

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

Washington D.C.

Case N° ARB(AF)/00/3

**Waste Management, Inc.
(Claimant)**

versus

**United Mexican States
(Respondent)**

AWARD

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

Professor James Crawford, President
Mr. Benjamin R. Civiletti
Mr. Eduardo Magallón Gómez

Secretary of the Tribunal
Ms. Gabriela Alvarez Avila

Date of dispatch to the parties: April 30, 2004

TABLE OF CONTENTS

		<i>paragraph</i>
A.	Procedural History	1-39
B.	The Dispute between the Parties	40-72
C.	The Bases of Claim under NAFTA	73-162
	(1) Overview	73-76
	(2) The status of Claimant as an “investor”	77-85
	(3) The claim for breach of NAFTA Article 1105	86-140
	(i) The scope and interpretation of Article 1105(1)	86-99
	(ii) The allegations of breach of Article 1105(1)	100-139
	(a) The conduct of Banobras	102-105
	(b) The conduct of Guerrero	106-107
	(c) The conduct of the City	108-117
	(d) The Mexican legal proceedings	118-127
	(e) Was there a denial of justice?	128-132
	(f) The termination phase	133-136
	(g) The allegation of conspiracy	137-139
	(iii) Conclusions as to Article 1105(1)	140
	(4) The claim for expropriation: NAFTA Article 1110	141-178
	(i) The Article 1110 standard	142-155
	(ii) The Article 1110 standard applied to the enterprise	156-162
	(iii) Was there conduct tantamount to expropriation of Acaverde’s contractual rights?	163-176
	(iv) Conclusion as to Article 1110	177-178
D.	The Issue of Costs	179-184
AWARD		

WASTE MANAGEMENT, INC.
Claimant

v.

UNITED MEXICAN STATES
Respondent

AWARD

A. PROCEDURAL HISTORY

1. On 27 September 2000, the Acting Secretary-General of ICSID registered a notice for the institution of arbitration proceedings, lodged by Waste Management Inc. (“Claimant”) under the ICSID Arbitration Additional Facility Rules (“the Rules”) against the United Mexican States (“Respondent”). The Claimant alleged that the Respondent is liable under Articles 1110 and 1105 of NAFTA for the actions of various state organs concerning the Claimant’s investment in an enterprise to provide waste management services to the City of Acapulco in the State of Guerrero.

2. In accordance with Article 1123 of NAFTA and Article 6 of the Rules, the parties proceeded to constitute the Arbitral Tribunal. The Claimant appointed Mr. Benjamin R. Civiletti, a United States national. The Respondent appointed Mr. Guillermo Aguilar Alvarez, a Mexican national. Pursuant to Article 1124(2), the Claimant requested the Secretary-General to appoint the President of the Tribunal. The Secretary-General, following consultations with the parties, appointed Professor James Crawford, an Australian national, to serve as President of the Tribunal. Pursuant to Article 1125 of NAFTA, the Claimant had previously agreed, by letter of 19 June 2000 accompanying its request for arbitration, to the appointment of each individual member of the Tribunal.

3. On 30 April 2001, pursuant to Article 14 of the Rules, the Secretary-General of ICSID informed the parties that all the arbitrators had accepted their appointment and that the Tribunal was deemed to have been constituted, and the

proceeding to have begun, on that date. By that same letter, the Secretary-General informed the parties that Ms. Gabriela Alvarez Avila, Senior Counsel, ICSID, would serve as Secretary of the Tribunal. All subsequent written communications between the Arbitral Tribunal and the parties were made through the ICSID Secretariat.

4. On 1 June 2001, the Respondent informed the Centre that it objected to the competence of the Tribunal. This was the second occasion on which the Claimant had brought proceedings in respect of its claim. In the first proceeding, ICSID Case No. ARB/(AF)/98/2, a Tribunal constituted by Mr. Bernardo M. Cremades (President), Mr. Keith Highet and Mr. Eduardo Siqueiros (hereinafter the “First Tribunal”) rendered an award declining jurisdiction on the ground that the Claimant had not validly waived its right to pursue domestic remedies, a waiver required by NAFTA Article 1121 as a condition precedent to the submission of a claim to arbitration. Moreover this failure could not be remedied by any act of the Claimant, with the result that the Tribunal lacked jurisdiction over the claim.¹ The Respondent argued that the effect of the first unsuccessful proceedings was to debar the Claimant from bringing any further claim with respect to the measure alleged to be a breach of NAFTA.

5. On 8 June 2001, the first session of the Tribunal with the parties was held at the seat of the World Bank in Washington, DC. During the course of the session, the parties acknowledged that the Tribunal had been duly constituted pursuant to Article 1120 of NAFTA and the Rules. An exchange of views took place on the venue of the arbitration and on the procedure for dealing with the Respondent’s objection to jurisdiction based on the previous proceedings, and in particular on the decision of the previous Tribunal.

6. In its Procedural Order No. 1 of 8 June 2001, the Tribunal laid down timetables for written observations on the question of venue and on the preliminary objection. The parties filed their observations on the question of venue on 18 June 2001. On 6 August 2001, the Tribunal gave the parties an opportunity to make further observations on the question of venue in light of the possible relevance of the Panama

¹ For the Award of 2 June 2000 see 5 ICSID Reports 443.

Convention.² The parties filed their further observations on venue on 28 August 2001. Subsequently, by a Decision on Venue of the Arbitration dated 26 September 2001, the Tribunal decided that the venue of the present proceedings would be the same as those of the first proceedings, viz., Washington, DC.³

7. Following a communication from the Respondent dated 16 November 2001 which did not, however, amount to a challenge, one of the Arbitrators, Mr. Guillermo Aguilar Alvarez, tendered his resignation from the Tribunal. Pursuant to Article 15(3) of the Rules, the Tribunal accepted his resignation. Pursuant to Article 18(1) of the Rules, Mexico thereupon nominated Mr. Eduardo Magallón Gómez to fill the vacancy so created. The Tribunal was reconstituted on December 14, 2001, following Mr. Magallón's acceptance of his appointment.

8. Pursuant to Procedural Order No. 1, Respondent lodged a Memorial on Jurisdiction of 8 August 2001. Claimant lodged a Counter-Memorial on jurisdiction on 9 October 2001. The hearing initially scheduled for 3 December 2001 having been postponed in order to allow the vacancy on the Tribunal to be filled, the Tribunal convened at the premises of the World Bank, Washington, DC, on 2 February 2002 to hear the parties' oral arguments on jurisdiction. The parties were represented as follows:

Attending on behalf of the Claimant:

Mr. J. Patrick Berry, Baker & Botts LLP
Mr. Richard King, Baker & Botts LLP
Ms. Lorena Perez, Baker & Botts LLP

Mr. Jay L. Alexander, Baker & Botts LLP
Mr. Bob Craig, Assistant General Counsel, Waste Management, Inc.

Attending on behalf of the Respondent:

Mr. Hugo Perezcano Díaz, Lead Counsel, Ministry of Economy,
Government of Mexico
Mr. Salvador Behar Lavalle, Ministry of Economy, Government of Mexico
Ms. Adriana González Arce Brilanti, Ministry of Economy,
Government of Mexico
Mr. Cameron Mowatt, Thomas & Partners

² Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, Panama City, 30 January 1975, 1438 UNTS 249.

³ The Tribunal's Decision is reported at 6 ICSID Reports 541.

Mr. Carlos García, Thomas & Partners
Mr. Robert Deane, Thomas & Partners
Mr. Stephan E. Becker, Shaw Pittman
Mr. Sanjay Mullick, Shaw Pittman
Ms. Brooke Bentley, Shaw Pittman.

The Tribunal heard, on behalf of the Respondent, Mr. Hugo Perezcano Díaz, and on behalf of the Claimant, Mr. Jay Alexander.

9. Representatives of the other two NAFTA parties attended the hearing on 2 February 2002:

Attending on behalf of the United States of America:

Mr. Barton Legum, Chief of the NAFTA Arbitration Division, Office of Legal Adviser, Office of International Claims, Department of State
Mr. David A. Pawlak, Attorney-Adviser, Office of Legal Adviser, Office of International Claims, Department of State.

Attending on behalf of the Government of Canada:

Mr. Douglas Heath, Embassy of Canada in Washington, DC.

10. In response to certain questions from the Tribunal concerning both the case as argued before the previous Tribunal and the proceedings brought by the Claimant in Mexico, the parties provided certain additional information and argument by letters both dated 19 February 2002.

11. On 28 June 2002, the Secretary of the Tribunal notified to the parties the Tribunal's Decision on Mexico's Preliminary Objection concerning the Previous Proceedings. A copy of the decision is attached as Annex 1. The Tribunal decided that the Claimant was not prevented from bringing its claim and reserved to a later stage the issue of the costs and expenses of the jurisdictional phase of the proceedings.⁴ By the same letter, the Secretary of the Tribunal informed the parties that the Tribunal understood that the claim submitted by the Claimant was identical to that previously submitted to arbitration under NAFTA, and that the Memorial submitted as Appendix D to its Request of June 19, 2000 stood as the Claimant's Memorial in the present Arbitration. The Secretary of the Tribunal further invited the parties to consult with a view to agreeing on the time limits for the remaining written pleadings.

12. On the basis of the Claimant's observations of 5 and 13 August 2002 and of the Respondent's observations of 6 and 12 August 2002, and in view of the fact that the parties failed to agree in a schedule for the filing of the remaining pleadings, the Tribunal set up a schedule for the filing of pleadings by the parties, submissions by the NAFTA Parties and fixed a date for a hearing on the merits.

13. By letter of 12 August 2002, the Respondent submitted a request for interpretation and correction of certain translation errors into Spanish regarding the Tribunal's Decision of 26 June 2002, invoking Articles 56 and 57 of the Rules. On 13 August 2002, the Secretary of the Tribunal replied to Mexico, explaining that Articles 56 and 57 were only applicable to awards. The Secretary noted that Mexico's request would, however, be referred to the Tribunal for consideration pursuant to Article 35 of the Rules.

14. On 14 August 2002, the Secretary on behalf of the Tribunal invited the Claimant to file by 23 August 2002 any observations it might have in connection with Mexico's request of 12 August 2002.

⁴ The Tribunal's Decision is reported at 6 ICSID Reports 541.

15. On 22 August 2002, in a further letter to the Secretary-General, Mexico asserted that the Tribunal's Decision should be treated as an award. On 23 August 2002, the Acting Secretary-General responded to Mexico's letter of 22 August 2002, confirming that the term "award" in the ICSID Convention and Rules refers only to the final award which disposes of the case. With respect to the Additional Facility Rules, the Acting Secretary-General noted that these, being based on the Convention, were to the same effect. He further observed that a party could immediately ask the Tribunal to clarify, correct or supplement a preliminary or interim decision and that such question would be a matter for the Tribunal to decide under Article 35 of the Rules.

16. On 23 August 2002, the Claimant replied to the Tribunal's invitation to comment. It supported the Secretariat's interpretation of the term "award" in Articles 56 and 57 of the Rules, and argued that the Mexican request was accordingly inadmissible.

17. In a letter of 30 September 2002, the Secretary incorporated the Tribunal's observations to Mexico's request of 12 August 2002. The Tribunal affirmed that there was no request before it for interpretation or correction in accordance with Articles 56 and 57 of the Rules. It pointed out, however, that it had the power, while still exercising its functions and prior to the closure of the proceedings, to give any necessary interpretation of any of its decisions, to make any necessary supplementary decision, and to correct any error in the translation of a decision. The Tribunal further indicated that it could exercise such powers of its own motion or on the request of a party. The Tribunal, however, rejected Mexico's request, indicating that the two reasons given by Mexico for requesting interpretation were not relevant to the further proceedings before the Tribunal and that the Decision itself was clear. Regarding the correction of the Decision, the Tribunal stated that the points raised by Mexico did not reveal any inaccuracy in the translation of the Decision from English to Spanish or any inconsistency between the two versions.

18. By a letter of 23 September 2002, the Respondent requested an order from the Tribunal requiring disclosure of a series of documents which were said to be "relevant and necessary for the defense of this case". The request concerned two issues which were open at the merits phase, (A) damages and (B) ownership and control of the investment at issue, the Mexican company, Acaverde, S.A. de C.V., which was the actual concessionaire ("Acaverde").

19. By a letter of 30 September 2002, the Claimant noted that it was on the point of delivering to the Respondent's counsel in Washington, DC, a series of documents related to an opinion given by the Claimant's expert witness, Dr. Slottje, indicating that "most, if not all, of the financial information requested by the Respondent regarding the issue of damages will be contained in one form or another in those documents". However, it declined without an order from the Tribunal to provide documents in Category B, indicating that the Respondent appeared to be bringing an additional preliminary objection on the issue of standing. In the Claimant's view, the procedure followed by the First Tribunal had ensured that "all arguments of fact and law relating to jurisdiction" were disclosed; these did not include questions of standing.

20. By a further letter of 30 September 2002, the Respondent stressed that it had at no stage waived any right to raise other objections to the claim. In any event, it noted that the Claimant's ownership and control of Acaverde was relevant to the merits, including, eventually, to the quantum of damages.

21. On 1 October 2002, the Tribunal issued a Procedural Order concerning Disclosure of Documents, giving a certain number of indications regarding disclosure. The Tribunal expressed the view that documents concerning Acaverde's finances and operations in relation to the concession might be sought, provided they were sufficiently identified. The Tribunal further indicated that the Respondent's request for "copies of all the invoices issued in the period 1994-1998" was *prima facie* too burdensome, since it was likely to include large numbers of documents which were not in dispute as such. The Tribunal agreed that documents clarifying the extent of the Claimant's ownership and control of the investment were relevant. Finally, the Tribunal indicated that any remaining issues concerning specific documents could be referred back to the Tribunal by either party for a prompt ruling.

22. After an exchange of correspondence between the Respondent and the Claimant in connection with the production of documents, by a letter of 12 November 2002, the Respondent called on the Tribunal to order that it had access to information regarding Acaverde in possession of Servicios de Tecnología Ambiental, S.A. de C.V.

(“Setasa”).⁵ The Respondent explained the reasons for its request of the Claimant’s consent to the hand-over by Setasa of documents that had been provided by a predecessor of the Claimant under cover of a confidentiality agreement, to enable Setasa to assess the value of Acaverde.

23. By a letter of 15 November 2002, the Claimant outlined aspects of the history of its relations with Setasa, underlining that Setasa did not return the documents provided to it and there had been earlier litigation between Setasa and the Claimant regarding Setasa’s compliance with the confidentiality agreement. It offered to disclose directly to the Respondent any responsive documents which were returned to it by Setasa. The Claimant also called on the Tribunal to order immediate disclosure by the Respondent of nine classes of documents previously requested to the Respondent.

24. By a letter of 15 November 2002 to the Tribunal, the Respondent sought directions from the Tribunal as to what it characterized as “the Claimant’s substantial failure to comply with the Tribunal’s order”. In particular, it sought directions as to two classes of documents not disclosed. The first concerned Claimant’s conveyance of its Mexico operations in 1997. The second concerned alleged discrepancies as to the effective date on which the Claimant’s predecessor acquired Acaverde.

25. By a letter of 20 November 2002 to the Tribunal, the Respondent summarized the disclosure so far made by the Claimant. It set out in further detail reasons why the Respondent should be given access to documents in the control of Setasa. It argued that any disclosure request by the Claimant should be entertained only after the deposit of the Counter-Memorial, when it could be considered in the light of the arguments and documents contained in that filing.

26. By letter of 21 November 2002 to the Tribunal, the Claimant commented on the Respondent’s 15 November 2002 requests for orders. As to the 1997 conveyance, it offered to make available to the Respondent a redacted version of the agreement, or to file with the Tribunal an unredacted copy, which the Tribunal could confirm did indeed

⁵ Setasa negotiated with Acaverde’s principal shareholder, Sanifill, for the purchase of Acaverde in 1997 and accordingly received confidential information about the company as part of the due diligence process. It is this information which was the subject of the Respondent’s letter to the Tribunal of 12 November 2002. See further para. 66.

exclude Acaverde from the sale. As to the Respondent's second request, the Claimant noted that the difference between October 1994 and June 1995 in terms of the completed acquisition of Acaverde was irrelevant to standing under NAFTA Chapter 11.

27. By a letter of 21 November 2002 to the Tribunal, the Respondent rejected both proposals the Claimant had made as to the Agreement of 1997. The Respondent further rejected the Claimant's argument regarding the information requested in connection with the Cayman Islands transactions.

28. By a letter of 22 November 2002 to the Tribunal, the Claimant attached a redacted version of the 1997 Agreement.

29. On 25 November 2002, the Respondent requested an extension to file its Counter-Memorial. The Secretary informed the parties by a letter of 26 November 2002, that the Tribunal granted the extension requested by the Respondent and indicated the new schedule for the filing of pleadings.

30. On 27 November 2002, the Tribunal issued Procedural Order No. 2 concerning Disclosure of Documents. The Tribunal indicated that to the extent that documents identified by the Respondent were relevant to the question of ownership or control but the Claimant had neither disclosed them nor explained why they were not available, the Tribunal could draw corresponding inferences. It further stated that the Tribunal did not believe that any additional order was required as to documents pertaining to control over Acaverde in the period 1994-1995. The Tribunal also decided that the 1997 Agreement did not appear to be relevant to the present dispute, and accordingly did not order further disclosure. Regarding the documents in possession of Setasa, the Tribunal found it appropriate that the Claimant disclose promptly to the Respondent all relevant documents that Setasa might provide to the Claimant. The Tribunal asked the Claimant to provide the Tribunal with an explanation of the situation within 7 days of the date of the order.

31. In its Procedural Order No. 2, the Tribunal also addressed the Claimant's request for production of 9 categories of documents. The Tribunal granted in part the Claimant's request, in particular the documents related to Mexico's financial expert

evidence, and denied or found not relevant other categories of documents. The Tribunal directed that the Respondent should disclose the documents concerned at the same time as the Counter-Memorial or at the latest within 7 days of the filing of the Counter-Memorial.

32. The Respondent lodged its Counter-Memorial on the merits on 6 December 2002. On 13 January 2003, the Claimant requested an extension to lodge its Reply. The Secretary informed the parties by a letter of 15 January 2003 that the Tribunal had granted the extension requested by the Claimant and indicated the new schedule for the filing of pleadings, including the filing of submissions by the NAFTA Parties under NAFTA Article 1128.

33. The Claimant filed its Reply on the merits on 22 January 2003. The Respondent filed its Rejoinder on the merits on 7 March 2003.

34. Pursuant to a request of the Tribunal, the parties submitted a joint letter of 12 March 2003 regarding the organization of the hearing on the merits. The parties further expressed their views by a letter submitted by each party on 13 March 2003. The Tribunal, having considered the above correspondence, issued directions regarding the hearing on the merits which were communicated by the Secretary's letter of 14 March 2003.

35. On 19 March 2003, the Government of Canada filed a submission under Article 1128 of NAFTA and the United States of America advised the Tribunal on the same date that it did not intend to make a submission.

36. The hearing on the merits was held from 7 April until 10 April 2003 at the premises of the World Bank in Washington DC to hear the parties' oral arguments and the witnesses and experts called by them. The parties were represented as follows:

Attending on behalf of the Claimant:

Mr. Bob Craig, Assistant General Counsel, Waste Management, Inc.
Mr. Kemp Sawyers, Baker & Botts LLP
Mr. J. Patrick Berry, Baker & Botts LLP
Ms. Clara Poffenberger, Baker & Botts LLP
Ms. Guillermina Calles, Baker & Botts LLP
Ms. Lila Pankey, Baker & Botts LLP
Ms. Sharon Katz, Baker & Botts LLP

Mr. Ulrich Brunnhuber.
Attending on behalf of the Respondent:

Mr. Hugo Perezcano Díaz, Lead Counsel, Ministry of Economy
Mr. J. Christopher Thomas QC, Thomas & Partners
Mr. Cameron Mowatt, Thomas & Partners
Mr. Stephan E. Becker, Shaw Pittman
Ms. Adriana González Arce Brilanti, Ministry of Economy,
Mr. Salvador Behar Lavalle, Ministry of Economy
Ms. Alejandra Galaxia Treviño Solís, Ministry of Economy
Mr. Sanjay Mullick, Shaw Pittman
Mr. Rolando García, Thomas & Partners
Mr. Carlos García, Thomas & Partners
Mr. Humberto Guerrero Shaw Pittman.

The following witnesses and experts were heard at the hearing:

Witnesses of the Claimant:

Mr. Rodney Proto
Mr. H. Steven Walton
Mr. Jaime Eduardo Herrera Gutiérrez de Velasco

Witnesses of the Respondent:

Mr. Mario Alcaráz Alarcón

Experts of the Claimant:

Dr. Daniel Slottje

Experts of the Respondent:

Mr. Carlos de Rivas Ibañez
Mr. Carlos de Rivas Oest.

37. Representatives of the other two NAFTA parties attended the hearing:

Attending on behalf of the United States of America:

Mr. David A. Pawlak, Office of International Claims, Department of State
Ms. Jennifer Gehr, Department of Commerce.

Attending on behalf of the Government of Canada:

Mr. Douglas Heath, Embassy of Canada in Washington, DC.

38. Transcripts in English and Spanish of the hearing on the merits were prepared and distributed to the parties and the members of the Tribunal.

39. By letter of 14 April 2003, the Secretary distributed copies of certain questions from the Tribunal to both parties as made at the end of the hearing on the merits. The Secretary also informed the parties, following the Tribunal's instructions, of the schedule for submitting their answers. The parties submitted their answers to the Tribunal's questions on 28 April 2003.

B. THE DISPUTE BETWEEN THE PARTIES

40. The present dispute arises from a concession for the provision of waste disposal services in the Mexican City of Acapulco in the State of Guerrero, one of the component states of Mexico. The agreed terms for this operation were laid down in a Concession Agreement (*Título de Concesión*), the parties to which were the City through its Council (*Ayuntamiento*) ("the City") and Acaverde. Acaverde was a Mexican company created in 1994. It is said at all relevant times to have been a wholly owned subsidiary of the Claimant, Waste Management Inc. ("Waste Management"), a Delaware corporation with substantial interests in municipal waste disposal services in the United States and elsewhere.⁶ The question of Waste Management's entitlement to claim under Articles 1116 or 1117 of NAFTA in respect of the present dispute involving Acaverde is an issue in the case. In this section of the Award, the Tribunal will refer to Acaverde as the actual contracting party and provider of services under the Concession Agreement.⁷

41. The Concession Agreement was concluded on 9 February 1995. It was amended in significant respects by a further agreement of 12 May 1995. Under the Concession Agreement as so amended ("the Concession Agreement"), Acaverde undertook to provide on an exclusive basis certain municipal waste disposal and street cleaning services in a specified area of Acapulco. The area concerned, containing approximately 9000 residential and commercial addresses, covered the principal tourist and beachfront area of the City, which is a fraction of the total area of Acapulco, a city of approximately 1.5 million people. Tourism is the most important service industry in Acapulco, and there is no doubt that the waste collection system in the tourist area needed attention.

⁶ USA Waste Services Inc. merged with Acaverde's principal shareholder, Sanifill, in 1996. The merged company was subsequently renamed Waste Management, Inc.

⁷ The relationship between Acaverde and its parent companies is discussed at paras. 77-85, below.

42. Clause 15 of the Concession Agreement provided that the City would not grant to any other company or person “any right or concession inconsistent with the rights of the Concessionaire under this Concession Agreement”. Under the Program of Operations, the City undertook to enact “such ordinances and local statutes as may be necessary to forbid manual street sweeping, the collection, transportation, use, recycling or disposal by any person or entity other than the Concessionaire of any Waste generated within the Concession Area”. These ordinances and statutes were to be fully and promptly enforced, both for residential and commercial waste collection. The Parties agreed that the enactment of the relevant ordinances would be a condition precedent to the commencement of operations and that Acaverde could “treat as a default any failure of the City to enforce these ordinances fully”.

43. On 30 June 1995, before Acaverde commenced services under the Concession Agreement, the City passed and subsequently promulgated a Regulation regulating the Rendering of the Public Cleaning Service Concession (“the Cleaning Services Ordinance”). The Cleaning Services Ordinance established exclusivity of waste collection services, prohibited dumping of rubbish in the area and provided for enforcement by way of fines. A schedule of rates was attached.

44. Article 8 of the Cleaning Services Ordinance provided that residents or businesses located in the concession area “must request” the public cleaning service within 90 days of commencement of operations. The Respondent argued that this provision did not correspond to any substantive obligation in the Concession Agreement, and noted that the obligation to pay scheduled rates was not imposed on residents as such. Formally this is true. Only persons who had signed a service contract with Acaverde were obliged to pay, and owners of holiday apartments in the concession area might not have any incentive to do so. Furthermore the terms of service contracts were a matter for agreement; the Ordinance established maximum but not minimum rates and Acaverde could (and did) enter into contracts at less than the scheduled rate. It is true that the Concession Agreement clearly contemplated that Acaverde would enjoy exclusivity within the concession area, and the City would not undermine this exclusivity by granting others the right to collect waste. But this did not necessarily translate into a situation where Acaverde’s market penetration in the concession area was sufficient to maintain its profitability.

45. In addition to providing collection services, Acaverde undertook under the Concession Agreement to build and operate a permanent solid waste landfill for the City as a whole, which would enable the closure of two existing temporary sites. The City would provide a site for the landfill “as [a] gratuitous loan for the term of the concession”. Fees for use of the landfill could be charged, at approved rates, to commercial customers. Pending the construction of the permanent landfill Acaverde would be given, free of charge, access to one of the existing sites.

46. The term of the Concession Agreement was to be 15 years from the date of commencement of services.

47. Under the Concession Agreement, Acaverde undertook to make an initial investment of up to US\$12.8 million. Its charges were to be in accordance with the agreed schedule, which was an integral part of the Concession Agreement and was subject to indexation. In return the City would pay Acaverde a monthly fee for services which, after 1 January 1996 would be NP1 million⁸ (approximately equivalent to US\$170,000 at then-current exchange rates), and which was also indexed. Acaverde would pay the City a bonus calculated on the basis of its “success rate” in obtaining payment from customers in the concession area. The bonus payable was only 3% of certain revenues if the success rate was between .80 and .849, but rose to 30% with a success rate above .95. This gave the City some incentive to seek to ensure exclusivity and completeness of coverage. On the other hand it implicitly acknowledged that such coverage would not necessarily be achieved. In fact, the success rate never rose as high as .60, and no bonuses were ever paid to the City under these provisions.

48. Under the Concession Agreement, payments due to Acaverde by the City would bear interest at a specified rate if unpaid after 60 days. The City undertook to negotiate with a development bank established by the federal government of Mexico, Banco Nacional de Obras y Servicios Publicos, S.N.C. (“Banobras”), “an irrevocable, contingent and revolving line [of credit]” to guarantee “all payment obligations” of the City for the term of the Concession Agreement (Article 11).

⁸ “NP” refers to Mexican New Pesos.

49. The Line of Credit Agreement was issued on 9 June 1995. As envisaged by the Concession Agreement, the parties to the Line of Credit Agreement were the Government of the State of Guerrero (“Guerrero”), the City and Banobras. It recited the need to guarantee payment obligations under the Concession Agreement “in the event the City faces temporary cash flow problems that prevent the City to comply with such obligations” (Recitals, cl. III). Despite the reference in Article 11 of the Concession Agreement to “all payment obligations” of the City, the Line of Credit Agreement only covered “an amount equal to six monthly payments agreed to for the services rendered”, i.e. NP6,000,000 (Recitals, cl. XI). Demands for payment under the Line of Credit Agreement could be made by the City or by Acaverde. Disputes under the Line of Credit Agreement were referred to the federal courts of Mexico to the exclusion of “any other jurisdiction that might be available to them by reason of their present or future domiciles” (Clause 14, as translated by the Tribunal).

50. Although the Line of Credit Agreement was clear in limiting the total amount of credit available at any time to NP6 million, Banobras had the right to divert federal payments to Guerrero by way of reimbursement. In this regard Clause 6 provided:

“In the event that one or more requisitions made against the line [of credit] are not paid within 90 days, the Bank will proceed without delay to give effect to the guarantee corresponding to the present and future entitlements

due from federal income to the State Government of Guerrero, thereby recovering the amounts paid to ‘Acaverde, S.A. de C.V.’ against this credit.”⁹

Interpreted literally, this provision was directed at the question of replenishment for Banobras from the federal funds of Guerrero in respect of payments already made to Acaverde and not repaid by the City. It was not expressed in terms of a right of recourse by Acaverde against federal funds in the hands of Guerrero.

51. Before the Tribunal there was some discussion as to Acaverde’s role in the conclusion of the Line of Credit Agreement, and whether it had accepted the limitation of

⁹ Translation by the Tribunal. The original reads:

“En caso que una o más disposiciones hechas contra la línea no se paguen en el plazo de 90 días, el Banco procederá sin demora a hacer efectiva la garantía correspondiente al las participaciones presentes y futuras que le correspondan en ingresos federales al Gobierno del Estado de Guerrero, recuperando así las cantidades pagadas a ‘Acaverde, S.A. de C.V.’, con cargo a este crédito.”

the Banobras guarantee contained in that Agreement.¹⁰ In the Tribunal's view, although Acaverde may not have played any role in the negotiation or drafting of the Line of Credit Agreement, and although it was no doubt unhappy about the limitation of the guarantee insisted on by Banobras, it nonetheless accepted the resulting situation and went ahead with its investment. In other words, in the Tribunal's view, Acaverde accepted that the Line of Credit Agreement concluded in June 1995 was sufficient to meet the requirements of the amended Concession Agreement.¹¹

52. As required by Mexican law, the grant of the Concession for a period of 15 years was approved by Decree of the State Congress in December 1994.¹²

53. Disputes under the Concession Agreement were to be submitted to arbitration in accordance with Clause 17, which provided that:

“Any dispute arising from, or related to, this Concession, shall be submitted to Arbitration by one Arbitrator jointly appointed by the CONCESSIONAIRE and the MUNICIPAL COUNCIL. In the event the parties fail to reach an agreement on such appointment, the Arbitration shall be conducted by three Arbitrators, one of whom shall be an independent expert on Mexican Law. In the latter case, the Arbitrators appointed by the Parties shall jointly select a third Arbitrator, who shall be designated as President.”

The arbitration was to take place in Acapulco under the rules of Conciliation and Arbitration of the National Chamber of Commerce of Mexico City.

54. On 15 August 1995, Acaverde began providing services under the Agreement. Difficulties were encountered almost immediately in enforcing the exclusivity arrangements contained in the Concession Agreement, and there was strong customer resistance to paying for waste disposal services, either at all or at the published

¹⁰ Mr. Rodney Proto, transcript, 7 April 2003, 102; Mr. Steven Walton, *ibid.*, 282-7. Acaverde's Mexican lawyer, Mr. Jaime Herrera stated that Acaverde did not participate in the drafting of the Line of Credit Agreement and that its suggestions in that regard were rejected by Banobras (Herrera Statement, para. 9; see also Banobras' letter to Sanifill of 19 June 1995). But it is clear that Acaverde, which had agreed to the amended Concession Agreement at Banobras' insistence, had notice of the precise terms of the Line of Credit Agreement when it commenced operations in August 1995: *ibid.*, para. 8.

¹¹ In the correspondence preceding the Line of Credit Agreement, its limitations are consistently spelled out: e.g. in the letter of the State Delegate, Banobras to Acaverde, 26 May 1995. Subsequently (but before operations commenced), Banobras made it clear that the terms of the Agreement could not be changed: State Delegate, Banobras to Acaverde, 19 June 1995.

¹² Decree No. 127, 15 December 1994, published in the Guerrero *Official Gazette*, 3 January 1995.

rate.¹³ Many of those who had previously picked up and/or dumped waste in the concession area on an informal basis were resistant to the new arrangements. The cast of resisters included the pig-farmers (*porcicultores*) who took waste food from restaurants as food for their animals; the “pirates” (*piratas*) who ran unauthorised pick-up trucks looking for (and also dumping) waste, and the hawkers or barrow-men (*carretilleros*) who would do small jobs, including waste disposal, for a tip. Acaverde eventually reached an agreement with the pig-farmers association, but the *piratas* and the *carretilleros* were a continuing source of difficulty.¹⁴ In particular, Acaverde complained that permits issued to the “pirates” allowing them to collect waste in the concession area were not revoked and even continued to be issued. Acaverde also complained that City drivers were picking up waste within the concession area in return for tips.

55. In addition, Acaverde complained at the City’s failure to provide premises for Acaverde’s operations or to enter into the gratuitous loan agreement for the new landfill. Under the Concession Agreement the City was required to provide, through a gratuitous loan, a municipally-owned piece of land for use as a permanent landfill. This would enable the existing open air dumps to be closed. Acaverde complained that the land, though identified and surveyed, was never made available. In lieu of the proposed landfill, Acaverde operated a temporary land-fill, and allowed the City to use it to dump waste collected outside the concession area.¹⁵

56. Following initial public unrest at the introduction of Acaverde’s services and charges, the Mayor of Acapulco in October 1995 is reported as having requested Acaverde to “make adjustments to fit the Mexican standards”. Mayor Almazán is reported to have said that “the obligation to contract Acaverde’s services will be eliminated in order to remove what was previously interpreted as an imposition”.¹⁶ There is certainly evidence supporting the Mayor’s perception that Acaverde’s concession had been “interpreted as an imposition”. But notwithstanding his statement, neither the Cleaning Services Ordinance nor the Concession Agreement was amended. The Mayor’s statement

¹³ See e.g., Mr. Rodney Proto, transcript, 7 April 2003, 89, lines 7-11.

¹⁴ E.g., letters of Acaverde to the City, 2 September 1996, 13 December 1996.

¹⁵ See Statement by Mr. D. Harich, a civil engineer employed by Waste Management to design the proposed landfill.

¹⁶ “No es obligatorio Acaverde: ROA”, *El Sol de Acapulco*, 13 October 1995, p. 1.

may have added to Acaverde's difficulties, but in the Tribunal's view it did not cause the difficulties, nor did it bring about the failure of the enterprise. Rather it was symptomatic of a public debate about the concession at a difficult time for all concerned.

57. Over time, and with a substantial input of resources, Acaverde built up its client base in the Concession area to approximately 5000 addresses, i.e., about 55% of the total; but it was generally forced to offer discounts in order to attract customers. It also provided considerably more personnel for public street sweeping and collection services than the minimum required by the Concession Agreement. It is clear that the arrangement was not commercially viable, taking into account both the lower than expected proportion of customers serviced and the additional costs incurred.

58. But Acaverde's financial difficulties were greatly exacerbated in that from the beginning there were severe problems in ensuring regular payments from the City under the Concession Agreement. Of 26 invoices presented by Acaverde, the City paid one in full and made partial payments with respect to two.¹⁷ In June 1996 Banobras paid invoices for the 4 months January-April 1996 under the Line of Credit Agreement (but without the indexation element), thereby reducing the City's indebtedness. This was the only payment made under the Line of Credit Agreement. On 23 July 1996, Acaverde requested Banobras to pay the invoice for May 1996, which had not been rejected by the City and was therefore deemed to have been accepted, and it made a series of similar requests for subsequent months. On 2 August 1996, Banobras gave two reasons for denying Acaverde's request: first, what it stated to be the NP5.9 million already paid had not been reimbursed by the City; second, the parties to the Concession Agreement were actively considering modifications to it in response to the City's financial crisis. Banobras' State Delegate wrote:

"Contractually, the Municipality of Acapulco is obliged to refund all amounts [paid under the Line of Credit] within 90 days and, if it fails to do so, the Bank will proceed to use federal contributions made by the Government of the State.

On the other hand, as you know, in the current negotiations between said company and the Municipality of Acapulco, it is considered to make amendments in the Concession Instrument, including the financial part as the main problem to be resolved. This willingness to amend the Concession

¹⁷ The City made a swap proposal in respect of the 1995 invoices which Acaverde refused, as it was entitled to do.

Instrument was expressed by both parties to the authorities of the Secretariat of Finance and Public Credit and to the Bank, but, to date, there is no final proposal accepted by both.

For the above reasons, I am informing you that it is impossible to pay the bill submitted, until the Municipality refunds to us the amount disbursed and sends us the agreements accepted by your company and the Municipality of Acapulco, which are indispensable elements in order to update the amount of the Line.”

59. Acaverde replied on 6 August 1996. It made the valid point that the amount it had received under the Line of Credit in June 1996 was only NP4.9 million, and that fees and interest charges owed by the City to Banobras as a result of payments to Acaverde should not be counted against it. It also noted that the continuation of its negotiations with the City was no excuse for Banobras not to comply with its obligations under the Line of Credit Agreement. Faced with Banobras’ refusal Acaverde reserved its legal rights:

“our company is forced to terminate the negotiations fostered by your H[onourable] Institution, we will protect our interests and rights contained in said Instrument [Concession Agreement] in the venue and form we deem necessary.”

60. Banobras was in a difficult position. On the one hand the initial Line of Credit was substantially exhausted, and the seizure of the diminished federal grants to the City for the purposes of replenishing it would have been a controversial act locally. The fact that the parties were considering changes to the Concession Agreement was, if not a justification, at any rate an excuse for not considering the exercise of that power for the time being.

61. For its part, the City wrote to Banobras on 11 September 1996, reciting what it claimed were failures on the part of Acaverde to perform its obligations under the Concession Agreement, requesting it not to make further payments under the Line of Credit and threatening it with litigation if it did.

62. The Claimant argued that this letter was a mere excuse by the City to avoid meeting its obligations under the Line of Credit Agreement, that any problems notified to Acaverde were promptly rectified, and that there was no general complaint from the City, at the time, as to the level and quality of the service Acaverde was providing. The

Respondent argued on the contrary that there were persistent problems. This is a matter on which the Tribunal can only reach an impressionistic view. It notes the comment by one witness, who at the relevant time was the City's Secretary of Finance: in his opinion, "Acaverde's service was incomplete, because it only collected garbage from people who had contracts with the company. But *it was efficient for those with contracts.*"¹⁸ There is other evidence to the same effect: the commercial side of Acaverde's operations was efficiently performed, given the constraints upon it.

63. On the other hand, in the Tribunal's view, whatever may have motivated the City's letter to Banobras of 11 September 1996 it did not simply invent a dispute about the level of servicing which had no basis in fact. For a variety of reasons the street sweeping operations conducted by Acaverde were not enough to keep the streets of the concession area consistently clean. Apart from illegal dumping by pirates and the inevitable boundary problems of a partial concession in a large city, there was a persistent problem of "black spots" (*puntos negros*). For much of the period of operations, Acaverde did not collect from addresses which were not contracted; from its point of view this was an attempt to induce residents and businesses to contract with it, and was understandable. But Acaverde's sanitary obligations were not limited to removing trash deposited by its customers. The City had to step in on various occasions to deal with complaints and black spots, and it continued to have to expend resources and manpower on sanitary operations in the tourist zone. Whatever the rights and wrongs of the situation, the fact is that the black spots were a recurring problem. For example on 15 May 1996, Acaverde's General Manager wrote to the City stating that:

"Our company is making its best efforts to keep the concession area clean, so that we are asking for your help to penalize the citizens who throw out garbage in the streets creating black spots throughout the concession area."

64. Thus after September 1996, Banobras could argue that—quite apart from the non-replenishment of the Line of Credit—the City's non-payment of Acaverde's invoices was not the result of the City's financial crisis. Arguably it arose from a dispute between Acaverde and the City over the performance of the Concession Agreement, a dispute which Banobras had no obligation to settle. Whether that position was justified

¹⁸

Witness statement of Mr. Rogelio Moreno Jarquín, 4 December 2002, para. 8 (emphasis added).

under the Line of Credit Agreement was a question—but at any rate it might help to extricate Banobras from its awkward situation as between Acaverde on one hand and the City on the other.

65. In a letter to the City of 15 November 1996, Banobras defended its payment of NP4.9 million in June on the ground that it was fully justified under the Concession Agreement, and it referred to Acaverde's subsequent demands for payment under the Line of Credit up to September 1996, implying that they might require similar treatment. But in fact it continued to refuse to pay Acaverde's invoices, and it did not seek to have resort to federal funds in Guerrero's hands.

66. By early 1997 the Claimant was seeking to withdraw from Acapulco and to sell its business. On 27 February 1997 Sanifill, principal shareholder of Acaverde's holding company, entered into a 60 day letter of intent with a Mexican company, Setasa, allowing the latter access to Acaverde's financial and operating information on a basis of confidentiality in order to assess the price. Subsequently, on 23 May 1997, a contingent sale agreement was concluded with a price of NP36.6 million (approximately equivalent to US\$4.7 million at the then current exchange rate). In June 1997, however, Sanifill discovered that Setasa was in direct communication with the City, and eventually the sale did not proceed.

67. On 9 October 1997, Hurricane Paulina struck the Acapulco region, causing hundreds of deaths and enormous destruction.

68. By letter of 27 October 1997—with unhappy timing given that the City was still reeling from the hurricane—Acaverde announced that with effect from 12 November 1997 it would suspend the provision of services under the Agreement. The tasks it had performed were immediately assumed by Setasa,¹⁹ which contracted with the City rather than with individual residents.

¹⁹

In accordance with a request of the City to Setasa, 12 November 1997.

69. Over the 27 months of Acaverde's operations, its invoices to the City totalled more than NP49 million, of which the City itself paid NP2,225,000 and Banobras paid NP4.9 million. Approximately 80% of the total amount invoiced went unpaid.

70. Acaverde brought two sets of proceedings before the Mexican federal courts against Banobras for non-performance of the Line of Credit Agreement. These proceedings were dismissed and Acaverde's appeals were likewise dismissed. Acaverde also commenced arbitration under Clause 17 of the Concession Agreement against the City ("the CANACO arbitration"); this was subsequently discontinued. The domestic Mexican proceedings are examined in detail in paragraphs 118-132 below.

71. On 29 September 1998, while the Mexican proceedings were still pending, Waste Management commenced the first ICSID arbitration, referred to in paragraph 4 above. Indeed it was because those proceedings were pending, and because further proceedings were possible, that Waste Management qualified the terms of its waiver under Article 1121, leading to the dismissal of its claim by the First Tribunal. The present ICSID proceedings were registered on 27 September 2000, by which time Acaverde's claims in the Mexican courts had all been dismissed and the CANACO arbitration had been discontinued without any decision being reached.

72. Despite these developments, Claimant brought precisely the same claim before the present Tribunal as it had in the first ICSID arbitration. In other words, it did not express its claim in terms of a denial of justice through the subsequent Mexican proceedings. By agreement, Claimant's Memorial in the first proceedings was taken to constitute its Memorial in the present proceedings. Nonetheless, and in the Tribunal's view inevitably, attention was paid both to the outcome and to the reasoning behind the Mexican court decisions, as well as to the reasons for Claimant's withdrawal of the domestic arbitration, having regard to their potential relevance to the claim brought under NAFTA Chapter 11 to this Tribunal. In the circumstances the Tribunal proposes to ask whether the facts as disclosed to it involved a breach of NAFTA Articles 1105 or 1110, even though the position may not have been fully captured in Claimant's re-filed Memorial.

C. THE BASES OF CLAIM UNDER NAFTA

(1) Overview

73. The Tribunal begins by observing that—unlike many bilateral and regional investment treaties—NAFTA Chapter 11 does not give jurisdiction in respect of breaches of investment contracts such as the Concession Agreement. Nor does it contain an “umbrella clause” committing the host State to comply with its contractual commitments. This does not mean that the Tribunal lacks jurisdiction to take note of or interpret the contract. But such jurisdiction is incidental in character, and it is always necessary for a claimant to assert as its cause of action a claim founded in one of the substantive provisions of NAFTA referred to in Articles 1116 and 1117. Furthermore, while conduct (e.g. an expropriation) may at the same time involve a breach of NAFTA standards and a breach of contract, the two categories are distinct. Even as to Article 1105, while it will be relevant to show that particular conduct of the host State contradicted agreements or understandings reached at the time of the entry of the investment, it is still necessary to prove that this conduct was a breach of the substantive standards embodied in Article 1105. Showing that it was a breach of contract is not enough.²⁰

74. The Claimant alleged that the circumstances outlined above disclosed a breach by the Respondent of its duties to United States investors under NAFTA Article 1110 or alternatively under Article 1105(1). It put its damages at more than US\$36,000,000. In addition it sought to recover its demobilization costs resulting from the revocation of the Concession Agreement, which were estimated at US\$630,000. It also sought an award of legal costs.

75. The Respondent did not deny that for the purposes of Chapter 11 of NAFTA the conduct of the City of Acapulco and the State of Guerrero was attributable to it. More difficult issues arise with respect to the conduct of Banobras, which is a development bank partly-owned and substantially controlled by Mexican government agencies. Banobras’ general objective, in the words of the regional director of Banobras

²⁰ See further *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/97/3), Decision on Annulment, (2002) 6 ICSID Reports 340, 365-7 (paras. 95-101), cited with approval by the Tribunal in *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, (ICSID Case No. ARB/01/13), decision of 6 August 2003, (2003) 18 ICSID Rev.-FILJ 307, 352-6 (paras. 147-8). See also *Azinian, Davitian & Baca v. United Mexican States* (ICSID Case No. ARB(AF)/97/2), (1998) 5 ICSID Reports 269, 286 (paras. 81, 83).

in Guerrero, is “to promote and finance activities carried out by the Federal, State, and Municipal Governments of the Country”.²¹ From the material available to the Tribunal it is doubtful whether Banobras is an organ of the Mexican State within the meaning of Article 4 of the ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.²² Shares in Banobras were divided between the public and private sector, with the former holding a minimum of 66%. The mere fact that a separate entity is majority-owned or substantially controlled by the state does not make it *ipso facto* an organ of the state. Nor is it clear that in its dealings with the City and the State in terms of the Line of Credit it was exercising governmental authority within the meaning of Article 5 of those Articles.²³ The Organic Law of 1986 regulating Banobras’ activity confers on it a variety of functions, some clearly public, others less so. A further possibility is that Banobras, though not an organ of Mexico, was acting “under the direction or control of” Guerrero or of the City in refusing to pay Acaverde under the Agreement:²⁴ again, it is far from clear from the evidence that this was so.²⁵ For the purposes of the present Award, however, it will be assumed that one way or another the conduct of Banobras was attributable to Mexico for NAFTA purposes.

76. Mexico’s legal defence involved three strands. First, it denied that the Claimant had the status of an investor for the purposes of Chapter 11 on the grounds that the Claimant did not have a direct interest in the investment in Mexico, because Acaverde’s direct shareholder was a company registered in the Cayman Islands, not a NAFTA Party. Secondly, while not denying that there may have been breaches of the Concession Agreement by the City, Mexico denied that these breaches, individually or collectively, rose to the level of conduct in violation of NAFTA Article 1105. Thirdly, it denied that there had been any expropriation, direct or indirect, of the investment, i.e., of Acaverde’s business, contrary to NAFTA Article 1110. The Tribunal will discuss the

²¹ Statement of Mr. Mario Alcaraz Alarcón, para. 3.

²² Annexed to GA Res. 56/83, 12 December 2001.

²³ The ILC’s commentary describes the notion of a “para-statal” entity as a narrow category: the essential requirement is that the entity must be “empowered by the law of the State to exercise functions of a public character normally exercised by State organs, and the conduct of the entity [which is the subject of the complaint] relates to the exercise of the governmental authority concerned”: Commentary to Article 5, paras. 2 and 7, reproduced in J Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility* (Cambridge, 2002) 100, 102.

²⁴ ILC Articles, Art. 8; see the commentary, esp. para. 6, in Crawford, 112-113.

²⁵ See below, paras. 103, 139 for the Tribunal’s findings on this point.

legal issues in turn, dealing with the facts (and with any factual disputes) as far as necessary for the purpose.

(2) The status of the Claimant as an “investor”

77. At the time it was incorporated, Acaverde was owned, through a holding company called AcaVerde Holdings Ltd, by Sun Investment Co., a Cayman Islands company. AcaVerde Holdings Ltd., also a Cayman Islands company, was purchased by Sanifill Inc., a U.S. company (“Sanifill”), at about the time the City initially approved the concession. The sale agreement of 21 December 1994 was contingent upon conclusion of the Concession Agreement and the Line of Credit Agreement. In fact the sale was completed on 27 June 1995. The price paid, in instalments, was US\$5 million, plus the right to certain royalties based on Acaverde’s operations. Subsequently, in August 1996, Sanifill merged with USA Waste Services Inc.; the merged company later adopted the name Waste Management Inc.

78. A number of witnesses presented by the Respondent asserted that the City was not aware at the time the Concession Agreement was negotiated that Acaverde was not owned by Sanifill. The Claimant’s witnesses asserted that they had informed the City of this fact. The Tribunal does not need to resolve the discrepancy. Although the City may not have been aware of the specific financial arrangements between Sun Investments and Sanifill, it was certainly aware that United States interests were involved in the proposed arrangement,²⁶ as was reported in the local press at the time.²⁷ The Concession Agreement was signed by Mr. Proto, a senior employee of Sanifill, under a power of attorney granted by Acaverde. As noted, the actual purchase of Acaverde’s stock was contingent upon the conclusion of the Line of Credit Agreement, without which the project would not have gone ahead. By the time Acaverde commenced operations on 15 August 1995, almost all its shares were owned, through Cayman Islands companies, by Sanifill.²⁸

²⁶ Mr. Walton, transcript, 7 April 2003, 233.

²⁷ *Novedades* (Acapulco), 30 October 1994, identifying Sanifill Inc. as the prospective concessionaire.

²⁸ On 30 November 1995, a merger agreement left Sanifill de Mexico, S.A. de C.V., a Mexican company, as the sole successor of the various intermediate holding companies of Aceverde, the ultimate controlling interest of which was in Sanifill.

79. In any event there is no general requirement of *mens rea* or intent in Section A of Chapter 11. The standards are in principle objective: if an investor suffers loss or damage by reason of conduct which amounts to a breach of Articles 1105 or 1110, it is no defence for the Respondent State to argue that it was not aware of the investor's identity or national character. The only question is whether the various requirements of Chapter 11 in this regard are satisfied.

80. Chapter 11 of NAFTA spells out in detail and with evident care the conditions for commencing arbitrations under its provisions. In particular it distinguishes between claims brought by an investor of another Party in its own right and claims brought by an investor on behalf of a local enterprise. The relevant provisions cover the full range of possibilities, including direct and indirect control and ownership. They deal with possible "protection shopping", i.e. with situations where the substantial control or ownership of an enterprise of a Party lies with an investor of a non-party and the enterprise "has no substantial business activities in the territory of the Party under whose law it is constituted or organized".²⁹ In other words NAFTA addresses situations where the investor is simply an intermediary for interests substantially foreign, and it allows NAFTA protections to be withdrawn in such cases (subject to prior notification and consultation). There is no hint of any concern that investments are held through companies or enterprises of non-NAFTA States, if the beneficial ownership at relevant times is with a NAFTA investor.

81. The scope of protection, and the care with which the relevant provisions were drafted, can be seen from the definitions in Articles 201 and 1139. In accordance with Article 201:

"**enterprise** means any entity constituted or organized under applicable law, whether or not for profit, and whether privately-owned or governmentally-owned, including any corporation, trust, partnership, sole proprietorship, joint venture or other association;

enterprise of a Party means an enterprise constituted or organized under the law of a Party;".

Plainly the term "enterprise" includes corporations established under the law of a third State.

²⁹ NAFTA, Article 1113(2).

82. Then under Article 1139, which defines certain terms for the purposes of Chapter 11, further definitions are relevant:

“**investment** means:

(a) an enterprise;

...

(e) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in income or profits of the enterprise;

...

investment of an investor of a Party means an investment owned or controlled directly or indirectly by an investor of such Party”.

83. Of course these are only definitions, but they are used consistently in the substantive provisions of Section A of Chapter 11 and in the remedial provisions of Section B. Article 1101 specifies the scope and coverage of Chapter 11:

“1. This Chapter applies to measures adopted or maintained by a Party relating to:

(a) investors of another Party;

(b) investments of investors of another Party in the territory of the Party; and

(c) with respect to Articles 1106 and 1114, all investments in the territory of the Party.”

Thus when Article 1105 specifies the treatment to be accorded to investments of investors of another Party, there is no trace of a requirement that the investment itself have the nationality of that Party either at the time it was acquired or at the time the conduct complained of occurs. Similarly under Article 1110 dealing with expropriation, the protected quantity is “an investment of an investor of another Party” in the territory of the expropriating State. The nationality of the investment (as opposed to that of the investor) is irrelevant. The same is true in respect of claims by investors on their own behalf under Article 1116: it is sufficient that the investor has the nationality of a Party and has suffered loss or damage as a result of action in breach of one of the specified obligations, including Articles 1105 and 1110. The extent of that loss or damage is a matter of quantum, not jurisdiction.

84. Article 1117 deals with the special situation of claims brought by investors on behalf of enterprises established in the host State. But it still allows such claims where

the enterprise is owned or controlled “directly or indirectly”, i.e., through an intermediate holding company which has the nationality of a third State.

85. Where a treaty spells out in detail and with precision the requirements for maintaining a claim, there is no room for implying into the treaty additional requirements, whether based on alleged requirements of general international law in the field of diplomatic protection or otherwise. If the NAFTA Parties had wished to limit their obligations of conduct to enterprises or investments having the nationality of one of the other Parties they could have done so. Similarly they could have restricted claims of loss or damage by reference to the nationality of the corporation which itself suffered direct injury. No such restrictions appear in the text. It is not disputed that at the time the actions said to amount to a breach of NAFTA occurred, Acaverde was an enterprise owned or controlled indirectly by the Claimant, an investor of the United States. The nationality of any intermediate holding companies is irrelevant to the present claim. Thus the first of the Respondent’s arguments must be rejected.

(3) The claim for breach of NAFTA Article 1105

86. The Tribunal turns to the claim for breach of Article 1105(1). This was not the primary basis of claim. Rather the Claimant argued that Article 1105 “provides an alternative and overlapping basis for recovery by Waste Management”, alongside its claim for expropriation under Article 1110.³⁰ Nonetheless it was an autonomous basis of claim, and it is convenient to deal with it first, before turning to Article 1110.

87. According to the Claimant, the investment was subject to arbitrary acts by the City, Guerrero and Banobras which were capricious, lacking in due process of law and which rendered the investment valueless.³¹ Furthermore Acaverde was subjected to a denial of justice at the hands of the City, Guerrero and Banobras, which conspired to obstruct its access to judicial and arbitral forums to resolve claims under the concession: more specifically, these entities “funnelled” the litigation by raising procedural issues to

³⁰ Memorial, para. 5.43.

³¹ Reply, paras. 4.32-4.33.

delay the merits claims and deny Acaverde the opportunity to obtain timely payment from Banobras, aggravating its bad financial position.³²

88. In assessing these arguments it is necessary to consider first the interpretation to be given to Article 1105(1), then its application to the facts of the present case.

(i) *The scope and interpretation of Article 1105(1)*

89. Article 1105 is entitled “Minimum Standard of Treatment”. The relevant provision here is paragraph 1, which provides as follows:

“(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.”

90. On 31 July 2001, the Free Trade Commission, acting under NAFTA Article 1131, issued the following interpretation of Article 1105(1):

“B. Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law

1. Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party.

2. The concepts of ‘fair and equitable treatment’ and ‘full protection and security’ do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.

3. A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1).”

91. The FTC’s interpretation has been extensively discussed in subsequent decisions, in particular the *Mondev*³³ and *ADF* cases.³⁴ The *Mondev* tribunal found that the FTC interpretation:

³² Reply, paras. 4.32, 4.39-4.40.

³³ *Mondev International Limited v. United States of America*, Award of 11 October 2002, 6 ICSID Reports 192.

³⁴ *ADF Group Inc. v. United States of America*, Award of 9 January 2003, 6 ICSID Reports 470.

- resolves any dispute about whether there was such a thing as a minimum standard of treatment of investment in international law in the affirmative;³⁵
- makes clear that the standard of treatment is to be found by reference to international law;³⁶
- clarifies that Article 1105 refers to a standard existing under customary law, not standards under other treaties of the NAFTA Parties or other provisions within NAFTA;³⁷
- clarifies that the terms “fair and equitable treatment” and “full protection and security” are references to existing elements of customary international law and are not “additive”, that is, they do not add novel elements to that standard;³⁸ and
- incorporates current international customary law, at least as it stood at the time that NAFTA came into force in 1994, rather than any earlier version of the standard of treatment.³⁹

92. This last point was expanded by the tribunal in *ADF*: it recorded the view of the United States, accepted by Canada and Mexico, that the customary international law in Article 1105(1) is not static and that the minimum standard of treatment does evolve, going onto say that “both customary international law and the minimum standard of treatment of aliens it incorporates, are constantly in a process of development.”⁴⁰

93. Both the *Mondev* and *ADF* tribunals rejected any suggestion that the standard of treatment of a foreign investment set by NAFTA is confined to the kind of outrageous treatment referred to in the *Neer* case, i.e. to treatment amounting to an “outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental

³⁵ *Mondev International Limited v. United States of America*, Award of 11 October 2002, 6 ICSID Reports 192, 216 (para. 98), 223 (para. 120). See also *ADF*, 527 (para. 178).

³⁶ *Mondev International Limited v. United States of America*, 216 (para. 98).

³⁷ *Ibid.*, 223 (para. 121).

³⁸ *Ibid.*, 223 (para. 122).

³⁹ *Ibid.*, 224 (para. 125).

⁴⁰ *ADF Group Inc. v. United States of America*, Award of 9 January 2003, 6 ICSID Reports 470, 527-8 (para. 179).

action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency".⁴¹

94. The discussion of Article 1105 by the tribunal in *S.D. Myers*, even though before the FTC interpretation, may also be noted. The tribunal considered that a breach of Article 1105 occurs

"only when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective. That determination must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders. The determination must also take into account any specific rules of international law that are applicable to the case."⁴²

95. In the context of denial of justice arising from decisions of domestic courts, the *Mondev* tribunal formulated the test of the applicable "customary international law minimum standard" under Article 1105(1) in the following terms:

"The test is not whether a particular result is surprising, but whether the shock or surprise occasioned to an impartial tribunal leads, on reflection, to justified concerns as to the judicial propriety of the outcome, bearing in mind on the one hand that international tribunals are not courts of appeal, and on the other hand that Chapter 11 of NAFTA (like other treaties for the protection of investments) is intended to provide a real measure of protection. In the end the question is whether, at an international level and having regard to generally accepted standards of the administration of justice, a tribunal can conclude in the light of all the available facts that the impugned decision was clearly improper and discreditable, with the result that the investment has been subjected to unfair and inequitable treatment."⁴³

96. The *ADF* tribunal, citing *Mondev v. United States*, said of Article 1105 as interpreted by the FTC⁴⁴ that "any general requirement to accord 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security' must be disciplined by being based on State

⁴¹ *USA (L.F. Neer) v. United Mexican States*, 1927, AJIL 555, at 556, cited in *Mondev*, 221 (para. 114).

⁴² *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13 November 2000, para. 263. The majority (Arbitrator Chiasson dissenting) considered that the facts which supported a finding of breach of Article 1102 also established a breach of Article 1105, para. 266.

⁴³ *Mondev v. United States*, 225-6 (para. 127).

⁴⁴ Ibid., 528-31 (paras. 180, 183-4).

practice and judicial or arbitral caselaw or other sources of customary or general international law.”⁴⁵ Considering the “general customary international law standard of treatment”, the Tribunal found that:

- the argument that the government procurement provisions were unfair was unconvincing. Performance requirements in governmental procurement were common to all three NAFTA Parties as well as to other States. Thus “the US measures cannot be characterized as idiosyncratic or aberrant and arbitrary”;⁴⁶
- the actions of a government authority in refusing to follow and apply earlier case-law was not in the circumstances of the case “grossly unfair or unreasonable”, nor were ADF’s assumptions about the applicability of that case-law induced by the misrepresentations by authorised officials of government;⁴⁷
- the government agency in question had not acted *ultra vires*, but, in any case, showing an act is *ultra vires* under the internal law of a state “by itself does not necessarily render the measures grossly unfair or inequitable under the customary international law standard of treatment embodied in Article 1105(1)... something more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary”;⁴⁸
- the investor’s claim that the United States had breached its duty under customary international law to perform its obligations in good faith in breach of Article 1105 added “only negligible assistance in the task of determining or giving content to a standard of fair and equitable treatment.”⁴⁹ However the Tribunal noted in this respect that the investor had not tried to show government actions refusing the request for a waiver of the procurement requirements were “flawed by arbitrariness”. There was no evidence that other companies had been granted the same waivers. The investor did not allege that the contract specifications were tailored so that only a specific US company could comply; nor did the investor show that extraordinary costs or other burdens had been imposed that were not also imposed on other contractors involved in the same project.

⁴⁵ Ibid., 531 (para. 184).

⁴⁶ Ibid., 531 (para. 188).

⁴⁷ Ibid., 531-2 (para. 189).

⁴⁸ Ibid., 532-3 (para. 190).

⁴⁹ Ibid., 533 (para. 191).

97. The content of Article 1105 in light of the FTC interpretation was also discussed in *Loewen v. United States* in the specific context of denial of justice.⁵⁰ The tribunal said:

“Neither State practice, the decisions of international tribunals nor the opinion of commentators support the view that bad faith or malicious intention is an essential element of unfair and inequitable treatment or denial of justice amounting to a breach of international justice. Manifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial propriety is enough, even if one applies the Interpretation according to its terms.”⁵¹

The *Loewen* Tribunal also noted that discriminatory violations of municipal law would amount to a manifest injustice according to international law.⁵² However, the tribunal held that, where the minimum standards of international law in question in a particular case are raised in respect of a claim of judicial action—that is, a denial of justice—what matters is the *system* of justice and not any individual decision in the course of proceedings. The system must be tried and have failed, and thus in this context the notion of exhaustion of local remedies is incorporated into the substantive standard and is not only a procedural prerequisite to an international claim.⁵³ For this reason, although the *Loewen* tribunal found that the first instance trial and its verdict were “clearly improper and discreditable” and a breach of the minimum standards of fair and equitable treatment, that did not dispose of the case.⁵⁴

98. The search here is for the Article 1105 standard of review, and it is not necessary to consider the specific results reached in the cases discussed above. But as this survey shows, despite certain differences of emphasis a general standard for Article 1105 is emerging. Taken together, the *S.D. Myers*, *Mondev*, *ADF* and *Loewen* cases suggest that the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary,

⁵⁰ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Award of 26 June 2003 (Case No. ARB(AF)/98/3). For the Tribunal’s discussion of the Article 1105 and the FTC interpretation see *ibid.*, paras. 124-8.

⁵¹ *Ibid.*, para. 132.

⁵² *Ibid.*, para. 135.

⁵³ *Ibid.*, para. 168.

⁵⁴ *Ibid.*, para. 137.

grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant.

99. Evidently the standard is to some extent a flexible one which must be adapted to the circumstances of each case. Accordingly it is to the facts of the present case that the Tribunal turns.

(ii) *The allegations of breach of Article 1105(1)*

100. The Claimant asserted that the failure of Acaverde's enterprise arose from a combination of conduct of local, provincial and federal authorities, together with the failure of Mexican courts and tribunals to provide it any relief. In the first place the Tribunal will consider separately the conduct of each of the various Mexican authorities concerned. Subsequently it will deal with the claim that there was collusion or conspiracy between these authorities.

101. Before turning to the specific facts, the Tribunal notes that an important part of the background to the case was the Mexican financial crisis, which started in December 1994 with a substantial devaluation of the currency and continued for several years. During that period the value of the peso was approximately halved, the rate of inflation reached 38%, and federal revenues to the States and municipalities were greatly affected.⁵⁵ The effects on the City were numerous: tourist numbers declined, its financial obligations under the Concession Agreement (which were indexed to inflation) were substantially increased⁵⁶ and the federal revenues it received were substantially reduced.

⁵⁵ See William A. Lovett, "Lessons from the Recent Peso Crisis in Mexico", (1996) 4 *Tulane JICL* 143.

⁵⁶ The monthly fee increased from NP1 million to NP1.6 million in January 1996.

(a) The conduct of Banobras

102. The only executive entity at federal level of whose conduct Waste Management complained was the development bank, Banobras.⁵⁷ Assuming, for the sake of argument, that Banobras' conduct was attributable to Mexico for NAFTA purposes (see above, paragraph 75), nonetheless the Tribunal finds that it did not constitute a breach of Article 1105. Prior to the conclusion of the Line of Credit Agreement in June 1995, Banobras, which had not been a party to the initial negotiations for the Concession Agreement, was in no way obliged to grant the line of credit. Its regional director explained that "lines of credit... guaranteed by the share of the States and Municipalities in federal tax revenue" were not common; in Guerrero, this was the only example and would not be repeated.⁵⁸ When it was approached by the City to grant the line of credit, Banobras insisted on various changes to the Concession Agreement. It was within its rights to do so, and the changes were accepted, albeit reluctantly, by Acaverde as a condition of its investment. Whatever hopes Acaverde may have entertained of having a significant part of its income guaranteed by the federal development bank, the fact is that the eventual guarantee was a more limited one, expressed to cover "temporary liquidity problems which the City of Acapulco might experience". On its face it "was not an alternative source [or] mechanism... for the regular payment, to Acaverde, of monthly payments for its services".⁵⁹ It was also limited in amount to NP6 million. In other words, it does not appear that Banobras had any obligation to make payments to Acaverde beyond that figure, unless the line of credit was replenished by the City or Banobras was able to divert federal funds in Guerrero's hands in order to replenish the line of credit.

103. It is not necessary for the Tribunal to determine whether, after the Line of Credit Agreement had been concluded, Banobras in all respects complied with its terms. The Agreement provided its own mechanism for determining that question. But it is clear that Banobras did comply at least to some extent, making payments to Acaverde totalling nearly NP5 million. It appears that this amount had not been reimbursed to Banobras by the City at the time Acaverde withdrew from providing services in October 1997. At the same time Banobras discussed with the parties possible changes to their arrangements

⁵⁷ See e.g., Claimant's Memorial, para. 1.1.

⁵⁸ Statement of Mr. Mario Alcaraz Alarcón, para. 4.

⁵⁹ Ibid., para. 7.

which might be sustainable given the sharp drop in federal revenues to Guerrero and the City and the underlying crisis in public finances. Its role here was that of a concerned intermediary, and the failure of those discussions was not its fault.⁶⁰

104. For these reasons, the Tribunal rejects the claim that Mexico was in breach of Article 1105(1) by reason of the conduct of Banobras.

105. There is a separate issue whether the Mexican courts denied justice to the Claimant through their decisions in the cases brought against Banobras. This is discussed in paragraphs 118-132 below.

(b) The conduct of Guerrero

106. Representatives of the State of Guerrero attended a number of meetings discussing a settlement of the problem, for example in June 1996. According to one witness, State officials offered help with payments to avoid drawing on the line of credit. But the City was unable to pay the share envisaged by these proposals, and the discussions did not reach any conclusion.⁶¹

107. Although the Claimant asserted that representatives of Guerrero were implicated in the continuing breach of the Concession Agreement, Guerrero was neither a party to the Agreement nor a guarantor. This situation was not affected by the legal requirement that the legislature of Guerrero approve the Concession Agreement, which it did on 15 December 1994. Overall the Tribunal has not been provided with any evidence that supports any specific charge against Guerrero in terms of Article 1105(1) of NAFTA.

(c) The conduct of the City

108. The position with respect to the City is more complex, and there is certainly a case to answer with respect to Article 1105(1).

⁶⁰ See e.g. the letter from the State Representative, Mr. Alcaraz Alarcón to his superior in the Banobras head office, 10 October 1996.

⁶¹ Second Statement of Mr. Alcaraz Alarcón, paras. 4-5.

109. On the information before the Tribunal it is clear that the City failed in a number of respects to fulfil its contractual obligations to Claimant under the Concession Agreement. It did so, most obviously, with respect to the monthly payments, which immediately fell into arrears. In addition Acaverde credibly alleged breaches of the agreement, for example with respect to inadequate enforcement of the 1995 Ordinance and the provision of land for the proposed permanent waste disposal site.

110. On the other hand there are a number of countervailing factors. The City did make at least some attempts to enforce the 1995 Ordinance. It defended proceedings brought against it by local residents challenging the Concession Agreement and the 1995 Ordinance. It made at least some attempts to encourage local residents and business groups to contract with Acaverde. Contrary to the Claimant's allegations, it did bring at least some proceedings against the "pirates" and even against its own employees caught moonlighting in the concession area. It made at least some attempts, through the deployment of inspectors, to enforce the Cleaning Services Ordinance. And some steps were taken, in conjunction with Acaverde, to identify a location for the permanent waste disposal site and to obtain secure title over it. For example, the City brought non-contentious proceedings before an Agrarian Court in Guerrero to give an agreement made with the holders of customary title over the land the status of an order of the Court; on 8 April 1996 the Court granted the order accordingly.⁶²

111. Against this background of breaches of contract and allegations of non-performance, two facts are evident. The first is that the Concession Agreement was unpopular with a significant proportion of the residents of the concession area, many of whom were not permanently resident in Acapulco but maintained holiday apartments there. Even the permanent residents were not used to paying separately for waste disposal services. Moreover this problem—acknowledged as a potential difficulty by the Claimant from the outset—was exacerbated by the initial, rather heavy-handed approach of the Claimant in issuing immediate invoices to all area residents, accompanied by threats of legal action in the event of non-payment. As the Tribunal has noted (see paragraph 44 above), the obligation to pay for waste collection services was contingent upon the conclusion of a service agreement, and did not arise under the Cleaning Services

⁶² The land in question was *ejido* land (a form of customary or communal title). The agreement of 5 August 1995 conferred rights of exclusive use of 56 hectares of land for 25 years for use as a sanitary landfill by Acaverde.

Ordinance itself. The Claimant's apparent assumption to the contrary at the early stages of the introduction of the Concession stirred up substantial opposition, leading to public protests and a series of *amparo* actions against the City by residents and business groups. The City defended these actions, not always successfully; for example, confiscated vehicles belonging to several "pirate" collectors had to be released. At least some of the cases of non-compliance with the Concession Agreement of which Claimant complains were the result of these cases and of interim or final orders obtained against the City.

112. The second fact is that the financial plans of the City, and thus of the Claimant, were severely affected by the Mexican financial crisis, which lasted well into 1996 and severely affected the City's capacity to perform its obligations. The City was reduced to offering certain land holdings either to Acaverde in lieu of payment or to Banobras as security for extension of the line of credit.⁶³ Understandably, neither of them was prepared to accept this, but it is further evidence of the reality of severe financial difficulties.

113. The Tribunal notes that Acaverde itself responded to these early setbacks. It sought to persuade its potential customers to enter into contracts, so that by the end of the period of operations rather more than 50% of residents and enterprises had done so, although in many cases it was necessary to offer substantial discounts (up to 40-50%) on the published rates. It addressed operational complaints and difficulties. It showed flexibility in discussions with the City on a range of matters.⁶⁴ It took the initiative in creating a temporary land-fill which appears to have complied with applicable standards, unlike the two existing land-fills.⁶⁵ But the fact remains that the weaknesses of the original business plan could not be overcome at a time of financial stringency.

114. The Tribunal does not suggest that financial stringency or public resistance are, as such, excuses for breaches of contractual commitments on the part of a municipality. But NAFTA Chapter 11 is not a forum for the resolution of contractual disputes, and as investment tribunals have repeatedly said, "Investment Treaties are not

⁶³ See Mayor Almazán's letter to Banobras, 26 August 1996 and the reply of 4 September 1996.

⁶⁴ E.g., letter of Mr. Proto to the Secretary-General of the City, 24 April 1996.

⁶⁵ Statement of Mr. D. Harich, paras. 4, 10.

insurance policies against bad business judgments".⁶⁶ The question is whether, having regard to the conduct of the parties concerned and the general circumstances, losses were caused to Waste Management by the City in circumstances amounting to a breach of the minimum standard of treatment embodied in Article 1105, a standard which the Tribunal has summarised in paragraph 98 above.

115. In the Tribunal's view the evidence before it does not support the conclusion that the City acted in a wholly arbitrary way or in a way that was grossly unfair. It performed part of its contractual obligations, but it was in a situation of genuine difficulty, for the reasons explained above. It sought alternative solutions to the problems both parties faced, without finding them. The most important default was its failure to pay; the Tribunal will discuss in a subsequent section whether such failure, persisted in, could have amounted to a breach of NAFTA Article 1110 because it was tantamount to expropriation, either of the enterprise as a whole or at least of the sums remaining unpaid.⁶⁷ For present purposes it is sufficient to say that even the persistent non-payment of debts by a municipality is not to be equated with a violation of Article 1105, provided that it does not amount to an outright and unjustified repudiation of the transaction and provided that some remedy is open to the creditor to address the problem. In the present case the failure to pay can be explained, albeit not excused, by the financial crisis which meant that at key points the City could hardly pay its own payroll. There is no evidence that it was motivated by sectoral or local prejudice.

116. The importance of a remedy, agreed on between the parties, for breaches of the Concession Agreement bears emphasis.⁶⁸ It is true that in a general sense the exhaustion of local remedies is a procedural prerequisite for the bringing of an international claim, one which is dispensed with by NAFTA Chapter 11. But the availability of local remedies to an investor faced with contractual breaches is nonetheless relevant to the question whether a standard such as Article 1105(1) have been complied with by the State. Were it not so, Chapter 11 would become a mechanism of equal resort

⁶⁶ *Maffezini v. Spain*, Award, 13 November 2000, 5 ICSID Reports 419, 432 (para. 64), cited in para. 29 of *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003, 42 ILM 788 (2003). See also *Eudoro A. Olguín v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5, Award, 26 July 2001, 6 ICSID Reports 164, paras. 72-75.

⁶⁷ See below, paras. 155-176.

⁶⁸ For the terms of Article 17 of the Concession Agreement see para. 53 above.

for debt collection and analogous purposes in respect of all public (including municipal) contracts, which does not seem to be its purpose.

117. For these reasons the Tribunal is not satisfied that the City's breaches of contract rose to the level of breaches of Article 1105(1) of NAFTA.

(d) The Mexican legal proceedings

118. But even if the conduct of the City or Banobras in itself did not violate the Article 1105 standard, the question remains whether the situation presented by their conduct was adequately responded to by the Mexican courts. Both the Concession Agreement and the Line of Credit Agreement made provision for dispute settlement, referring to local arbitration and proceedings before the federal courts of Mexico City respectively. The Claimant tried both avenues, eventually discontinuing the arbitration proceedings and failing in the federal court. It is thus necessary to ask to what extent the decisions of the federal courts or of CANACO either compounded the situation, or constituted a distinct denial of justice, so as to entail a breach of Article 1105(1).⁶⁹

119. Before turning to the relevant legal principles, the course of the three proceedings needs to be described in more detail.

The arbitration proceedings

120. By notice of 3 December 1997, Acaverde notified the City that it was commencing arbitration proceedings under Article 17 of the Concession Agreement. On 9 January 1998 the Permanent Commission of Commercial Arbitration of the National Chamber of Commerce (CANACO) was notified. On 4 March 1998 the City objected to the Claimant's notice on procedural grounds, but it subsequently appointed its arbitrator after CANACO had threatened to make a default appointment if it did not. The two party-appointed arbitrators having failed to agree, on 8 September 1998 CANACO was requested to appoint a Chairman of the Tribunal, which it did. On 25 November 1998 the City objected to the jurisdiction of the Tribunal on the ground, *inter alia*, that the Concession Agreement was an administrative act governed by public law and therefore

⁶⁹ Cf. *Azinian, Davitian & Baca v. United Mexican States*, Award of 1 November 1999, 5 ICSID Reports 269, 289 (para. 97).

necessarily subject to the jurisdiction of the contentious administrative courts; it also denied the Claimant's case on the merits.

121. Subsequently the City commenced court proceedings seeking to block the arbitration, using the same arguments.

122. In the light of the City's resistance to the arbitration, CANACO requested an advance of payment of NP2.5 million from each party as a condition of continuing the arbitration. (At then-current exchange rates this was equivalent to approximately US\$275,000.) The City refused to pay this amount, and thus if the arbitration was to proceed it would have had to be wholly funded by Acaverde. On 7 July 1999, counsel for Acaverde wrote to CANACO stating that unspecified "actions of the said Permanent Commission of Arbitration in the above mentioned arbitration trial, as well as the position taken by the Municipality of Acapulco, State of Guerrero, have prevented the continuation of such arbitration procedure". The file was duly returned on 14 September 1999.

123. CANACO is not a State organ, and in any event its sole role was to facilitate the arbitration. Evidence of collusion between CANACO and the City with respect to the conduct of the arbitration or of discrimination against Acaverde on account of its foreign ownership would have been very material, but there is no such evidence before the Tribunal.⁷⁰ Although the deposit sought was very large by local standards, the claim was large and the case threatened to be complex. On the evidence presented to the Tribunal, CANACO apparently behaved in a proper and impartial way. For example it rejected a preliminary jurisdictional submission made by the City's lawyers on the grounds that the question of jurisdiction was a matter for the tribunal.⁷¹ Proceedings before the Mexican courts to resolve the issue of arbitrability were never concluded, but it may be inferred from the decisions both of the federal and State courts that they would have enforced the arbitration clause against the City: at any rate the Claimant has not

⁷⁰ The Claimant asserts that CANACO imposed the requirement for deposit of costs "because it was concerned about its own liability in the nullification lawsuit if the arbitration continued". Whether or not its concerns were justified, they were still those of CANACO as a private entity, and there is no sufficient evidence that the judicial process was dilatory or gave unfair advantages to state entities in seeking to avoid domestic arbitration clauses to which they had agreed.

⁷¹ Order of Permanent Arbitration Commission, National Chamber of Commerce of Mexico City, 18 June 1998.

demonstrated the contrary. In the circumstances the Tribunal finds that the discontinuance of the arbitration, a decision made by the Claimant on financial grounds, did not implicate the Respondent in any internationally wrongful act.

The federal court proceedings

124. In addition, in January 1997 Acaverde brought proceedings in the Mexican federal court against Banobras under the Line of Credit Agreement in respect of the unpaid invoices of 1996. Subsequently, in July 1998 it brought further proceedings against Banobras in respect of the 1997 invoices. Although Acaverde was not a party to the Line of Credit Agreement, under Mexican law it was entitled to sue as a beneficiary of that Agreement, and its standing to do so was upheld by the courts.

125. In the first proceeding against Banobras, Acaverde claimed more than NP15 million by way of principal plus damages and costs.⁷² Guerrero and the City intervened as third parties at Banobras' suit, even though Acaverde made no affirmative claim against them in the proceedings. A challenge to Acaverde's standing having failed, the Tribunal dismissed Acaverde's claim on the ground that it had not proved it had strictly complied with the requirements of the Line of Credit Agreement in terms of demands for payment made on Banobras.⁷³ Acaverde appealed from this decision. On 11 March 1999, the Federal Tribunal dismissed the appeal, in part relying on the grounds given by the trial court, in part because, at the time the demand was made, Banobras had received from the City notice of a dispute about provision of services by Acaverde.⁷⁴ According to the appeal court this was "enough to prove that non-payment of the invoices presented was due to non-performance by Claimant, who is now dissatisfied, and not due to the Municipality's lack of liquidity".⁷⁵ An application for *amparo*⁷⁶ (a constitutional action) failed on the basis that although the lower court had misinterpreted the Line of Credit Agreement Acaverde had failed to prove the indebtedness.⁷⁷

⁷² H. Juzgado Primero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal. Juicio Ordinario Mercantil, expediente 12/97, *Acaverde, S. A. de C. V. v. Banco Nacional de Obral y Servicios Públicos, Sociedad Nacional de Crédito*.

⁷³ Decision of the First Civil District Court of the Federal District, 7 January 1999.

⁷⁴ H. Segundo Tribunal Unitario del Primer Circuito. Toca Civil 16/99-II.

⁷⁵ Decision of 11 March 1999.

⁷⁶ H. Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo Directo D. C. 5026/99.

⁷⁷ Decision of 6 October 1999.

126. The second action,⁷⁸ in which Acaverde claimed NP22 million owing in respect of the January-October 1997 invoices, was dismissed on the basis that Banobras, having been notified of the dispute between Acaverde and the City, was entitled not to pay under the Line of Credit until that dispute was resolved.⁷⁹ Acaverde's appeal.⁸⁰ was dismissed on procedural grounds, on the basis that the dispute related to the Concession Agreement and that Acaverde should first have arbitrated its dispute with the City under Article 17 of the Concession Agreement. The dismissal was stated to be without prejudice to the rights of the Claimant in the proper forum.⁸¹ Again Acaverde brought a constitutional action by way of *amparo* in respect of this decision.⁸² It argued that the lower court, in applying the provisions of a 1996 amendment to the Code of Civil Procedure and the Code of Commerce, violated Articles 14 and 16 of the Mexican Constitution which prohibit the retrospective application of laws. The Line of Credit Agreement having been concluded in 1995, Acaverde argued, the 1996 amendment should not have been applied to it. The *amparo* application was rejected by a decision of 20 May 1999. The Court did not accept the City's argument that the application was inadmissible, but it denied the *amparo* claim on the basis that Acaverde had commenced the proceedings relying on the provisions of the law then in force, including the 1996 amendment. The Claimant having failed to challenge a ruling of the lower court to that affect had thereby consented to it: "if... Appellant submitted to the application of legislation currently in force and voluntarily consented to continuing the proceedings thereunder, it is not legally possible to change that on the grounds of that constituting a retroactive application of the Law where the application thereof was consented to from the beginning".

127. The proceedings in the two cases are summarised in Table 1 on the following page.

⁷⁸ H. Juzgado Segundo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal. Juicio Ordinario Mercantil, expediente 88/98. *Acaverde, S. A. de C. V. v. Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, Sociedad Nacional de Crédito. Institución de Banca de Desarrollo.*

⁷⁹ Decision of 12 January 1999.

⁸⁰ H. Primer Tribunal Unitario del Primer Circuito. Toca Civil 24/99-I.

⁸¹ Interlocutory Decision, 18 February 1999.

⁸² H. Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo Directo D. C. 2870/99.

Table 1
Mexican Judicial Proceedings brought by Acaverde against Banobras

	<u>First Proceeding</u>	<u>Second Proceeding</u>
Commenced	31 January 1997	11 August 1998
Subject matter	May-December 1996 invoices	January-October 1997 invoices
Amount claimed	Approx NP15 million	Approx NP22 million
First instance decision	<p>File 12/97, 7 January 1999 Claimant's standing upheld but claim dismissed on the grounds that: (a) the Claimant did not prove that the City's non-payment was due to Council's lack of liquidity; (b) the invoices were not submitted in the form required by Line of Credit Agreement, demonstrating the City's acceptance thereof.</p>	<p>File 89/98, 12 January 1999 Interlocutory order dismissing claim on the basis that the dispute related to the Concession Agreement and Acaverde should first have arbitrated its dispute with the City under Article 17 of the Concession Agreement. Case Dismissed without prejudice to the rights of the Claimant in the proper forum.</p>
Appeal	<p>Appeal file 16/99-II, 11 March 1999 Rejected: (a) the Line of Credit can only be used in the event of the debtor's lack of liquidity; (b) Claimant had failed to prove City's receipt and acceptance of invoices; (c) on 13 September 1996 Banobras received formal notice of a dispute between City and Acaverde, establishing that non-payment was due to a dispute about performance, not to City's lack of liquidity</p>	<p>Appeal file 24/99-I, 18 February 1999 Rejected on the ground that it was incorrectly filed. Appeal for reversal rejected on 25 February 1999 on the basis that Acaverde had not invoked the correct remedy of a motion for reconsideration.</p>
Amparo	<p>Amparo file 5026/99, 6 October 1999 Rejected: Although the lower court erred in interpreting the Line of Credit Agreement, Acaverde did not prove City's receipt and acceptance of invoices, its tender of unstamped photocopies not being sufficient for this purpose, in accordance with prior case-law.</p>	<p>Amparo file DC 2870/99, 20 May 1999 Rejected: The Claimant was entitled to invoke Articles 14 and 16 of the Constitution concerning non-retroactivity of the law in relation to the procedural reforms of 1996 (after the Line of Credit Agreement was concluded), but the Claimant had accepted the relevant provisions by conduct in commencing and continuing the suit.</p>

(e) Was there a denial of justice?

128. In asking whether these proceedings involved a denial of justice in terms of Article 1105, two points are fundamental. First, these proceedings were against Banobras

yet the underlying dispute was between the parties to the Concession Agreement, Acaverde and the City. That dispute could not be settled in federal proceedings against a federal agency unless Banobras was a guarantor of the whole of the City's indebtedness under the Concession Agreement. But—and this is the second point—such was not the case. Banobras had quite properly insisted on limiting its obligations under the Line of Credit and Acaverde had accepted that limitation.⁸³ It is true that Banobras could have sought replenishment of the Line of Credit by diverting federal revenues destined for the City which were in the hands of Guerrero. But in the context of the Mexican financial crisis this was hardly a realistic option, and in any event, it does not appear that Acaverde had any right under the Line of Credit that this be done. Thus the federal proceedings were in any event incapable of resolving Acaverde's most important grievances.

129. Turning to the actual reasons given by the federal courts, the Tribunal would observe that it is not a further court of appeal, nor is Chapter 11 of NAFTA a novel form of *amparo* in respect of the decisions of the federal courts of NAFTA parties. Certain of the decisions appear to have been founded on rather technical grounds, but the notion that the third party beneficiary of a line of credit or guarantee should strictly prove its entitlement is not a parochial or unusual one. Nor was it unreasonable, given the limitations of the Line of Credit Agreement, for the court in the second proceedings to insist that Acaverde comply with the dispute settlement procedure contained in the Concession Agreement, notice of the dispute with the City having been given to Banobras.

130. In any event, and however these cases might have been decided in different legal systems, the Tribunal does not discern in the decisions of the federal courts any denial of justice as that concept has been explained by NAFTA tribunals, notably in the

⁸³ See above, para. 51.

Azinian,⁸⁴ *Mondev*,⁸⁵ *ADF*⁸⁶ and *Loewen* cases.⁸⁷ The Mexican court decisions were not, either *ex facie* or on closer examination, evidently arbitrary, unjust or idiosyncratic. There is no trace of discrimination on account of the foreign ownership of Acaverde, and no evident failure of due process. The decisions were reasoned and were promptly arrived at. Acaverde won on key procedural points, and the dismissal in the second proceedings, in particular, was without prejudice to Acaverde's rights in the appropriate forum.

131. The Claimant argues that litigation strategy adopted by the City itself amounted to a denial of justice and hence a breach of Article 1105. But the City was a litigant, and there is no evidence that it was acting in collusion either with CANACO or the federal courts. It is not unusual for litigants to be difficult and obstructive, and there is nothing here comparable to the abusive remarks of counsel in the *Loewen* case which were tolerated and even condoned by the trial judge, producing a denial of justice.⁸⁸ The point is that a *litigant* cannot commit a denial of justice unless its improper strategies are endorsed and acted on by the court, or unless the law gives it some extraordinary privilege which leads to a lack of due process. There is no evidence of either circumstance in the present case.

⁸⁴ In *Azinian* the tribunal also addressed whether the Claimants could have successfully pursued a denial of justice claim. It said: "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 a fourth type of denial of justice, namely the clear and malicious misapplication of the law [which] ... overlaps with the notion of 'pretence of form' to mask a violation of international law." However, in the view of the tribunal, the findings of the Mexican courts could not "possibly be said" to be in any way a denial of justice, *Azinian, Davitian & Baca v. United Mexican States*, Award of 1 November 1999, 5 ICSID Reports 269, 290 (paras. 102-103).

⁸⁵ *Mondev International Limited v. United States of America*, Award of 11 October 2002, 6 ICSID Reports 192.

⁸⁶ The *ADF* Tribunal, rejecting the investor's submission that a federal administrative body had acted *ultra vires* in its interpretation of the measures in question, the Tribunal said, "...even had the investor made out a *prima facie* basis for its claim, the Tribunal has no authority to review the legal validity and standing of the US measures... under *US internal administrative law*. We do not sit as a court with appellate jurisdiction.... The Tribunal would emphasize, too, that even if the US measures were somehow shown or admitted to be *ultra vires* under the internal law of the United States, that by itself does not necessarily render the measures grossly unfair or inequitable under the customary international law standard of treatment embodied in Article 1105(1).... [S]omething more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary to render and act or measure inconsistent with the customary international law requirements of Article 1105(1)...", *ADF Group Inc. v. United States of America*, Award of 9 January 2003, (para. 190). Nor was the authority's refusal to follow prior rulings "grossly unfair or unreasonable" on the facts presented by the investor.

⁸⁷ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Award of 26 June 2003, (ICSID Case No. ARB(AF)/98/3). For the Tribunal's discussion of Article 1105 and the FTC interpretation see *ibid.*, paras. 124-128.

⁸⁸ *Ibid.*, paras. 119-123.

132. Of course, as the *Loewen* tribunal said, it is

“the responsibility of the State under international law and, consequently, of the courts of a State, to provide a fair trial of a case to which a foreign investor is a party. It is the responsibility of the courts of a State to ensure that litigation is free from discrimination against a foreign litigant and that the foreign litigant should not become the victim of sectional or local prejudice.”⁸⁹

But neither the decisions themselves nor other evidence before the Tribunal suggest that these proceedings involved discrimination, bias on grounds of sectional or local prejudice, or a clear failure of due process. The CANACO arbitration, which alone held the prospect of complete relief for Acaverde in respect of its claims against the City, was not pursued, and the Tribunal has already held that this fact did not of itself entail a breach of Article 1105. As to the Banobras litigation, Acaverde did exhaust its remedies, but it was not a denial of justice for the federal courts to insist on prior action against the City. This aspect of the claim under Article 1105(1) accordingly fails.

(f) The termination phase

133. On the other hand the relief sought in the Mexican domestic proceedings did not cover the full scope of Claimant’s grievances against the City. Chapter 11 of NAFTA does not require that a party should exhaust local remedies before bringing an international claim: rather it requires a waiver of remaining remedies. There thus remains a question whether conduct attributable to the Respondent, and going beyond the scope of the legal proceedings brought by Acaverde, might constitute a breach of the standard embodied in Article 1105 of NAFTA.

134. Two specific complaints require discussion here. The first concerns the City’s dealings with Setasa, which the Claimant alleged involved a breach of its exclusive rights under the Concession Agreement, if not outright collusion.⁹⁰ There is little doubt that Setasa, having been initially involved in discussions with the Claimant,⁹¹ was “waiting in the wings” later that year to take over the operation on a different basis. But there is no evidence that it did so before Acaverde’s withdrawal from the Agreement, and

⁸⁹ *Loewen*, para. 123.

⁹⁰ See Claimant’s Memorial, paras. 3.74-3.76.

⁹¹ A 60 day letter of intent was concluded between Sanifill & Setasa on 27 February 1997: see above, para. 66.

in any event whatever civil wrongs may have been committed during the *denouement* of the project, they did not in the Tribunal's opinion either cause or trigger its failure, nor did they independently amount to a breach of the Article 1105 standard.

135. A second and more serious complaint concerns the subsequent attempt by the City to enforce the performance bond given by Acaverde in the amount of NP6 million. This attempt was problematic, especially given the City's own record of non-performance of its obligations under the Concession Agreement. But in fact the City's attempt to collect this money failed, the bond-holder rejecting the claim,⁹² and it is not alleged by the Claimant that it suffered any specific losses as a result of this episode.

136. Looking at the matter more generally, the position in this terminal phase can be compared with that in the *ELSI* case, where improper conduct of the local Italian authorities seems to have precipitated the collapse of a failing enterprise, leading to a fire-sale of assets and consequent losses to the investor. A Chamber of the Court held that such conduct did not amount to a breach of the applicable FCN treaty;⁹³ whether it would have amounted to a breach of NAFTA the Tribunal does not need to inquire. For the key difference here is that there was no actual requisition or any equivalent act triggering the departure of Acaverde. The Claimant was not prevented (as the parent company in the *ELSI* case was arguably prevented) from seeking to conduct an orderly withdrawal from Acapulco. Attempts at a financial settlement or sale of the enterprise failed, but this was not a result of any internationally wrongful act of the Respondent State.

(g) The allegation of conspiracy

137. Thus far the Tribunal has considered the various items of conduct complained of by the Claimant separately and serially. But the Claimant also, in effect, alleged that the various Mexican agencies conspired together to frustrate the concession, and that the sum of this conduct was greater than its various component parts in terms of causing a violation of Article 1105.⁹⁴

⁹² See Statement of J. Herrera, para. 21.

⁹³ *Case Concerning Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, 1989 ICJ Reports 15.

⁹⁴ See e.g., Claimant's Memorial, para. 3.65.

138. The Tribunal has no doubt that a deliberate conspiracy—that is to say, a conscious combination of various agencies of government without justification to defeat the purposes of an investment agreement—would constitute a breach of Article 1105(1). A basic obligation of the State under Article 1105(1) is to act in good faith and form, and not deliberately to set out to destroy or frustrate the investment by improper means.

139. But such an allegation needs to be proved, and the Claimant has not proved it. For example, the State Delegate of Banobras was said to be responsible for soliciting the City's letter of 11 September 1996 with a view to avoiding payment to Acaverde. He denied this in evidence before the Tribunal,⁹⁵ and the Tribunal accepts his denial. But in any event, as already noted, Banobras had no obligation to Acaverde to garnishee funds payable to the City in order to replenish the line of credit. There was a substantial reduction in federal funds being channelled through Guerrero, and in the absence of replenishment the line of credit was nearly exhausted. As the Tribunal has already found, the refusal of Banobras to go further, whether or not it was a breach of contract, was not in itself a breach of Article 1105(1), nor was it converted into such a breach by the federal court decisions. More generally, there are sufficient reasons to explain the collapse of the concession—attributable far more to the City than to Banobras—and there is no need to resort to conspiracy theories, unsupported by solid evidence. A marginal financial plan, predicated on a much more substantial federal guarantee than was eventually agreed, foundered on the rocks of a deteriorating financial climate and a combination of little and large local difficulties. That is not enough to cross the Article 1105(1) threshold.

(iii) *Conclusions as to Article 1105(1)*

140. For these reasons the Tribunal concludes that the claim under Article 1105(1) must fail.

(4) The claim for expropriation: NAFTA Article 1110

141. As noted, the Claimant's principal contention was founded not on Article 1105 but on Article 1110. The Claimant argued that Acaverde's entire enterprise in

⁹⁵ Statement of Mr. Mario Alcaraz Alarcón, para. 22 ("Nobody at Banobras had anything to do with the sending of this letter."); Second Declaration of Mr. Mario Alcarez Alarcón, paras. 7-8 ("I deny that there was any type of coordination of the actions taken by the City Council and those taken by the Bank... Neither I nor the personnel of the Banobras office for which I was responsible took part in any discussion of [the cancellation of the concession].").

Acapulco was expropriated by the City, or at any rate by the combined conduct of the City, Guerrero and Banobras, and that this was a breach of Article 1110 of NAFTA. Although the Claimant did not put it in these terms, it could also be argued that the persistent failure of the City to pay the amounts due under the Concession Agreement was tantamount to an expropriation at least of the amount unpaid. In the Tribunal's view the latter claim is encompassed within the former, and is *infra petita*. It is open to the Tribunal to find a breach of Article 1110 in a case where certain facts are relied on to show the wholesale expropriation of an enterprise but the facts establish the expropriation of certain assets only. Accordingly the Tribunal will consider first the standard set by Article 1110, in particular for conduct tantamount to an expropriation, then whether the enterprise as a whole was subjected to conduct in breach of Article 1110, and finally whether (even if there was no wholesale expropriation of the enterprise as such) the facts establish a partial expropriation.

(i) *The Article 1110 standard*

142. So far as relevant, Article 1110 provides that:

“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 an 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.

...

7. This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights, or to the revocation, limitation or creation of intellectual property rights, to the extent that such issuance, revocation, limitation or creation is consistent with Chapter Seventeen (Intellectual Property).

8. For purposes of this Article and for greater certainty, a non-discriminatory measure of general application shall not be considered a measure tantamount to an expropriation of a debt security or loan covered by this Chapter solely on the ground that the measure imposes costs on the debtor that cause it to default on the debt.”

143. It may be noted that Article 1110(1) distinguishes between direct or indirect expropriation on the one hand and measures tantamount to an expropriation on the other. An indirect expropriation is still a taking of property. By contrast where a measure tantamount to an expropriation is alleged, there may have been no actual transfer, taking or loss of property by any person or entity, but rather an effect on property which makes formal distinctions of ownership irrelevant. This is of particular significance in the present case, at least as concerns the enterprise of Acaverde as a whole.

144. Evidently the phrase “take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment” in Article 1110(1) was intended to add to the meaning of the prohibition, over and above the reference to indirect expropriation. Indeed there is some indication that it was intended to have a broad meaning, otherwise it is difficult to see why Article 1110(8) was necessary. As a matter of international law a “non-discriminatory measure of general application” in relation to a debt security or loan which imposed costs on the debtor causing it to default would not be considered expropriatory or even potentially so. It is true that paragraph (8) is stated to be “for greater certainty”, but if it was necessary even for certainty’s sake to deal with such a case this suggests that the drafters entertained a broad view of what might be “tantamount to an expropriation”.

145. Thus there is some textual basis for the Claimant’s submission that “the modern definition of ‘expropriation’ must be broad enough to encompass every course of sovereign conduct that unfairly destroys a foreign investor’s contractual rights as an asset”.⁹⁶ The Claimant relied on a number of decisions in support of this proposition, and a review of these is first called for.

146. *LETCO v. Liberia*⁹⁷ concerned a 1970 concession agreement between LETCO and the Liberian government which gave LETCO, a Liberian company owned by French nationals, the exclusive right to harvest, process, transport and market forest products and to conduct other timber operations within an exclusive exploitation area, in

⁹⁶ Reply, para. 4.23.

⁹⁷ *Liberian Eastern Timber Corporation [LETCO] v. Government of the Republic of Liberia* (1986) 2 ICSID Reports 343.

return for certain payments and the performance of other contractual obligations.⁹⁸ Following an attempt to renegotiate the agreement, the Liberian Forest Development Authority by a letter of 18 February 1980 reduced the concession area by more than half with immediate effect on the grounds of breaches of the concession agreement by LETCO. After unsuccessfully protesting the actions of the Authority, LETCO suspended its operations in March 1983 and commenced ICSID arbitration proceedings under the agreement. Subsequently Liberia annulled the concession agreement, again citing breaches of the agreement by LETCO. The tribunal found that the Authority's letter of February 1980 communicating the withdrawal of over half the concession area was an effective revocation of the agreement which rendered the concession useless to LETCO, and that the revocation was carried out in breach of the notice and cure provisions of the concession agreement.⁹⁹ The tribunal examined LETCO's alleged breaches of the agreement (as set out by Liberia in its correspondence with LETCO), and found the alleged breaches were not supported by the facts before it. Before turning to the assessment of compensation due to LETCO for Liberia's breach of contract, the tribunal considered whether Liberia's actions in reducing the concession area could be justified as an act of nationalisation. It found that any such defence would have failed because the confiscation of the concession area was not for a bona fide public purpose, was discriminatory and was not accompanied by appropriate compensation.¹⁰⁰ It should be stressed that LETCO did not base its claim on expropriation or unfair treatment, nor did the tribunal find Liberia responsible under international law for breach of the concession. The tribunal's discussion of expropriation was in the context of addressing a potential defence by Liberia (which did not appear in the proceedings) to the finding of breach of contract. The award of damages was based on the Liberian law of contract.

147. *Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company*¹⁰¹ concerned alleged breaches leading to the unlawful termination of an agreement between the claimant and the National Iranian Oil Company (NIOC) under which the parties would form a joint venture to prospect for and exploit oil in a specified geographical area. The

⁹⁸ Ibid., 359.

⁹⁹ Ibid., 363.

¹⁰⁰ Ibid., 366-7.

¹⁰¹ Arbitral Award, 15 March 1963, 35 ILR 136 (1967). The decision was later set aside by an Iranian court: see 9 ILM 1118 (1970).

relationship between the parties broke down after only a few months. Sapphire repudiated the agreement on the grounds of NIOC's actions which, it concluded, showed that NIOC did not intend to perform its obligations under the agreement, and commenced arbitration proceedings. As in the *LETCO* case, the arbitration took place pursuant to an arbitration clause in the agreement between the parties. The arbitrator held that NIOC had breached the terms of the concession agreement in a manner which entitled Sapphire to terminate the contract and claim damages.¹⁰²

148. The Claimant argues that the “*Sapphire* decision exemplifies State responsibility for undermining the investor-to-government relations on which a long-term economic development agreement is based” and that “the decision holds a State responsible for such conduct even where neither the State nor any State organ terminates the agreement outright”.¹⁰³ While the arbitrator in *Sapphire* discussed in some depth the relevance of the nature of the contract to his finding as to the substantive law applicable to the dispute,¹⁰⁴ the award rests on a finding of breaches of contract by NIOC, a separate agency which was party to the contract and the defendant in the arbitration.

149. Thus both *LETCO* and *Sapphire* were awards for breach of contract, given by tribunals constituted under the arbitration provisions of those contracts. By contrast the present case concerns a claim that Mexico has breached Article 1110(1) by actions tantamount to expropriation. There is no suggestion that the contracts in the present case were “internationalized”. They were contracts between Mexican persons or entities governed by Mexican law and including Mexican dispute settlement provisions. The Claimant relied on statements in the two decisions for the proposition that breach of contract can be characterised as an expropriation. But the two cases are of limited assistance: the statements to that effect, such as they are,¹⁰⁵ were not relevant to the awards of these tribunals.

¹⁰² 35 ILR 136, 185.

¹⁰³ Memorial, para. 5.30.

¹⁰⁴ 35 ILR 136, 170-6. Arbitrator Calvin found that the law of the contract was the rules of law “common to civilized nations” on the basis that the parties had not specified the applicable law in the contract, and the contract was fundamentally different from the ordinary commercial contract envisaged by the rules of private international law because of its long-term and quasi-international character.

¹⁰⁵ The term “expropriation” was not used by the arbitrator in *Sapphire*.

150. Turning to NAFTA itself, the meaning of Article 1110 has been discussed in a series of decisions by NAFTA tribunals.

151. *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada* concerned an alleged regulatory expropriation in terms of the right of access to the United States market. The tribunal held that this right was protected by Article 1105 as part of the “business” in question, but that the Canadian measure was not sufficiently restrictive to amount to a “taking”.¹⁰⁶

152. The *S.D. Myers* case was also concerned with the distinction between regulation and expropriation, and to that extent is not relevant here. The tribunal defined creeping expropriation as “a lasting removal of the ability of an owner to make use of its economic rights...”.¹⁰⁷ The tribunal accepted that “in legal theory, rights other than property rights may be ‘expropriated’ and that international law makes it appropriate for tribunals to examine the purpose and effect of governmental measures”.¹⁰⁸ The tribunal held that the temporary closure of the border to PCB transports could not be characterised as a measure tantamount to expropriation, rejecting what it characterised as an attempt by the claimant to use the word “tantamount” to extend the meaning of the word “expropriation” beyond the “customary scope of the term... under international law”.¹⁰⁹ It noted that:

“The primary meaning of the word ‘tantamount’ given by the Oxford English Dictionary is ‘equivalent’. Both words require a tribunal to look at the substance of what has occurred and not only at form...”¹¹⁰

The tribunal considered that the drafters of the NAFTA intended the phrase “tantamount to expropriation” to cover the concept of “creeping expropriation”.¹¹¹ Canada’s actions were

¹⁰⁶ Interim Award of 26 June 2000, 122 ILR 293, 334-337.

¹⁰⁷ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award, 13 November 2000, para. 283, cited in Claimant’s Reply, fn 184: see http://www.dfaid-maeci.gc.ca/tna-nac/isp/SDM_archive-en.asp. This was an arbitration conducted under the UNCITRAL Rules.

¹⁰⁸ Ibid., paras. 280-1.

¹⁰⁹ Ibid., para. 285.

¹¹⁰ Ibid., paras. 285-6, citing *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*, Interim Award, 26 June 2000, para. 104.

¹¹¹ *S.D. Myers*, para. 286.

not measures “tantamount to expropriation” because Canada realised no benefit from the measure and there was no evidence of a transfer of property or benefit directly to others.¹¹²

153. *Metalclad Corporation v. United Mexican States* was a claim arising from another municipal concession contract which met fierce local resistance.¹¹³ The claimant alleged that Mexico, through the governments of the State of San Luis Potosi and municipality of Guadalcazar, had breached Articles 1105 and 1110 of the NAFTA by interference in the development and operation of a hazardous waste landfill. Summarising the scope of Article 1110, the tribunal said,

“expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favor of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.”¹¹⁴

The tribunal held that Mexico, by tolerating and acquiescing in the actions of the municipal authorities which prevented the operation of the fully constructed landfill, notwithstanding the approval and endorsement of the federal authorities, was responsible for a measure tantamount to expropriation of Metalclad’s investment in breach of Article 1110. Further, it held, the denial by the municipal authority of a construction permit on grounds which were not open to it and which contradicted earlier federal commitments,¹¹⁵ and the absence of a timely, orderly and substantiated basis for the denial of the municipal permit amounted to an indirect expropriation.¹¹⁶ The tribunal also considered that the Ecological Decree, setting aside the area as a reserve and thus preventing the land from being used as provided for in the agreement, was an act tantamount to expropriation and a further ground for finding a breach of Article 1110.¹¹⁷

¹¹² Ibid., para. 287.

¹¹³ *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, Award, 30 August 2000, 5 ICSID Reports 209.

¹¹⁴ Ibid., 230 (para. 103).

¹¹⁵ The tribunal found that under federal law the municipal authority had the power to issue or refuse construction permits on construction grounds only, and its denial of the permit on ecological grounds was *ultra vires*: *ibid.*, 228 and 230 (paras. 92, 106).

¹¹⁶ Ibid., 230 (paras. 106-7)

¹¹⁷ Ibid., 231 (paras. 109, 111).

154. Mexico sought judicial review of the *Metalclad* award in the Supreme Court of British Columbia on various grounds.¹¹⁸ The Supreme Court upheld Mexico's argument that the tribunal's finding under Article 1105 was in excess of jurisdiction because the tribunal used NAFTA's transparency provisions (extraneous to Chapter 11) as a basis for the interpretation and application of Article 1105.¹¹⁹ As the tribunal had also based its Article 1110 finding of expropriation, at least in part, on Mexico's failure to act in a transparent manner, this finding was also outside the scope of the submission to arbitration.¹²⁰ However, the Supreme Court found that the tribunal's decision that the Ecological Decree was an expropriation was within jurisdiction and not patently unreasonable and that there were no grounds to set it aside.¹²¹ Tysoe J. commented that the tribunal's definition of expropriation for the purposes of Article 1110 was "extremely broad", but held that this was not a reviewable issue under the relevant Canadian legislation.¹²²

155. In the present case, for reasons that will appear, the Tribunal does not need to reach final conclusions on the meaning of the phrase "measures tantamount to... expropriation" in Article 1110. Each case has to be looked at it in light of the factual situation and the basis for the measures in question. There is no issue in the present case of "regulatory taking"; rather the question is whether the combined conduct of Mexican public entities had an effect equivalent to the taking of the enterprise, in whole or substantial part. In considering this question it is necessary to distinguish between the measures affecting Acaverde as a whole and those concerning particular contractual rights under the Concession Agreement.

¹¹⁸ *United Mexican States v. Metalclad Corporation*, decision of 2 May 2001, 2001 BCSC 664, 5 ICSID Reports 236.

¹¹⁹ Ibid., 5 ICSID Reports 236, 253 (para. 66).

¹²⁰ Ibid., 255 (paras. 78-9).

¹²¹ Ibid., 259-60 (paras. 100, 105).

¹²² Ibid., 259 (para. 99)

(ii) *The Article 1110 standard applied to the enterprise*

156. Turning to the impact of the Mexican measures on Acaverde as a whole, the first point is that in the present case there was at no stage any expropriation of physical assets. The assets of Acaverde were sold off in an apparently orderly way at about the time it withdrew from operations under the Concession Agreement.¹²³

157. Nor was there any direct or indirect expropriation of the enterprise, Acaverde, as such. As the Tribunal has already held, the reason Waste Management withdrew from Acapulco was not because the enterprise had been seized, or because its activity as a whole had been blocked, for example by the seizure of key items of its property, but because—as a result of contractual defaults, changes of circumstances and the fragility of the underlying business plan—the operation was persistently uneconomic.

158. Thus for present purposes the question is whether there was any conduct tantamount to an expropriation which might trigger NAFTA Article 1110. The Claimant contends that the City's refusal to pay on approved invoices and Banobras' refusal to make payments under the Line of Credit Agreement were confiscatory in effect, and that Acaverde's rights under the concession were rendered valueless by the combination of (a) the City's failure to enforce the exclusivity provisions of the Concession, (b) its frustrating the construction, building and operation of the landfill, and (c) its campaign of obstruction (in cahoots with Guerrero and Banobras) in the face of Acaverde's attempts to resolve the dispute. In short the Claimant argues that these actions and refusals to acts by the City, Guerrero and Banobras taken together resulted in a "creeping" expropriation of the Claimant's investment, in breach of Article 1110.¹²⁴

159. In answering this question it is not necessary for the present Tribunal to resolve the differences in interpretation which arose in the *Metalclad* case as between the NAFTA tribunal and the British Columbia Supreme Court.¹²⁵ Leaving aside any question of the breadth of the definition of expropriation given by the *Metalclad* tribunal (at least when considered in isolation from the facts of that case), the present Tribunal does not

¹²³ Mr. Rodney Proto, transcript, 7 April 2003, 194.

¹²⁴ Memorial, para. 5.8; Reply, para. 4.23.

¹²⁵ See paragraphs 153-154 above.

regard the conduct of Mexico in the present case as tantamount to expropriation of the enterprise as such, within the meaning attributed to that term in *Metalclad*. Acaverde at all times had the control and use of its property. It was able to service its customers and earn collection fees from them. It is true that the City failed to make available the promised land for the disposal site—but a failure by a State to provide its own land to an enterprise for some purpose is not converted into an expropriation of the enterprise just because the failure involves a breach of contract. It is also true that the City's breaches (not remedied by Guerrero and remedied only to a limited extent by Banobras) had the effect of depriving Acaverde of “the reasonably-to-be-expected economic benefit” of the project so far as the monthly fees due from the City were concerned. But that will be true of any serious breach of contract: the loss of benefits or expectations is not a sufficient criterion for an expropriation, even if it is a necessary one.

160. In the Tribunal's view, an enterprise is not expropriated just because its debts are not paid or other contractual obligations towards it are breached. There was no outright repudiation of the transaction in the present case, and if the City entered into the Concession Agreement on the basis of an over-optimistic assessment of the possibilities, so did Acaverde. It is not the function of Article 1110 to compensate for failed business ventures, absent arbitrary intervention by the State amounting to a virtual taking or sterilising of the enterprise.

161. The nearest the Claimant came to showing an outright repudiation of the enterprise by Mexico was the Mayor's statement, shortly after the Concession Agreement came into force, to the effect that “the obligation to contract Acaverde's services will be eliminated in order to remove what was previously interpreted as an imposition”.¹²⁶ This of course related only to one aspect of the concession arrangements, although an important aspect. But even if a unilateral and unjustified change in the exclusivity obligation could have amounted to an expropriation, no legislative change was in fact made. The Claimant argued that this statement “effectively repealed the law” but the Tribunal does not agree. The Mayor was not purporting to exercise legislative authority or unilaterally to vary the contract. He was not intervening by taking some extra-legal action, as the Mayor of Palermo did when he intervened in the *ELSI* case. He was saying what ought to be done,

¹²⁶ See paragraph 56 above for the statement and its context.

in his view, to allay public concerns, concerns which did in fact exist at the time. Individual statements of this kind made by local political figures in the heat of public debate may or may not be wise or appropriate, but they are not tantamount to expropriation unless they are acted on in such a way as to negate the rights concerned without any remedy. In fact no action was taken of the kind threatened at the time or later. Even if it had been taken, the Claimant had remedies available to it, under the Concession Agreement and otherwise.

162. For these reasons the Tribunal does not accept that there was an expropriation of Acaverde in this case, or any measure tantamount to the expropriation of Acaverde as an enterprise.

(iii) Was there conduct tantamount to an expropriation of Acaverde's contractual rights?

163. This conclusion does not however exhaust the Claimant's case, for the reasons given in paragraph 141 above. Even if the enterprise of Acaverde was not subjected to conduct in breach of Article 1110 when considered as a whole, it is arguable that the persistent refusal or inability of the City to pay sums due under the Concession Agreement involved an expropriation, or at least measures tantamount to an expropriation, of the sums due. As another NAFTA tribunal confirmed in the *Mondev* case, "the protection afforded by the prohibition against expropriation or equivalent treatment in Article 1110 can extend to intangible property interests".¹²⁷ The Claimant alleged that the City's failure to pay, persisted in over many months, was a virtual expropriation of its contractual rights amounting to a breach of Article 1110.

164. This issue was raised but not resolved in the *Azinian* case.¹²⁸ There the claimants argued that the fundamental non-performance by the city council of a waste management contract with its Mexican subsidiary was a violation of Article 1110, relying on a "wealth of authority treating the repudiation of concession agreements as an

¹²⁷ *Mondev International Limited v. United States of America*, Award of 11 October 2002, 6 ICSID Reports 192, 216 (para. 98).

¹²⁸ *Azinian, Davitian & Baca v. United Mexican States*, Award of 1 November 1998, 5 ICSID Reports 269.

expropriation of contractual rights”.¹²⁹ The tribunal, having emphasised that proof of a breach of contract did not equate to a breach of NAFTA Chapter 11, responded to this argument in the following terms:

“Labelling is... 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.”¹³⁰

The Tribunal noted however that the repudiation by the council in that case took the form of the actual rescission of the contract for cause, which cause was upheld by the Mexican courts in proceedings not alleged to involve a denial of justice. In the absence of a denial of justice, the Mexican contract had no further existence as a source of rights.¹³¹ That being so, the issue of breach of contract as conduct tantamount to expropriation did not arise: it was “unnecessary to consider issues relating to performance of the Concession Contract”.¹³²

165. In the present case, by contrast, the City at no stage purported to invalidate or terminate the Concession Agreement. As the Tribunal has held, it did attempt to perform its obligations in a number of respects. At the same time it is undeniable (and the Respondent hardly sought to deny) that the City was in breach of the Agreement for much of its duration, especially as concerns its failure to pay the monthly fee due. Thus the present case does raise the question whether a persistent and serious breach of a contract by a State organ can constitute expropriation of the right in question, or at least conduct tantamount to expropriation of that right, for the purposes of Article 1110.

¹²⁹ Ibid., 288 (para. 89).

¹³⁰ Ibid., 288 (para. 90).

¹³¹ The tribunal stressed that the claimants’ failure to plead denial of justice in respect of the decisions of the Mexican courts was fatal: “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”: *ibid.*, 290 (para. 100).

¹³² Ibid.

166. The Claimant relied on several earlier cases as authority for the proposition that contractual non-performance, and in particular the refusal to pay a debt, can constitute an expropriation.

167. *George W. Cook v. United Mexican States*¹³³ was a decision of the United States-Mexican Claims Commission established under the Convention of 8 September 1923.¹³⁴ This was a claim for postal money orders issued in 1913 and 1914 which were not paid by the Mexican postal authorities on presentation. The Commission found for the claimant, dismissing Mexico's submission that the action was time-barred because the right to collect on money orders expired two years after issue. Cook had presented the orders for payment within the two year period, the authorities had refused to pay them, contrary to the governing provisions of Mexican law, and now Mexico could not rely on its own default as a defence to the claim. Commissioner Nielsen, in a statement with which the other two commissioners concurred, said that: “[b]y the failure of the Mexican authorities to pay the money orders in question in conformity with the existing Mexican law when payment was due... Cook was wrongfully deprived at the time of property in the amount [of the postal orders].”¹³⁵ It may be noted that the Commission had jurisdiction over the whole class of claims by nationals of one State against the Government of the other State, to be decided “in accordance with the principles of international law, justice and equity”. According to Article V of the Convention:

“The High Contracting Parties, being desirous of effecting an equitable settlement of the claims of their respective citizens, thereby affording them just and adequate compensation for their losses or damages, agree that no claim shall be disallowed or rejected by the Commission by the application of the general principle of international law that the legal remedies must be exhausted as a condition precedent to the validity or allowance of any claim.”

Thus the Commission's jurisdiction was not dependent upon the qualification of the conduct as expropriatory; nonetheless the Commission did characterise it in those terms.

¹³³ *George W. Cook v. United Mexican States*, Opinion of 3 June 1927, 22 AJIL 189. See also A.H. Feller, *The Mexican Claims Commissions 1923-1934* (New York, Macmillan, 1935) 179-80.

¹³⁴ *United States Treaty Series*, No. 678; 118 *British & Foreign State Papers* 1103.

¹³⁵ 22 AJIL 189, 191.

168. In the Tribunal's view, the outright refusal by a State to honour a money order or similar instrument payable under its own law may well constitute either an actual expropriation or at least a measure tantamount to an expropriation of the value of the order. There was no suggestion that Cook as the beneficiary of the money order was not entitled to be paid. Like other instruments of similar character the money order was not just an ordinary contract; it was an instrument representing a certain value which the State was *ex facie* committed to pay under its own law.

169. The *Cook* case was, however, relied on in *Singer Sewing Machine Co. v. The Republic of Turkey*¹³⁶ for the broader proposition that a government's failure to pay a debt due under a contract is an expropriation of the amount owed—and correspondingly the *Singer* case was relied on by the Claimant before this Tribunal. In that case the American-Turkish Claims Committee held that the Turkish Government's failure to pay for sewing machines it had agreed to purchase could be viewed as either a confiscation of the purchase price of the commodities or the destruction or confiscation of property rights in a contract. According to Neilsen's report, the Committee stated that:

"It cannot be said that the law of nations embraces any 'Law of Contracts' such as is found in the domestic jurisprudence of nations. International law does not prescribe rules relative to the forms and legal effect of contracts, but that law may be considered to be concerned with the action authorities of a government may take with respect to contractual rights. It is believed that in the ultimate determination of responsibility under international law, application can properly be given to principles of law with respect to confiscation, and that the confiscation of the property of an alien is violative of international law. If a government agrees to pay money for commodities and fails to make payment, the view may be taken that the purchase price of the commodities has been confiscated, or that the commodities have been confiscated, or that property rights in a contract have been destroyed or confiscated."¹³⁷

170. The United States-Turkish Exchange of Notes of 24 December 1923, pursuant to which the decision was made, was not limited to claims for expropriation, or indeed to claims for breaches of international law in any sense. The Exchange of Notes provided only that the Committee...

¹³⁶ Reported in F.K. Neilsen, ed., *The American-Turkish Claims Settlement Commission. Opinions and Report* (Washington, Government Printing Office, 1937), 490, cited in Claimant's Memorial, paras. 5.46-5.47.

¹³⁷ Nielsen, 491.

“will proceed, with a view to determining the solutions which should be given them, to the examination of the claims presented by either Government within a period of six months from its constitution. The dossiers of the claims must contain the documents establishing the nature, the origin, and the justification of each claim.”¹³⁸

Thus the Committee’s dictum quoted above was not necessary for the purposes of its decision. Moreover it was, in the present Tribunal’s view, far too wide. Taken literally that dictum would appear to eliminate the distinction between breach of contract and breach of treaty entirely.

171. Subsequent authorities have sought to make a distinction between mere failure or refusal to comply with a contract, on the one hand, and conduct which crosses the threshold of taking or expropriation, on the other hand. The Tribunal is sympathetic to the view expressed in *Azinian* that such a distinction is not adequately made by the addition of adjectives (“egregious”, “gross”, “flagrant” or whatever).¹³⁹ But *some* distinction must be made: if certain cases of contractual non-performance may amount to expropriation, it must be possible to say, in principle, which ones, otherwise the distinction between contractual and treaty claims disappears.

172. On analysis it appears that the cases fall into a number of groups. First and perhaps best known are the cases where a whole enterprise is terminated or frustrated because its functioning is simply halted by decree or executive act, usually accompanied by other conduct.¹⁴⁰ This was so in many of the oil cases;¹⁴¹ and in many cases before the Iran-United States Claims Tribunal.¹⁴²

173. Secondly, there are cases where there has been an acknowledged taking of property, and associated contractual rights are affected in consequence. In such cases the bundle of rights requiring to be compensated includes all the associated contractual and

¹³⁸ Text in CI Bevans, *Treaties and other International Agreements of the United States of America 1776-1949* (1974) vol. 11, 1105.

¹³⁹ See above, para. 164.

¹⁴⁰ Thus in the *Rudloff* case, the council unilaterally terminated the contract and destroyed the building the Claimant was constructing on the land in question: (1905) 9 RIAA 255, 259.

¹⁴¹ E.g., *Libyan American Oil Company v. Government of the Libyan Arab Republic*, (1977) 62 ILR 141, 189-90. See also *Revere Copper & Brass, Inc. v. Overseas Private Investment Corporation* (1978) 56 ILR 258.

¹⁴² See the cases reviewed by GH Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996) ch. 5.

other incorporeal rights,¹⁴³ unless these are severable and retain their value in the hands of the claimant notwithstanding the seizure of the related property.

174. Thirdly, there is the much smaller group of cases where the only right affected is incorporeal; these come closest to the present claim of contractual non-performance. *Cook* was such a case, and (if it is properly classified as an instance of expropriation, which is doubtful) so was *Singer Sewing Machine Co. v. The Republic of Turkey*. In such cases, simply to assert that “property rights are created under and by virtue of a contract” is not sufficient.¹⁴⁴ The mere non-performance of a contractual obligation is not to be equated with a taking of property, nor (unless accompanied by other elements) is it tantamount to expropriation. Any private party can fail to perform its contracts, whereas nationalization and expropriation are inherently governmental acts, as is envisaged by the use of the term “measure” in Article 1110(1). It is true that, having regard to the inclusive definition of “measure”,¹⁴⁵ one could envisage conduct tantamount to an expropriation which consisted of acts and omissions not specifically or exclusively governmental. All the same, the normal response by an investor faced with a breach of contract by its governmental counter-party (the breach not taking the form of an exercise of governmental prerogative, such as a legislative decree) is to sue in the appropriate court to remedy the breach. It is only where such access is legally or practically foreclosed that the breach could amount to an definitive denial of the right (i.e., the effective taking of the chose in action) and the protection of Article 1110 be called into play.

175. The Tribunal concludes that it is one thing to expropriate a right under a contract and another to fail to comply with the contract. Non-compliance by a government with contractual obligations is not the same thing as, or equivalent or tantamount to, an expropriation. In the present case the Claimant did not lose its contractual rights, which it was free to pursue before the contractually chosen forum. The law of breach of contract is not secreted in the interstices of Article 1110 of NAFTA. Rather it is necessary to show

¹⁴³ See, e.g., *Starrett Housing Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1987) 16 Iran-US CTR 112, 230-1 (paras. 361-2).

¹⁴⁴ See *Shufeldt Claim*, (1930) 2 RIAA 1083, 1097. This was a case of legislative invalidation of a concession agreement 6 years after its inception.

¹⁴⁵ Article 201 defines “measure” as including “any law, regulation, procedure, requirement or practice”.

an effective repudiation of the right, unredressed by any remedies available to the Claimant, which has the effect of preventing its exercise entirely or to a substantial extent.

176. In the present case, in the Tribunal's view, this has not been shown. The question here is not one of final refusal to pay (combined with effective obstruction and denial of legal remedies); it is one of neglect and failure at the contractual level in the context of a marginal enterprise. That does not pass the test for an expropriatory taking of contractual rights as it emerges from the decisions analysed above.

(iv) *Conclusion as to Article 1110*

177. In the Tribunal's view, it is not the function of the international law of expropriation as reflected in Article 1110 to eliminate the normal commercial risks of a foreign investor,¹⁴⁶ or to place on Mexico the burden of compensating for the failure of a business plan which was, in the circumstances, founded on too narrow a client base and dependent for its success on unsustainable assumptions about customer uptake and contractual performance. A failing enterprise is not expropriated just because debts are not paid or other contractual obligations are not fulfilled. The position may be different if the available legal avenues for redress are blocked or are evidently futile in the face of governmental intransigence. But this was not the case here. The Claimant's decision not to proceed with the CANACO arbitration may have been understandable, but taking into account all the circumstances it did not implicate Mexico in a breach of Article 1110 any more than of Article 1105.¹⁴⁷

178. For all these reasons, in the Tribunal's view, there was nothing which could be properly described as an expropriation by Mexico of Waste Management's property, assets or investment, or a measure tantamount to such expropriation, within the meaning of NAFTA Article 1110. The Claimant's case on Article 1110, like that on Article 1105, must fail.

¹⁴⁶ Cf. *Marvin Feldman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award of 16 December 2002, para. 111.

¹⁴⁷ See above, para. 118-132 for an analysis of the remedies sought by Acaverde in the context of Article 1105.

D. THE ISSUE OF COSTS

179. Turning to the question of the costs and expenses of the proceeding, no question arises as to the costs of the first proceeding, which were dealt with by the first Tribunal.¹⁴⁸

180. In its decision of 26 June 2002, this Tribunal reserved the question of costs on Mexico's preliminary objection, as to which the Claimant was successful.

181. As is now unfortunately common, there were a significant number of interlocutory issues raised by both parties during the proceedings.

182. As to the merits, in the Tribunal's view the proceedings were expeditiously and efficiently conducted by the representatives of both parties.

183. There is no rule in international arbitration that costs follow the event. Equally, however, the Tribunal does not accept that there is any practice in investment arbitration (as there may be, at least *de facto*, in the International Court and in interstate arbitration) that each party should pay its own costs. In the end the question of costs is a matter within the discretion of the Tribunal, having regard both to the outcome of the proceedings and to other relevant factors.

184. In circumstances where the conduct of the City is by no means beyond criticism, the Tribunal concludes that a fair outcome would be an order that each party bear its own legal costs and expenses, and that the costs and expenses of the Tribunal be borne equally between them.

¹⁴⁸

Waste Management, Inc. v. United Mexican States, Award, 2 June 2000, 5 ICSID Reports 443, 461-2.

AWARD

For the foregoing reasons, the Tribunal unanimously DECIDES:

- (a) That the claim is admissible under Chapter 11 of NAFTA;
- (b) That the conduct of the Respondent which is the subject of the claim did not involve any breach of Article 1105 or 1110 of NAFTA;
- (c) That Waste Management's claim is accordingly dismissed in its entirety;
- (d) That each Party shall bear its own costs and half of the costs and expenses of these proceedings.

Done at Washington, D.C. in English and Spanish, both versions being equally authoritative.

Professor James Crawford
President of the Tribunal

Mr. Benjamin R. Civiletti
Member

Mr. Eduardo Magallón Gómez
Member

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

Washington, D.C.

Caso N° ARB(AF)/00/3

**Waste Management, Inc.
(Demandante)**

c.

**Estados Unidos Mexicanos
(Demandado)**

LAUDO

Ante el Tribunal de Arbitraje
constituido con base en el Capítulo XI
del Tratado de Libre Comercio
de América del Norte, e integrado por:

Profesor James Crawford, Presidente
Sr. Benjamin R. Civiletti
Sr. Eduardo Magallón Gómez

Secretaria del Tribunal
Sra. Gabriela Álvarez Ávila

Fecha de envío a las partes: 30 abril de 2004

ÍNDICE

	<i>párrafo</i>
A. Antecedentes procesales	1-39
B. La controversia entre las Partes	40-72
C. Fundamentos de la reclamación con base en el TLCAN	73-162
(1) Introducción	73-76
(2) El estatus de la Demandante como “inversionista”	77-85
(3) La reclamación por violación del Artículo 1105 del TLCAN	86-140
(i) Alcance e interpretación del Artículo 1105(1)	86-99
(ii) Los argumentos de violación del Artículo 1105(1)	100-139
(a) La conducta de Banobras	102-105
(b) La conducta de Guerrero	106-107
(c) La conducta del Ayuntamiento	108-117
(d) Los procesos judiciales en México	118-127
(e) ¿Hubo denegación de justicia?	128-132
(f) La fase de la rescisión	133-136
(g) Alegato de conspiración	137-139
(iii) Conclusiones relativas al Artículo 1105(1)	140
(4) La reclamación por expropiación: Artículo 1110 del TLCAN	141-178
(i) El estándar establecido en el Artículo 1110	142-155
(ii) El estándar del Artículo 1110 aplicado a la empresa	156-162
(iii) ¿Hubo una conducta equivalente a la expropiación sobre los derechos contractuales de Acaverde?	163-176
(iv) Conclusión relativa al Artículo 1110	177-178
D. Gastos y costas	179-184
LAUDO	

WASTE MANAGEMENT, INC.
Demandante

c.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
Demandado

LAUDO

A. ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 27 de septiembre de 2000, el Secretario General Interino del CIADI registró una notificación de solicitud de arbitraje presentada por Waste Management Inc. (en adelante, la “Demandante”) de conformidad con el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI (en adelante, “el Reglamento”) contra los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, la “Demandada”). La Demandante alegó que la Demandada es responsable de conformidad con los Artículos 1110 y 1105 del TLCAN por las acciones de varios organismos estatales en relación con la inversión de la Demandante en una empresa dedicada a la prestación de servicios de recolección de basura en la Ciudad de Acapulco, en el Estado de Guerrero.

2. De conformidad con lo establecido en el Artículo 1123 del TLCAN y en el Artículo 6 del Reglamento, las partes procedieron a constituir el Tribunal de Arbitraje. La Demandante designó al señor Benjamin R. Civiletti, nacional de los Estados Unidos de América. La Demandada nombró al señor Guillermo Aguilar Álvarez, de nacionalidad mexicana. De conformidad con el Artículo 1124(2), la Demandante solicitó al Secretario General que designara al Presidente del Tribunal. El Secretario General, después de consultar con las partes, designó al profesor James Crawford, nacional de Australia, para

fungir como Presidente del Tribunal. Conforme al Artículo 1125 del TLCAN, la Demandante había aceptado previamente, mediante carta del 19 de junio de 2000 adjunta a su solicitud de arbitraje, la designación de cada uno de los miembros del Tribunal.

3. El 30 de abril de 2001, de acuerdo con el Artículo 14 del Reglamento, el Secretario General del CIADI informó a las partes que todos los árbitros habían aceptado su designación, por lo que se daba por constituido el Tribunal y por iniciado el procedimiento en esa fecha. Por medio de la misma carta, el Secretario General informó a las partes que la señora Gabriela Álvarez Ávila, Consejero Jurídico Principal del CIADI, actuaría como Secretaria del Tribunal. En lo sucesivo, toda comunicación escrita entre el Tribunal y las partes se efectuaría por conducto del Secretariado del CIADI.

4. El 1º de junio de 2001, la Demandada informó al Centro que objetaba la competencia del Tribunal. Ésta era la segunda ocasión en que la Demandante iniciaba un procedimiento respecto de su reclamación. En el primer procedimiento, Caso CIADI No. ARB/(AF)/98/2, un Tribunal constituido por el señor Bernardo M. Cremades (Presidente), el señor Keith Highet y el señor Eduardo Siqueiros (en adelante, el “Primer Tribunal”) dictó un laudo declinando su competencia sobre la base de que la Demandante no había renunciado en forma válida a su derecho de obtener reparación en los tribunales locales, renuncia requerida por el Artículo 1121 del TLCAN como condición previa al sometimiento de una reclamación al arbitraje. Más aún, en virtud de que este error no podía ser subsanado mediante ningún otro acto de la Demandante, el Tribunal carecía de competencia sobre dicha reclamación.¹ La Demandada alegó que como efecto del primer procedimiento el cual no favoreció a la Demandante, que ésta quedaba impedida de presentar una nueva reclamación con respecto a la medida presuntamente violatoria del TLCAN.

5. El 8 de junio de 2001 se celebró la primera sesión del Tribunal con las partes en la sede del Banco Mundial en Washington, D.C. Durante el transcurso de la

¹ Para consultar el Laudo del 2 de junio de 2000, remitirse a 5 ICSID Reports 443.

sesión, las partes reconocieron que el Tribunal había sido debidamente constituido de conformidad con el Artículo 1120 del TLCAN y con el Reglamento. Se produjo un intercambio de opiniones respecto de la sede del arbitraje y del procedimiento para tratar la objeción a la competencia interpuesta por la Demandada sobre la base del procedimiento anterior y, en particular, respecto de la decisión del Tribunal anterior.

6. En su Orden Procesal N° 1 del 8 de junio de 2001, el Tribunal estableció calendarios para las observaciones escritas sobre el lugar del arbitraje y sobre la objeción preliminar. Las partes presentaron sus observaciones sobre el lugar del arbitraje el 18 de junio de 2001. El 6 de agosto de 2001, el Tribunal dio a las partes la oportunidad de presentar observaciones adicionales sobre la cuestión del lugar del arbitraje a la luz de la posible relevancia de la Convención de Panamá.² Las partes presentaron sus observaciones adicionales sobre el lugar del arbitraje el 28 de agosto de 2001. Posteriormente, mediante una Decisión sobre el lugar del arbitraje, del 26 de septiembre de 2001, el Tribunal decidió que el lugar del presente procedimiento sería el mismo que el elegido para el primer procedimiento, es decir, Washington, D.C.³

7. Tras una comunicación por parte de la Demandada con fecha del 16 de noviembre de 2001 que, sin embargo, no llegaba a constituir una objeción, uno de los árbitros, el señor Guillermo Aguilar Álvarez, presentó su renuncia al Tribunal. En base al Artículo 15(3) del Reglamento, el Tribunal aceptó su renuncia. De conformidad con el Artículo 18(1) del Reglamento, México designó al señor Eduardo Magallón Gómez para llenar la vacante producida. El Tribunal se reconstituyó el 14 de diciembre de 2001, tras la aceptación del señor Magallón de su nombramiento.

8. En cumplimiento de la Orden Procesal N° 1, la Demandada presentó un Memorial sobre Competencia el 8 de agosto de 2001. La Demandante presentó un Memorial de Contestación sobre Competencia el 9 de octubre de 2001. Dado que la

² Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, ciudad de Panamá, 30 de enero de 1975, 1438 UNTS 249.

³ La Decisión del Tribunal está publicada en 6 ICSID Reports 541.

audiencia inicialmente prevista para el 3 de diciembre de 2001 fue pospuesta a fin de permitir que se llenara la vacante producida en el Tribunal, el Tribunal se reunió en las instalaciones del Banco Mundial, Washington, D.C., el 2 de febrero de 2002 para escuchar los alegatos orales de las partes sobre competencia. Las partes estuvieron representadas de la siguiente manera:

Asistieron en representación de la Demandante:

Sr. J. Patrick Berry, Baker & Botts LLP
Sr. Richard King, Baker & Botts LLP
Srita. Lorena Pérez, Baker & Botts LLP
Sr. Jay L. Alexander, Baker & Botts LLP
Sr. Bob Craig, Asesor Jurídico General Adjunto, Waste Management, Inc.

Asistieron en representación de la Demandada:

Sr. Hugo Perezcano Díaz, Asesor Jurídico Principal, Secretaría de Economía, Gobierno de México
Sr. Salvador Behar Lavalle, Secretaría de Economía, Gobierno de México
Srita. Adriana González Arce Brilanti, Secretaría de Economía, Gobierno de México
Sr. Cameron Mowatt, Thomas & Partners
Sr. Carlos García, Thomas & Partners
Sr. Robert Deane, Thomas & Partners
Sr. Stephan E. Becker, Shaw Pittman
Sr. Sanjay Mullick, Shaw Pittman
Srita. Brooke Bentley, Shaw Pittman

El Tribunal escuchó las presentaciones del señor Hugo Perezcano Díaz, en representación de la Demandada, y del señor Jay Alexander, en representación de la Demandante.

9. A la audiencia del 2 de febrero de 2002 asistieron representantes de las otras dos partes del TLCAN:

Asistieron en representación de los Estados Unidos de América:

Sr. Barton Legum, Jefe de la División de Arbitraje del TLCAN, Oficina del Asesor Jurídico, Oficina de Reclamaciones Internacionales, Departamento de Estado

Sr. David A. Pawlak, Abogado-Asesor, Oficina del Asesor Jurídico, Oficina de Reclamaciones Internacionales, Departamento de Estado

Asistió en representación del Gobierno de Canadá:

Sr. Douglas Heath, Embajada de Canadá en Washington, D.C.

10. En respuesta a ciertas preguntas del Tribunal relativas tanto al caso tal y como fue debatido ante el Tribunal anterior como al procedimiento iniciado por la Demandante en México, las partes suministraron información y argumentos adicionales mediante sendas cartas fechadas el 19 de febrero de 2002.

11. El 28 de junio de 2002, la Secretaría del Tribunal notificó a las partes la Decisión del Tribunal sobre la Objeción Preliminar de México en relación con el procedimiento previo. Una copia de la Decisión se adjunta como Anexo 1. El Tribunal decidió que la Demandante no estaba impedida de someter a arbitraje su reclamación y dispuso dejar para una etapa posterior la cuestión de las costas y los gastos de la fase de competencia del procedimiento.⁴ Por medio de la misma carta, la Secretaría del Tribunal informó a las partes que el Tribunal entendía que la reclamación presentada por la Demandante era idéntica a la sometida previamente a arbitraje de conformidad con el TLCAN y que el Memorial presentado como anexo D de su Solicitud del 19 de junio de 2000 constituía el Memorial de la Demandante en el presente arbitraje. La Secretaría del Tribunal invitó a las partes a hacer nuevas consultas con miras a acordar los plazos para la presentación de los escritos restantes.

12. Sobre la base de las observaciones planteadas por la Demandante el 5 y el 13 de agosto de 2002 y de las observaciones planteadas por la Demandada el 6 y el 12 de agosto de 2002, y en vista de que las partes no se pusieron de acuerdo en un calendario para la presentación de los escritos restantes, el Tribunal estableció un calendario para la

⁴ La Decisión del Tribunal está publicada en 6 ICSID Reports 541.

presentación de los escritos de las partes, de las presentaciones de las Partes del TLCAN y fijó, una fecha para una audiencia sobre el fondo.

13. Mediante carta del 12 de agosto de 2002, la Demandada presentó una solicitud de interpretación y corrección de ciertos errores de traducción detectados en la versión al español de la Decisión del Tribunal del 26 de junio de 2002, invocando los Artículos 56 y 57 del Reglamento. El 13 de agosto de 2002, la Secretaría del Tribunal respondió a México explicando que los Artículos 56 y 57 sólo eran aplicables a los laudos. La Secretaría señaló que, sin embargo, la solicitud de México sería remitida al Tribunal para que procediera a su consideración conforme al Artículo 35 del Reglamento.

14. El 14 de agosto de 2002, la Secretaría, en nombre del Tribunal, invitó a la Demandante a presentar a más tardar el 23 de agosto de 2002 cualquier observación que considerara pertinente en relación con la solicitud planteada por México el 12 de agosto de 2002.

15. El 22 de agosto de 2002, en una nueva carta dirigida al Secretario General, México afirmó que la Decisión del Tribunal debía ser tratada como un laudo. El 23 de agosto de 2002, el Secretario General Interino respondió a la carta de México del 22 de agosto de 2002, confirmando que el término “laudo” según el Convenio y las Reglas del CIADI sólo se utilizaba en relación con el laudo definitivo que ponía fin al caso. Con respecto al Reglamento del Mecanismo Complementario, el Secretario General Interino observó que éste, al basarse en el Convenio, utilizaba dicho término con el mismo efecto. Señaló, asimismo, que cualquiera de las partes podía solicitar de inmediato al Tribunal que aclarara, corrigiera o complementara una decisión preliminar o provisional y que tal cuestión habría de ser un tema a decidir por el Tribunal en virtud del Artículo 35 del Reglamento.

16. El 23 de agosto de 2002, la Demandante respondió a la invitación del Tribunal a presentar sus comentarios. Respaldó la interpretación del Secretariado sobre el

término “laudo” en los Artículos 56 y 57 del Reglamento, y argumentó que el pedido de México era por consiguiente inadmisible.

17. En una carta del 30 de septiembre de 2002, la Secretaría incorporó las observaciones del Tribunal a la solicitud presentada por México el 12 de agosto de 2002. El Tribunal afirmó que no tenía ante sí ninguna solicitud de interpretación o corrección de acuerdo con los Artículos 56 y 57 del Reglamento. Señaló, no obstante, que tenía la facultad, mientras estuviese en el ejercicio de sus funciones y antes del cierre del procedimiento, de brindar toda interpretación que fuese necesaria sobre cualquiera de sus decisiones, de introducir cualquier decisión complementaria que fuese necesaria y de corregir cualquier error en la traducción de una decisión. Además, el Tribunal indicó que podía ejercer dicha facultad por iniciativa propia o bien a solicitud de una parte. El Tribunal, sin embargo, rechazó la solicitud de México, indicando que las dos razones alegadas por México para solicitar tal interpretación no eran relevantes para el subsiguiente procedimiento que habría de sustanciarse ante el Tribunal y que la Decisión era por sí misma clara. En cuanto a la corrección de la Decisión, el Tribunal afirmó que los puntos planteados por México no revelaban ninguna inexactitud en la traducción del inglés al español de la Decisión como tampoco ninguna incongruencia entre ambas versiones.

18. Por carta del 23 de septiembre de 2002, la Demandada solicitó al Tribunal que dictara una orden requiriendo la producción de una serie de documentos que, podía decirse, eran “pertinentes y necesarios para la defensa de este caso”. La solicitud se vinculaba a dos cuestiones que estaban pendientes en cuanto al fondo: (A) los daños y (B) la propiedad y el control de la inversión en cuestión, la compañía mexicana Acaverde, S.A. de C.V., que era la verdadera concesionaria (en adelante, “Acaverde”).

19. Por medio de una carta del 30 de septiembre de 2002, la Demandante manifestó que estaba a punto de entregar al consejero jurídico de la Demandada en Washington, D.C., una serie de documentos relacionados con un dictamen pronunciado

por el perito de la Demandante, el Doctor Slottje, en el que indicaba que “most, if not all, of the financial information requested by the Respondent regarding the issue of damages will be contained in one form or another in those documents” [la mayoría, si no toda la información financiera, solicitada por la Demandada sobre la cuestión de los daños estará contenida, de una u otra manera, en esos documentos]. Sin embargo, se negó —a menos que mediara una orden del Tribunal— a entregar los documentos de la Categoría B, indicando que la Demandada al parecer estaba interponiendo una objeción preliminar adicional sobre la cuestión de la legitimación procesal (*standing*). En opinión de la Demandante, el procedimiento seguido ante el Primer Tribunal había asegurado que se habían producido “all arguments of fact and law relating to jurisdiction”[todos los argumentos de hecho y de derecho relativos a la competencia]; éstos no incluían cuestiones de legitimación procesal.

20. Mediante diversa carta del 30 de septiembre de 2002, la Demandada enfatizó que, en ningún momento, había renunciado a su derecho de plantear otras objeciones a la reclamación. En todo caso, señaló que la propiedad y el control de Acaverde por parte de la Demandante eran relevantes al fondo, incluido —llegado el caso— en cuanto al monto de los daños.

21. El 1º de octubre de 2002, el Tribunal dictó una Orden Procesal sobre Producción de Documentos, en la que proporcionaba una serie de indicaciones sobre esta cuestión. El Tribunal expresaba, así, su opinión de que podían solicitarse los documentos sobre las finanzas y operaciones de Acaverde en relación con la concesión, siempre que éstos estuvieran suficientemente identificados. El Tribunal también indicó que la solicitud de la Demandada para obtener “copias de todas las facturas emitidas en el período 1994-1998” era *prima facie* muy gravoso, ya que probablemente incluía una gran cantidad de documentos que no eran objeto de controversia alguna. El Tribunal fue de la opinión de que los documentos que aclararan el grado de propiedad y control de la inversión por parte de la Demandante eran pertinentes. Por último, el Tribunal indicó que

cualquier otro asunto pendiente en relación con documentos específicos podía ser referido al Tribunal por cualquiera de las partes para su pronta decisión.

22. Despues de un intercambio de correspondencia entre la Demandada y la Demandante en relación con la producción de documentos, la Demandada, por medio de una carta del 12 de noviembre de 2002, solicitó al Tribunal que ordenara se le permitiera acceder a la información relativa a Acaverde que estaba en posesión de Servicios de Tecnología Ambiental, S.A. de C.V. (“Setasa”).⁵ La Demandada explicó las razones por las cuales solicitó el consentimiento de la Demandante para que Setasa entregase los documentos que habían sido proporcionados por un predecesor de la Demandante bajo un acuerdo de confidencialidad para permitir a Setasa establecer el valor de Acaverde.

23. Mediante carta del 15 de noviembre de 2002, la Demandante resumió aspectos de la historia de sus relaciones con Setasa y subrayó que Setasa no devolvió los documentos que le fueron entregados y que se había producido un litigio entre Setasa y la Demandante relativo al cumplimiento del acuerdo de confidencialidad por parte de Setasa. La Demandante ofreció suministrar en forma directa a la Demandada cualquier documento que Setasa le devolviese, a modo de respuesta a su solicitud. La Demandante, por su parte, pidió al Tribunal que ordenara a la Demandada la entrega inmediata de nueve clases de documentos solicitados anteriormente a la Demandada.

24. Mediante carta del 15 de noviembre de 2002 dirigida al Tribunal, la Demandada solicitó instrucciones al Tribunal sobre lo que calificó como “el incumplimiento importante de la Demandante con una parte importante de la orden del Tribunal”. En particular, solicitó instrucciones respecto de dos clases de documentos no producidos. La primera se refería a la trasferencia efectuada en 1997 por la Demandante

⁵ Setasa negoció con el principal accionista de Acaverde, Sanifill, la compra de Acaverde en 1997 y, acorde con eso, recibió información confidencial sobre la compañía como parte del proceso conocido como “due diligence”. Esta fue la información que fue objeto de la carta de la Demandada al Tribunal del 12 de noviembre de 2002. Ver párr. 66.

de sus operaciones en México. La segunda era sobre las supuestas discrepancias acerca de la fecha efectiva en la cual la predecesora de la Demandante adquirió Acaverde.

25. Por carta del 20 de noviembre de 2002 dirigida al Tribunal, la Demandada resumió lo que hasta ese momento había sido producido por la Demandante. Explicó en más detalle las razones por las cuales la Demandada debía tener acceso a los documentos en poder de Setasa. Alegó que cualquier solicitud de documentación que hiciese la Demandante debía ser considerada sólo después de la presentación del Memorial de Contestación, cuando pudiese ser considerada a la luz de los argumentos y documentos incluidos en esa presentación.

26. En una carta del 21 de noviembre de 2002 dirigida al Tribunal, la Demandante se refirió a las solicitudes de la Demandada el 15 de noviembre de 2002. Con respecto a la transferencia de 1997, ofreció poner a disposición de la Demandada una versión testada del acuerdo o presentar al Tribunal una copia sin testar, con la cual el Tribunal podría confirmar que excluye efectivamente a Acaverde de la venta. En cuanto a la segunda solicitud de la Demandada, la Demandante señaló que respecto de la adquisición completa de Acaverde la diferencia entre octubre de 1994 y junio de 1995 era irrelevante para la legitimación procesal conforme al Capítulo XI del TLCAN.

27. La Demandada, en una carta del 21 de noviembre de 2002 dirigida al Tribunal, rechazó ambas propuestas efectuadas por la Demandante respecto del Acuerdo de 1997. La Demandada rechazó también el argumento de la Demandante en relación con la información solicitada sobre las transacciones en las Islas Caimán.

28. La Demandante, en una carta del 22 de noviembre de 2002 dirigida al Tribunal, adjuntó una versión testada del Acuerdo de 1997.

29. El 25 de noviembre de 2002, la Demandada solicitó una prórroga para presentar su Memorial de Contestación. La Secretaría informó a las partes por carta del

26 de noviembre de 2002 que el Tribunal otorgaba la prórroga solicitada por la Demandada y comunicó el nuevo calendario para la presentación de escritos.

30. El 27 de noviembre de 2002, el Tribunal dictó su Orden Procesal N° 2 sobre Producción de Documentos. El Tribunal indicó que, en la medida en que los documentos identificados por la Demandada fueran pertinentes a la cuestión de propiedad o control pero no hubiesen sido producidos ni se hubiese explicado la razón por la cual la Demandante no los ponía a disposición, el Tribunal podría llegar a las inferencias correspondientes. Afirmó, asimismo, que el Tribunal no consideraba que se requiriese una orden adicional respecto de los documentos relacionados al control de Acaverde en el período 1994-1995. El Tribunal también decidió que el Acuerdo de 1997 no parecía pertinente a la presente diferencia, y por lo tanto no requería ser producido. En cuanto a los documentos en poder de Setasa, al Tribunal le pareció apropiado que la Demandante se ofreciera a producir de inmediato a la Demandada todos los documentos pertinentes que Setasa proporcionase a la Demandante. El Tribunal solicitó que la Demandante presentara una explicación de la situación dentro de los siete días a partir de la fecha de la orden.

31. En su Orden Procesal N° 2, el Tribunal también se refirió a la solicitud de la Demandante para la producción de 9 categorías de documentos. El Tribunal concedió parcialmente el pedido de la Demandante, en particular a los documentos relativos a un peritaje financiero por parte de México, y denegó o no consideró pertinente el pedido respecto de otras categorías de documentos. El Tribunal ordenó que la Demandada debía producir los documentos en cuestión al mismo tiempo que el Memorial de Contestación o, a más tardar, a los siete días de la presentación del Memorial de Contestación.

32. La Demandada presentó su Memorial de Contestación sobre el fondo el 6 de diciembre de 2002. El 13 de enero de 2003, la Demandante solicitó una prórroga para presentar su Réplica. La Secretaría informó a las partes mediante una carta del 15 de enero de 2003 que el Tribunal había otorgado la prórroga solicitada por la Demandante y

comunicó el nuevo calendario para la presentación de escritos, incluidos los escritos correspondientes a las Partes del TLCAN de conformidad con el Artículo 1128 del TLCAN.

33. La Demandante presentó su Réplica sobre el fondo el 22 de enero de 2003. La Demandada presentó su Duplicata sobre el fondo el 7 de marzo de 2003.

34. De acuerdo con una solicitud del Tribunal, las partes presentaron una carta conjunta el 12 de marzo de 2003 acerca de la organización de la audiencia sobre el fondo. Las partes también expresaron sus propios puntos de vista en cartas presentadas por cada una el 13 de marzo de 2003. El Tribunal, habiendo considerado la correspondencia antes mencionada, emitió instrucciones respecto de la audiencia sobre el fondo, que fueron comunicadas por la Secretaría mediante carta del 14 de marzo de 2003.

35. El 19 de marzo de 2003, el Gobierno de Canadá presentó un escrito conforme al Artículo 1128 del TLCAN y los Estados Unidos de América informaron al Tribunal en esa misma fecha que no tenían ninguna intención de presentar un escrito.

36. La audiencia sobre el fondo se celebró desde el 7 al 10 de abril de 2003 en la sede del Banco Mundial en Washington, D.C.; durante ella se escucharon los alegatos orales de las partes y las declaraciones de los testigos y peritos convocados. Las partes estuvieron representadas de la siguiente manera:

Asistieron en representación de la Demandante:

Sr. Bob Craig, Asesor Jurídico General Adjunto, Waste Management, Inc.
Sr. Kemp Sawyers, Baker & Botts LLP
Sr. J. Patrick Berry, Baker & Botts LLP
Srita. Clara Poffenberger, Baker & Botts LLP
Srita. Guillermina Calles, Baker & Botts LLP
Srita. Lila Pankey, Baker & Botts LLP
Srita. Sharon Katz, Baker & Botts LLP
Sr. Ulrich Brunnhuber.

Asistieron en representación de la Demandada:

Sr. Hugo Perezcano Díaz, Asesor Jurídico Principal, Secretaría de Economía
Sr. J. Christopher Thomas, Q.C., Thomas & Partners
Sr. Cameron Mowatt, Thomas & Partners
Sr. Stephan E. Becker, Shaw Pittman
Srita. Adriana González Arce Brilanti, Secretaría de Economía
Sr. Salvador Behar Lavalle, Secretaría de Economía,
Srita. Alejandra Galaxia Treviño Solís, Secretaría de Economía
Sr. Sanjay Mullick, Shaw Pittman
Sr. Rolando García, Thomas & Partners
Sr. Carlos García, Thomas & Partners
Sr. Humberto Guerrero, Shaw Pittman.

Durante la audiencia se escuchó a los siguientes testigos y peritos:

Testigos por la Demandante:

Sr. Rodney Proto
Sr. H. Steven Walton
Sr. Jaime Eduardo Herrera Gutiérrez de Velasco

Testigos por la Demandada:

Sr. Mario Alcaráz Alarcón

Peritos por la Demandante:

Dr. Daniel Slotte

Peritos por la Demandada:

Sr. Carlos de Rivas Ibáñez
Sr. Carlos de Rivas Oest.

37. Asistieron a la audiencia representantes de las otras dos partes del TLCAN:

Asistieron en nombre de los Estados Unidos de América:

Sr. David A. Pawlak, Oficina de Reclamaciones Internacionales, Departamento de Estado
Srita. Jennifer Gehr, Departamento de Comercio.

Asistieron en nombre del Gobierno de Canadá:

Sr. Douglas Heath, Embajada de Canadá en Washington, D.C.

38. Se realizaron transcripciones en inglés y español de la audiencia sobre el fondo, las que se distribuyeron a las partes y a los miembros del Tribunal.

39. Por carta del 14 de abril de 2003, la Secretaría distribuyó copias de ciertas preguntas que el Tribunal formuló a ambas partes al final de la audiencia sobre el fondo. La Secretaría también informó a las partes, siguiendo las instrucciones del Tribunal, las fechas para la presentación de sus respuestas. Las partes presentaron sus respuestas al cuestionario del Tribunal el 28 de abril de 2003.

B. LA CONTROVERSIA ENTRE LAS PARTES

40. La presente controversia surge de una concesión para la prestación de servicios de recolección de basura en la ciudad mexicana de Acapulco, Estado de Guerrero, uno de los estados de México. Los términos y condiciones acordados para esta operación se plasmaron en el documento denominado “Título de Concesión”, cuyas partes eran el Municipio a través de su Ayuntamiento (en adelante, “el Ayuntamiento”) y Acaverde. Acaverde era una compañía mexicana creada en 1994. Se ha dicho en todo momento que se trataba de una subsidiaria de total propiedad de la Demandante, Waste Management Inc. (“Waste Management”), una corporación de Delaware con importantes intereses en los servicios municipales de recolección de basura en los Estados Unidos y otros lugares.⁶ La cuestión de la facultad de Waste Management para reclamar en virtud de los Artículos 1116 ó 1117 del TLCAN en relación con la presente diferencia que involucra a Acaverde es un punto de controversia en este caso. En esta sección del Laudo, el Tribunal se referirá a Acaverde como la parte contratante efectiva y prestador de servicios de acuerdo con el Título de Concesión.⁷

⁶ USA Waste Services Inc. se fusionó con el principal accionista de Acaverde, Sanifill, en el año 1996. La compañía fusionada luego se denominó Waste Management, Inc.

⁷ La relación entre Acaverde y sus compañías controladoras se analiza más adelante, en los párrs. 77-85.

41. El Título de Concesión se firmó el 9 de febrero de 1995. Dicho título fue enmendado en algunos aspectos significativos mediante un diverso acuerdo firmado el 12 de mayo de 1995. Conforme al Título de Concesión así enmendado (el “Título de Concesión”), Acaverde se hizo cargo de prestar en forma exclusiva determinados servicios de limpia de calles y de disposición de basura en un área específica de Acapulco. El área en cuestión, que comprendía aproximadamente 9000 domicilios residenciales y comerciales, abarcaba el área turística principal y la zona de playas del Municipio, que es una fracción del área total de Acapulco, una ciudad de aproximadamente 1,5 millones de habitantes. El turismo es la industria de servicios más importante de Acapulco y no hay duda de que era preciso atender el sistema de recolección de basura en el área turística.

42. La cláusula 15 del Título de Concesión establecía que el Ayuntamiento no podría otorgar a ninguna otra persona o entidad “derecho o concesión alguno incompatible con los derechos de la Concesionaria de acuerdo con este instrumento”. De acuerdo con el Programa de Operación, el Ayuntamiento se comprometía a establecer “los reglamentos y ordenanzas que sean necesarios para prohibir el barrido manual, la recolección, transportación, uso, reciclaje o disposición final de basura generada en el área de concesión por cualquier persona física o moral diferentes a la Concesionaria”. Dichos reglamentos y ordenanzas debían aplicarse en su totalidad y de inmediato para la recolección de basura tanto comercial como residencial. Las Partes acordaron que la promulgación de las ordenanzas pertinentes sería una condición suspensiva para el comienzo de las operaciones y que Acaverde podía “considerar como un incumplimiento del Ayuntamiento en caso de que no cumpla con el hecho de promulgar esas ordenanzas”.

43. El 30 de junio de 1995, antes de que Acaverde comenzara a prestar los servicios conforme al Título de Concesión, el Ayuntamiento aprobó y luego promulgó un reglamento que regulaba la concesión del servicio público de limpia (“el Reglamento del

Servicio Público de Limpia”). Este Reglamento del Servicio Público de Limpia disponía la exclusividad de los servicios de recolección de basura, prohibía arrojar basura en el área y contemplaba su ejecución mediante la imposición de multas. Incluía en forma adjunta un cuadro tarifario.

44. El artículo 8 del Reglamento del Servicio Público de Limpia contemplaba que los residentes o comercios ubicados en el área de la concesión “debían solicitar” el servicio público de limpia dentro de los 90 días de iniciadas las operaciones. La Demandada alegó que esta cláusula no correspondía a ninguna obligación sustantiva establecida en el Título de Concesión y advirtió que la obligación de pagar las tarifas pautadas no era una imposición a los residentes. Formalmente es cierto: sólo las personas que firmaban un contrato de servicios con Acaverde estaban obligadas a pagar y los propietarios de apartamentos para vacaciones dentro del área de concesión podían no tener ningún incentivo para contratar. Además, los términos de los contratos de servicio eran meramente consensuales, ya que el Reglamento establecía tarifas máximas y no mínimas, y Acaverde podía celebrar (y de hecho así lo hizo) dichos contratos a una tarifa menor que la establecida. Es cierto que, el Título de Concesión disponía claramente que Acaverde gozaría de exclusividad dentro del área concesionada y que el Ayuntamiento no perjudicaría esta exclusividad otorgándoles a terceros el derecho de prestar servicios de recolección de basura. Pero esto no se traducía necesariamente en un situación donde la penetración del mercado por parte de Acaverde en el área de concesión fuera suficiente para mantener sus ganancias.

45. Además de prestar servicios de recolección, Acaverde se hizo cargo, conforme al Título de Concesión, de construir y operar un relleno sanitario permanente de desechos sólidos para la totalidad del Municipio, lo que permitiría cerrar dos tiraderos temporales. El Ayuntamiento proporcionaría un terreno para instalar el relleno “en comodato forzoso por el término de la Concesión”. Se podría cobrar un arancel por uso del relleno, según las tarifas aprobadas, a los clientes comerciales. Sujeto a la

construcción del relleno sanitario permanente, Acaverde tendría, libre de cualquier cargo, acceso a uno de los tiraderos existentes.

46. El plazo de la Concesión era de 15 años a partir de la fecha de inicio de la prestación de los servicios.

47. Conforme al Título de Concesión, Acaverde se comprometía a hacer una inversión inicial de hasta US\$12,8 millones. Sus tarifas deberían de establecerse de conformidad con el plan acordado, que formaba parte integrante del Título de Concesión y estaba sujeto a ajustes por indexación. A cambio, el Ayuntamiento le pagaría a Acaverde una tarifa mensual por los servicios prestados que, con posterioridad al 1º de enero de 1996, ascendería a NP1 millón⁸ (aproximadamente equivalente a US\$170.000 al tipo de cambio vigente en ese entonces), y que también se indexaría. Acaverde le pagaría al Ayuntamiento un bono calculado sobre la base de su “tasa de eficiencia” en obtener contratos de clientes en el área de la concesión. El bono a pagar representaba sólo el 3% de los ingresos comprobados si la tasa de eficiencia se ubicaba entre 0.80 y 0.849, pero se incrementaba al 30% si la tasa de eficiencia superaba el 0.95. Esto le daba al Ayuntamiento cierto incentivo para procurar asegurar la exclusividad y una cobertura total del área. Por otra parte, esto equivalía implícitamente a reconocer que no se lograría necesariamente tal cobertura total. De hecho, la tasa de eficiencia nunca llegó a 0.60, por lo que Acaverde nunca pagó bono alguno al Ayuntamiento de conformidad con las cláusulas previstas a tal efecto.

48. De acuerdo con el Título de Concesión, los montos que el Ayuntamiento le debía a Acaverde se incrementarían según una tasa de interés especificada si permanecían impagados transcurridos 60 días. El Ayuntamiento se comprometió a negociar con un banco de desarrollo establecido por el gobierno federal de México, el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C. (“Banobras”), “una línea [de

⁸ “NP” significa nuevos pesos mexicanos.

crédito] de contingencia, revolvente e irrevocable” para garantizar “el pago de todas las obligaciones” del Municipio por el término de la Concesión (Artículo 11).

49. El Contrato de Apertura de Línea de Crédito se firmó el 9 de junio de 1995. Como estaba previsto en el Título de Concesión, las partes del Contrato de Apertura de Línea de Crédito fueron el Gobierno del Estado de Guerrero (“Guerrero”), el Ayuntamiento y Banobras. Consideraba la necesidad de garantizar las obligaciones de pago adquiridas mediante el Título de Concesión “en el caso de que el Ayuntamiento enfrente problemas temporales de liquidez que le impidan cumplir con dichas obligaciones” (Considerandos, cl. III). A pesar de la referencia hecha en el Artículo 11 del Título de Concesión a “todas las obligaciones de pago” del Ayuntamiento, el Contrato de Apertura de Línea de Crédito sólo cubría “un fondo equivalente al pago de seis mensualidades de acuerdo con las cantidades establecidas para los servicios prestados”, es decir, NP6.000.000 (Considerandos, cl. XI). El pago conforme al Contrato de Apertura de Línea de Crédito podía ser solicitado tanto por el Ayuntamiento como por Acaverde. Las controversias que pudiesen derivar del Contrato de Apertura de Línea de Crédito serían ventiladas en los tribunales federales de México con exclusión de “cualquier otra jurisdicción que pudiese estar a disposición de las partes en razón de sus actuales o futuros domicilios” (Cláusula XIV).

50. Si bien el Contrato de Apertura de Línea de Crédito era claro en cuanto a que limitaba el monto total del crédito disponible en cualquier momento a no más de NP6 millones, Banobras tenía el derecho de desviar pagos federales a Guerrero a modo de restitución. En este sentido, la Cláusula 6 establecía lo siguiente:

“En caso que una o más disposiciones hechas contra la línea [de crédito] no se paguen en el plazo de 90 días, el Banco procederá sin demora a hacer efectiva la garantía correspondiente a las participaciones presentes y futuras que le correspondan en ingresos federales al Gobierno del Estado de Guerrero, recuperando así las cantidades pagadas a ‘Acaverde, S.A. de C.V.’, con cargo a este crédito.”⁹

⁹ Traducción al inglés realizada por el Tribunal.

Interpretada literalmente, esta cláusula apuntaba a la cuestión de la recuperación por parte de Banobras —con fondos federales de Guerrero— de los pagos ya realizados a Acaverde y no reembolsados por el Ayuntamiento. No fue redactada en términos de otorgar un derecho de recurso a Acaverde contra los fondos federales en poder del Estado de Guerrero.

51. Se produjo ante este Tribunal cierta discusión respecto del papel desempeñado por Acaverde en la celebración del Contrato de Apertura de Línea de Crédito y si Acaverde había aceptado la limitación de la garantía de Banobras que se incluía en dicho Contrato.¹⁰ En opinión del Tribunal, aun cuando Acaverde pudo no haber desempeñado ningún papel en la negociación o redacción del Contrato de Apertura de Línea de Crédito y aunque sin duda le desagrado la limitación de la garantía sobre la cual insistió Banobras, de todas maneras aceptó la situación resultante y siguió adelante con su inversión. En otras palabras, de acuerdo con la opinión del Tribunal, Acaverde aceptó que el Contrato de Apertura de Línea de Crédito firmado en junio de 1995 era suficiente para cumplir con los requerimientos del convenio modificatorio del Título de Concesión.¹¹

¹⁰ Señor Rodney Proto, transcripción, 7 de abril de 2003, 102; señor Steven Walton, ibid., 282-7. El consejero jurídico mexicano de Acaverde, el señor Jaime Herrera, afirmó que Acaverde no participó en la redacción del Contrato de Apertura de Línea de Crédito y que sus sugerencias en ese sentido fueron rechazadas por Banobras (Declaración de Herrera, párr. 9; ver también la carta de Banobras a Sanifill con fecha 19 de junio de 1995). Pero es claro que Acaverde, que había aceptado el convenio modificatorio del Título de Concesión por insistencia de Banobras, fue notificada de los términos precisos del Contrato de Apertura de Línea de Crédito cuando comenzó sus operaciones en agosto de 1995: ibid., párr. 8.

¹¹ En la correspondencia que precedió al Contrato de Apertura de Línea de Crédito, sus limitaciones están expresadas en forma sistemática: por ejemplo, en la carta del delegado estatal de Banobras a Acaverde, del 26 de mayo de 1995. Posteriormente (pero antes de que se hubieran iniciado las operaciones), Banobras dejó en claro que los términos del Contrato no podían modificarse: Delegado estatal de Banobras a Acaverde, 19 de junio de 1995.

52. Conforme lo requiere la legislación mexicana, el otorgamiento de la Concesión por un período de 15 años fue aprobado por Decreto del Congreso del Estado en diciembre de 1994.¹²

53. Las controversias que pudiesen derivar del Título de Concesión habrían de someterse a arbitraje de conformidad con la Cláusula 17, que disponía que:

“Cualquier controversia derivada o conexa con esta Concesión deberá ser sometida a Juicio Arbitral, con la intervención de un Árbitro que designarán conjuntamente el Concesionario y el Ayuntamiento, y en caso de no llegar a acuerdo alguno en tal designación, el Arbitraje se resolverá por tres Árbitros, uno de los cuales será un profesionista independiente experto en Derecho Mexicano. En este último caso, los Árbitros designados por las Partes deberán conjuntamente designar al tercero, que fungirá como Presidente.”

El arbitraje debería efectuarse en Acapulco de acuerdo con las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México.

54. El 15 de agosto de 1995, Acaverde comenzó a prestar servicios conforme al Título de Concesión. Casi de inmediato surgieron dificultades para hacer cumplir los acuerdos de exclusividad especificados en el Título de Concesión y hubo una fuerte resistencia de los clientes a pagar por los servicios de recolección de basura, ya fuese a la tarifa publicada o a cualquier otra.¹³ Muchos de los que anteriormente habían recogido y/o arrojado basura en el área de concesión en forma informal opusieron resistencia a los nuevos acuerdos. Los grupos que oponían resistencia incluían a los porcicultores, que recogían los restos de alimentos de los restaurantes para utilizarlos como alimento para sus animales; los piratas, que conducían camionetas sin autorización en busca de basura (y también para arrojarla), y los carretilleros que se dedicaban a hacer pequeñas tareas, incluida la recolección de basura, a cambio de una propina. Acaverde finalmente llegó a un acuerdo con la asociación de porcicultores, pero los piratas y los carretilleros

¹² Decreto N° 127, 15 de diciembre de 1994, publicado en la Gaceta Oficial de Guerrero el 3 de enero de 1995.

¹³ Ver, por ejemplo, señor Rodney Proto, transcripción, 7 de abril de 2003, 89, líneas 7-11.

constituían una fuente permanente de dificultades.¹⁴ Acaverde se quejaba especialmente de que los permisos de los piratas, que los autorizaban a recoger basura en el área de la concesión, no habían sido revocados e incluso continuaban emitiéndose. Acaverde también se quejaba de que los conductores municipales recogían basura dentro del área de la concesión a cambio de propinas.

55. Además, Acaverde se quejaba del hecho de que el Ayuntamiento no proporcionaba a Acaverde el terreno destinado a sus operaciones ni firmaba el contrato de comodato para el nuevo relleno sanitario. De conformidad con el Título de Concesión, el Ayuntamiento debía proporcionar en comodato un terreno de propiedad municipal para que fuese utilizado como relleno sanitario permanente. Esto habría de permitir clausurar los tiraderos a cielo abierto. Acaverde se quejaba de que el terreno, si bien ya se había identificado y medido de acuerdo con el levantamiento topográfico, nunca se puso a disposición de la empresa. En lugar del relleno propuesto, Acaverde operaba un relleno temporal, y permitía que el Ayuntamiento lo utilizara para arrojar la basura recogida fuera del área de la concesión.¹⁵

56. Después de la oposición pública inicial a la introducción de los servicios y cargos por los servicios de Acaverde, en octubre de 1995 el Presidente Municipal de Acapulco al parecer solicitó a Acaverde “make adjustments to fit the Mexican standards”[hacer ajustes para acomodarse a los estándares mexicanos]. Se afirma que el Presidente Municipal Almazán dijo que “se rectificará la obligación de contratar los servicios de Acaverde con el fin de eliminar lo que anteriormente se interpretaba como una imposición”.¹⁶ Existen, por cierto, pruebas que respaldan la percepción del Presidente Municipal en el sentido de que la concesión de Acaverde se “interpretaba como una imposición”. A pesar de su declaración, ni el Reglamento del Servicio Público de Limpia

¹⁴ Por ejemplo, cartas de Acaverde al Ayuntamiento del 2 de septiembre de 1996 y del 13 de diciembre de 1996.

¹⁵ Ver la declaración del señor D. Harich, ingeniero civil contratado por Waste Management para diseñar el relleno propuesto.

¹⁶ “No es obligatorio Acaverde: ROA”, *El Sol de Acapulco*, 13 de octubre de 1995, pág. 1.

ni el Título de Concesión fueron enmendados. La declaración del Presidente Municipal pudo haberse sumado a las dificultades de Acaverde, pero en opinión del Tribunal no fue la causa de tales dificultades, ni fue la responsable del fracaso de la empresa. En cambio, era un síntoma de un debate público acerca de la concesión en un momento difícil para todos los involucrados.

57. Con el tiempo y con un aporte sustancial de recursos, Acaverde construyó su base de clientes en el área de la concesión con aproximadamente 5000 domicilios, es decir, alrededor del 55% del total; pero en general se vio obligada a ofrecer descuentos para atraer clientes. Además, destinó mucho más personal para el servicio público de barrido de calles y recolección de basura que el mínimo requerido por el Título de Concesión. Es claro que el acuerdo no era comercialmente viable, teniendo en cuenta la proporción de clientes atendidos, que era menor a lo esperado, y los consiguientes costos adicionales.

58. Pero las dificultades financieras de Acaverde se vieron en gran medida exacerbadas por cuanto desde el principio hubo graves problemas para asegurar, tal como lo disponía el Título de Concesión, el pago periódico del Ayuntamiento. De 26 facturas presentadas por Acaverde, el Ayuntamiento pagó sólo una en forma completa e hizo pagos parciales de otras dos.¹⁷ En junio de 1996, Banobras pagó facturas de cuatro meses, de enero a abril de 1996, conforme al Contrato de Apertura de Línea de Crédito (pero sin el componente de la indexación), reduciendo de este modo la deuda del Ayuntamiento. Éste fue el único pago efectuado mediante el Contrato de Apertura de Línea de Crédito. El 23 de julio de 1996, Acaverde solicitó a Banobras que pagara la factura de mayo de 1996, que no había sido rechazada ni objetada por el Ayuntamiento y que, por lo tanto, se consideraba aprobada, e hizo una serie de solicitudes similares durante los meses subsiguientes. El 2 de agosto de 1996, Banobras ofreció dos razones por las cuales se negaba a cumplir con la solicitud de Acaverde: en primer lugar, los NP5.9 millones que

¹⁷ El Ayuntamiento hizo una propuesta de canje en relación con las facturas de 1995 la cual Acaverde rechazó, conforme a su derecho.

declaraba haber pagado no le habían sido reembolsados por el Ayuntamiento, y en segundo lugar, las partes del Título de Concesión estaban analizando activamente la posibilidad de introducir modificaciones a dicho título en respuesta a la crisis financiera del Ayuntamiento. El delegado estatal de Banobras escribió:

“Contractualmente el Municipio de Acapulco está obligado a reintegrar el total de los recursos [pagados conforme a la Línea de Crédito] en un lapso de 90 días y de no hacerlo así el Banco procederá a afectar las participaciones federales del Gobierno del Estado.

Por otra parte, como es de su conocimiento, en las negociaciones que están llevando a cabo esa empresa y el Municipio de Acapulco, se están considerando las modificaciones al Título de Concesión que incluyen la parte financiera como principal problema a resolver. Esta disposición de modificar el Título de Concesión ha sido manifestada por ambas partes ante las autoridades de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y del propio Banco, sin que a la fecha se cuente con una propuesta definitiva aceptada por ambos.

Por las razones expuestas anteriormente, le manifiesto la imposibilidad de pagar la factura presentada, hasta en tanto el Municipio nos reintegre el monto desembolsado y nos hagan llegar los acuerdos aceptados por la empresa que usted representa y el Municipio de Acapulco, elementos indispensables para proceder a actualizar el monto de la Línea”.

59. Acaverde respondió el 6 de agosto de 1996. Hizo hincapié válidamente en que el monto que había recibido conforme a la Línea de Crédito en junio de 1996 sólo había sido de NP4.9 millones, y que las comisiones y cargos por intereses adeudados por el Ayuntamiento a Banobras como resultado de los pagos realizados a Acaverde no debían computarse como elementos en su contra. También destacó que la continuación de sus negociaciones con el Ayuntamiento no constituía excusa alguna para que Banobras no cumpliera con sus obligaciones conforme al Contrato de Apertura de Línea de Crédito. Frente a la negativa de Banobras, Acaverde hizo reserva de sus derechos legales:

“our company is forced to terminate the negotiations fostered by your H[onourable] Institution, we will protect our interests and rights contained in said Instrument [Concession Agreement] in the venue and form we deem necessary”.

[nuestra compañía se ve obligada a dar por terminadas las negociaciones impulsadas por su H[onorable] Institución; protegeremos nuestros intereses y

derechos contenidos en dicho Instrumento [Título de Concesión] en el lugar y la forma que consideremos necesarios].

60. Banobras estaba en una posición difícil. Por una parte, la Línea de Crédito inicial se agotó en forma sustantiva y confiscar los reducidos aportes federales enviados al Ayuntamiento a efectos de reponer los fondos habría sido un acto controvertido a nivel local. El hecho de que las partes estuviesen considerando la posibilidad de introducir cambios al Título de Concesión era, si no una justificación, al menos una excusa para considerar no ejercer esa facultad por el momento.

61. Por su parte, el Ayuntamiento envió una carta a Banobras el 11 de septiembre de 1996 detallando lo que afirmaba eran incumplimientos por parte de Acaverde respecto de las obligaciones que le correspondían en virtud del Título de Concesión, por lo que le solicitaba que no hiciera más pagos mediante la Línea de Crédito bajo amenaza de demandarlo si lo hacía.

62. La Demandante argumentó que esa carta era una mera excusa del Ayuntamiento para evitar tener que cumplir con sus obligaciones según el Contrato de Línea de Crédito, que todos los problemas sobre los cuales se notificaba a Acaverde fueron subsanados de inmediato y que en general no existían quejas en el Ayuntamiento en ese momento en relación con el nivel y la calidad del servicio prestado por Acaverde. La Demandada argumentó, por el contrario, que los problemas eran persistentes. Éste es un punto sobre el cual el Tribunal sólo puede interpretar sobre la base de meras impresiones. Destaca los comentarios hechos por un testigo, que en la época en cuestión era Secretario de Hacienda del Municipio: en su opinión, “el servicio que prestaba Acaverde era en general incompleto, porque sólo recogía la basura de las personas que tenían contratos con la empresa, pero *eficiente para los que tenían contratos*.¹⁸ Existen

¹⁸ Testimonio del señor Rogelio Moreno Jarquín, 4 de diciembre de 2002, párr. 8 (el énfasis es nuestro).

otras pruebas en el mismo sentido: el aspecto comercial de las operaciones de Acaverde se realizaba de manera eficiente, dadas las restricciones que le eran impuestas.

63. Por otra parte, de acuerdo con el parecer del Tribunal, cualquiera que haya sido la razón que motivó la carta que el Ayuntamiento le dirigió a Banobras el 11 de septiembre de 1996, éste no inventó sencillamente una controversia acerca del nivel de prestación de servicios sobre la cual no tenía fundamentos de hecho. Por diversas razones, las operaciones de barrido de calles conducidas por Acaverde no eran suficientes para mantener siempre limpias las calles del área de la Concesión. Aparte de las acciones de arrojar basura en forma ilegal que cometían los piratas y además de los inevitables problemas de fronteras que plantea toda concesión en un área parcial dentro de una ciudad grande, existía el problema persistente de los “puntos negros”. Durante gran parte del período de las operaciones, Acaverde no recogió la basura de los domicilios con cuyos residentes no había firmado contrato; desde su punto de vista, se trataba de un intento por inducir a los residentes y comercios a firmar contratos con la empresa, y eso era comprensible. Pero las obligaciones de Acaverde sobre el servicio de limpia no se limitaban a quitar la basura depositada por sus clientes. El Ayuntamiento tuvo que intervenir en varias oportunidades para ocuparse de las quejas y los puntos negros y se vio en la obligación de seguir distraiendo recursos y mano de obra para operaciones sanitarias dentro de la zona turística. Cualesquiera que sean los aciertos y desaciertos de esta situación, el hecho es que los puntos negros constituyán un problema recurrente. Por ejemplo, el 15 de mayo de 1996, el Gerente General de Acaverde le escribió al Ayuntamiento lo siguiente:

“por parte de nuestra empresa estamos realizando el mejor esfuerzo para mantener limpia el área concesionada, así mismo quiero solicitar su valioso apoyo para que se sancione a aquellos ciudadanos que tiran basura en las Calles y crean puntos negros a lo largo del área concesionada”.

64. Por lo tanto, después de septiembre de 1996, Banobras podía alegar que — más allá de la no reposición de la Línea de Crédito— el incumplimiento en el pago de las facturas de Acaverde por parte del Ayuntamiento no era el resultado de la crisis

financiera municipal. Podía sostenerse que se debía a una controversia entre Acaverde y el Ayuntamiento respecto del cumplimiento de los términos y condiciones del Título de Concesión, controversia que Banobras no estaba obligado a arreglar. Si esa posición se justificaba conforme a la Línea de Crédito era otra cuestión, pero de todos modos podía servir para librar a Banobras de su incómoda situación al sentirse en medio de Acaverde, por un lado, y del Ayuntamiento, por el otro.

65. En una carta al Ayuntamiento del 15 de noviembre de 1996, Banobras defendió su pago de NP4.9 millones realizado en junio sobre la base de que se justificaba plenamente de conformidad con el Título de Concesión y se refirió a las subsiguientes exigencias de pago de Acaverde contra la Línea de Crédito hasta septiembre de 1996, dando a entender que esas demandas requerían trato similar. Pero, de hecho, Banobras continuó negándose a pagar las facturas de Acaverde y tampoco intentó recurrir a los fondos federales en poder de Guerrero.

66. A principios de 1997, la Demandante intentó retirarse de Acapulco y vender su negocio. El 27 de febrero de 1997, Sanifill, principal accionista de la empresa controladora de Acaverde, firmó una carta de intención de 60 días con una compañía mexicana, Setasa, en la que le permitía a esta última tener acceso a la información financiera y operativa de Acaverde conforme a un acuerdo de confidencialidad a fin de que pudiera evaluarla. Posteriormente, el 23 de mayo de 1997, se firmó un contrato de venta contingente a un valor de NP36,6 millones (lo que aproximadamente equivalía a US\$4,7 millones, al tipo de cambio vigente en aquel entonces). No obstante, en junio de 1997, Sanifill descubrió que Setasa estaba en comunicación directa con el Ayuntamiento y, finalmente, la venta no se concretó.

67. El 9 de octubre de 1997, el huracán Paulina azotó la región de Acapulco y provocó la muerte de cientos de personas así como inmensos daños materiales.

68. Por carta del 27 de octubre de 1997 —en un momento por demás inoportuno considerando que el Municipio estaba aún en medio del vértigo por los estragos provocados por el huracán—, Acaverde anunció que, a partir del 12 de noviembre de 1997, suspendería la prestación de los servicios consignados en el Título de Concesión. Las tareas que había estado realizando fueron de inmediato asumidas por Setasa,¹⁹ que firmó un contrato con el Ayuntamiento y no con los residentes particulares.

69. Durante los 27 meses que duró la operación de Acaverde, sus facturas al Ayuntamiento totalizaron un importe superior a NP49 millones, de los cuales el Ayuntamiento pagó de por sí NP2.225.000 y Banobras se hizo cargo de NP4,9 millones. Aproximadamente el 80% del monto total facturado quedó impagado.

70. Acaverde inició dos procedimientos ante los tribunales federales mexicanos contra Banobras por incumplimiento del Contrato de Apertura de Línea de Crédito. Estos procedimientos fueron desestimados, al igual que las consiguientes apelaciones hechas por Acaverde. Acaverde también inició un procedimiento de arbitraje conforme a la cláusula 17 del Título de Concesión contra el Ayuntamiento (“el arbitraje de la CANACO”), que luego fue discontinuado. Los procedimientos judiciales sustanciados a nivel local se analizan en detalle en los párrafos 118-132, más adelante.

71. El 29 de septiembre de 1998, mientras aún se ventilaban los procedimientos iniciados en México, Waste Management comenzó el primer arbitraje ante el CIADI, al que se hace referencia en el párrafo 4 de este documento. De hecho, fue porque esos procedimientos internos estaban aún pendientes y porque era posible iniciar otros procedimientos que Waste Management reunía las condiciones para renunciar a sus derechos según el Artículo 1121; esta acción dio lugar a que el Primer Tribunal no hiciera lugar a su reclamación. El presente procedimiento ante el CIADI fue registrado el 27 de septiembre de 2000, fecha en que todas las reclamaciones iniciadas por Acaverde ante los

¹⁹ De acuerdo con una solicitud hecha por el Ayuntamiento a Setasa el 12 de noviembre de 1997.

tribunales mexicanos ya habían sido desestimadas y el arbitraje de la CANACO había sido interrumpido sin que se arribara a ninguna decisión.

72. A pesar de estos acontecimientos, la Demandante presentó precisamente la misma reclamación ante este Tribunal que la que había presentado ante el primer arbitraje del CIADI. En otras palabras, no fundó su reclamación en términos de una denegación de justicia en los procedimientos mexicanos. Previo acuerdo, el Memorial que la Demandante presentó en el primer procedimiento fue aceptado para que constituyera el Memorial en este procedimiento. No obstante e inevitablemente en opinión del Tribunal, se prestó atención al resultado y al razonamiento esgrimido en las decisiones de los tribunales mexicanos así como a las razones del retiro de la Demandante del arbitraje local, teniendo en cuenta su potencial pertinencia en la reclamación iniciada ante este Tribunal en el marco del Capítulo XI del TLCAN. Dadas las circunstancias, el Tribunal propone preguntarse si los hechos presentados ante él constituyeron una violación de los Artículos 1105 ó 1110 del TLCAN, aun cuando la posición tal vez no haya sido plenamente captada en el mencionado Memorial de la Demandante presentado por segunda vez.

C. FUNDAMENTOS DE LA RECLAMACIÓN CON BASE EN EL TLCAN

(1) Introducción

73. El Tribunal comienza observando que —a diferencia de muchos tratados de inversión bilaterales y regionales— el Capítulo XI del TLCAN no otorga jurisdicción en relación con las violaciones de contratos de inversión, como es el Título de Concesión. Tampoco contiene una “cláusula de protección general” que obligue al Estado receptor a cumplir con sus compromisos contractuales. Esto no significa que el Tribunal no tenga competencia para entender o interpretar el contrato. Pero tal competencia es de naturaleza incidental y siempre es necesario que un demandante esgrima como causa de su demanda una reclamación fundada en una de las cláusulas sustantivas del TLCAN mencionada en

los Artículos 1116 y 1117. Más aún, aunque la conducta (por ejemplo, una expropiación) implique, al mismo tiempo, una violación de las normas del TLCAN y un incumplimiento contractual, las dos categorías se mantienen separadas. Incluso en relación con el Artículo 1105, aunque sea pertinente demostrar que una conducta en particular del Estado receptor contradijo los acuerdos o entendimientos alcanzados en el momento en que se produce la inversión, aún es necesario probar que tal conducta constituyó una violación de las normas sustantivas consagradas en el Artículo 1105. No basta con demostrar que fue una violación contractual.²⁰

74. La Demandante alegó que las circunstancias reseñadas precedentemente revelaban un incumplimiento por parte de la Demandada de sus deberes ante los inversionistas de los Estados Unidos en virtud del Artículo 1110 del TLCAN o bien en virtud del Artículo 1105(1). Fija el monto de sus daños en más de US\$36.000.000. Asimismo, procuró recuperar sus costos de desmovilización resultantes de la revocación del Título de Concesión, los que fueron estimados en US\$630.000. Por otra parte, procuró un resarcimiento de sus costos por concepto de representación legal.

75. La Demandada no negó que, a los efectos del Capítulo XI del TLCAN, le fueran atribuibles las conductas del Ayuntamiento de Acapulco y del Estado de Guerrero. La conducta de Banobras, que es un banco de desarrollo sobre el cual organismos del gobierno mexicano tienen propiedad parcial y control sustancial, plantea cuestiones más difíciles. El objetivo general de Banobras, según las palabras del director regional de Banobras en Guerrero, es “promover y financiar actividades que realicen tanto el gobierno federal como los estados y municipios del país”.²¹ A partir del material de que dispone, el Tribunal duda acerca de si Banobras es un órgano del Estado mexicano según

²⁰ Ver *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. & Vivendi Universal c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3), Decisión de Anulación, (2002) 6 ICSID Reports 340, 365-7 (párr. 95-101), citado con aprobación del Tribunal en *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán*, (Caso CIADI No. ARB/01/13), decisión del 6 de agosto de 2003, (2003) 18 ICSID Rev.-FILJ 307, 352-6 (párr. 147-8). Ver también *Azinian, Davitian & Baca c. los Estados Unidos Mexicanos*, (Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2), (1998) 5 ICSID Reports 269, 286 (párr. 81, 83).

²¹ Declaración del señor Mario Alcaraz Alarcón, párr. 3.

el significado del Artículo 4 de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la CDI.²² Las acciones de Banobras fueron divididas entre el sector público y el sector privado; el primero retuvo como mínimo el 66% de dichas acciones. El mero hecho de que una determinada entidad sea de propiedad o control mayoritario del Estado no la convierte *ipso facto* en un órgano estatal. Tampoco resulta claro que en sus transacciones con el Ayuntamiento y el Estado en cuanto a la Línea de Crédito estuviese ejerciendo una autoridad gubernamental según el significado del artículo 5 de los mencionados Artículos.²³ La Ley Orgánica de 1986 que regula la actividad de Banobras le confiere una variedad de funciones, algunas claramente públicas, otras no tanto. Otra posibilidad es que Banobras, aun cuando no sea un órgano de México, estaba actuando “bajo la dirección o control de” Guerrero o del Ayuntamiento al negarse a pagar a Acaverde de conformidad con el Título de Concesión:²⁴ una vez más, la evidencia dista mucho de ser clara en este sentido.²⁵ Sin embargo, a los propósitos del presente Laudo, se partirá de la premisa de que, de uno u otro modo, la conducta de Banobras era atribuible a México a los fines del TLCAN.

76. La defensa jurídica de México tuvo tres hilos conductores. En primer lugar, negó que la Demandante tuviera el estatus de inversionista a los efectos del Capítulo XI, fundándose en el argumento de que la Demandante no tenía un interés directo en la inversión realizada en México, porque el accionista directo de Acaverde era una compañía registrada en las Islas Caimán, y no una Parte signataria del TLCAN. En segundo lugar, México, aunque no negó el hecho de que el Ayuntamiento pudo haber incurrido en algunos incumplimientos del Título de Concesión, rechazó la idea de que

²² Anexado a GA Res. 56/83, 12 de diciembre de 2001.

²³ El comentario de la CDI describe la noción de entidad “paraestatal” como una categoría acotada: el requisito esencial es que la entidad esté “facultada por la legislación del Estado para ejercer funciones de carácter público normalmente ejercidas por órganos del Estado, y la conducta de la entidad [que es el tema de la demanda] se relaciona con el ejercicio de la autoridad gubernamental en cuestión”: Comentario del Artículo 5, párr. 2y 7, reproducidos en J. Crawford, *The International Law Commission’s Articles on State Responsibility* (Cambridge, 2002) 100, 102.

²⁴ Artículos de la CDI, Art. 8; ver el comentario, esp. párr. 6, en Crawford, 112-113.

²⁵ Ver más adelante, párr. 103, 139, sobre las decisiones del Tribunal en este punto.

dichos incumplimientos, tomados en forma individual o colectiva, fueran equiparables a una conducta violatoria del Artículo 1105 del TLCAN. En tercer lugar, negó que se hubiese producido una expropiación, directa o indirecta, de la inversión, es decir, del negocio de Acaverde, contraria al Artículo 1110 del TLCAN. El Tribunal debatirá cada una de las cuestiones de derecho abordando a su vez, los hechos (y cualquier controversia fáctica) tanto como sea necesario a este efecto.

(2) El estatus de la Demandante como “inversionista”

77. En el momento en que se constituyó, Acaverde era propiedad —a través de una compañía controladora denominada AcaVerde Holdings Ltd.— de Sun Investment Co., una compañía situadaa en las Islas Caimán. AcaVerde Holdings Ltd., también una compañía de las Islas Caimán, fue adquirida por Sanifill Inc., una compañía de los Estados Unidos (“Sanifill”), aproximadamente en la fecha en que el Ayuntamiento aprobó inicialmente la concesión. El contrato de venta del 21 de diciembre de 1994 dependía de la formalización del Título de Concesión y del Contrato de Apertura de la Línea de Crédito. De hecho, la venta se concretó el 27 de junio de 1995. El precio pagado en cuotas ascendió a US\$5 millones, más el derecho a ciertas regalías basadas en las operaciones de Acaverde. Posteriormente, en agosto de 1996, Sanifill se fusionó con USA Waste Services Inc.; más tarde, la compañía fusionada adoptó como razón social el nombre Waste Management Inc.

78. Una serie de testigos presentados por la Demandada declararon que el Ayuntamiento no sabía, mientras se negociaba el Título de Concesión, que Acaverde no era propiedad de Sanifill. Los testigos de la Demandante declararon que habían informado sobre esto al Ayuntamiento. El Tribunal no necesita resolver esta discrepancia. Si bien el Ayuntamiento pudo no haber estado al tanto sobre los arreglos financieros específicos entre Sun Investments y Sanifill, indudablemente sabía que estaban en juego intereses de los Estados Unidos en el acuerdo propuesto,²⁶ tal como fue informado por la

²⁶ Señor Walton, transcripción, 7 de abril de 2003, 233.

prensa local en aquel momento.²⁷ El Título de Concesión fue suscrito por el señor Proto, un empleado jerárquico de Sanifill, con un poder otorgado por Acaverde. Tal como ya se señaló, la compra real del capital accionario de Acaverde dependía de la celebración del Contrato de Apertura de la Línea de Crédito, sin el cual el proyecto no podría haber seguido adelante. Cuando Acaverde inició sus operaciones el 15 de agosto de 1995, casi todas sus acciones eran propiedad de Sanifill, a través de compañías de las Islas Caimán.²⁸

79. De cualquier modo no hay un requisito general de *mens rea* o intención en la Sección A del Capítulo XI. Los estándares son, en principio, objetivos: si un inversionista sufre pérdidas o daños en razón de una conducta equivalente a una violación de los Artículos 1105 ó 1110, no constituye una defensa por parte del Estado demandado la alegación de que no conocía la identidad o nacionalidad del inversionista. La única cuestión es si se satisfacen los diversos requisitos del Capítulo XI a este respecto.

80. El Capítulo XI del TLCAN consigna en detalle y con evidente cuidado las condiciones requeridas para la iniciación de arbitrajes conforme a sus cláusulas. En particular, distingue entre reclamaciones presentadas por un inversionista de otra Parte por su propio derecho y aquellas reclamaciones presentadas por un inversionista en nombre de una empresa local. Las cláusulas pertinentes cubren toda la gama de posibilidades, incluido el control y propiedad directos e indirectos. Abordan las posibles “compras protegidas”, es decir, situaciones en las que una empresa de una Parte es propiedad o está sustancialmente controlada por un inversionista de un país que no es parte y la empresa “no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de la Parte conforme a cuya ley está constituida u organizada”.²⁹ En otras palabras, el TLCAN aborda situaciones en las que el inversionista es simplemente un intermediario de

²⁷ *Novedades* (Acapulco), 30 de octubre de 1994, en que se identifica a Sanifill Inc. como el potencial concesionario.

²⁸ El 30 de noviembre de 1995, un acuerdo de fusión dejó a Sanifill de México, S.A. de C.V., una compañía mexicana, como la única sucesora de las diversas compañías controladoras intermediarias de Acaverde, cuyo interés último respecto del control estaba en Sanifill.

²⁹ TLCAN, Artículo 1113(2).

intereses sustancialmente extranjeros y permite que tales protecciones del TLCAN sean retiradas en dichos casos (sujeto a previa notificación y consulta). No hay indicios de ninguna preocupación respecto de que las inversiones estén en manos de empresas o compañías de países que no son parte del TLCAN, si la propiedad protegida en los momentos pertinentes está en manos de un inversionista del TLCAN.

81. El alcance de la protección y el cuidado con el que se redactaron las cláusulas pertinentes pueden apreciarse en las definiciones de los Artículos 201 y 1139. De acuerdo con el Artículo 201:

“**empresa** significa cualquier entidad constituida u organizada conforme al derecho aplicable, tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o gubernamental, incluidas cualesquiera sociedades, fideicomisos, asociaciones (“partnerships”), empresas de propietario único, coinversiones u otras asociaciones;

empresa de una Parte significa una empresa constituida u organizada conforme a la legislación de una Parte”.

Claramente, el término “empresa” incluye compañías constituidas de conformidad con la legislación de un tercer Estado.

82. Luego, conforme al Artículo 1139, que define ciertos términos a los fines del Capítulo XI, son pertinentes algunas otras definiciones:

“**inversión** significa:

(a) una empresa;

...

(e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;

...

inversión de un inversionista de una Parte significa la inversión propiedad o bajo control directo o indirecto de un inversionista de dicha Parte”.

83. Por supuesto éstas son sólo definiciones, pero están usadas en forma sistemática en las cláusulas sustantivas de la Sección A del Capítulo XI y en las cláusulas

sobre solución de controversias de la Sección B. El Artículo 1101 especifica el alcance y la cobertura del Capítulo XI:

“1. Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:

- (a) los inversionistas de otra Parte;
- (b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte; y
- (c) en lo relativo a los Artículos 1106 y 1114, todas las inversiones en el territorio de la Parte”.

Así, cuando el Artículo 1105 especifica el trato que debe acordarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, no hay indicio alguno del requisito de que la inversión misma deba ser de la nacionalidad de esa Parte, ya sea en el momento en que es adquirida o en el momento en que se produce la conducta sobre la cual se reclama. En el mismo sentido, conforme al Artículo 1110 relativo a expropiaciones, la cantidad protegida es “una inversión de un inversionista de otra Parte” en el territorio del Estado que hace la expropiación. La nacionalidad de la inversión (a diferencia de la nacionalidad del inversionista) no es pertinente. Lo mismo se aplica a las reclamaciones hechas por inversionistas por cuenta propia conforme al Artículo 1116: es suficiente que el inversionista tenga la nacionalidad de una Parte y haya sufrido pérdidas o daños como resultado de una acción violatoria de las obligaciones especificadas, incluidos los Artículos 1105 y 1110. El alcance de esas pérdidas o daños es una cuestión de monto y no de jurisdicción.

84. El Artículo 1117 se ocupa de la situación especial de las reclamaciones presentadas por inversionistas en representación de empresas establecidas en el Estado receptor. Pero aun así permite las reclamaciones en las que la empresa es propiedad o está bajo control “directo o indirecto”, es decir, a través de una compañía controladora intermediaria que tiene la nacionalidad de un tercer Estado.

85. Cuando un tratado consigna en detalle y con precisión los requisitos necesarios para hacer una reclamación, no cabe la implicación de que el tratado incorpora

otros requisitos, ya sea con base en supuestos requisitos de derecho internacional general en el campo de la protección diplomática o de otro tipo. Si las Partes del TLCAN hubiesen deseado restringir sus obligaciones en materia de conducta a empresas o inversiones que tuviesen la nacionalidad de una de las otras Partes, habrían podido hacerlo. De igual modo, habrían podido restringir las reclamaciones sobre daños o pérdidas haciendo referencia a la nacionalidad de la empresa que sufrió el perjuicio directo. En el texto no existen restricciones de tal naturaleza. No se pone en discusión que, en el momento en que se produjeron las acciones que se alega constituyeron una violación del TLCAN, Acaverde era una empresa de propiedad o control indirecto de la Demandante, un inversionista de los Estados Unidos. La nacionalidad de una compañía controladora intermediaria no es pertinente a esta reclamación. Por ende, debe desestimarse el primero de los argumentos planteados por la Demandada.

(3) La reclamación por violación del Artículo 1105 del TLCAN

86. El Tribunal se aboca ahora a la reclamación por violación del Artículo 1105(1). Éste no fue el fundamento primario de la reclamación. Antes bien, la Demandante argumentó que el Artículo 1105 “proporciona una base alternativa y similar para la recuperación por parte de Waste Management”, junto con su reclamación por expropiación conforme al Artículo 1110.³⁰ No obstante, fue una base autónoma de reclamación y es conveniente abordarla primero, antes de centrar la atención en el Artículo 1110.

87. De acuerdo con la Demandante, la inversión fue objeto de actos arbitrarios por parte del Ayuntamiento, de Guerrero y de Banobras, actos que fueron caprichosos, estuvieron privados del debido proceso y despojaron de todo su valor a la inversión.³¹ Más aún, Acaverde fue objeto de una denegación de justicia por obra del Ayuntamiento, de Guerrero y de Banobras, que conspiraron para obstaculizar su acceso a los foros judiciales y arbitrales con el fin de resolver las reclamaciones relativas a la concesión: en

³⁰ Memorial, párr. 5.43.

³¹ Réplica, párr. 4.32-4.33.

términos más específicos, estas entidades “manipularon” el litigio planteando cuestiones procesales para demorar el tratamiento del fondo de la reclamación y denegar a Acaverde la oportunidad de recibir el pago oportuno de parte de Banobras, agravando así su ya mala situación financiera.³²

88. Al evaluar estos argumentos es necesario considerar primero la interpretación que ha de otorgarse al Artículo 1105(1) y, luego, su aplicación a los hechos del presente caso.

(i) *Alcance e interpretación del Artículo 1105(1)*

89. El Artículo 1105 lleva por título “Nivel mínimo de trato”. La cláusula pertinente es el párrafo 1, que contempla lo siguiente:

“(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”.

90. El 31 de julio de 2001, la Comisión de Libre Comercio, que actuaba de conformidad con el Artículo 1131 del TCLAN, emitió la siguiente interpretación del Artículo 1105(1):

“B. Nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional

1. El Artículo 1105(1) establece un nivel mínimo de trato a los extranjeros acorde con el derecho internacional consuetudinario como nivel mínimo de trato a otorgar a las inversiones de inversionistas de la otra Parte.

2. Los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y de ‘protección y seguridad plenas’ no requieren un tratamiento adicional a aquél exigido por el nivel mínimo de trato de extranjeros de acuerdo al derecho internacional consuetudinario.

3. La determinación de que se ha infringido otra disposición del presente Tratado, o de otro acuerdo internacional, no establece que se ha infringido este Artículo 1105(1).”

³²

Réplica, párr. 4.32, 4.39-4.40.

91. La interpretación de la Comisión de Libre Comercio ha sido debatida extensamente en decisiones posteriores, en particular en los casos *Mondev*³³ y *ADF*.³⁴ El Tribunal del caso *Mondev* determinó que la interpretación de la Comisión de Libre Comercio:

- resuelve por el afirmativo la controversia sobre si hubo tal cosa como un nivel mínimo de trato a las inversiones en el derecho internacional;³⁵
- deja en claro que el nivel de trato debe determinarse en referencia al derecho internacional;³⁶
- aclara que el Artículo 1105 se refiere a un nivel existente en el derecho consuetudinario y no a niveles establecidos en otros tratados de las Partes del TLCAN u otras disposiciones del TLCAN;³⁷
- aclara que los términos “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” hacen referencia a elementos existentes del derecho internacional consuetudinario y no son “adicionales”, es decir no suman elementos nuevos a ese nivel;³⁸ e
- incorpora el derecho internacional consuetudinario vigente, al menos tal como regía en el momento en que el TLCAN entró en vigor en el año 1994, y no una versión anterior sobre el nivel de trato.³⁹

92. Este último punto fue tratado extensamente por el Tribunal en el caso *ADF*: registró el punto de vista de los Estados Unidos, aceptado por Canadá y México, de que el derecho internacional consuetudinario mencionado en el Artículo 1105(1) no es

³³ *Mondev International Limited c. los Estados Unidos de América*, Laudo del 11 de octubre de 2002, 6 ICSID Reports 192.

³⁴ *ADF Group Inc. c. los Estados Unidos de América*, Laudo del 9 de enero de 2003, 6 ICSID Reports 470.

³⁵ *Mondev International Limited c. los Estados Unidos de América*, Laudo del 11 de octubre de 2002, 6 ICSID Reports 192, 216 (párr. 98), 223 (párr. 120). Ver también *ADF*, 527 (párr. 178).

³⁶ *Mondev International Limited c. los Estados Unidos de América*, 216 (párr. 98).

³⁷ Ibíd., 223 (párr. 121).

³⁸ Ibíd., 223 (párr. 122).

³⁹ Ibíd., 224 (párr. 125).

estático y que el nivel mínimo de trato evoluciona, tras lo cual afirmó que “both customary international law and the minimum standard of treatment of aliens it incorporates, are constantly in a process of development.”⁴⁰

93. Los tribunales que entendieron en los casos *Mondev* y *ADF* rechazaron toda sugerencia de que el nivel de trato a inversiones extranjeras establecido por el TLCAN se limita al tipo de trato abusivo mencionado en el caso *Neer*, es decir al trato equivalente a “outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency”.⁴¹

94. También corresponde tomar nota del debate que el Tribunal del caso *S. D. Myers* sostuvo sobre el Artículo 1105, aun cuando sea previo a la interpretación de la Comisión de Libre Comercio. El tribunal consideró que una violación del Artículo 1105 se produce:

“only when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective. That determination must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders. The determination must also take into account any specific rules of international law that are applicable to the case.”⁴²

⁴⁰ *ADF Group Inc. c. los Estados Unidos de América*, Laudo del 9 de enero de 2003, 6 ICSID Reports 470, 527-8 (párr. 179). “tanto el derecho internacional consuetudinario como el nivel mínimo de trato a extranjeros que incorpora están en constante evolución.”

⁴¹ *USA (L.F. Neer) c. los Estados Unidos Mexicanos*, 1927, AJIL 555, en 556, citado en *Mondev*, 221 (párr. 114). “ultraje, mala fe, negligencia manifiesta o insuficiencia de acción gubernamental, tan alejado de las normas internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial sería capaz de reconocer de inmediato su insuficiencia.”

⁴² *S. D. Myers, Inc. c. el Gobierno de Canadá*, Laudo parcial, 13 de noviembre de 2000, párr. 263. La mayoría (opinión disidente del árbitro Chiasson) consideró que los hechos que respaldaban la violación del Artículo 1102 también constituyan una violación del Artículo 1105, párr. 266. “sólo cuando se demuestra que un inversionista ha sido tratado de manera tan injusta o arbitraria que el trato equivale a un nivel que resulta inaceptable desde la perspectiva internacional. Esa determinación debe hacerse a la luz de la alta deferencia que el derecho internacional le confiere en general a la facultad que les cabe a las autoridades nacionales de regular los asuntos dentro de sus fronteras. La determinación debe también tener en cuenta cualquier regla específica del derecho internacional que sea aplicable al caso.”

95. En el contexto de la denegación de justicia producto de las decisiones de los tribunales nacionales, el tribunal del caso *Mondev* estableció la prueba sobre el “nivel mínimo de trato acorde al derecho internacional consuetudinario” conforme al Artículo 1105(1) en los siguientes términos:

“The test is not whether a particular result is surprising, but whether the shock or surprise occasioned to an impartial tribunal leads, on reflection, to justified concerns as to the judicial propriety of the outcome, bearing in mind on the one hand that international tribunals are not courts of appeal, and on the other hand that Chapter 11 of NAFTA (like other treaties for the protection of investments) is intended to provide a real measure of protection. In the end the question is whether, at an international level and having regard to generally accepted standards of the administration of justice, a tribunal can conclude in the light of all the available facts that the impugned decision was clearly improper and discreditable, with the result that the investment has been subjected to unfair and inequitable treatment.”⁴³

96. El tribunal del caso *ADF*, citando el caso *Mondev c. los Estados Unidos de América*, dijo respecto de la interpretación de la Comisión de Libre Comercio⁴⁴ del Artículo 1105 que “any general requirement to accord ‘fair and equitable treatment’ and ‘full protection and security’ must be disciplined by being based on State practice and judicial or arbitral caselaw or other sources of customary or general international law.”⁴⁵ Considerando el “nivel de trato acorde al derecho internacional consuetudinario”, el Tribunal resolvió que:

⁴³ *Mondev c. los Estados Unidos de América*, 225-6 (párr. 127). “La prueba no es si un determinado resultado produce sorpresa, sino si la conmoción o la sorpresa ocasionadas a un tribunal imparcial conducen, al reflexionar sobre ello, a preocupaciones justificadas sobre la discrecionalidad judicial del resultado, teniendo en cuenta, por una parte, que los tribunales internacionales no son tribunales de apelación y, por la otra, que el Capítulo XI del TLCAN (como otros tratados sobre protección de inversiones) tiene por objeto brindar una medida real de protección. En última instancia, la pregunta es si, a nivel internacional y en atención a los principios generalmente aceptados de la administración de justicia, un tribunal puede llegar a la conclusión, a la luz de todos los hechos disponibles, de que la decisión impugnada fue claramente inadecuada y desacreditable, con lo que, como resultado, la inversión fue sometida a un trato injusto e inequitativo.”

⁴⁴ Ibíd., 528-31 (párr. 180, 183-4).

⁴⁵ Ibíd., 531 (párr. 184). “cualquier requisito general de acordar ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridad plenas’ debe encuadrarse con base en la práctica del Estado y en la jurisprudencia judicial o arbitral o en otras fuentes del derecho internacional general o consuetudinario”.

- el argumento de que las disposiciones sobre compras gubernamentales eran injustas no era convincente. Los requisitos de desempeño en relación con las compras del sector público eran comunes a las tres Partes del TLCAN y a otros Estados. Así, “the US measures cannot be characterized as idiosyncratic or aberrant and arbitrary”⁴⁶
- las acciones de la autoridad pública al negarse a seguir y aplicar la jurisprudencia anterior no fueron, dadas las circunstancias del caso, “manifestamente injustas o irrazonables”, y tampoco las presunciones de ADF sobre la aplicabilidad de esa jurisprudencia fueron inducidas por las declaraciones erróneas hechas por funcionarios autorizados del gobierno;⁴⁷
- el organismo del gobierno en cuestión no había actuado *ultra vires*, pero, de cualquier modo, demostrar que un acto es *ultra vires* conforme al derecho interno de un Estado “by itself does not necessarily render the measures grossly unfair or inequitable under the customary international law standard of treatment embodied in Article 1105(1)... something more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary”;⁴⁸,
- la reclamación del inversionista de que los Estados Unidos habían incumplido sus deberes conforme al derecho internacional consuetudinario en relación con sus obligaciones de buena fe, violando el Artículo 1105, ofreció “only negligible assistance in the task of determining or giving content to a standard of fair and equitable treatment.”⁴⁹. Sin embargo, el Tribunal advirtió en este sentido que el inversionista no había intentado demostrar que las acciones del gobierno que negaban la solicitud de una dispensa en los requisitos sobre compras estuvieran

⁴⁶ Ibíd., 531 (párr. 188). “las medidas de los Estados Unidos no pueden caracterizarse como idiosincráticas o aberrantes y arbitrarias”.

⁴⁷ Ibíd., 531-2 (párr. 189).

⁴⁸ Ibíd., 532-3 (párr. 190). “no necesariamente convierte por sí mismo a las medidas en manifestamente injustas o inequitativas de acuerdo con el nivel de trato acorde al derecho internacional consuetudinario consagrado en el Artículo 1105(1)... hace falta algo más que simple ilegalidad o falta de autoridad según el derecho interno de un Estado”.

⁴⁹ Ibíd., 533 (párr. 191). “apenas ayuda insignificante para la tarea de determinar o atribuir contenido a una norma sobre trato justo y equitativo”.

“teñidas de arbitrariedad”. No había pruebas de que a otras compañías se les hubiesen otorgado esas mismas dispensas. El inversionista no alegó que las especificaciones del contrato hubiesen sido hechas a medida de manera que sólo pudiese cumplir con ellas una compañía de los Estados Unidos; tampoco demostró el inversionista que se le hubiesen impuesto costos extraordinarios u otras cargas que no se les imponían también a otros contratistas involucrados en el mismo proyecto.

97. El contenido del Artículo 1105 a la luz de la interpretación de la Comisión de Libre Comercio también fue debatido en el caso *Loewen c. los Estados Unidos de América* en el contexto específico de la denegación de justicia.⁵⁰ El tribunal expresó:

“Neither State practice, the decisions of international tribunals nor the opinion of commentators support the view that bad faith or malicious intention is an essential element of unfair and inequitable treatment or denial of justice amounting to a breach of international justice. Manifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial propriety is enough, even if one applies the Interpretation according to its terms.”⁵¹

El tribunal del caso *Loewen* también señaló que las violaciones discriminatorias de la ley local equivalían a una injusticia manifiesta de acuerdo con el derecho internacional.⁵² No obstante, el tribunal sostuvo que, cuando se plantea el nivel mínimo de trato propio del derecho internacional en un caso en particular en relación con una reclamación de acción judicial —es decir, denegación de justicia— lo que importa es el *sistema* de justicia y no una decisión particular tomada durante el transcurso de los procedimientos. El sistema

⁵⁰ *The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. los Estados Unidos de América*, Laudo del 26 de junio de 2003 (ARB(AF)/98/3). En cuanto al debate del Tribunal sobre el Artículo 1105 y la interpretación de la Comisión de Libre Comercio ver ibid., párr. 124-8.

⁵¹ Ibíd., párr. 132. “Ni la práctica Estatal, las decisiones de los tribunales internacionales ni la opinión de los comentaristas respaldan la opinión de que la mala fe o la intención maliciosa son un elemento esencial del trato injusto e inequitativo o de la denegación de justicia equivalente a una violación de la justicia internacional. La injusticia manifiesta en el sentido de ausencia de debido proceso conducente a un resultado que ofende el sentido de la correcta impartición de la justicia es suficiente, incluso si se aplica la Interpretación de acuerdo con sus términos.”

⁵² Ibíd., párr. 135.

debe ser puesto a prueba y fracasar y así, en este contexto, la noción de agotamiento de los recursos internos se incorpora a la norma de fondo y no es sólo un prerrequisito procesal para una reclamación internacional.⁵³ Por esta razón, si bien el tribunal del caso *Loewen* determinó que el juicio en primera instancia y su sentencia fueron “claramente inadecuados y desacreditables” y violatorios del nivel mínimo de trato justo y equitativo, aun así eso no desestimaba el caso.⁵⁴

98. Lo que se analiza aquí es el criterio de revisión del Artículo 1105 y no es necesario considerar los resultados específicos alcanzados en los casos mencionados en los párrafos precedentes. Pero como lo demuestra este estudio, a pesar de ciertas diferencias de énfasis, surge un criterio general para el Artículo 1105. Tomados en forma conjunta, los casos *S. D. Myers*, *Mondev*, *ADF* y *Loewen* sugieren que el nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo. Al aplicar este criterio es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable.

99. Evidentemente, el criterio es, hasta cierto punto, flexible y debe adaptarse a las circunstancias de cada caso. Por consiguiente, es a los hechos del presente caso que ahora este Tribunal se referirá.

⁵³ Ibíd., párr. 168.

⁵⁴ Ibíd., párr. 137.

(ii) *Las alegaciones de violación del Artículo 1105(1)*

100. La Demandante aseveró que el fracaso de la empresa Acaverde se debió a una combinación de las conductas de las autoridades municipales, estatales y federales, junto con el fracaso de los tribunales mexicanos de otorgarle una reparación. En primer lugar, el Tribunal considerará por separado la conducta de cada una de las diversas autoridades mexicanas involucradas. Posteriormente, abordará la alegación de que hubo confabulación o conspiración entre estas autoridades.

101. Antes de referirnos a los hechos específicos, el Tribunal advierte que una parte importante de los antecedentes del caso fue la crisis financiera de México, que comenzó en diciembre de 1994 con una fuerte devaluación de la moneda y continuó durante varios años. Durante ese período, el valor del peso disminuyó aproximadamente a la mitad, la tasa de inflación alcanzó el 38% y los ingresos federales destinados a los estados y municipios se vieron sumamente afectados.⁵⁵ Los efectos sobre el Ayuntamiento fueron numerosos: el número de turistas decayó, sus obligaciones financieras conforme al Título de Concesión (que estaban indexadas según la inflación) se incrementaron sustancialmente⁵⁶ y los ingresos federales que recibía se redujeron en forma considerable.

(a) La conducta de Banobras

102. La única entidad ejecutiva a nivel federal sobre cuya conducta Waste Management reclamó fue el banco de desarrollo, Banobras.⁵⁷ Suponiendo, como hipótesis, que la conducta de Banobras fuese atribuible a México para los fines del TLCAN (ver el párrafo 75 precedente), el Tribunal determina, sin embargo, que no constituyó una violación del Artículo 1105. Con anterioridad al cierre del Contrato de

⁵⁵ Ver William A. Lovett, "Lessons from the Recent Peso Crisis in Mexico", (1996) 4 *Tulane JICL* 143.

⁵⁶ La cuota mensual se incrementó de NP1 millón a NP1,6 millones en enero de 1996.

⁵⁷ Ver, por ejemplo, el Memorial de la Demandante, párr. 1.1.

Apertura de Línea de Crédito en junio de 1995, Banobras, que no había sido parte en las negociaciones iniciales por el Título de Concesión, no estaba obligado bajo ningún aspecto a otorgar la línea de crédito. Su director regional explicó que las “líneas de crédito... garantizadas con las participaciones federales de los Estados y los Municipios” no eran comunes; en Guerrero, éste fue el único ejemplo y no se repitió.⁵⁸ Cuando fue abordado por el Ayuntamiento para que otorgara la línea de crédito, Banobras insistió en introducir diversos cambios al Título de Concesión. Estaba en su derecho y los cambios fueron aceptados, aunque con poco entusiasmo, por Acaverde como condición de su inversión. Cualesquiera que hayan sido las esperanzas de Acaverde de tener buena parte de sus ingresos garantizados por el banco federal de desarrollo, el hecho es que la garantía final fue más limitada, expresada para cubrir “problemas temporales de liquidez que pudiera enfrentar el Ayuntamiento de Acapulco”. A simple vista “no era un mecanismo alternativo de fuente de pago por el pago continuo a Acaverde de las facturas mensuales por su servicio”.⁵⁹ También se limitaba a un monto de NP6 millones. En otras palabras, no parece que Banobras tuviera la obligación de hacer pagos a Acaverde más allá de esta cifra, a menos que la línea de crédito fuese reembolsada por el Ayuntamiento o Banobras pudiese distraer fondos federales en poder de Guerrero para reponer la línea de crédito.

103. No es necesario que el Tribunal determine si, con posterioridad a la firma del Contrato de Apertura de la Línea de Crédito, Banobras cumplió con sus términos y condiciones en todos los aspectos. El Contrato contemplaba un mecanismo propio para determinar dicha cuestión. Pero es claro que Banobras cumplió al menos hasta cierto punto puesto que le hizo pagos a Acaverde por un total cercano a los NP5 millones. Al parecer, este monto no había sido reembolsado a Banobras por el Ayuntamiento al momento en que Acaverde dejó de prestar servicios en octubre de 1997. Al mismo tiempo, Banobras discutió con las Partes acerca de las posibilidad de introducir cambios en los acuerdos que los hicieran sustentables, dada la abrupta caída en los ingresos

⁵⁸ Declaración del señor Mario Alcaraz Alarcón, párr. 4.

⁵⁹ Ibíd., párr. 7.

federales destinados a Guerrero y al Ayuntamiento y dada la crisis subyacente de las finanzas públicas. El papel que desempeñó fue el de un intermediario preocupado y el fracaso de dichas discusiones no es su responsabilidad.⁶⁰

104. Por estas razones, el Tribunal rechaza la reclamación de que México incurrió en violación del Artículo 1105(1) en razón de la conducta de Banobras.

105. Existe una cuestión distinta sobre si los tribunales de México denegaron justicia a la Demandante a través de las sentencias dictadas en relación con las acciones entabladas contra Banobras. Este punto se aborda en los párrafos 118-132, más adelante.

(b) La conducta de Guerrero

106. Los representantes del Estado de Guerrero asistieron a una serie de reuniones en las que discutieron la resolución del problema, por ejemplo, en junio de 1996. De acuerdo con un testigo, los funcionarios del Estado ofrecieron ayudar a pagar para evitar hacer retiros de la línea de crédito. Pero el Ayuntamiento no podía pagar la parte que le correspondía de acuerdo con estas propuestas y las discusiones no condujeron a ninguna conclusión.⁶¹

107. Si bien la Demandante declaró que los representantes de Guerrero estaban implicados en la violación continua del Título de Concesión, Guerrero no era una parte en el Título de Concesión como tampoco era un garante. Esta situación no se veía afectada por el requisito legal de que la legislatura de Guerrero aprobara el Título de Concesión, aprobación que se hizo efectiva el 15 de diciembre de 1994. En general, al Tribunal no se le han presentado pruebas que acrediten el cargo específico contra Guerrero en relación con el Artículo 1105(1) del TCLAN.

⁶⁰ Ver, por ejemplo, la carta del representante del estado, el señor Alcaraz Alarcón, a su superior en la oficina central de Banobras, 10 de octubre de 1996.

⁶¹ Segunda declaración testimonial del señor Alcaraz Alarcón, párr. 4-5.

(c) La conducta del Ayuntamiento

108. La posición con respecto al Ayuntamiento es más compleja e indudablemente cabe analizar la reclamación en relación con el Artículo 1105(1).

109. De acuerdo con la información presentada ante el Tribunal, es claro que el Ayuntamiento no cumplió en una serie de aspectos con sus obligaciones contractuales para con la Demandante conforme al Título de Concesión. Dicho incumplimiento se relaciona, más evidentemente, con los pagos mensuales, al incurrir de inmediato en mora. Además, Acaverde alega —y ello resulta creíble— violaciones del Título de Concesión, por ejemplo en cuanto a la aplicación inadecuada del Reglamento de 1995 y la puesta a disposición del terreno para el relleno sanitario permanente.

110. Por otra parte, hay una serie de factores que contrarrestan estos hechos. El Ayuntamiento hizo al menos algunos intentos de aplicar el Reglamento de 1995. Presentó la defensa correspondiente en procedimientos iniciados en su contra por residentes locales que impugnaban el Título de Concesión y el Reglamento de 1995. Hizo al menos cierto esfuerzo por alentar a los residentes locales y grupos comerciales a firmar contratos con Acaverde. Contrariamente a lo que alega la Demandante, inició al menos algunas acciones contra los “piratas” e incluso contra sus propios empleados cuando se los descubrió trabajando de noche en el área concesionada. Realizó al menos algunos intentos, a través de sus inspectores, de hacer cumplir el Reglamento de Servicio de Limpia. Y se adoptaron algunas medidas, juntamente con Acaverde, para identificar un sitio para instalar el relleno sanitario permanente y obtener la propiedad del sitio. Por ejemplo, el Ayuntamiento inició procedimientos no contenciosos ante un Tribunal Agrario en Guerrero para darle a un acuerdo alcanzado con los ejidatarios de la tierra el

estatus de sentencia judicial; el 8 de abril de 1996 el Tribunal otorgó la sentencia respectiva.⁶²

111. A la luz de este panorama de violaciones de contrato y alegaciones de incumplimiento, dos hechos son evidentes. El primero es que el Título de Concesión era impopular para una proporción significativa de los residentes del área concesionada, muchos de los cuales no eran residentes permanentes de Acapulco, pero tenían allí apartamentos que utilizaban en sus vacaciones. Los residentes permanentes tampoco estaban acostumbrados a pagar en forma separada por los servicios de recolección de basura. Más aún, este problema —reconocido como una dificultad potencial por la Demandante desde un comienzo— se vio exacerbado por la actitud bastante dura que adoptó desde un principio la Demandante al emitir de inmediato facturas a todos los residentes del área, acompañadas de la amenaza de iniciar acciones legales en el caso de falta de pago. Como el Tribunal ha señalado (ver el párrafo 44 precedente), la obligación de pagar los servicios de recolección de basura dependía de que se celebrara un contrato de servicios y no surgía del propio Reglamento del Servicio de Limpia. El hecho de que la Demandante supusiera aparentemente lo contrario en las primeras etapas de la Concesión suscitó una fuerte oposición que llevó a protestas públicas y a que los residentes y grupos de comerciantes interpusieran una serie de juicios de amparo contra el Ayuntamiento. El Ayuntamiento se defendió frente a dichos juicios, no siempre con éxito; por ejemplo, vehículos confiscados que pertenecían a varios recolectores “piratas” tuvieron que ser devueltos. Al menos algunos de los casos de incumplimiento del Título de Concesión que plantea la Demandante fueron el resultado de estos casos y de sentencias interlocutorias o definitivas dictadas en contra del Ayuntamiento.

112. El segundo hecho es que los planes financieros del Ayuntamiento y, por ende, de la Demandante, se vieron gravemente afectados por la crisis financiera de

⁶² La tierra en cuestión era un “éjido” (una forma de propiedad comunitaria o de costumbre). El acuerdo del 5 de agosto de 1995 confería derechos de uso exclusivo sobre un terreno de 56 hectáreas durante 25 años para que Acaverde lo utilizara como relleno sanitario.

México, que duró hasta bien avanzado el año 1996 y que afectó profundamente la capacidad del Ayuntamiento de cumplir con sus obligaciones. El Ayuntamiento no podía más que ofrecer la posesión de ciertos terrenos a Acaverde en lugar de los pagos o bien a Banobras como garantía de la ampliación de la línea de crédito.⁶³ Es natural que ni Acaverde ni Banobras estuviesen dispuestos a aceptar este ofrecimiento, pero es una prueba más de la realidad de la profunda crisis financiera que se atravesaba.

113. El Tribunal advierte que Acaverde reaccionó ante estos primeros contratiempos. Intentó persuadir a sus potenciales clientes de que firmaran contratos, de tal manera que para el fin del período de las operaciones más del 50% de los residentes y negocios así lo habían hecho, aunque en muchos casos fue necesario ofrecer descuentos importantes (de hasta el 40-50%) sobre las tarifas publicadas. Enfrentó quejas y dificultades sobre cuestiones operativas. Mostró flexibilidad en las discusiones con el Ayuntamiento en relación con una serie de temas.⁶⁴ Tomó la iniciativa de crear un relleno temporal que al parecer cumplía con las normas aplicables, a diferencia de los dos tiraderos existentes.⁶⁵ Pero el hecho es que las debilidades del plan de negocios original no podían superarse en un momento en que se atravesaba una situación financiera tan difícil.

114. El Tribunal no sugiere que la difícil situación financiera o la resistencia del público, como tales, puedan servir de excusa para que un municipio incurra en violación de sus compromisos contractuales. Pero el Capítulo XI del TLCAN no es un foro para resolver controversias de tipo contractual y, tal como lo han manifestado en reiteradas ocasiones los tribunales abocados a cuestiones de inversiones, “los acuerdos bilaterales de inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones de

⁶³ Ver la carta del Presidente Municipal Almazán dirigida a Banobras, 26 de agosto de 1996, y la respuesta del 4 de septiembre de 1996.

⁶⁴ Ver, por ejemplo, la carta del señor Proto al Secretario General del Ayuntamiento, 24 de abril de 1996.

⁶⁵ Declaración del señor D. Harich, párr. 4, 10.

negocios”.⁶⁶ La pregunta es si, atendiendo a la conducta de las partes involucradas y a las circunstancias generales, el Ayuntamiento causó que Waste Management sufriera pérdidas en circunstancias que equivalen a una violación del nivel mínimo de trato establecido en el Artículo 1105, nivel que el Tribunal resumió en el párrafo 98 precedente.

115. En opinión del Tribunal, las pruebas que le han sido presentadas no respaldan la conclusión de que el Ayuntamiento actuó de un modo totalmente arbitrario o de un modo notoriamente injusto. Cumplió con parte de sus obligaciones contractuales, pero se encontraba en una situación de genuina dificultad por las razones ya expuestas. Procuró encontrar soluciones alternativas a los problemas que ambas partes enfrentaban, aunque no lo logró. Su incumplimiento más importante fue la falta de pago; el Tribunal ahondará más adelante sobre si dicho incumplimiento, que persistió, podría considerarse una violación del Artículo 1110 del TLCAN por ser equivalente a una expropiación, ya sea de la empresa en su conjunto o al menos de las sumas que permanecieron impagadas.⁶⁷ A efecto de lo que aquí nos atañe, basta con decir que aun la falta persistente del pago de deudas por parte de un municipio no puede equipararse a una violación del Artículo 1105, siempre que no sea un desconocimiento manifiesto e injustificado de la transacción y siempre que el acreedor tenga alguna vía o recurso para resolver el problema. En el caso que nos ocupa, la falta de pago puede explicarse, aunque no justificarse, por la crisis financiera que implicó que en ciertos momentos claves el Municipio apenas pudiese pagar los sueldos de su propia nómina. No hay pruebas de que haya estado motivada por prejuicios sectoriales o locales.

⁶⁶ *Maffezini c. el Reino de España*, Laudo del 13 de noviembre de 2000, 5 ICSID Reports 419, 432 (párr. 64), citado en párr. 29 de *CMS Gas Transmission Company c. Argentina*, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, 17 de julio de 2003, 42 ILM 788. También ver *Eudoro A. Olguín c. República de Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/98/5, Laudo del 26 de julio de 2001, 6 ICSID Reports 164, párr. 72-75.

⁶⁷ Ver más adelante, párr. 155-176.

116. La importancia de la existencia de un recurso, acordado entre las partes, para los casos de violación del Título de Concesión es relevante.⁶⁸ Es cierto que, en un sentido general, el agotamiento de los recursos internos es un prerrequisito procesal para presentar una reclamación internacional, requisito que es dispensado en el Capítulo XI del TLCAN. Sin embargo la disponibilidad de recursos internos para un inversionista que se enfrenta a violaciones contractuales es, no obstante, pertinente para responder a la pregunta sobre si el Estado ha cumplido o no con el estándar del Artículo 1105(1). Si así no fuese, el Capítulo XI se convertiría en un mecanismo de igual recurso para cobranza de deudas y fines análogos relacionados con todos los contratos públicos (incluidos los municipales), lo cual no parece corresponder a su propósito.

117. Por estas razones, el Tribunal no está convencido de que los incumplimientos de contrato por parte del Ayuntamiento sean equivalentes a violaciones del Artículo 1105(1) del TLCAN.

(d) Los procesos judiciales en México

118. Pero aun cuando las conductas del Ayuntamiento o de Banobras no hayan constituido en sí una violación del estándar del Artículo 1105, la pregunta sigue siendo si la situación suscitada por sus conductas tuvo una respuesta adecuada por parte de los tribunales mexicanos. Tanto el Título de Concesión como el Contrato de Apertura de la Línea de Crédito contemplaron una cláusula para la resolución de controversias, haciendo referencia, respectivamente, al arbitraje local y a procedimientos ante los tribunales federales de la ciudad de México. La Demandante intentó ambos caminos; decidió finalmente dar por terminado el procedimiento de arbitraje y fracasó ante los tribunales federales. Por lo tanto, es necesario preguntarse hasta qué punto las sentencias de los tribunales federales o de la CANACO agravaron la situación o bien constituyeron una

⁶⁸

Para los términos del Artículo 17 del Título de Concesión, ver el párr. 53 anterior.

clara denegación de justicia, de tal manera que implicara una violación del Artículo 1105(1).⁶⁹

119. Antes de referirnos a los principios jurídicos pertinentes, es preciso describir más detalladamente el curso seguido por los tres procedimientos.

El procedimiento de arbitraje

120. Mediante notificación del 3 de diciembre de 1997, Acaverde informó al Ayuntamiento que iniciaba un procedimiento de arbitraje conforme al Artículo 17 del Título de Concesión. El 9 de enero de 1998 fue notificada la Comisión Permanente de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio (CANACO). El 4 de marzo de 1998, el Ayuntamiento objetó la notificación de la Demandante con base en cuestiones procesales, pero ulteriormente designó a su árbitro después de que la CANACO amenazó con realizar la designación si el Ayuntamiento no lo hacía. Como los dos árbitros designados por las partes no llegaron a un acuerdo, el 8 de septiembre de 1998 se le solicitó a la CANACO que designara un Presidente del Tribunal, tarea que llevó a cabo. El 25 de noviembre de 1998, el Ayuntamiento objetó la competencia del Tribunal sobre la base, *inter alia*, de que el Título de Concesión era un acto administrativo regido por derecho público y, por lo tanto, estaba necesariamente sujeto a la competencia de los tribunales en lo contencioso administrativo; también rechazó el caso planteado por la Demandante en cuanto al fondo.

121. Con posterioridad, el Ayuntamiento inició los procedimientos judiciales procurando detener el arbitraje, para lo cual apeló a los mismos argumentos.

122. A la luz de la resistencia opuesta por el Ayuntamiento al arbitraje, la CANACO solicitó un anticipo de pago de NP2.5 millones a cada parte como condición para continuar con el arbitraje. (Al tipo de cambio entonces vigente, ese monto equivalía

⁶⁹ Cf. *Azinian, Davitian & Baca c. los Estados Unidos Mexicanos*, Laudo del 1º de noviembre de 1998, 5 ICSID Reports 269, 289 (párr. 97).

a aproximadamente US\$275.000.) El Ayuntamiento se negó a pagar ese monto, por lo que si el arbitraje hubiere continuado, tendría que haber sido financiado en su totalidad por Acaverde. El 7 de julio de 1999, el apoderado legal de Acaverde escribió a la CANACO diciendo que “la actuación [no especificada] de esa H. Comisión Permanente de Arbitraje en el juicio arbitral al rubro señalado, así como la posición asumida por el H. Ayuntamiento Constitucional del Municipio de Acapulco de Juárez, Edo. de Guerrero, han impedido la continuación de este procedimiento arbitral”. El expediente fue debidamente sobreseído el 14 de septiembre de 1999.

123. La CANACO no es un organismo del Estado y, de cualquier modo, su único papel era el de facilitar el arbitraje. Toda prueba sobre colusión entre la CANACO y el Ayuntamiento en relación con la conducción del arbitraje o sobre discriminación en contra de Acaverde por ser propiedad de extranjeros habría sido materialmente muy significativa, pero no se ha presentado tal prueba ante este Tribunal.⁷⁰ Si bien el monto del depósito pretendido era muy alto para los niveles locales, la reclamación era de envergadura y se vislumbraba que el caso sería complejo. A la luz de la prueba presentada al Tribunal, la CANACO aparentemente se comportó de manera correcta e imparcial. Por ejemplo, rechazó una presentación jurisdiccional preliminar hecha por los abogados del Ayuntamiento en razón de que la cuestión de la competencia era materia de tratamiento por parte del tribunal.⁷¹ Los procedimientos ante los tribunales mexicanos para resolver la cuestión de la arbitrabilidad nunca se concluyeron, pero puede inferirse, a partir de las sentencias dictadas por los tribunales federales y estatales, que habrían hecho cumplir la cláusula de arbitraje contra el Ayuntamiento: de cualquier manera la Demandante no ha probado lo contrario. En estas circunstancias, el Tribunal determina

⁷⁰ La Demandante afirma que la CANACO impuso el requisito de depósito de costas porque estaba preocupada por su propia responsabilidad en el juicio de nulidad si el arbitraje continuaba. Si sus preocupaciones eran fundadas o no, de todas maneras eran de la CANACO en tanto entidad privada y no hay suficientes pruebas que acrediten que el proceso judicial fuera dilatorio u otorgara ventajas injustas a las entidades estatales al procurar evitar las cláusulas de arbitraje local a las que habían prestado su consentimiento.

⁷¹ Orden de la Comisión Permanente de Arbitraje, Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, 18 de junio de 1998.

que la terminación del arbitraje, decisión adoptada por la Demandante sobre la base de razones financieras, no involucró a la Demandada en ningún acto internacionalmente ilícito.

El procedimiento ante los tribunales federales

124. Asimismo, en enero de 1997 Acaverde inició un procedimiento en los tribunales federales de México contra Banobras con base en el Contrato de Apertura de la Línea de Crédito por facturas impagadas correspondientes al año 1996. Posteriormente, en julio de 1998 entabló una nueva demanda contra Banobras por las facturas del año 1997. Si bien Acaverde no era una de las partes en el Contrato de Apertura de la Línea de Crédito, conforme a las leyes mexicanas tenía derecho a iniciar las demandas como beneficiario de dicho Contrato y su legitimidad procesal fue confirmada por los tribunales.

125. En el primer juicio contra Banobras, Acaverde reclamó más de NP15 millones por concepto de capital más daños y costas.⁷² Guerrero y el Ayuntamiento intervinieron como terceras partes en el juicio a Banobras, aun cuando Acaverde no presentó ninguna reclamación contra estas partes en el juicio. Después de rechazar un recurso en contra de la legitimidad procesal de Acaverde, el Tribunal declaró improcedente la demanda planteada por Acaverde sobre la base de que Acaverde no pudo probar que había cumplido estrictamente con los requisitos del Contrato de Apertura de la Línea de Crédito en relación con las solicitudes de pago hechas a Banobras.⁷³ Acaverde apeló esta sentencia. El 11 de marzo de 1999, el Tribunal Federal declaró infundada la apelación, en parte basándose en las razones argumentadas por el tribunal de primera instancia y en parte porque, al momento en que se presentó la solicitud de pago, Banobras había recibido del Ayuntamiento una notificación sobre una controversia relacionada con

⁷² H. Juzgado Primero de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal. Juicio Ordinario Mercantil, expediente 12/97, *Acaverde, S. A. de C. V. c. Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, Sociedad Nacional de Crédito*.

⁷³ Decisión del Juez Primero de Distrito en Materia Civil del Distrito Federal, 7 de enero de 1999.

los servicios prestados por Acaverde.⁷⁴ De acuerdo con el tribunal de apelaciones, esto era “suficiente para acreditar que la omisión de pago de las facturas que se reclamaron fue debido a ese incumplimiento de la hoy inconforme y no debido a una falta de liquidez del municipio”.⁷⁵ El recurso de amparo⁷⁶ (acción constitucional) fue rechazado porque, si bien el tribunal de primera instancia no había interpretado correctamente el Contrato de Apertura de la Línea de Crédito, Acaverde no pudo probar la deuda a su favor.⁷⁷

126. El segundo juicio,⁷⁸ en el que Acaverde reclamó NP22 millones por las facturas correspondientes al período enero-octubre de 1997, fue desestimado sobre la base de que Banobras, habiendo sido notificado de la controversia entre Acaverde y el Ayuntamiento, estaba facultado a no pagar conforme a la Línea de Crédito hasta en tanto se resolviera dicha controversia.⁷⁹ La apelación planteada por Acaverde fue rechazada⁸⁰ fundamentándose en cuestiones procesales, sobre la base de que la controversia se relacionaba con el Título de Concesión y que Acaverde debería haber sometido en primer lugar su controversia a un arbitraje con el Ayuntamiento conforme al Artículo 17 del Título de Concesión. El rechazo se formuló sin perjuicio de los derechos de la Demandante en el foro correcto.⁸¹ Una vez más, Acaverde planteó una acción constitucional por vía de un amparo en relación con esta decisión.⁸² Alegó que el tribunal de primera instancia, al aplicar las cláusulas de la enmienda de 1996 al Código Procesal Civil y al Código de Comercio, violó los Artículos 14 y 16 de la Constitución mexicana,

⁷⁴ H. Segundo Tribunal Unitario del Primer Circuito. Toca Civil 16/99-II.

⁷⁵ Decisión del 11 de marzo de 1999.

⁷⁶ H. Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo Directo D. C. 5026/99.

⁷⁷ Decisión del 6 de octubre de 1999.

⁷⁸ H. Juzgado Segundo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal. Juicio Ordinario Mercantil, expediente 88/98. *Acaverde, S. A. de C. V. c. Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, Sociedad Nacional de Crédito. Institución de Banca de Desarrollo.*

⁷⁹ Decisión del 12 de enero de 1999.

⁸⁰ H. Primer Tribunal Unitario del Primer Circuito. Toca Civil 24/99-I.

⁸¹ Decisión interlocutoria, 18 de febrero de 1999.

⁸² H. Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo Directo D. C. 2870/99.

que prohíben aplicar las leyes retroactivamente. Habiéndose firmado el contrato de Apertura de la Línea de Crédito en 1995, Acaverde sostenía que no debía aplicarse la enmienda de 1996. La solicitud de amparo fue rechazada por decisión dictada el 20 de mayo de 1999. El Tribunal no aceptó el argumento del Ayuntamiento de que la solicitud era inadmisible, pero rechazó el amparo en razón de que Acaverde había iniciado el procedimiento con base en las disposiciones de las leyes vigentes en ese momento, incluida la enmienda de 1996. La Demandante, al no haber impugnado una sentencia del tribunal de primera instancia al respecto, había prestado su consentimiento: “si... la quejosa se sometió a la aplicación de la legislación vigente y bajo su tutela voluntariamente continuó el procedimiento, no es factible legalmente variar el mismo bajo el pretexto de estimar aplicación retroactiva de la ley si desde un inicio se aceptó su aplicación”.

127. Los juicios correspondientes a ambos casos se resumen en la Tabla 1 de la siguiente página.

Tabla 1**Procedimientos judiciales mexicanos planteados por Acaverde contra Banobras**

	<u>Primer juicio</u>	<u>Segundo juicio</u>
Fecha de inicio	31 de enero de 1997	11 de agosto de 1998
Objeto	Facturas de mayo a diciembre de 1996	Facturas de enero a octubre de 1997
Monto reclamado	Aprox. NP15 millones	Aprox. NP22 millones
Sentencia de primera instancia	<p>Expediente 12/97, 7 de enero de 1999 Se acepta la legitimidad procesal de la Demandante pero se desecha la demanda con fundamento en que: (a) la Demandante no acreditó que la omisión de pago del Municipio fue por falta de liquidez del Ayuntamiento; (b) las facturas no se presentaron en la forma requerida por el Contrato de Apertura de la Línea de Crédito, lo que permitiría demostrar la aceptación del Ayuntamiento.</p>	<p>Expediente 89/98, 12 de enero de 1999 Resolución interlocutoria que desestima la demanda sobre la base de que la controversia se relacionaba con el Título de Concesión y Acaverde debía haber recurrido primero a un arbitraje con el Ayuntamiento, conforme al Artículo 17 del Título de Concesión. Caso desechado sin perjuicio de los derechos de la Demandante ante el foro correcto.</p>
Apelación	<p>Expediente 16/99-II, 11 de marzo de 1999 Rechazada: (a) La Línea de Crédito sólo puede usarse en caso de falta de liquidez del deudor; (b) La Demandante no pudo probar la recepción y aceptación de las facturas por parte del Ayuntamiento; (c) El 13 de septiembre de 1996 Banobras recibió notificación formal de una controversia entre el Ayuntamiento y Acaverde, que establecía que la omisión de pago obedeció a una controversia por incumplimiento y no a la falta de liquidez del Ayuntamiento.</p>	<p>Expediente 24/99-I, 18 de febrero de 1999 Rechazada porque fue incorrectamente presentada. Apelación para reconsideración rechazada el 25 de febrero de 1999 sobre la base de que Acaverde no había invocado el recurso correcto para su reconsideración.</p>
Amparo	<p>Amparo 5026/99, 6 de octubre de 1999 Rechazado: Aunque el tribunal de primera instancia interpretó mal el Contrato de Apertura de la Línea de Crédito, Acaverde no acreditó la recepción y aceptación de las facturas por parte del Ayuntamiento y las fotocopias sin sello no se consideraron suficientes para tal fin, de acuerdo con lo prescripto por la jurisprudencia.</p>	<p>Amparo DC 2870/99, 20 de mayo de 1999 Rechazado: La Demandante estaba facultada a invocar los Artículos 14 y 16 de la Constitución sobre la no retroactividad de las leyes en relación con las reformas procesales de 1996 (posteriore a la celebración del Contrato de Línea de Crédito), pero la Demandante había aceptado dichas disposiciones al iniciar y continuar con el juicio.</p>

(e) ¿Hubo denegación de justicia?

128. Al preguntarnos si estos procedimientos constituyeron una denegación de justicia conforme al Artículo 1105, cabe señalar dos puntos fundamentales. En primer lugar, estos procedimientos se iniciaron contra Banobras, si bien la controversia subyacente era entre las partes del Título de Concesión: Acaverde y el Ayuntamiento. La controversia no podía resolverse mediante procedimientos federales contra un organismo federal a menos que Banobras fuera garante de la totalidad de la deuda del Ayuntamiento conforme al Título de Concesión. Pero —y éste es el segundo punto fundamental— ése no era el caso. Banobras había adecuadamente insistido sobre la conveniencia de limitar sus obligaciones respecto de la Línea de Crédito y Acaverde había aceptado dicha limitación.⁸³ Es cierto que Banobras podría haber procurado la reposición de la Línea de Crédito desviando los ingresos federales destinados al Ayuntamiento que estaban en poder de Guerrero. Pero, en el contexto de la crisis financiera de México, ésta era difícilmente una opción realista y, en todo caso, no pareciera que Acaverde tuviese derecho a que esto se hiciera, de acuerdo con el Contrato de Apertura de la Línea de Crédito. Así, era imposible de cualquier manera resolver los agravios más importantes de Acaverde mediante los procedimientos federales.

129. Volviendo a las razones esgrimidas efectivamente por los tribunales federales, este Tribunal señalaría que no constituye una nueva instancia de apelación, así como el Capítulo XI del TLCAN no es una forma novedosa de amparo en relación con las sentencias dictadas por los tribunales federales de las Partes del TLCAN. Algunas de las decisiones parecen haber estado fundadas en razones bastante técnicas, pero la noción de que el tercero beneficiario de una línea de crédito o garantía debe probar estrictamente su propiedad no es un concepto infrecuente o inusual. Tampoco era poco razonable, dadas las limitaciones del Contrato de Apertura de la Línea de Crédito, que el tribunal de segunda instancia insistiera en que Acaverde cumpliera con el procedimiento de resolución de controversias especificado en el Título de Concesión, habiéndose notificado a Banobras sobre la controversia mantenida con el Ayuntamiento.

⁸³

Ver el párr. 51.

130. De cualquier modo y a pesar de la manera en que podría haberse fallado en estos casos en diferentes sistemas jurídicos, el Tribunal no advierte en las decisiones de los tribunales federales una denegación de justicia en el sentido en que ese concepto se ha explicado en decisiones de tribunales constituidos conforme al TLCAN, sobre todo en los casos *Azinian*,⁸⁴ *Mondev*,⁸⁵ *ADF*⁸⁶ y *Loewen*.⁸⁷ Las decisiones del Tribunal mexicano no fueron, ni *ex facie* ni en un examen más cercano, evidentemente arbitrarias, injustas o

⁸⁴ En el caso *Azinian*, el tribunal también abordó la cuestión de si los Demandantes podrían haber continuado con éxito una reclamación por denegación de justicia. Dijo: “Podría alegarse una denegación de justicia si los tribunales competentes se negaran a entender del asunto, si éste sufriera una demora indebida o si administraran la justicia de modo seriamente inadecuado... Hay un cuarto tipo de denegación de justicia, el de aplicación incorrecta de la ley en una forma clara y maliciosa [que]... se sobrepone a la noción de ‘pretensión de forma’ para encubrir una infracción del derecho internacional.” Sin embargo, en opinión del tribunal, las resoluciones de los tribunales mexicanos no podían “considerarse en modo alguno” una denegación de justicia, *Azinian, Davitian y Bacca c. los Estados Unidos Mexicanos*, Laudo del 1 de noviembre de 1995, 5 ICSID Reports 269, 290 (párr. 102-103).

⁸⁵ *Mondev International Limited c. los Estados Unidos de América*, Laudo del 11 de octubre de 2002, 6 ICSID Reports 192.

⁸⁶ El Tribunal de *ADF*, rechazando la presentación del inversionista en el sentido de que un cuerpo administrativo federal había actuado *ultra vires* en su interpretación de las medidas en cuestión, el Tribunal dijo,

“...even had the investor made out a *prima facie* basis for its claim, the Tribunal has no authority to review the legal validity and standing of the US measures... under *US internal administrative law*. We do not sit as a court with appellate jurisdiction.... The Tribunal would emphasize, too, that even if the US measures were somehow shown or admitted to be *ultra vires* under the internal law of the United States, that by itself does not necessarily render the measures grossly unfair or inequitable under the customary international law standard of treatment embodied in Article 1105(1).... [S]omething more than simple illegality or lack of authority under the domestic law of a State is necessary to render and act or measure inconsistent with the customary international law requirements of Article 1105(1)...”

[...] aun si el inversor hubiese presentado un fundamento *prima facie* para su reclamación, el Tribunal no tiene autoridad para analizar la legitimidad y la validez jurídica de las medidas tomadas por los Estados Unidos... *de conformidad con el derecho administrativo interno estadounidense*. No constituimos un tribunal de apelación... El Tribunal también desea enfatizar que aun cuando de alguna manera se demostrara o admitiera que las medidas tomadas por los Estados Unidos son *ultra vires* conforme al derecho interno de los Estados Unidos, ello no necesariamente convierte por sí mismo a las medidas en manifiestamente injustas o inequitativas de acuerdo con el nivel de trato acorde al derecho internacional consuetudinario consagrado en el Artículo 1105(1)... hace falta algo más que simple ilegalidad o falta de autoridad según el derecho interno de un Estado para que un acto o una medida sean inconsistentes con los requisitos del derecho internacional consuetudinario del Artículo 1105(1)...], *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, Laudo del 9 de enero de 2003, (párr. 190).

Como tampoco la negativa de la autoridad a seguir sentencias anteriores fue “abiertamente injusta o poco razonable” sobre la base de los hechos presentados por el inversionista.

⁸⁷ *The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. los Estados Unidos de América*, Laudo del 26 de junio de 2003 (Caso CIADI No.ARB(AF)/98/3). Para la discusión del Tribunal sobre el Artículo 1105 y la interpretación de la Comisión Federal de Comercio, ver ibid., párr. 124-128.

idiosincráticas. No hay indicios de discriminación basada en la propiedad extranjera de Acaverde y no hay evidencias de falta de debido proceso. Las sentencias estuvieron motivadas y se pronunciaron sin demora. Acaverde ganó en puntos procesales claves y el desechamiento en el segundo juicio, en particular, fue sin perjuicio de los derechos de Acaverde en el foro correcto.

131. La Demandante alega que la estrategia de litigio adoptada por el Ayuntamiento fue en sí misma una denegación de justicia y, por ende, una violación del Artículo 1105. Pero el Ayuntamiento era un litigante y no existen pruebas de que haya actuado en colusión con la CANACO o los tribunales federales. No es inusual que los litigantes adopten actitudes que resultan difíciles y obstructivas y no hay nada aquí que sea comparable a los comentarios abusivos pronunciados por el abogado en el caso *Loewen* que fueron tolerados e incluso condonados por el juez del tribunal, lo que dio lugar a una situación de denegación de justicia.⁸⁸ El punto es que un *litigante* no puede cometer una denegación de justicia a menos que adopte estrategias inadecuadas y que el tribunal las respalde y actúe en consecuencia, o a menos que la ley le otorgue un privilegio extraordinario que dé lugar a una falta de debido proceso. No existe prueba alguna de estas circunstancias en el caso que nos ocupa.

132. Por supuesto, tal como señaló el tribunal en el caso *Loewen*, es

“the responsibility of the State under international law and, consequently, of the courts of a State, to provide a fair trial of a case to which a foreign investor is a party. It is the responsibility of the courts of a State to ensure that litigation is free from discrimination against a foreign litigant and that the foreign litigant should not become the victim of sectional or local prejudice.”⁸⁹

⁸⁸ Ibíd., párr. 119-123.

⁸⁹ *Loewen*, párr. 123. “responsabilidad del Estado de acuerdo con el derecho internacional y, en consecuencia, de los tribunales de un Estado garantizar un juicio justo en un caso en el que una de las partes es un inversionista extranjero. Es responsabilidad de los tribunales de un Estado asegurar que el litigio esté libre de toda discriminación contra un litigante extranjero y que el litigante extranjero no sea objeto de prejuicio local o regional”.

Pero ni las decisiones mismas ni las pruebas presentadas ante el Tribunal sugieren que esos juicios hayan implicado discriminación, imparcialidad sobre la base de prejuicios regionales o locales o una clara ausencia de debido proceso. No se prosiguió con el arbitraje de la CANACO, que por sí solo tenía la posibilidad de darle a Acaverde una completa reparación respecto de las reclamaciones contra el Ayuntamiento, y el Tribunal ya concluyó que este hecho por sí mismo no implica la existencia de una violación del Artículo 1105. En cuanto al litigio con Banobras, Acaverde sí agotó los recursos, pero no fue una denegación de justicia que los tribunales federales hayan insistido en que debía ejercer una acción previa contra el Ayuntamiento. En consecuencia, se rechaza este aspecto de la reclamación conforme al Artículo 1105(1).

(f) La fase de la rescisión

133. Por otra parte, la reparación que se buscó en los procesos judiciales entablados en México no cubría la totalidad de los reclamos de la Demandante contra el Ayuntamiento. El Capítulo XI del TLCAN no exige que una parte agote los recursos internos antes de iniciar una demanda a nivel internacional: antes bien exige una renuncia a los recursos restantes. Queda entonces por resolver si la conducta atribuible a la Demandada —y excediendo el alcance de los procesos judiciales iniciados por Acaverde— puede constituir una violación de la norma consagrada en el Artículo 1105 del TLCAN.

134. A tal efecto corresponde analizar dos reclamos específicos. El primero se vincula a las negociaciones del Ayuntamiento con Setasa, que, según fue alegado por la Demandante, implicaban una violación de sus derechos de exclusividad conforme al Título de Concesión, si no una flagrante confabulación.⁹⁰ Hay pocas dudas sobre el hecho de que Setasa, habiendo mantenido inicialmente discusiones con la Demandante,⁹¹ más adelante ese año estuvo “al acecho” para hacerse cargo de la operación sobre una base

⁹⁰ Ver el Memorial de la Demandante, párr. 3.74-3.76.

⁹¹ El 27 de febrero de 1997 se firmó una carta de intención de 60 días entre Sanifill y Setasa: ver el párr. 66 precedente.

diferente. Pero no hay pruebas de que lo haya hecho antes de que Acaverde se retirara del Título de Concesión y, de todos modos, cualesquiera hayan sido los agravios civiles que hubiesen podido cometerse durante el *dénouement* del proyecto, no fueron, en opinión del Tribunal, causa o razón de su fracaso, como tampoco cada uno de tales agravios equivalió a una violación del estándar establecido en el Artículo 1105.

135. Un segundo más grave reclamo, se relaciona con el posterior intento por parte del Ayuntamiento de hacer cumplir la garantía de cumplimiento otorgada por Acaverde por un monto de NP6 millones. Este intento fue problemático, sobre todo dado el historial de incumplimiento del propio Ayuntamiento de sus obligaciones conforme al Título de Concesión. Pero, de hecho, el intento del Ayuntamiento de cobrar este dinero fue infructuoso, puesto que el tenedor de la garantía rechazó la solicitud,⁹² y la Demandante no alega que haya sufrido ninguna pérdida o daño como resultado de este episodio.

136. Si observamos el asunto desde un punto de vista más general, la posición en esta fase de rescisión puede compararse con lo sucedido en el caso *ELSI*, en el que la conducta inadecuada de las autoridades locales italianas parece haber precipitado el colapso de una empresa en proceso de quiebra, lo que llevó a una venta apurada de los activos y, por consiguiente, a pérdidas para el inversionista. Una Cámara de la Corte sostuvo que tal conducta no equivalía a una violación del tratado de Amistad, Comercio y Navegación aplicable;⁹³ si acaso hubiera equivalido a una violación del TLCAN, no corresponde a este Tribunal averiguarlo. Porque la diferencia clave en este punto es que no hubo una requisición efectiva o acto equivalente que precipitara la salida de Acaverde. A la Demandante no se le impidió (como según se alegó se le impidió a la sociedad matriz en el caso *ELSI*) buscar la manera de retirarse ordenadamente de Acapulco. Los

⁹² Ver Declaración de J. Herrera, párr. 21.

⁹³ Caso relativo a Elettronica Sicula S.P.A. (*ELSI*) (Estados Unidos de América c. Italia), 1989 ICJ Reports p. 15.

intentos por llegar a un acuerdo financiero o por vender la empresa fracasaron, pero dicho fracaso no fue resultado de un acto internacionalmente ilícito del Estado demandado.

(g) Alegato de conspiración

137. A esta altura, el Tribunal ha considerado los diversos puntos vinculados con las conductas que han sido motivo de queja de la Demandante en forma separada y secuencial. Pero, de hecho, la Demandante también alegó que los diversos organismos mexicanos conspiraron juntos para frustrar la concesión y que el resultado de esta conducta fue más grave que los diversos componentes en cuanto a constituir una violación del Artículo 1105.⁹⁴

138. El Tribunal no tiene dudas de que una conspiración deliberada —es decir, una combinación consciente de diversos organismos del gobierno sin que exista razón que lo justifique con el fin de anular los propósitos de un acuerdo de inversión— constituiría una violación del Artículo 1105(1). Una obligación básica del Estado conforme al Artículo 1105(1) es actuar de buena fe y forma y no proponerse deliberadamente destruir o frustrar la inversión por medios inadecuados.

139. Pero tal alegación necesita ser probada y la Demandante no lo ha hecho. Por ejemplo, se dijo que el delegado estatal de Banobras fue el responsable de solicitar la carta del 11 de septiembre de 1996 con miras a evitar el pago a Acaverde. El delegado lo negó ante el Tribunal,⁹⁵ y el Tribunal acepta su negativa. Pero, de cualquier modo, como ya se ha señalado, Banobras no tenía la obligación ante Acaverde de retener los fondos pagaderos al Ayuntamiento a fin de reponer la línea de crédito. Hubo una reducción sustancial de los fondos federales canalizados a través de Guerrero y, ante la falta de

⁹⁴ Ver, por ejemplo, el Memorial de la Demandante, párr. 3.65.

⁹⁵ Declaración testimonial del señor Mario Alcaraz Alarcón, párr. 22 (“Ninguna persona en Banobras tuvo algo que ver con el envío de esta carta.”); Segunda declaración testimonial del señor Mario Alcaraz Alarcón, párr. 7-8 (“Niego que hubiese algún tipo de acuerdo entre las acciones tomadas por el Ayuntamiento y las llevadas a cabo por el Banco... Ni el personal de la delegación de Banobras a mi cargo ni yo interviniimos en ninguna plática en la que se tratara este asunto [la cancelación de la concesión]”).

reposición de fondos, la línea de crédito casi se agotó. Tal como el Tribunal lo ha sostenido, la negativa de Banobras de seguir adelante, se haya tratado o no de una violación de contrato, no fue en sí misma una violación del Artículo 1105(1), como tampoco se convirtió en una violación de tal naturaleza por las decisiones de los tribunales federales. En términos más generales, existen razones suficientes para explicar el colapso de la concesión —más atribuible al Ayuntamiento que a Banobras— y no hay necesidad de recurrir a teorías conspirativas, no respaldadas por pruebas sólidas. Un plan financiero marginal, basado en una garantía federal más sustancial que la que finalmente se acordó, fracasó en medio de un clima de deterioro financiero y una combinación de pequeñas y grandes dificultades locales. Estas razones no son suficientes para cruzar el umbral del Artículo 1105(1).

(iii) Conclusiones relativas al Artículo 1105(1)

140. Por estas razones, el Tribunal concluye que la reclamación con base en el Artículo 1105(1) debe rechazarse.

(4) La reclamación por expropiación: El Artículo 1110 del TLCAN

141. Como ya se señaló, el principal argumento de la Demandante no se funda en el Artículo 1105 sino en el Artículo 1110. La Demandante argumentó que Acaverde en Acapulco fue expropiada en su totalidad por el Ayuntamiento o, en todo caso, por la conducta combinada del Ayuntamiento, el Estado de Guerrero y Banobras, y que esto constituía una violación del Artículo 1110 del TLCAN. Si bien la Demandante no lo expresó en estos términos, también podría argumentarse que la omisión persistente de pago por parte del Ayuntamiento de los montos adeudados conforme al Título de Concesión equivalía a una expropiación, al menos del monto impagado. En opinión del Tribunal, la segunda reclamación está incluida dentro de la primera y es *infra petita*. Queda abierto al Tribunal encontrar una violación del Artículo 1110 en un caso en el que ciertos hechos se toman como fundamento para demostrar la expropiación total de una empresa, pero los hechos establecen únicamente la expropiación de ciertos activos. Por

consiguiente, el Tribunal considerará primero el estándar establecido en el Artículo 1110, en particular la conducta equivalente a una expropiación; luego, si la empresa en su totalidad estuvo sujeta a una conducta violatoria del Artículo 1110, y finalmente (aun cuando no haya habido una expropiación de la totalidad de la empresa como tal) si los hechos acreditan que hubo una expropiación parcial.

(i) *El estándar establecido en el Artículo 1110*

142. En lo que resulta pertinente, el Artículo 1110 establece que:

“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 legalidad y al Artículo 1105 (1); y
- (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.

...

7. Este artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea conforme con el Capítulo XVII, ‘Propiedad intelectual’.

8. Para los efectos de este artículo y para mayor certeza, no se considerará que una medida no discriminatoria de aplicación general es una medida equivalente a la expropiación de un valor de deuda o un préstamo cubiertos por este capítulo, sólo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudo.”

143. Cabe observar que el Artículo 1110(1) distingue entre expropiación directa o indirecta, por una parte, y medidas equivalentes a una expropiación, por la otra. Una expropiación indirecta sigue siendo una confiscación de una propiedad. En sentido contrario, cuando se alega una medida equivalente a una expropiación puede no haberse producido de manera efectiva una transferencia, una confiscación o una pérdida de

propiedad en contra de una persona o entidad, sino un efecto sobre la propiedad que hace irrelevante toda distinción formal de propiedad. Esto reviste particular importancia en este caso, al menos en lo que atañe a la empresa de Acaverde en su conjunto.

144. Evidentemente, la frase “adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión” del Artículo 1110(1) tuvo como objeto agregar al significado de la prohibición, por encima de la referencia a la expropiación indirecta. De hecho, hay una indicación de que la intención era que tuviese un significado amplio; de lo contrario, resulta difícil comprender por qué fue necesario incluir el Artículo 1110(8). Como cuestión de derecho internacional, una “medida no discriminatoria de aplicación general” en relación con un valor de deuda o con un préstamo que haya impuesto costos al deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudo no debe considerarse expropiatoria, ni siquiera potencialmente expropiatoria. Es cierto que se consigna que el párrafo (8) está “para mayor certeza”, pero si fue necesario, aun por razones de certeza, abordar este tipo de cuestión, esto sugiere que los redactores tenían una visión amplia de lo que podía ser “equivalente a una expropiación”.

145. Por consiguiente, existe cierto fundamento textual para el argumento de la Demandante acerca de que “the modern definition of ‘expropriation’ must be broad enough to encompass every course of sovereign conduct that unfairly destroys a foreign investor’s contractual rights as an asset”.⁹⁶ La Demandante se basó en una serie de laudos o decisiones que respaldaban esta proposición, y cabe revisar antes dichas decisiones.

146. El caso *LETCO c. Liberia*⁹⁷ se refería a un acuerdo de concesión de 1970 entre LETCO y el Gobierno de Liberia que otorgaba a LETCO, una compañía liberiana propiedad de nacionales franceses, el derecho exclusivo de cosechar, procesar,

⁹⁶ Réplica, párr. 4.23. “la definición moderna de ‘expropiación’ debe ser lo suficientemente amplia para abarcar cada tipo de conducta soberana que socave injustamente los derechos contractuales de un inversionista extranjero como un activo”.

⁹⁷ *Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c. el Gobierno de la República de Liberia* (1986) 2 ICSID Reports 343.

transportar y comercializar productos forestales y llevar adelante otras operaciones madereras dentro de un área de explotación exclusiva, a cambio de ciertos pagos y del cumplimiento de otras obligaciones contractuales.⁹⁸ Después de intentar renegociar el acuerdo, la Autoridad de Desarrollo Forestal de Liberia, mediante una carta del 18 de febrero de 1980, redujo el área de concesión en más de la mitad con efecto inmediato, basándose en que LETCO había violado el acuerdo de concesión. Después de objetar infructuosamente las medidas tomadas por la Autoridad, LETCO suspendió sus operaciones en marzo de 1983 e inició un procedimiento de arbitraje ante el CIADI conforme al acuerdo. Posteriormente, Liberia anuló el acuerdo de concesión, haciendo nuevamente referencia a violaciones del acuerdo por parte de LETCO. El tribunal determinó que la carta de febrero de 1980, en la que la Autoridad comunicaba a la empresa el retiro de más de la mitad del área de la concesión, constitúa una revocación efectiva del acuerdo que despojaba a la concesión de toda utilidad para LETCO, y que la revocación se llevó a cabo en violación de las cláusulas sobre notificación y reparación del acuerdo de concesión.⁹⁹ El tribunal examinó las supuestas violaciones del acuerdo cometidas por LETCO (según lo establecido por Liberia en su correspondencia con LETCO) y determinó que esas supuestas violaciones no estaban respaldadas por los hechos presentados. Antes de abordar la evaluación de la indemnización que le correspondía a LETCO por las violaciones de contrato cometidas por Liberia, el tribunal consideró si las acciones de Liberia al reducir el área de la concesión podían justificarse como un acto de nacionalización. Determinó que cualquier defensa en tal sentido habría fracasado porque la confiscación del área de la concesión no había sido de buena fé y por utilidad pública, había sido discriminatoria y no había estado acompañada por la indemnización correspondiente.¹⁰⁰ Cabe subrayar que LETCO no basó su reclamación en una expropiación o trato injusto, como tampoco resolvió el tribunal que Liberia era responsable de una violación de la concesión conforme al derecho internacional. El análisis del Tribunal sobre expropiación fue en el contexto de abordar una posible

⁹⁸ Ibíd., 359.

⁹⁹ Ibíd., 363.

¹⁰⁰ Ibíd., 366-7.

defensa por parte de Liberia (que no se dió en el procedimiento) sobre la decisión de violación de contrato. El laudo sobre daños se basó en la ley de contratos de Liberia.

147. En el caso *Sapphire International Petroleum Ltd. c. National Iranian Oil Company*¹⁰¹ se trataron supuestas violaciones que llevaron a la rescisión ilícita de un contrato entre la demandante y la National Iranian Oil Company (NIOC), según el cual las partes llevarían adelante unasociedad en participación para hacer trabajos de prospección y explotación de petróleo en una zona geográfica determinada. La relación entre las partes se terminó al cabo de sólo unos pocos meses. Sapphire revocó el contrato fundándose en las acciones cometidas por la NIOC que, según sus conclusiones, demostraron que NIOC no tenía intenciones de cumplir con las obligaciones que le correspondían de acuerdo con el contrato, e inició un procedimiento de arbitraje. Al igual que en el caso *LETCO*, el arbitraje tuvo lugar de conformidad con una cláusula de arbitraje incluida en el contrato entre las partes. El árbitro sostuvo que NIOC había violado los términos y condiciones del contrato de concesión de una manera tal que facultaba a Sapphire a rescindir el contrato y a reclamar por daños.¹⁰²

148. La Demandante argumenta que “el laudo *Sapphire* ejemplifica la responsabilidad del Estado por socavar las relaciones inversionista-gobierno sobre las que se basa un acuerdo de desarrollo económico a largo plazo” y que “la decisión hace responsable a un Estado por tal conducta, aun cuando ni el Estado ni ningún órgano estatal rescinden en forma directa el acuerdo”.¹⁰³ Si bien el árbitro del caso *Sapphire* analizó con cierta profundidad la pertinencia que guarda la naturaleza del contrato con su decisión en cuanto al derecho sustantivo aplicable a la controversia,¹⁰⁴ el laudo se basa en

¹⁰¹ Laudo arbitral, 15 de marzo de 1963, 35 ILR 136 (1967). La decisión fue anulada posteriormente por un tribunal de Irán: ver 9 ILM 1118 (1970).

¹⁰² 35 ILR 136, 185.

¹⁰³ Memorial, párr. 5.30.

¹⁰⁴ 35 ILR 136, 170-6. El árbitro Calvin manifestó que la ley que regía el contrato era los principios de derecho “comunes a todas las naciones civilizadas” sobre la base de que las partes no habían especificado la ley aplicable en el contrato y el contrato era fundamentalmente diferente del contrato

el hecho de haber encontrado violaciones de contrato por parte de NIOC, un organismo separado que era parte signataria del contrato y la parte demandada en el arbitraje.

149. Así, tanto en los casos *LETCO* como *Sapphire* se dictaron laudos por violación de contrato por parte de tribunales constituidos según las disposiciones en materia de arbitraje incluidas en dichos contratos. Por el contrario, el presente caso trata sobre una reclamación fundada en el hecho de que México violó el Artículo 1110(1) a través de acciones equivalentes a la expropiación. En este caso no hay nada que sugiera que los contratos fueran “internacionalizados”. Se trataba de contratos entre personas o entidades de México regidos por la ley mexicana y que incluían disposiciones sobre resolución de diferencias en México. La Demandante se basó en las afirmaciones incluidas en los dos laudos mencionados para proponer que una violación de contrato puede caracterizarse como expropiación. Pero los dos casos son de escasa ayuda: las declaraciones a ese efecto, en sí,¹⁰⁵ no fueron pertinentes para los laudos dictados por esos tribunales.

150. Volviendo al TLCAN, el significado del Artículo 1110 ha sido planteado y debatido en una serie de decisiones pronunciadas por tribunales constituidos de conformidad con el TLCAN.

151. *Pope & Talbot Inc. c. el Gobierno de Canadá* fue un caso sobre una supuesta expropiación regulatoria del derecho de acceso al mercado de los Estados Unidos. El tribunal sostuvo que este derecho estaba protegido por el Artículo 1105 como parte del “negocio” en cuestión, pero que la medida adoptada por Canadá no era tan restrictiva como para que resultase equivalente a una “confiscación”.¹⁰⁶

comercial ordinario concebido por las reglas del derecho internacional privado debido a su naturaleza de largo plazo y quasi-internacional.

¹⁰⁵ El término “expropiación” no fue usado por el árbitro en el caso *Sapphire*.

¹⁰⁶ Laudo provisional del 26 de junio de 2000, 122 ILR 293, 334-337.

152. El caso *S. D. Myers* también se ocupó de la diferencia entre regulación y expropiación, y en ese punto no es pertinente para este caso. El tribunal definió la expropiación indirecta o *creeping* como “a lasting removal of the ability of an owner to make use of its economic rights...”¹⁰⁷ El tribunal aceptó que “in legal theory, rights other than property rights may be ‘expropriated’ and that international law makes it appropriate for tribunals to examine the purpose and effect of governmental measures”¹⁰⁸. El tribunal sostuvo que el cierre temporal de la frontera a los transportes de PCB no podía caracterizarse como un intento por parte de la demandante de usar la palabra “equivalente” para ampliar el significado de la palabra “expropiación” más allá del “customary scope of the term... under international law”¹⁰⁹. Señaló que:

“The primary meaning of the word ‘tantamount’ given by the Oxford English Dictionary is ‘equivalent’. Both words require a tribunal to look at the substance of what has occurred and not only at form...”¹¹⁰

El tribunal consideró que los redactores del TLCAN concibieron la frase “equivalente a la expropiación” de manera tal que cubriera el concepto de “expropiación indirecta”.¹¹¹ Las acciones de Canadá no fueron medidas “equivalente[s] a la expropiación” porque Canadá no obtuvo ningún beneficio de ellas y no hubo pruebas de que hubiera existido transferencia de propiedad o beneficio directamente a terceros.¹¹²

¹⁰⁷ “una privación prolongada de la capacidad de un propietario de hacer uso de sus derechos económicos...”, *S. D. Myers, Inc. c. el Gobierno de Canadá*, Laudo parcial, 13 de noviembre de 2000, párr. 283, citado en la Réplica de la Demandante, pie de página 184: consultar http://www.dfaid-maeci.gc.ca/tnanac/resp/SDM_archive-en.asp. Fue un arbitraje llevado a cabo de conformidad con las reglas de la CNUDMI.

¹⁰⁸ Ibíd., párr. 280-1. “en teoría jurídica, derechos distintos de los derechos de propiedad pueden ser ‘expropriados’ y que el derecho internacional habilita a los tribunales a examinar el propósito y el efecto de las medidas gubernamentales”.

¹⁰⁹ Ibíd., párr. 285. “alcance consuetudinario del término... conforme al derecho internacional.”

¹¹⁰ Ibíd., párr. 285-6, citando *Pope & Talbot, Inc. c. Canadá*, Laudo provisional, 26 de junio de 2000, párr. 104. “El significado principal de la palabra ‘tantamount’ según el *Oxford English Dictionary* es ‘equivalente’. Ambos términos exigen que un tribunal analice el fondo de los acontecimientos y no sólo la forma...”.

¹¹¹ *S. D. Myers*, párr. 286.

¹¹² Ibíd., párr. 287.

153. *Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos* era una reclamación presentada a raíz de otro contrato de concesión municipal que enfrentó una fuerte resistencia local.¹¹³ La demandante alegó que México, a través de los gobiernos del Estado de San Luis Potosí y el Municipio de Guadalcázar, había violado los Artículos 1105 y 1110 del TLCAN por interferir en el desarrollo y operación de un confinamiento de residuos peligrosos. Resumiendo el alcance del Artículo 1110, el tribunal manifestó que:

“la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal y obligatoria de títulos en favor del Estado receptor; pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.”¹¹⁴

El tribunal sostuvo que México, al tolerar y permitir las acciones de las autoridades municipales que impedían la operación del confinamiento totalmente construido, a pesar de que el proyecto contaba con la aprobación y el respaldo de las autoridades federales, fue responsable de una medida equivalente a la expropiación de la inversión hecha por Metalclad, violando así el Artículo 1110. Más aún, sostuvo que la negativa por parte de la autoridad municipal de emitir un permiso de construcción se basó en cuestiones fuera de su autoridad y que contradecían compromisos federales anteriores¹¹⁵ y la ausencia de una negativa del Municipio emitida a tiempo, en orden o con alguna base sustantiva equivalen a una expropiación indirecta.¹¹⁶ El tribunal también consideró que el Decreto Ecológico, que establecía que el área sería una reserva, lo que por consiguiente impedía que ese

¹¹³ *Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, 30 de agosto de 2000, 5 ICSID Reports 209.

¹¹⁴ Ibíd., 230 (párr. 103).

¹¹⁵ El tribunal sostuvo que, conforme a la ley federal, la autoridad municipal tenía las facultades para emitir o rechazar los permisos de construcción fundándose sólo en razones de construcción y su denegación del permiso con base en razones ecológicas era *ultra vires*: ibíd., 228 y 230 (párr. 92, 106).

¹¹⁶ Ibíd., 230 (párr. 106-7).

terreno se usara como lo disponía el contrato, era un acto equivalente a una expropiación y un motivo más para determinar que hubo violación del Artículo 1110.¹¹⁷

154. México buscó una revisión judicial del laudo de *Metalclad* ante la Corte Suprema de British Columbia fundándose en varios argumentos.¹¹⁸ La Corte Suprema avaló la argumentación de México de que la decisión del tribunal en relación con el Artículo 1105 era un exceso de competencia porque el tribunal recurrió a las disposiciones sobre transparencia del TLCAN (ajenas al Capítulo XI) como base para la interpretación y aplicación del Artículo 1105.¹¹⁹ Como el tribunal también había basado, al menos en parte, su decisión sobre expropiación según el Artículo 1110 en el hecho de que México no había actuado de manera transparente, esa decisión también quedaba fuera del alcance de las actuaciones del arbitraje.¹²⁰ Sin embargo, la Corte Suprema resolvió que la decisión del tribunal en cuanto a que el Decreto Ecológico era una expropiación estaba dentro de su competencia y no era en absoluto poco razonable y que no había fundamentos para anularla.¹²¹ Tysoe J. comentó que la definición de expropiación hecha por el tribunal a los fines del Artículo 1110 era “extremadamente amplia”, pero sostuvo que ésta no era una cuestión que podía someterse a revisión conforme a la legislación pertinente de Canadá.¹²²

155. En el caso que nos ocupa, por razones que se presentarán más adelante, el Tribunal no necesita llegar a conclusiones definitivas sobre el significado de la frase “medida equivalente a la expropiación” consignada en el Artículo 1110. Cada caso debe analizarse a la luz de la situación fáctica y de los fundamentos para la adopción de las medidas en cuestión. No hay en el caso que nos ocupa una “confiscación regulatoria”;

¹¹⁷ Ibíd., 231 (párr. 109, 111).

¹¹⁸ *Estados Unidos Mexicanos c. Metalclad Corporation*, decisión del 2 de mayo de 2001, 2001 BCSC 664, 5 ICSID Reports 236.

¹¹⁹ Ibíd., 5 ICSID Reports 236, 253 (párr. 66).

¹²⁰ Ibíd., 255 (párr. 78-9).

¹²¹ Ibíd., 259-60 (párr. 100, 105).

¹²² Ibíd., 259 (párr. 99).

antes bien, la cuestión es si las conductas combinadas de entidades públicas de México tuvieron acaso un efecto equivalente a la confiscación de la empresa, en forma total o en parte significativa. Al considerar esta cuestión, es necesario distinguir entre las medidas que afectan a Acaverde en su totalidad y aquellas que atañen a derechos contractuales específicos derivados del Título de Concesión.

(ii) El estándar del Artículo 1110 aplicado a la empresa

156. Si abordamos ahora el impacto que las medidas adoptadas por México tuvieron sobre Acaverde en su totalidad, el primer punto a señalar es que en este caso no hubo en ningún momento una expropiación de activos físicos. Los activos de Acaverde fueron vendidos por completo de manera aparentemente ordenada alrededor de la época en que dejó de operar conforme a lo dispuesto en el Título de Concesión.¹²³

157. Tampoco hubo una expropiación directa o indirecta de la empresa Acaverde como tal. Como ya lo ha señalado el Tribunal, la razón por la cual Waste Management se retiró de Acapulco no fue porque la empresa había sido confiscada o porque la totalidad de sus actividades se vieron obstaculizadas, por ejemplo, por la confiscación de elementos claves de su propiedad, sino porque —como resultado de omisiones contractuales, cambios en las circunstancias y la fragilidad del plan de negocios subyacente— la operación no resultaba económicamente viable.

158. Por consiguiente, a estos propósitos, la pregunta que corresponde formular es si hubo una conducta equivalente a una expropiación que disparace el mecanismo del Artículo 1110 del TLCAN. La Demandante sostiene que la negativa del Ayuntamiento de pagar las facturas aprobadas y la negativa de Banobras de hacer los pagos conforme al Contrato de Apertura de la Línea de Crédito fueron confiscatorias en sus efectos, y que los derechos de Acaverde emanados de la concesión dejaron de tener valor a raíz de la conjunción de los siguientes motivos: (a) el Ayuntamiento no hizo cumplir las

¹²³ Sr. Rodney Proto, transcripción del 7 de abril de 2003, 194.

disposiciones de exclusividad de la concesión, (b) frustró la construcción y operación del relleno sanitario y (c) llevó adelante una campaña de obstrucción (en colusión con Guerrero y Banobras) frente a los intentos de Acaverde de resolver la controversia. En suma, la Demandante alega que estas acciones y omisiones cometidas por el Ayuntamiento, Guerrero y Banobras tuvieron como resultado en su conjunto, una expropiación “indirecta” de la inversión de la Demandante, en violación del Artículo 1110.¹²⁴

159. Para responder a esa pregunta, no es necesario que este Tribunal resuelva las diferencias de interpretación que surgieron en el caso *Metalclad* entre el tribunal del TLCAN y la Suprema Corte de British Columbia.¹²⁵ Dejando a un lado cualquier cuestión sobre la amplitud de la definición de “expropiación” dada por el tribunal de *Metalclad* (al menos cuando se la considera aisladamente de los hechos de ese caso), el presente Tribunal no considera la conducta de México en el presente caso como equivalente a una expropiación de la empresa como tal, dentro del significado atribuido a dicho término en *Metalclad*. Acaverde en todo momento tuvo el control y uso de su propiedad. Pudo prestar servicios a sus clientes y cobrarles las tarifas por recolección de basura. Es cierto que el Ayuntamiento no puso a su disposición el terreno que había prometido para instalar el sitio de disposición de basura, pero que un Estado no proporcione su propio terreno a una empresa para algún propósito no se convierte en un acto de expropiación de la empresa simplemente porque esa omisión implique una violación de contrato. Asimismo, es cierto que las violaciones cometidas por el Ayuntamiento (a las cuales Guerrero no puso remedio sino sólo fueron remediatas en parte por Banobras) tuvieron el efecto de privar a Acaverde del “beneficio económico que razonablemente esperaría” del proyecto al menos por lo que respecta a las cuotas mensuales adeudadas por el Ayuntamiento. Pero eso es aplicable para cualquier violación seria de contrato: la pérdida de beneficios o expectativas no constituye criterio suficiente para establecer que hay una expropiación, aun cuando sea un criterio necesario.

¹²⁴ Memorial, párr. 5.8; Réplica, párr. 4.23.

¹²⁵ Ver párrafos 153-154 precedentes.

160. En opinión del Tribunal, una empresa no es expropiada sólo porque no se le pagan sus deudas o porque se violan otras obligaciones contractuales para con la misma. En el presente caso no hubo repudiación directa de la transacción y, si bien el Ayuntamiento firmó el Título de Concesión sobre la base de una evaluación excesivamente optimista de su potencialidad, también lo hizo Acaverde. No es función del Artículo 1110 indemnizar los emprendimientos comerciales que fracasan, ante la ausencia de una intervención arbitraria del Estado que equivalga a una paralización o confiscación virtual de la empresa.

161. La prueba más próxima de que México repudió directamente a la empresa que la Demandante pudo presentar fue la declaración del Presidente Municipal, pronunciada poco después de la entrada en vigor del Título de Concesión, en el sentido de que “se rectificará la obligación de contratar los servicios de Acaverde con el fin de eliminar lo que anteriormente se interpretaba como una imposición”.¹²⁶ Esto, por supuesto, se relaciona con un único aspecto de los acuerdos de la concesión, aunque un aspecto importante. Pero aunque un cambio unilateral e injustificado en la obligación de exclusividad pudiera haber equivalido a una expropiación, el hecho es que no se introdujo ningún cambio legislativo. La Demandante argumentó que esa declaración “efectivamente derogaba la ley”, pero el Tribunal no está de acuerdo. El Presidente Municipal no pretendía ejercer ninguna autoridad legislativa o modificar unilateralmente el contrato. No intervino adoptando acciones extrajudiciales, como sí hizo el intendente de Palermo cuando intervino en el caso *ELSI*. Dijo lo que debía hacerse, en su opinión, para calmar las inquietudes del público, inquietudes que indudablemente existían en aquel momento. Las declaraciones de este tenor hechas en forma individual por figuras políticas locales en el fragor del debate público pueden o no ser prudentes o apropiadas, pero no son equivalentes a una expropiación, a menos que se actúe en consecuencia negando los derechos en juego sin ofrecer compensación alguna. De hecho, ninguna amenaza pronunciada en ese momento o con posterioridad pasó a la acción. Aun cuando

¹²⁶ Ver párrafo 56 para la declaración y su contexto.

sí se hubiese adoptado alguna acción, la Demandante tenía a su disposición los recursos establecidos en el Título de Concesión y otros.

162. Por estas razones, el Tribunal no acepta que en este caso haya existido una expropiación de Acaverde o alguna medida equivalente a la expropiación de Acaverde como empresa.

(iii) ¿Hubo una conducta equivalente a la expropiación sobre los derechos contractuales de Acaverde?

163. Esta conclusión no agota, sin embargo, el caso planteado por la Demandante, por las razones presentadas en el párrafo 141 precedente. Aun cuando la empresa Acaverde no hubiese sido objeto de una conducta violatoria del Artículo 1110 si se la considera en su totalidad, es discutible si el rechazo o incapacidad permanente del Ayuntamiento de pagar sumas adeudadas conforme al Título de Concesión implicaron una expropiación, o al menos medidas equivalentes a una expropiación, de las sumas adeudadas. Tal como lo confirmó otro tribunal constituido de conformidad con el TLCAN en el caso *Mondev*, “the protection afforded by the prohibition against expropriation or equivalent treatment in Article 1110 can extend to intangible property interests”¹²⁷. La Demandante alegó que la falta de pago por el Ayuntamiento, que se prolongó por varios meses, constituyó una expropiación virtual de sus derechos contractuales equivalente a una violación del Artículo 1110.

164. Este tema fue planteado pero no resuelto en el caso *Azinian*.¹²⁸ En ese caso, las demandantes argumentaron que el incumplimiento fundamental respecto de un contrato de manejo de basura cometido por el Ayuntamiento en contra de su subsidiaria

¹²⁷ *Mondev International Limited c. los Estados Unidos de América*, Laudo del 11 de octubre de 2002, 6 ICSID Reports 192, 216 (párr. 98). “la protección otorgada por la prohibición contra la expropiación o trato equivalente en el Artículo 1110 puede expandirse a intereses sobre propiedad intangible”.

¹²⁸ *Azinian, Davitian & Baca c. los Estados Unidos Mexicanos*, Laudo del 1º de noviembre de 1998, 5 ICSID Reports 269.

mexicana constituyó una violación del Artículo 1110, invocando “abundancia de autoridad que considera la revocación de contratos de concesión como expropiación de derechos contractuales”.¹²⁹ El tribunal, habiendo subrayado que la prueba de una violación de contrato no es equiparable a una violación del Capítulo XI del TLCAN, respondió a este argumento en los siguientes términos:

“Las frases hechas... 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 efectos del afectado.”¹³⁰

El Tribunal observó, sin embargo, que la revocación por parte del Ayuntamiento en ese caso tomó la forma de una verdadera rescisión de contrato con causa justificada, justificación que fue respaldada por los tribunales mexicanos en procedimientos judiciales sobre los cuales no se alegó una denegación de justicia. En ausencia de denegación de justicia, el contrato mexicano no tenía ya existencia como fuente de derechos.¹³¹ A la luz de ello, no se planteó la cuestión del incumplimiento de contrato como conducta equivalente a una expropiación: era “innecesario considerar las cuestiones relativas al incumplimiento del Contrato de concesión”.¹³²

165. En este caso, en cambio, el Ayuntamiento en ningún momento pretendió invalidar o rescindir el Título de Concesión. Como lo sostuvo el Tribunal, sí intentó cumplir con sus obligaciones en varios aspectos. Al mismo tiempo, es innegable (y la Demandada tampoco pretendió negarlo) que el Ayuntamiento no cumplió con el Título

¹²⁹ Ibíd., 288 (párr. 89).

¹³⁰ Ibíd., 288 (párr. 90).

¹³¹ El tribunal subrayó que la omisión de las demandantes de alegar una denegación de justicia por las decisiones de los tribunales mexicanos fue fatal: “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”: ibíd., 290 (párr. 100).

¹³² Ibíd.

de Concesión durante gran parte de su duración, sobre todo en cuanto a la falta de pago de las cuotas mensuales. Por consiguiente, este caso plantea el interrogante sobre si un incumplimiento persistente y grave de un contrato por parte de un organismo del Estado puede constituir una expropiación del derecho en cuestión o, al menos, una conducta equivalente a la expropiación de tal derecho, a los fines del Artículo 1110.

166. La Demandante se basó en la autoridad de varios casos anteriores para proponer que el incumplimiento contractual y, en particular, la negativa a pagar una deuda, puede constituir una expropiación.

167. *George W. Cook c. México*¹³³ fue una decisión de la Comisión de Reclamaciones entre Estados Unidos y México constituida conforme a la Convención del 8 de septiembre de 1923.¹³⁴ Se trataba de una reclamación por giros postales realizados en 1913 y 1914 que no fueron pagados por las autoridades postales mexicanas en el momento de su presentación. La Comisión resolvió a favor de la demandante y rechazó la alegación de México de que la acción había prescripto porque el derecho a cobrar los giros vencía dos años después de su emisión. Cook había presentado las órdenes de pago dentro del período de dos años, las autoridades se habían negado a pagarlas, contrariamente a las disposiciones vigentes de la ley mexicana, y ahora México no podía usar su propia omisión como defensa en la reclamación. Un miembro de la Comisión, Nielsen, en una declaración con la que coincidieron los otros dos miembros, dijo que: “[b]y the failure of the Mexican authorities to pay the money orders in question in conformity with the existing Mexican law when payment was due... Cook was wrongfully deprived at the time of property in the amount [of the postal orders]”¹³⁵. Cabe señalar que la Comisión tenía competencia sobre todo tipo de reclamaciones hechas por

¹³³ *George W. Cook c. Estados Unidos Mexicanos*, Opinión del 3 de junio de 1927, 22 AJIL 189. Ver también A.H. Séller, *The Mexican Claims Commissions 1923-1934* (Nueva York, Macmillan, 1935) 179-80.

¹³⁴ *United States Treaty Series*, No. 678; 118 *British & Foreign State Papers* 1103.

¹³⁵ 22 AJIL 189, 191. “en virtud de la omisión de las autoridades mexicanas de pagar los giros postales en cuestión de conformidad con la legislación mexicana cuando dicho pago se adeudaba... Cook fue ilícitamente privado de su propiedad por el monto de los giros postales”.

nacionales de un Estado contra el Gobierno del otro Estado, las que eran decididas “conforme a los principios del derecho internacional, la justicia y la equidad”. De acuerdo con el Artículo V de la Convención:

“Las Altas Partes Contratantes, deseosas de efectuar un arreglo equitativo de las reclamaciones de sus respectivos ciudadanos, y concederles mediante ello compensación justa y adecuada por sus pérdidas o daños, convienen en que la Comisión no negará o rechazará ninguna reclamación alegando la aplicación del principio general de Derecho Internacional, de que han de agotarse los remedios legales como condición precedente a la validez o admisión de cualquier reclamación”.

Así, la competencia de la Comisión no dependía de que la conducta fuera calificada como expropiatoria; sin embargo, la Comisión la caracterizó en dichos términos.

168. Según la opinión del Tribunal, la negativa categórica de un Estado de honrar una orden de pago o instrumento similar pagadero conforme a su propia legislación bien puede constituir una expropiación efectiva o al menos una medida equivalente a una expropiación del valor de la orden de pago. Nada sugería que Cook, como beneficiario de la orden de pago, no tuviese derecho a que se le pagara. Como otros instrumentos de similar naturaleza, la orden de pago no era sólo un contrato ordinario: era un instrumento que representaba cierto valor que el Estado estaba obligado *ex facie* a pagar de conformidad con su propia legislación.

169. No obstante, el caso *Singer Sewing Machine Co. c. la República de Turquía*¹³⁶ se basó en el caso *Cook* para plantear la proposición más amplia de que una omisión por parte de un gobierno de pagar una deuda emanada de un contrato constituye una expropiación del monto adeudado y, por consiguiente, la Demandante presentó el caso *Singer* como antecedente ante este Tribunal. En ese caso, la Comisión de Reclamaciones entre Estados Unidos y Turquía sostuvo que la omisión del Gobierno de

¹³⁶ Referido en F.K. Neilson, ed., *The American-Turkish Claims Settlement Commission. Opinions and Report* (Washington, Government Printing Office, 1937), 490, citado en el Memorial de la Demandante, párr. 5.46-5.47.

Turquía de pagar las máquinas de coser que había acordado comprar podía entenderse como una confiscación del precio de compra de los bienes o bien como la destrucción o confiscación de los derechos de propiedad emanados de un contrato. De acuerdo con el informe de Nielsen, la Comisión expresó que:

“It cannot be said that the law of nations embraces any ‘Law of Contracts’ such as is found in the domestic jurisprudence of nations. International law does not prescribe rules relative to the forms and legal effect of contracts, but that law may be considered to be concerned with the action authorities of a government may take with respect to contractual rights. It is believed that in the ultimate determination of responsibility under international law, application can properly be given to principles of law with respect to confiscation, and that the confiscation of the property of an alien is violative of international law. If a government agrees to pay money for commodities and fails to make payment, the view may be taken that the purchase price of the commodities has been confiscated, or that the commodities have been confiscated, or that property rights in a contract have been destroyed or confiscated.”¹³⁷

170. El Intercambio de Notas entre los Estados Unidos y Turquía del 24 de diciembre de 1923, con base en lo que se emitió la decisión, no se limitaba a las reclamaciones por expropiación o incluso a reclamaciones por violaciones del derecho internacional en cualquier manera. El Intercambio de Notas contemplaba solamente que la Comisión...

“will proceed, with a view to determining the solutions which should be given them, to the examination of the claims presented by either Government within a period of six months from its constitution. The dossiers of the claims must contain

¹³⁷ Nielsen, 491. “No puede afirmarse que la legislación de las naciones abarque una ‘Ley de Contratos’ como la que se encuentra en la jurisprudencia interna de las naciones. El derecho internacional no prescribe reglas relativas a las formas y efectos legales de los contratos, pero puede considerarse que se ocupa de las acciones que las autoridades de un gobierno pueden tomar con respecto a los derechos contractuales. Se cree que, en la determinación última de la responsabilidad conforme al derecho internacional, puede otorgarse adecuadamente aplicación a los principios del derecho en materia de confiscación y que la confiscación de la propiedad de un extranjero es violatoria del derecho internacional. Si un gobierno acuerda pagar dinero por bienes y no cumple con ello, puede adoptarse la visión de que el precio de compra de los bienes ha sido confiscado, o bien que los bienes han sido confiscados, o que los derechos de propiedad emanados de un contrato han sido destruidos o confiscados”.

the documents establishing the nature, the origin, and the justification of each claim.”¹³⁸

Así, el dictamen de la Comisión arriba citado no era necesario a los fines de su decisión. Más aún, era demasiado amplio, en opinión de este Tribunal. Tomado literalmente, ese dictamen parece eliminar por completo la distinción entre violación de contrato y violación de un tratado.

171. Autoridades posteriores han procurado establecer una distinción entre la mera omisión o negativa a cumplir con un contrato, por una parte, y aquella conducta que cruza el umbral de la confiscación o expropiación, por la otra. El Tribunal adhiere a la visión expresada en el caso *Azinian* en el sentido de que tal distinción no se traza adecuadamente mediante el agregado de adjetivos (“atroz”, “notorio”, “flagrante” u otro).¹³⁹ Sin embargo, es necesario establecer *alguna* distinción: si ciertos casos de incumplimiento contractual pueden equivaler a una expropiación, debe ser posible decir, en principio, cuáles; de lo contrario, la distinción entre reclamaciones por incumplimiento de un contrato y por incumplimiento de un tratado desaparece.

172. Al hacer un análisis, los casos al parecer se clasifican en una serie de grupos. En primer lugar y tal vez el más conocido es el grupo que comprende aquellos casos en los que una empresa en su totalidad ve rescindido o frustrado su contrato, porque su funcionamiento es detenido simplemente por decreto o acto del ejecutivo, hecho por lo general acompañado de alguna otra conducta.¹⁴⁰ Así sucedió en muchos de los casos que

¹³⁸ Texto en CI Bevans, *Treaties and other International Agreements of the United States of America 1776-1949* (1974) vol. 11, 1105. “procederá, con miras a determinar las soluciones que deben ofrecérseles, al examen de las reclamaciones presentadas por cada Gobierno dentro de un período de seis meses desde su constitución. Los expedientes de las reclamaciones deben contener los documentos que establezcan la naturaleza, el origen y la justificación de cada reclamación”.

¹³⁹ Ver el párrafo 164.

¹⁴⁰ Así, en el caso *Rudloff*, el ayuntamiento rescindió unilateralmente el contrato y destruyó el edificio que la Demandante estaba construyendo en el terreno en cuestión: (1905) 9 RIAA 255, 259.

involucraron a empresas petroleras,¹⁴¹ y en muchos casos presentados ante el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos.¹⁴²

173. En segundo lugar, hay casos en los que se ha reconocido una confiscación de propiedad, por lo que se ven afectados los derechos contractuales asociados. En tales casos, el conjunto de derechos a ser compensados incluye todos los derechos contractuales y otros derechos incorpóreos asociados,¹⁴³ a menos que éstos sean separables y retengan su valor en poder de la demandante a pesar del embargo de la propiedad vinculada.

174. En tercer lugar, hay un grupo mucho más reducido de casos en los que el único derecho afectado es incorpóreo; éstos son los que más se aproximan a la reclamación actual por incumplimiento contractual. *Cook* fue un caso de este tipo y (si se lo clasifica adecuadamente como una instancia de expropiación, lo cual es dudoso) también lo fue *Singer Sewing Machine Co. c. la República de Turquía*. En tales casos, aseverar simplemente que “property rights are created under and by virtue of a contract” no es suficiente.¹⁴⁴ El mero incumplimiento de una obligación contractual no debe ser equiparado a la confiscación de una propiedad, como tampoco (a menos que esté acompañado por otros elementos) es equivalente a una expropiación. Cualquier parte de carácter privado puede incumplir sus contratos, mientras que la nacionalización y la expropiación son actos inherentemente gubernamentales, como se contempla por el uso del término “medida” en el Artículo 1110(1). Es cierto que, considerando la definición

¹⁴¹ Por ejemplo, *Libyan American Oil Company c. el Gobierno de la República Árabe Libia*, (1977) 62 ILR 141, 189-90. Ver también *Revere Copper & Brass, Inc. c. Overseas Private Investment Corporation* (1978) 56 ILR 258.

¹⁴² Ver los casos reseñados por GH Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford, Clarendon Press, 1996) capítulo 5.

¹⁴³ Ver, por ejemplo, *Starrett Housing Corporation c. el Gobierno de la República Islámica de Irán* (1987) 16 Iran-US CTR 112, 230-1 (párr. 361-2).

¹⁴⁴ “los derechos de propiedad se crean conforme a y en virtud de un contrato”. Ver *Shufeldt Claim*, (1930) 2 RIAA 1083, 1097. Éste fue un caso de invalidación legislativa de un acuerdo de concesión seis años después de su celebración.

inclusiva de “medida”,¹⁴⁵ uno podría concebir la conducta equivalente a una expropiación como aquella consistente en acciones y omisiones que no son específica o exclusivamente gubernamentales. De todos modos, la respuesta normal de un inversionista enfrentado a un incumplimiento de contrato por su contraparte gubernamental (cuando el incumplimiento no es el resultado del ejercicio de una prerrogativa del gobierno, como un decreto legislativo) es iniciar una demanda en los tribunales competentes para procurarse una reparación ante dicho incumplimiento. Es sólo cuando tal acceso a la justicia es vedado en lo jurídico o en la práctica que el incumplimiento puede convertirse en una denegación definitiva del derecho (por ejemplo la confiscación efectiva de la cosa en la acción), por lo que cabe invocar la protección del Artículo 1110.

175. El Tribunal concluye que una cosa es expropiar un derecho emanado de un contrato y otra cosa es incumplir el contrato. El incumplimiento por parte de un gobierno con obligaciones contractuales no es lo mismo ni es equivalente a una expropiación. En el presente caso, la Demandante no perdió sus derechos contractuales, los que podía libremente reclamar ante el foro contractualmente elegido. La ley sobre incumplimiento de contratos no se esconde en los intersticios del Artículo 1110 del TLCAN. Por el contrario, es necesario demostrar la privación efectiva de un derecho, privación no reparada por ningún recurso a disposición de la Demandante, lo que tiene el efecto de impedir el ejercicio de ese derecho a pleno o hasta cierto punto sustancial.

176. En opinión del Tribunal, esto no se ha probado en el presente caso. La cuestión de que se trata en este punto no es respecto de la negación definitiva de pagar (combinada con la obstrucción y la denegación efectivas de recursos jurídicos); se trata de negligencia y omisión a nivel contractual en el contexto de una empresa marginal, lo que no amerita considerarse como confiscación expropiatoria de derechos contractuales tal como surge de las decisiones analizadas anteriormente.

¹⁴⁵ El Artículo 201 define “medida” como “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”.

(iv) *Conclusión relativa al Artículo 1110*

177. Según la perspectiva del Tribunal, no es función del derecho internacional en materia de expropiación, tal como se refleja en el Artículo 1110, eliminar los riesgos comerciales normales que asume un inversionista extranjero,¹⁴⁶ o trasladarle a México el peso de indemnizar por el fracaso de un plan de negocios que, dadas las circunstancias, se fundaba en una base de clientes demasiado acotada y que dependía para su éxito de hipótesis insostenibles sobre captación de clientes y cumplimiento contractual. Una empresa a punto de quebrar no es expropiada sólo porque no se pagan las deudas o porque no se cumplen otras obligaciones contractuales. La posición podría ser diferente si los caminos jurídicos disponibles para procurar una reparación estuvieran obstaculizados o si seguirlos fuera evidentemente inútil frente a la intransigencia gubernamental. Pero éste no fue el caso. La decisión de la Demandante de no proseguir con el arbitraje de la CANACO puede resultar comprensible pero, atendiendo a todas las circunstancias, no significa que México haya incurrido en violación del Artículo 1110 tanto como del Artículo 1105.¹⁴⁷

178. Por todas estas razones, en opinión del Tribunal, no hubo nada que pudiese describirse acertadamente como una expropiación por parte de México de la propiedad, los activos o la inversión de Waste Management, o como una medida equivalente a una expropiación, de conformidad con el significado del Artículo 1110 del TLCAN. El reclamo planteado por la Demandante con base en el Artículo 1110, al igual que el fundado en el Artículo 1105, debe, pues, rechazarse.

¹⁴⁶ Cf. *Marvin Feldman c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo del 16 de diciembre de 2002, párr. 111.

¹⁴⁷ Ver los párr. 118-132 para un análisis de los recursos planteados por Acaverde en el contexto del Artículo 1105.

D. GASTOS Y COSTAS

179. Respecto de las costas y los gastos del procedimiento, no surge ninguna cuestión respecto de las costas del primer procedimiento, tema ya abordado por el primer Tribunal.¹⁴⁸

180. En su decisión del 26 de junio de 2002, este Tribunal reservó la cuestión de las costas vinculadas con la objeción preliminar planteada por México, sobre la cual la Demandante tuvo éxito.

181. Como desafortunadamente suele ser muy común, hubo una gran cantidad de cuestiones interlocutorias planteadas por ambas partes durante el procedimiento.

182. En relación con el fondo, en opinión del Tribunal los procedimientos fueron conducidos de manera expeditiva y eficiente por los representantes de ambas partes.

183. No existe ninguna regla en el arbitraje internacional en cuanto a que las costas deben recaer en quien pierde el caso. De igual modo, sin embargo, el Tribunal no acepta que exista una práctica en el arbitraje sobre inversiones (como tal vez haya, al menos *de facto*, en arbitrajes interestatales y en la Corte Internacional) según la cual cada parte deba pagar sus costas. En última instancia, la cuestión de las costas está a discreción del Tribunal, que tiene en cuenta el resultado del procedimiento y otros factores pertinentes.

184. En circunstancias en las que la conducta del Ayuntamiento no se ha mostrado en absoluto más allá de toda crítica, el Tribunal concluye un resultado justo

¹⁴⁸ *Waste Management, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Laudo del 2 de junio de 2000, 5 ICSID Reports 443, 461-2.

sería que cada parte solvente sus propias costas y gastos legales y que las costas y los gastos del Tribunal sean pagadas en partes iguales por ambas partes.

LAUDO

Por las razones antes expuestas, el Tribunal unánimemente decide:

- (a) que se admite la reclamación de conformidad con el Capítulo XI del TLCAN;
- (b) que la conducta del Demandado objeto de la reclamación no implica una violación de los Artículos 1105 o 1110 del TLCAN;
- (c) que por lo tanto se desecha en su integridad la reclamación de Waste Management;
- (d) cada Parte debe cubrir sus propias costas y la mitad de las costas y gastos de este procedimiento.

Hecho en Washington, D.C. en Inglés y en Español, siendo ambas versiones igualmente auténticas.

Profesor James Crawford
Presidente del Tribunal

Fecha:

Sr. Benjamin R. Civiletti
Arbitro

Fecha:

Sr. Eduardo Magallón Gómez
Arbitro

Fecha: