as sufficient to dispel any shadow over the *bona fides* of the Mexican judgments. Their findings cannot possibly be said to have been arbitrary, let alone malicious.

104. To reach this conclusion it is sufficient to recall the significant evidence of misrepresentation brought before this Arbitral Tribunal. For this purpose, one need to do no more than to examine the twelfth of the 27 irregularities, upheld by the Mexican courts as a cause of nullity: that the Ayuntamiento was misled as to DESONA's capacity to perform the concession.

105. If the Claimants cannot convince the Arbitral Tribunal that the evidence for this finding was so insubstantial, or so bereft of a basis in law, that the judgments were in effect arbitrary or malicious, they simply cannot prevail. The Claimants have not even attempted to rebut the Respondent's evidence on the relevant standards for annulment of concessions under Mexican law. They did not challenge the Respondent's evidence that under Mexican law a public service concession issued by municipal authorities based on error or misrepresentation is invalid. As for factual evidence, they have vigorously combated the inferences made by the Ayuntamiento and the Mexican courts, but they have not denied that evidence exists that the Ayuntamiento was misled as to DESONA's capacity to perform the concession.

106. At the presentation of the project to the Ayuntamiento in November 1992, where Mr Goldenstein "of Global Waste" explained that his company would employ some 200 people and invest approximately US\$ 20 million, Mr Ted Guth of Sunlaw Energy – identified as a company to be associated in the creation of DESONA – also appeared and articulated some "essential elements" of the project as follows:

"to enter into a power agreement with the electric company for 15 years and to build a power plant that will use methane gas from the sanitary landfills of Rincon Verde and Corral del Indio in Naucalpan, with an estimated generation of 210 megawatts, using bio-gas and some natural gas."

107. As indicated above (see paragraph 32), this prospect – apparently devoid of any feasibility study worth the name – strikes the Arbitral Tri-

bunal as unrealistic. This was the grandiose plan presented to the Ayuntamiento, which was told at the same meeting that the city of Naucalpan would be given a carried interest of 10% in DESONA "without having to invest one single cent and that after 15 years it would be theirs." One can well understand how members of the Ayuntamiento would be impressed by ostensibly experienced professionals explaining how a costly headache could be transformed into a brilliant and profitable operation.

108. The Claimants obviously cannot legitimately defend themselves by saying that the Ayuntamiento should not have believed statements that were so unreasonably optimistic as to be fraudulent.

109. So when the moment came, one year later, for the Concession Contract to be signed, an absolutely fundamental fact had changed: the Claimants had fallen out with Sunlaw Energy, who had disappeared from the project, as best as the Arbitral Tribunal can determine, by October 1993.

110. For the Claimants to have gone ahead without alerting the Ayuntamiento to this factor was unconscionable. The Arbitral Tribunal cannot believe that the matter was adequately covered by alleged oral disclosures; Article 11 of the Concession Contract states flatly that "[t]he Concessionaire is obligated to install an electricity generating plant which will utilize biogas out of Rincon Verde, Corral del Indio, or other." (Claimants' Translation, Claimants' Memorial, Section 3, p. 22.)

111. It is more than a permissible inference that the original text of the Concession Contract had been prepared on the basis, from the Claimants' perspective, that they would be able to form an operating consortium, that they had envisaged a programme dependent on the contributions of such third parties, and that once the text had been approved by the legislature they did not wish to endanger what they had achieved by disclosing that key partners had defected.

112. The testimony of Mr Ronald Proctor, although he was proffered by the Claimants, was unfavourable to them. His written statement explains that during late October and early November 1993, he attended meetings with Naucalpan officials, including the Mayor, during which he explained that his company, BFI, was assisting DESONA and

“would commit the necessary start-up effort, capital and operational expertise to DESONA in order to ensure the performance of the Concession Contract.”

113. There is no doubt about *BFI*'s capacity; it is a billion-dollar company with unquestioned credibility in the industry. The point is rather that this testimony flatly contradicts an ostensible foundation of the Concession Contract *with DESONA*. There is not a shred of written evidence that Mexican officials were content to rely on DESONA because BFI was there, in effect, to do everything: start-up, funding, and operations. Quite to the contrary, the contemporaneous written evidence relating to the period prior to signature shows reliance on the representations of the Claimants as to their own capabilities. The Concession Contract itself does not contemplate assignments, sub-contracts, or surrogates – let alone any suggestion that DESONA could ensure performance of the Concession Contract only if it found an able joint venture partner.

114. In a phrase, Mr Proctor's testimony, perhaps unintentionally, supports the conclusion that the Claimants' main effort was focussed on getting the Concession Contract signed, after which they intended to offer bits and pieces of valuable contract rights to more capable partners.

115. The Ayuntamiento was entitled to expect much more.

116. The Concession Contract says nothing about assignability. The Respondent has proffered evidence of Mexican law to the effect that public service concessions are granted *intuitu personae* to a physical person or legal entity on the basis of particular qualities. The Claimants have not contradicted this evidence.

117. The Claimants also sought to rely on an unsigned letter said to have been written by the previous Mayor of Naucalpan in March 1994. The substance of the letter is in support of the Claimants, who of course at that point in time were in imminent danger of losing DESONA's concession. The Respondent does not accept this document as genuine. But taking it as proffered by the Claimants, it is highly damaging to their case in connection with the alleged misrepresentations, because it refers to the fact that the DESONA

"stockholders are owners of a North American company that has 40 years of experience in waste collection service. ... These businessmen provide services in the City of Los Angeles, Montebello, City of Industry and the City of Malibu."

118. If this is what the Mayor who signed the Concession Contract still thought in March 1994, the Claimants cannot seriously contend that, whatever they say might have been their earlier "puffery" in 1992 (to use Mr St. Louis' hopeful euphemism), they had revealed all relevant elements of their modest experience, and Global Waste's short and woeful corporate history, by the time the Concession Contract was signed in November 1993.

119. The only evidence the Claimants have to support their contention that they made adequate disclosures before signature of the Concession Contract – as is clear from their post-hearing "Closing Memorial" – is the self-serving oral assertion of Mr Goldenstein that he fully informed city officials in various unrecorded conversations. This evidence is not consistent with the record. It is rejected.

120. To resume: the Claimants have not even attempted to demonstrate that the Mexican court decisions constituted a fundamental departure from established principles of Mexican law. The Respondent's evidence as to the relevant legal standards for annulment of public service contracts stands unrebutted. Nor do the Claimants contend that these legal standards breach NAFTA Article 1110. The Arbitral Tribunal finds nothing in the application of these standards with respect to the issue of invalidity that appears arbitrary or unsustainable in light of the evidentiary record. To the contrary, the evidence positively supports the conclusions of the Mexican courts.

121. By way of a final observation, it must be said that the Claimants' credibility suffered as a result of a number of incidents that were revealed in the course of these arbitral proceedings, and which, although neither the Ayuntamiento nor the Mexican courts would have been aware of them before this arbitration commenced, reinforce the conclusion that the Ayuntamiento was led to sign the Concession Contract on false pretences. It is hard to ignore the consistency with which the Claimants' various partners or would-be partners became disaffected with them. A

Mexican businessman, Dr Palacios, appears to have contributed US\$ 225,000, as well as equipment, in the mistaken belief that he was making a capital contribution which would lead to his becoming a DESONA shareholder. On 5 June 1994 he brought a criminal action for fraud against Mr Goldenstein, requesting that the police be requested to arrest him on sight. Mr Proctor of BFI, although called as a witness by the Claimants, apparently recommended legal action against the Claimants when he found out that the two vehicles purchased with the proceeds of a loan from BFI were sold by DESONA without repaying the loan. Mr Bryan Stirrat, whose company worked as an independent contractor on the Naucalpan landfill and to this day has an unsecured claim against DESONA in the amount of US\$ 765,000, excluding interest, stated on cross-examination that he had not been aware when he went with Mr Goldenstein on 1 June 1994 to a meeting of the Ayuntamiento to seek reinstatement of the Concession Contract that DESONA had sold all of its assets 10 days earlier; he affirmed that his company had received nothing from the proceeds of that sale.

122. The list of demonstrably unreliable representations made before the Arbitral Tribunal is unfortunately long. The arbitrators are reluctant to dwell on it in this Award, because they believe that the Claimants' counsel are competent and honourable professionals to whom a number of these revelations came as a surprise. Nor is there any reason to embarrass Mr Davitian, who struck the Arbitral Tribunal as a hard-working individual who may have been well out of his depth in an unfamiliar environment, not even understanding what was being said on his behalf. The same is *a fortiori* true of Ms Baca, his divorced spouse, who apparently had no role in the project at all.

123. The credibility gap lies squarely at the feet of Mr Goldenstein, who without the slightest inhibition appeared to embrace the view that what one is allowed to say is only limited by what one can get away with. Whether the issue was how non-U.S. nationals could de facto operate a Subchapter S corporation, how the importer of vehicles might identify the ostensible seller and the ostensible price to the customs authorities, or how a cheque made out to an official – as reimbursement of a luncheon – but endorsed back to the payer might still be presented as evidence of payment under a lease, Mr Goldenstein seemed to believe that such conduct is not only acceptable in business, but a sign of worldly competence.

124. The Arbitral Tribunal obviously disapproves of this attitude, and observes that it comforts the conclusion that the annulment of the Concession Contract did not violate the Government of Mexico's obligations under NAFTA.

## VII. COSTS

125. The claim has failed in its entirety. The Respondent has been put to considerable inconvenience. In ordinary circumstances it is common in international arbitral proceedings that a losing claimant is ordered to bear the costs of the arbitration, as well as to contribute to the prevailing respondent's reasonable costs of representation. This practice serves the dual function of reparation and dissuasion.

126. In this case, however, four factors militate against an award of costs. First, this is a new and novel mechanism for the resolution of international investment disputes. Although the Claimants have failed to make their case under NAFTA, the Arbitral Tribunal accepts, by way of limitation, that the legal constraints on such causes of action were unfamiliar. Secondly, the Claimants presented their case in an efficient and professional manner. Thirdly, the Arbitral Tribunal considers that by raising issues of defective performance (as opposed to voidness *ab initio*) without regard to the notice provisions of the Concession Contract, the Naucalpan Ayuntamiento may be said to some extent to have invited litigation. Fourthly, it appears that the persons most accountable for the Claimants' wrongful behaviour would be the least likely to be affected by an award of costs; Mr. Goldenstein is beyond this Arbitral Tribunal's jurisdiction, while Ms. Baca – who might as a practical matter be the most solvent of the Claimants – had no active role at any stage.

127. Accordingly the Arbitral Tribunal makes no award of costs, with the result that each side bears its own expenditures, and the amounts paid to ICSID are allocated equally.

## VIII. DECISION

128. For the reasons stated above, and rejecting all contentions to the contrary, the Arbitral Tribunal hereby decides in favour of the Respondent.

Made as at Toronto, Canada, in English and Spanish, both versions being equally authentic.

---

/ signed /

Mr Benjamin R. Civiletti

---

/ signed /

Mr Claus von Wobeser

Date: [October 11, 1999]

Date: [October 18, 1999]

---

/ signed /

Mr Jan Paulsson,  
President

Date: [6 October 1999]

CASO Núm. ARB(AF)/97/2

CENTRO INTERNACIONAL DE  
ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS  
A INVERSIONES  
(MECANISMO COMPLEMENTARIO)

E N T R E:

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

y

LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS  
**Demandado**

---

**LAUDO ARBITRAL**

---

Ante el Tribunal Arbitral  
constituido con base en el Capítulo  
Once del Tratado de Libre  
Comercio de América del Norte e  
integrado por:

Sr. Benjamin R. Civiletti  
Sr. Claus von Wobeser  
Sr. Jan Paulsson (Presidente)

Fecha de envío a las partes:  
1º de noviembre de 1999

## ÍNDICE

I.	Las Partes	1
II.	Cronología básica	2
III.	Perspectiva General de la controversia	5
IV.	El procedimiento	9
V.	Reparación reclamada	21
VI.	Validez de la reclamación con arreglo al TLCAN	23
VII.	Costas	37
VIII.	Decisión arbitral	37

## **I. LAS PARTES**

### **A. Los demandantes**

1. Los demandantes, el Sr. Robert Azinian, de Los Angeles, California, el Sr. Kenneth Davitian, de Burbank, California y la Sra. Ellen Baca, de Sherman Oaks, California, iniciaron este procedimiento como ciudadanos de los Estados Unidos (en adelante, “EE.UU.”) y accionistas de la sociedad mexicana denominada Desechos Sólidos de Naucalpan S.A. de C.V. (en adelante, “DESONA”). DESONA era titular de un contrato de concesión celebrado el 15 de noviembre de 1993 (en adelante, “el Contrato de concesión”) relativo a la recolección y eliminación de basura en la ciudad de Naucalpan de Juárez.

2. Los demandantes están representados en este procedimiento por:

David J. St. Louis, Esq.  
Law Offices of David J. St. Louis, Inc.  
575 East Alluvial  
Suite 102  
Fresno, California 93720  
EE.UU.

### **B. El demandado**

3. El demandado, el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, está representado en este procedimiento por:

Lic. Hugo Perezcano Díaz  
Consultor Jurídico  
Subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales  
Dirección General de Consultoría Jurídica de Negociaciones  
Secretaría de Comercio y Fomento Industrial  
Alfonso Reyes No.30, Piso 17  
Colonia Condesa  
México, Distrito Federal, C.P.06149  
México

## II. CRONOLOGÍA BÁSICA

4. A principios de 1992, el Alcalde de Naucalpan y otros miembros del Ayuntamiento de esta localidad visitaron Los Ángeles por invitación de los demandantes para observar las actividades de Global Waste Industries, Inc., sociedad de la que éstos afirmaron tener el control.

5. El 7 de octubre de 1992 el Sr. Azinian envió al Alcalde de Naucalpan una carta con membrete de Global Waste Industries Inc. (en adelante, “Global Waste”) y en calidad de “Presidente” de ésta, con un resumen del modo en que “esperamos poner en práctica ... la solución integral propuesta para el problema de los residuos sólidos” de la ciudad. Se realizaron las siguientes afirmaciones:

- (1) “La empresa reemplazará el equipamiento de recolección actual por tecnología avanzada en el área de los desechos sólidos,” incluidos, concretamente, vehículos a prueba de agua y contenedores metálicos.
- (2) “La inversión necesaria para implementar un sistema de recolección, transporte y procesamiento higiénico y eficiente es de aproximadamente” US\$20.000.000, de la cual el 50% “se destinaría para la adquisición de equipamiento de recolección.”
- (3) “GLOBAL WASTE INDUSTRIES, INC. es una empresa especializada en recolección y reducción de residuos sólidos. Con más de 40 años de experiencia GLOBAL WASTE proporciona servicios de recolección a residencias, comercios e industrias en el Condado de Los Ángeles.”

6. En el curso de una sesión del Ayuntamiento celebrada el 4 de noviembre de 1992 se presenta el “Proyecto de solución integral”. Se expuso que se involucraría un consorcio que incluía Sunlaw Energy Inc., sociedad estadounidense con experiencia en la conversión de biomasa en energía, y con una inversión de US\$20 millones.

7. No obstante lo atractivo de esta propuesta, debido a las limitaciones de su propio mandato el Ayuntamiento no estaba en condiciones de

otorgar el Contrato de concesión previsto por 15 años; en estos casos, la legislación mexicana exige la aprobación de la legislatura estatal. Consecuentemente, a finales de julio de 1993 se presentó el proyecto ante un comité legislativo. En respaldo del proyecto, el Sr. Ariel Goldenstein, socio empresarial estrechamente unido a los demandantes y futuro Director General de DESONA, afirmó que “nuestra empresa está trabajando en los Estados Unidos desde hace 40 años.” El Director de Desarrollo Económico de Naucalpan explicó que este es el motivo por el que “elegimos a Global Waste.” El Alcalde de Naucalpan aludió a los “más de 40 años de experiencia en esta materia en la ciudad de Los Ángeles, en un condado que como ustedes saben tiene más de 21 millones de habitantes.” (Reunión de Comités Unidos del 22 de julio de 1993, Anexo Uno, Escrito de Duplicata del demandado, traducción al inglés, págs. 1, 4 y 10.)

8. El 15 de agosto se publicó en la gaceta oficial la aprobación legislativa del Contrato de concesión propuesto, abriendo un plazo de 90 días para su firma.

9. El 15 de noviembre se firmó el Contrato de concesión. Dos días más tarde, DESONA comienza la recolección de residuos comerciales e industriales, utilizando dos vehículos de carga frontal reacondicionados.

10. El 13 de diciembre DESONA inició la recolección en la sección Satélite de Naucalpan, pero no suministró los cinco vehículos de carga trasera previstos en el programa de operaciones del Contrato de concesión. Hasta la terminación del Contrato de concesión, los dos vehículos iniciales de carga frontal permanecieron como las únicas unidades de los 70 vehículos “de tecnología de punta” que en el Contrato de concesión se prevé serán puestos en servicio por DESONA.

11. El 1º de enero de 1994 una nueva administración del Ayuntamiento de Naucalpan tomó posesión. (Esta nueva administración correspondía al mismo partido político.)

12. En enero y febrero tuvieron lugar varias reuniones entre el personal de DESONA y el Ayuntamiento acerca de la ejecución del Contrato de concesión. El Ayuntamiento estaba especialmente preocupado de la ausencia de vehículos nuevos, lo cual DESONA explicó se debió a dificultades en la obtención de permisos de importación, circunstancia ajena a su responsabilidad.

13. A mediados de febrero, el Ayuntamiento solicitó asesoramiento jurídico independiente sobre el Contrato de concesión. Se le informó que había 27 “irregularidades” relativas al otorgamiento y el cumplimiento del Contrato de concesión.

14. El 7 de marzo el Ayuntamiento decidió informar a DESONA las irregularidades detectadas y ofrecerle la oportunidad de darles respuesta.

15. El 10 de marzo, en presencia del Sr. Davitian y los abogados locales de DESONA, los cargos fueron leídos y se instruyó a DESONA para que los respondiera a más tardar el 17 de marzo.

16. El 15 de marzo, DESONA inició un procedimiento ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado, solicitando la anulación de la resolución del Ayuntamiento (del 7 de marzo) por la que se cuestiona la validez del Contrato de concesión.

17. El 21 de marzo, pese a una protesta formulada por DESONA del 16 del mismo mes, el Ayuntamiento decidió anular el Contrato de concesión. Esta decisión fue notificada dos días después a los demandantes.

18. El 11 de abril, DESONA modificó su demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado, para incluir una solicitud de anulación de la resolución del Ayuntamiento de 21 de marzo.

19. El 1º de junio se concede a DESONA la oportunidad de presentar su caso en una sesión extraordinaria del Ayuntamiento. El Sr. Goldenstein compareció en representación de DESONA.

20. El 14 de junio el Tribunal de lo Contencioso Administrativo escuchó los reclamos de DESONA, los cuales fueron desestimados mediante sentencia de 4 de julio.

21. El 13 de julio DESONA apeló ante la Sala Superior del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el cual ratificó la anulación del Contrato de concesión por parte del Ayuntamiento mediante una sentencia del 17 de noviembre. La Sala Superior determinó que de las 27 irregularidades fueron demostradas nueve. Siete de ellas se refieren a diversas declaraciones falsas de los demandantes en relación con la celebración del Contrato de concesión.

22. El 10 de diciembre DESONA presentó otro recurso ante un Tribunal Colegiado de Circuito, el cual se denomina solicitud de amparo.

23. El 18 de mayo el Tribunal Colegiado de Circuito dictó una resolución favorable al Ayuntamiento de Naucalpan, ratificando específicamente la sentencia de la Sala Superior en cuanto a la legalidad de los nueve motivos de nulidad aceptados.

24. El 17 de marzo de 1997 los demandantes, accionistas de DESONA, iniciaron el presente procedimiento arbitral contra el Gobierno de México con base en el Capítulo Once del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante “TLCAN”), presentando una demanda de arbitraje al amparo del artículo 1137 (1) (b) de dicho Tratado.

### III. PERSPECTIVA GENERAL DE LA CONTROVERSIA

25. Naucalpan es un suburbio importante y altamente industrializado de la Ciudad de México. En 1993, cuando se firmó el Contrato de concesión, tenía una población de casi dos millones de personas y 21.800 establecimientos comerciales e industriales. El manejo de los residuos residenciales y empresariales era, y sigue siendo, una importante función de las autoridades municipales. Se recogían algo más de 900 toneladas diarias de residuos residenciales y algo menos de 900 toneladas diarias de residuos comerciales e industriales. (Estos últimos generan mayores utilidades para el prestador de los servicios de recolección y eliminación.) Cuando DESONA entró en escena, la recolección, el tratamiento y la eliminación dejaban mucho que desear. El equipamiento municipal era inadecuado y obsoleto.

26. Tal como estaba concebido, el proyecto de los demandantes buscaba de hecho un beneficio muy superior a las ganancias de los prestadores locales de servicios de eliminación de residuos. Su objetivo era que esta iniciativa constituyera un proyecto piloto que finalmente generara mayores industrias, empezando por la modernización de la eliminación de residuos a lo largo de todo México y extendiéndose a importantes actividades subsidiarias:

- la fabricación de vehículos especializados modernos en México, no sólo para el mercado mexicano sino también para los de América Central y del Sur,

- el reciclaje de residuos, principalmente para producir cartón, y
- la construcción de plantas generadoras de poder mediante la conversión en electricidad de biogases de los rellenos, destinándose en parte los ingresos generados a la financiación de la mejora de la infraestructura de eliminación de residuos.

27. Una vez conseguido un contrato a largo plazo con una importante ciudad mexicana, los demandantes esperaban atraer a terceros especializados y dotados de mayores recursos financieros que unieran sus fuerzas con ellos y les permitieran conseguir, a partir de sus modestos recursos, una posición rentable en un gran proyecto. En alguna correspondencia se alude a ésta como una “nueva compañía (Newco)” a la que DESONA cedería de algún modo sus operaciones en Naucalpan. Durante las audiencias ante el Tribunal Arbitral se aludió en varias ocasiones al plan de utilizar la concesión inicial para atraer nuevos participantes así como “difundir el proyecto.” En su testimonio oral, el Sr. Goldenstein explicó que la inversión de US\$20 millones prevista por los demandantes debía entenderse como financiada por Sunlaw Energy (Transcripción en inglés, 21.6.99, pág. 296, l. 8 y pág. 298, l. 9–10). No explicó cómo bastarían los US\$20 millones para construir una planta generadora de electricidad de 200 megavatios. Lo que es más importante, él no pudo señalar prueba alguna de que se hubiera advertido a autoridad mexicana alguna, antes de la firma del Contrato de concesión, que Sunlaw había perdido interés en el proyecto, con el resultado de que en adelante no sería una fuente de financiación. Por el contrario, el Contrato de concesión firmado mantenía, en su artículo 11, la estipulación relativa a la planta generadora.

28. Hoy, como consecuencia de la cancelación del Contrato de concesión de DESONA por parte de la Ciudad de Naucalpan, los demandantes, como accionistas de DESONA están buscando recuperar la perdida de “el valor de la concesión como negocio en marcha.” El más alto de sus métodos alternativos de valoración (véase la Sección V) resulta en una cifra en torno a US\$19,2 millones. Los demandantes alegan que los actos del Ayuntamiento de Naucalpan resultaron en una violación del TLCAN imputable al Gobierno de México.

29. La reclamación tiene algunas dificultades evidentes. Debe señalarse que éste no constituía un grupo de inversionistas propiamente prestigiosos. Ellos se habían presentado como los principales responsables de

Global Waste, con aproximadamente 40 años de experiencia en el sector. En realidad, Global Waste se había constituido en Los Ángeles en marzo de 1991, pero entró en quiebra en mayo de 1992, catorce meses después. Global Waste no era propietaria de vehículos, y en el año precedente a su quiebra tuvo unas utilidades de sólo US\$30.000. El único demandante del que podía afirmarse que tenía experiencia en el sector era el Sr. Davitian, cuya familia había operado en el sector de la eliminación de residuos en el área de Los Ángeles. En realidad, el Sr. Davitian era el único demandante con acciones de Global Waste (el 15%). (El Sr. Goldenstein testificó que estaban en el entendido que él, el Sr. Davitian y el Sr. Azinian fueran tratados como propietarios de un tercio de las ganancias de Global Waste, pero que esto no se formalizó en una propiedad legal porque se trataba de una sociedad de las denominadas de Subcapítulo S y a efectos fiscales no podía incluir accionistas extranjeros; Transcripción en inglés, 21.6.99, pág. 294, l. 2.). Aún en el caso personal del Sr. Davitian, y dado que su edad era precisamente de 40 años en 1993, la afirmación de que contaba con 40 años de experiencia era absurda.

30. En cuanto a los restantes demandantes: el Sr. Azinian no poseía una experiencia al respecto, tenía un largo historial de litigios mercantiles perdidos y había sido declarado personalmente en quiebra en 1991. El Sr. Goldenstein tenía como antecedentes un negocio familiar en Argentina y la dirección de restaurantes en los EE.UU., y afirma tener experiencia en la financiación de grandes proyectos cinematográficos gracias a sus estudios en Los Ángeles. El Sr. Goldenstein no fue nunca accionista de Global Waste, pero se relacionó con las autoridades mexicanas en nombre de ésta. Fue descrito por los abogados de los demandantes como “la persona más autorizada, desde el punto de vista de los demandantes, en todo lo relativo a las operaciones que aquí se tratan” (Transcripción en inglés, 21.6.99, pág. 21, l. 12).<sup>1</sup>

31. Ninguno de estos antecedentes fue revelado a las autoridades de Naucalpan. Las autoridades de Naucalpan encomendaron de este modo un servicio público a personas extranjeras de las que falsamente se le hizo

---

<sup>1</sup> El Sr. Goldenstein no es uno de los demandantes por ser de nacionalidad argentina y no tener legitimación con arreglo al TILCAN. La Sra. Baca, por su parte, es demandante como consecuencia de una liquidación de bienes en su divorcio del Sr. Davitian, y aparentemente no ha desempeñado un papel sustantivo en el proyecto.

creer que formaban parte de una empresa experimentada dotada de recursos financieros y tecnológicos adecuados para la tarea.

32. Tampoco hubo, en la fecha de celebración del Contrato de concesión, compromisos firmes de los diversos terceros cuya participación era necesaria para que el negocio evolucionara desde un proyecto piloto hasta alcanzar otros ambiciosos objetivos o incluso para que pudieran prestarse los servicios básicos de ingeniería y aportarse los equipos fundamentales previstos en dicho Contrato. El programa de conversión de gases de rellenos parece haber sido una fantasía por diversas razones prácticas elementales, entre ellas el hecho de que tales gases no podían suministrar más que una parte de la materia prima necesaria (hubiera sido necesario comprar hasta un 95% del gas natural a PEMEX, cuya postura frente al proyecto de esta nueva fuente de energía eléctrica podría haber sido hostil). La capacidad de la planta eléctrica prevista en el Contrato de concesión era asombrosa. La generación de 200 megavatios hubiera probablemente requerido una inversión muy superior a los US\$100 millones. La dimensión de una planta de este tipo hubiera sido cuatro veces la de la mayor planta eléctrica conectada a rellenos en los EE.UU. De hecho, Sunlaw Energy, la sociedad estadounidense que iba a financiar la adquisición de una nueva flota recolectora mediante el proyecto de la generación de electricidad, se retiró del proyecto poco antes de la firma del Contrato de concesión, dejando aparentemente a los demandantes con pocas fuentes de financiación, fuera de los ingresos previstos procedentes de los usuarios de Naucalpan. Dado que el presupuesto de la ciudad no prevía rubro alguno para la adquisición de nuevos equipos, resulta difícil calificar esta situación como sana.

33. Durante el breve período de supuesto cumplimiento del Contrato de concesión, los demandantes dieron toda la impresión de operar con notable escasez de recursos, con dificultad para financiar la adquisición de dos vehículos (y no nuevos, sino reacondicionados a tal fin) e, incluso, pagar la nómina. Pese a ello, en la misma fecha en que se presentó el Contrato de concesión ante el Ayuntamiento de la Ciudad de Naucalpan para su aprobación, el Sr. Goldenstein reafirmó que la inversión del proyecto sería de aproximadamente US\$20 millones. Las pruebas llevan necesariamente a la conclusión de que los demandantes celebraron el Contrato de concesión con declaraciones falsas, y que carecían la capacidad de cumplirlo.

34. Las nuevas autoridades municipales que tomaron posesión el 1º de enero de 1994 mostraron escasa inclinación a resolver las cosas con DESONA o sus responsables, en lugar de ello, les entregaron una lista de 27 supuestos motivos de terminación. Debe quedar claro que el Tribunal Arbitral no formula crítica alguna con respecto al Sr. Francesco Piazzesi, quien se convirtió en Director de Desarrollo Económico de Naucalpan en enero de 1994. El Sr. Piazzesi compareció ante el Tribunal Arbitral y ofreció un relato creíble de sus actos. Ciertamente el Sr. Piazzesi testificó que su recomendación personal en marzo de 1994 fue que el Contrato de concesión *no* debía anularse en ese momento (Transcripción en inglés, 23.6.99, pág. 130, l. 5-6). La razón por la cual no se siguió esta recomendación queda sin explicar, por lo cual se entiende que el Sr. St. Louis, en representación de los demandantes, reproche al demandado haber adoptado una política de “abstención de testigos”, al no presentar a otros funcionarios como testigos. La propia lista ignora el período de 30 días para corregir irregularidades estipulado en el Contrato de concesión. Los demandantes insisten en que estaban en una posición de remediar las fallas y de cumplir con sus obligaciones.

35. Este resumen explica los antecedentes de la impugnación por los demandantes de la validez de la pretendida terminación del Contrato de concesión, como también la tesis contraria del Ayuntamiento de Naucalpan en cuanto a que el Contrato de concesión era o bien nulo por falsas declaraciones, o bien rescindible por incumplimiento. Antes de avanzar en el análisis, el Tribunal Arbitral debe comprobar a su satisfacción que esta controversia puede someterse a una plena revisión sustantiva ante un Tribunal del TLCAN. El Tribunal Arbitral no está satisfecho al respecto, lo que, y por las circunstancias que se describirán más detalladamente y las razones que se expondrán en la Sección VI, es suficiente con ello para resolver el presente caso.

#### IV. EL PROCEDIMIENTO

36. El 24 de noviembre de 1996 los demandantes enviaron al demandado una “Notificación preliminar de su intención de presentar una demanda y el consentimiento de los inversionistas” que se hacía “con base en el Apartado 5, Capítulo 11, Subcapítulo B del TLCAN, como consecuencia de una expropiación de un negocio por la Ciudad de Naucalpan de Juárez, Estado de México, y contra el Gobierno Federal de México.”

Los demandantes renunciaban expresamente a su derecho a “futuros procedimientos judiciales o administrativos relativos a esta reclamación con arreglo al artículo 1121(1) y (2) [del TLCAN].”

37. Un documento más detallado de los demandantes, titulado “Notificación de la intención de presentar una demanda de arbitraje”, fue recibida por el demandado el 10 de diciembre de 1996; el 16 de diciembre recibió una versión ligeramente modificada, titulada “Notificación modificada de la intención de presentar una demanda de arbitraje.”

38. Mediante una notificación de reclamación de fecha 10 de marzo de 1997, presentada el 17 de marzo, los demandantes solicitaron al Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante “CIADI”) la aprobación y registro de su solicitud de acceso al Mecanismo Complementario del CIADI, y presentaron su demanda de arbitraje con arreglo al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

39. El 24 de marzo de 1997, el Secretario General interino del CIADI informó a las partes que los requisitos del artículo 4(2) del Reglamento del Mecanismo Complementario se habían cumplido y que la solicitud de los demandantes para tener acceso al Mecanismo Complementario había sido aprobada y el Certificado de registro del caso emitido.

40. Luego de los nombramientos efectuados en forma debida, el Secretario General interino del CIADI informó a las partes que se entendía haberse constituido el Tribunal Arbitral y el procedimiento iniciado el 9 de julio de 1997, y que el Sr. Alejandro A. Escobar, del CIADI, actuaría como Secretario del Tribunal Arbitral. Todas las comunicaciones escritas posteriores entre el Tribunal Arbitral y las partes se realizaron a través del Secretariado del CIADI. (Todas las referencias que en lo sucesivo se hagan al “CIADI” aludirán a dicho Secretariado.)

41. La primera sesión del Tribunal Arbitral se celebró, con el acuerdo de las partes, el 26 de septiembre de 1997 en Washington D.C. Esta sesión dio lugar a otros acuerdos sobre diversas cuestiones procedimentales, reflejados en las actas escritas firmadas por el Presidente y el Secretario del Tribunal. Mediante acuerdo entre las partes y el Tribunal, se eligió Toronto como el lugar del arbitraje.

42. En el curso de la audiencia, el demandado cuestionó la personalidad de los demandantes. El Tribunal Arbitral indicó que este asunto debía resolverse antes de la consideración del fondo. Se acordó que el demandado presentaría a más tardar del 6 de octubre de 1997 un incidente escrito relacionado con la personalidad de los demandantes. A continuación, los demandantes presentarían una respuesta escrita, tras lo cual se ofrecería al demandado la posibilidad de presentar una réplica escrita.

43. El CIADI recibió del demandado un Incidente por el cual se solicitan instrucciones (en adelante, “el Incidente”) el 6 de octubre de 1997. En él, el demandado cuestionaba la personalidad de los demandantes con base al TLCAN. En concreto, el demandado solicitaba que los demandantes acreditaran:

“(i) *si cada uno de ellos* está legitimado para invocar la sección B del capítulo once; (ii) en caso de estar legitimados, si someten una reclamación al arbitraje conforme al artículo 1116 (...) o conforme al artículo 1117; (iii) en caso de que la reclamación se presentara conforme al artículo 1117, si la está haciendo valer el inversionista propietario o que controla la empresa; y (iv) en cualquier caso, que la empresa de la cual cualquiera de ellos es supuesto propietario o que supuestamente controla, o en la cual cualquiera de ellos afirma tener un interés accionario o de otro tipo, fue una sociedad regular en todos los momentos en que se suscitaron los acontecimientos a que dan lugar a la litis.”

44. En el Incidente se afirmaba también que era crucial que la empresa supuestamente perjudicada “ha autorizado debidamente la presentación de una reclamación al arbitraje.”

45. En respuesta, los demandantes presentaron su Respuesta al Incidente de fecha 5 de noviembre de 1997, en la que trataban de demostrar que: el artículo 1117 (3) del TLCAN “contempla expresamente” que un inversionista puede presentar una demanda en virtud de los artículos 1116 y 1117; que los demandantes tienen personalidad con base en la definición de “inversionista” del artículo 1139; y que la sociedad “válida y existente” – a que se hace referencia en el Incidente del demandado – tuvo la concesión en todo momento relevante y autorizó debidamente la presentación de la demanda.

46. La “Contestación del demandado a la Respuesta al Incidente del Gobierno de México mediante el cual se solicitan instrucciones sobre la legitimación para someter una reclamación al arbitraje” (en adelante “la Contestación”) fue recibida por el CIADI el 12 de diciembre de 1997. En ella el demandado reiteró su reclamación de que las cuestiones relativas a la naturaleza de la demanda y la capacidad respectiva de los demandantes fueran resueltas previamente al análisis del fondo. También cuestiona la adecuación de las pruebas presentadas por los demandantes para fundar de su derecho a invocar la Sección B del TLCAN.

47. Mediante carta del 16 de diciembre de 1997, los demandantes solicitaron una prórroga de un mes para remitir el escrito de demanda. El Tribunal accedió mediante carta del 17 de diciembre de 1997.

48. En una “Decisión interlocutoria relativa al incidente por el cual la parte demandada solicita instrucciones” (en adelante, “la Decisión interlocutoria”) de fecha 22 de enero de 1998, el Tribunal Arbitral resolvió que aunque “los alegatos (...) plantean varias cuestiones complejas que pueden llegar a restringir la competencia del Tribunal (...), al parecer es poco probable que conduzcan a eliminar por completo la necesidad de analizar el fondo,” por lo que la cuestión de la personalidad se resolverá con las alegaciones sobre el fondo. En particular, el Tribunal formuló las cuatro observaciones siguientes: que si parte de la demanda del Sr. Azinian hubiera sido hecha por éste “subrogándose, en forma no permitida” en los derechos del Sr. Goldenstein, el Tribunal podría determinar tal cosa en un momento posterior, pues afectaría al “quantum” pero no la personalidad del Sr. Azinian *per se*; que si fuera cierto que el Sr. Davitian no era accionista en todo momento relevante, esto podría eliminar su capacidad, pero no obviaría la consideración del fondo, ni su “presencia provisional” como demandante complicaría los hechos a juzgar sobre el fondo; que si los Sres. Azinian y Davitian trataran de presentar demandas fuera de la jurisdicción del Tribunal como la establece el TLCAN, esto podría resolverse a su debido tiempo; y que aunque los demandantes han señalado “DESONA B” como la entidad perjudicada por los actos supuestamente indebidos del demandado, y aunque las complicaciones relativas a las diversas formas de “DESONA” forman parte del fondo, ni “DESONA A” ni “DESONA B” son demandantes.

49. El 28 de enero de 1998, los demandantes presentaron su escrito de demanda, recibida por el demandado el 10 de febrero de 1998.

50. El 1º de abril de 1998 el demandado presentó un segundo Incidente de instrucciones (en adelante, “el Segundo incidente”) solicitando más datos y la aportación de documentos adicionales. El demandado solicitó también al Tribunal que instruyera la suspensión del plazo de presentación de la contestación del demandado hasta que los demandantes aportaran los datos y documentos solicitados en esta Segunda moción.

51. Los demandantes, mediante carta de fecha 9 de abril de 1998, se declararon a si mismos dispuestos a aportar los documentos solicitados y “la prueba documental solicitada en la Petición de datos de México (...) sin necesidad de una resolución del Tribunal.”

52. El Tribunal Arbitral resolvió sobre el Segundo incidente mediante carta del 27 de abril de 1998, en la que señala que:

“esperará la aportación de la información voluntariamente ofrecida por los demandantes. A su recepción, se invita al demandado a indicar sin dilación al Tribunal Arbitral si considera aún necesaria alguna resolución adicional y solicitar un ajuste razonable del plazo para presentar su contestación de demanda.”

53. Los demandantes alegaron mediante carta del 5 de mayo de 1998 que el demandado estaba infringiendo la Regla 43 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI al ponerse en contacto con los testigos de los demandantes. Estos solicitaron al Tribunal una declaración relativa a que los testigos citados por una parte no podían ser contactados unilateralmente por la otra. Mediante carta del 6 de mayo de 1998, el Tribunal preguntó al demandado si tenía alguna objeción con respecto a la declaración propuesta por los demandantes.

54. El demandado respondió mediante carta del 12 de mayo de 1998, alegando que las entrevistas con testigos no de parte sobre declaraciones realizadas en el escrito de demanda de los demandantes no contravienen en modo alguno el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, y que el demandado “está en libertad de obtener información de testigos que no son parte en el procedimiento”, dado que “es un principio general que ninguna parte se apropiá a los testigos.” Con respecto a la Regla 43, el demandado alega que regula cuestiones que se plantean exclusivamente durante el procedimiento oral.

55. Mediante carta del 18 de mayo de 1998, los demandantes respondieron a la carta del demandado del 12 del mismo mes, reconociendo que una parte no es dueña de un testigo pero reafirmando su argumento inicial de que “estos contactos [los del demandado con los testigos de los demandantes que no son parte] están orientados a conseguir información para impugnar las declaraciones juradas obtenidas sin la presencia de un abogado de la parte contraria.” Los demandantes alegan también que “(i) está bastante claro que el demandado está tratando de obtener pruebas extrajudiciales por ‘otros medios’ y, por tanto, estos interrogatorios extrajudiciales caen en el ámbito (...) del artículo 43, que autoriza al tribunal a dictar medidas de protección. Es un principio fundamental de derecho que el Tribunal tiene autoridad para dirigir el procedimiento de forma ordenada para que haya justicia para ambas partes.” El demandado respondió mediante carta del 20 de mayo de 1998, reiterando los argumentos expuestos en su comunicación del 12 de mayo.

56. El Tribunal Arbitral resolvió del siguiente modo, mediante carta de fecha 19 de junio de 1998, sobre la reclamación relativa a las entrevistas de una de las partes con los testigos cuyas declaraciones escritas habían sido aportadas por su oponente:

“El Tribunal Arbitral considera que las cuestiones planteadas por los demandantes no se tratan en el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI. Tampoco el Tribunal conoce fundamento alguno para impedir las comunicaciones entre una parte y un testigo que es tercero a las partes. Por tanto, el Tribunal hace saber lo siguiente a las partes:

1. El Tribunal Arbitral rechaza restringir la capacidad de cualquiera de las partes de entrevistar testigos que libremente decidan reunirse con los representantes de las mismas.
2. Durante estas entrevistas, el testigo es libre (en lo que atañe al Tribunal Arbitral) de responder o no a las preguntas que considere conveniente.
3. El Tribunal Arbitral espera que estos testigos sean informados previamente por la parte que trate de

reunirse con ellos de que pueden concurrir a la entrevista acompañados de su abogado.

4. Las declaraciones realizadas por un testigo durante estas entrevistas no serán consideradas pruebas.
5. El único testimonio que tendrá valor probatorio será el contenido en declaraciones escritas firmadas o prestadas oralmente en presencia del Tribunal Arbitral.
6. El Tribunal no exige que la parte que obtenga el consentimiento de un testigo para atender una reunión ofrezca a la otra parte la oportunidad de estar presente durante la misma; no ataña al Tribunal que un testigo exija o no la presencia de ambas partes para aceptar tal reunión.”

57. Entretanto, el 18 de mayo de 1998 el CIADI recibió la Respuesta de los demandantes al Segundo incidente de instrucciones del demandado del 1º de abril de 1998.

58. El 8 de junio de 1998, el demandado presentó un “Incidente por el cual se solicitan instrucciones para que se proporcione información específica y documentos” en la que reiteró las exigencias de su Segundo incidente. Solicitaba que el Tribunal requiriera a los demandantes más datos y documentos adicionales; y que el plazo de presentación de la contestación de la demanda se suspendiera hasta que los demandantes cumplieran las instrucciones solicitadas del Tribunal. El 18 de junio de 1998, los demandantes contestaron a este tercer incidente mediante una carta. Alegaban que habían respondido en la mejor medida conforme a sus posibilidades al previo Incidente de instrucciones y solicitaban que el Tribunal pidiera al demandado que presentara su contestación de la demanda.

59. Mediante carta de fecha 22 de julio de 1998, el Tribunal Arbitral declinó resolver el Incidente de instrucciones del demandado de 8 de junio, señalando que el demandado tendría plenas oportunidades de comentar las “deficiencias detectadas” en su contestación de la demanda. También indicó al demandado que presentara su escrito de contestación a más tardar el 1º de octubre de 1998.

60. El 5 de octubre de 1998, el CIADI recibió una versión parcial del escrito de contestación del demandado. Recibió la parte restante el 23 de octubre de 1998, tras una carta de los demandantes del 20 de octubre de 1998 en la que se quejaban del retraso y solicitaban un plazo de 45 días para la réplica y otro adicional de 30 días para la dúplica. El demandado se opuso a una segunda ronda de alegaciones escritas mediante carta de fecha 28 de octubre de 1998, y solicitaron que los demandantes “manifiesten con detalle las razones por las que estiman que ... se justifica la presentación de una réplica y una dúplica.”

61. Mediante carta del 30 de octubre de 1998, los demandantes respondieron sobre la cuestión de las alegaciones adicionales, invocando el artículo 38(3) del Reglamento del CIADI como fundamento de una segunda ronda de alegaciones, describiendo su propósito del siguiente modo:

“(a) Identificar las cuestiones comunes en alegaciones tanto de derecho como de hecho; (b) Responder al planteamiento hecho por el Gobierno de México de la ley pertinente y su aplicación a las cuestiones de este caso; (c) Abordar consideraciones específicas sobre la carga de la prueba de ambas partes, con referencia a las pruebas competentes; y (d) Responder a las acusaciones de distorsión, falta de credibilidad y actuación indebida imputadas a la mayoría de los testigos de los demandantes.”

62. Mediante carta del 10 de noviembre de 1998, el demandado se opone a la carta de los demandantes del 30 de octubre de 1998, afirmando que estos no han demostrado la necesidad de una segunda ronda de alegaciones escritas, pues las razones que esgrimen pueden ser igualmente abordadas en el procedimiento oral. También solicita que, en caso de que el Tribunal Arbitral considere la necesidad de una réplica y una dúplica, la réplica debe limitarse a las cuestiones que el Tribunal considere “debidamente el objeto de una réplica al escrito de contestación a la demanda en las circunstancias de este caso.” El demandado se opone también a la solicitud anterior de los demandantes de presentar “los libros de operación de DESONA, ... reconstruidos a partir de viejos registros que los demandantes se rehusaron a proporcionar en respuesta a las repetidas solicitudes de la demandada.” En el párrafo 18 de esta carta, el demandado afirma en particular que:

“Si el Tribunal decide permitir cualquier clase de réplica relacionada a esta clase de información, debería (i) requerir a los demandantes que describan detalladamente cuáles cuestiones desean abordar; (ii) asegurarse que la lista solamente incluya cuestiones que el Tribunal considere “nuevas”, presentadas por primera vez en el escrito de contestación a la demanda; y (iii) prohibir expresamente a los demandantes que incluyan otras cuestiones o argumentos jurídicos en su réplica.”

63. La decisión del Tribunal Arbitral sobre la presentación de una réplica y una dúplica se dictó mediante carta del 24 de noviembre de 1998. En ella se indica a las partes que preparen una nueva ronda de alegaciones escritas, pues “la etapa oral del procedimiento estaría mejor enfocada al permitirse la presentación de escritos de réplica y dúplica,” y afirma que:

“(a)l mismo tiempo, el Tribunal reconoce que muchas de las observaciones hechas en la carta de la parte demandada del 10 de noviembre son, en principio, pertinentes, tales como los criterios restrictivos enumerados en su párrafo 18. Sin embargo, no sería eficiente iniciar una discusión incidental preliminar acerca del ámbito permisible de una réplica que aún ha de ser presentada. Debería ser suficiente que el Tribunal exhorte a las partes a que aseguren que sus respectivos escritos finales respondan a las presentaciones anteriores de la contraparte, y que estén organizados de tal manera que este carácter responsivo aparezca claramente.

El mismo razonamiento se aplica a las pruebas que apoyen la réplica y dúplica, incluyendo los libros contables diarios de DESONA. El Tribunal observa que la parte demandada solicitó la presentación de tales pruebas, y aun menciona que no se habían producido antes porque esto ‘podría menoscabar severamente la validez de las llamadas «indicaciones de valor» de los peritos de la demandante (párrafo 34 de la carta del 10 noviembre). Mientras que el Demandado afirma que en esta etapa sufriría perjuicio si tales materiales fueran presentados, porque tendría que elaborar contra-argumentos nuevos y en efecto unos análisis nuevos para justificar tales contra-argumentos, el Tribunal no con-

sidera que esta objeción sea decisiva. En primer lugar, en la medida que pueda ser planteada respecto de cualquiera prueba que acompañe cualquiera réplica, la objeción va demasiado lejos para ser aceptable en principio. En segundo lugar, no hay base alguna para determinar *a priori* que sería especialmente oneroso hacerse cargo de materiales nuevos que la parte demandante desee presentar. (Respecto de los libros contables diarios, es la experiencia del Tribunal que, no obstante su voluminosidad característica, no son necesariamente difíciles de interpretar con respecto a información básica como productividad y tiempo de inactividad).

En vista de lo anterior, y teniendo además en cuenta el hecho que los demandantes ya han tenido tiempo para considerar el Memorial de Contestación, el Tribunal instruye a las partes a proceder del siguiente modo:

- (1) Los demandantes presentarán su réplica a más tardar el 19 de enero de 1999.
- (2) La parte demandada presentará su dúplica a más tardar el 19 de abril de 1999.”

64. Mediante carta del 12 de enero de 1999, los demandantes solicitaron autorización para presentar su réplica el 20 de enero de 1999 por razón de ser fiesta nacional el 18 de enero de 1999. La prórroga se concedió mediante carta del 13 de enero de 1999, en la que el Tribunal señala también la semana del 21 de junio de 1999 para la audiencia en Washington D.C., con base en el artículo 39 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario.

65. Los demandantes presentaron la versión en inglés de su réplica el 20 de enero de 1999. Los miembros del tribunal, a diferencia del demandado y el CIADI, no recibieron ejemplares del Anexo que contenía, según los demandantes, “aproximadamente dos mil páginas de cheques y facturas.”

66. La versión en español de la réplica se recibió en el CIADI el 9 de febrero de 1999. Dado el retraso en la presentación, los demandantes

aceptaron una prórroga del plazo de presentación de la dúplica por el retraso que tuvieron los demandantes en la presentación de la réplica. Por tanto, el Tribunal informó a las partes mediante carta del 17 de marzo de 1999 que la dúplica debía presentarse el 10 de mayo de 1999. El demandado solicitó una ampliación de plazo mediante carta del 3 de mayo de 1999, con el fin de presentar la dúplica el 17 de mayo de 1999. Mediante carta del 7 de mayo de 1999, el Tribunal decidió que la versión en inglés de la dúplica y su documentación anexa debían presentarse no más tarde del 14 de mayo de 1999, y la versión en español, no más tarde del 17 de mayo de 1999. El CIADI recibió la réplica, en las versiones en inglés y en español, junto con la documentación anexa, el 17 de mayo de 1999.

67. Durante la fase escrita de las alegaciones las partes presentaron declaraciones escritas de las siguientes personas: por parte de los demandantes, Robert Azinian, Kenneth Davitian, Ellen Baca, Ariel Goldenstein, Basil Carter, Ted Guth, Bryan A. Stirrat, David S. Page, William Rothrock, Richard Carvell, Ernst & Young y Robert E. Proctor; por parte del demandado, Raúl Romo Velázquez, James Hodge, J. Cameron Mowatt, Carlos Felipe Dávalos, Francesco Piazzesi di Villamosa, Patricia Tejeda, Emilio Sánchez Serrano, Oscar Palacios Gómez y David A. Schwickerath. La Sección V de la réplica de los demandantes contiene respuestas a las declaraciones de los testigos y los dictámenes periciales presentados por el demandado en su escrito de contestación. Además de ofrecer estas respuestas como refutación de determinadas declaraciones de los testigos del demandado, (en concreto, aquellas hechas por el Sr. Romo Velázquez, el Sr. Hodge, el Sr. Piazzesi, la Sra. Tejeda, el Sr. Sánchez Serrano y el Dr. Palacios Gómez), los demandantes alegan que las declaraciones del Sr. Mowatt fueron legalmente objetables e inadmisibles a la luz de las instrucciones del Tribunal de 19 de junio de 1998. A tal efecto, el Tribunal Arbitral no ha tomado en consideración la declaración del Sr. Mowatt.

68. Mediante carta del 19 de mayo de 1999, el Tribunal informó a las partes de las disposiciones procedimentales para la audiencia del fondo del asunto, y les solicitó una lista de los testigos y peritos que desearan examinar.

69. Mediante carta del 24 de mayo de 1999, el demandado expuso que solicitaría la presencia de los siguientes testigos para reprenguntas: Ariel Goldenstein; Bryan A. Stirrat; Kenneth Davitian; Robert Azinian; Ronald Proctor; David S. Page; William Rothrock y Basil Carter.

70. Mediante carta de la misma fecha, los demandantes solicitaron que el demandado tuviera disponibles para repreguntas a los siguientes testigos: Oscar Palacios; Francesco Piazzesi di Villamosa y Raul Romo Velázquez.

71. Mediante carta del 2 de junio de 1999, los demandantes respondieron a la anterior solicitud del demandado y afirmaron que Basil Carter y William Rothrock estarían impedidos de asistir en persona a la audiencia programada, pero podrían formulárseles repreguntas mediante videoconferencia o por teléfono. Por otra parte, Bryan A. Sirrat sólo podría asistir el 21 de junio de 1999. Los demandantes manifestaron su intención de facilitar la asistencia de las siguientes personas en su nombre para realizar repreguntas: David J. St. Louis; Clyde C. Pearce; Jack C. Coe; Peter Cling y William S. Dodge. El demandado replicó mediante carta del 4 de junio de 1999, proponiendo contactar con los demandantes para estudiar soluciones alternativas para los testigos imposibilitados de asistir a la audiencia. Por ejemplo, propuso que estas personas fueran excusadas de asistir a la audiencia a condición de que respondieran a una lista limitada de preguntas aportadas por el demandado. Los demandantes contestaron mediante carta del 8 de junio, exponiendo que solicitarían la aprobación de David Page, Basil Carter y William Rothrock a la propuesta del demandado de responder a preguntas escritas.

72. De los testigos de los demandantes, los Sres. Stirrat, Proctor, Goldenstein y Carter comparecieron en la audiencia. El Sr. Davitian, aunque excusado por el demandado, se le permitió aportar pruebas directas de refutación. El demandado excusó a los Sres. Azinian y Page. El Sr. Rothrock no compareció en la audiencia, y el demandado expuso que presentaría alegaciones relativas al peso que debía darse a su declaración escrita. De los testigos del demandado, el Sr. Piazzesi compareció a la audiencia. Los demandantes excusaron al Dr. Palacios y acordaron con el demandado presentar ciertas declaraciones escritas en lugar del testimonio del Sr. Romo, ausente de la audiencia.

73. Al final del examen de los testigos, el Tribunal solicitó a las partes que confirmaran si la fase de pruebas del procedimiento había terminado a satisfacción de las mismas, y así lo confirmaron ambas. (Transcripción en inglés, 23.6.99, pág. 149 l. 13-19.)

74. El 16 de julio de 1999, las partes presentaron escritos posteriores a la audiencia.

## V. REPARACIÓN RECLAMADA

75. Los demandantes alegan que “la injusta revocación del Contrato de concesión por parte de la Ciudad viola los artículos 1110 (‘Expropiación e indemnización’) y 1105 (‘Nivel mínimo de trato’) del TLCAN” (Réplica de 19 de enero de 1999, Sec. III, pág. 17), por lo que solicitan la siguiente reparación, según lo expuesto en su Petición de reparación del 23 de junio de 1999:

“A. Con respecto a la empresa, lo siguiente:

1. El valor de la concesión como empresa en marcha al 21 de marzo de 1994, fecha de la anulación del Contrato, basándose en los valores obtenidos:
  - a. Aplicando el método de Flujo de caja descontado (DCF) por un importe de US\$11.600.000 (PCV);

Alternativamente,

- b. Aplicando el Método de transacción similar, con el que resulta un importe de US\$19.203.000 (PCV);

Alternativamente,

- c. Basándose en la oferta de compra de la concesión realizada por Sanifill, por un importe de US\$18.000.000;

Alternativamente,

- d. Basándose en el menor valor de mercado de la concesión, según el análisis realizado por Richard Carvell, por un importe de US\$15.500.000;

Adicionalmente:

2. Los intereses de la cantidad concedida como valor de la concesión, según lo establecido en la anterior sección A, desde la fecha de la expropiación y a un tipo del 10% anual, hasta la fecha del laudo arbitral;
3. Las costas del procedimiento, incluidos, entre otros, los honorarios de abogados, peritos y contables, así como los gastos administrativos.
4. Los intereses simples sobre la totalidad de la cantidad concedida en el laudo arbitral desde la fecha del mismo y hasta la del pago, a un tipo del 10% anual;

Como petición separada y distinta, los demandantes reclaman la siguiente reparación:

1. Gastos varios por importe de US\$3.600.000 (Sección 6, página 2 de la Demanda);
2. Los intereses de la cantidad reconocida en el laudo como gastos varios, desde la fecha de la expropiación y a un tipo del 10% anual, hasta la fecha del laudo;
3. Las costas del procedimiento, incluidos entre otros los honorarios de abogados, peritos y contables, así como los gastos administrativos;
4. La cantidad adicional que determine el Tribunal, para indemnizar la pérdida de oportunidad de éxito comercial del proyecto;
5. Los intereses simples sobre la cantidad total reconocida en el laudo arbitral desde la fecha del mismo y hasta la del pago, a un tipo del 10% anual.

B. NOTA: Los demandantes reconocen como compensa-

ción parcial las cantidades recibidas de la venta parcial de activos por un importe de US\$500.000, que deberán acreditarse en la fecha de recepción de dichos fondos por los demandantes o en su nombre el 20 de mayo de 1994;

- C. Con respecto a las personas concretas demandantes, la indemnización solicitada debe asignarse del siguiente modo:

A Robert Azinian	70%
A Ellen Baca	20%"

76. El demandado solicita la desestimación de la demanda y la imposición de costas a los demandantes.

## VI. VALIDEZ DE LA RECLAMACIÓN CON ARREGLO AL TLCAN

### A. Marco general de acceso de los inversionistas al arbitraje internacional con base en el TLCAN

77. A efectos del presente análisis, los demandantes se consideran “inversionista[s] de una Parte” que han realizado una “inversión”, según la definición de estos dos términos en el artículo 1139 del TLCAN. El demandado ha planteado cuestiones relativas a la admisión de demandas formuladas por un accionista formalmente cualificado en nombre de un propietario que no es nacional de una Parte del TLCAN. (En este caso, se dice que una parte de las acciones del Sr. Azinian en DESONA pertenece al Sr. Goldenstein para efectos de beneficios, quien no es nacional de una Parte del TLCAN.) El demandado ha cuestionado también la posición del Sr. Davitian como accionista de DESONA en el momento relevante para efectos de la legitimación y poder presentar una demanda con base en el TLCAN. En su Decisión interlocutoria del 22 de enero de 1998 (véase el párrafo 48), el Tribunal Arbitral determina que estas objeciones sólo deben resolverse si hay *algún* grado de responsabilidad con respecto al fondo del asunto, pues sólo en ese caso será necesario decidir si debe excluirse la reparación por razón de estas inversiones que supuestamente no reúnen los requisitos exigidos.

78. El Ayuntamiento, como entidad jurídica, decidió que tenía funda-

mentos válidos para anular y rescindir el Contrato de concesión, y así lo declaró. DESONA no consiguió posteriormente convencer en los tres niveles judiciales de México de que la decisión del Ayuntamiento era inválida. Teniendo en cuenta esto ¿hay fundamento para que este Tribunal Arbitral declare que los Tribunales mexicanos actuaron erróneamente al respaldar la decisión del Ayuntamiento y que el Gobierno de México debe indemnizar a los demandantes?

79. Dado que esta es la primera controversia sometida por un inversionista en virtud del TLCAN, que será resuelta con un laudo arbitral relativo al fondo del asunto, resulta apropiado considerar los principios fundamentales.

80. El TLCAN es un tratado entre Estados soberanos que trata una amplia gama de cuestiones relativas a la liberalización del comercio. La Parte Quinta se ocupa de “Inversión, Servicios y Asuntos Relacionados.” El Capítulo Once trata específicamente de la “Inversión.”

81. La Sección A del Capítulo Once establece varias obligaciones sustanciales en materia de inversiones. La Sección B trata de la jurisdicción y el procedimiento; en ella se define el método por el que un inversionista puede reclamar ante una violación de las obligaciones establecidas en la Sección A para obtener una reparación.

82. La jurisdicción arbitral conforme a la Sección B está limitada no sólo en cuanto a las personas que pueden invocarla (han de ser nacionales de un Estado signatario del TLCAN), sino también en cuanto a las materias objeto de la reclamación: Sólo pueden someterse reclamaciones al arbitraje inversionista-Estado con base en el Capítulo Once cuando están fundadas en la violación de una obligación establecida en la Sección A.

83. Dicho de otro modo, un inversionista extranjero – en principio con derecho a protección bajo el TLCAN – puede establecer relaciones contractuales con una autoridad pública, y luego sufrir un incumplimiento por parte de esa autoridad y *aún en esa situación no estar en posibilidad de formular una reclamación al amparo del TLCAN*. Es una circunstancia ordinaria de la vida en todo lugar que las personas puedan decepcionarse en sus tratos con las autoridades públicas, y que esta decepción se repita cuando los tribunales nacionales rechazan sus reclamacio-

nes. Podemos tener la certeza de que existen muchas empresas *mexicanas* que han tenido relaciones comerciales con entidades gubernamentales las cuales no han concluido a su satisfacción; México probablemente no sea distinto de otros países en este sentido. El TLCAN no tiene por objeto proporcionar a los inversionistas extranjeros una protección irrestricta frente a este tipo de desengaños, y ninguna de sus disposiciones permite entenderlo de otro modo.

84. Por tanto, no sería suficiente que los demandantes convencieran a este Tribunal Arbitral de que los actos o las motivaciones del Ayuntamiento de Naucalpan han de ser desaprobados, o que las razones expuestas por los tribunales mexicanos en sus tres sentencias no son persuasivas. Estas consideraciones son inútiles mientras los demandantes no estén en posibilidad de señalar un incumplimiento de una obligación establecida en la Sección A del Capítulo Once imputable al Gobierno de México.

#### B. Fundamentos invocados por los demandantes

85. Los demandantes alegan incumplimientos de las siguientes dos disposiciones del TLCAN:

##### Artículo 1110(1)

“Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

- (a) por causa de utilidad pública;
- (b) sobre bases no discriminatorias;
- (c) con apego al principio de la legalidad y al artículo 1105(1); y
- (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.”

### Artículo 1105(1)

“Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.”

86. Aunque las partes del Contrato de concesión aceptaron la jurisdicción de los tribunales mexicanos, los demandantes alegan correctamente que no excluyeron el recurso a otros tribunales jurisdiccionales o arbitrales (como el presente) con competencia basada en otros fundamentos. El hecho de que los demandantes tomaran la iniciativa ante los tribunales mexicanos no excluye tampoco la jurisdicción de este Tribunal Arbitral. Los demandantes citan una serie de casos en los que los tribunales arbitrales no se han considerado vinculados por decisiones de tribunales nacionales. El Profesor Dodge, en su exposición oral, recalca la siguiente frase en el conocido caso del CIADI *Amco vs. Indonesia*: “Un tribunal internacional no está obligado a adherirse a lo dictado por un tribunal nacional.” Como persuasivamente alegan los demandantes, sería desafortunado que los demandantes potenciales, en virtud del TLCAN, se vieran disuadidos de buscar una reparación ante los tribunales nacionales, porque esta acción puede tener el efecto beneficioso de resolver la controversia sin recurrir al arbitraje inversionista-Estado con base en el TLCAN. Por último, el demandado no ha alegado tampoco ser irresponsable de los actos de una autoridad local como el Ayuntamiento de Naucalpan.

87. El problema es que la reclamación fundamental de los demandantes es la de que fueron víctimas de un incumplimiento del Contrato de concesión. El TLCAN, sin embargo, no permite a los inversionistas recurrir al arbitraje internacional por simples incumplimientos contractuales. En efecto, no puede considerarse en modo alguno que el TLCAN establezca un régimen de este tipo, de lo contrario se hubiera elevado una multitud de transacciones ordinarias con las autoridades públicas a la categoría de controversias internacionales. *Los demandantes no pueden hacer valer su punto de vista convenciendo simplemente al Tribunal Arbitral de que el Ayuntamiento de Naucalpan incumplió el Contrato de concesión.*

88. Comprendiendo plenamente este principio, el Profesor Dodge insistió en que las reclamaciones no se limitan al incumplimiento con-

tractual, sino que implican la “expropiación directa de los derechos contractuales de DESONA” y “la expropiación indirecta de la propia DESONA.” (Transcripción en inglés, 24.6.99, pág. 23, l. 9-11.)

89. El Profesor Dodge afirma, a continuación, que un incumplimiento contractual constituye una expropiación “si resulta confiscatorio” o, citando *Principles of Public International Law*, 5a edición, 550, del Profesor Brownlie, si “el Estado ejerce su autoridad ejecutiva o legislativa para destruir los derechos contractuales como un activo.” (Traducción.) En concreto, invocó abundancia de autoridad que considera “la revocación de contratos de concesión como expropiación de derechos contractuales.”

90. Las frases hechas, no obstante, no pueden sustituir el análisis. Los términos “confiscatorio”, “destrucción de los derechos contractuales como un activo” o “revocación” pueden servir para describir incumplimientos contractuales que deban ser considerados extraordinarios y, por tanto, constitutivos de expropiación, pero ciertamente no indican las bases con las cuales se hará la crucial distinción entre expropiación e incumplimiento contractual ordinario. La gravedad de cualquier incumplimiento está sujeto al punto de vista del afectado, lo que no resulta satisfactorio a los presentes efectos.

91. Resulta necesario, por tanto, analizar si la anulación del Contrato de concesión puede ser considerada como un acto de expropiación en infracción del artículo 1110 del TLCAN. En caso contrario, debe desestimarse la reclamación. Esta cuestión es absolutamente crucial.

92. Antes de analizar esta cuestión crucial, debe recordarse que los demandantes fundamentaron inicialmente su reclamación en una supuesta infracción del artículo 1105 y el artículo 1110. Aunque no han abandonado el fundamento del artículo 1105, éste tiene escaso peso en las alegaciones posteriores, y no figura en absoluto en las alegaciones finales del Profesor Dodge. No es de extrañar. El único principio relevante del artículo 1105 aplicable al caso es el de que un inversionista del TLCAN no puede ser tratado de forma que contravenga el derecho internacional. No se ha alegado una infracción de este tipo más allá de la que específicamente se trata en el artículo 1110. En un débil intento de mantener el artículo 1105, el escrito de réplica de los demandantes señala que el incumplimiento del Contrato de concesión constituyó una infracción del

derecho internacional porque estuvo “motivado por consideraciones no comerciales, y no se pagó una indemnización de daños y perjuicios”. Esto no es sino parafrasear una reclamación más específicamente cubierta por el artículo 1110. Para salvar cualquiera duda, el Tribunal Arbitral sostiene, por tanto, que bajo las circunstancias del presente caso, si no se ha producido una infracción del artículo 1110, tampoco se ha producido una infracción del artículo 1105.

### C. Alegación de que la anulación constituyó un acto de expropiación

93. El demandado alega que el Contrato de concesión expiró por dos motivos justificados independientemente: nulidad y rescisión.

94. El segundo de ellos es más complejo. Sostiene que el Ayuntamiento tenía derecho a rescindir el Contrato por el incumplimiento de DESONA. Si el Ayuntamiento no estaba facultado para ello, la terminación del Contrato constituyó en sí misma un incumplimiento del mismo. La mayor parte de las pruebas y alegaciones de este procedimiento se han centrado en esta cuestión: ¿incurrió DESONA en un incumplimiento sustancial del Contrato de concesión? – La cuestión se ve complicada por el hecho de que no se concedió aparentemente a DESONA el plazo de subsanación de 30 días estipulado en el artículo 31 del Contrato de concesión.

95. El punto de partida lógico es analizar la nulidad original alegada del Contrato de concesión. Si esta afirmación resultara fundada, no hay necesidad de hacer consideraciones sobre el cumplimiento, ni tampoco cabe la posibilidad de subsanar tal nulidad original.

96. Desde este punto de vista, el problema puede plantearse en términos bastante sencillos. El Ayuntamiento consideraba que tenía motivos fundados para considerar nulo el Contrato de concesión con arreglo a la legislación mexicana reguladora de las concesiones de servicios públicos. A iniciativa de DESONA, estos fundamentos fueron revisados por tres niveles de tribunales mexicanos, y en cada caso los consideraron correctos. ¿Cómo puede afirmarse que México incumplió el TLCAN cuando el Ayuntamiento de Naucalpan declaró la nulidad de un Contrato de concesión que, según sus términos, estaba sujeto a la ley mexicana y a la jurisdicción de los tribunales mexicanos, y éstos ratificaron la decisión del Ayuntamiento? Por otra parte, los demandantes ni han alegado ni han

probado que los criterios legales mexicanos de anulación de concesiones infrinjan las obligaciones de México con respecto al Capítulo Once, ni que la ley mexicana que regula estas anulaciones tenga carácter expropiatorio.

97. Enmarcada así la cuestión, resulta evidente que para dar la razón a los demandantes no basta con que el Tribunal Arbitral esté en desacuerdo con la resolución del Ayuntamiento. Una autoridad pública no puede ser inculpada por realizar un acto respaldado por sus tribunales *a menos que los propios tribunales sean desautorizados en el plano internacional*. Por cuanto los tribunales mexicanos consideraron que la decisión del Ayuntamiento de anular el Contrato de concesión era acorde a la ley mexicana reguladora de las concesiones de servicios públicos, la cuestión es si las decisiones mismas de los tribunales mexicanos infringen las obligaciones de México con arreglo al Capítulo Once.

98. Ciertamente, un tribunal internacional a quien se solicite una decisión sobre el cumplimiento de un tratado internacional por parte de un gobierno no queda paralizado por el hecho de que los tribunales nacionales hayan aprobado los actos en cuestión de las autoridades públicas. En palabras de un ex-presidente de la Corte Internacional de Justicia:

“Los principios de separación e independencia del poder judicial en la legislación interna y con respecto al carácter definitivo de las resoluciones judiciales han ejercido una importante influencia sobre la forma de aplicar el principio general de responsabilidad del Estado por los actos u omisiones de los órganos jurisdiccionales.

Estos aspectos básicos de la organización judicial explican la resistencia de algunos laudos arbitrales del siglo pasado a admitir que la regla de que el Estado es responsable de los actos de todos sus órganos, se debe extender al poder judicial.

No obstante, en este siglo se ha reconocido finalmente la responsabilidad del Estado por los actos de los órganos judiciales. Aunque es independiente del Gobierno, el poder judicial no lo es respecto del Estado: *la sentencia de un órgano judicial emana de un órgano del Estado del mismo*

*modo que una ley promulgada por el legislativo o una resolución adoptada por el ejecutivo.*

La responsabilidad del Estado por los actos de las autoridades judiciales puede ser consecuencia de tres tipos diferentes de resoluciones judiciales.

La primera es una resolución de un tribunal nacional *claramente incompatible con las normas de derecho internacional.*

La segunda es lo que habitualmente se conoce como ‘*denegación de justicia*’.

La tercera se produce cuando, en determinadas circunstancias excepcionales y concretas, un Estado es responsable de una decisión judicial contraria a la legislación municipal.” Eduardo Jiménez de Aréchaga, “International Law in the Past Third of a Century,” 159-1 RECUEIL DES COURS (Curso General de Derecho Internacional Público, The Hague, 1978) (cursiva añadida).

99. La posibilidad de considerar a un Estado internacionalmente responsable por decisiones judiciales no otorga, sin embargo, al demandante el derecho a solicitar una revisión internacional de las decisiones judiciales nacionales como si el tribunal internacional que conoce del caso tuviera plena competencia de apelación. Esto no es así generalmente, y tampoco en el caso del TLCAN. *Lo que debe demostrarse es que la propia decisión judicial constituye una infracción del tratado.* Aún si los demandantes convencieran a este Tribunal Arbitral de que los tribunales mexicanos actuaron incorrectamente con respecto a la nulidad del Contrato de concesión, esto no constituiría per se una infracción del TLCAN. Se necesita más; los demandantes deben acreditar una denegación de justicia o una pretensión de forma para conseguir un fin internacionalmente ilícito.

100. Los demandantes, sin embargo, no han objetado la actuación de los tribunales mexicanos; no han alegado denegación de justicia. Sin excepción, han dirigido sus múltiples quejas contra el Ayuntamiento de Naucalpan. El Tribunal Arbitral considera que esta circunstancia es fatal

para la reclamación, y hace innecesario considerar las cuestiones relativas al cumplimiento del Contrato de concesión. *Pues si no hay objeción respecto a la decisión de un tribunal competente sobre la nulidad – con base en la ley mexicana – de un contrato regido por esa ley, no hay por definición contrato a expropiar.*

101. Sin embargo, el Tribunal Arbitral no desea dar la impresión de que los demandantes incurren en una incorrecta alegación en su defensa del caso. El Tribunal considera por tanto apropiado, *ex abundante cautela*, demostrar que los demandantes fueron correctamente asesorados al no describir las decisiones de los tribunales mexicanos como infracciones del TLCAN.

102. Podría alegarse una denegación de justicia si los tribunales competentes se negaran a conocer del asunto, si éste sufriera una demora indebida o si administraran la justicia de modo seriamente inadecuado. No hay pruebas, ni siquiera alegaciones, de que tales defectos puedan imputarse a los procesos judiciales mexicanos en este caso.

103. Hay un cuarto tipo de denegación de justicia, el de aplicación incorrecta de la ley en una forma clara y maliciosa. Este tipo de ilícito sin duda se sobrepone a la noción de “pretensión de forma” para encubrir una infracción del derecho internacional. En el presente caso, no sólo no se ha alegado este tipo de actuación indebida, sino que el Tribunal Arbitral desea manifestar que considera que existen pruebas suficientes para despejar cualquier duda que pudiera ensombrecer la buena fe de las sentencias mexicanas. Sus conclusiones no pueden considerarse en modo alguna arbitrarias, y mucho menos maliciosas.

104. Para llegar a esta conclusión basta recordar las pruebas significativas presentadas a este Tribunal Arbitral sobre declaraciones falsas. Para ello, es suficiente examinar la decimosegunda de las 27 irregularidades, aceptada por los tribunales mexicanos como causa de nulidad: que el Ayuntamiento fue engañado con respecto a la capacidad de DESONA de ejecutar la concesión.

105. Si los demandantes no pueden convencer al Tribunal Arbitral de que las pruebas que condujeron a esta conclusión fueron de tal modo insustanciales o carentes de base legal, que las sentencias fueron arbitrarias o maliciosas, su pretensión simplemente no se sostiene. Los demandantes

dantes no han tratado siquiera de refutar las pruebas del demandado sobre los criterios relevantes de anulación de concesiones contenidos en la legislación mexicana. No han cuestionado las pruebas presentadas por el demandado conforme a las cuales una concesión de servicio público otorgada por autoridades municipales con base en un error o falsa declaración es nula de acuerdo a la legislación mexicana. Con respecto a las pruebas sobre los hechos, han combatido vigorosamente los razonamientos del Ayuntamiento y de los tribunales mexicanos, pero no han negado que existen pruebas de que el Ayuntamiento fue inducido a error con respecto a la capacidad de DESONA para ejecutar la concesión.

106. En la presentación del proyecto al Ayuntamiento en noviembre de 1992, en la que el Sr. Goldenstein “de Global Waste” explicó que su empresa utilizaría unas 200 personas e invertiría aproximadamente US\$20 millones, compareció también el Sr. Ted Guth, de Sunlaw Energy (identificada como una empresa que se asociaría para la constitución de DESONA), quien expuso algunos “elementos esenciales” del proyecto en los siguientes términos:

“elaborar un contrato con la compañía de luz y fuerza del centro para compra-venta de electricidad a quince años y una planta eléctrica a partir del gas metano a generar en el relleno sanitario de Rincón Verde y Corral del Indio de Naucalpan, con una estimación de generación de 210 megavatios, usando el biogás y complementándole con gas natural.”

107. Como ya se ha expuesto (véase el párrafo 32), esta propuesta, aparentemente carente de cualquier tipo de estudio de viabilidad, no es realista a juicio del Tribunal Arbitral. Este era el ambicioso plan presentado al Ayuntamiento, a quien se dijo en esta misma reunión que la ciudad de Naucalpan recibiría una participación del 10% en DESONA “sin que tenga que invertir un solo centavo, pasando a ser de su propiedad a los 15 años de operación.” Es comprensible cómo el Ayuntamiento quedaría impresionado por unos profesionales de reconocida competencia que explicaban cómo podría transformarse un costoso quebradero de cabeza en una brillante y rentable operación.

108. Obviamente, los demandantes no pueden defenderse legítimamente diciendo que el Ayuntamiento no debía haber creído unas declara-

ciones que eran tan irracionalmente optimistas como para ser fraudulentas.

109. Así, cuando llegó el momento de firmar el Contrato de concesión, un año más tarde, se había producido un cambio fundamental: los demandantes habían roto con Sunlaw Energy, quien desapareció del proyecto en octubre de 1993 hasta donde el Tribunal Arbitral alcanza a vislumbrar.

110. Resulta injustificado que los demandantes siguieran adelante sin advertir esta circunstancia al Ayuntamiento. Este Tribunal no cree que la cuestión quedara adecuadamente tratada mediante los alegatos verbales; el artículo 11 del Contrato de concesión establece claramente que “la Concesionaria se obliga a la instalación de una planta de generación de energía eléctrica a base del biogás que se genera en el relleno sanitario de Rincón Verde, Corral del Indio, u otros.” (Traducción citada en el escrito de demanda, Sección 3, pág. 22.)

111. Es más que justificado deducir que el texto original del Contrato de concesión se elaboró sobre la base, desde el punto de vista de los demandantes, de que podrían formar un consorcio operativo, que habían previsto un plan que dependería de las aportaciones de terceros y que una vez aprobado el texto por la legislatura no quisieron poner en peligro lo que habían conseguido revelando que se habían retirado socios clave.

112. El testimonio del Sr. Ronald Proctor, aunque traído por los demandantes, fue desfavorable para éstos. Su declaración escrita explica que a fines de octubre y principios de noviembre de 1993 asistió a reuniones con funcionarios de Naucalpan, incluido el Alcalde, en las que explicó que su empresa, BFI, prestaba asistencia a DESONA y

“aportaría a DESONA los trabajos de puesta en marcha, el capital y la experiencia operativa necesarias para garantizar la ejecución del Contrato de concesión.”

113. No hay ninguna duda sobre la capacidad *de BFI*; se trata de una empresa de mil millones de dólares con indudable credibilidad en el sector. La cuestión es que este testimonio contradice abiertamente un claro fundamento del Contrato de concesión *con DESONA*. No hay prueba escrita alguna de que funcionarios mexicanos estuvieran dispuestos a con-

fiar en DESONA por razón de que detrás estaba BFI para ocuparse de todo en la práctica: puesta en marcha, financiación y operaciones. Por el contrario, las pruebas escritas del momento relativas al período anterior a la firma muestra que se confió en las declaraciones de los demandantes sobre su propia capacidad. El propio Contrato de concesión no contempla cesiones, subcontrataciones o subrogaciones, ni mucho menos declaración alguna en el sentido de que DESONA garantizaría el cumplimiento del Contrato de concesión exclusivamente si encontraba un socio adecuado.

114. En una frase, el testimonio del Sr. Proctor respalda, tal vez involuntariamente, la conclusión de que el principal esfuerzo de los demandantes se centró en conseguir la firma del Contrato de concesión y posteriormente trataron de ofrecer pedazos y partes de los derechos contractuales a otros socios más capacitados.

115. El Ayuntamiento tenía derecho a esperar mucho más.

116. El Contrato de concesión no dice nada sobre la posibilidad de realizar una cesión. El demandado aporta pruebas del derecho mexicano sobre el carácter *intuitu personae* con el que se otorgan las concesiones de servicios públicos a una persona física o jurídica en función de sus específicas cualidades. Esta prueba no ha sido discutida por los demandantes.

117. Los demandantes trataron también de apoyarse en una carta no firmada, supuestamente escrita por el anterior Alcalde de Naucalpan en marzo de 1994. El contenido de la carta respalda a los demandantes, quienes en aquel momento estaban lógicamente ante un riesgo inminente de perder la concesión de DESONA. El demandado no acepta la veracidad de este documento. Pero tomándolo tal como lo aportan los demandantes, resulta altamente perjudicial para su postura en relación con las supuestas falsas declaraciones, pues alude al hecho de que

“los accionistas de DESONA son dueños de una empresa norteamericana con 40 años de experiencia en el servicio de recolección de residuos. ... Estos empresarios prestan servicios en la Ciudad de Los Ángeles, Montebello, City of Industry y la Ciudad de Malibú.”

118. Si esto es lo que el Alcalde que firmó el Contrato de concesión

pensaba aún en marzo de 1994, los demandantes no pueden alegar con seriedad que, independientemente de lo que digan que pueda haber sido su “exageración de capacidades” inicial en 1992 (por usar el eufemismo empleado por el Sr. St. Louis), habían revelado todos los aspectos importantes de su limitada experiencia y el breve y lamentable historial de Global Waste en el momento de la firma del Contrato de concesión en noviembre de 1993.

119. La única prueba de que disponen los demandantes para respaldar su alegación de que hicieron las revelaciones pertinentes antes de la firma del Contrato de concesión (como queda claro en su “Escrito final” tras la audiencia) es la afirmación oral del Sr. Goldenstein – en su propio beneficio – de que él informó plenamente a los funcionarios de la ciudad en diversas conversaciones no registradas. Esta prueba no es coherente con lo que obra en el expediente. Se rechaza.

120. Resumiendo: los demandantes no han tratado siquiera de demostrar que las decisiones de los tribunales mexicanos constituyen una infracción grave de los principios establecidos en la ley mexicana. Las pruebas del demandado sobre los criterios legales aplicables a la anulación de contratos de servicio público no han sido refutadas. Los demandantes no han discutido tampoco que estos criterios legales infrinjan el art. 1110 del TLCAN. El Tribunal Arbitral no encuentra nada en la aplicación de estos criterios con respecto a la cuestión de la nulidad que parezca arbitrario o injustificado a la luz de las pruebas. Por el contrario, éstas respaldan claramente las conclusiones de los tribunales mexicanos.

121. Como comentario final, debe señalarse que la credibilidad de los demandantes se ve perjudicada por varios incidentes revelados en el curso de este procedimiento arbitral y que, aunque ni el Ayuntamiento ni los tribunales mexicanos los conocieran antes del inicio de este procedimiento de arbitraje, respaldan la conclusión de que el Ayuntamiento fue inducido a firmar el Contrato de concesión mediante falsas apariencias. Resulta difícil ignorar la concordancia con la que los diversos socios actuales o potenciales de los demandantes se desvincularon de ellos. Un empresario mexicano, el Dr. Palacios, parece haber aportado US\$225.000, además de equipos, creyendo erróneamente que estaba haciendo una aportación en especie que le convertiría en accionista de DESONA. El 5 de junio de 1994 interpuso una querella penal por fraude contra el Sr. Goldenstein, solicitando su detención por la policía. El Sr.

Proctor, de BFI, aunque traído como testigo por los demandantes, recomendó tomar medidas legales contra éstos cuando descubrió que los dos vehículos comprados con un crédito de BFI fueron vendidos por DESONA sin pagar el crédito. El Sr. Bryan Stirrat, cuya empresa trabajó como contratista independiente en el relleno de Naucalpan y que actualmente tiene una demanda en curso contra DESONA por el importe de US\$765.000, sin incluir intereses, declaró en el proceso de repreguntas que cuando acudió con el Sr. Goldenstein el 1º de junio de 1994 a una reunión del Ayuntamiento para tratar de renovar el Contrato de concesión no sabía que DESONA había vendido todos sus activos 10 días antes; afirmó que su empresa no había recibido ninguna participación en los ingresos de esta venta.

122. La lista de declaraciones no fiables realizadas ante este Tribunal es, desafortunadamente, larga. Los árbitros son reacios a detenerse en ellas en este laudo arbitral, pues consideran que los abogados de los demandantes son profesionales competentes y honrados para quienes muchas de estas revelaciones constituyeron una sorpresa. No hay tampoco razón alguna para poner en apuros al Sr. Davitian, quien dejó una impresión ante el Tribunal de ser un hombre de trabajo y que puede haberse encontrado fuera de su terreno en un campo no familiar, sin comprender lo que se estaba diciendo en su nombre. Lo mismo puede decirse *a fortiori* de la Sra. Baca, su esposa divorciada, quien aparentemente no tuvo parte alguna en el proyecto.

123. La falta de credibilidad recae plenamente sobre el Sr. Goldenstein, quien sin la menor inhibición apareció sosteniendo el punto de vista de que uno puede decir cualquier cosa con tal de que no lo descubran. La cuestión de cómo puede una persona que no es de nacionalidad estadounidense operar en la práctica una empresa del Subcapítulo S, el cómo puede un importador de vehículos presentar a las autoridades aduaneras el vendedor y el precio aparentes o cómo puede un cheque dirigido a un funcionario (como reembolso de una comida) pero endosado de vuelta al pagador presentarse aún como prueba de un pago por arrendamiento, el Sr. Goldenstein parece creer que en el mundo de los negocios este tipo de conducta no sólo es aceptable, sino un signo de competencia global.

124. El Tribunal Arbitral desaprueba, obviamente, esta actitud, y señala que respalda la conclusión de que la anulación del Contrato de concesión

no infringió las obligaciones del Gobierno mexicano en virtud del TLCAN.

## VII. COSTAS

125. La reclamación ha sido completamente desestimada. El demandado ha padecido considerables incomodidades. En circunstancias ordinarias, es habitual en el arbitraje internacional que se impongan al demandante vencido las costas del arbitraje, así como las costas razonables de representación del demandado. Esta práctica tiene la doble función de reparación y disuasión.

126. Sin embargo, en este caso hay cuatro razones que desaconsejan una imposición de costas. En primer lugar, el presente mecanismo es un nuevo medio para la resolución de controversias internacionales de inversión. Aunque los demandantes no han conseguido hacer valer su postura con base en el TLCAN, el Tribunal Arbitral acepta que no estaban familiarizados con las restricciones jurídicas a tal acción procesal, lo que constituye una limitante. En segundo lugar, han presentado su caso de forma eficiente y profesional. En tercer lugar, el Tribunal Arbitral considera que, al haberse planteado cuestiones de cumplimiento defectuoso (y no tan sólo de nulidad *ab initio*) sin respetar las disposiciones del Contrato de concesión acerca de notificación, se puede decir que en alguna medida el Ayuntamiento de Naucalpan provocó el litigio. En cuarto lugar, se puede observar que las personas más responsables por la conducta ilícita de los demandantes serían las que con menor probabilidad resultarían afectadas por una condena de costas; el Sr. Goldenstein se encuentra fuera de la jurisdicción de este Tribunal Arbitral, mientras que la Sra. Baca – quien en términos prácticos quizá sea la más solvente de los demandantes – no tuvo un papel activo en ninguna de las etapas.

127. Por tanto, el Tribunal Arbitral no hace imposición de costas, por lo que cada parte deberá soportar sus propios gastos, y las cantidades pagadas al CIADI se repartirán por igual.

## VIII. DECISIÓN ARBITRAL

128. Por las razones expuestas, y rechazando todas las alegaciones en contrario, el Tribunal Arbitral resuelve a favor de la parte demandada.

Hecho como en Toronto, Canadá, en inglés y español, siendo ambas versiones igualmente auténticas.

---

Sr. Benjamin R. Civiletti

Fecha:

---

Sr. Claus von Wobeser

Fecha:

---

Sr. Jan Paulsson,  
Presidente

Fecha: