



ANTE EL HONORABLE TRIBUNAL ESTABLECIDO BAJO EL
CAPITULO XI DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA
DEL NORTE (TLCAN)

ROBERT AZINIAN Y OTROS
DEMANDANTES

VS.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
DEMANDADO

ESCRITO DE CONTESTACION DE LA DEMANDA

CONSULTOR JURÍDICO DE LA PARTE DEMANDADA:
Hugo Perezcano Díaz

ASISTIDO POR:

Secretaría de Comercio y Fomento Industrial
Carla Tochijara Vargas

Thomas & Davis
Christopher Thomas
J. Cameron Mowatt
Máximo Romero Jiménez
Katharina A. Byrne
Alejandro Posadas Urtusuástegui
Laura De Munain

Shaw, Pittman, Potts & Trowbridge
Stephan E. Becker
Nancy A. Fischer

ESTRUCTURA DEL ESCRITO DE CONTESTACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El escrito de la parte demandada se divide en cuatro partes y seis anexos:

PARTES I. Introducción
PARTES II. Relación de Hechos
PARTES III. Argumentos Jurídicos
PARTES IV. Defensa a la Demanda de Danos

ANEXOS UNO: Aceptación de los Hechos Aseverados por la Parte Demandante

ANEXOS DOS: Lista de personas relevantes

ANEXOS TRES: Declaración de los Testigos que la Parte Demandada

Testigos:

- A. Sr. Raul Romo Velázquez
- B. Sr. James Hodge
- C. Sr. J. Cameron Mowatt
- D. Dr. Carlos Felipe Dávalos
- E. Sr. Francesco Piazzessi
- F. Patricia Tejeda
- G. Sr. Emilio Sánchez
- H. Dr. Oscar Palacios Gómez

ANEXOS CUATRO: Dictamen Pericial del Instituto de Investigaciones Jurídicas

ANEXOS CINCO: Dictamen Pericial del David Schwickerath

ANEXOS SEIS: Apéndices

TABLA DE CONTENIDO

PARTE I.	INTRODUCCIÓN	1
PARTE II.	RELACIÓN DE HECHOS	
A.	Hechos que fueron omitidos	2
B.	Acontecimientos que precedieron y sucedieron al acto de nulidad ...	10
C.	Hechos adicionales pertinentes	43
PARTE III.	ARGUMENTOS JURÍDICOS	
A.	Interpretación del TLCAN – Disposiciones Aplicables: artículo 102 .	52
B.	Cuestiones Preliminares	52
1.	La reclamación en su totalidad está fundamentada en declaraciones falsas	52
2.	No hubo inversión conforme a la definición del TLCAN ...	54
a.	Los demandantes no han demostrado haber destinado capital alguno	55
b.	Los demandantes no han probado no han probado haber realizado una inversión en una empresa o en acciones de la misma, ni que tienen derecho a participar en su ingresos	56
1.	La concesión nunca fue otorgada válidamente a la versión de DESONA de la que los demandantes alegan ser propietarios	57
2.	Los demandantes no tenían la capacidad de desempeñar la concesión	57
c.	Los demandantes no han probado que alguno de ellos hayan realizado un préstamo a la empresa	58
3.	Cuestiones adicionales sobre la legitimación procesal de los presuntos inversionistas	58
C.	La respuesta de la demandada a reclamaciones específicas	59
1.	Los procedimientos judiciales internos y su relevancia en este procedimiento	60
2.	Artículo 1105: trato justo y equitativo así como protección y seguridad plenas	64
a.	Trato justo y equitativo – contenido de la norma ...	64
b.	Protección y seguridad plenas – contenido de la norma	66
c.	Otros niveles de trato acorde con el derecho internacional	67
3.	Terminación de la concesión sobre la base del incumplimiento no equivale a una expropiación	67
PARTE IV.	DEFENSA EN RELACIÓN CON LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS	
A.	Introducción	70
B.	Incapacidad para Desahogar la Carga de la Prueba	72
C.	Incapacidad para Aducir Evidencia Coherente sobre el Valor Justo de Mercado de DESONA	77
D.	Los Ingresos de DESONA y Proyecciones de Costos son Refutados por las pruebas	78
E.	La Oferta de Sanifill – Falta de Valor Probatorio	81
F.	Método de Valuación	82
1.	El Método DFC es Inapropiado cuando la Inversión no consiste en un Valor Corriente.	82

ESCRITO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE CONTESTACION A LA DEMANDA

PRIMERA I: INTRODUCCION

1. La demandada sostiene que los demandantes carecen de legitimidad para instaurar este procedimiento al amparo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte ("TLCAN"). El Tribunal Arbitral podrá apreciar que la situación jurídica derivada de su fallido intento por operar la concesión de disposición de desechos sólidos en el Municipio de Naucalpan de Juárez, Estado de México, fue determinada de manera plena con justicia, conforme al sistema jurídico mexicano. Inconformes con el resultado, los demandantes han iniciado esta acción con el en un intento por convertir este Tribunal Arbitral en tribunal de apelación con objeto de revisar esa determinación.

2. En primer término, el escrito de contestación a la demanda (el escrito de contestación) presentará al Tribunal Arbitral una serie de hechos a los que los demandantes no hicieron referencia. Estos hechos son de suma importancia, y su análisis Tribunal permitirá al tribunal para comprender por qué fue anulada la concesión. En seguida, el escrito de contestación a la demanda detallará tanto los eventos que dieron lugar a la nulidad de la concesión, como los que le sucedieron. Posteriormente, el escrito presentará hechos adicionales que son fundamentales para la determinación de este asunto. El Anexo 1 contiene las afirmación y negación de los hechos aducidos por los demandantes, conforme lo requiere el Artículo 38 (3) del Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI.

3. Para facilitar su referencia, la demandada incluirá al Sr. Ariel Goldenstein al utilizar el término "demandantes". Por ningún motivo podrá considerarse que ello implica la admisión de que el Sr. Goldenstein tiene derecho alguno para hacer valer una reclamación conforme a este procedimiento o cualquier otro establecido en el TLCAN. Antes bien, responde a que el Sr. Goldenstein ha asumido el papel de "cuasi-demandante" al haber supuestamente cedido su participación en Desechos Sólidos de Naucalpan S.A. de C.V. ("DESONA") al Sr. Robert Azinian, con la esperanza de que el Sr. Azinian pudiera efectuar alguna reivindicación por cuenta de aquél, ante un fallo determinara el pago de daños. Según se argumentará más adelante, este es un intento evidentemente insostenible eludir los requisitos de legitimación que establecen los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN.

4. No obstante que conforme a derecho el Sr. Goldenstein no está legitimado para realizar una reclamación al amparo del TLCAN, ha sido el participante más activo en este procedimiento de los directivos de DESONA. El Tribunal recordará que fue el Sr. Goldenstein, y no los demandantes, quien, bajo protesta de decir verdad, so pena de ser procesado por falsedad de declaraciones, afirmó, por ejemplo, que las aseveraciones hechas en respuesta a la solicitud de la

demandada de proveer mayor información eran verdaderas. Toda vez que el Sr. Goldenstein jugó un papel central en los hechos de esta controversia, y únicamente por razones de conveniencia, será incluido en el término “demandantes”.

5. Por otro lado, la demandada señala que la demandante Ellen Bacca parece haber tenido muy poca participación en los hechos en cuestión, y su presencia obedece únicamente a que como parte de un arreglo matrimonial, aparentemente recibió las supuestas acciones del Sr. Kenneth Davitian en la versión de DESONA que presuntamente celebró el contrato de concesión.

6. Es importante notar que confusión con respecto a la identidad de DESONA. Las diferentes versiones de DESONA serán analizadas en la Sección IV, titulada “Hechos Adicionales”. Para los efectos de este escrito, el término “Global/DESONA” se refiere a una entidad administrada por los individuos que aparentemente eran propietarios de Global Waste Industries, Inc., quienes constituyeron una empresa que firmó el contrato de concesión (DESONA B), aun cuando el titular de la concesión en ese entonces era DESONA I.

PARTE II: RELACIÓN DE HECHOS

A. Hechos que fueron omitidos

7. El escrito de demanda omite abordar ciertos hechos fundamentales que son determinantes en esta reclamación.

La suerte del consorcio

8. La demanda describe el origen y la teoría en torno del proyecto para la llamada “Solución Integral”, pero no le informa al Tribunal sobre lo que en realidad sucedió. Lo que se infiere es que el proyecto fue implementado como inicialmente fue concebido y presentado al ayuntamiento y en los términos que éste lo aprobó el 4 de noviembre de 1992. Como se observará, esto está muy lejos de la verdad.

9. El proyecto para la Solución Integral, según le fue presentado al ayuntamiento, debía de ser llevado a cabo por un consorcio de empresas: Global Waste Industries, Inc. (Global), Bryan Stirrat & Associates (BAS), Sunlaw Energy Corporation (Sunlaw) y México-Diesel Elctromotive, S.A. de C.V. (México Deiesel) (esta última se afilió con Sunlaw para constituir la empresa mexicana denominada Sunlaw de México, S.A. de C.V. con objeto de participar en el proyecto).

10. El Tribunal Arbitral podrá apreciar que los demandantes se ostentaron como accionistas y directivos de Global¹. La evidencia generada por el propio Sr. Goldenstein demuestra, sin embargo, que, aunque fungía como vicepresidente de Global, ni él ni el Sr. Azinian tenían participación alguna en Global. El Sr. Davitian sí tenía una participación; pero sólo era titular del 15% de las acciones de la empresa. Más aún, no obstante se manifestó que el Sr. Azinian era el presidente de Global², de hecho no ocupaba cargo alguno dentro de la empresa³.

11. Para los efectos de este escrito, basta señalar que los señores Azinian y Goldenstein se ostentaban como propietarios de Global y el primero de ellos como presidente de la empresa. Por tal razón, se hará referencia a ellos como “los presuntos propietarios” de Global. Aparentemente constituyeron, junto con el Sr. Davitian, una de las versiones de DESONA, lo cual se abordará más adelante.

12. La demanda hace referencia e incluye como anexo el Memorando de Entendimiento (MDE) que fue firmado por Global, Sunlaw y BAS el 3 de noviembre de 1992, un día antes de que se otorgara la concesión. El testimonio del Sr. Raúl Romo de Sunlaw de México es que ciertamente Sunlaw firmó el MDE que estableció la forma como se conformaría el consorcio; pero para el 20 de enero de 1993 (sólo dos meses después de su firma), Sunlaw informó a Global que no participaría con este último sobre la base del memorando.

13. El Sr. Robert Danziger, Presidente de Sunlaw, sostuvo una reunión con los Sres. Azinian y Davitian el 19 de enero de 1993. En una carta que dirigió al Sr. Azinian el día siguiente, el Sr. Danziger reiteró las objeciones de Sunlaw respecto del establecimiento de una relación con Global con base en lo que el MDE del 3 de noviembre contemplaba, e informó al Sr. Azinian lo siguiente:

“Se hace referencia... al Memorando de Entendimiento fechado el 3 de noviembre de 1992. Ya que está claro que, por lo menos tres elementos sustanciales del memorando no pueden llevarse a cabo, la posición que abajo se establece sustituye y prevalece sobre el memorando.

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

-
1. En la respuesta a la solicitud de la demandada de información específica, se manifestó que los Sres. Azinian, Davitian y Goldenstein tenían, cada uno, el 33% de participación en Global.
 2. El “perfil empresarial” de Global Waste Industries, Inc. en español, elaborado por los demandantes describe al Sr. Azinian como “Presidente” de Global. Véase Anexo 1.
 3. Véase la Declaración de Situación Financiera de Global Waste Industries, Inc., elaborada por el Sr. Goldenstein, bajo protesta de decir verdad, y presentada ante el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos, del 11 de junio de 1992, contenida en el Anexo 2 del Incidente de la Demandada mediante el cual se Solicitan Instrucciones para que se Responda la Solicitud de Información Específica y Documentos, del 8 de junio de 1998 (en lo sucesivo “el incidente de la demandada del 8 de junio de 1998”).

muy serios de comunicación que requieren la implementación de medios alternativos para poder avanzar."⁴ [Énfasis propio]

14. Evidentemente, según se desprende de estos párrafos, Sunlaw estaba molesto y preocupado por el proceder de Global durante los dos meses que siguieron a la firma del MDE. El Sr. Danziger a continuación expuso la posición de Sunlaw en los siguientes términos:

"La posición de Sunlaw es que ahora es responsabilidad de Global/DESONA completar su acuerdo con el Municipio de Naucalpan y cumplir con todos los requerimientos federales, estatales y locales. La selección de Global/DESONA en relación con la recolección y reciclaje de basura es potestad únicamente del Municipio de Naucalpan y no interferiremos en ese proceso. Nos ha manifestado que su posición con Naucalpan está asegurada y no tenemos razones en este momento para creer lo contrario, aunque entendemos que continúan las negociaciones, los contratos no han sido firmados, aún no se obtienen las autorizaciones federales, y DESONA pronto tendrá que exhibir la fianza de cumplimiento. Estaría en el mejor interés de todos que completen todos estos requisitos rápidamente."⁵ [Énfasis propio]

15. En lugar del MDE, el Sr. Danziger declaró que Sunlaw no se asociaría en forma cercana con Global/DESONA:

"Global/DESONA y Naucalpan serán los responsables de negociar con la CFE [la Comisión Federal de Electricidad] o con cualquier otra parte el pago de los servicios realizados por Global/DESONA. Si se solicita a Sunlaw que reciba fondos de la CFE o de cualquier otra parte en su nombre o para beneficio de Global/DESONA, Sunlaw realizará sus mejores esfuerzos al efecto, sujeto a todas las exigencias de nuestros financieros, prestamistas y accionistas, así como de las legislaciones mexicana y estadounidense."⁶

16. Según se indica en la propia carta, se marcó copia al Sr. Bryan Stirrat y el Sr. Danziger envió otra copia al Sr. Romo.

17. Es así que, con posterioridad al 20 de enero de 1993, de conformidad con la evidencia del Sr. Romo, el socio del Sr. Danziger en el proyecto de energía, la parte relativa a la generación de electricidad procedió por una vía distinta del asunto de recolección de basura. Durante todo el periodo que se extendió hasta finales de octubre de 1993, justo antes de que DESONA B firmara el contrato de concesión, Sunlaw de México tuvo alguna relación con funcionarios municipales, pero principalmente trató con funcionarios federales en materia de energía. Prácticamente No tuvo relación con Global/DESONA misma por las razones expuestas en la carta del Sr. Danziger⁷.

-
4. Carta del Sr. Robert Danziger al Sr. Robert Azinian, fechada el 20 de enero de 1993, Anexo 2 a la declaración testimonial del Sr. Raúl Romo.
 5. Ibid.
 6. Ibid.
 7. Declaración testimonial del Sr. Raúl Romo.

18. El testimonio del Sr. Romo indica que en marzo de 1993, el Sr. Abel Duarte, Director de Desarrollo Económico y Promoción del municipio, informó a Sunlaw que había errado al calcular las el consumo de energía. En lugar de tener una capacidad de consumir 200 megavatios, se consumían únicamente de 15 a 20 megavatios en el municipio. Esto hacía que el proyecto simplemente no resultara económicamente viable. En los meses siguientes, el Sr. Duarte intentó ampliar el área geográfica del proyecto mediante acercamientos a los municipios vecinos con la esperanza de que tuvieran interés en consumir la energía que se generaría⁸.

19. Adicionalmente, Sunlaw de México se dio cuenta que el biogás generado en el relleno de Rincón Verde no proveería un suministro de combustible de calidad suficiente para abastecer la planta de energía eléctrica. Tendría que complementarse con gas natural hasta en un 90%, lo cual requeriría la construcción de gasoducto hasta el sitio donde se ubicaría la planta, con el incremento correspondiente en el costo⁹.

20. A finales de octubre de 1993, era claro que no iba a ser posible encontrar sustitutos para cubrir el déficit en la demanda anticipada y que el proyecto de electricidad —que, como señala el Sr. Romo, sería el componente que financiaría el resto del proyecto de recolección de desechos sólidos, incluida la compra de camiones de basura con tecnología de punta— no era económicamente viable. Por tal motivo, declara que fue entonces que Sunlaw de México perdió interés en el proyecto¹⁰.

21. El Sr. Romo manifiesta que la inclusión de la fase de generación de energía eléctrica en el contrato de concesión que Global/DESONA firmó no tenía sentido porque las proyecciones financieras sobre las que se basaban no funcionarían, de manera que no sería posible implementarlo. Estima que cualquier otra empresa de en el ramo de energía que examine el proyecto llegaría a la misma conclusión¹¹.

22. Esto explica por qué la demanda dedica un espacio considerable a la descripción del Proyecto para la Solución Integral, pero omite explicar la razón por la cual la empresa líder del proyecto, Sunlaw de México, que tenía la experiencia técnica y el capital necesario para desarrollar el proyecto, desapareció de la escena y no formó parte de la concesionaria. Como se suponía que Sunlaw de México financiaría el proyecto, su ausencia del contrato final desde luego destaca uno de los problemas fundamentales que Global/DESONA enfrentó al ejecutar el contrato de concesión: a saber, allegarse los fondos necesarios para pagar los camiones y el equipo con tecnología de punta que prometió proporcionar.

23. En la medida en que la demanda aduce evidencia sobre la fase de generación de energía eléctrica relativa a la concesión según fue concebida originalmente, se sugiere falsamente que ese material fue elaborado por Global/DESONA, siendo que fue tomada de documentos preparados por Sunlaw de México o por una de las dos sociedades que la integran.

8. Ibid.

9. Ibid.

10. Ibid.

11. Ibid.

24. En relación con el otro supuesto miembro del consorcio, Bryan A. Stirrat & Associates (BAS), la demandada no ha podido definir con precisión la naturaleza de su participación en el proyecto. Es claro que BAS continuó realizando negocios con Global, a pesar de la copia que el Sr. Danziger aparentemente le remitió al Sr. Stirrat copia de la carta del 20 de enero de 1993. El Sr. Stirrat también, asistió a reuniones claves como a la sesión del cabildo municipal del primero de junio de 1994 en la que DESONA defendió la forma en que operó al amparo de la concesión.

25. Tanto los demandantes como el propio Sr. Stirrat han declarado ante el Tribunal que BAS era un mero subcontratista de Global/DESONA y que se le debe dinero por la prestación de servicios¹².

26. La investigación que realizó la demandada en relación con la reclamación reveló evidencia en el sentido de que la relación entre el Sr. Stirrat y Global/DESONA era mucho más cercana de lo que se manifestó al Tribunal. En primer lugar, el testimonio del Sr. Jim Hodge, quien anteriormente trabajaba en la empresa *Regional Disposal Company* (RDC) con sede en el Estado de Washington, demuestra que a finales de diciembre 1993, un mes después de que la concesión entrara en vigor, fue contactado por un empleado de BAS para averiguar si su empresa tenía interés en invertir en Global/DESONA. De hecho, a principios de enero de 1994, visitó Naucalpan con su superior, para examinar las operaciones de Global/DESONA. Fueron acompañados por el propio Sr. Stirrat¹³.

27. En segundo lugar, a principios de 1994, después de que RDC rechazó la oferta para invertir en DESONA, el Sr. Stirrat contrató a un agente, el Sr. Mike Carolan, para tratar de atraer inversionistas a Global/DESONA. Una de las personas a las que el Sr. Carolan contactó fue el Sr. Sam Maphis de Boulder, Colorado. Del expediente que el Sr. Maphis proporcionó a la demandada, se desprende con claridad que él entendió que el Sr. Stirrat era propietario de Global/DESONA y no un subcontratista¹⁴.

28. En un principio, el Sr. Stirrat había aceptado contestar preguntas que le formuló la demandada. Así, con el propósito de obtener mayor información sobre este punto, el 1 de julio de 1998 la demandada envió un cuestionario detallado al Sr. Stirrat en el que le preguntó, entre otras cosas, sobre en el alcance de su participación en DESONA, si es que tenía alguna¹⁵. Después de contactarlo en repetidas ocasiones para preguntar si tenía la intención de responder, el 24 de septiembre de 1998, el Sr. Stirrat envió una carta a los abogados de la demandada negándose a contestar las preguntas realizadas¹⁶.

29. La demandada tiene la intención de referirse a las actividades del Sr. Stirrat posteriormente, en la fase oral de este procedimiento.

12. Véase el escrito de demanda, sección 6, p. 1.

13. Declaración testimonial del Sr. Jim Hodge.

14. Declaración testimonial del Sr. J. Cameron Mowatt

15. Ibid.

16. Ibid.

Las declaraciones falsas fundamentales que se hicieron al Ayuntamiento

30. Por obvias razones, la demanda constantemente pretende distanciar a Global/DESONA y al Sr. Goldenstein de las declaraciones que éste hizo para inducir al ayuntamiento a otorgarle la concesión. Se argumenta que sus declaraciones (y otras hechas en la sesión del 4 de noviembre de 1992) son irrelevantes porque algunas de ellas no se reflejaron en el contrato que supuestamente formalizó la concesión. Sin embargo, la administración municipal que anuló la concesión concluyó que se habían hecho importantes declaraciones falsas ante el ayuntamiento.

31. No obstante que Global/DESONA fue citada a una audiencia para que, en respuesta a las conclusiones del ayuntamiento, proporcionara una explicación y las pruebas que demostraran lo contrario, la empresa no lo hizo. Global/DESONA tuvo una oportunidad para responder por escrito. En su contestación, Global/DESONA se concentró en la presunta falta de capacidad del ayuntamiento para anular la concesión; pero no se refirió a sus conclusiones substantivas.

32. La demanda omite señalar el hecho de que en las solicitudes iniciales que la empresa hizo al municipio en relación con la concesión de disposición de desechos sólidos y en su presentación ante el ayuntamiento, Global declaró falsamente su verdadera situación en cuanto a su experiencia y la completa falta de capacidad financiera. Algunas de las declaraciones falsas más importantes incluyen las siguientes:

- a) Global preparó un perfil corporativo en español, en el que señaló que tenía “más de 40 años de experiencia” y que “era considerada como una empresa líder en la industria”¹⁷. Estas declaraciones eran falsas. Una búsqueda en el Registro Público del Estado de California demuestra que lejos de tener la experiencia que decían, la empresa se había constituido únicamente seis meses antes de realizar estas aseveraciones y dieciséis meses antes de comparecer ante el ayuntamiento¹⁸. Adicionalmente, de sus directivos, sólo el Sr. Davitian tenía alguna experiencia, pero no más de 40 años que le pudieran ser atribuidos a la empresa.
- b) El 28 de mayo de 1992¹⁹, Global se declaró en bancarrota ante el Tribunal de Quiebras de los Estados Unidos, cerca de seis meses *antes* de que el Sr. Goldenstein compareciera ante el ayuntamiento y explicara los planes de la empresa para proporcionar camiones y equipo nuevos, clausurar el relleno sanitario de Rincón Verde y convertirlo en un parque recreativo, y realizar una inversión de 60,000,000 de nuevos pesos (20 millones de dólares)²⁰. El ingreso total anual de Global, de acuerdo con la declaración testimonial efectuada bajo

17. Véase Anexo 1.

18. Véase Anexo 2.

19. Véase los registros de la quiebra de Global Waste Industries, Inc. contenidos en el Anexo 1 del incidente de la demandada del 8 de junio de 1998.

20. Véase Anexo 3: Acta de la sesión de cabildo del 4 de noviembre de 1992.

protesta de decir verdad, presentada por Goldenstein en el procedimiento de quiebra, era de 30,000 dólares²¹.

- c) Durante todo el periodo que precedió a la presentación efectuada ante el ayuntamiento, tanto a través de correspondencia escrita con el municipio, como en el perfil de la empresa, el Sr. Azinian se ostentó como el Presidente de Global²². Sin embargo, en la Declaración sobre la Situación Financiera de la empresa presentada en el procedimiento de quiebra de la empresa en Estados Unidos, el Sr. Goldenstein manifestó bajo protesta de decir verdad que el Sr. Davitian, y no el Sr. Azinian, era el Presidente²³.
- d) De hecho, el Sr. Azinian ni el Sr. Goldenstein tenían experiencia alguna en el negocio de la basura. El Sr. Azinian había operado diversos negocios, tales como Da Azini, Inc., Two Roberts Shoe Co., RA RA RA Shoe Inc. Corp., Black Night Production, Inc., y American Mall Management, y, a finales de los años ochenta, antes de declararse personalmente en quiebra en diciembre de 1990, había tenido una participación de 5% en una gasolinera²⁴.
- e) El Sr. Azinian tiene un abundante historial de demandas en su contra (por lo menos 34 en el área de Los Ángeles en el periodo en que fue otorgada la concesión). La mayoría involucraban reclamaciones por incumplimiento de contratos o falsedad de declaraciones. Por ejemplo, en 1989, Mitsui Manufacturers Bank lo demandó ante el Tribunal Superior de Los Ángeles por incumplimiento de contrato y obtuvo una resolución en contra de aquél por 250,300 dólares²⁵.
- f) El Sr. Davitian también tenía un historial de negocios infructuosos y demandas en su contra. En forma similar a las demandas en contra del Sr. Azinian, sus demandas involucran incumplimiento de contratos y falsedad de declaraciones. La demandada ha podido detectar nueve resoluciones emitidas en rebeldía en contra del Sr. Davitian²⁶.
- g) La experiencia del Sr. Goldenstein en materia de negocios se limitaba a la propiedad de un restaurante en Los Ángeles conocido como "Johnny Rockets"²⁷.

21. Véase los registros de la quiebra de Global Waste Industries, Inc. contenidos en el Anexo 1 del incidente de la demandada del 8 de junio de 1998.

22. Véase Anexo 6 del Incidente de la demandada del 8 de junio de 1998.

23. Véase Anexo 2 del Incidente de la demandada del 8 de junio de 1998.

24. Véase Anexo 4 del Incidente de la demandada del 8 de junio de 1998.

25. Mitsui Manufacturers Bank v. Azinian, Los Angeles Superior Court, File Number 707381C, sentencia de fecha 08/09/89. Véase Anexo 4 del Incidente de la demandada del 8 de junio de 1998.

26. Véase Anexo 5 del Incidente de la demandada del 8 de junio de 1998.

27. Véase Anexo 4.

Los procedimientos ante tribunales mexicanos

33. Al final de su declaración testimonial, el Sr. Azinian comenta en forma confusa lo siguiente:

“Tratamos de conseguir un amparo por medio de cortes administrativas las que no actuaron. Entiendo que hemos perdido nuestros esfuerzos de amparo porque no respondimos a las alegaciones dentro de los 4 días. Entiendo también que no se [sic] nos fue otorgado un día en la corte respecto a los daños que sufrimos por haber perdido el contrato.”²⁸

34. En forma similar, aunque que la demanda hace una referencia muy breve a los procedimientos jurídicos internos, no hace justicia a lo que en realidad sucedió una vez iniciado el procedimiento de nulidad. Después haber sido notificada de las 27 irregularidades detectadas por el Ayuntamiento, Global/DESONA inmediatamente presentó una acción ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para impugnar la decisión de iniciar el procedimiento de nulidad.

35. El testimonio del Dr. Carlos Felipe Dávalos Mejía, asesor jurídico externo contratado por el municipio, muestra que, cuando tuvo que presentar su defensa por sus actos, el municipio lo hizo. El Dr. Dávalos asesoró al municipio en cuanto a la nulidad de la concesión y lo defendió en los procesos subsecuentes²⁹.

36. El Dr. Dávalos señala que, mientras que presentó numerosas pruebas para soportar la defensa de la actuación del municipio, Global/DESONA no lo hizo así. El municipio presentó tres peritajes, incluidos uno sobre los gastos financieros que el municipio se vio obligado a realizar mientras la concesión era operada por Global/DESONA. El “peritaje” de Global/DESONA constaba de *una sola página* que se supuestamente reflejaba los gastos de la empresa. No resultó sorprendente que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo lo declarara incompleto³⁰.

37. El Dr. Dávalos también testifica que, tras haber sido confirmada la nulidad, DESONA apeló ante la Sala Superior del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Una vez más, la Sala resolvió en favor del municipio. En esa ocasión, la nulidad fue confirmada sobre la base de 9 de las 27 irregularidades. La Sala sostuvo *la primera de las nueve irregularidades identificadas* era suficiente para sustentar la nulidad³¹.

38. También testifica que DESONA promovió entonces un amparo ante un tribunal colegiado de circuito. Después de considerar minuciosamente el asunto, el tribunal colegiado también determinó que la actuación del municipio se justificó plenamente³².

28. Declaración testimonial del Sr. Azinian, en la página 5.

29. Véase declaración testimonial del Dr. Carlos Dávalos.

30. Ibid.

31. Sentencia de la Sala Superior, de fecha 17 de noviembre de 1994. Véase Anexo 31.

32. Sentencia del Tribunal Colegiado De Circuito, de fecha 18 de mayo de 1995. Véase Anexo 33.

B. Acontecimientos que precedieron y sucedieron al acto de nulidad.

La concesión

39. Como lo señalan los demandantes, la administración municipal de Naucalpan encabezada por el Presidente Municipal, Mario Ruiz de Chávez, otorgó una concesión.

40. El Ayuntamiento otorgó la concesión el 4 de noviembre de 1992. La concesión involucraba la recolección y reciclaje de desechos municipales; el saneamiento y clausura del relleno sanitario en Rincón Verde y el desarrollo de un parque deportivo en el sitio una vez clausurado; el desarrollo de un relleno sanitario nuevo en el Corral del Indio; y la construcción de una planta para la generación de energía eléctrica con utilización del biogás emitido por el relleno.

41. En esencia, la concesión fue aprobada en los siguientes términos: la concesión sería operada por un consorcio de cuatro empresas: Global Waste Industries, Inc., Sunlaw Energy Corporation, México-Diesel Electromotive S.A. de C.V. y Bryan A. Stirrat & Associates. El proyecto sería financiado completamente por el consorcio que, sin embargo, sólo detentaría el 90% del capital social, toda vez que el municipio sería titular del 10% restante, sin necesidad de inversión de su parte. El 90% del capital social detentado por el consorcio estaría integrado por un 45% de capital estadounidense y un 45% de capital mexicano³³.

42. Como se pretendía que la duración de la concesión fuera por un periodo de 15 años, era necesario someterla a la aprobación de la Legislatura del Estado. La aprobación se otorgó el 17 de agosto de 1993.

43. Entonces se llevaron a cabo las negociaciones para formalizar los términos de la concesión. Los resultados de las negociaciones pretendían formalizar los términos de la concesión.

44. El contrato de concesión fue firmado por los señores Robert Azinian y Ariel Goldenstein, por parte de Global/DESONA, y por el Presidente Municipal Ruiz de Chávez y el Secretario Municipal Chávez Tello, por parte del municipio.

45. El contrato de concesión entró en vigor el 15 de noviembre de 1993.

El desempeño al amparo del contrato de concesión

46. El del 23 de diciembre de 1993 o alrededor de esa fecha, antes de ocupar el cargo oficialmente, el Director General de Desarrollo Económico y Promoción entrante, el Sr. Francesco Piazzesi di Villamosa, y el Presidente Municipal electo, Enrique Jacob Rocha, se

33 Acta de la sesión del cabildo del 4 de noviembre de 1992. Véase Anexo 3.

reunieron con Global/DESONA, para revisar la ejecución inicial del contrato de concesión. El Sr. Piazzesi testimonia que estaba entusiasmado por los avances que Global/DESONA llevaría a cabo bajo la concesión³⁴.

47. De acuerdo con la evidencia del Sr. Piazzesi, en la primera reunión, realizada aproximadamente un mes después de que Global/DESONA supuestamente había iniciado operaciones al amparo de la concesión, informó a los representantes de Global/DESONA que los habitantes del municipio no estaban contentos con su desempeño en el servicio público de recolección de basura durante el primer mes. Según el Sr. Piazzesi, “quedó claro para nosotros que Global/DESONA estaba más preocupado en conseguir nuevos clientes, que le permitieran cobrar cuotas en la zona comercial e industrial, y como resultado ignoró sus obligaciones para dar el servicio en las áreas públicas³⁵”.

48. A finales de diciembre de 1993, aún antes que la nueva administración tomara posesión, Global/DESONA no había logrado cumplir con el requisito de introducir 7 camiones con tecnología de punta que debían utilizarse para el servicio público de recolección de basura. Global/DESONA sólo tenía dos camiones en circulación que estaban destinados a dar servicio a las áreas industriales y comerciales del municipio, en las que cobraba cuotas por la recolección³⁶.

49. A efecto de intentar cumplir con sus obligaciones contractuales, en diciembre y durante todo el periodo anterior a la nulidad, Global/DESONA utilizó la flota de camiones viejos del municipio, su combustible y sus empleados —cuyos costos eran íntegramente absorbidos por el municipio³⁷”.

50. El Sr. Piazzesi ha testificado que el Sr. Goldenstein le informó que los camiones que necesitaban para el desempeño de la concesión ya habían sido ordenados en Estados Unidos y que los pondrían a trabajar en cuanto fuera posible³⁸.

51. El 31 de diciembre de 1993, concluyó el trienio de la administración del Presidente Municipal Ruíz de Chávez.

52. El 1 de enero de 1994, el TLCAN entró en vigor. El mismo día, el nuevo gobierno municipal tomó posesión.

53. La evidencia del Sr. Jim Hodge, entonces vicepresidente de la empresa RDC, es que a principios de enero de 1994, a petición de Global/DESONA visitó Naucalpan junto con el propietario de RDC, el Sr. Warren Razore. Se le extendió la invitación a través del Sr. Dave Luneke, un empleado de Bryan Stirrat & Associates³⁹.

34. Declaración testimonial del Sr. Francesco Piazzesi.

35. Ibid.

36. Ibid.

37. Ibid.

38. Ibid.

39. Declaración testimonial del Sr. Jim Hodge.

54. BAS se acercó a RDC para ver si estaba interesada en invertir en Global/DESONA. El Sr. Stirrat acompañó a los señores Hodge y Razore en su visita a Naucalpan. El Sr. Hodge ha testificado que les tomó muy poco tiempo darse cuenta que Global/DESONA era incapaz de ejecutar la concesión. El “centro de operaciones” de la empresa, por ejemplo, se ubicaba en una pequeña casa y tenía muy pocos empleados. Hodge y Razore llegaron a la conclusión de que los directivos de Global/DESONA eran verdaderamente inexpertos y se encontraban fuera de su medio⁴⁰.

55. En una carta escrita el 19 de agosto de 1994 a un operador mexicano dedicado a la recolección de basura, la cual acompaña su declaración testimonial como Anexo 1, el Sr. Hodge recordó la visita:

“...Warren Razore, propietario de nuestra compañía y yo, a solicitud de DESONA, pasamos algún tiempo con ellos en México a principios de enero de 1994. Durante estas pláticas nos pareció que (1) ellos estaban buscando capital en forma desesperada, y (2) nos pareció que no eran capaces de cumplir sus compromisos con el Municipio de Naucalpan. Una parte importante de nuestra determinación de no seguir adelante con DESONA se basó en nuestra percepción de su capacidad de operación, y sentimos que estaban atrasados en el cumplimiento de sus obligaciones con Naucalpan.

Esto es de lo que tuvimos conocimiento hasta que tú y yo comentamos las presentes circunstancias fuiste informado de que Naucalpan se vio forzado a terminar con la concesión de DESONA.

Ernesto, sentimos que el incidente DESONA fue un error y este acontecimiento podría dañar potencialmente, posteriores proyectos de desechos sólidos que estén debidamente planeados y financiados. Así mismo, sentimos que es imperante asegurarnos de que todo esté debidamente autorizado, no sólo con las autoridades del gobierno de México, sino también con las autoridades gubernamentales de Estados Unidos (de conformidad con el TLCAN y los acuerdos ambientales).⁴¹ [Énfasis propio]

56. Es así que, desde principios de 1994, un tercero independiente estimó que Global/DESONA era incapaz de cumplir con la concesión.

57. En enero de 1994, Global/DESONA presentó una factura al municipio. En su testimonio, el Sr. Piazzesi declara que el municipio se negó a pagar la factura porque Global/DESONA no estaba proporcionando el servicio de recolección como lo requería el contrato de concesión, y el municipio continuaba pagando los salarios de todos los empleados municipales, así como los gastos de su flota de camiones (incluyendo el combustible), y, en general, no estaba satisfecho con el desempeño de Global/DESONA⁴².

58. El Sr. Piazzesi testifica que, en esencia, Global/DESONA quería que el municipio pagara dos veces: tenía que pagar sus propios camiones, empleados y combustible; pero

40. Ibid.

41. Ibid.

42. Declaración testimonial del Sr. Francesco Piazzesi.

Global/DESONA esperaba que se le pagara una cuota por el servicio que realizaban los camiones y empleados municipales⁴³.

59. El Dr. Dávalos, asesor jurídico externo del municipio, testifica que posteriormente presentó, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado, peritajes sobre los continuos gastos del municipio, cuando Global/DESONA presentó una apelación en relación con nulidad del contrato de concesión decretada por el Ayuntamiento. Un perito en materia financiera, revisó los libros contables del municipio y en su dictamen señaló que no había habido disminución en sus gastos. Los tribunales aceptaron este peritaje⁴⁴.

60. En su testimonial, el Sr. Piazzesi señala que en enero de 1994, en repetidas ocasiones recibió instrucciones del Presidente Municipal, Enrique Jacob, para que contactara a los señores Goldenstein y Azinian con el fin de tratar el asunto del servicio de la recolección de basura. Señala que, por lo menos, sostuvo siete reuniones con ellos entre enero y febrero de 1994, y que continuamente prometían dar cumplimiento al contrato de concesión y al programa de operación. Sin embargo, la situación de la basura empeoraba, la presión pública sobre la administración aumentaba, y los funcionarios no veían ninguna señal de progreso.

61. El Sr. Piazzesi indica que cerca de 300 toneladas de basura se apilaban diariamente en las calles y en las áreas públicas de la municipalidad. También testifica que, aunque Global/DESONA alega que la creciente crisis de basura en el área residencial no podía atribuírsele, dado que aún no era responsable de tales sectores, en efecto, tal aseveración no es verdadera. De hecho, Global/DESONA utilizaba los camiones del municipio y los desviaba para cubrir sus propias necesidades y, como resultado, el resto de la municipalidad sufría las consecuencias, ya que había pocos camiones para recolectar la basura en esos distritos⁴⁵.

62. Los residentes comenzaron a protestar por la basura que se acumulada en las áreas públicas. Por ejemplo, en enero algunos grupos de ciudadanos fueron a las oficinas municipales y tiraron basura en los corredores en señal de protesta. El Sr. Piazzesi testifica que el gobierno municipal confiaba en que Global/DESONA proporcionaría el servicio, ya que los recursos municipales eran insuficientes para recolectar la creciente acumulación de basura⁴⁶.

63. De acuerdo con el Sr. Piazzesi, a mediados de enero era claro que Global/DESONA tenía problemas para obtener los camiones con tecnología de punta que había prometido proveer tanto en la sesión de cabildo del 4 de noviembre de 1992, en la que se otorgó la concesión al consorcio DESONA, como en el contrato de concesión firmado el 15 de noviembre de 1993. A mediados de enero de 1994, Global/DESONA le informó al Sr. Piazzesi que tenía problemas para la importación de 17 camiones y le solicitaron su ayuda. El Sr. Piazzesi sugirió que los camiones se adquirieran en México ofreció asistencia para obtener un crédito de BANOBRAS, un banco de desarrollo propiedad del gobierno federal, para adquirirlos. Sin embargo, los directivos de Global/DESONA rechazaron esta idea argumentando que BANOBRAS exigiría que se

43. Ibid.

44. Peritaje de Alberto Villarruel Briones, de fecha 14 de junio de 1994. Véase Anexo 26.

45. Declaración testimonial del Sr. Francesco Piazzesi.

46. Ibid.

adquirieran camiones mexicanos, y que los camiones de basura mexicanos nuevos no constituirían “tecnología de punta”⁴⁷. De hecho, el Sr. Piazzesi señala que Mercedes Benz, entre otras empresas, producen de camiones de basura en México (después de que se revirtió el servicio público al municipio tras la nulidad de la concesión, el ayuntamiento adquirió camiones Mercedes Benz para continuar prestando el servicio por su cuenta⁴⁸).

El municipio empieza a tener serias dudas acerca de Global/DESONA

64. De acuerdo con el Sr. Piazzesi, el 9 de febrero de 1994, Global/DESONA volvió a presentar una factura al municipio. El ayuntamiento volvió a rechazar el pago de la factura, puesto que éste continuaba pagando los camiones recolectores de basura, el combustible, los salarios de los empleados y de los técnicos. No obstante que continuaba cubriendo los mismos gastos que con anterioridad a que la concesión fuera otorgada, el problema de la basura empeoraba y no habían recibido una respuesta adecuada de Global/DESONA. El Sr. Piazzesi testifica que indicó a Global/DESONA que deberían hacerse cargo de todos los gastos incurridos por el municipio⁴⁹.

65. El cada vez más deteriorado problema de la disposición de basura y las relaciones de la administración municipal con Global/DESONA llevaron a los funcionarios a tener una serias dudas acerca del profesionalismo de Global/DESONA, su capacidad financiera y su voluntad de cumplir con sus obligaciones derivadas de la concesión. El Presidente Municipal instruyó al Sr. Piazzesi para obtener toda la información relevante posible acerca de Global/DESONA, de Global Waste Industries y de los propios representantes de Global/DESONA⁵⁰.

66. Las investigaciones del Sr. Piazzesi revelaron que los directivos de Global/DESONA habían hecho declaraciones falsas en diversas ocasiones acerca de su empresa estadounidense, Global, ante funcionarios municipales y en la sesión de cabildo que aprobó el otorgamiento de la concesión el 4 de noviembre de 1992. Adicionalmente, el Sr. Piazzesi se hizo de la opinión que los señores Goldenstein y Azinian carecían por completo de la experiencia técnica, administrativa y financiera que requería la concesión, y que sólo el Sr. Davitian tenía cierta experiencia en la industria de la basura. También descubrió que tanto Global, como el Sr. Azinian, respectivamente, habían iniciado procedimientos personales y corporativos de quiebra menos de dos años antes de que se le otorgara la concesión a Global/DESONA.

67. El Sr. Piazzesi también habló con personas que habían tenido experiencias desafortunadas en sus relaciones con los directivos de Global/DESONA, incluidos Eduardo y Emilio Sánchez (“los hermanos Sánchez”), el Sr. Romo de Sunlaw de México, y el Dr. Óscar Palacios, un accionista en DESONA I⁵¹ (la evidencia sobre las relaciones de los hermanos

47. Ibid.
48. Ibid.
49. Ibid.
50. Ibid.
51. Ibid.

Sánchez y el Dr. Palacios, respectivamente, con los señores Goldenstein, Azinian y Davitian se proporciona más adelante).

Se contrata los servicios de asesoría jurídica externa

68. El 9 de febrero de 1994 o alrededor de esa fecha, el Sr. Carlos Alfaro, Director de la Oficina Técnica del Presidente Municipal, Enrique Jacob, contactó al Dr. Dávalos del despacho de abogados Dávalos y Asociados, S.C. de la ciudad de México, para concertar una reunión entre el Dr. Dávalos y los señores Jacob y Piazzesi para discutir el problema de Global/DESONA. Se le pidió al Dr. Dávalos que preparara un análisis de las circunstancias que rodearon el otorgamiento de la concesión a Global/DESONA. También se le pidió que asesorara al municipio sobre sus derechos y obligaciones.

El problema sobre la importación de camiones usados

69. Considerando que Global/DESONA tenía problemas para importar los camiones de Estados Unidos, a principios de febrero de 1994 el Sr. Piazzesi se dirigió a la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (SECOFI) para solicitar su ayuda con objeto de facilitar el procedimiento de importación. El Sr. Piazzesi testifica que entonces no sabía que Global/DESONA pretendía importar camiones usados en lugar de nuevos.

70. Mediante carta fechada el 10 de febrero de 1994, el Sr. Manuel Fernández Pérez, Director General de Promoción Industrial de la SECOFI, contestó la solicitud del municipio relativa a la asistencia en la importación de camiones.

71. El Sr. Fernández informó al Presidente Municipal Jacob que los camiones que la empresa pretendía importar tenían las siguientes características:

“...equipo de limpieza de basura nuevo y usado, la primera solicitud de importación consistente de 17 camiones de recolección de basura usados (10 camiones *Volvo White Expedito*; 5 camiones Ford L8000, y 2 *Volvo White Roll-Offs*) modelos 1981 a 1988 de un valor total de \$357,700 dólares...”⁵²

72. El Sr. Piazzesi testifica que el Sr. Jacob le dio instrucciones para que contactara directamente a funcionarios de SECOFI para averiguar cuál era el problema. Entonces habló con el Sr. Fernández quien le explicó que los camiones que Global/DESONA quería importar eran muy viejos y que la legislación federal mexicana restringía la importación de camiones usados⁵³.

73. Entonces el Sr. Piazzesi confrontó a los señores Goldenstein y Azinian y les informó del problema sobre la importación de camiones. El Tribunal recordará que Global/DESONA se

52. Carta del Sr. Manuel Fernández Pérez al Sr. Enrique Jacob Rocha, fechada el 10 de febrero de 1994. Véase Anexo 5.

53. Declaración testimonial de Francesco Piazzesi.

había comprometido a adquirir camiones con tecnología de punta y, supuestamente por ello, se había negado a adquirir camiones hechos en México.

74. El Sr. Piazzesi testifica que los directivos de Global/DESONA le respondieron que tales camiones usados constituían tecnología de punta para efectos de la concesión, y que requerían éstos y sólo esos camiones. En su testimonio señala, además, que “nunca me pudieron explicar cómo es que podía considerarse que camiones con una antigüedad de hasta trece años ‘tecnología de punta’, mientras que camiones adquiridos en México no”⁵⁴.

El intento de transferir acciones de manera informal

75. Por ese entonces, Global/DESONA envió al municipio unos títulos de acciones que supuestamente representaban el 10% de participación del municipio en la empresa. Según los términos del contrato de concesión, esto debía haberse cumplido el 15 de diciembre de 1993. Mediante carta fechada el 14 de febrero de 1994, el Sr. Piazzesi remitió los títulos accionarios a Sergio Maldonado, Director General Jurídico del municipio⁵⁵. También adjuntó una copia de la carta de Global/DESONA fechada el 9 de febrero de 1994, mediante la cual se enviaron las acciones al municipio. El Sr. Piazzesi informó al Sr. Maldonado que los títulos de acciones habían sido entregados extemporáneamente y que creía que el valor de estas acciones no correspondía al capital social actual de la empresa. Agregó que su oficina no tenía facultades para conservar los títulos⁵⁶.

Global/DESONA no asume la responsabilidad sobre el confinamiento

76. Poco después de que los funcionarios municipales descubrieron que Global/DESONA se proponía utilizar camiones usados, y que el Sr. Piazzesi y otros funcionarios consideraban que no podían describirse razonablemente como “tecnología de punta”⁵⁷, también con sorpresa recibieron la noticia de que se iba a transferir al municipio la plena responsabilidad del manejo y operación del relleno de Rincón Verde. Mediante carta fechada el 15 de febrero de 1994, Pablo Pérez Gavilán, Director General de la Secretaría de Ecología del Estado, informó al Sr. Jacob que el 28 de febrero de 1994, la Secretaría de Ecología del Estado transferiría la operación del relleno al gobierno municipal⁵⁸.

77. El Sr. Piazzesi testifica que, como en el caso de los camiones usados, este aviso sorprendió a los funcionarios municipales. Pensaban que Global/DESONA ya estaba

54. Ibid.

55. Carta de Francisco Piazzesi a Sergio Maldonado, del 14 de febrero de 1994.

56. Ibid.

57. Posteriormente, en el proceso judicial interno, el municipio presentó prueba pericial que demostraba que los camiones que DESONA quería importar no eran tecnología de punta. Véase Anexo 27, peritaje del Sr. Ángel Torralva. DESONA no presentó pruebas lo desvirtuaran.

58. Carta del Dr. Pablo Pérez Gavilán a Enrique Jacob-Rocha, del 15 de febrero de 1994. Véase Anexo 7.

administrando el relleno porque el contrato de concesión requería que la empresa asumiera la responsabilidad completa del mismo desde el 1 de diciembre de 1993⁵⁹.

78. De hecho, la Secretaría de Ecología del Estado había venido operando el relleno de Rincón Verde (así como otros doce rellenos sanitarios en el Estado de México), conforme al Programa Metropolitano de Desechos Sólidos, que llevaban a cabo en forma conjunta con el Departamento del Distrito Federal (el órgano de gobierno encargado de la administración del Distrito Federal). La operación abarcaba la disposición final de los desechos sólidos e incluía la operación de maquinaria pesada y camiones de volteo (que la Secretaría rentaba a cargo de su propio presupuesto); la extracción de tepetate (un tipo especial de suelo) que se utiliza para cubrir la basura; la construcción de canaletas y pozos de biogás; y las relaciones con los pepenadores (trabajadores que separan basura para reciclaje) que trabajan en los rellenos. El personal involucrado en la operación del relleno era contratado y pagado por la Secretaría del Estado. El control ecológico del relleno también era ejercido por la Secretaría del Estado⁶⁰.

79. El Sr. Piazzesi contactó al Sr. Goldenstein y se enteró que Global/DESONA había estado cobrando cuotas a camiones recolectores de basura independientes por descargar en Rincón Verde, que la empresa no estaba declarando este ingreso, y que no había informado al municipio de estas cuotas. Esto le preocupó al municipio porque, aunque el contrato de concesión le permitía a Global/DESONA cobrar cuotas, esto tenía que hacerse de conformidad con las disposiciones jurídicas relevantes del municipio. Adicionalmente, Global/DESONA no había proporcionado el personal y equipo necesario para el relleno. Había un representante de BAS en el sitio, pero no de tiempo completo y Global/DESONA controlaba el acceso, pero, por lo demás, el relleno era manejado por empleados del Estado⁶¹.

80. La evidencia del Sr. Hodge corrobora la del Sr. Piazzesi. Su testimonio indica que, cuando aquél visitó Naucalpan, había un solo técnico de BAS en Rincón Verde; pero no parecía que tuviera el apoyo necesario de Global/DESONA para llevar a cabo los planes de BAS⁶².

81. En resumen, desde el 1 de diciembre de 1993, Rincón Verde había sido una fuente de ingresos para Global/DESONA; pero no había asumido ninguna responsabilidad sustancial en relación con la operación del relleno⁶³.

82. En su testimonio, el Sr. Piazzesi señala que recibió una gran cantidad de manuales, documentos y otros materiales que le envió la Sra. Tejeda de la Secretaría de Ecología del Estado. Cuando llamó al Sr. Goldenstein, éste le aseguró que Global/DESONA se encargaría de todo y que recogería la gran cantidad de material. El Sr. Piazzesi testifica que Global/DESONA nunca lo hizo⁶⁴.

59. Declaración testimonial de Francesco Piazzesi.

60. Declaración testimonial de la Sra. Patricia Tejeda.

61. Declaración testimonial de Francesco Piazzesi.

62. Declaración testimonial del Sr. Jim Hodge.

63. Declaraciones testimoniales de Francesco Piazzesi y Patricia Tejeda.

64. Ibid.

83. Mediante carta de fecha 15 de febrero de 1994, el Sr. Azinian envió al Presidente Municipal, Jacob Rocha, la fianza para garantizar el cumplimiento del contrato de concesión (como lo establecía la cláusula dieciocho del contrato de concesión, esta fianza debía que otorgarse dentro de los 90 días siguientes a la fecha de firma, el 15 de noviembre de 1993)⁶⁵.

El ayuntamiento considera la opinión jurídica del Dr. Dávalos

84. El 23 de febrero de 1994, el Dr. Dávalos emitió una opinión al municipio en el sentido de que contaba con bases sólidas para anular la concesión. Los fundamentos de su opinión se describen ampliamente en su declaración testimonial.

85. El ayuntamiento detectó 27 irregularidades en relación con el otorgamiento de la concesión al consorcio DESONA, y con el desempeño de Global/DESONA al amparo de la concesión⁶⁶.

86. El 7 de marzo de 1994, el Ayuntamiento de Naucalpan se reunió en sesión de cabildo para considerar la situación del problema de la basura. El acta de la sesión refleja lo siguiente:

“Se han presentado innumerables quejas al Municipio por la forma tan irregular como el mismo se ha estado prestando, generándose en consecuencia una situación crítica que debe ser resuelta a la brevedad para evitar consecuencias mayores. Así mismo expuso que en virtud de lo anterior se llevó a cabo un análisis sobre la forma operativa, administrativa y legal en la cual se ha estado prestando el servicio concesionado en el Municipio, para lo cual se presentó a los asistentes un resumen ejecutivo de la situación actual, calificando el servicio de limpia como totalmente inconveniente. Por otra parte comentó el Presidente Municipal que independientemente de lo anterior en torno a la concesión, se ha encontrado diversas irregularidades, fundamentalmente en cuanto a la personalidad y capacidad del concesionario y seguramente por virtud de lo complicado que resultó el mecanismo de instrumentación de la concesión, desafortunadamente se han venido contraviniendo diversas disposiciones legales de orden público contenidas en la Ley Orgánica Municipal...”⁶⁷

87. Por lo tanto, el Presidente Municipal solicitó al ayuntamiento que considerara dos propuestas:

“Uno, que se inicie el procedimiento administrativo que en derecho corresponda para lo cual debe citarse al concesionario denominado Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A. de C.V. por conducto de su representante legal, cumpliendo con todos los requisitos que marca la ley, a efecto de que, en cumplimiento por lo establecido por la Constitución General de la República, la particular del Estado, la Ley Orgánica Municipal y demás aplicables se hagan de su conocimiento las irregularidades que este Municipio observa respecto de la capacidad y personalidad del concesionario, así como de la contravención a diversas disposiciones de orden público contenidas principalmente, en la Ley Orgánica

65. Carta del Sr. Azinian al Presidente Municipal Jacob-Rocha, del 15 de febrero de 1994. Véase anexo 8.

66. Acta de la sesión de cabildo del 21 de marzo de 1994. Véase el Anexo 9.

67. Acta de la sesión de cabildo del 7 de marzo de 1994. Véase anexo 10.

Municipal que pudieran encuadrar las hipótesis previstas en los artículos 37, 132, 135 ó 167 de la Ley Orgánica Municipal; y en descargo se le cite a una audiencia en la que se hagan de su conocimiento y simultáneamente se le concedan y en su caso produzca los alegatos respectivos con los apercibimientos legales y que el Lic. Ignacio Espinoza Castillo, Primer Síndico del Ayuntamiento, en su carácter de representante jurídico del Ayuntamiento, se habilite, instruya y se le otorgan todas las facultades para que dada la trascendencia del asunto a la brevedad ejecute los siguientes actos: a) determine previo análisis, en cuál de los artículos citados encuadran las irregularidades manifestadas; b) notifique a la empresa Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A. de C.V. (DESONA), cumpliendo para tal efecto con todos los requisitos legales... c) para el efecto mencionado en el punto anterior, el Síndico deberá levantar acta administrativa en las oficinas del Ayuntamiento en las que se hagan del conocimiento del concesionario las irregularidades específicas y se aperciba al concesionario de que en caso de no exhibir las pruebas y alegatos correspondientes se le tendrá por perdido el derecho para hacerlo y para el caso de incomparecencia, se le aperciba de que se pondrán a su disposición el acta circunstanciada y copia de traslado debidamente cotejadas, para que dentro del mismo término fijado manifieste lo que a su derecho convenga y de no hacerlo igualmente se tenga por perdido su derecho para hacerlo con las anteriores actuaciones. Tan pronto se concluya, el Síndico dará cuenta al Ayuntamiento para que sea éste el que resuelva conforme a las atribuciones legales que en el derecho le corresponden.”⁶⁸

88. Las propuesta del Presidente Municipal fue aprobada por votación unánime el 7 de marzo de 1994⁶⁹.

Otro tercero examina la situación de Global/DESONA

89. El 7 de marzo de 1994, el mismo día en que el Presidente Municipal propuso que el ayuntamiento diera inicio al procedimiento de nulidad, el Sr. Sam Maphis de *Maphis International, Ltd.*, con sede en Boulder, Colorado, preparó una nota para un inversionista potencial interesado en Global/DESONA, el Sr. William Birmann Feldman. En la nota, el Sr. Maphis relató que:

“Del 4 al 5 de marzo [de 1994], Maphis se reunió con Mike Carolan, quien representa a los 3 principales propietarios de DESONA.”⁷⁰

90. El Sr. Maphis entonces señaló que podía haber la una oportunidad de negocios para adquirir la concesión si así lo deseaban. Identificó a los propietarios de Global/DESONA como:

- Robert Azinian, Presidente;

68. Ibid.

69. Ibid.

70. Carta del Sr. Sam Maphis a William Birman de fecha 7 de marzo de 1994, adjunta como Anexo 5 de la declaración testimonial del Sr. J. Cameron Mowatt.

- Ariel Goldenstein (el Sr. Maphis describe a los señores Azinian y Goldenstein como “argentinos que ahora viven en México y que anteriormente eran propietarios de un restaurante en L.A., y que carecen de experiencia en materia de desechos”);
- Keneth Davitian, “quien tiene una empresa transportista en L.A., San José y Malibú”;
y
- Bryan A. Stirrat, “quien es uno de los ejecutivos de una empresa de ingeniería de L.A.”

91. Debe destacarse que la contratación del Sr. Carolan por Global/DESONA y BAS siguieron las discusiones que la empresa sostuvo a principios de enero de 1994 con RDC, en las que los directivos de Global/DESONA y el Sr. Stirrat trataron, infructuosamente, de convencer a RDC de invertir en la empresa.

92. El Sr. Maphis concluyó en el memorando al Sr. Birman que DESONA no era capaz de operar la concesión en ese momento. En específico, señaló que:

“Es evidente que sobrepasa la capacidad técnica y operacional de DESONA y están sumamente descapitalizados —mi impresión en las discusiones con Mike Carolan es que buscan una oportunidad para salirse del negocio.”⁷¹

Se da aviso formal de las irregularidades a DESONA

93. El Sr. Piazzesi, el funcionario responsable, había informado a los demandantes en repetidas ocasiones que la forma en la que Global/DESONA venía operando la concesión era inadecuada. Adicionalmente, el 8 de marzo de 1994 el Sr. Ignacio Espinoza, Primer Síndico del municipio, notificó formalmente a Global/DESONA sobre el inicio del procedimiento administrativo para revisar la concesión⁷². La notificación convocó a una reunión el 10 de marzo de 1994 en la oficina del Primer Síndico para que éste informara personalmente a Global/DESONA sobre las irregularidades y violaciones encontradas por el ayuntamiento. La notificación fue entregada al Sr. Davitian, quien se identificó como accionista de la empresa, el Sr. Édgar Lozada. Este último la leyó e informó al Sr. Davitian de su contenido. También estaba presente el Sr. Carolan, el agente que había sido contratado para ayudar a Global/DESONA a vender la empresa.

94. En la audiencia del 10 de marzo de 1994, éste informó a Global/DESONA del procedimiento de nulidad y le proporcionó un documento que exponía las 27 irregularidades detectadas por el ayuntamiento, así como una copia de la decisión del Ayuntamiento fechada el 7 de marzo de 1994.

71. Ibid.

72. Notificación fechada el 8 de marzo de 1998 a Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A. de C.V. Véase Anexo 11.

95. Global/DESONA presentó su respuesta al ayuntamiento el 16 de marzo de 1994. Sin embargo, la empresa omitió argumentar sobre el fondo de las irregularidades; más bien indicó que había iniciado un juicio ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en el que había solicitado la anulación de los actos del ayuntamiento derivados, la resolución del 7 de marzo de 1994, incluida la propia resolución.

96. En su respuesta Global/DESONA también argumentó, entre otras cosas que:

- el ayuntamiento y la empresa habían celebrado un contrato de concesión el 15 de noviembre de 1993, en el que se establecieron los derechos y obligaciones de ambas partes;
- las partes habían acordado en la cláusula 34 del contrato que en la celebración del contrato no había existido error u otra causa de nulidad;
- la cláusula 32 estableció que las partes renunciaban a la jurisdicción de los tribunales de sus domicilios legales, y acordaron someterse a la jurisdicción de los tribunales del Estado de México;
- acordaron consultar con el fin de resolver sus diferencias antes de iniciar cualquier acción ante los tribunales;
- el ayuntamiento había citado las disposiciones que habían sido violadas por el concesionario, las que establecen el inicio de un procedimiento administrativo, ni aquéllas conforme a las cuales el concesionario debió haber sido notificado; y
- el ayuntamiento no podía argumentar error de hecho o de derecho en la celebración del contrato conforme al principio que establece que 'nadie puede alegar en su defensa sus propios errores'⁷³.

La concesión es anulada

97. El 21 de marzo de 1994, después de revisar la respuesta de Global/DESONA del 16 de marzo de 1994, el ayuntamiento resolvió por unanimidad anular la concesión⁷⁴.

98. Mediante el oficio del 22 de marzo de 1994, el Primer Síndico, Sr. Ignacio Espinoza, solicitó la participación del Director General de Servicios Públicos de municipio en el procedimiento para ejecutar la decisión del 21 de marzo de 1994, relativa a toma de posesión de del relleno sanitario de Rincón Verde a favor del municipio, de manera que pudiera identificar la propiedad del municipio⁷⁵. El Sr. Ignacio Espinoza envió oficios semejantes al Tesorero Municipal y al Director General de Seguridad Pública y Bomberos. Al Tesorero Municipal

73. Respuesta de DESONA al ayuntamiento del 16 de marzo de 1994. Véase Anexo 12.

74. Acta de la sesión del cabildo del 21 de marzo de 1994. Véase anexo 9.

75. Oficio del Primer Síndico Procurador, Ignacio Espinoza, al Director General de Servicios Públicos del Municipio, Esteban Espinoza, 22 de marzo de 1994. Véase Anexo 13.

solicitó que designara a un funcionario se hiciera cargo de la recolección de cuotas en el relleno sanitario de Rincón Verde a partir del día siguiente, y al Director General de Seguridad Pública y Bomberos implementar un operativo general de protección, para la toma de posesión⁷⁶.

99. El 23 marzo de 1994, el Ayuntamiento notificó a Global/DESONA que la concesión había sido anulada⁷⁷. El Sr. Goldenstein recibió y firmó la notificación a las 9:00 A.M. A las 11:00 A.M. el municipio tomó posesión del relleno sanitario de Rincón Verde. El acta establece que Global/DESONA retiró todo su equipo, así como el dinero de la caja registradora que sumaba 1,835 nuevos pesos⁷⁸.

El procedimiento ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado

100. Como se indica anteriormente, el 15 de marzo de 1994, Global/DESONA respondió al proceso de nulidad, mediante la presentación de una demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado en contra de las resoluciones del ayuntamiento de fechas 7 de marzo y 10 de marzo de 1994. En particular, Global/DESONA impugnó:

“... a) Del H. Cabildo del Ayuntamiento Constitucional de Naucalpan de Juárez el acuerdo tomado el día 7 del corriente mes de marzo relativo a la concesión para la prestación del servicio público de limpia, recolección, transporte, reciclaje, aprovechamiento y disposición de desechos sólidos y la ejecución del mismo en perjuicio de mi representada, así como todas las consecuencias de hecho o de derecho que se deriven, se hayan derivado de este acto, tales como pueden ser la declaración administrativa de la terminación del contrato...

b) Del C. Primer Síndico del Ayuntamiento de Naucalpan de Juárez, la ejecución del acuerdo del H. Cabildo Municipal del día 7 de marzo actual impugnado en el inciso anterior y consecuentemente: 1) la determinación de presuntas irregularidades imputables a mi representada y su enmarcación legal; 2) la notificación de la misma a mi representada; 3) el inicio de un “procedimiento administrativo” indeterminado, para poner en conocimiento a mi representada presuntas irregularidades imputables a ellas; 4) la fijación dentro de este procedimiento administrativo indeterminado y fuera de toda ley, de un plazo “DE CUATRO DÍAS” para que mi representada dé contestación a una serie de presuntas irregularidades que se le han manifestado y ofrezca las pruebas que considere convenientes, “mismas que no podrán ser contrarias a la moral o al derecho”, 5) el apercibimiento, fuera de toda fundamentación legal de que, en caso de no acatar el plazo ilícitamente señalado por el Síndico, se tendrán por perdidos todos los derechos de mi representada y se procederá a la municipalización del servicio contratado; 6) el requerimiento ilícito, infundado e inmotivado para que exhiba documentos contables de mi representada, y como si se tratara de un emplazamiento judicial de contestación a las ilegales pretensiones de la autoridad demandada; 7) todas las consecuencias de hecho o

76. Oficio del Primer Síndico Procurador, Ignacio Espinoza, al Tesorero Municipal, Dr. Jorge Laris, 22 de marzo de 1994; oficio del Primer Síndico Procurador, Ignacio Espinoza, al Director General de Seguridad Pública y Bomberos, Enrique Ramírez, 22 de marzo de 1994. véase Anexo 14.

77. Notificación de la nulidad de la concesión a DESONA, 23 de marzo de 1994. Véase Anexo 15.

78. Acta relativa a la toma de posesión del relleno sanitario de Rincón Verde, 23 de marzo de 1994. Véase Anexo 16.

de derecho que se deriven, puedan derivarse o se hayan derivado de los actos señalados; y 8) el acuerdo tomado en la audiencia de fecha 10 del corriente mes en el que por sí y ante sí "manifiesta que a su criterio el término concedido a la compareciente resulta suficiente y bastante para desahogar los puntos que se notifica en este acto..."⁷⁹

101. El 25 de marzo de 1994, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado aceptó jurisdicción sobre la acción de Global/DESONA.

102. El 11 de abril de 1994, Global/DESONA modificó su demanda para incluir la resolución del ayuntamiento del 21 de marzo de 1994, mediante la cual se anuló la concesión. La demanda confirmó los alegatos vertidos anteriormente en contra del procedimiento que se llevó a cabo para anular la concesión, y solicitó al tribunal que declarara la nulidad de los actos impugnados y la restitución de la concesión de desechos a la empresa. Argumentó que:

- a) El Ayuntamiento no tenía facultades para anular la concesión. La cláusula 32 del contrato de concesión establecía que las partes someterían cualquier disputa que requiriera decisión judicial a los tribunales del Estado de México. El Ayuntamiento inició un procedimiento ilegal en el que había actuado como juez y parte, en lugar de seguir un procedimiento judicial ante los tribunales competentes.
- b) El Ayuntamiento violó las debidas formalidades del procedimiento. El Ayuntamiento no observó las formalidades del contrato de concesión, tales como el acuerdo de las partes contenido en la cláusula 34 de que no se invocaría la nulidad del contrato de concesión por error.
- c) El Ayuntamiento violó los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución, al iniciar un procedimiento en contra de la empresa en el que la autoridad gubernamental actuó, simultáneamente, como juez y parte. El Ayuntamiento se hizo justicia por propia mano, en violación de la Constitución mexicana.
- d) El Ayuntamiento debió haber observado las disposiciones del Código Civil con respecto al error contractual, en lugar de resolver la nulidad de la concesión. Adicionalmente, el Código Civil establece que la validez y observancia de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes, en este caso, del Ayuntamiento de Naucalpan.
- e) El Ayuntamiento violó el principio de equidad y justicia entre las partes que debe regir una controversia⁸⁰.

103. En relación con las 27 irregularidades en las que el Ayuntamiento Ayuntamiento sustentó su decisión para anular el contrato de concesión, Global/DESONA argumentó en forma reiterada

79. Escrito de DESONA ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de México, 15 de marzo de 1994. Véase anexo 17.

80. Ampliación de la demanda de DESONA, 11 de abril de 1994. Véase anexo 18.

que el ayuntamiento conocía los hechos y que, por lo tanto, no había existido error; que aun si hubiese existido error, el ayuntamiento no podía utilizar sus propios errores en su beneficio; que había renunciado al derecho de invocar el error; que jurídicamente no existe el error de derecho; y que, en todo caso, el tiempo para combatir jurídicamente el error había caducado. Global/DESONA también presentó argumentos sobre por qué las 27 irregularidades no eran un sustento válido para decretar la nulidad:

- a) En relación con el hecho de que el consorcio no formó parte de la empresa, conforme a las declaraciones hechas ante el ayuntamiento el 4 de noviembre de 1992, el representante de DESONA señaló que la empresa simplemente aceptó asociarse con tales empresas, lo cual es distinto a tenerlos como accionistas.
- b) En relación con el alegato de que se dio instrucciones al notario público previo a la sesión de cabildo del 4 de noviembre de 1992 para constituir la empresa en forma distinta a como fue descrita más tarde ese mismo día, el representante de DESONA argumentó que el ayuntamiento no había proporcionado evidencia de ello.
- c) En relación con el hecho de que no se reemplazaron los vehículos municipales existentes con equipo moderno, y el intento de importar vehículos usados, el representante de DESONA señaló que esto era simple especulación y que, en todo caso una violación contractual no puede considerarse como error.
- d) Por lo que se refiere al hecho de que no crearon 200 nuevos empleos, el representante de DESONA argumentó que cuando el ayuntamiento dejó de proporcionar el servicio público al contratar a DESONA, 200 empleados municipales quedaron desempleados y fueron recontratados más tarde por la empresa, generando así los 200 empleos.
- e) En cuanto al hecho de que no llevaron a cabo las construcciones prometidas, el representante de DESONA argumentó que esto requería varios años y que sólo habían transcurrido tres meses desde que el contrato de concesión fue firmado. En todo caso, si DESONA cumpliera, esto sería un fundamento para rescindir el contrato, no para decretar su nulidad.
- f) El representante de DESONA sostuvo que los alegatos del ayuntamiento en relación con sus obligaciones respecto del Ejido de San Mateo Nopalá son falsos, toda vez que la empresa únicamente se había subrogado en los derechos del ayuntamiento; pero no había asumido obligación alguna respecto del contrato de concesión.
- g) En relación con la notoria incapacidad para proporcionar eficientemente el servicio, con estabilidad y de manera regular, el representante de DESONA señaló que no podía presumirse que la empresa no sería capaz de cumplir con sus obligaciones derivadas del contrato, que los alegatos del ayuntamiento constituirían una mera adivinanza que, en todo caso, había existido desde la fecha en que la legislatura estatal autorizó el contrato.

- h) En cuanto a las violaciones a la Ley General de Población, los alegatos resultaban ilógicos y se hacían fuera de tiempo, toda vez que había pasado más de un año desde que el ayuntamiento vio por primera vez el acta constitutiva.
- i) El representante de DESONA sostuvo que era falso que el contrato de concesión estuviera basado en una ley que no estaba en vigor en la fecha de su firma, toda vez que el contrato se celebró el 4 de noviembre de 1992, aunque fue formalizado el 15 de noviembre de 1993, puesto que requería la autorización previa de la legislatura estatal.
- j) Por lo que se refiere a la obligación de realizar pagos a DESONA por el servicio de recolección y de transferir bienes municipales, no obstante las garantías ofrecidas originalmente en el sentido de que el municipio no haría inversión alguna, el representante de DESONA argumentó que había sido un acuerdo bilateral entre dos personas capaces, además de que el ayuntamiento estaba transfiriendo bienes que, de otra manera, permanecerían ociosos.
- k) Sobre la incapacidad de generar energía eléctrica a partir del biogás, el representante de DESONA argumentó que, de llegar a ocurrir, constituiría una violación del contrato, pero un error.
- l) El representante de DESONA señaló que las disposiciones en vigor no prohibían la adquisición de energía eléctrica por parte de la empresa paraestatal que detenta el monopolio en esa área.
- m) En relación con la subrogación de derechos entre el ayuntamiento y los ejidatarios sin mediar el consentimiento de éstos últimos, el representante de DESONA argumentó que la empresa nunca había subarrendado el relleno de Rincón Verde y que, en todo caso, tal subarrendamiento no estaba prohibido por ley.
- n) En relación con la subrogación de derechos respecto de la operación y remediación de Rincón Verde que derivan del acuerdo entre el ayuntamiento y la Secretaría de Ecología del Estado, el representante de DESONA señaló que su cliente no había sido parte de ese acuerdo y que tal subrogación no estaba prohibida.
- o) Sobre la falta de autorización para establecer cuotas de acceso a Rincón Verde, el representante de los demandantes argumentó que ese derecho había sido otorgado en forma exclusiva a DESONA, conforme a los términos del contrato.
- p) Finalmente, en relación con el hecho de que no se inscribió la sociedad en el Padrón de Proveedores del Estado, el representante de DESONA argumentó que no era un requisito legal y que, si acaso lo era, podía remediarse⁸¹.

81. Ibid.

104. El 11 de abril de 1994, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado admitió la demanda de Global/DESONA⁸².

105. El 27 de abril de 1994, el municipio presentó su respuesta a la ampliación de la demanda de Global/DESONA. La respuesta, que consta de cuarenta páginas, se abocó a contestar cada uno de los alegatos hechos por la demandante. El municipio inició su contestación aclarando ciertas de las cuestiones presentadas en la demanda:

“1.- La motivación fundamental del municipio en la realización de los actos que combate la actora fue que aquél actuó bajo error tanto de tipo simple, en su aceptación de error de derecho, como de tipo inducido, el cual es calificado como dolo por la ley sustantiva aplicable al caso (Código Civil del Estado de México).

2.- Al invocar el error como causa de anulación administrativa, el Ayuntamiento no actuó arbitrariamente, sino en estricto apego de la ley, a cuyo ámbito de competencia está sometida la totalidad de su actuación, a saber, la Ley Orgánica Municipal del Estado de México, cuyo artículo 167 lee como sigue:

‘Los acuerdos concesiones, permisos o autorizaciones otorgadas por autoridades o servidores públicos municipales que carezcan de la competencia necesaria para ello o los que se dicten por error, dolo o violencia, que perjudique o restrinjan los derechos sobre sus bienes del dominio público o cualquier otra materia, serán anulados administrativamente por los Ayuntamientos, previa audiencia de los interesados.’

3.- No obstante que reiteradamente el abogado patrono de la actora sostiene que no existen ‘errores de derecho’ (afirmación a veces transcrita en mayúsculas, a veces subrayada y a veces en letra normal, hojas 7, 15, etc.), el artículo 1642 del Código Civil en cita establece a la letra:

‘El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan...’

7.- Finalmente, en beneficio de la parte actora y de la presente litis de control de legalidad en la que el Ayuntamiento es parte demandada, es importante no aclarar sino repetir que el acto de anulación administrativa de la concesión que se debate en juicio, no estuvo dirigido a anular un contrato civil de concesión, sino a anular un acto administrativo de concesión, que en forma alguna son lo mismo, y tan es así que al ahora demandante presentó demanda de naturaleza administrativa ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de México que, en términos de la Ley de Justicia Administrativa del Estado de México conoce de controversias administrativas entre los Municipios y los particulares actuando aquéllos como autoridad. Para mayor claridad se transcribe el siguiente artículo que a la letra dice:

82. Decisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado, 11 de abril de 1994. Véase Anexo 19.

‘Artículo 3º.- El Tribunal de lo Contencioso Administrativo tiene por objeto dirimir las controversias de carácter administrativo y fiscal que se susciten entre la Administración Pública del Estado, los Municipios y organismos descentralizados con funciones de autoridad y los particulares, así como las responsabilidades administrativas en que incurran los servidores públicos.’

En efecto, mediante el contrato de concesión objeto de esta controversia el Municipio amplió la esfera jurídica de la empresa actora, como la única forma en que dicha empresa podía prestar un servicio que es monopolio del Ayuntamiento de manera imperativa...”

Finalmente, como es de explorado derecho, los actos administrativos pueden ser anulados administrativamente si están presentes los requisitos limitativos que para ello prevengan las leyes; así como que tal anulación sólo puede ser conducida, por la propia entidad que lo emitió; situación de legalidad que la Ley Orgánica Municipal en cita previno expresamente en su artículo 167...”⁸³ [Énfasis en el original]

106. El 10 de mayo de 1994, Global/DESONA presentó un escrito en el que argumentó que lo que había celebrado con el ayuntamiento era un contrato, y por lo tanto la controversia era un asunto de derecho privado, de manera que el Ayuntamiento no estaba facultado para anular la concesión conforme al artículo 167 de la Ley Orgánica Municipal (los tribunales posteriormente rechazaron estos argumentos y determinaron que el ‘contrato’ era, de hecho, una concesión administrativa de un servicio público, sujeta al artículo 167 de la Ley Orgánica Municipal).

107. Mientras tanto, el 14 de mayo de 1994, el municipio celebró un contrato para la adquisición de 25 camiones recolectores de basura nuevos marca Mercedes Benz, fabricados en México. El Sr. Piazzesi testifica que, cuando se anuló la concesión, se consideró la posibilidad de adjudicarla nuevamente mediante un procedimiento de licitación. Sin embargo, se concluyó que esto llevaría demasiado tiempo mientras que la basura se acumulaba, y que, por consiguiente, el municipio debería buscar el financiamiento necesario para la adquisición de nuevos camiones recolectores y así resumiría el servicio de recolección de basura por sí mismo⁸⁴.

La sesión de cabildo del 1 de junio de 1994

108. Durante el mes de mayo de 1994, mientras el procedimiento administrativo siguió su curso, Global/DESONA solicitó una reunión extraoficial con el presidente municipal para tratar de discutir nuevamente su caso. El Sr. Jacob se rehusó a discutir este asunto de manera informal, pero a solicitud del Sr. Azinian, accedió a que los directivos de Global/DESONA hicieran una presentación frente al ayuntamiento en pleno en sesión de cabildo⁸⁵ (el Anexo 21 contiene un videocasete y el acta de la sesión con extractos de la transcripción de la misma).

83. Contestación del Ayuntamiento a la demanda de DESONA, 27 de abril de 1994. Véase Anexo 20.

84. Declaración testimonial de Francesco Piazzesi.

85. Ibid.

109. Poco antes de la sesión de cabildo del 1 de junio de 1994, se invitó a los hermanos Sánchez y al Dr. Óscar Palacios a asistir a la sesión. Aceptaron la invitación.

110. En esa audiencia, el Sr. Goldenstein y el Sr. Stirrat, en representación de Global/DESONA, hicieron una presentación a los miembros del ayuntamiento. Posteriormente, fueron interrogados por los miembros del Ayuntamiento.

111. Al final de la sesión, la Sra. Gloria Myers, la propietaria del inmueble en el que Global/DESONA tenía sus oficinas, se quejó de que Global/DESONA nunca había pagado la renta⁸⁶.

112. El Tribunal recordará que en su escrito de demanda y en su respuesta a la solicitud de información específica de la demandada, Global/DESONA sostuvo haber pagado los gastos relativos a la visita de la delegación municipal a Los Ángeles en enero de 1992⁸⁷. El Sr. Eduardo Sánchez explicó al ayuntamiento que su hermano y él habían presentado a las personas de Global al municipio y que los directivos de Global habían defraudado a su hermano Emilio⁸⁸.

113. La evidencia del Sr. Emilio Sánchez es que los directivos de Global le fueron presentados, tanto a él como a su hermano Eduardo, y que él, a su vez, los presentó al municipio. El testimonio del Sr. Sánchez es que fue él y no los directivos de Global/DESONA, quien pagó los boletos de avión y el hospedaje de los funcionarios municipales, a solicitud de los directivos de Global/DESONA y ante su promesa de que le reembolsarían los gastos. Nunca lo hicieron⁸⁹.

114. El Sr. Sánchez ha acompañado a su declaración testimonial los estados de cuenta de las tarjetas de crédito relevantes⁹⁰.

115. El abogado del Dr. Óscar Palacios informó al ayuntamiento que el Dr. Palacios había proporcionado fondos al Sr. Goldenstein para que desarrollara la empresa DESONA I, en la que ambos eran accionistas. Goldenstein le había dicho a Palacios que DESONA I sería la concesionaria⁹¹. Si bien el Sr. Goldenstein efectivamente había solicitado que la concesión se transfiriera de Global/DESONA a DESONA I, lo cual fue autorizado por la administración anterior el 3 de mayo de 1993, el 16 de noviembre de 1993 la concesión fue transferida de nueva cuenta a Global/DESONA. El Dr. Palacios explicó al ayuntamiento que presentaría una denuncia penal en contra del Sr. Goldenstein por fraude. La denuncia penal fue presentada al después de la sesión⁹².

116. Al revisar el videocasete el Tribunal apreciará que, cuando el Sr. Goldenstein se percató que los hermanos Sánchez y el Dr. Palacios estaban presentes, abandonó la reunión

86. Véase Anexo 21, Acta de la sesión de cabildo del 1 de junio de 1994.

87. Véase la respuesta a la solicitud de información específica de la demandada, p. 2-3. Véase también la Sección 2 de la demanda de DESONA.

88. Véase la declaración testimonial del Sr. Emilio Sánchez.

89. Ibid.

90. Véase el Anexo 4 a la declaración testimonial del Sr. Emilio Sánchez

91. Véase Anexo 21. Acta de la sesión de cabildo del 1 de junio de 1994.

92. Declaración testimonial del Dr. Óscar Palacios.

abruptamente. Dada su relación con ellos, son obvias las razones por las que abandonó el recinto de esa forma; sin embargo, por lo que al Dr. Palacios se refiere, se explicarán con detalle en la sección de "Hechos Adicionales".

Continúa el proceso judicial

117. El 6 de junio de 1994, el representante del municipio intentó introducir evidencia en el procedimiento ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado, sobre lo sucedido en la sesión de cabildo del 1 de junio de 1994. Argumentó que los miembros de los grupos ciudadanos:

"8. Hicieron nuevos cuestionamientos al representante legal de DESONA, desconocidos por el Municipio, tales como que: DESONA no había pagado las rentas del local que usaba como oficinas; que de hecho ya no existía en el domicilio de Gustavo Baz No. 85 la empresa DESONA; que ésta había defraudado a diversas personas con el pretexto de que serían socios de DESONA, etc. Ante tales preguntas, el Sr. Goldenstein, de manera abrupta y ofensiva, abandonó la sesión sin mayor explicación; no obstante que se le indicó que la celebración de ella se debía única y exclusivamente a solicitud hecha por el representante legal de DESONA. Esta actitud acredita nuevamente la mala fe con que siempre se ha conducido la empresa DESONA y sus representantes y su total desprecio por la instituciones mexicanas. Igualmente se desprende la inexistencia de hecho de tal empresa, razón por la cual seguramente no ha permitido que se lleve a cabo la inspección ofrecida por los demandados."⁹³

118. El representante legal del municipio ofreció el acta de la sesión de cabildo como prueba en el proceso. Adicionalmente solicitó que el tribunal verificara si existía un negocio operando en el domicilio de la empresa, y de lo contrario, inquirir cuándo se había ido⁹⁴.

119. El 14 de junio de 1994, el municipio presentó otro escrito en relación con las pruebas supervenientes ofrecidas el 6 de junio de 1994, que no eran conocidas antes de la sesión de cabildo del 1 de junio de 1994⁹⁵. Las pruebas incluían varias cartas escritas por grupos de ciudadanos al presidente municipal en apoyo a la nulidad de la concesión y la denuncia penal del Dr. Óscar Palacios Gómez, el accionista de DESONA I, en la que acusaba de fraude al Sr. Goldenstein⁹⁶.

93. Escrito presentado por el Municipio ante la Tercera Sala Regional del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, del 6 de junio de 1994. Véase Anexo 22.

94. El tribunal ordenó a un funcionario del propio órgano a realizar la visita de inspección solicitada. La visita se realizó el 13 de mayo de 1994. El mismo día, el abogado de DESONA impugnó la orden de visita por ser irrelevante en la controversia. El tribunal rechazó la impugnación, aduciendo que la visita ya se había practicado.

95. Escrito presentado por el Municipio ante la Tercera Sala Regional del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, del 14 de junio de 1994. Véase Anexo 23.

96. La denuncia penal fue presentada el 2 de junio de 1994. En ella, el Dr. Palacios establecía, entre otros:
a) Que había conocido al Sr. Goldenstein en enero de 1993. El Sr. Goldenstein lo invitó a participar en un negocio que generaría ganancias increíbles si obtenían la concesión del servicio de

Continúa nota de la página siguiente

120. El abogado del municipio también presentó una carta de fecha 28 de marzo de 1994, dirigida al Sr. Goldenstein, mediante la cual el Dr. Palacios convocó a una asamblea de accionistas de DESONA I, así como el acta de la asamblea de DESONA I fechadas el 30 de marzo de 1994. Esta asamblea de accionistas se convocó con objeto de que el Sr. Goldenstein diera cuenta de las operaciones de la empresa. Tal y como se describe en el acta de la asamblea del 30 de marzo de 1994, el Sr. Goldenstein informó al Dr. Palacios que la empresa no había operado desde su constitución, que no había podido preparar un informe, y que convocaría a una asamblea para proporcionar el informe requerido por la ley. Además, no pudo fijar una fecha para la siguiente asamblea.

121. El 14 de junio de 1994, el municipio presentó sus alegatos ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Sostuvo que los actos impugnados no eran ilegales, ya que cumplían con los requisitos constitucionales, específicamente en el sentido de que los actos de autoridad deben estar debidamente fundados y motivados, apegados al principio de legalidad y con respeto a la garantía audiencia. Además, los actos impugnados se realizaron para prevenir violaciones al derecho a la salud previsto en el artículo 4 de la Constitución mexicana⁹⁷.

122. El municipio también argumentó que había actuado con apego legalmente y explicó:

- a) En febrero de 1994, diversos grupos de ciudadanos y residentes se dirigieron a las oficinas municipales a quejarse de los servicios de recolección de desechos proporcionados por Global/DESONA.
- b) El 11 de enero de 1994, el municipio recibió una carta de la aduana mexicana notificándole que Global/DESONA ya podía importar dos camiones que se encontraban en el almacén de la Aduana de la Ciudad de México. El municipio se percató que dos meses después de haber firmado el contrato de concesión, Global/DESONA sólo había importado dos camiones y que la empresa sólo entonces podría proporcionar el servicio de recolección de basura.

Continúa nota de la página anterior

- b) recolección de desechos del Municipio de Naucalpan. La basura de toda la municipalidad se transformaría en energía con un proceso científico estadounidense y podría venderse;
- b) El 3 de marzo de 1993, constituyeron Desechos Sólidos de Naucalpan I [DESONA I]. Los accionistas eran el Sr. Goldenstein con 3,500 acciones y el Dr. Palacios con 1,500 acciones, para un total de 5,000 acciones;
- c) El Dr. Palacios depositó 185,000 nuevos pesos en una cuenta bancaria. El Sr. Palacios y el Sr. Goldenstein habían acordado utilizar el dinero para el desarrollo de la empresa, específicamente, para la construcción de contenedores de basura y el desarrollo de un sistema de recolección de desechos;
- d) El Dr. Palacios pidió al Sr. Goldenstein que le devolviera su dinero. La última vez que lo hizo fue en la sesión de cabildo del 1 de junio de 1994 en la que pidió que se le devolviera su dinero en presencia del contador del Sr. Palacios. El Sr. Goldenstein se rehusó a contestar y le dijo al Sr. Palacios que procediera como quisiera porque él era extranjero y no había nada que se pudiera hacer en su contra.

Véase Anexo 24.

97. Escrito de alegatos del municipio a la Tercera Sala Regional del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 14 de junio de 1994.

- c) El 10 de febrero de 1994, el municipio recibió carta de la Dirección General de Desarrollo Industrial de SECOFI en la que se le informó que Global/DESONA había solicitado a la autoridad federal la emisión de un permiso para la importación de 17 camiones cuyo valor ascendía a 357,700 dólares en total. La solicitud se hizo sobre la base de que la empresa prestaba servicios de recolección de desechos asociada con el municipio. El municipio se percató de que la empresa pretendía importar camiones usados y de que había informado falsamente sobre la sociedad con éste.
- d) El 15 de febrero de 1994, el municipio recibió una carta de la Secretaría de Ecología del Estado informándole que el Estado dejaría de pagar por la maquinaria utilizada en el relleno sanitario de Rincón Verde a partir del 28 de febrero de 1994. El municipio se dio cuenta que la concesionaria no había pagado por el equipo y que a partir de marzo de 1994, el municipio tenía que hacerse cargo de ello⁹⁸;
- e) Con base en los hechos y en el número de quejas recibidas en relación con los servicios de recolección de basura proporcionados por Global/DESONA, el municipio condujo una investigación acerca de la operación, administración y situación legal de la empresa. El asunto fue discutido en varias sesiones de cabildo y el 7 de marzo de 1994, el ayuntamiento ordenó que el Primer Síndico iniciara un procedimiento administrativo para informar a la empresa de las irregularidades encontradas y que actuara en consecuencia. Al día siguiente, treinta y dos organizaciones de residentes expresaron su apoyo a la decisión del ayuntamiento del 7 de marzo de 1994;
- f) La investigación reveló un número de irregularidades, no sólo en cuanto a la manera como se prestaba el servicio, sino también en cuanto a la situación jurídica y la capacidad financiera, técnica y estructural de la concesionaria. Esto contrastaba con la declaración de la empresa en la sesión de cabildo del 4 de noviembre de 1992, que había hecho a fin de asegurar la concesión. El municipio concluyó que la administración anterior había otorgado la concesión inducida por declaraciones falsas hechas por Global/DESONA incluidas aquéllas relativas a su capacidad financiera y estructural. El municipio determinó que, entre otros:
- i) Contrario a sus declaraciones, la empresa no tenía experiencia en el negocio de los desechos o en ningún otro. Por ejemplo, el administrador de Global/DESONA, el Sr. Goldenstein, tenía 26 años el 4 de noviembre de 1992. No fue capaz de importar dos camiones sino hasta que el municipio lo ayudó, no sólo con el procedimiento de importación, sino con el pago de los impuestos;
 - ii) Contrario a sus declaraciones, la empresa no tenía la capacidad técnica ni financiera para llevar a cabo el negocio. La empresa sólo invirtió cerca de

98. Véase la declaración testimonial de Patricia Tejeda.

15,000 dólares, y no fue capaz de pagar los impuestos para la importación de los camiones;

- iii) Contrario a sus declaraciones, el capital de la empresa no estaba detentado por un grupo de empresas extranjeras experimentadas, ni tampoco éstas formaban parte del consejo de administración;
- iv) Contrario a sus declaraciones, la empresa sólo utilizaba dos camiones reconstruidos que tenían diez años de antigüedad, siendo que había ofrecido camiones modernos. Además, la empresa estaba mal organizada, no tenía objeto social ni organización;
- v) Contrario a las declaraciones de la empresa, el municipio no ahorró dinero ni redujo sus gastos relativos al servicio de recolección de desechos a cero, sino que de hecho incrementaron sus gastos y su presupuesto fiscal en esa área. Adicionalmente, perdió los ingresos generados por el relleno sanitario de Rincón Verde;
- vi) El municipio tenía serias dudas no sólo acerca de la situación jurídica de la empresa, sino también acerca de su viabilidad. Primero, el ayuntamiento tenía en su posesión dos escrituras constitutivas de la misma empresa, con la misma fecha y número de registro, pero con distintos accionistas. Segundo, el propietario del lugar donde la empresa tenía sus oficinas se había quejado ante el municipio que la concesionaria no había pagado un solo mes de renta. El 23 de marzo de 1994, el propietario manifestó que la empresa simplemente había desaparecido. No tenía oficinas ni empleados en ningún lugar en Naucalpan;
- vii) La empresa había cobrado cuotas no autorizadas por los servicios del relleno, sin otorgar facturas ni pagar a los propietarios del Ejido San Mateo Nopalá las cuotas correspondientes. Esto constituía evasión de impuestos;
- viii) Global/DESONA había transferido la concesión a otra empresa denominada DESONA I. Por lo tanto, el 15 de noviembre de 1993, la empresa no estaba legitimada para firmar el contrato de concesión;
- ix) En conclusión, el municipio otorgó la concesión con base en las falsas declaraciones de la empresa. La empresa no tenía la capacidad para cumplir con sus obligaciones. La empresa obtuvo la concesión sin consideración alguna sobre la salud de la gente;
- x) Global/DESONA nunca proporcionó evidencia que explicara estas irregularidades. El municipio esperaba que la empresa proporcionara documentos, tales como la relación de sus empleados, una explicación del notario sobre la existencia de dos escrituras constitutivas casi idénticas, facturas de adquisición del equipo que se importaría, pruebas sobre la inversión de los accionistas, actas de las asambleas de accionistas que

mostrarán su asociación con compañías internacionales experimentadas, etc. En contraste, en un documento de cuatro páginas fechado el 16 de marzo de 1994, en respuesta a la notificación del 10 de marzo de 1994 sobre las irregularidades, la concesionaria protestó sobre tal notificación y en un tono muy inapropiado informó a la autoridad municipal que había presentado una demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la que solicitaba la nulidad de los actos municipales que dieron lugar a las resoluciones del 7 y del 10 de marzo de 1994;

- xi) Por lo tanto, la actitud de Global/DESONA constituyó evidencia adicional que llevó al municipio a concluir que tenía que anular la concesión a fin de prevenir una seria amenaza a la salud de la población. En efecto, el municipio tiene una obligación derivada de la Constitución mexicana de proteger la salud de sus ciudadanos. Dada la ausencia total de un servicio de recolección de basura, el municipio hubiera actuado inconstitucional e irresponsablemente, de no haber revertido el servicio público al enterarse de las serias irregularidades, todas las cuales estaban relacionadas a la patente falta de capacidad financiera, técnica y corporativa; y
- xii) En los documentos presentados ante el ayuntamiento y ante el tribunal. Global/DESONA señaló que el municipio decidió iniciar el procedimiento administrativo debido a irregularidades que le fueron notificadas a la empresa. Estas irregularidades nunca han sido cuestionadas ni desmentidas por la empresa, y la mayoría de las veces ni siquiera han sido referidas⁹⁹.

123. Por lo tanto, el Dr. Dávalos solicitó que el tribunal desechara la demanda y confirmara la legalidad de los actos impugnados por Global/DESONA.

Evidencia de los gastos en que el municipio continuó incurriendo

124. El 14 de junio de 1994, Alberto Villaruel Briones, perito contable de la demandada, presentó su dictamen al tribunal. Las conclusiones del contador fueron las siguientes:

“1) En base al dictamen que emitimos concluimos que el H. Ayuntamiento de Naucalpan de Juárez, no dejó de erogar ningún gasto relacionado con el servicio de limpia y recolección de basura durante el periodo de noviembre de 1993 a marzo de 1994, ya que siguió cubriendo los sueldos y salarios del personal ocupado, sus prestaciones, el mantenimiento de las unidades vehiculares, el consumo de gasolina, el arrendamiento del tiradero denominado Rincón Verde, entre otros; tal y como se aprecia en el informe rendido.

2) Más aún en los meses de febrero y marzo de 1994 se incrementó el gasto por N\$119,908.00 (ciento diecinueve mil novecientos ocho nuevos pesos 00/100), por

99. Escrito del municipio del 14 de junio de 1994. Véase Anexo 25.

concepto de arrendamiento de vehículos, a partir del 14 de mayo se incrementó sustancialmente por el pago de la adquisición de 25 vehículos nuevos marca 'Mercedes Benz' cuyos pormenores no estaban concluidos al cierre de este dictámen.

3) Así mismo podemos resumir que tampoco hubo ninguna reducción en los gastos que el Municipio realizó por concepto del servicio de limpia durante el período dictaminado en comparación con meses anteriores; por lo que concluimos que ningún tercero pudo absorber gasto alguno por dicho concepto.

4) Que de acuerdo a nuestro criterio, para que una empresa estuviera en posibilidad de hacerse cargo de los gastos que implica el servicio de limpia del H. Ayuntamiento de Naucalpan, durante 5 meses consideramos que cuando menos debería de contar con un capital de trabajo mínimo de N\$ 9,000,000 (nueve millones de nuevos pesos 00/100 M.N.) cualquiera que fuera su fuente.

5) En virtud de que fuimos informados por el H. Municipio que la empresa Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A. de C.V. tenía dos camiones usados destinados para la recolección de basura, una casa arrendada con escaso equipo y tenía contratado un asistente y un cajero en el tiradero de basura denominado Rincón Verde, así como dos operadores de camión, concluimos que el gasto diario de dicha empresa no podría ser mayor a N\$2,000 (dos mil nuevos pesos 00/100 M.N.). Así mismo, por informes de dicho Municipio tuvimos conocimiento que la empresa obtenía un promedio de N\$8,000..."¹⁰⁰

125. Ángel Torralva Millares, otro perito del ayuntamiento, concluyó, en relación con la administración de la concesión y el equipo utilizado por Global/DESONA que:

"1. Toda vez que el inicio elemental y fundamental de cualquier proyecto modular y completo e integral de un servicio de recolección y disposición de basura es el diseño de zonificaciones y de rutas adecuada y exhaustivas y toda vez que como se demuestra a través de los elementos que componen este dictamen tal desempeño es inexistente, se concluye que Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A. de C.V. carecía y carece en totalidad de proyecto alguno así como de tecnología de punta ni de tecnología de cualquier otro tipo; aparentemente estimaba consolidar el proyecto mediante improvisaciones constantes a través del financiamiento que proporcionara los ingresos del relleno sanitario de Rincón Verde o de otra fuente;

2. Es la impresión del suscrito que en este negocio la concesionaria ofreció un gran cantidad de elementos y factores determinantes; pero de los análisis realizados en el corto tiempo transcurrido entre nuestra aceptación del cargo y la audiencia de ley, es de concluirse por se evidente por una parte, que las soluciones que propuso eran inadecuadas y muestran falta de experiencia y de capacidad técnica; y por otra, que lo poco que hizo Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A. de C.V. lo hubiese podido realizar cualquier otro empresa hubiera iniciado en el sector basura de un punto cero, tanto en experiencia y en recursos técnicos como en capacidad empresarial e incluso financiera.

100. Dictamen pericial presentado por el perito de la demandada, Alberto Villarruel Briones (14 de junio de 1994). Véase anexo 26.

3. Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A. de C.V. definitivamente no utilizó, ni estuvo en momento alguno en capacidad de utilizar, porque así lo demuestran los elementos antes descritos, de brindar el servicio para el que fue contratado con tecnología de punta. Al grado que lo hizo de manera grotesca (vehículos anticuados; mínimo personal; mínimos recursos materiales y financieros; ausencia de sectorización y planificación, mínimos controles con excepción de sus cobros en el relleno Rincón Verde, etc.).

4. los elementos materiales y de equipo, particularmente los camiones utilizados por Desechos Sólidos de Naucalpan S.A. de C.V. de ninguna manera pueden ser considerados como tecnología de punta, ya que como se demuestra son camiones son obsoletos, reconstruidos y de desecho. Siendo además insuficientes e inadecuados para las zona a que estaba destinado el servicio.

5. Los cálculos realizados por Desechos Sólidos de Naucalpan S. A. de C.V. son erróneos y fuera de total realidad, ya que para cubrir adecuadamente el servicio, debió prever, al menos, un 50% más de unidades adecuadas, no sólo con el propósito de cubrir descomposturas, mantenimiento e imprevistos; sino con el de proporcionar un servicio exhaustivo desde el punto de vista de la totalidad de los usuarios del servicio.

6. Definitivamente Desechos Sólidos de Naucalpan S.A. de C.V. no cumplió ni estaba capacidad de hacerlo, durante el tiempo que tomó la operación del sistema, con lo establecido prácticamente con los compromisos que asumió el 4 de noviembre de 1992.

7. Los cálculos de inversión requeridos para realizar el servicio contratado, rebasan por mucho lo realizado por Desechos Sólidos de Naucalpan S.A. de C.V., por lo que se hace evidente la experiencia que en la materia mostró la multicitada empresa. El mínimo capital aplicado al desarrollo del proyecto resulta simplemente inadmisibile e impensable¹⁰¹.

126. El 14 de junio de 1994, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo sostuvo su audiencia. El Tribunal rechazó la evidencia extemporánea que el municipio intentó presentar (las cartas de apoyo de grupos ciudadanos, la denuncia penal, y el acta de la asamblea de accionistas de DESONA I). El órgano decidió que la evidencia no era relevante¹⁰².

Decisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo

127. El 4 de julio de 1994, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo emitió su fallo. Sostuvo que Global/DESONA no había probado sus alegatos en cuanto a que el municipio había actuado indebidamente y decidió que Global/DESONA no tenía los recursos técnicos ni financieros necesarios para satisfacer sus compromisos derivados de la concesión. La decisión del tribunal establece, entre otros:

-
101. Dictamen pericial de Ángel Torralva Millares, presentado por la demandada ante la Tercera Sala Regional del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 14 de junio de 1994.
102. Decisión del tribunal sobre la admisibilidad de la evidencia superveniente del municipio, 14 de junio de 1994. Véase Anexo 28.

“...las autoridades al emitir un acto deberán respetar la garantía de audiencia previa, situación que cumplió el H. Ayuntamiento de Naucalpan de Juárez, Estado de México, toda vez que como lo manifiesta el mismo actor, lo citaron para aportar pruebas y alegar lo que a su derecho conviniera, con lo cual se demuestra que el respeto al artículo transcrito. En otro orden de ideas, al señalar el actor que el procedimiento debería ser ante un Tribunal previamente establecido con el objeto de no dejar en estado de indefensión al particular, no es atendible; en virtud que si se llevara a cabo ante un Tribunal como lo pretende el demandante se estaría ante la figura de un contrato de Derecho Privado entre partes iguales, situación que en el presente asunto no ocurre toda vez que se trata de la concesión de un servicio público, es decir, es un acto administrativo discrecional por medio del cual la autoridad faculta a un particular para establecer y explotar dicho servicio dentro de los límites y condiciones que señala la ley, por lo tanto es requisito esencial que la Administración Pública actúe investida de potestad legal, en virtud de que es obligatorio la prestación de los servicios públicos por el Ayuntamiento como lo establece el artículo 126 de la Ley Orgánica del Estado de México...

[L]a autoridad emisora del acto impugnado señaló los fundamentos de derecho aplicables a la anulación de la concesión y expuso los motivos que originaron dicha aplicación. Ya que existe una adecuación entre los motivos y fundamentos expresados en el acto impugnado. Esta Sala considera que la supuesta falta de fundamentación y motivación que alega el actor, no es atendible, ya que no señala concretamente cual es la falta de los referidos elementos...

Del artículo 167, se desprende que los Ayuntamientos están facultados para implementar un procedimiento administrativo para anular una concesión que perjudique o restrinja los derechos del municipio sobre sus bienes del dominio público, o cualquier otra materia, serán anulados administrativamente por los ayuntamientos, previa audiencia de los interesados...

La concesión debe otorgarse a una persona física o moral que cuente con la capacidad técnica y económica para prestar eficientemente el servicio público que se pretende concesionar. Lo anterior obliga al concesionario a tener la tecnología necesaria y la capacidad económica, es decir, los recursos financieros para allegarse de los adelantos técnicos. Este es el elemento esencial para que se cumpla el objeto por el que se vaya a concesionar el servicio público y en el caso concreto en el contrato concesión se establecen las condiciones que debe cumplir el concesionario...

RESUELVE

PRIMERO.- La parte actora no probó lo extremos de su acción.

SEGUNDO.- Se reconoce la validez de los acuerdos de fecha 7 y 21 de marzo de 1994 por los que se inicia el procedimiento para la anulación de la concesión otorgada por el H. Ayuntamiento de Naucalpan de Juárez Estado de México a la empresa Desechos Sólidos de Naucalpan S.A. de C.V., así como la anulación de la precitada concesión.

TERCERO.- Se reconoce la validez de la reversión de la concesión del servicio público de limpia, recolección, transporte, reciclaje, aprovechamiento y disposición final de desechos sólidos y la ejecución del mismo.”¹⁰³

La apelación ante la Sala Superior del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de México

128. El 13 de julio de 1994, Global/DESONA apeló la decisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo ante la Sala Superior del propio Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹⁰⁴.

129. El 17 de noviembre de 1994, la apelación de Global/DESONA fue desechada y la validez de las resoluciones del ayuntamiento del 7 y del 21 de marzo de 1994 fueron confirmadas. Se concluyó que existía fundamente para la nulidad de la concesión. La Sala Superior modificó la decisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo para confirmar la decisión en 9 de las 27 irregularidades invocadas por el municipio. La Sala Superior limitó el asunto a las declaraciones falsas emitidas por Global/DESONA en relación con el capital, la inversión y la organización de la empresa. También rechazó los argumentos de Global/DESONA relativos a que se le había negado una audiencia y que la nulidad de la concesión era ilegal por haberse hecho en violación de disposiciones contractuales. La Sala Superior determinó:

“Son inatendibles los primeros seis agravios hechos valer por la sociedad revisionista en el Recurso de Revisión 410/994, que por su íntima vinculación se analiza de manera conjunta, dado que la sentencia del cuatro de julio de 1994 no desatiende los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución General de la República, 126 de la Ley Orgánica Municipal del Estado y 1622 y 1626 del Código Civil de la entidad conforme a los siguientes datos:

a) Los acuerdos de 7 y 21 de marzo de 1994 que se reclamaron en el juicio administrativo precedente, fueron emitidos en estricta observancia del artículo 14 de la Constitución Federal, porque el Primer Síndico Municipal de Naucalpan, previa orden del Ayuntamiento del propio Municipio, otorgó al representante legal de Desechos Sólidos de Naucalpan S.A. de C. V. la debida garantía de audiencia, en la que se le concedió el derecho de manifestar lo que a sus intereses conviniese, así como para aportar las pruebas que considerara pertinentes, respecto del procedimiento administrativo de nulidad para la concesión del servicio público de limpia, recolección transporte, reciclaje, procesamiento, aprovechamiento y disposición final de desechos y residuos habitacionales, comerciales e industriales, tal como se observa en las actas administrativas de 17 y 21 de marzo del año en curso... Es importante hacer notar que el señor Ariel Darío Goldenstein, en su calidad de Gerente General de Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A. de C.V. se sometió voluntariamente al procedimiento administrativo de nulidad de la concesión al comparecer a la diligencia de desahogo de la garantía de audiencia que le fue otorgada en fecha 10 de marzo de este año con lo que consintió y subsanó las supuestas limitaciones que pudieran haber existido, aun cuando en realidad no existen en los plazos, métodos y trámites de ese procedimiento. Procede precisar, que de una recta interpretación del

103. Decisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, del 4 de julio de 1994, pp. 4 a 6. Véase Anexo 29.

104. Apelación de DESONA a la Sala Superior del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 13 de julio de 1994. Véase Anexo 30.

segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución federal se llega al entendimiento de que para cumplir con la garantía de audiencia no es necesario que se tramite un juicio ante el tribunal judicial sino que es suficiente que el Ayuntamiento y el Síndico Municipal de Naucalpan hayan instaurado a la empresa conforme al procedimiento administrativo en el que tuvo oportunidad de plantear sus alegaciones y aportar las pruebas para su defensa, conforme a lo plasmado en el artículo 164 de la Ley Orgánica Municipal del Estado, en el sentido de que las concesiones otorgadas por autoridades municipales, dictadas por error o dolo, que perjudiquen o restrinjan los derechos de los municipios podrán ser nulificadas administrativamente por los ayuntamientos previa audiencia de los interesados...

b) En los acuerdos de 7 y 21 de marzo de este año también se destaca cabalmente principio consagrado en el artículo 16 de la Carta Magna Federal, dado que el Ayuntamiento y el Primer Síndico Municipal de Naucalpan tramitaron el aludido procedimiento de nulidad de la concesión administrativa otorgada a la empresa revisionista, al amparo de las disposiciones jurídicas que se citan en el considerando primero del acuerdo de 21 de marzo de referencia, dentro de las que destaca la norma 167 de la Ley Orgánica Municipal del Estado. Al efecto es indiscutible la competencia del Ayuntamiento y Síndico Municipal de Naucalpan para tramitar y resolver el referido procedimiento administrativo de nulidad de la concesión, precisamente por tratarse de una concesión administrativa, es decir, un acto administrativo a través del cual la Administración Pública Municipal de Naucalpan otorgo a Desechos Solidos de Naucalpan, S.A. de C.V. el derecho para explotar el servicio público de limpia en la localidad, de acuerdo con los preceptos 126 y 128 de la Ley Orgánica de la Entidad. Por lo demás, la competencia de las autoridades municipales no se afecta por la circunstancia de que la cláusula 32 del contrato de concesión de 15 de noviembre de 1993...se señala que las partes se someterán a los Tribunales del Estado para la interpretación, cumplimiento y ejecución de las obligaciones contenidas en dicho instrumento jurídico, en virtud de que no se esta en presencia de los supuestos de interpretación, cumplimiento y ejecución de este contrato, sino de la nulidad administrativa del mismo por la existencia de error en el otorgamiento, que como se ha imputado se rige por el artículo 167 de la Ley Orgánica de la Entidad.

c) ... en virtud de que resultan ilegales dieciocho de las veintiséis causales de nulidad del contrato de concesión del servicio público de limpia de 15 de noviembre de 1993, correspondientes a los numerales 4, 7 a 11, 14, 16, 17, y 19 a 27, por no tener tal carácter en los términos del numeral 167 de la Ley Orgánica de la Entidad, lo que solo da lugar a la exclusión de esas supuestas causales, pero subsistiendo la nulidad administrativa..."¹⁰⁵

130. Determinó las nueve irregularidades de la siguiente manera:

“Existe error inducido en la voluntad de concesionar del Municipio, derivado de las siguientes circunstancias:

[Irregularidad # 1] Los solicitantes de la concesión afirmaron durante la sesión de cabildo del 4 de noviembre de 1992, ... que las empresas BRYAN A. STIRRAT AND ASSOCIATES, GLOBAL WASTE INDUSTRIES, SUNLAW ENERGY

105. Sentencia de la Tercera Sala Regional del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, 17 de noviembre de 1994. Ver anexo 31.

CORPORATION Y MÉXICO DIESEL ELECTROMOTIVE, S.A. de C.V. se asociaran para unir sus experiencias técnicas, económicas e industriales, sobre las que afirmaron previamente a la reunión de la sesión de cabildo eran equivalentes a 40 años, para constituir la empresa Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A de C.V.; pro al acreditar la personalidad de la concesionaria con la escritura de su constitución número 6,477, del mismo 4 de noviembre de 1992, se observó ...que ésta se constituyó exclusivamente por personas físicas y que ninguno de sus socios acreditó representar a alguna de las empresas que se afirmaron asociadas, lo que indujo al referido error sobre la capacidad técnica de las empresas asociadas y la integración de la persona moral concesionaria.

[Irregularidad # 2] Otra causa determinante de la voluntad del Ayuntamiento fue su convicción de que, como lo ofrecieron los mismos solicitantes, 45% (cuarenta y cinco por cien), del capital de la Sociedad se aportaría por las empresas norteamericanas citadas, el otro 45% (cuarenta y cinco por cien) lo sería por el Grupo Mexicano que estaría dentro de otros, por la sociedad mexicana citada y el restante 10% (diez por cien) sería suscrito por el Municipio. Pero en el acta número 6,477 constitutiva de Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A. de C.V. se evidencia que ninguno de estos ofrecimientos se cumplió, pues los socios de la Sociedad, todas personas físicas y el 80% (ochenta por cien) del capital de la empresa fue suscrito por individuos extranjeros; adicionalmente, el Municipio no compareció a la constitución de tal empresa. De ello, deriva la inducción al error al crear la convicción en el cabildo de que la concesionaria se formaría en forma distinta al la que se ostentó y ostenta, por cuanto a los socios y participaciones se refiere.

[Irregularidad # 3] Tanto en la contratación de la concesión del 15 de noviembre de 1993 como en el acta de cabildo del 4 de noviembre de 1992, los solicitantes de la concesión ofrecieron al Municipio el derecho de suscribir el 10% (diez por cien) de capital social de la concesionaria, sin invertir un sólo centavo, pero no establecen tales documentos si tal porción accionaria sería cedida por los socios o si será suscrita desde la constitución. Este 10% (diez por cien) nunca fue suscrito por el Ayuntamiento, por contra, de manera extemporánea el 9 de febrero de 1994 remitió el concesionario a estas oficinas 5 títulos por 24,000.00 nuevos pesos cada uno, pero el procedimiento de aportación de capital no cumplió los requisitos legales para su integración formal en los términos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, pues este Ayuntamiento no intervino como accionista fundador de la sociedad, por lo que necesariamente las acciones exhibidas se deben haber transmitido por compra y venta o por cesión, lo que requiere, además de una retención fiscal a cuenta del impuesto sobre dividendos del 20% (veinte por cien) de su valor, el acuerdo de voluntades de los contratantes, que este Municipio no ha emitido, por lo que no se puede considerar que esta condición se haya cumplido, pues el Ayuntamiento no puede convalidar, ni aún en su beneficio, actos ejecutados en contra de las leyes aplicables. Luego el Ayuntamiento no esta en posibilidad de saber el alcance de sus responsabilidades respecto a la recepción del mencionado paquete del 10 % (diez por cien) de las acciones de Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A de C.V., pues desconoce si tal porción accionaria queda por pagarse, si representa la parte variable o fija del capital, si se hizo la retención citada del 20% (veinte por cien), si se celebró una Asamblea en la que se tomaron las resoluciones pertinentes de conformidad con el marco legal del Municipio y, fundamentalmente, porqué el monto del capital que representa esta paquete accionarias que es de ciento veinte mil nuevos pesos, excede grandemente el capital social manifestado por la concesionaria. De lo anterior se desprende que el ofrecimiento de participar con el 10% de capital de la concesionaria al no ser jurídicamente posible en términos del razonamiento anterior, fue hecho únicamente como una inducción al error.

[Irregularidad # 5] Del texto del acta de la sesión de cabildo en que se acordó otorgar la concesión a DESECHOS SÓLIDOS DE NAUCALPAN, S.A. DE C.V., DEL 4 DE NOVIEMBRE DE 1992, se desprende que la sesión inició a las 12:30 horas y concluyó a las 22:45 minutos y que entre otros a ella concurrió ARIEL GOLDENSTEIN socio fundador de la citada sociedad; por otra parte, del texto de la acta constitutiva se desprende que el notario hizo constar, el mismo 4 de noviembre de 1992. Luego es de presumirse que como el acta constitutiva se preparó de acuerdo con las instrucciones de los socios, dichas instrucciones se turnaron al notario antes de las 12:30 horas de ese día, pues a partir de esa hora los socios estuvieron en el cabildo hasta altas horas de la noche. Por tanto, los socios de DESECHOS SÓLIDOS DE NAUCALPAN, S.A. DE C.V., dentro de los cuales está el Sr. GOLDESTEIN, así como los otros comparecientes a dicha sesión de cabildo, ya sabían, al inicio de dicha sesión, que era imposible que dicha sociedad se fuera a constituir por las empresas norteamericanas y mexicana que prometieron para la constitución de la citada sociedad, pues a esa hora ya habían instruido al notario en otro sentido totalmente distinto. El nombre y antecedente de dichas empresas fueron esgrimidos como factor de convencimiento por el propio socio GOLDENSTEIN ante el cabildo, como manera de inducir su consentimiento a otorgar la concesión, lo que motivó un error determinante en su otorgamiento. A mayor abundamiento, como se apunta enseguida, los socios se dieron el tiempo, antes de la sesión de cabildo, para preparar la constitución de dos sociedades distintas, pero con el mismo nombre, el mismo número de escritura y la misma fecha.

[Irregularidad # 6] En efecto, existe inducción al error por virtud de que constan en los archivos de esta Ayuntamiento dos escrituras que contienen la constitución de Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A. de C.V., de la misma fecha, el mismo número de escritura y el mismo volumen, que sin embargo difieren en cuanto a sus socios fundadores, capital aportado, miembros de consejo de administración y comisario.

El acta constitutiva presentada por los interesados a este Municipio el mes de noviembre de 1992, número 6,477, volumen 167, en su hoja 12 se señala que los socios de la sociedad son los siguientes, con la siguiente participación de capital, y los siguientes funcionarios sociales:

Accionistas	Acciones	Capital
Roberto Azinian	2,700	27,000.00
Ariel Dario Goldenstein	1,300	13,000.00
José H. Pulido García	500	5,000.00
Epifanio López Martínez	500	5,000.00
TOTAL	5,000	50,000.00

Consejo de Administración

Presidente.-	Roberto Azinian
Secretario.-	Ariel Dario Goldenstein
Tesorero.-	José Humberto Pulido García
Comisaria.-	Ma. del Pilar Villanueva Jaso

Pero en el acta constitutiva que solicitó y obtuvo este Municipio del Registro Público de la Propiedad y del Comercio, en el mes de febrero de 1994, igualmente de número 6,477, volumen 167, en su hoja 12 se señala que los socios son los siguientes, con la siguiente participación de capital y los siguientes funcionarios sociales:

Accionistas	Acciones	Capital
-------------	----------	---------

Roberto Azinian	2,700	27,000.00
Ariel Dario Goldenstein	1,300	13,000.00
Kenneth Davitián	1,000	10,000.00
TOTAL	5,000	50,000.00

Consejo de Administración

Presidente.- Roberto Azinian
 Secretario.- Ariel Daío Goldenstein
 Tesorero.- Kenneth Davitián
 Comisario.- Samuel Sritman

Lo anterior permite concluir el claro interés de los solicitantes en hacer incurrir en errores de extremo al Municipio con el único fin de allegarse la concesión objeto de esta acta. Igualmente, esta anomalía no permite al Ayuntamiento la seguridad jurídica que la concesión requiere, por cuanto a la personalidad del contratante, pero, fundamentalmente, por cuanto a la existencia del concesionario de tan importante servicio público.

[Irregularidad # 12] El error inducido en la voluntad de concesionar del Municipio se manifiesta en la visible incapacidad de Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A. de C.V., para ofrecer el servicio de limpieza, recolección y transportación de desechos sólidos que ha mostrado desde que inició su prestación, siendo que ofreció reiteradamente que lo prestaría con eficiencia y estabilidad e hizo afirmaciones para sustentar su ofrecimiento, las cuales fueron condición para el otorgamiento de la concesión.

Existe error de derecho en el consentimiento del acto de concesión, por las siguientes circunstancias:

[Irregularidad # 13] Del dicho de los comparecientes al acto de constitución que se asentó en la escritura 6,477, se desprende de su hoja 13, que el Notario Público correspondiente dio fe de que los Señores Roberto Azinian y Ariel Daríao Goldestein (así como el Sr. Kenneth Davitian en la segunda de las versiones de las escritura no. 6477 en el punto 6 relacionadas) son, por una parte, de nacionalidad extranjera y estaban de paso por la ciudad del Notario, y por otra, que no acreditaron su capacidad para comparecer a dicho acto como socios y consejeros, en los términos de la Ley General de Población, pues para ello requerían un permiso expreso de la Secretaría de Gobernación. Por los motivos dichos, y siendo que los socios fundadores no acreditaron la capacidad que se requiere para constituir en México una sociedad mercantil, el Ayuntamiento se ubica en una situación de inseguridad jurídica evidente, pues existe el riesgo permanente de que la sociedad con la que contrató que es Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A. de C.V., pueda ser anulada, con todos los daños y perjuicios que esto implicaría al Municipio y a los gobernados.

[Irregularidad # 15] En la sesión de cabildo de este Municipio, de fecha 4 de noviembre de 1992, Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A. de C.V., hizo los ofrecimientos que constan en la copia del acta que se anexa a la presente. De conformidad con tales ofrecimientos, uno de los beneficios que obtendría el Municipio con la concesión sería la no inversión de capital, pero contra, la cláusula VIGÉSIMA SEGUNDA y VIGÉSIMA TERCERA del contrato concesión muestran que el Municipio se obligó a entregar diversas cantidades de dinero a la concesionaria por la prestación del servicio público, e igualmente transfiere su parque vehicular y equipamiento de limpieza para dar el servicio concesionado, disponiendo así de bienes del dominio público, e igualmente transfiere su parque vehicular y equipamiento de limpieza para dar el servicio concesionado,

disponiendo así de bienes del dominio público del Municipio, y perjudicando a éste, lo que no fue materia de la sesión de cabildo del 4 de noviembre de 1992, y que al transgredir lo dispuesto por el artículo 31, fracción XXVI de la Ley Orgánica Municipal del Estado de México, que es de interés público de acuerdo con su propio artículo 1 implica un error de derecho que vicia el acto de concesión.

[Irregularidad # 18] Existe igualmente error de derecho en el H. Ayuntamiento al celebrar, en ejercicio de las facultades que le concedió la H. Legislatura estatal, el contrato y al convenir "sobre las demás condiciones" de mismo, en virtud de que para haber dispuesto de los bienes del dominio público del municipio, como son el parque vehicular, el equipamiento de limpieza y los derechos reales que tiene sobre la locación de Rincón Verde, se requería la previa autorización de la H. legislatura estatal, en términos de lo dispuesto por la fracción XXVI del artículo 31 de la Ley Orgánica Municipal del Estado de México, en vigor a la fecha del contrato".

El Tribunal Colegiado de Circuito

131. El 10 de diciembre de 1994, Global/DESONA promovió una demanda de amparo en contra de la sentencia de la Sala Superior del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del 17 de noviembre de 1994¹⁰⁶.

132. El 18 de mayo de 1995, el Tribunal Colegiado de Circuito negó la solicitud de amparo por unanimidad. Fue confirmada la validez de las resoluciones del 7 y del 21 de marzo de 1994, así como el procedimiento administrativo de nulidad de la concesión del ayuntamiento. El Tribunal Colegiado de Circuito concluyó que Global/DESONA omitió manifiestamente atacar la parte central de la decisión de la Sala Superior del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, es decir, la validez de nueve de las 27 irregularidades en que se basó la nulidad de la concesión y que fue específicamente analizada por la Sala Superior, llevándola a concluir que, en el otorgamiento de la concesión, había habido errores y elementos que viciaron el consentimiento del ayuntamiento. De tal manera, confirmó las resoluciones del 7 y 21 de marzo de 1994¹⁰⁷.

Síntesis de los procesos judiciales

133. El Tribunal podrá apreciar que la nulidad de la concesión fue impugnada por Global/DESONA en tres instancias. En cada una, Global/DESONA perdió. En su testimonio, el Dr. Dávalos señala que DESONA tuvo amplia oportunidad de aducir evidencia para sustentar su posición. No lo hizo así. Por otro lado, el municipio sí presentó evidencia sustancial para

106. Véase anexo 32. En resumen, en adición a algunos alegatos menores, incluida la falta de capacidad del presidente municipal para anular la concesión, la demanda de amparo de Global/DESONA argumentó principalmente que sus derechos habían sido violados porque: (i) el Municipio había determinado la nulidad administrativa de la concesión sin ningún fundamento, y tanto el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, como la Sala Superior habían omitido motivarlo; (ii) el municipio había cancelado el contrato sin haber seguido el procedimiento de rescisión establecido en ley; y (iii) el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la Sala Superior habían omitido analizar las pruebas y los argumentos presentados por Global/DESONA.

107. Sentencia del Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito del 18 de mayo de 1995. Véase Anexo 33

sostener su acción. Los tribunales en las tres instancias aceptaron la evidencia que apoyaba la acción.

134. El Tribunal también puede observar que se le dio a Global/DESONA la oportunidad de presentar su caso al ayuntamiento. Cuando lo hizo, se toparon con el Dr. Palacios, el accionista agraviado en DESONA I. La demandada ahora procederá a intentar explicar la compleja relación entre las diferentes versiones de DESONA.

C. Hechos adicionales pertinentes

Las cuatro versiones de DESONA

135. El Tribunal habrá advertido que la confusión generada por la creación de dos versiones casi idénticas de la empresa, DESONA A y B, fue una de las bases que sustentó la decisión de los tribunales mexicanos de confirmar la nulidad. Adicionalmente, el ayuntamiento adujo que la omisión de haber constituido el consorcio DESONA constituía una irregularidad. Por último, el Dr. Palacios explica en su declaración testimonial el papel de DESONA I en los hechos conducentes a la conclusión del contrato de concesión.

136. Desde el inicio de este procedimiento, la demandada ha formulado cuestionamientos en torno de la naturaleza de la supuesta inversión y de la presunta participación de los demandantes en ella. El Tribunal recordará que existen cuatro versiones de DESONA:

- la primera, que la demandada ha designado como DESONA A para facilitar su referencia (y cuya escritura constitutiva incluía a dos accionistas mexicanos, el Sr. José Humberto Pulido García y al Sr. Epifanio López Martínez, junto con los señores Azinian y Goldenstein);
- la segunda, que la demandada ha designado como DESONA B (y cuya escritura constitutiva incluía sólo a los señores Azinian, Davitian y Goldenstein como accionistas);
- la tercera, DESONA I (empresa constituida el 3 de marzo de 1993, cuyos accionistas eran el Sr. Goldenstein y un mexicano, el Dr. Óscar Palacios); y
- la cuarta, que de hecho nunca se constituyó, fue descrita en el acta de la sesión de cabildo del 4 de noviembre de 1992 como un consorcio de cuatro empresas.

137. En virtud de que los documentos corporativos de la cuarta versión no han sido exhibidos, la demandada únicamente señala que en la sesión del cabildo del 4 de noviembre de 1994 se manifestó que “cuatro empresas se habían asociado... para constituir una empresa mexicana denominada DESONA S.A. de C.V. lo que significa Desechos Sólidos de Naucalpan...”. Es así

que el desempeño de la concesión debía haber sido la responsabilidad de cuatro empresas¹⁰⁸. Se indicó que la titularidad del capital social de DESONA estaría detentada como sigue: 45% de participación estadounidense, 45% de participación mexicana y 10% de participación del municipio. Es evidente que la distribución del capital social de DESONA A, DESONA B y DESONA I en ningún caso correspondió a lo que fue manifestado al ayuntamiento.

138. Debe subrayarse que los demandantes no agregan las letras 'A' ni 'B' en las escrituras constitutivas de DESONA. La demandada lo hizo en su incidente original a fin de distinguir entre las dos versiones diferentes de los accionistas de la empresa. La denominación social, el número del escritura y el sello notarial eran, por lo demás, idénticos.

139. Después de la primera sesión del Tribunal, la demandada presentó un incidente en el que solicitó que el Tribunal girara instrucciones a los demandantes de manera que definieran su posición y aclararan el fundamento de su reclamación. El Tribunal recibió el incidente y una contestación de los demandantes, y decidió diferir la consideración sobre el fondo del incidente.

140. El Tribunal recordará que la demandada solicitó mayor información sobre las tres versiones de DESONA y las transacciones relativa a su participación en el capital. La demandada ha intentado encontrarle el sentido a la evidencia que ha recibido. Sin embargo, el Tribunal podrá apreciar que la descripción que los demandantes hacen de las distintas transacciones simplemente no tiene sentido.

141. Se ha manifestado que el Notario Público Número 7 de Cuatitlán Izcalli preparó dos escrituras constitutivas de DESONA el 4 de noviembre de 1992, antes de la sesión de cabildo en la que se otorgó la concesión a "DESONA". Sin embargo, ninguna de las dos sociedades se perfeccionó conforme a derecho mexicano. La escritura constitutiva debía haberse registrado en el Registro Público local, y posteriormente autorizada en definitiva por el notario; pero esto no sucedió sino hasta el 26 de noviembre de 1993, más de un año después.

DESONA A

142. DESONA A originalmente emitió acciones en favor de dos empresarios mexicanos, José Humberto Pulido G. (quien inicialmente detentaba 500 acciones) y Epifano López Martínez (quien inicialmente detentaba 500 acciones), además de el Sr. Azinian (quien detentaba 2700 acciones) y el Sr. Goldenstein (quien detentaba 1300 acciones). Los demandantes aseveran que DESONA A sencillamente fue abandonada porque los dos socios mexicanos nunca suscribieron sus acciones¹⁰⁹.

143. Sin embargo, la demandada ha obtenido un documento elaborado por el Sr. Goldenstein el 12 de agosto de 1993, en el que expone la situación financiera de DESONA A de enero a julio de 1993¹¹⁰. Contiene estados financieros preparados por el despacho Dinámica Contable, S.C.

108. Acta de la sesión de cabildo del 4 de noviembre de 1992. Véase Anexo 3.

109. Contestación de los demandante al incidente del gobierno de México del 5 de noviembre de 1997.

110. Informe financiero de DESONA, de fecha 12 de agosto de 1993. Véase Anexo 34.

El Tribunal podrá observar que los señores Pulido y López aparecen como accionistas, mientras que el Sr. Davitian no. Además indica que las aportaciones de capital originales quedaron suscritas (incluso por los dos socios mexicanos), y que el Sr. Pulido realizó aportaciones adicionales importantes —por lo menos en relación con los demás accionistas. Este documento elaborado por el propio Sr. Goldenstein, por lo tanto, contradice la reseña de los demandantes sobre DESONA A.

144. Es de extrañar que los estados financieros de DESONA A, incluidos en el informe financiero del 12 de agosto del Sr. Goldenstein, registra a DESONA I como un acreedor, aun cuando en ese momento era DESONA I la que detentaba la concesión.

DESONA I

145. DESONA I fue constituida el 3 de marzo de 1993 por el Sr. Goldenstein (quien detentaba 3500 acciones) y por el Dr. Óscar Palacios (quien detentaba 1500 acciones). El 22 de abril el Sr. Goldenstein solicitó formalmente al ayuntamiento que transfiriera la concesión a DESONA I¹¹¹ y el 3 de mayo, el ayuntamiento consintió.

146. El Dr. Palacios testifica que el Sr. Goldenstein prometió que DESONA I sería la titular de la concesión. Acordaron que el Dr. Palacios (en representación de EPYCSA, S.A. de C.V., que incorporaba a un grupo de empresas bajo su dirección) contribuiría efectivo y contenedores metálicos de basura para ser utilizados en el desempeño de la concesión. Una vez que la concesión fuera aprobada por la legislatura estatal, el Sr. Goldenstein y sus colegas aportarían su parte¹¹².

147. El Sr. Goldenstein le solicitó al Dr. Palacios que depositara los fondos en cuenta número 520786-5 de Banamex, S.A. El Dr. Palacios testifica que depositó fondos en esa cuenta en diversas ocasiones y comenzó a fabricar los contenedores metálicos de basura¹¹³.

Situación al mes de abril de 1993

148. De acuerdo con la evidencia generada por los demandantes, al mes de abril de 1993 había 3 versiones de DESONA: DESONA A, que conforme a los registros financieros del propio Sr. Goldenstein, era la versión operativa de DESONA (aunque no se había llevado a cabo el registro de la sociedad), DESONA I, que apenas había sido constituida y estaba por adquirir la titularidad de la concesión, y DESONA B, cuya escritura constitutiva aparentemente se ha elaborado en borrador, pero que evidentemente no operaba en absoluto.

111. Carta del Sr. Goldenstein mediante la cual solicita que la concesión sea transferida de DESONA A a DESONA I, de fecha 22 de abril de 1993. Véase Anexo 35.

112. Declaración testimonial del Dr. Óscar Palacios.

113. Ibid.

La asamblea de accionistas del 19 de abril

149. No obstante que DESONA A y DESONA I eran las dos versiones que estaban en “operación” en esta fecha, los demandantes han presentado el acta de una asamblea de accionistas que presuntamente celebró el 19 de abril de 1993, en la que argumentan haber realizado el escrutinio del capital social de DESONA. De acuerdo con el acta, el Sr. Davitian certificó que la totalidad de las acciones emitidas estaba representada y que la titularidad de las mismas correspondía a los Sres. Azinian (2700), Goldenstein (1300) y a él mismo (1000)¹¹⁴.

150. Desde luego que esto se contrapone con el informe financiero preparado subsecuentemente por el Sr. Goldenstein el 12 de agosto de 1993, que incluye el balance general correspondiente al mes en que esta asamblea supuestamente se llevó a cabo. Más aún, DESONA I ya estaba constituida y detentaría la concesión, de manera que no es claro por qué DESONA (sea A o B) celebraría una asamblea para discutir el desempeño de la concesión —en particular dado que el Sr. Goldenstein solicitaría la transferencia de la concesión a DESONA I tan sólo tres días después. Por último, se indicó que el Dr. Palacios, quien, de acuerdo con la propia evidencia del Sr. Goldenstein, era un socio fundador de DESONA I, asistía como “invitado especial”, un término peculiar en el contexto de una asamblea de accionistas.

El otorgamiento de la concesión

151. En las sesiones del 22 y 24 de julio de 1993, una comisión de la legislatura estatal consideró el otorgamiento de la concesión por un periodo de 15 años. La Legislatura posteriormente autorizó la concesión por 15 años a DESONA I. De manera extraña, el documento presentado por los directivos de Global/DESONA se refiere a ambos, DESONA B y DESONA I. De hecho, la escritura constitutiva y el proyecto de título de concesión (que indicaba a la Legislatura cómo funcionaría la el contrato de concesión) son dos documentos que se refieren de manera específica a DESONA I¹¹⁵. Sin embargo, finalmente se autorizó la concesión a DESONA, aparentemente por un error tipográfico que consistió en la omisión del número I en una denominación social, por lo demás, idéntica¹¹⁶.

Sucesos posteriores a la aprobación estatal

152. De acuerdo con el proyecto del título de concesión presentado a la legislatura estatal, la concesionaria debía asociarse con Sunlaw de México y BAS inmediatamente después de haber sido aprobada la concesión por ese órgano legislativo, e iniciar operaciones dentro de los 90 días siguientes.

114. Testimonio del Ariel Goldenstein de fecha 28 de octubre de 1997, p. 1.

115. Proyecto de título de concesión. Véase Anexo 36.

116. Aparentemente, el error deriva de que el proyecto de título de concesión señala como concesionaria a “Desechos Sólidos de Naucalpan, S.A. de C.V.”, si bien con toda claridad hace referencia a la escritura constitutiva de DESONA I al describirla.

153. El testimonio del Dr. Palacios es que una vez que la Legislatura del Estado aprobó la concesión, presionó al Sr. Goldenstein para que hiciera las aportaciones a que se había comprometido. Aunque el Sr. Goldenstein nuevamente indicó que así lo haría, nunca cumplió¹¹⁷.

154. En su lugar, el Sr. Goldenstein procedió a negociar el contrato de concesión con el Lic. Chávez Tello, Secretario Municipal. El contrato de concesión se firmó el 15 de noviembre de 1993, no a nombre de DESONA I, sino a nombre de DESONA B, cuya acta constitutiva se inscribió en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio el 23 de noviembre de 1993.

155. Sin embargo, el día en que el contrato fue firmado, DESONA I seguía siendo la titular de la concesión.

156. El 26 de noviembre de 1993, el Sr. Goldenstein —*actuando en representación de DESONA B, en lugar de hacerlo a nombre de la entonces titular de la concesión, DESONA I*— solicitó que la concesión se transfiriera de DESONA I a DESONA B¹¹⁸. El Tribunal advertirá que esto ocurrió once días después de la celebración del contrato de concesión.

157. La contestación de los demandantes a la aclaración solicitada por la demandada por lo que se refiere a la situación de DESONA I, fue simple y nada ilustrativa. Sin embargo, aparentemente se privó al Dr. Palacios de su inversión, y que DESONA B transfirió tanto el dinero como los contenedores que aportó a DESONA I para su propio uso. Por tal motivo, el Dr. Palacios subsecuentemente inició acción penal en contra del Sr. Goldenstein por fraude.

DESONA B

158. Los demandantes han presentado los títulos de acciones que, argumentan, representan su participación en DESONA B¹¹⁹.

159. El Tribunal podrá apreciar que los títulos de acciones están fechados el 15 de noviembre de 1993, la fecha en que el contrato de concesión fue firmado. Esta fecha es aún más relevante por las razones que se indican más adelante.

160. Los títulos de acciones están numerados en la esquina superior izquierda, a partir del número 52. Los títulos números 1 al 51 no fueron presentados, de manera que se desconoce a nombre de quién fueron expedidos. Cada título presentado ampara 100 acciones. Los títulos fueron expedidos de la siguiente manera:

- títulos 52 al 73: a nombre de Rober Azinian, por un total de 2200 acciones;
- títulos 87 al 96: a nombre de Ellen Baca, por un total de 1000 acciones;

117. Declaración testimonial del Dr. Óscar Palacios.

118. Véase Anexo 37.

119. Contestación de los demandantes al incidente de la demandada del 5 de noviembre de 1997.

- títulos 97 al 101: a nombre del H. Ayuntamiento de Naucalpan de Juárez, por un total de 500 acciones.

161. Las acciones suman un total de 3700. No se da explicación sobre las 5100 acciones amparadas por los títulos 1 al 51 ni las 1300 acciones amparadas por los títulos 74 al 86. Aun suponiendo que se expidieron 1300 acciones a nombre del Sr. Goldenstein, según aseveran los demandantes, no se da explicación de las 5100 acciones que estaban amparadas por los títulos 1 al 51. Puede inferirse que tales acciones fueron emitidas a favor de inversionistas mexicanos, como el los Sres. Pulido, López y, quizás, el Dr. Palacios.

162. Hay que subrayar que, a la fecha de la emisión de los títulos de acciones, el 15 de noviembre de 1993, la Sra. Baca está registrada como accionista en lugar del Sr. Davitian.

163. El porqué el 15 de noviembre es una fecha tan importante consiste en que, sólo tres días después, los Sres. Azinian, *Davitian*, y Goldenstein firmaron un contrato de garantía con BFI por un préstamo de 100,000 dólares¹²⁰.

164. Las declaraciones contenidas en la cláusula I indican que “Los garantes, Robert Azinian, Ariel Darío Goldenstein y *Kenneth Davitian* actualmente son los propietarios y beneficiarios legales, respectivamente, del cincuenta y cuatro por ciento (54%), veintiséis por ciento (26%) y veinte por ciento (20%) de las acciones suscritas pero no pagadas de Desechos Sólidos de Naucalpan (DESONA)”.

165. Esta declaración es incongruente con otros hechos. En primer lugar, de acuerdo con los títulos de acciones presentados a la demandada, sólo tres días antes, las acciones del Sr. Davitian fueron transferidas a la Sra. Baca.

166. En segundo lugar, las 750 acciones que fueron dadas en garantía por el Sr. Azinian a BFI demuestra otra incongruencia: el Tribunal podrá apreciar que ha presentado evidencia relativa al 100% de su tenencia accionaria original. Sin embargo, ha manifestado que BFI exigió el pago del crédito que le otorgó. Parece inconcebible que BFI hubiera devuelto la garantía al Sr. Azinian previo al pago.

167. La demandada ha obtenido los estados financieros de “DESONA” al 31 de octubre de 1993¹²¹. Los estados financieros son muy similares a los contenidos en el informe financiero del 12 de agosto y han sido preparados por el mismo despacho. En específico, al igual en los estados financieros al 31 de julio de 1993, DESONA I aparece como acreedor.

168. La balanza de comprobación indica que EPYCSA (constituida por el grupo que dirigía el Dr. Palacios) realizó una aportación adicional de capital, lo cual indica que EPYCAS era un accionista.

120. Ibid.

121. Véase Anexo 38.

169. Parece ser, por lo tanto, que sin el conocimiento del Dr. Palacios, su contribución financiera a DESONA I quedó registrada como una aportación de capital de EPYCSA¹²².

170. Debe advertirse que no fue sino hasta esta fecha aproximadamente que los demandantes realizaron los trámites para formalizar una de las versiones, DESONA A o B, aparentemente porque el contrato con BFI requería que DESONA fuera constituida. El Tribunal observará que la escritura constitutiva de DESONA B quedó registrada el 23 de noviembre y, finalmente, autorizada por el notario el 26 de noviembre.

La asamblea de accionistas del 15 de diciembre

171. Los demandantes han presentado el acta de la asamblea del 15 de diciembre, en la que supuestamente se autorizó la transferencia de las acciones del Sr. Davitian.

172. Al igual que en el acta del 19 de abril, contiene una sección que refleja el escrutinio de las acciones, y se indica que el Sr. Davitian aún detentaba sus 1000 acciones.

173. El problema de los demandantes es que, de acuerdo con los títulos de acciones que han exhibido en este procedimiento, la Sra. Baca ya había recibido las acciones un mes antes. Sin embargo, es en esta asamblea en la que supuestamente se autoriza al Sr. Davitian a transferir sus acciones a la Sra. Baca.

174. No es posible que los demandante argumenten que en esta asamblea únicamente se ratificó la transacción efectuada el mes anterior, porque, como lo señala el acta del 15 de diciembre, se autorizó al Sr. Azinian para expedir nuevos títulos de acciones a nombre de Ellen Marie Baca y cancelar los expedidos a nombre del Sr. Kenneth Davitian”.

Síntesis

175. El presunto otorgamiento de la concesión a un consorcio, el acta constitutiva de DESONA A que los demandantes entregaron al municipio, la transferencia de la concesión a DESONA I, la sustitución de DESONA A por DESONA B hecha por los demandantes, y la transferencia de la concesión de DESONA I a DESONA B con posterioridad a la firma del contrato de concesión por DESONA B fueron una de las tantas irregularidades aducidas por el ayuntamiento cuando decidió anular el contrato de concesión, así como en el procedimiento judicial subsecuente¹²³.

122. La contribución financiera de EPYCSA posteriormente fue retirada de la cuenta de aportaciones de capital, para considerársele como saldo acreedor.

123. La Sala Superior del Tribunal de lo Contencioso Administrativo sostuvo que la existencia de dos actas constitutivas que entraban en conflicto “denota el posible propósito de confundir a las autoridades municipales y no cumplir con los ofrecimientos que les formularon en la sesión de cabildo” del 4 de noviembre de 1992. Esto fue confirmado por el Tribunal Colegiado de Circuito. Véase la sentencia de la

Continúa nota de la página siguiente

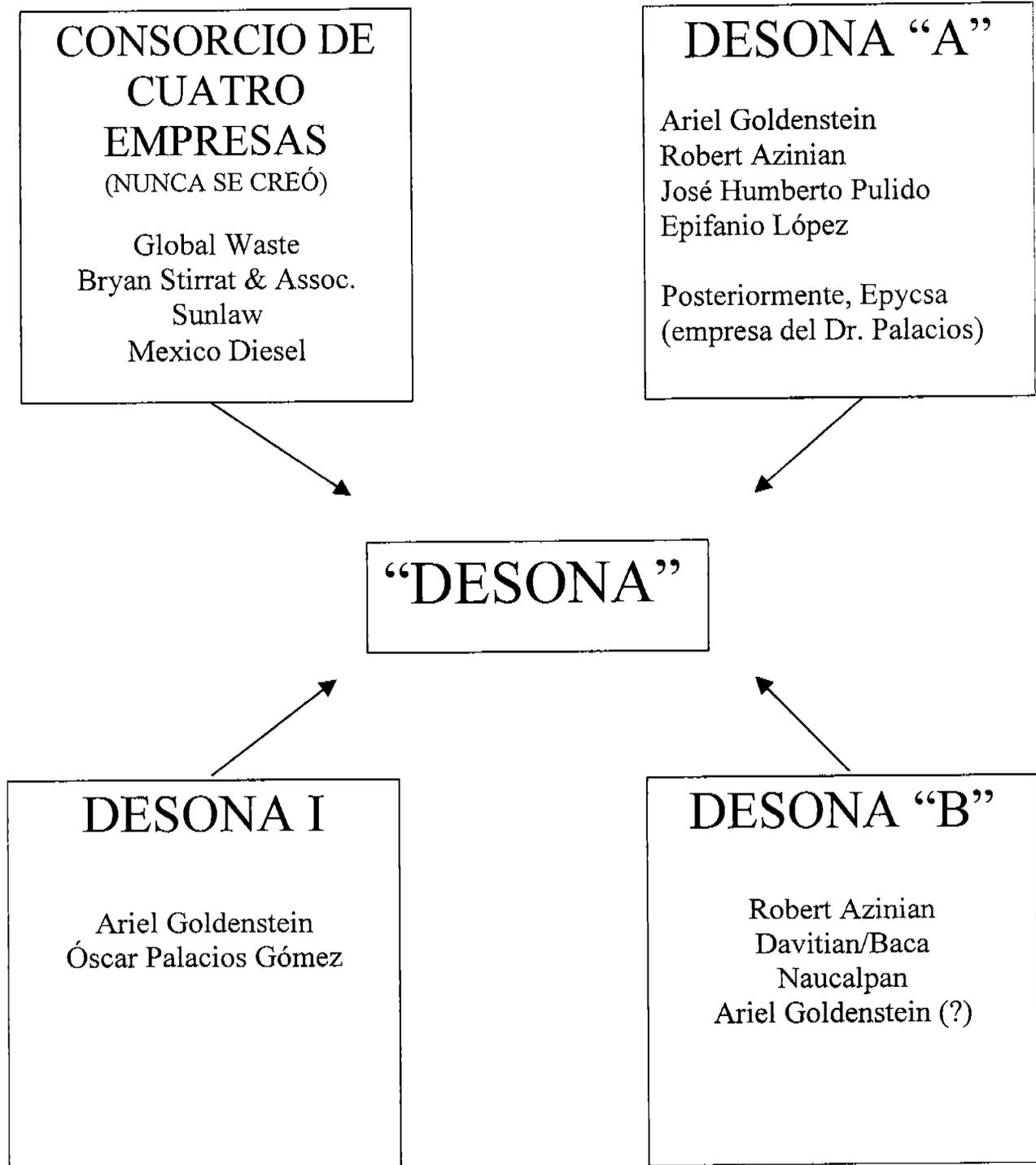
176. La demandada sostiene que los documentos presentados por los demandantes son representativos de su conducta durante a lo largo de este asunto. Son contradictorios, y no son confiables. Por lo tanto, no puede admitírseles como prueba de los hechos que aducen los demandantes.

177. Para la conveniencia del Tribunal, a continuación se presenta un diagrama que ilustra la composición de las cuatro versiones de DESONA:

Continúa nota de la página anterior

Sala Superior de fecha 17 de noviembre de 1994 en el Anexo 31 y la sentencia del Tribunal Colegiado de Circuito de fecha 18 de mayo de 1995, en el Anexo 33.en el

LAS CUATRO VERSIONES DE "DESONA" Accionistas



PARTE III: ARGUMENTOS JURÍDICOS

A. Interpretación del TLCAN – Disposiciones Aplicables: artículo 102

178. La disposición que gobierna la interpretación y aplicación del TLCAN en su totalidad se encuentra en el artículo 102:

“Las Partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este Tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1 y de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional.”

179. La interpretación del capítulo XI se rige por las disposiciones del TLCAN tomadas en su contexto, así como por “las normas aplicables del derecho internacional”. Estas últimas incluyen al artículo 31 de la Convención de Viena sobre la Celebración de Tratados¹²⁴.

180. En el caso de *Aranceles Aplicados por Canadá a Ciertos Productos Agropecuarios Originarios de Estados Unidos*, el Panel interpretó que debía comenzar su análisis identificando el “significado liso y llano de las palabras utilizadas” en el tratado; tal identificación consideraría “el significado que de hecho se atribuye a las palabras y frases considerando el texto como un todo y examinando el contexto en el que aparecen”¹²⁵.

181. Los tratados internacionales expresan la voluntad de las Partes. La consecuencia necesaria es que el propósito de la interpretación de tratados sea asegurar que el tratado sea interpretado y aplicado de manera tal que haga efectiva la voluntad de las Partes¹²⁶. El principio de la buena fe en la interpretación de un tratado internacional subraya el concepto de que la interpretación no debe producir resultados que sean manifiestamente absurdos o irrazonables.

B. Cuestiones Preliminares

1. La reclamación en su totalidad está fundamentada en declaraciones falsas

182. El capítulo XI constituye un avance de importancia histórica en las relaciones convencionales de las tres naciones de América del Norte. Las Partes del TLCAN aceptaron ofrecer a los inversionistas de las otras Partes protecciones importantes que fueron establecidas en la sección A del capítulo XI.

183. Las Partes partieron de la presunción de que el capítulo XI sería invocado por inversionistas que tuvieran reclamaciones en buena fe. En la opinión de la demandada, los tribunales arbitrales tienen la obligación de asegurar que las reclamaciones frívolas o fraudulentas reciban un tratamiento apropiado, con el objeto de prevenir el abuso del

124. *Aranceles Aplicados por Canadá a Ciertos Productos Agropecuarios Originarios de Estados Unidos*, caso CDA-95-2008-01, párrafo 119.

125. *Ibid*, párrafo 120.

126. Lord McNair, *The Law of Treaties* (Oxford: Clarendon Press, 1961), p. 365.

procedimiento arbitral y desviaciones innecesarias de los recursos gubernamentales. La reclamación objeto de este procedimiento es una de este tipo.

184. La evidencia obtenida de los expedientes de los tribunales de Estados Unidos y otros documentos elaborados por los propios demandantes, demuestra que la concesión fue obtenida por un extraordinario cúmulo de declaraciones falsas y omisiones sustanciales, calculados para engañar al ayuntamiento.

185. La evidencia demuestra que uno de los demandantes, el Sr. Azinian, estaba en bancarrota cuando la concesión fue otorgada. Esta información no fue revelada al ayuntamiento.

186. El Sr. Azinian fue presentado como el presidente de Global Waste Industries, Inc al municipio. La declaración de su colega, el Sr. Ariel Goldenstein, efectuada bajo protesta de decir verdad en el procedimiento de quiebra de Global en Estados Unidos, contradice esas declaraciones. Al enumerar a los accionistas y funcionarios de Global ante el tribunal de estadounidense, el Sr. Goldenstein no incluyó al Sr. Azinian en absoluto.

187. De hecho, *ninguno* de los señores Azinian, Davitian y Goldenstein tenía la participación en Global que manifestaron a la demandada y el Tribunal Arbitral en su respuesta a la solicitud de información específica hecha de la demandada.

188. Adicionalmente, en su "perfil empresarial" preparado en español, Global se ostentó como una empresa con 40 años de experiencia. Sin embargo, apenas había sido constituida el primero de marzo de 1991, cerca de diecinueve meses antes de comparecer ante el ayuntamiento con objeto de obtener de la concesión.

189. Más aún, en la fecha en que Global compareció ante el ayuntamiento, la empresa se encontraba ya muy avanzada en su procedimiento de quiebra. Este hecho, que desde luego hubiera afectado la decisión del ayuntamiento (puesto que se suponía que la empresa contaba con la suficiente capacidad financiera y podría realizar las inversiones que indicó al ayuntamiento que realizaría) nunca fue revelado al órgano oficial del municipio que, conforme a la legislación mexicana, estaba facultado para otorgar la concesión.

190. Según la declaración del Sr. Goldenstein, efectuada bajo protesta de decir verdad en el procedimiento de quiebra, los ingresos totales de Global de 1991 a 1992 fueron de 30,000 dólares. Cuando el Sr. Goldenstein compareció ante el ayuntamiento, sabía que no tenían la capacidad de realizar el tipo de inversiones que estaba describiendo.

191. Nunca fue revelado al Ayuntamiento que los señores Azinian y Goldenstein no contaban con experiencia personal alguna en el negocio de la recolección de basura, ni que el historial del Sr. Davitian en el negocio era bastante pobre.

192. La demandada sostiene, en esta circunstancias, la reclamación debe de ser considerada como completamente infundada. La reclamación debe desecharse sin necesidad de continuar con las demás etapas en este procedimiento.

2. No hubo inversión conforme a la definición del TLCAN

193. En opinión de la demandada, el Tribunal Arbitral debe analizar cuidadosamente la naturaleza de la inversión que se alega ha sido expropiada, y la relación de los demandantes al respecto. Como lo señaló el Tribunal Arbitral en su decisión sobre la legitimidad de los demandantes, la reclamación que presentan los inversionistas en este caso, es en su propio derecho y no en representación de la empresa en la que supuestamente invirtieron.

194. Ello presenta dos cuestiones relacionadas. Por un lado, el hecho que los demandantes fueron incapaces de presentar siquiera el mínimo de pruebas confiables para demostrar que, en realidad comprometieron capital u otros recursos en relación con el contrato de concesión. Por otro lado, debe preguntarse si la empresa en la que los demandantes hicieron la presunta inversión, DESONA B, es en realidad la concesionaria.

195. El artículo 1139 del TLCAN establece las formas de inversión que las Partes reconocen están amparadas por el tratado. En cada caso, el inversionista debe demostrar a satisfacción del Tribunal Arbitral la naturaleza específica de su inversión. La parte demandante asegura que las secciones siguientes de la definición de inversión son aplicables a este caso:

“**inversión** significa;

- (a) una empresa;
- (b) acciones de una empresa;
- (d) un préstamo a una empresa,
 - (ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años,
- (e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;
- (h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a:
 - (i) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o
 - (ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa¹²⁷;

127 Escrito de demanda, sección 5, página 2.

a. Los demandantes no han demostrado haber destinado capital alguno

196. El Tribunal Arbitral recordará que, si bien los demandantes han afirmado haber contribuido “cientos de miles de dólares” no han substanciado ninguno de esos alegatos —no obstante las constantes solicitudes que hizo la demandada para que proporcionaran documentos de sustento.

197. El artículo 1139 incluye en la definición de inversión “*la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a... las concesiones*”. Como tal, la concesión en sí no es una inversión —únicamente la participación que resulte del capital u otros recursos destinados a la concesión lo es.

198. El artículo 1139 expresamente *excluye* de la definición de inversión “reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte o... cualquier otra reclamación pecuniaria que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos (a) a (h)”.

199. Para que una inversión pueda estar sujeta al capítulo XI del TLCAN, debe haberse destinado efectivamente capital u otros recursos en México, que se perdieron a causa de una acción de la demandada, y que el Tribunal Arbitral determine que tal acción violó alguno de los derechos de inversión amparados por el TLCAN.

200. Más aún, es claro que los demandantes no tenían un interés personal en la concesión. Conforme a derecho, ese interés lo detentaba una de las diversas versiones de DESONA. El artículo 1139, por lo tanto, encauza al Tribunal a considerar qué participación resultó del capital u otros recursos destinados por los demandantes en relación con la concesión. En pocas palabras ¿qué capital u otros recursos invirtieron en realidad los demandantes en México?

201. La evidencia muestra que una de las razones por las cuales la concesión fue finalmente anulada consistió en que, no obstante las aseveraciones en el sentido de contar con una considerable experiencia empresarial y capacidad financiera, DESONA no poseía el capital necesario para desempeñar la concesión. Prueba de ello es:

- a) la evidencia del Lic. Piazzesi y los hechos determinados por el ayuntamiento;
- b) la evidencia de dos terceros independientes, los señores Jim Hodge y Sam Maphis, quienes analizaron la concesión a principios de 1994 (el Sr. Hodge en enero y el Sr. Maphis a principios de marzo) y concluyeron que DESONA no tenía la capacidad financiera (ni administrativa) para cumplir con el contrato; y
- c) el hecho de que la prueba de los gastos que DESONA presentó ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo Estatal —que constaba de una sola página— fue considerada incompleta.

202. En otras palabras, hay muy poca evidencia de que se haya destinado *cualquier* recurso personal a la inversión porque los demandantes eran *incapaces* de destinar capital u otros recursos a actividades económicas en México. El Tribunal también recordará que no sólo estaba Global en quiebra antes de obtener la concesión, sino que también el propio Sr. Azinian estaba en quiebra personal en ese entonces.

203. Los pocos gastos que los demandantes aseveraron haber hecho, por ejemplo, los gastos derivados de la visita de funcionarios a Los Ángeles, resultaron haber sido absorbidos, en su mayoría, por el Sr. Emilio Sánchez. En forma similar, la evidencia demuestra que los contenedores de basura, que los demandantes se jactan de haber destinado al municipio, fueron provistos principalmente por el Dr. Palacios, no por ellos. Finalmente, los demandantes aparentemente vendieron a otra empresa de recolección llamada “King Kong”, anteriormente propiedad de Sanifill, los dos camiones que parecen haber aportado.

204. Más importante aún, la evidencia disponible —el informe financiero del 12 de agosto de 1993, elaborado por el Sr. Goldenstein— muestran que Sr. Azinian suscribió capital social por 27,000 nuevos pesos (aproximadamente nueve mil dólares estadounidenses). Sin embargo, no hay evidencia independiente de que, en efecto, haya efectuado la aportación. El Sr. Davitian no aparece como accionista, sino como deudor de 2,500 nuevos pesos a la empresa. Toda la evidencia indica que personas distintas de los demandantes aportaron dinero a la empresa y que eran titulares —o creían serlo— de la mayoría de las acciones.

b. Los demandantes no han probado haber realizado una inversión en una empresa o en acciones de la misma, ni que tienen derecho a participar en sus ingresos

205. De acuerdo con el peritaje que se presenta, conforme a derecho mexicana, los servicios públicos son de la competencia exclusiva de la administración pública (sea federal, estatal o municipal). Ninguna persona privada tiene un derecho preexistente para proporcionar tales servicios. Las entidades gubernamentales pueden, sin embargo concesionar la prestación de ciertos servicios públicos, en aquellos casos en que carecen de los recursos necesarios, para prestar el servicio adecuadamente y de la manera más eficiente, porque sus recursos estarían mejor empleados en otras áreas.

206. Una concesión no implica la privatización del servicio; el servicio público permanece bajo la responsabilidad y supervisión de la entidad gubernamental correspondiente. Sólo involucra la delegación de ciertas actividades en forma temporal. Al otorgar una concesión, la administración pública no abandona ni renuncia a sus obligaciones; sigue siendo responsable del desempeño de tales actividades, que permanecen dentro del ámbito de su competencia.

207. El principio que subyace al otorgamiento de una concesión es que la concesionaria mejorará superará la aptitud de la concedente para desempeñar el servicio público (de lo contrario, sería ilógico otorgar la concesión). La concesionaria necesita tener la capacidad legal, técnica, financiera y moral para prestar el servicio público de manera regular, uniforme, continua y permanente.

208. Por estas razones, las concesiones se otorgan sobre una base estrictamente personal, es decir, se otorgan a la concesionaria y a nadie más. Las concesiones se otorgan para ser desempeñadas por los concesionarios, dadas sus habilidades para proporcionar el servicio público en cuestión. Conforme al derecho mexicano, las concesiones en sí no están en el comercio; la concesionaria no puede transferirla libremente, sin el consentimiento de la concedente. De hecho el Tribunal habrá observado que la confusión entre las diversas versiones de DESONA fue uno de los motivos por los que los tribunales confirmaron la nulidad de la concesión¹²⁸.

(1) La concesión nunca fue otorgada válidamente a la versión de DESONA de la que los demandantes alegan ser propietarios

209. Como se discute detalladamente en la parte II, C (“Hechos adicionales pertinentes”), la parte demandante mantuvo un juego de engaños [“shell game”] con las diversas versiones corporativas de “DESONA”. No ha demostrado que la empresa de la que argumentan ser propietarios —DESONA B— fue a la que debidamente correspondía la titularidad para los efectos del contrato de concesión, tras la aprobación de la legislatura estatal.

(2) Los demandantes no tenían la capacidad de desempeñar la concesión

210. Dados los antecedentes económicos y técnicos de los demandantes, específicamente su situación financiera personal y la de Global, así como su falta de experiencia en esta área, es obvio que, tal y como ocurrió, eran incapaces de desempeñar la concesión al momento que fue otorgada, cuando se firmó el contrato de concesión y en cualquier momento sucesivo. Los Sres. Azinian, Goldenstein y Davitian no sólo obtuvieron la concesión a través de patentes declaraciones falsas, sino que probaron ser totalmente incapaces de sustituir al municipio en la prestación de los servicios públicos, y mucho menos de poder mejorar su desempeño, no obstante los limitados recursos con que el ayuntamiento contaba. De hecho, el ayuntamiento posteriormente reasumió la prestación del servicio por su propia cuenta.

211. La naturaleza de la concesión impedía al concesionario transferirla a un tercero sin el consentimiento del ayuntamiento. Era directamente responsable de su ejecución y, por lo tanto, responsable ante el ayuntamiento.

212. Debido a las irregularidades que rodean las diferentes versiones de DESONA en relación con el otorgamiento de la concesión y a la incapacidad del presunto concesionario para cumplir con sus obligaciones derivadas de la concesión, no puede sostenerse la validez de una reclamación relativa a la existencia conforme al TLCAN de una empresa, acciones de esa empresa o una participación en esa empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la misma.

128. Véase dictamen pericial del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

**c. Los demandantes no han probado que alguno de ellos
haya realizado un préstamo a la empresa**

213. Los demandantes alegan haber realizado inversiones en la forma de "un préstamo a una empresa... cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años". Sin embargo, no han presentado ninguna evidencia al respecto. De hecho, la demanda no contiene referencia alguna a tales préstamos. No obstante que los demandantes alegan haber contraído préstamos conjuntamente y separadamente, haberse obligado por cantidades en exceso de 1.6 millones de dólares, no hay evidencia de que hayan hecho préstamos a una empresa en México. Por tal motivo, este alegato debe de ser rechazado.

214. Por consiguiente, la demandada sostiene que, al no haber presentado prueba alguna de una inversión real conforme a la definición del artículo 1139, no puede permitirse que los demandantes mantengan la reclamación.

**3. Cuestiones adicionales sobre la legitimación procesal de los
presuntos inversionistas**

215. En adición a las objeciones relativas a la reclamación en general, la demandada desea hacer ciertas observaciones sobre problemas de legitimación procesal que enfrentan algunos de demandantes en lo individual.

El Sr. Davitian

216. El Tribunal recordará que anteriormente la demandada trató la cuestión de la legitimación procesal del Sr. Davitian, y el Tribunal difirió la consideración de este punto. En la opinión respetuosa de la demandada, los demandantes no han podido presentar un sustento jurídico convincente sobre la legitimación del Sr. Davitian para presentar la reclamación.

217. No obstante que se sostiene que era un inversionista en una de las versiones de DESONA (DESONA B), hay evidencia generada por el propio Sr. Goldenstein (un informe financiero de DESONA fechado el 12 de agosto de 1993), que no identifica al Sr. Davitian como accionista (en los estados financieros a julio de 1993 aparece como deudor de 2,500 nuevos pesos), de manera que no es claro que el Sr. Davitian haya tenido alguna vez una participación en alguna de las versiones de DESONA.

218. Aún cuando hubiera tenido una participación, se lo asignó a su anterior esposa, la Sra. Baca, como parte de un acuerdo de divorcio, y, en tal caso, la Sra. Baca lo habría sustituido como demandante en este procedimiento. Éste es la única participación del Sr. Davitian relativa a una inversión (si es que la tuvo), que podría ser reconocido por el TLCAN.

219. La demanda y la declaración del Sr. Davitian aseveran que, aunque ya no es accionista, seguía teniendo expectativas de participar en las ganancias de la empresa. Sin embargo, como lo indica el artículo 1139, la definición de "inversionista" del TLCAN no se aplica a empleados. Si bien el Sr. Davitian alguna vez pudo haber sido considerado como "inversionista... que busca hacer, está haciendo o ha hecho una inversión", al ceder su participación a la Sra. Baca, el Sr.

Davitian perdió todo derecho que pudo haber tenido para presentar una reclamación al amparo del capítulo XI. Jurídicamente, el hecho simplemente es que, en el momento en que se presentó la reclamación, no tenía interés alguno en ninguna de las diferentes versiones de DESONA que pudiera legitimarlo para los propósitos de este arbitraje.

La Sra. Ellen Baca

220. La reclamación de la Sra. Baca se sustenta únicamente en la participación que pudiese haber tenido el Sr. Davitian en la inversión, si es que la tuvo. Si el Sr. Davitian no era un accionista en la inversión —tal como lo indica el informe financiero elaborado por el Sr. Goldenstein— no tenía participación en la propiedad que pudiese haber transferido a la Sra. Baca. Por tanto, ella también carecería de legitimidad para presentar una reclamación.

La supuesta cesión de la participación del Sr. Goldenstein al Sr. Azinian

221. La demandada ha objetado ya el intento de facultar al Sr. Azinian para realizar una reclamación en nombre del Sr. Goldenstein, quien no es nacional de un país parte del TLCAN, y reitera esa objeción. Aun si el Sr. Azinian estuviera legitimado para presentar la reclamación en su propio derecho —lo cual niega— la supuesta cesión no puede utilizarse para otorgarle indirectamente legitimación al Sr. Goldenstein.

222. Las partes del TLCAN otorgaron el derecho de realizar una reclamación al amparo del capítulo XI, únicamente a sus nacionales. A este respecto, el artículo 1139 señala que el término “inversionista de una Parte” significa, en relación con una persona física “un nacional... de dicha Parte”. En ninguna parte del tratado se autoriza a una persona que no es nacional ceder sus acciones a un nacional, con el fin de que su reclamación pueda ser realizada por esa persona.

223. De permitir que el Sr. Azinian presente la reclamación del Sr. Goldenstein sobre la base de una presunta cesión de las acciones que este último tenía en DESONA, violentaría la voluntad de las partes del tratado de limitar el derecho a realizar una reclamación conforme al capítulo XI a sus respectivos nacionales.

C. La respuesta de la demandada a reclamaciones específicas

224. La demanda se centra en dos tipos específicos de reclamaciones:

- a) artículo 1105: la supuesta omisión de otorgar trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas; y
- b) artículo 1110: la presunta expropiación de la inversión, mediante actos directos o indirectos, o mediante medidas equivalentes a una expropiación.

1. Los procedimientos judiciales internos y su relevancia en este procedimiento

225. Uno de los elementos que puede probar la existencia de una expropiación de derechos contractuales es la ausencia de un recurso local¹²⁹. La ausencia de recursos jurisdiccionales internos también puede ser relevante cuando se considera el nivel de trato justo y equitativo.

226. Los demandantes pretenden que el Tribunal Arbitral ignore la existencia de los tres procedimientos jurisdiccionales internos. Empero, los procedimientos fueron iniciados por DESONA, la presunta inversión de estos individuos. Más aún, los propios demandantes señalan que “la administración de DESONA” —es decir, los mismos demandantes— utilizaron los recursos jurisdiccionales internos “sin éxito”¹³⁰.

227. La demandada sostiene que el procedimiento jurídico interno aporta elementos legales y de hecho importantes en este procedimiento. Los demandantes comparecieron, en tres ocasiones, ante los tribunales en defensa de sus intereses, y perdieron en las tres ocasiones.

228. La demandada no sostiene que por virtud de haber iniciado DESONA dos procesos jurídicos (y una apelación), el artículo 1121 del TLCAN le impida a los demandantes utilizar la sección B del TLCAN.

229. Sin embargo, las resoluciones de los tribunales en cuanto a los hechos y el derecho, en efecto, hecho sumamente relevantes en este arbitraje. Los demandantes enfrentan una situación en la que acción que es materia de esta reclamación fue revisada y confirmada por tres tribunales distintos. No obstante los demandante no alegan (ni podrían ofrecer evidencia que sustentara tal alegato) que el órgano judicial de la demandada no condujo un procedimiento justo para escuchar y resolver las reclamaciones jurídicas de la empresa.

230. El procedimiento judicial interno es sumamente relevante en este procedimiento por cinco razones:

- Primero, el Tribunal Arbitral puede apreciar que existió un foro interno adecuado para atender una reclamación relativa a la terminación ilegal de un acto.
- Segundo, por la declaración testimonial del Dr. Dávalos, el Tribunal Arbitral puede apreciar que DESONA no ofreció pruebas en respuesta a la voluminosa evidencia que del municipio para sustentar su decisión de anular la concesión.
- Tercero, como lo testifica el Dr. Dávalos, los demandantes dedican una cantidad considerable de su demanda a argumentar de nuevo su caso en contra de las 27 irregularidades y, de hecho, aducen evidencia que no intentaron introducir ante los tribunales.

129. Véase el *Restatement (Third) of Foreign Relations Law* de los Estados Unidos, en la Sección 712.

130. Escrito de demanda, p. 52.

- Cuarto, el Tribunal Arbitral puede observar que cada una de las 27 irregularidades identificadas en el procedimiento de nulidad fueron analizadas y consideradas por los tribunales locales.
- Quinto, el Tribunal Arbitral puede observar que, después de considerar el asunto, los tribunales confirmaron la nulidad de la concesión. Esto es evidencia de que el municipio actuó razonablemente y que su motivación fue correcta.

231. Por lo tanto, afirmaciones tales como la que se encuentra en la página 11, sección 5 de la demanda, en la que se sostiene que “DESONA no estaba en violación de sus obligaciones contractuales y tenía la capacidad de cumplir con sus obligaciones”, simplemente carecen de toda credibilidad. Los demandantes no pueden sostener que los tribunales no otorgaron la oportunidad adecuada y justa para oír y resolver el fondo de su pretensión, por lo que esta reclamación debe de ser desechada.

232. Adicionalmente a las cinco razones aludidas con anterioridad, el Tribunal Arbitral debe considerar el principio bien establecido del arbitraje internacional, a saber, que los tribunales arbitrales internacionales no se constituyen como órganos de apelación para revisar las decisiones de los tribunales nacionales. Se debe de otorgar deferencia y respeto a las resoluciones de hecho y de derecho de los tribunales nacionales y deben de respetarse íntegramente, excepto en los casos más extraordinarios.

233. El juez Tanaka se refiere en detalle a este principio en el caso del *Barcelona Traction*¹³¹:

“Debe de señalarse que las diversas reclamaciones realizadas por el Gobierno de Bélgica se refieren principalmente a la interpretación del derecho local, específicamente disposiciones del código de comercio y el código de procedimiento civil español en materia de quiebras, y disposiciones de derecho internacional privado español relativas a la jurisdicción de los Tribunales españoles en materia de quiebras. Las cuestiones en relación con estos asuntos son extremadamente complicadas y de naturaleza técnica: son altamente controversiales y no es fácil determinar qué solución es correcta y cuál es incorrecta. Aun cuando se pueda llegar a una solución sea correcta y se pueda

131. El juez Fitzmaurice hizo el siguiente comentario en relación con la importancia de las opiniones individuales en tribunales internacionales:

“Si bien la naturaleza de estos comentarios [opiniones individuales] sólo puede ser la de *obiter dicta*, y no pueden tener el peso de una decisión, toda vez que por ahora no es posible contar en el campo del derecho internacional con acciones legislativas concretas con efecto obligatorio, los pronunciamientos judiciales de un tipo u otro, constituyen el método principal a través del cual la ley logra encontrar una medida para su clarificación y desarrollo. Conuerdo con el finado Juez Sir Hersch Lauterpacht en el sentido de que es la responsabilidad de los tribunales internacionales tener en cuenta esta consideración, que los coloca en una posición muy distinta a la de los tribunales nacionales con respecto de – o por lo menos comentando sobre – cuestiones que se encuentran fuera del estricto *ratio decidendi* del caso”.

Opinión Individual del Juez Fitzmaurice, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.*

decidir que otra es incorrecta, no podemos determinar que las decisiones incorrectas constituyen por sí mismas una denegación de justicia que constituya responsabilidad internacional.

En pocas palabras, toda vez que estas cuestiones son de naturaleza técnica, los posibles errores cometidos por los jueces en sus decisiones, no puede dar lugar a la responsabilidad del Estado. Tampoco, desde el otro punto de vista, es difícil entender que la doctrina mencionada anteriormente impida que tal error sea un elemento constitutivo de la denegación de justicia como violación internacional. La razón de esto es que la naturaleza de tales cuestiones es de derecho local y no pertenecen al ámbito del derecho internacional. Si un tribunal internacional se abocara a tomar estas cuestiones y a examinar la regularidad de las decisiones de los tribunales locales, el tribunal se convertiría en una "*cour de cassation*" del tribunal mayor del sistema jurídico local. Por el contrario, un tribunal internacional pertenece a un orden muy distinto; se le requiere para tratar asuntos internacionales, no locales. Ahora, como hemos visto anteriormente, las acciones y omisiones reclamadas por el Gobierno de Bélgica, en la medida en que se refieren a la certeza de la interpretación y aplicación del derecho local, no pueden constituir una denegación de justicia. Esto significa que la certeza de una decisión de un tribunal local, en sí misma, no es de carácter internacional"¹³².

234. Louis B. Sohn y R.R. Baxter, entonces miembros del Consejo Editorial del *American Journal of International Law*, escribieron que: "Con el fin de prevenir que un tribunal internacional sea puesto en la posición de un tribunal de apelación de los tribunales del Estado parte del acuerdo, es necesario que, con el fin de establecer la responsabilidad, se abandone en forma "clara" el derecho aplicable al contrato"¹³³. Además señalan: "... se presume que los tribunales y demás dependencias oficiales del Estado parte del acuerdo son, si se encuentran actuando de buena fe, los mejores intérpretes del derecho de ese Estado"¹³⁴.

235. Los demandantes pretenden que este Tribunal Arbitral actúe como tribunal de revisión respecto del derecho mexicano, para resolver cuestiones que no son materia del derecho internacional. El TLCAN no faculta al Tribunal para actuar de tal manera.

236. Adicionalmente, no hay evidencia de que cualquiera de los tribunales que escucharon la reclamación de los demandantes hayan cometido una acción u omisión que constituya denegación de justicia, o cualquier otra violación por la cual la demandada pueda tener responsabilidad conforme al derecho internacional.

237. En general, la denegación de justicia en un procedimiento civil incluye lo siguiente:

- a) que se impida el acceso a los tribunales;

132. Opinión Individual del Juez Tanaka, *Barcelona Traction*, 1970 ICJ, pp. 157, 158.

133. Sohn and Baxter, "*Responsibilities of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens*", en 55 *American Journal of International Law*, 545, 571 (July 1961).

134. *Idem*.

- b) demora irrazonable en la impartición de justicia;
- c) irregularidades en la conducción del procedimiento¹³⁵.

238. Es claro que no ha habido una violación del requisito procesal de acceso a los tribunales. DESONA pudo someter su reclamación a revisión en tres ocasiones, dos veces a nivel estatal y una vez a nivel federal.

239. No hay evidencia de demora irrazonable. De hecho, desde el momento en que DESONA presentó su escrito de demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (marzo de 1994) hasta el momento en que el asunto fue resuelto en definitiva por el Tribunal Colegiado de Circuito (mayo de 1995) transcurrieron únicamente 14 meses.

240. Los demandantes no han aducido ninguna evidencia de que hubo alguna irregularidad en la conducción del procedimiento en las tres instancias judiciales. Por el contrario, la evidencia del Dr. Dávalos muestra que se siguieron todos los procedimientos de manera adecuada y que no hubo parcialidad por parte de ningún juez en contra de la actora. En efecto, la reclamación principal de los demandantes ante los tribunales locales se refería a la cuestión de si cada una de las autoridades involucradas en las resoluciones (el Ayuntamiento, la Tercera Sala Regional de lo Contencioso Administrativo y la Sala Superior de lo Contencioso Administrativo) actuaron con apego a las garantías individuales contenidas en la Constitución mexicana, a saber: el derecho de audiencia, el debido proceso legal, el principio de legalidad de los actos de autoridad, y la prohibición de hacerse justicia por propia mano. Cada uno de los tribunales confirmó que estos principios habían sido plenamente observados a lo largo del procedimiento de nulidad y de los procedimientos judiciales.

241. En ese respecto, la demandada hace la observación de que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo emitió resoluciones contrarias a las pretensiones del municipio (al rechazar las pruebas supervenientes, por ejemplo, la denuncia penal del Dr. Palacios en contra de Goldenstein). No hay evidencia de denegación de justicia.

242. El hecho de que no se le haya requerido a la demandada hacer cambios radicales en su sistema judicial como condición para participar en el TLCAN da pie a la presunción de que se conforma al derecho internacional. En el TLCAN, la demandada, Canadá y Estados Unidos acordaron realizar ciertos cambios en sus sistemas jurídicos, pero sólo relativos a modificaciones específicas a leyes, según se identifican en el TLCAN¹³⁶.

243. Las decisiones de los tres tribunales tampoco da lugar a una violación internacional por parte de la demandada. Aún más, en la medida en que se refieran a la correcta interpretación y aplicación del derecho local, no pueden tener un carácter internacional, salvo en muy limitadas circunstancias.

135. *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, Alwyn V. Freeman (1938) Reprinted 1970.

136. Véase, por ejemplo, el anexo 1904.15 que se refiere a reformas a la legislación de prácticas comerciales internacionales de México, Canadá y Estados Unidos.

244. No hay evidencia, directa o circunstancial, de que el poder judicial de la demandada haya actuado de mala fe en ninguno de los procedimientos. En su decisión en *Barcelona Traction*, el Juez Tanaka sostuvo que debían existir “hechos objetivos constitutivos de colusión, corrupción y abuso flagrante del procedimiento judicial, para que la Corte Internacional de Justicia determinara la existencia de mala fe. En ese sentido, la mala fe no puede presumirse”¹³⁷.

245. Sobre esta base, por sí sola, la reclamación carece de sustento. Habiendo dicho esto, la demandada demostrará ahora que no hubo violación al artículo 1105 ni al 1110.

2. El artículo 1105: trato justo y equitativo y protección y seguridades plenas

246. El artículo 1105 establece:

“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”.

247. El nivel mínimo de trato incorporado en este artículo es el trato “acorde con el derecho internacional”. Este nivel de trato puede dividirse en dos elementos expresos: trato justo y equitativo, y protección y seguridad plenas, además de un elemento residual: otros niveles de trato establecidos por el derecho internacional.

a. Trato justo y equitativo — contenido de la norma

248. La frase “trato justo y equitativo” no está definida en el TLCAN.

249. De conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena, la frase debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

250. El significado ordinario de la palabra “justo” es “que obra con justicia y razón” y el significado ordinario de la palabra “equitativo” es “que tiene equidad, cualidad que consiste en no favorecer en el trato a uno perjudicando a otro, actuar con igualdad de ánimo”¹³⁸.

251. El significado de “trato justo y equitativo” es más claro cuando se mira en su contexto. Las palabras calificativas en el artículo 1105(1) “acorde con el derecho internacional” significan que la intención de los negociadores fue incorporar el significado que otorga el derecho internacional a “trato justo y equitativo”. Aun cuando la frase ha sido ampliamente utilizada en tratados bilaterales de inversión, no existe un acuerdo sobre el significado exacto de la frase. Las interpretaciones incluyen:

137. Caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Segunda fase, opinion separada del Juez Tanaka, 5 de febrero de 1970, página 160.

138. Diccionario General de la Lengua Española Vox.

- El nivel de trato justo y equitativo requiere que, sujeto a intereses esenciales de seguridad, la protección convencional otorgada debe ser aquella otorgada en forma general por la parte en cuestión a sus propios nacionales, pero, al ser establecida por el derecho internacional, el nivel debe de ser mayor cuando las disposiciones de derecho nacional o las prácticas administrativas nacionales se encuentran por debajo de los requerimientos del derecho internacional. El trato requerido se constituye en consecuencia al “nivel mínimo de trato” que forma parte del derecho consuetudinario internacional¹³⁹;
- El tribunal no debe de preocuparse por un nivel mínimo, máximo o intermedio. Deberá de decidir si en todas las circunstancias la conducta en cuestión es justa y equitativa o injusta e inequitativa. Ningún nivel definido con otras palabras debe de ser sustancial. El término debe de ser aplicado en forma independiente y autónoma¹⁴⁰;
- El concepto de trato justo y equitativo está estrechamente relacionado con los hechos del caso específico¹⁴¹.

252. No se les negó a los demandantes el trato justo y equitativo. Cuando se les examina a la luz de los hechos y circunstancias relevantes, todas las acciones de la demandada en este asunto muestran que se actuó de buena fe y en forma razonable, sin abuso, arbitrariedad o discriminación.

253. Está fuera de toda discusión que los tres directivos de DESONA B de manera de manera notable representaron falsamente su situación ante el ayuntamiento con respecto a: (i) su relación con Global (ii) tanto su propia experiencia y capacidad financiera, como la de su empresa.

254. Seis meses antes de que se otorgara la concesión, Global se encontraba en quiebra. Esto no fue comunicado al Ayuntamiento.

255. En la sesión del 4 de noviembre de 1992, Goldenstein describió planes grandiosos. En retrospectiva, es obvio que Global nunca tuvo la capacidad financiera para llevar a cabo esos planes.

256. Al entrar en vigor la concesión, los problemas en su cumplimiento fueron la consecuencia del hecho de que DESONA carecía del capital para adquirir camiones con tecnología de punta, pagar impuestos de importación, contratar personal, pagar al personal que entonces laboraba para el municipio y que debería haber sido transferido a su empresa, pagar combustible y así sucesivamente. Intentaba financiar la concesión “al vapor”.

257. Al respecto, se admite en la demanda que los directivos de DESONA sabían que no contaban con los recursos para cumplir con los servicios de recolección pública y residencial, ni para la adquisición de los camiones. Esto lo sabían antes de firmar el contrato.

139. *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, OECD, 1962, Notas y comentarios al artículo 1.

140. F.A. Mann, “*British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*”, (1982) BYIL 241.

141. E. Lauterpacht, *Aspects of the Administration of International Justice* (Cambridge: Grotius Publications, 1991), pp. 119-122.

258. Cuando la nueva administración se dio cuenta de estos hechos después de que DESONA le demostró que no podía cumplir con ciertas obligaciones claves, en vista de la creciente “crisis de la basura”, por utilizar las palabras de DESONA, actuó responsablemente al anular la concesión. Las acciones del municipio estuvieron plenamente justificadas. El Tribunal Arbitral debe de tomar en cuenta la evidencia independiente del Sr. Hodge quien, a principios de enero, observó que DESONA “claramente estaba desesperada por encontrar capital”.

259. Su resolución fue posteriormente confirmada por tres instancias judiciales.

b. Protección y seguridad plenas — contenido de la norma

260. La frase “protección y seguridad plenas” no está definida en el TLCAN. De conformidad con el artículo 31 de la Convención de Viena, la frase debe de ser interpretada de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos¹⁴² del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

261. Tal como en el caso de “trato justo y equitativo”, las palabras calificativas del artículo 1105(1) “acorde con el derecho internacional” significa que los negociadores pretendieron incorporar el significado que otorga el derecho internacional a “protección y seguridad plenas”.

262. Conforme a los principios del derecho internacional público, la obligación de otorgar “protección y seguridad plenas” no crea una responsabilidad total del Estado por daños a la propiedad extranjera¹⁴³. En *Asian Agricultural Products Ltd. V. Republic of Sri Lanka* (AAPL), el Tribunal del CIADI señaló:

“El Tribunal Arbitral no conoce ningún caso en el que la obligación asumida por el Estado receptor de proveer a los nacionales de otro Estado Contratante “protección y seguridad plenas” se haya interpretado como una obligación absoluta que garantice que no se sufrirá daño alguno...”¹⁴⁴

142. El significado ordinario de la palabra “protección” es “acción de proteger, amparar, favorecer, defender” y el significado ordinario de la palabra “seguridad” es “sin riesgo, seguramente, con certeza”. Diccionario General de la Lengua Española Vox.

143. Brownlie, en *System of the Law of Nations: State Responsibility (Part I)* (Oxford: Clarendon Press, 1983) p. 171 (en adelante, *System of the Law of Nations*) rechaza la teoría de la responsabilidad absoluta:

“Ningún Estado está preparado a aceptar ese nivel de responsabilidad como asegurador. Inclusive los Estados exportadores de capital, como los Estados Unidos, son sensibles a las dificultades que enfrentan los Estados frente a severas crisis internacionales. En síntesis, la teoría de responsabilidad absoluta no está contemplada en la práctica de los Estados”.

144. *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka* (I.C.S.I.D.) (1991) 30 ILM 580 al 599-600. Esta norma sigue la decisión de la Corte Internacional de Justicia en *Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Estados Unidos v. Italia), 1989 CIJ 15. En ELSI, la CIJ tuvo que resolver si el término “más constante protección y seguridad” contenido en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Italia y los Estados Unidos imponía una responsabilidad absoluta sobre Italia por cualquier daño sobre la propiedad de Raytheon Corporation. La CIJ rechazó esa interpretación y en su lugar sostuvo que:

Footnote continued on next page

263. Un Estado que ejercita la debida diligencia, aun cuando la propiedad extranjera ha sufrido daño, ha cumplido con su obligación de proveer protección y seguridad plenas. Un estado observa su obligación de debida diligencia cuando actúa razonablemente en la protección de la propiedad extranjera¹⁴⁵. No se espera que el Estado anticipe lo poco probable o que tome medidas preventivas excepcionales en el caso remoto de que un incidente imprevisible pueda ocurrir¹⁴⁶.

264. Es claro y manifiesto que no existen hechos en el presente caso que sustenten una reclamación de que la demandada no ha acordado protección y seguridad plenas a DESONA.

c. Otros niveles de trato de acuerdo con el derecho internacional

265. El nivel mínimo de trato incorporado en el artículo 1105(1) incluye todos los demás niveles de trato otorgados por el derecho consuetudinario internacional.

266. Los demandantes no han articulado ninguna reclamación de que se le haya negado a DESONA el trato conforme a cualquier otro nivel mínimo establecido por el derecho internacional.

3. La terminación de la concesión sobre la base del incumplimiento no equivale a una expropiación

267. Por lo que a expropiación se refiere, este caso versa sobre si la decisión de la demandada de anular una concesión otorgada a una de las versiones de DESONA —una concesión que fue visiblemente obtenida mediante representaciones falsas manifiestas; cuya nulidad se produjo después de que se incumplió el contrato de concesión; que medió notificación informal y formal al contratante; que se siguió la práctica administrativa; todo lo cual fue confirmado posteriormente por tres tribunales locales— constituye una expropiación de acuerdo con el artículo 1110 del TLCAN.

268. Está plenamente reconocido por el derecho internacional que, la decisión de un Estado de cancelar una concesión sobre la base de que el concesionario no cumplió adecuadamente con sus obligaciones, no constituye una expropiación.

269. Los demandantes citan la Sección 712(2) del *American Restatement (Third) of Foreign Relations Law*, que expresamente señala:

“Un Estado es responsable conforme al derecho internacional por daño resultado de...

Footnote continued from previous page

“La referencia en el artículo V [“más constante protección y seguridad”] no puede ser interpretada en el sentido de otorgar una garantía de que en ninguna circunstancia una propiedad nunca sería ocupada o molestada”.

145. Lillich, *op. cit.* p. 232.

146. J. Latham Brown, *Public International Law* (London: Sweet & Maxwell, 1970) p. 193.

(2) repudiación o violación del Estado de un contrato celebrado con un nacional de otro Estado

(a) cuando la repudiación o violación es (i) discriminatoria; o (ii) motivada por consideraciones no comerciales, y no se pagó compensación por daños; o

(b) cuando no se le proporciona al nacional extranjero un foro adecuado para resolver su reclamación por la repudiación o violación o no recibe compensación como consecuencia de una resolución de repudiación o violación.”

270. La demandada sostiene que, en general, el *Restatement* es congruente con la práctica de los tribunales internacionales. El Tribunal Arbitral observará que el *Restatement* no sostiene que toda cancelación de un contrato por un Estado constituye una expropiación. Más bien, establece importantes condiciones para determinar una expropiación. Estas condiciones no están presentes en los hechos de este caso.

271. Uno de los indicios de que existió una expropiación es la ausencia de recursos jurisdiccionales internos. Como se ha mostrado anteriormente, este indicador no se presenta en este caso.

272. Un segundo indicador es evidencia de que hubo discriminación. En los hechos de este caso, no existe evidencia alguna que sustente la argumentación de que el municipio actuó en forma discriminatoria. Hay plena evidencia en el sentido de que DESONA carecía de la capacidad para cumplir con la concesión y de que sus directivos actuaron en forma por demás grotesca, representaron falsamente ante el ayuntamiento tanto su experiencia como la de la empresa que aseguraban controlar, Global Waste Industries.

273. Un tercer indicador de que hubo una expropiación es la motivación no comercial: ¿La motivación para cancelar el contrato se fundó en preocupaciones sobre el incumplimiento o cumplimiento no satisfactorio de obligaciones principales y por falsas declaraciones que afectaron sustancialmente el proceso, o por consideraciones extrínsecas no comerciales?

274. Se sostiene que la evidencia sobre declaraciones falsas materiales —de hecho fraudulentas— es abrumadora. En relación con el incumplimiento, conforme la basura se acumulaba en las vías públicas y DESONA intentaba convencer a los funcionarios municipales que camiones de basura reconstruidos con una antigüedad de trece años eran “tecnología de punta”, los funcionarios concluyeron que el problema de incumplimiento persistiría.

275. Esta conclusión era compartida por dos terceros independientes, el Sr. Hodge y el Sr. Maphis.

276. El descubrimiento de la verdad sobre la quiebra de Global y sobre las declaraciones falsas que habían hecho ante el ayuntamiento, alimentó sustancialmente las dudas de los funcionarios municipales.

277. La reclamación de DESONA fue rechazada en el proceso jurisdiccional y las acciones del municipio confirmadas y justificadas sobre la base de las falsas declaraciones de la empresa y el inadecuado cumplimiento de sus obligaciones al amparo de la concesión.

278. DESONA buscó y se le otorgó una audiencia ante el ayuntamiento. El Sr. Goldenstein abandonó la sesión en forma abrupta cuando se le permitió participar a los hermanos Sánchez y al Dr. Palacios.

279. Los demandantes alegan, además, que la cancelación no estuvo motivada por preocupación sobre el incumplimiento sino por el deseo de otorgar la concesión a la empresa mexicana Tribasa.

280. El testimonio del Sr. Piazzesi es que, contrario a la especulación de los demandantes en el sentido de que la empresa Tribasa se beneficiaría por la nulidad al reemplazar a DESONA, después de su experiencia con DESONA y dada la urgencia de resolver el problema, el municipio decidió solicitar un préstamo para adquirir camiones nuevos y ha continuado prestando el servicio público desde que se decretó la nulidad de la concesión. Por lo tanto, ninguna otra empresa privada se benefició de la decisión de anular la concesión.

281. Así, DESONA celebró un contrato de concesión con pleno conocimiento de que los recursos generados por la operación no eran suficientes para cubrir los gastos que debía realizar conforme al contrato.

282. DESONA no pudo proporcionar los camiones que había prometido de conformidad con el calendario establecido en el anexo del contrato de concesión.

283. El hecho de que los tres directivos celebraran un acuerdo con BFI en el que aseveraron ser propietarios del 100% de las acciones de la empresa cuando, de acuerdo con el contrato de concesión, estaban obligados a reservar un 10% de las acciones al municipio, muestra el estado de necesidad en el que se encontraban por encontrar financiamiento.

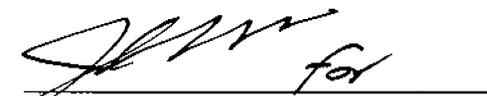
284. Nada en la conducta de la demandada constituye una expropiación.

La Resolución Solicitada

285. En estas circunstancias, la demandada solicita que la demanda sea desechada con el pago de gastos y costas a la demandada.

LO ANTERIOR SE SOMETE REPETUOSAMENTE:

POR:


LIC. HUGO PEREZCANO DÍAZ

IV. CUARTA PARTE: DEFENSA EN RELACION CON LA RECLAMACION DE DAÑOS

→ A. Introducción

286. Los Demandantes no han sido capaces de desahogar la carga de la prueba en relación con su reclamación de daños. Los Demandantes no han ofrecido prueba documental alguna que sustente las determinaciones de ingresos y costos utilizadas por sus expertos. En forma similar han hecho caso omiso o se han rehusado a proporcionar algún documento que sustente los gastos que alegan haber incurrido o la aseveración de que invirtieron “cientos de miles de dólares” en DESONA. De hecho, la única prueba documental que se ha presentado en este procedimiento muestra que los gastos que los Demandantes aducen haber hecho fueron en realidad cubiertos por otras personas – el Sr. Sánchez, con más de 10,000 dólares estadounidenses en boletos de avión y hospedaje de la delegación que visitó Los Angeles en enero de 1992 y el Dr. Palacios con 300,000 dólares estadounidenses en efectivo y contenedores de acero con que contribuyó a la inversión en DESONA 1.

287. No se han proporcionado pruebas congruentes con el valor de mercado de DESONA. El “Summary of Value Indicators” (el “reporte de E&Y”) preparado por Ernst & Young (“E&Y”) no es un dictamen pericial sobre el valor. De acuerdo con sus propios términos (y sus numerosas limitaciones expresas) no es más que un documento de discusión sobre lo que DESONA podría valer si las presunciones de hechos – las determinaciones de ingresos y costos proporcionadas por el Sr. Goldenstein – fueran reales. Sin embargo, esos presuntos hechos no se han presentado como prueba. El “análisis de alcance limitado” preparado por Richard R. Carvell (el “reporte Carvell”), que está basado en el reporte de E&Y y en la misma presunción de hechos, adolece del mismo error fatal. Del mismo modo, la oferta condicional de Sanifill para comprar DESONA adolece de falta de congruencia porque no se conocen las estimaciones de ingresos y costos sobre las que se basó. Como se demostrará más adelante, las pruebas indican que las estimaciones de ingresos y costos proporcionadas por el Sr. Goldenstein a E&Y y Carvell (y uno presume a Sanifill) carecen de sustento alguno.

288. Las estimaciones de ingresos y costos del Sr. Goldenstein no están sustentadas con pruebas. Si se analiza integralmente toda la evidencia puede observarse que:

- a) la proyección de que DESONA lograría (en tan sólo un año) penetrar el mercado comercial e industrial en un 100%, trata de desconocer el hecho de que había 200 operadores de recolección de basura en Naucalpan que seguirían compitiendo por esos clientes;
- b) la proyección de que DESONA cumpliría sus obligaciones de recolección en el área residencial con números negros se encuentra en contradicción con el hecho de que sólo se le pagaba a DESONA una cantidad igual a la partida presupuestaria anual del Municipio que era, conforme a lo aseverado por los Demandantes y aceptado por la Demandada, insuficiente para comprar equipo nuevo y mucho menos 70 camiones de tecnología de punta que DESONA se comprometió a proporcionar durante el primer año del contrato;

- c) la proyección de DESONA de que ganaría 8.4 millones de dólares anualmente de la operación del relleno contra gastos del 71% de las ganancias de la operación no toma en consideración que:
 - i) el contrato de concesión contempla que las cuotas por descarga en el relleno serían establecidas sobre la base de un costo de recuperación;
 - ii) la legislación municipal aplicable requiere que las cuotas para descarga en el relleno sean aprobadas expresamente por el Ayuntamiento, y
 - iii) la gran mayoría de las cuotas por descarga serían pagadas por el mismo DESONA, como depositante de toda la basura recolectada en las áreas residenciales y públicas del Municipio y, tomando en cuenta las expectativas del Sr. Goldentsein, como depositante del 100% de los desechos industriales y comerciales de Naucalpan.
- d) la proyección de que DESONA habría recibido ganancias anuales por 7 millones dólares sobre ganancias por concepto de la venta de material para reciclaje contra gastos del 65%, omite tomar en consideración que el relleno de Rincón Verde (así como muchos otros en México) es el hogar y fuente de sustento de una sociedad de pepenadores, que tradicionalmente han recolectado y vendido todo el material utilizable que ingresa al relleno, un hecho que los mismos Demandantes reconocen en un borrador de plan de negocios en el que señalan no esperar ganancias en las actividades de reciclaje.

289. La oferta condicional hecha por Sanifill para comprar DESONA no es evidencia congruente del valor de mercado de DESONA. La evidencia muestra que de hecho Sanifill compró la operación de recolección comercial e industrial de DESONA operando a través de una subsidiaria denominada King Kong S.A. de C.V., empresa que continua operando en Naucalpan aunque aparentemente, ahora con un nuevo propietario. La Demandada sostiene que el precio de compra de la operación de recolección comercial e industrial de DESONA, que no fue revelado por los Demandantes en la demanda o en su respuesta al incidente de la Demandada para solicitar información específica y documentos, que demostraría que la oferta condicional de Sanifill no refleja el verdadero valor justo de mercado de DESONA, a la fecha de la presunta expropiación.

290. Los tribunales arbitrales se han mostrado renuentes a utilizar, en los procedimientos internacionales, el método de descuento de flujo de caja (DFC), método para calcular el valor corriente de las empresas que no tienen un valor corriente o que han estado en funcionamiento por menos de dos años. En las circunstancias del caso —en las que el demandante se ha rehusado a proporcionar sus estados financieros que demuestran sus ingresos y gastos actuales— el método DFC es incluso menos apropiado. El Tribunal debe de examinar un método alternativo para evaluar mercado de DESONA, así como el valor activo neto. Lamentablemente, la demandante también se ha rehusado a proporcionar información para que la demandada o el Tribunal puedan emitir una valoración razonada. La Demandada sustenta que la demanda de daños debe desecharse.

B. Incapacidad para Desahogar la Carga de la Prueba

291. Los Demandantes alegan que han invertido “cientos de miles de dólares” en DESONA. También sostienen que el valor justo de mercado de DESONA, inmediatamente antes de la nulidad de la concesión, era de 19.46 millones de dólares.

→ *La Presunta Inversión “Previa a la Nulidad”*

292. La única prueba documental presentada por los Demandantes en apoyo de su reclamación en el sentido de haber realizado una inversión financiera directa, es un Acuerdo de Garantía y Seguridad en favor de BFI, celebrado presuntamente para asegurar un préstamo a DESONA por 100,000 dólares; cuatro talones de cheques por la cantidad de 100,000 dólares, pagados de la cuenta de Western Waste Management (“Western Waste”), que no muestran el nombre del beneficiario; y una serie de recibos de honorarios por un total de 765,970 dólares emitidos por BAS a DESONA, que no muestran detalle alguno de los servicios aparentemente prestados.

293. No obstante las reiteradas solicitudes de la Demandada para que se proporcionaran comprobantes de los gastos presuntamente incurridos, pruebas documentales del dinero o bienes contribuidos a DESONA y pruebas escritas de las obligaciones personales y cantidades presuntamente debidas a BAS y Western Waste, los Demandantes han sido negligentes a tal grado o simplemente se han rehusado a presentar cuando menos un cheque cancelado, recibos de depósito, estados de cuenta bancario, estados de cuenta de tarjeta de crédito, facturas, recibos, declaración de impuestos, estados financiero, libro contable, acuerdo de garantía, carta de solicitud de pago, o cualquier otro documento que pruebe que alguno de los Demandantes gastó dinero o incurrió en gastos u obligaciones en relación con DESONA o con la concesión. Los recibos presentados por BAS son de naturaleza cuestionable, dada la relación entre el Sr. Stirrat, BAS y los Demandantes.

294. La Demandada se refiere a la Solicitud de Información Específica y Documentos del 1 de abril de 1998 y a la Solicitud de Instrucciones del 8 de junio de 1998. El Tribunal recordará que:

- a) en respuesta a la solicitud de la Demandada para que proporcionara pruebas documentales de los gastos que los Demandantes sostienen haber incurrido, en relación con la visita de una delegación de once miembros del Municipio a los Angeles en enero de 1992 (así como de los demás gastos que los Demandantes llaman “inversión anterior a la nulidad”), los Demandantes, habiendo declarado en la demanda que estos documentos estaban revueltos entre información contable “demasiado voluminosos para ser proporcionados”, se negaron a responder sobre la base de que esos documentos “podrían estar almacenados y podrían estar en México”¹⁴⁷;
- b) de hecho, las prueba documental presentada por la demandada muestra claramente que la mayoría de los gastos relacionados con el viaje a Los Angeles

147. Ver, Incidente presentado por la Demandada, párrafos 23 a 31.

fueron cubiertos por Emilio Sánchez ante la incumplida promesa de los Demandantes de reembolsarlos;

- c) en respuesta a la solicitud de la Demandada para que DESONA proporcionara los documentos contables básicos – tales como estados financieros, declaraciones de impuestos y diario contable por los años 1993 y 1994 – con el objeto de permitirle analizar el valor de DESONA con base en su verdadero desempeño económico, los Demandantes se negaron a responder y señalaron que “esas son únicamente cuestiones irrelevantes y que es sumamente difícil, si no imposible, localizar los documentos o reconstruirlos¹⁴⁸”;
- d) en respuesta a la solicitud de información específica sobre el dinero que, el Sr. Azinian, el Sr. Davitian y el Sr. Goldenstein, invirtieron en el proyecto de concesión y la manera en que se llevó a cabo dicha inversión, los Demandantes se quejaron de que, entre otras cosas, se estaba solicitando “material irrelevante que no es parte de la litis ante este tribunal y que la solicitud es de naturaleza opresiva y gravosa¹⁴⁹”;
- e) de hecho, la evidencia documental aducida por la Demandada claramente muestra que el Dr. Oscar Palacios invirtió en el proyecto de la concesión –entonces detentado por DESONA 1— dinero y bienes (contenedores de acero) por más de 300,000 dólares, y que en contraste los Demandantes no fueron capaces de hacer la contribución proporcional del capital que les correspondía, ni ninguna otra contribución, cuando ésta les fue exigida después de la ratificación de la concesión por la Legislatura estatal.

295. Finalmente, la única evidencia documental que indica que se incurrieron en gastos o que se invirtió dinero (o bienes con valor en dinero) en alguna de las tres versiones de DESONA o en el proyecto de concesión, es proporcionada por dos ciudadanos mexicanos, el Sr. Sánchez y el Dr. Palacios, quienes reclaman haber sido defraudados por los Demandantes. Apropiadamente el Tribunal puede inferir, a la luz de la negativa de los Demandantes a proporcionar pruebas documentales que sustenten sus reclamos en el sentido de que incurrieron en gastos e invirtieron dinero (o bienes con valor en dinero) en DESONA o en la concesión, que las aseveraciones de los Demandantes son falsas e insostenibles. En todo caso y bajo todas las circunstancias, lo apropiado es que el Tribunal resuelva que los Demandantes no han podido desahogar la carga de probar para demostrar que hicieron alguna “inversión previa a la nulidad” o que alguno de ellos aportó capital que se pueda clasificar como una “inversión” dentro del significado de ese término bajo el Artículo 1139 del TLCAN.

148. Ibid, párrafo 33 y 34.

149. Idem, párrafos 47 y 51.

La Presunta Garantía Ofrecida por DESONA en relación a su Deuda con BFI

296. En relación con lo sostenido por los Demandantes en el sentido de que (a excepción de Baca) son deudores de BFI por la cantidad de 350,000 dólares (más intereses) como resultado de garantías personales sobre préstamos hechos a DESONA, la Demandada señala lo siguiente:

- a) la única prueba documental presentada por los Demandantes indica que garantizaron personalmente un préstamo de 100,000 dólares en favor de DESONA realizado por BFI y que intentaron ofrecer como garantía adicional 15% del capital accionario de DESONA, como garantía adicional para el préstamo;
- b) no hay prueba documental alguna que indique, que los fondos fueron proporcionados a DESONA, que los fondos proporcionados (si existen), fueron utilizados en la concesión, fueron pagados, que BFI haya exigido el pago de la obligación respectiva, o que en verdad se adeude cantidad alguna a BFI por los Demandantes y que esta deuda sea exigible¹⁵⁰;
- c) BFI se ha negado a contestar preguntas del representante de la Demandada en relación con la cantidad prestada, la cantidad adeudada, los detalles del acuerdo celebrado entre BFI y los Demandantes, o a la suerte de las acciones ofrecidas por DESONA como garantía adicional del préstamo¹⁵¹.

297. En vista de la negativa de los Demandantes de proporcionar detalles y sustento documental apropiado en relación con su presunta deuda con BFI y sobre la disposición de los fondos (si existen) que DESONA recibió de BFI, el Tribunal puede apropiadamente inferir que los alegatos de los Demandantes en el sentido de estar personalmente obligados con BFI por la cantidad de 736,251 dólares (incluyendo intereses) no tiene sustento. En todo caso y bajo todas las circunstancias, es apropiado que el Tribunal resuelva que los Demandantes no han podido desahogar la carga de probar que están obligados a pagar monto alguno por garantías personales ofrecidas a BFI que puedan clasificarse como una "inversión" dentro del significado de ese término bajo el Artículo 1139 del TLCAN.

La Presunta Garantía Ofrecida por DESONA en relación con su Deuda con Western Waste Industries

298. En relación con los alegatos de los Demandantes de que (con excepción de Baca) están personalmente en deuda con Western Waste por la cantidad de 100,000 dólares, la Demandada señala que:

- a) no obstante el testimonio de los Demandantes en el sentido de que "firmaron garantías personales" en favor de BFI y Western Waste, su respuesta a la solicitud

150. Ver declaración testimonial de J.C. Mowatt.

151. Ibid.

de la Demandada de información específica señala que su obligación resulta únicamente sobre la base de un compromiso oral del Sr. Azinian de responder personalmente con el pago del préstamo, de lo cual no se ha proporcionado evidencia documental alguna fuera del talón de cheque que no identifica al beneficiario¹⁵²;

- b) las garantías personales invocadas por los Demandantes (hechas oralmente por el Sr. Azinian en su representación) no satisfacen los requerimientos de la Sección 1643 ("Estatuto de Fraudes") del Código Civil de California para considerarse como un memorándum escrito y firmado por la parte responsable¹⁵³;
- c) no hay prueba documental alguna que indique que los fondos fueron proporcionados a DESONA, que los fondos proporcionados (si existen) fueron utilizados respecto de la concesión, que los fondos proporcionados (si existen) fueron pagados en algún momento, o que Western Waste haya demandado el pago a los Demandantes.

299. A la luz del fracaso de los Demandantes para proporcionar detalles apropiados y soporte documental de su presunta deuda con Western Waste y sobre la disposición de fondos (si existen) que DESONA recibió de Western Waste, sería apropiado para el Tribunal inferir que los alegatos de los Demandantes de que están personalmente obligados con Western Waste por la cantidad de 100,000 dólares (incluyendo cualquier cantidad) no tiene sustento. En todo caso, en estas circunstancias, sería apropiado que el Tribunal resolviera que los Demandantes no han podido desahogar la carga de la prueba de que están obligados a pagar alguna cantidad, debido a garantías personales ofrecidas a Western Waste, que se pueda clasificar como una "inversión" dentro del significado de ese término bajo el Artículo 1139 del TLCAN.

La Presunta Garantía Ofrecida por DESONA en relación con su Deuda con BAS

300. En relación con los alegatos de los Demandantes de que están en deuda con BAS por la cantidad de 765,970 dólares, la Demandada señala que:

- a) todas las facturas de BAS (la factura que se incluyó como anexo en la demanda y las facturas en lo individual proporcionadas a solicitud de la Demandada) están dirigidas a DESONA, no a los Demandantes;
- b) no existe memorándum escrito y firmado por la parte que asume la deuda, ni otra prueba documental que indique que los Demandantes aceptaron personalmente la responsabilidad por la deuda que DESONA contrajera con BAS;
- c) el Sr. Stirrat, después de ofrecer contestar las preguntas que presentara por escrito la Demandada, informó a última hora que el creía que su testimonio desarrollaba

152 Respuesta de los Demandantes a la Solicitud de Información Específica. Véase Anexo 17.

153. La sección 1624 del Código Civil de California contiene el requisito del "Estatuto de Fraudes" de que ciertos tipos de contratos sean realizados por escrito, entre ellos los contratos de garantía.

adecuadamente los asuntos tocados por las preguntas escritas de la Demandada y que "nunca tuvo la intención de convertirse en accionista, ni de participar en DESONA",¹⁵⁴;

301. Entre las preguntas que se le pidió al Sr. Stirrat que contestara, se encontraban las siguientes:

- a) ¿Tuvieron usted y/o Stirrat & Associates en algún momento un acuerdo formal o informal con DESONA, o con cualquiera de sus principales, para participar directa o indirectamente en DESONA o en la concesión misma?
- b) ¿Esperaron alguna vez usted y/o Stirrat & Associates recibir una participación en las ganancias e ingresos de DESONA o de la concesión misma? Si así fue, por favor proporcione los detalles.
- c) ¿Existe algún acuerdo entre Stirrat & Associates y DESONA (o Global, o alguno de sus principales) en relación con el pago de servicios proporcionados por su empresa con respecto a la concesión? Si es así, por favor proporcione los detalles.
- d) ¿Si el acuerdo fue oral, en que términos se hizo?
- e) ¿Existe un acuerdo escrito entre Stirrat & Associates y Azinian, Goldenstein y Davitian requiriendo que Azinian, Goldenstein y Davitian garantizaran personalmente cualquier deuda que DESONA contrajera con Stirrat & Associates?
- f) ¿Si su acuerdo al respecto fue oral, cuáles fueron los términos de tal acuerdo?
- g) ¿Ha hecho Stirrat & Associates alguna solicitud o iniciado acción judicial alguna para ejecutar una deuda, acuerdo, o cualquier otra obligación debida por DESONA o Global o Azinian, Davitian y/o Goldenstein?
- h) Su declaración indica que Stirrat & Associates empezó el servicio en julio de 1992. ¿Esperaba Stirrat & Associates ser pagado por DESONA (o Azinian, Goldenstein o Davitian) por el trabajo hecho en el evento que la concesión no fuera eventualmente otorgada a DESONA?
- i) ¿Tiene usted o Stirrat & Associates algún interés financiero en el resultado de este arbitraje distinto al pago de las obligaciones pendientes por servicios prestados respecto de la concesión? Si es así por favor explique¹⁵⁵.

302. Las pruebas del Sr. Hodge y los documentos proporcionados por el Sr. Maphis¹⁵⁶ indican que el Sr. Stirrat tenía un interés económico en DESONA o, que pretendía adquirir una acción en la empresa que tendría un interés económico directo en la concesión.

154. Véase la declaración testimonial de J. Cameron Mowatt, Anexos "I" a "L".

155. Ibid. Anexo "K".

303. En vista del fracaso de los Demandantes de presentar evidencia en apoyo de sus alegatos de que tienen una obligación personal con BAS y en vista de la negativa del Sr. Stirrat de contestar preguntas respecto de su relación contractual o de otro tipo con DESONA y los Demandantes y en vista de la respuesta aparentemente dolosa del Sr. Stirrat al cuestionario sobre si él o BAS tenían la expectativa de tener un interés económico en DESONA, la concesión o las ganancias como resultado de la concesión, sería apropiado para el Tribunal concluir que el alegato de los Demandantes de que tienen una obligación personal por los servicios proporcionados por BAS a los Demandantes, carece de sustancia. En cualquier caso, sería apropiado para el Tribunal resolver que los Demandantes no han probado que tienen una responsabilidad personal frente a BAS por la cantidad reclamada (o cualquier cantidad) o que esa responsabilidad se clasifica en la definición del término "inversión" bajo el Artículo 1139 del TLCAN.

→ **C. Incapacidad para Aducir Evidencia Coherente sobre el Valor Justo de Mercado de DESONA**

304. Para que la evidencia de los expertos sea admisible y tenga valor probatorio debe de consistir en una opinión dentro del área de experiencia del perito, basado en:

- a) hechos dentro del conocimiento del perito por razón de su experiencia en un tema particular;
- b) hechos que el perito ha determinado a través de un proceso independiente y mediante la aplicación del conocimiento dentro de la experiencia del perito;
- c) hechos que son establecidos como evidencia dentro del procedimiento.

305. Ni el reporte de E & Y, ni el reporte de Carvell responden a esta prueba por la sencilla razón de que las presunciones principales de hechos sobre las estimaciones de ganancias y costos en las que se basaron fueron proporcionadas por la administración de DESONA. Estos hechos no fueron verificados independientemente por E&Y o por el Sr. Carvell, ni han sido presentados en las pruebas ofrecidas en el procedimiento. Para ponerlo en forma sencilla, ninguna de las opiniones tienen una motivación apropiada.

306. Es claro que ni E&Y o el Sr. Carvell analizaron independientemente los costos y ganancias reales de DESONA durante el tiempo en que proporcionaron servicios residenciales e industriales de recolección de basura en Naucalpan, ni ninguno de ellos investigó la situación del mercado para valorar los costos que DESONA pudo haber esperado incurrir. Por el contrario, sus opiniones son altamente hipotéticas basadas en una presunción de hechos que les fueron proporcionada por el Sr. Goldenstein¹⁵⁷. De hecho es evidente que E&Y invitó a Goldenstein a llenar los huecos de su hoja de cálculo¹⁵⁸. Como se discutirá a detalle más adelante, las pruebas

Continúa nota de la página anterior

156. Véase la declaración testimonial de J. Cameron Mowatt, Anexos "S" y "T".

157. Memorando del Sr. Ariel Goldenstein a Tony Aaron de fecha 8 de julio de 1994. Véase Anexo 39.

158. Memorando de J.R. Ahn al Sr. Goldenstein del 9 de julio de 1994. Véase Anexo 40.

presentadas en este procedimiento muestran que las estimaciones sobre las ganancias y costos que el Sr. Goldenstein proporcionó a E&Y y al Sr. Carvell, se presume carecen de fundamento.

307. En vista de la negativa de los Demandantes de proporcionar a sus expertos sus libros contables básicos y su negativa a proporcionar esos registros a la Demandada después de que se le solicitaron para que fueran ofrecidos y que la Demandada pudiera realizar su propio análisis del valor justo de mercado sobre la base de las ganancias y costos de operación actuales de DESONA, sería apropiado para el Tribunal inferir que los expedientes financieros de DESONA no apoyan las presunciones de que el Sr. Goldenstein instruyó E&Y y al Sr. Carvell para que tomaran como base.

D. Los Ingresos de DESONA y Proyecciones de Costos Son Refutados por las pruebas

Las Ganancias de la Recolección de Residuos Comerciales e Industriales

308. Es evidente al revisar los documentos proporcionados por E&Y en respuesta a la solicitud de la Demandada de documento que no sólo el Sr. Goldenstein "llenó los huecos" en las hojas de cálculo de E&Y, él dio instrucciones a E&Y para que asumiera que para enero de 1995 DESONA habría capturado el 100% del mercado de recolección de desechos industriales y comerciales en Naucalpan¹⁵⁹. Esta presunción es ridícula por las razones siguientes:

- a) había más de 200 operadores de basura independientes en Naucalpan en el tiempo material¹⁶⁰;
- b) se contraponen completamente con la capacidad actual de operación de DESONA que, se ha comprobado, consistía de sólo dos camiones recolectores de carga frontal que DESONA pudo importar después de que el Municipio pagó los impuestos de importación respectivos.

309. El borrador del plan de negocios de DESONA indica que los demandantes anticipaban la obtención del 75% de penetración en el mercado en dos años. Aunque este optimismo es cuestionable, esto es considerablemente menos del 100% pronosticado por el Sr. Goldenstein.

Los Ingresos por Recolección de Basura de la Zona Residencial

310. Con lo que respecta a los ingresos por recolección de basura residencial, el reporte de E & Y acepta que habrá pérdidas¹⁶¹. El hecho es, que DESONA único pago provendría de la partida presupuestaria del Municipio que, los Demandantes aseveran y la Demandada acepta, era insuficiente para pagar equipo nuevo alguno, mucho menos los 70 camiones recolectores de

159. Véase Anexo 39. Memorando del Sr. Goldenstein al Sr. Aaron del 8 de julio de 1994.

160. Véase declaración testimonial del Lic. Francesco Piazzesi.

161. E&Y, en su lista de "valuación", notar que "DESONA proporcionará este servicio como un gesto de buena voluntad".

tecnología de punta que DESONA estaba obligada a proporcionar. De esta manera, era obvio que la recolección de basura residencial operaría en pérdidas hasta que el costo de los nuevos camiones fuera absorbido completamente.

311. Al juzgar por el costo de los camiones que el Demandante ordenó de McNellus el día después que el Municipio anuló el contrato de concesión, se incurrirían gastos adicionales de alrededor de 5 millones de dólares¹⁶². De acuerdo con los Demandantes, estos camiones costaban entre 60,000 y 80,000 dólares por unidad. A un precio promedio de 70,000 dólares DESONA habría incurrido en gastos adicionales por 4.9 millones de dólares (más impuestos de importación y costos de entrega) en el primer año del contrato.

Los Ingresos en el Relleno

312. En relación con los ingresos en el relleno, se resalta que:

- a) el contrato de concesión contemplaba que las cuotas por entrada al relleno serían establecidas sobre la base de un costo de recuperación¹⁶³;
- b) la legislación municipal aplicable preveía que las cuotas de entrada al relleno requerían la aprobación expresa del Ayuntamiento¹⁶⁴; y
- c) la gran mayoría de las cuotas serían pagadas por DESONA, si conforme a las expectativas del Sr. Goldenstein, se convertían en el depositario del 100% de la basura comercial e industrial de Naucalpan.

313. Es por ello que puede notarse que cualquier "ganancia" que se derivara de la operación del relleno dependería completamente de la voluntad del Ayuntamiento de permitir una estructuración de las cuotas que permitiera generar ingresos por arriba de los costos de DESONA. Aún más, y de mayor importancia, DESONA sería responsable de pagar las cuotas de descarga de la basura recolectada por el servicio comercial e industrial. Estas cuotas debían también ser aprobadas por el Ayuntamiento conforme a los términos del contrato de concesión. De esta manera, la cantidad aparecería ya sea como costo adicional del negocio de recolección de basura industrial y comercial, o como una reducción de los ingresos en la operación del relleno. En todo caso, los números que de acuerdo a las instrucciones E & Y tuvo que adoptar eran sumamente exagerados. La verdad puede hallarse en el borrador de plan de negocios de DESONA que establecía lo siguiente:

162. Véase la respuesta de la demandante a la solicitud de la demandada sobre cuestiones particulares (sin fecha) en la página 9, ref: "Sección 3, page 60".

163. Véase el Programa Operativo, escrito de demanda, sección 3, página 40 (versión en inglés).

164. El Artículo 53 del Reglamento de Operación y Disposición de Desechos Sólidos en el Municipio de Naucalpan, Estado de México, (publicado en la gaceta municipal del 15 de diciembre de 1992) establece que "Los concesionarios en el manejo de los desechos podrán cobrar por los servicios que presten, las cuotas que autorice el ayuntamiento".

“Los ingresos del relleno los llevará el operador, DESONA. Sin embargo, no se aplicará la tarifa a los desechos residenciales recolectados por los vehículos de DESONA en toda la zona residencial de Naucalpan. Esto es, los residentes depositarán la basura gratis en el relleno. Los ingresos adicionales de la zona comercial e industrial, y otros, pertenecerán a DESONA. Se anticipa que se requerirá un acuerdo mutuo con el Municipio para establecer el esquema de cuotas. El esquema de cuotas estará basado en costos de operación documentados, incluyendo la clausura, operaciones post—clausura, tratamiento de lixiviados y otras necesidades ambientales.” [Énfasis propio]¹⁶⁵.

Ingresos por Reciclaje

314. Con respecto a la idea de que DESONA gozaría de ingresos provenientes del reciclaje por 7 millones de dólares anuales (contra gastos por 40% de los ingresos), es conveniente hacer, nuevamente, referencia al borrador del plan de negocios de DESONA que señalaba lo siguiente:

DESONA inició operaciones en el relleno en diciembre de 1993. Se continua con las prácticas y operaciones existentes. Es prácticamente imposible cambiar la operación sin resolver la cuestión de los Pepenadores primero. El Sindicato de Pepenadores y DESONA han llevado a cabo negociaciones y en general están de acuerdo con el rumbo que deben de seguir las operaciones. DESONA construirá una Instalación para Recuperar Material (IRM). La IRM empleará a los Pepenadores para dividir los desechos y el material para reciclaje que pueda obtenerse. Ellos llevarán a cabo esencialmente las mismas actividades que hacían en el exterior del relleno. Sin embargo, ahora estas actividades se llevarán a cabo en una instalación que será mantenida conforme a estándares de salud y seguridad. Será bajo techo. Se prevé que las condiciones sanitarias tendrán un efecto positivo en los Pepenadores. También se planea una Guardería para buscar que se cuide a los hijos [de los Pepenadores] en lugar de que anden sueltos en el relleno como actualmente lo hacen. Todos los desechos serán dirigidos al IRM. Aquello que no tenga un componente de reciclaje irá directamente al relleno después de ser despachado por un miembro del Sindicato de Pepenadores. No habrá ningún intento por reducir la oferta de residuos para el IRM. El restante de la operación será entonces transportado al relleno para su apropiada disposición. Los Pepenadores recibirán, como lo hacen hoy en día, todos los ingresos de la operación. Sin embargo se espera que DESONA pueda proporcionar asistencia para poder obtener tal vez mejores precios. [Énfasis propio]¹⁶⁶.

315. Está claro y fuera de toda duda que DESONA esperaba que las operaciones de reciclaje no reflejaran ingresos. Esto concuerda completamente con el hecho de que los Pepenadores, que han residido en el relleno durante toda su vida y que dependen de él como su única fuente de ingresos, serían considerados y aceptados por cualquier nuevo operador del relleno.

165. Véase la declaración testimonial del Sr. J. Cameron Mowatt, Anexo “V”.

166. Ibid.

Ingresos por la Generación del Biogás y la Cogeneración

316. El contrato de concesión prevé la posibilidad de establecer tanto una planta de generación de electricidad operada únicamente con el gas metano generado por el relleno (la planta de biogás) o una planta que generaría electricidad utilizando la combinación de gas metano y gas natural proporcionado a través de ductos. En el último caso, había una disposición para que se destinara parte de los ingresos por las ventas de electricidad para pagar los servicios de recolección y disposición de basura municipal, como originalmente se pretendía cuando la concesión fue aprobada por el Ayuntamiento en noviembre de 1992.

317. Era del conocimiento del Sr. Goldenstein y de los otros Demandantes, que Sunlaw de México concluyó después de extensos estudios que no era económicamente posible establecer en el relleno una planta generadora con base en el biogás en ese momento o en el futuro, ni establecer una planta de cogeneración.

318. La Demandada sostiene por lo tanto que las estimaciones de ingresos del Sr. Goldenstein en relación con la fase 4A y 4B no se basaron en la realidad de los hechos.

E. La Oferta de Sanifill – Falta de Valor Probatorio

319. Los Demandantes intentan basarse en una oferta condicional de compra de DESONA hecha por Sanifill el 17 de mayo de 1994 como evidencia del valor justo de mercado de DESONA. La oferta está sujeta a la condición de que DESONA restablezca su relación con el Municipio y que Sanifill pueda llevar a cabo satisfactoriamente un “debida investigación”.

320. La Demandada ha ofrecido pruebas de que Sanifill de hecho adquirió la operación industrial y comercial de DESONA, que ha operado hasta muy recientemente a través de una empresa denominada King Kong S.A. de C.V. (“King Kong”). Las pruebas ofrecidas por la Demandada indican, que King Kong continua proporcionando servicios de recolección industrial y comercial en Naucalpan.

321. En el incidente de instrucciones presentado por la demanda el 8 de junio de 1998, solicitó al Tribunal emitir instrucciones para que los Demandantes revelaran los detalles de la venta de Sanifill. Aunque el Tribunal decidió no emitir más instrucciones, señalando que cada parte era responsable del contenido de sus escritos, se sostiene que los Demandantes han ocultado voluntariamente el hecho de que recuperaron todo o parte del valor del negocio de Naucalpan, al vender el equipo y contratos con clientes a Sanifill.

322. La Demandada sostiene que la razón por la cual no proporciona información sobre las condiciones de la venta de las operaciones industriales y comerciales a Sanifill (además la omisión de mencionar esta transacción en el memorial) debe ser considerada como sospechoso. Del mismo modo, la omisión de los Demandantes de proporcionar prueba de las declaraciones hechas por Sanifill sobre la compra, debe ser considerada con precaución. Definitivamente si Sanifill estaba operando con los mismos ingresos y costos estimados, que presentaron E& Y y el Sr. Carvell, la oferta no hubiera tenido sentido ni valor probatorio.

F. Método de Valuación

323. En lugar de manifestar que “el criterio de valuación deberá incluir el valor corriente, el valor activo, incluyendo el valor fiscal de bienes tangibles, así como otros criterios, que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado”, el artículo 1110 no establece el método por el cual se debe establecer el valor justo de mercado. La demandada sostiene que este “valor justo de mercado” deberá ser determinado de acuerdo con el método más apropiado de valuación lo que no significa necesariamente, que la empresa expropiada será valuada con el valor corriente, como la demandante insiste, principalmente cuando los demandantes se han rehusado a proporcionar cualquier información contable por el periodo de cuatro meses en el que operaron bajo el contrato de concesión o por el periodo adicional en el que continuaron proporcionando el servicio de recolección de basura industrial y comercial después de la nulidad de la concesión.

324. El “valor justo de mercado” es el “precio que un comprador potencial hubiera pagado a un posible vendedor por el bien a la fecha en que se toma posesión, en circunstancias que permitan a cada uno de ellos contar con la información necesaria y quisiera maximizar su ganancia financiera y sin que ninguno de ellos estuviese sujeto a presiones o amenazas”¹⁶⁷.

325. Un resumen de la metodología utilizada en los recientes casos del CIADI y en el Tribunal de Reclamaciones Irán—Estados Unidos propone cuatro métodos básicos de valuación: i) el método de valuación de libros, ii) método de valuación por reposición, iii) método de valuación por liquidación y iv) el método de descuento de flujo de caja (DFC) [Discounted Cash Flow Method]¹⁶⁸.

1. El Método DFC es Inapropiado cuando la Inversión no consiste en un Valor Corriente

326. El reporte de E & Y y de Carvell se basa principalmente en el método de descuento de flujo de caja (DCF) para evaluar el valor justo de mercado. El método de valuación DFC determina un activo que genera ganancias calculando el flujo de caja que se espera que genere el

167. PD. Friedman and E. Wong, *Measuring Damages for the deprivation of income—producing assets: ICSID Case Studies Act 6:2 ICSID Review—FILJ400 (1991) Act 404*. También consultar *Starret Housing Corp. vs Iran*, Award No 314—24—1, final award at para 277.

168. Friedman, P.D., and Wong, E., “*Measuring Damages for the Deprivation of Income—Producing Assets: ICSID Case Studies*” 6:2 *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal* 400 (1991) at 405. Los autores proponen que el método de valor líquido podría ser una propuesta específica al método DFC:

Si el dueño de una empresa no rentable pudiera ganar más dinero por la venta de activos individuales comprendidos en su empresa que por la continuación de sus operaciones, asumiendo una conducta económicamente racional, dicho propietario liquidaría en lugar de continua con la operación de la empresa. El flujo de caja que pudiese ser generado por dicha empresa sería simplemente por el precio de cada activo comprendido en la empresa al momento de su venta. No sería necesario aplicar ninguna tasa de descuento al flujo de caja ya que se podría asumir que la venta de los activos se venderían en un futuro inmediato (páginas 406—7).

También consultar J.A. Westberg, *International Transactions and Claims Involving Government Parties: Case Law of the Iran—United States Claims Tribunal*, (Washington, D.C.: *International Law Institute*, 1991), page 211, fn.2.

activo en el transcurso de su vida y después descontándole a ese flujo de caja el factor que refleje el [valor real] del dinero y el riesgo asociado con el flujo de caja.

327. Ya que el método de valuación de DFC se basa en el cálculo de las ganancias anticipadas que la compañía expropiada pudiese haber generado durante su tiempo de vida, es apropiado sólo en aquellos casos en los que el activo a ser evaluado fuese un “activo en marcha” al momento de la expropiación. En caso contrario es adecuado, un método alternativo que con mayor precisión determine el valor justo de mercado real del bien.¹⁶⁹

328. Tanto el panel de CIADI como el Tribunal de Reclamaciones Irán—Estados Unidos se han rehusado a aplicar el método DFC en donde han encontrado que las compañías expropiadas no eran negocios en marcha y por lo tanto no tenían una expectativa razonable de recibir futuras ganancias que serían descontadas utilizando el método de valuación DFC. Los criterios para determinar si la compañía es un negocio en marcha incluyen los siguientes:

- El no haber iniciado operaciones¹⁷⁰;
- El solamente haber generado ganancias en menos de un año y tener un proyecto en sus “inicios”¹⁷¹;
- Tener un periodo de ganancias demasiado corto¹⁷²;
- Tener una planta que no está equipada ni es en absoluto operativa, de manera que cualquier estimación de futuras ganancias sería “altamente especulativa”¹⁷³

329. Una de las discusiones más largas acerca de si la compensación por expropiación se debe basar en un flujo proyectado de ganancias futuras era con respecto a la compañía formada para ejercer la cría de camarones que se había destruido como resultado de una operación contra—insurgente realizada por el gobierno. Un tribunal de CIADI se negó a emitir un laudo a favor del titular de las acciones de la compañía para compensarlo ya sea por su buena reputación o por

169. S.K. Khalilean, *supra*. Véase también Gann, P.B. “*Compensation Standards for Expropriation*” 23 *Columbia Journal of Transnational Law* 615 (1985) at 618—619 para una referencia de R. Smith, “*The United States Government Prospective on Expropriation in Developing Countries*” 9 *J. Transnational L.* 519—520 (1976), desde la perspectiva del Departamento de Estado de los Estados Unidos en la valuación de propiedades expropiadas incluyendo su reconocimiento, página 618, de que pueden existir circunstancias en las cuales la aplicación de este (negocio en marcha) vgr. DFC] método no es práctico o puede operar injustamente, por ejemplo, cuando una inversión tiene una historia limitando sobre resultados operativos... A esta perspectiva también se menciona en *Sola Tiles v. Government of the Islamic Republic of Iran* 83 I.L.R. 460 (1987) at fn 18.

170. *Benveneti et Bonfant v. People's Republic of the Congo* 21 I.L.M. 740 (1980) en párrafos 4.86 a 4.94. También véase P.D. Friedman and E. Wong *Measuring Damages for the Deprivation of Income Producing Assets*: ICSID Case Studies A, 6: 2 ICSID Review – FILJ 400 (1991) at 408—411.

171. *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited vs. Arab Republic of Egypt*, 8:2 ICSID Review—FILJ 328 (1993) at para. 187—8.

172. *Sola Tiles vs. Government of the Islamic Republic of Iran*, 83 I.L.R. 460 (1987) at para. 64.

173. *Phelps Dodge Corp. and Overseas Private Investment Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, 10 Iran—U.S. C.T.R. 121 (1986) at para. 30.

pérdida de ganancias futuras, porque ninguna de ellas “podía establecerse razonablemente con suficiente certeza”.¹⁷⁴

330. El Tribunal encontró que para determinar la existencia de la buena reputación, se requiere cuando menos una presencia de dos a tres años en el mercado. Este es el periodo mínimo para establecer relaciones comerciales continuas. Además durante ese periodo se hubiesen tenido que realizar diversos gastos para mantener los esfuerzos de los administradores a fin de crear y desarrollar la red de mercado de los servicios de la empresa.

331. La posible existencia de una “buena reputación” valiosa es más difícil de sustentar cuando se trata de una empresa, no solamente de reciente creación y sin registro de ganancias, sino que además tiene pérdidas y está descapitalizada.

332. En el caso de la *Asian Agricultural Products Ltd.*, el hecho de que la empresa perdida había exportado solamente dos cargamentos de productos a Japón por primera vez, antes de que su granja fuese destruida, no fue prueba suficiente, en opinión del Tribunal, para demostrar una “capacidad para obtener ganancias”, de manera que pudiera justificarse el considerarla capaz de mantenerse por sí misma comercialmente viable como un proveedor confiable para el mercado japonés.¹⁷⁵

333. Además de conformidad con la legislación internacional aceptada, la valoración de las posibles ganancias requiere que se pruebe que:

“Fueron razonablemente anticipados; y las ganancias anticipadas eran probables y no únicamente posibles.”

Criterio de Valuación Apropiado para DESONA

334. En este caso, DESONA trataba de operar comercialmente (i) “como un operador de recolección comercial e industrial” del 17 de noviembre de 1993, a la fecha en que vendió su negocio comercial e industrial a Sanifill; (ii) como operador del relleno sanitario del 1 de diciembre de 1993 al 21 de marzo de 1994 cuando la concesión fue anulada y; (iii) como operador de recolección residencial del 15 de diciembre de 1993 al 21 de marzo de 1994.

335. Como se explica detalladamente con anterioridad, los Demandantes se han negado a proporcionar los reportes contables básicos de DESONA, los estados financieros, declaraciones de impuestos, agendas, etc. — haciendo imposible para la Demandada, o el Tribunal, hacer cualquier clase de valoración razonable del valor de DESONA (o valor potencial) como del valor corriente. Por el contrario, se le solicita al Tribunal determinar que DESONA tenía un valor

174. *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, 6:2 ICSID Review – FILJ 526 (1990) at para. 106, and generally, paras. 87—108. Ver también P.D. Friedman and E Wong, *Measuring Damages for the Deprivation of Income—Producing Assets: ICSID Case Studies a*, 6:2 ICSID Review—Filj 400 (1991) at 419—421.

175. *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, 6:2 ICSID Review – FILJ 526 (1990) at para. 106, and generally, paras. 103—105.

justo de mercado de 19.4 millones de dólares derivado de las diversas cifras propuestas por E&Y y el Sr. Carvell que han sido obtenidas de las estimaciones de ganancias y costos que no coinciden con los hechos. La magnitud de la cantidad reclamada desafía el sentido común tomando en consideración los hechos siguientes:

- a) DESONA era una empresa incipiente compuesta de tres individuos, dos de los cuales tenían un historial de negocios fallidos y sólo uno tenía experiencia alguna en el negocio de recolección de basura;
- b) Es evidente (o puede inferirse) que los Demandantes no invirtieron ningún capital significativo en DESONA o en la concesión;
- c) DESONA no tuvo el capital (o acceso a capital) necesario para adquirir los setenta camiones recolectores de tecnología de punta que estaba obligado a proporcionar de conformidad con el contrato de concesión, ni para financiar sus operaciones diarias;
- d) A la fecha de la presunta expropiación, DESONA incumplía sus obligaciones derivadas del contrato de concesión, toda vez que no había podido:
 - i) proporcionar catorce camiones recolectores de basura que para entonces debían estar en servicio;
 - ii) pagar los salarios de los trabajadores municipales y el costo de operar los camiones municipales que fueron transferidos a DESONA para proporcionar el servicio público de recolección de basura residencial;
 - iii) pagar los costos relacionados con la operación del relleno y la renta debida, conforme al contrato de arrendamiento del relleno.

336. La Demandada sostiene que bajo las circunstancias del caso sería apropiado determinar el valor justo de mercado conforme a criterios distintos al de valor corriente. Las posibilidades incluyen valor neto en activos o "valor en libros", una cifra que en este caso podría acercarse a la inversión de los Demandantes en DESONA. Sin embargo, los Demandantes se han rehusado a proporcionar evidencia documental que pueda auxiliar a la Demandada o al Tribunal a determinar el valor neto en activos de DESONA o la cantidad de dinero (o bienes sujetos de ser valorados en dinero), de las aportaciones de los Demandantes a DESONA. Por el contrario, como se describió anteriormente, las únicas pruebas de que se incurrió en gastos específicos o de que aportó capital, provienen de dos mexicanos, el Sr. Sánchez y el Dr. Palacios. De hecho el Dr. Palacios manifiesta que los Demandantes no hicieron su aportación de capital cuando se les exigió realizar la aportación prometida a DESONA I después de que la Legislatura Estatal aprobó el otorgamiento de la concesión.

337. Respetuosamente, la demandada somete a consideración del Tribunal el hecho de que los Demandantes al no haber presentado pruebas apropiadas sobre sus presuntas aportaciones de capital, y mediante su negativa a proporcionar los estados financieros han creado un enigma – han evitado que el Tribunal lleve a cabo una valoración apropiada de DESONA como valor corriente o que realice una valoración realista de su valor neto en activo, que para ese propósito

es su valor de liquidación. Bajo estas circunstancias, es apropiado, que el Tribunal concluya que el valor justo de mercado de DESONA, ya sea que se calcule de conformidad con el método de descuento de flujo de caja, valor activo neto, valor de liquidación o por cualquier otro criterio, es irrelevante y cualquier laudo compensatorio por la presunta expropiación de DESONA debe ser valorado de tal forma.

338. La Demandada sostiene además que los daños reclamados por los Demandantes, los hubiera, o el valor justo de DESONA que se reclama como expropiado, debe reducirse con la cantidad que Sanifill pagó para adquirir la operación de recolección de basura comercial e industrial de DESONA.