



**ANTE EL HONORABLE TRIBUNAL ARBITRAL ESTABLECIDO
CONFORME AL ACUERDO DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN
RECÍPROCA DE INVERSIONES ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS
MEXICANOS Y EL REINO DE ESPAÑA**

**TÉCNICAS MEDIOAMBIENTALES TECMED, S.A.
DEMANDANTE**

c.

**ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
DEMANDADA**

CASO CIADI NO. ARB(AF)/00/2

ESCRITO DE ALEGATOS FINALES

CONSULTOR JURÍDICO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS:
Hugo Perezcano Díaz

ASISTIDO POR:

Secretaría de Economía
Luis Alberto González García
Alejandra G. Treviño Solís

Thomas & Partners
J. Christopher Thomas
J. Cameron Mowatt
Rolando García

Shaw Pittman
Stephan E. Becker
Sanjay Mullick

Contenido

CONTENIDO	I
I. INTRODUCCIÓN	1
A. La naturaleza del negocio de manejo y disposición de desechos tóxicos	1
B. La competencia <i>ratione temporis</i> del Tribunal	4
C. El caso que presenta la actora	6
1. Promoción de las inversiones	7
2. Trato Nacional	7
3. La verdadera reclamación de la actora	9
a. Tratamiento justo y equitativo. La “confianza legítima” de la actora	12
b. El deber de protección	16
c. La adopción de medidas de efecto equivalente a la expropiación	24
II. LOS HECHOS RELEVANTES	26
A. La adquisición del confinamiento y el otorgamiento de las autorizaciones de operación	26
B. Los acontecimientos que precedieron la no renovación	35
III. CUESTIONES JURÍDICAS	59
A. La responsabilidad del Estado mexicano	59
B. La medida de no renovación no puede considerarse una expropiación	61
1. Tecmed no tenía una expectativa legítima para operar el confinamiento de Hermosillo en el largo plazo	65
2. México no es responsable de las circunstancias que llevaron a la no renovación	66
IV. DAÑOS	68
A. Derecho aplicable	69
B. La evidencia de la actora	70
C. Comparación con la realidad	74
D. La perspectiva del comprador informado	76
E. Conclusiones	79

I. INTRODUCCIÓN

1. La demandada ratifica los argumentos expuestos en el Escrito de Contestación a la Demanda, así como en la audiencia, y reitera la solicitud al Tribunal para que deseche en su totalidad la reclamación de la actora.

A. La naturaleza del negocio de manejo y disposición de desechos tóxicos

2. Según ya lo ha manifestado la demandada en diversas ocasiones, la reclamación que presenta la actora ante este Tribunal involucra una materia —los desechos peligrosos— que, por su naturaleza, es objeto de una extensa regulación y un control estricto en México, como en el resto del mundo. En el contexto más amplio de la protección al ambiente y preservación del equilibrio ecológico, el manejo y disposición de los desechos tóxicos es un área particularmente sensible por los graves riesgos a la salud humana, animal, vegetal y al ambiente que presentan.

3. No debe ignorarse que este caso involucra un confinamiento de residuos tóxicos, el lugar donde se depositan los residuos peligrosos que ya no son reciclables ni recuperables por otros medios, y que no se pueden destruir a través de otros métodos. Esos desechos se confinan con el objeto de que permanezcan en ese lugar por siempre.

4. Es una realidad que los desechos peligrosos, su manejo y las instalaciones donde se les da tratamiento y se dispone de ellos generan una percepción de riesgo, miedo y desconfianza, y provoca reacciones en la población. Es natural que los ciudadanos se opongan al establecimiento de este tipo de instalaciones en las localidades donde viven. Por lo mismo, en adición a las estrictas medidas control a cargo de las autoridades, los operadores y sus actividades están sujetos al escrutinio público.

5. Éste es un fenómeno que se presenta en todo el mundo, y sobre el cual existe abundante literatura. La demandada se refirió a ello con detalle en el apartado II.B.5 de su escrito de contestación a la demanda y refiere al Tribunal a él (párrafos 401 al 413).

6. La actora es consciente y conoce bien estos riesgos inherentes al negocio del manejo y disposición de residuos peligrosos: Desde antes de que adquiriera el confinamiento de Hermosillo, TECMED ya venía enfrentado la oposición de la sociedad y de grupos civiles en sus confinamientos de residuos industriales (incluidos los desechos tóxicos) ubicados en Valladolid y Valencia, España. Las autorizaciones de operación de esos confinamiento eran objeto de reclamaciones y litigios ante autoridades administrativas y tribunales españoles, promovidos por esos grupos. Las acciones de las organizaciones civiles —incluidos grupos afiliados a organizaciones ambientalistas, asociaciones de vecinos, partidos políticos, asociaciones de consumidores, etc.— han llegado al grado de obtener que las autoridades administrativas y judiciales españolas denieguen o anulen las autorizaciones a las empresas que operan esos confinamientos¹. Los grupos civiles han aducido razones prácticamente idénticas a las de los grupos civiles y la comunidad local en México: deficiencias en la operación y el transporte, proximidad a centros de población contrario a lo dispuesto en la normatividad, etc.

7. En este contexto, ciertamente, los problemas que el confinamiento de Hermosillo enfrentó no fueron un caso de excepción. El Ing. Polanco lo señaló en la audiencia:

SEÑOR FERNÁNDEZ ROZAS: Muchas gracias. A pesar de ser español, soy ignorante en cuanto a la estructura de la planta de residuos en las empresas en la cual presta sus servicios y dirige. Quisiera saber si en España hay más empresas de este tipo y si es similar la conflictividad respecto de los vertederos. Es decir, quisiera saber si es de su conocimiento —no hace falta que nos dé datos concretos— y si es relativamente frecuente que se plantee una conflictividad judicial respecto de este tipo de instalaciones.

SEÑOR POLANCO GÓMEZ LAVÍN: No. Estas instalaciones, tanto los vertederos de residuos urbanos como las plantas de residuos hospitalarios, los vertederos de residuos industriales y las depuradoras de agua, son hoy una de las fuentes de divergencia política más habitual. El partido que gobierna tiene que poner un vertedero porque es necesario, y el que está en la oposición se opone a ello. Esto sí es habitual...²

1. Sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección V, de fecha 2 de enero de 2002, que resuelve el recurso de casación No. 5349/199 contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León contra concesión de licencia para la instalación de un centro de residuos industriales en Santovenia de Pisuegra. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, de fecha de 23 de julio de 2001.

2. Testimonio del Ing. Polanco Gómez Lavín, transcripción del día lunes 20 de mayo de 2002, p. 53 reverso a la 54 anverso.

8. La oposición de la comunidad y de organizaciones no gubernamentales —que en ningún caso puede atribuírsele a las autoridades mexicanas— era de esperarse, y de hecho, la actora la anticipó: antes de que Tecmed de México adquiriera el confinamiento ubicado en la ciudad de Hermosillo, y de que se hubiesen suscitado reacciones sociales en torno del sitio y su operación, Tecmed ya había previsto la posibilidad de que pudiese surgir oposición al mismo. En efecto, en su oferta aludió a la “oposición de cualquier institución civil, política, comunitaria, militar, legislativa, académica o ambiental que no permita continuar una operación comercial o ponga en riesgo el adecuado funcionamiento actual o futuro de la planta”³, un texto por demás detallado, que fue elaborado por la actora desde España, por “profesionales con una amplia experiencia”⁴ que conocían bien el negocio⁵.

9. En México, como en España y el resto del mundo no sólo los empresarios privados, sino las autoridades, tienen que lidiar con la oposición social a este tipo de instalaciones. Quizás no sorprenda al Tribunal que los inversionistas privados estimen que deba reprimirse con la fuerza pública estas manifestaciones y acciones de la sociedad, que no sólo son naturales, sino perfectamente legítimas⁶. Quizás tampoco sorprenda al Tribunal que los inversionistas privados estimen que sus intereses de negocios deben prevalecer sobre cualquier otro, y de acuerdo con

3. Anexo D 38, numeral 1.3.

4. Memorial de Demanda, p. 12.

5. Cf. Testimonio de Enrique Diez-Canedo, transcripción del día martes, 21 de mayo de 2002, p. 5, reverso “...La propuesta específicamente fue desarrollada en España y lo que hizo la oficina de México fue nada más que el acopio de documentación necesaria para la presentación de la oferta”. Cf. también el testimonio de Enrique Diez-Canedo (transcripción del día martes, 21 de mayo de 2002, p. 47), en respuesta a una pregunta del árbitro Carlos Bernal Vera:

SEÑOR BERNAL VERA: En la parte de su propuesta económica, que está condicionada, lo condiciona usted a... que [no] exista cualquier oposición de cualquier institución civil, política, comunitaria, militar, legislativa, académica o ambiental que no permita continuar una operación comercial o que se ponga en riesgo el adecuado funcionamiento actual y futuro de la planta”. No creo que es muy usual esta condición, ¿o sí lo es en el mundo de las empresas medioambientales?

SEÑOR DIEZ-CANEDO RUIZ: Como representante de Ginés Navarro -siendo después de *TECMED*- no estaba metido en el mundo del medioambiente y de los residuos industriales peligrosos. Es decir, para hacer una carretera, o hacer una presa o hacer un gasoducto, bueno igual no pero, en este caso, como es una instalación que recibe residuos peligrosos, seguramente debieron haber pensado los directivos de *TECMED* que pudiera suceder esto... Era una actividad mucho más riesgosa que construir una carretera.

6. Cf. los argumentos iniciales de la actora durante la audiencia: “En lugar de reprimir las reacciones infundirías de unos grupos exaltados y manipulados y poner coto a sus graves actuaciones, optó por sancionar a la

Continúa en la página siguiente

sus propias condiciones. Pero las autoridades mexicanas no pueden actuar de esa manera. Son las únicas que pueden apreciar los diferentes intereses involucrados y adoptar las acciones para equilibrarlos en beneficio de todos. Las autoridades mexicanas no podían ignorar las legítimas preocupaciones e intereses de la comunidad local y de los grupos civiles, ni tampoco dejar de valorar la propia conducta de la actora durante el periodo relevante.

10. En su actuación frente al inversionista privado, las organizaciones no gubernamentales y la sociedad en general, no hay nada que indique que las autoridades mexicanas actuaron en forma arbitraria, caprichosa y sin apego al marco jurídico aplicable. No hay nada en la actuación de las autoridades mexicanas que ofenda los principios del derecho internacional.

11. México es un Estado democrático, donde todas las voces cuentan. México y España expresaron la importancia de estos principios en el Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos, por una Parte y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por otra (el llamado Acuerdo Global), celebrado el 8 de diciembre de 1997⁷, en vigor a partir del 1 de octubre de 2000, que dispone:

Artículo 1 Fundamento del Acuerdo

El respeto a los principios democráticos y a los derechos humanos fundamentales, tal como se enuncian en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, inspira las políticas internas e internacionales de las Partes y constituye un elemento esencial del presente Acuerdo.

B. La competencia *ratione temporis* del Tribunal⁸

12. El APPRI entró en vigor el 18 de diciembre de 1996.

13. Sólo a partir de esa fecha crea obligaciones para los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España. Al no existir las obligaciones del APPRI entre México y España con

Continúa de la página anterior

víctima más silenciosa y con menor, o mejor dicho, con ninguna fuerza política...” (transcripción del día lunes, 20 de mayo de 2002, p. 5.

7. Casi un año después de la entrada en vigor del APPRI entre México y España.

8. Véase los párrafos 414 al 427 del Escrito de Contestación a la Demanda.

anterioridad a esa fecha, ninguna conducta previa podía haber violado las disposiciones del tratado. Si bien los hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor del APPRI pueden ser útiles para comprender el contexto de la disputa, en ningún caso puede considerarse que los actos de las autoridades violaron obligaciones que no existían.

14. El 18 de diciembre de 1996, Cytrar, S.A. de C.V. contaba con una autorización para operar el confinamiento con una vigencia anual⁹, y una autorización para construir la segunda celda¹⁰.

15. La subasta pública de los bienes del confinamiento llevada a cabo por Promotora; la adquisición del confinamiento por Tecmed de México, y la celebración de todos los instrumentos base de la transacción¹¹; el trámite para la obtención de la nueva autorización para operar y el otorgamiento de la autorización de operación del 11 de noviembre de 1996; así como la autorización para construir la segunda, ocurrieron previo a la entrada en vigor del APPRI. Las reformas legislativas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (por las que se creó la Secretaría del Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca)¹² y a la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente¹³, así como las nuevas políticas ambientales consecuentes, preceden al APPRI.

16. El Tribunal sólo tiene competencia *ratione temporis* respecto de los hechos ocurridos con posterioridad al 18 de diciembre de 1996.

17. La competencia *ratione temporis* del Tribunal también está limitada por el término de prescripción previsto en párrafo 5 del Apéndice del APPRI, que impide la presentación de

9. Anexo D50. La autorización del 11 de noviembre de 1996 canceló la autorización emitida a Parque Industrial de Hermosillo el 4 de mayo de 1994.

10. Otorgada el 4 de diciembre de 1994. Anexo D53.

11. La convocatoria pública del 17 de enero de 1996, las bases de la subasta adquiridas y aceptadas por Tecmed de México, la propuesta de Tecmed de México, las actas del consejo de administración de Promotora del 16 de febrero y 15 de marzo de 1996, el contrato de promesa de compraventa del 20 de febrero de 1996, el convenio que establece los términos y formas de pago fechado el 20 de marzo de 1996, la escritura de compraventa del 27 de marzo de 1996 y su corrección subsecuente del 16 de diciembre de 1996, y el contrato de administración de la operación del 28 de marzo de 1996.

12. 28 de diciembre de 1994.

13. 13 de diciembre de 1996.

reclamaciones después de transcurridos más de tres años a partir de la fecha en que el inversionista tuvo o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación. Como la reclamación se sometió al arbitraje el 7 de agosto de 2000, ninguna reclamación respecto de hechos ocurridos antes del 7 de agosto de 1997 puede admitirse¹⁴.

C. El caso que presenta la actora

18. La actora argumenta que las autoridades mexicanas incurrieron en diversas violaciones al APPRI, que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- a) falta de promoción de las inversiones¹⁵
- b) violación al deber de protección:
 - i) en cuanto al otorgamiento de autorizaciones de conformidad con la legislación aplicable¹⁶,
 - ii) en cuanto a la negativa de renovar la autorización del 19 de noviembre de 1997¹⁷,
 - iii) en relación con el bloqueo de las instalaciones ocurrido entre febrero y marzo de 1998¹⁸, y
 - iv) respecto del acuerdo de reubicación¹⁹;
- c) violación del deber de otorgar trato justo y equitativo conforme al derecho internacional, por lo que se refiere a la “confianza legítima en la actuación de la autoridad”²⁰;

14. Véase los párrafos 428 al 434 del Escrito de Contestación a la Demanda.

15. Memorial de Demanda, pp. 91 y ss.

16. Memorial de Demanda, pp. 99 a la 103 y 107 a la 111.

17. Memorial de Demanda, pp. 99 a la 104 y 112 a la 114.

18. Memorial de Demanda, pp. 104 a la 106.

19. Memorial de Demanda, pp. 115 y ss.

20. Memorial de Demanda, pp. 119 y ss.

- d) violación de trato nacional:
 - i) trato discriminatorio respecto de RIMSA²¹, y
 - ii) trato discriminatorio respecto de entidades públicas que operaron el confinamiento previo a que fuera adquirido por Tecmed de México²²; y
- e) adopción de medidas de efecto equivalente a la expropiación²³.

1. Promoción de las inversiones

19. La primera de las reclamaciones puede desecharse sumariamente. Los hechos no demuestran que el caso haya involucrado actividades de promoción o fomento de las inversiones. Incluso la actora obvió toda referencia a esos argumentos en sus argumentos orales²⁴.

2. Trato Nacional

20. La reclamación de denegación de trato nacional también puede desecharse fácilmente. En primer lugar, la situación que enfrentó el confinamiento de Hermosillo nada tiene que ver con la nacionalidad de Tecmed o de sus ejecutivos, y los hechos no demuestran que se haya discriminado en contra de Tecmed o Cytrar, S.A. de C.V. Se trató de las circunstancias concretas que rodearon a un sitio en particular, incluidas su ubicación, el transporte de tierras contaminadas procedentes de otro Estado y las condiciones de operación. De acuerdo con el Memorial de Demanda²⁵, Tecmed de México contaba con ocho instalaciones ambientales distintas, incluidas siete dedicadas al manejo de residuos peligrosos, aparte del confinamiento de Hermosillo y las oficinas administrativas²⁶. Según afirmó el Ing. Polanco, Director General de la empresa demandante, durante la audiencia en respuesta a una pregunta del árbitro Bernal Vereá,

21. Memorial de Demanda, pp. 123 y ss.

22. Memorial de Demanda, pp. 125 y ss.

23. Memorial de Demanda, pp. 127 y ss.

24. Cf. transcripción del día viernes 24 de mayo de 2002, p. 1, reverso.

25. Memorial de Demanda, p. 14.

26. El Ing. Polanco manifestó que desde fechas recientes varias de las instalaciones pertenecen a otra empresa. Transcripción del día lunes 20 de mayo de 2002, p. 53, reverso.

ninguna de las demás empresas o instalaciones del Grupo Tecmed enfrentó problema alguno²⁷. De hecho, contrario a lo que afirma la actora, no se canceló la posibilidad de que Cytrar, S.A. de C.V. o una de las empresas de Grupo Tecmed explotara un confinamiento en el estado de Sonora.

21. La no renovación de la autorización de 1997 no fue una medida tomada en contra de Tecmed. Fue una medida que impidió que un sitio particular, que enfrentaba numerosos problemas (la ubicación, de cumplimiento con la normatividad, de una seria oposición social, incluso de infraestructura), continuara operando en un momento determinado. Por consiguiente, se buscó otra alternativa para que la actora, a través de la propia Cytrar, S.A. de C.V. u otra de sus filiales, desarrollara un proyecto más completo y más seguro en el largo plazo. Las autoridades ambientales no fueron las que abandonaron ese proyecto.

22. En segundo lugar, las circunstancias relativas a la obtención de las autorizaciones de operación por parte de RIMSA en 1993 y Parque Industrial de Hermosillo en 1994, así como las circunstancias en que Cytrar, S.A. de C.V. obtuvo la autorización del 11 de noviembre de 1996, preceden la entrada en vigor del APPRI y, por tanto, no puede configurarse una violación a obligaciones que aún no existían. Además, los actos reclamados ocurrieron más de tres años antes de la presentación de la reclamación a arbitraje —el 7 de agosto de 2000— y, por tanto, son inadmisibles.

27. Transcripción del día lunes, 20 de mayo de 2002, p. 53, reverso:

SEÑOR BERNAL VERA: Gracias, señor Presidente. Señor Polanco, en la página 13 de la memoria de demanda, se dice que TECMED tiene diversas instalaciones medioambientales. Hay un relleno sanitario del cual usted habló en Hermosillo, y también hay residuos hospitalarios en Tijuana, Tamira, Puebla, Celaya, otro en Hermosillo y Ciudad Juárez. En fin, TECMED tiene una serie de negocios medioambientales en México. Pregunto si estas plantas se encontraban operando al mismo tiempo que operaba el CYTRAR, y si siguen operando. En tercer lugar, quisiera saber si han corrido la misma suerte que CYTRAR en relación con visitas, multas, cierres y autorizaciones, o si han tenido una situación distinta a CYTRAR Hermosillo.

SEÑOR POLANCO GÓMEZ LAVÍN: Primero tengo que precisar que algunas de esas instalaciones desde hace unos meses pertenecen a otra sociedad. Algunas de esas instalaciones son de residuos hospitalarios. Pero en ningún caso hemos tenido problemas y, de hecho, nuestra empresa ha sido la referencia en ese campo en México, donde, como saben, cuando empezamos no existían esas instalaciones.

No tuvimos problemas en ese sentido. Ninguna instalación ha tenido problemas. Las empresas siguen en funcionamiento y, si alguna ha parado, es por cuestiones económicas...

[Énfasis propio]

23. Tercero, las circunstancias en que cada empresa tramitó y obtuvo las licencias respectivas fueron completamente diferentes:

- a) Parque Industrial de Hermosillo era una empresa estatal, que prestaba los servicios de confinamiento como un servicio público a la industria local —es decir, a las industrias establecidas en el propio parque industrial, principalmente Ford. Durante todo el tiempo que operó el confinamiento —1989 a 1995—, operó con volúmenes muy inferiores a su capacidad, al grado que durante todo ese tiempo, ni siquiera alcanzó a llenar la primera celda que sólo tenía una capacidad de 16,200 m³.
- b) En contraste con el confinamiento de Hermosillo, que fue adquirido por una empresa privada tras haber pertenecido a una empresa estatal, RIMSA siempre ha sido la propietaria de sus instalaciones; y sus operaciones, que son más diversificadas, siempre han sido a escala nacional²⁸. RIMSA, por consiguiente, no se vio en la necesidad de solicitar una nueva autorización de operación, ni el INE tenía las facultades para cancelar su licencia de oficio y expedir una nueva como resultado, además, de la transacción de Cytrar, S.A. de C.V. y el trámite subsiguiente. Sin embargo, cuando en 1996 tuvo que solicitar autorización para determinadas operaciones, también le fueron expedidas con una vigencia anual²⁹.

3. La verdadera reclamación de la actora

24. En primer término, debe hacerse una referencia somera a la reclamación que presenta la actora relativa al otorgamiento a Cytrar, S.A. de C.V. de las autorizaciones del 11 de noviembre de 1996 y 19 de noviembre de 1997. Según se explica con detalle más adelante, la evidencia no demuestra que Promotora haya transmitido a Tecmed de México o Cytrar, S.A. de C.V. las

28. Cytrar, S.A. de C.V. sólo estaba autorizada para operar un confinamiento, mientras que RIMSA ha sido un centro integral para el manejo de residuos industriales (CIMARI), con operaciones mucho más diversificadas, además de que también opera un confinamiento.

29. El 27 de noviembre de 1996 el INE otorgó a RIMSA una autorización para el reciclaje de residuos peligrosos y el 28 de noviembre del mismo año otra para el tratamiento *in situ* de residuos peligrosos. Ambas tuvieron una vigencia de un año. Véase el párrafo 566 del Escrito de Contestación a la Demanda y el Anexo D52.

licencias de operación del confinamiento, ni que esas empresas hayan efectuado pago alguno por ellas³⁰. Por el contrario, la evidencia es contundente en el sentido de que Promotora no sólo no transmitió a Tecmed de México o Cytrar, S.A. de C.V. las autorizaciones de operación, sino que no asumió responsabilidad alguna respecto de su obtención por parte de la empresa adquirente. Tecmed de México y Cytrar, S.A. de C.V. así lo aceptaron expresamente, según se desprende de los diversos documentos base de la transacción y el testimonio del Ing. Diez Canedo durante la audiencia³¹.

25. Por consiguiente, lo que Tecmed de México y Cytrar, S.A. de C.V. realizaron a partir de entonces fue el trámite ante el INE para regularizar la situación de Cytrar, S.A. de C.V. y obtener la autorización que no tenía, pero que requerían para operar. La autorización del 11 de noviembre de 1996 fue emitida en plena conformidad con las disposiciones legales aplicables, aun por lo que a su vigencia anual se refiere. Prueba de ello son todas las autorizaciones que

30 Transcripción del día viernes 24 de mayo de 2002, p. 28, reverso.

31. La convocatoria a la subasta y las bases establecen que el objeto de la subasta son los bienes muebles e inmuebles del confinamiento; en ningún caso hacen referencia, siquiera, a las licencias o autorizaciones necesarias para operar el confinamiento. Por el contrario las bases disponen con toda claridad que “Los trámites relativos a la obtención de los permisos y licencias gubernamentales necesarios para la operación del confinamiento de desechos peligrosos, serán realizados por cuenta y riesgo del adquirente, sin responsabilidad alguna para Promotora”. Cualquiera que hubiese sido la propuesta de Tecmed de México, Promotora no la aceptó en sus términos, sino que la condicionó y la empresa asumió la obligación de tramitar, por su cuenta y riesgo, las autorizaciones de operación necesarias —que no le habían sido transmitidas— sin responsabilidad alguna para Promotora (Cf. las bases de la subasta, Anexo D37, el contrato de promesa de compraventa del 20 de febrero de 1996, Anexo D39, el acta de la sesión del consejo de administración de Promotora del 15 de marzo de 1996, Anexo D41, y contrato de compraventa del 27 de marzo de 1996, Anexo D42, y el testimonio del Ing. Diez-Canedo, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, p. 10 reverso). Cytrar, S.A. de C.V., además, se vio en la necesidad de celebrar un contrato de operación del confinamiento con Promotora, mediante el cual la única obligación que ésta asumió fue la de mantener vigentes las autorizaciones con que contaba el confinamiento. Cytrar, S.A. de C.V. no tenía las autorizaciones para operarlo por sí, puesto que no se le habían transmitido, según confirmó el Ing. Diez Canedo durante la audiencia (transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, p. 15 reverso):

SEÑOR PEREZCANO DÍAZ: De acuerdo con el contrato [de operación celebrado el 28 de marzo de 1996, un día después de escriturarse la compraventa del confinamiento], entonces, CYTRAR S.A. de C.V no tenía autorización para operar directamente el confinamiento, ¿no es cierto?

SEÑOR DIEZ-CANEDO RUIZ: No la tenía en ese momento.

expidió el INE durante ese período —1996 a 1998—tienen vigencia anual³² y, más importante aún, que Cytrar, S.A. de C.V. no impugnó su validez, ni siquiera se inconformó ante el INE³³.

26. El Tribunal, además, no debe olvidar, como ya se ha apuntado en varias ocasiones, que estos hechos ocurrieron antes de la entrada en vigor del APPRI y más de tres años antes de que la reclamación hubiese sido presentada a arbitraje.

27. De acuerdo con la actora, los cambios entre la autorización del 11 de noviembre de 1996 y la del 19 de noviembre de 1997 no fueron significativos. Los principales cambios tenían que ver con la capacidad autorizada (que se incrementó), así como en la forma de determinar la vigencia, que en todo caso seguía siendo anual³⁴. De hecho, la actora admite que la modificación respecto de la manera de determinar la duración implicaba “una menor libertad en el obrar administrativo”, puesto que, conforme a la autorización de 1996, la prórroga quedaba a juicio del INE, mientras que la de 1997 sujetaba la renovación a que el INE “pueda comprobar el estricto cumplimiento de lo establecido en la misma”. De tal manera, la carga del estricto cumplimiento recaía en Cytrar, S.A. de C.V.³⁵

28. La autorización de 1997 también fue emitida con pleno apego a la legislación aplicable. Cytrar, S.A. de C.V. no se inconformó ni impugnó su validez.

32. Anexo D52. Véase los párrafos 140 y 141 del Escrito de Contestación a la Demanda, el testimonio escrito del Ing. Jorge Sánchez, Anexo D167, así como su testimonio durante la audiencia, transcripción del día jueves 23 de mayo de 2002, pp. 53 y ss.

33. Véase el testimonio del Ing. Diez Canedo, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, pp. 19 reverso y ss.

34. Memorial de Demanda, p. 46 *in fine*, y 47.

35. Testimonio del Ing. Diez Canedo durante la audiencia, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, p. 21, reverso:

SEÑOR PEREZCANO DÍAZ: Entonces, la carga del estricto cumplimiento estaba sobre la empresa. ¿Es cierto?

SEÑOR DIEZ-CANEDO RUIZ: Sí.

29. Así pues, la verdadera medida que la actora argumenta violatoria del APPRI es la negativa de renovar la autorización para operar el confinamiento, mediante el oficio del INE del 25 de noviembre de 1998, según lo reconoce expresamente³⁶.

30. Sus principales reclamaciones son que *México* denegó a su inversión la protección requerida por el APPRI, al haberse rehusado a renovar la autorización de 1997 en contravención de la normativa aplicable, fundado exclusivamente, según argumenta, en motivaciones políticas y de presión social³⁷; que México denegó tratamiento justo y equitativo conforme al derecho internacional al haber violentado la “confianza legítima generada en Tecmed para instarla a realizar la inversión”³⁸; y, finalmente, que la no renovación constituyó una expropiación indirecta de su inversión.

a. Tratamiento justo y equitativo. La “confianza legítima” de la actora

31. La actora sustenta su argumento de denegación de trato justo y equitativo conforme al derecho internacional en que las autoridades mexicanas violentaron o traicionaron su “confianza legítima” para realizar la inversión:

Esa absoluta falta de transparencia en el obrar de las autoridades mexicanas y su actuación contraria a la buena fe, traicionando una confianza legítimamente adquirida en el inversor y propiciada como estímulo a la inversión, engendran en sí mismas una actuación de esas autoridades meridianamente contraria al trato justo y equitativo

36. Memorial de Demanda, pp. 53 (“Ese es precisamente el acto de infracción que se impugna en el presente arbitraje, un Oficio del Instituto Nacional de Ecología que privó a CYTRAR, S.A. de C.V. del activo objeto de su actividad exclusiva.”), 99 (“El incumplimiento de ese deber de protección vino después y, muy especialmente, con ocasión de la negativa a la renovación de la autorización operada en virtud del Oficio emitido por el INE el 25 de noviembre de 1998.”), 103 (“[E]sta parte demandante ha localizado el fundamental incumplimiento denunciado en la negativa del INE a renovar la autorización que permita operara el Confinamiento Cytrar.”), 106 (“Tengamos presente que el origen de esta demanda lo constituye un acto expreso del Instituto Nacional de Ecología (Organo del Gobierno Federal mexicano) que resolvió no renovar la autorización que permitía operar el Confinamiento CYTRAR. Ese es el principal acto de incumplimiento y el protagonista real del presente arbitraje...”), 112 (“Ese [el Oficio N° D00-800/006232, de 25 de noviembre de 1998 que denegó la renovación de la autorización para operar el Confinamiento] es el primordial incumplimiento de la demandada y el que ha generado perjuicios cuya reparación se solicita en el presente arbitraje.”).

37. Cf. Memorial de Demanda, pp. 8, 15, 34, 51, 53, 65 y ss, 77, 112, 113, 140 y 143; los argumentos iniciales de la actora en la audiencia, transcripción del día lunes 20 de mayo de 2002, p. 5.

38. Memorial de Demanda, pp. 119 y 122.

ordenado por el Artículo IV del APRI, y en cuanto tales, son denunciadas en el presente arbitraje.³⁹

32. La “confianza legítima” de Tecmed, sin embargo, estaba determinada por los siguientes factores:

- que se trata de un sector altamente regulado (en México como en el resto del mundo) en el que participan diversas autoridades de los tres órdenes de gobierno —federal, estatal y municipal—, y en el que, incluso por disposición constitucional, se encomienda al Estado la protección del ambiente como un deber fundamental, y se le faculta para imponer a la actividad económica y la propiedad las modalidades que dicte el interés público; un sector en el que concurren intereses privados, públicos y sociales que el Estado tiene que proteger y equilibrar; de tal manera que se encuentra sujeto a un régimen especial de autorización, sustentado en un deber de “la autoridad tomadora de decisiones” de “asegurar que no se afectará la tranquilidad, seguridad pública y el ambiente”⁴⁰;
- la naturaleza del negocio y su expectativa real, como “grupo especializado en la gestión de residuos industriales” y “profesionales con amplia experiencia en estos ámbitos de gestión”⁴¹, de que pudiese surgir oposición “civil, política, comunitaria, militar, legislativa, académica o ambiental” que por sí misma pudiera impedir la

39. Memorial de Demanda, p. 122. Cf. las páginas 117 y ss.

40. Testimonio de Luis Vera Morales durante la audiencia, transcripción del día jueves 23 de mayo de 2002, pp, 36 reverso y 37:

SEÑOR PEREZCANO DÍAZ: ¿Este tipo de consideraciones, es decir, la preservación de la tranquilidad, la seguridad, la salud y la protección al ambiente, en su opinión encuadrarían en lo que se entiende por el interés público, por el interés social?

SEÑOR VERA MORALES: Por supuesto.

SEÑOR PEREZCANO DÍAZ: De modo que el derecho sujeto a una autorización sólo podría ejercerse si, como lo dice en su informe en la página 33, se cumplen una serie de requisitos, condiciones o circunstancias que permitan a la autoridad asegurar que no se afectará la tranquilidad, seguridad pública y el ambiente. ¿Es así?

SEÑOR VERA MORALES: Así es.

...

SEÑOR PEREZCANO DÍAZ: ¿A quién compete valorar lo que más convenga al interés público?

SEÑOR VERA MORALES: A la autoridad tomadora de decisiones, por supuesto.

operación comercial o poner en riesgo el adecuado funcionamiento actual o futuro de la planta⁴²;

- el hecho de que, cuando compró los bienes del confinamiento, no adquirió las licencias necesarias para su operación, que tuvo que tramitar subsecuentemente;
- que, a la entrada en vigor del APPRI, contaba con una autorización anual para operar el confinamiento, que posteriormente quedó sujeta a renovación con objeto de que la autoridad ambiental pudiese verificar el estricto cumplimiento con sus términos;

33. La “confianza legítima” de la actora se patentiza en su compromiso de finales de 1997 con la comunidad local —sin la intervención ni, en efecto, el conocimiento de las autoridades ambientales federales y apenas unos días después de haber obtenido una nueva autorización con vigencia anual— para reubicarse en el término de un año⁴³. Mucho antes de que las autoridades federales intervinieran en relación con la solicitud de Cytrar, S.A. de C.V. para renovar la autorización de 1997, los ejecutivos de la empresa ya les habían manifestado su expectativa de tener que reubicarse para finales de 1998, dados los crecientes problemas que enfrentaba el confinamiento, y en los que las autoridades mexicanas nada tuvieron que ver.

34. Los actos de la comunidad, la prensa local, los grupos civiles e incluso de partidos políticos no fueron ocasionados ni promovidos por las autoridades mexicanas y en ningún caso le pueden ser imputables al Estado mexicano, por lo que no puede derivar una responsabilidad

Continúa de la página anterior

41. Memorial de Demanda, pp. 11 y 12.

42. Cf. la propuesta de Tecmed de México, Anexo D 38, numeral 1.3. y el testimonio del Ing. Diez Canedo durante la audiencia, ya referido (nota de pie de página No. 5).

43. Véase el comunicado que dirigió el Ing. Diez Canedo a la comunidad de Hermosillo, publicado en los diarios locales el 16 de marzo de 1998, en el que refiere al compromiso de reubicar el confinamiento (Anexo D111) y el testimonio respectivo del Ing. Diez Canedo durante la audiencia (transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, pp. 29, reverso, a la 30, reverso). En diversas comunicaciones a autoridades mexicanas, el Ing. Diez Canedo informa que desde finales de 1997, días después de haber obtenido una nueva autorización anual, Cytrar, S.A. de C.V. había aceptado reubicarse (carta del 25 de junio de 1998 al Presidente del INE, Anexo A49, carta del 15 de julio de 1998 a la Dra. Cortinas, Anexo A50, carta del 9 de noviembre de 1998 al Gobernador de Sonora, Anexo A148).

internacional a su cargo por ellos. La actora así lo reconoce y tampoco pretende responsabilizar al Estado mexicano por tales actos⁴⁴.

35. De hecho, las autoridades mexicanas combatieron tales actos por la vía legal y la negociación de manera por demás diligente⁴⁵. No obstante, ni esas acciones de las autoridades mexicanas de los tres órdenes de gobierno modificaron la expectativa de la actora de que el sitio no tenía ya una viabilidad de largo plazo, ni siquiera de mediano plazo. Es más, conforme transcurrió el año 1998, la oposición al confinamiento —que, se insiste, las autoridades mexicanas ni originaron ni tomaron parte en ella, sino que, por el contrario, intentaron resolver por todas las vías legales— llevó a la actora a confirmar, incluso a través de diversas comunicaciones dirigidas a las autoridades federales y estatales, la expectativa de que tendrían que reubicarse prácticamente de inmediato, y solicitaron que el INE se abocara a localizar un sitio alternativo, cosa que hizo, otra vez, de manera muy diligente⁴⁶.

36. La actora también argumenta que las autoridades mexicanas también actuaron con absoluta falta de transparencia. Lo cierto es que Tecmed de México y Cytrar, S.A. de C.V. mantuvieron un diálogo constante con las autoridades mexicanas desde que se presentaron a la subasta en 1996: Por lo que a las autoridades municipales se refiere, el cúmulo de documentos generados en relación con la adquisición del confinamiento lo demuestra; con el INE, a partir de que establecieron el primer contacto en 1996, sostuvieron múltiples reuniones en relación con el trámite de obtención de las autorizaciones para operar; con la PROFEPA y el propio INE mantuvieron constante contacto en relación con la contratación para transportar los residuos de Alco Pacífico, y posteriormente en las numerosas visitas de verificación, en todas las cuales se levantó acta circunstanciada y se ofreció la oportunidad de contestar; durante 1998, hubo múltiples reuniones con todas las autoridades de los tres órdenes de gobierno a los más altos niveles, incluso la Dra. Cortinas testificó que pasó buena parte de su tiempo en Hermosillo; el mismo año, Cytrar, S.A. de C.V. sostuvo numerosas reuniones con el INE en relación con su

44. Véase el Memorial de Demanda, p. 70.

45. Véase el párrafo 72 de este escrito y los párrafos 460 y 461 del Escrito de Contestación a la Demanda.

46. Para finales de 1998 el INE había ubicado quince sitios aptos, de los cuales preseleccionó tres como idóneos (Anexo D162). Antes de que se negara la renovación de la autorización para operar, el Ing. Diez Canedo confirmó que los sitios eran adecuados y que podrían reubicarse a cualquiera de ellos (Anexo D168).

solicitud de ampliación de la capacidad instalada y renovación de la autorización, así como con la reubicación. Los testimonios del Ing. Polanco, el Ing. Jorge Sánchez, el Ing. Diez Canedo y la Dra. Cortinas lo corroboran⁴⁷. Hubo también múltiples comunicaciones. En todo momento se le informó verbalmente y por escrito a Cytrar, S.A. de C.V. de las acciones que se estaban realizando y de la situación que guardaba sus peticiones. Por ejemplo, la Dra. Cortinas informó con antelación a Cytrar, S.A. de C.V. que para decidir sobre la solicitud de renovación, el INE tomaría en cuenta los acontecimientos políticos y el acuerdo de reubicación sobre los que el Ing. Diez Canedo había informado en sus comunicaciones, así como que para solicitaría la opinión de las autoridades estatales y locales. Este no fue un caso en el que hubiera faltado transparencia. De hecho hubo un diálogo permanente entre Cytrar, S.A. de C.V., principalmente a través del Ing. Diez Canedo, y las autoridades mexicanas.

b. El deber de protección

i. El otorgamiento de las autorizaciones

37. Primero, en cuanto al argumento de falta de protección relativo al otorgamiento de las autorizaciones para operar, la demandada reitera sus argumentos:

- a) las reformas legislativas pertinentes, la definición de la política del INE por lo que se refiere concretamente a la vigencia de las autorizaciones, la adquisición del confinamiento y el trámite ante el INE, así como la obtención por Cytrar, S.A. de C.V. de la autorización para operar, son actos que preceden la entrada en vigor del APPRI y que ocurrieron más de tres años antes de que la reclamación hubiese sido sometida a arbitraje; y
- b) las autorizaciones para operar el confinamiento no le fueron transferidas a Tecmed de México/Cytrar, S.A. de C.V.; subsecuentemente esas empresas llevaron a cabo el trámite para regularizar la situación de Cytrar, S.A. de C.V. y obtener la autorización respectiva. La autorización del 11 de noviembre de 1996

47 Testimonio de Diez Canedo. Transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, p. 23.

fue emitida en plena conformidad con las disposiciones legales aplicables, aun por lo que a su vigencia anual se refiere.

El argumento de que sujetar las autorizaciones a una temporalidad definida es ilegal no puede sostenerse. Desde luego la legislación no establece taxativamente las condiciones que debe incluirse en todas las autorizaciones⁴⁸; la autoridad ambiental lo hace caso por caso, dependiendo de las circunstancias particulares. En el caso de la vigencia anual, además, se trató de una política general, aplicada de manera uniforme. A este respecto, es muy revelador que, pese a los argumentos vertidos en el Dictamen Jurídico que acompañó con su Memorial de Demanda, de que la expedición de la nueva autorización del 11 de noviembre de 1996 y la correlativa cancelación de la autorización de 1994, la expedición de la autorización del 19 de noviembre de 1997, así como que la sujeción a una temporalidad determinada fueron actos arbitrarios, carentes de fundamento legal, que implicaron faltas administrativas graves, y aun la posible nulidad de los mismos⁴⁹, Cytrar, S.A. de C.V. no impugnó las autorizaciones de 1996 y 1997, lo cual confirma su legalidad, no sólo en los hechos, sino como una cuestión de derecho⁵⁰. Más aún, durante el período relevante otras empresas mexicanas de Grupo Tecmed también obtuvieron autorizaciones con vigencia anual, y tampoco las impugnarón⁵¹. De hecho, las demás empresas del Grupo Tecmed han seguido operando al amparo de autorizaciones temporales.

38. El derecho mexicano, no el derecho internacional, es el que regula las cuestiones relativas al otorgamiento de las autorizaciones para operar un confinamiento de residuos peligrosos. El texto del propio APPRI lo confirma en su artículo III(2) al disponer que cada Parte concederá las

48. La actora tampoco ha señalado dónde estarían esos requisitos o condiciones especificados taxativamente para confinamientos de desechos peligrosos, cualesquiera que fueren las circunstancias, si lo hubiere.

49. Dictamen Jurídico, pp. 55 y ss.

50. Es un principio que un acto no impugnado en tiempo y forma es jurídicamente válido.

51. Véase, por ejemplo, las siguientes autorizaciones incluidas en el Anexo D52: 02-2B-PS-VII-02-97 del 21 de mayo de 1997 (Técnicas Medioambientales Winco, S.A. de C.V.), 02-4B-PS-VIII-07-97 del 7 de octubre de 1997 (Técnicas Medioambientales Winco, S.A. de C.V.), y 23-01-PS-VI-19-98 del 9 de septiembre de 1998 (Ecotérmicas

Continúa en la página siguiente

autorizaciones necesarias en relación con las inversiones de la otra Parte “en el marco de su legislación”.

39. La demandada ya ha argumentado que ello no significa que este Tribunal tenga competencia para decidir sobre cuestiones de derecho mexicano como si fuera una corte nacional, aunque sí puede considerar las cuestiones de derecho municipal como cuestiones de hecho⁵². En este contexto, debe destacarse que, al no haberse impugnado las autorizaciones en su debida oportunidad, como una cuestión de derecho mexicano su validez ha quedado establecida de manera firme, de modo que ni siquiera un juez mexicano puede cuestionarla. Con ello la demandada no quiere decir que admita que hubo cualquier irregularidad en el otorgamiento de las autorizaciones. De hecho, la parte demandada estima que ha probado suficientemente la legalidad de las autorizaciones como cuestiones de derecho mexicano. Sin embargo, el que el que Cytrar, S.A. de C.V. no haya impugnado en su oportunidad las autorizaciones que hoy alega resultaron en violaciones tan graves a la legislación aplicable, no sólo corrobora que entonces no consideró que esas supuestas violaciones hubiesen existido, sino que, aun si hubiesen existido —lo cual no se concede— lo cierto es que su validez jurídica no podría cuestionarse hoy por la vía legal.

40. En todo caso, la actora ha reiterado que ninguno de esos actos le ocasionó pérdidas o daños. Por el contrario, ha manifestado que la obtención de esas autorizaciones le permitió operar correctamente⁵³, e incluso dar por terminada la relación que mantenía aún con Promotora.

41. Por otro lado, la imposición de las distintas condiciones de operación, incluida la vigencia anual, se enmarca en el ejercicio de las facultades discrecionales de la autoridad.

42. Sobre la naturaleza jurídica, el alcance y el control jurisdiccional de las facultades discrecionales en el derecho mexicano, no hay discrepancia entre la partes. Ambas coinciden en que el acto discrecional es aquel en que, una vez realizado el supuesto de la norma, la autoridad

Continúa de la página anterior

de Oriente, S.A. de C.V.), así como la 26-30B-PS-II-06-97 del 30 de octubre de 1997 (Técnicas Medioambientales Winco, S.A. de C.V.) presentada por la actora como Anexo A64.

52. Véase el Escrito de Contestación a la Demanda, párrafos 342 al 354.

53. Cf. el testimonio escrito del Ing. Diez-Canedo, Anexo A117.

administrativa goza de la libertad de elegir, entre varias posibilidades, la que parezca más conveniente al interés público, es decir que tiene lugar cuando la ley deja a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, o en qué momento debe obrar o cómo debe obrar, y, en fin, el contenido que va a dar a su actuación⁵⁴. Coinciden también en que la arbitrariedad marca los límites de la discrecionalidad legítima, de modo que los tribunales sólo pueden controlar el ejercicio de facultades discrecionales cuando éstas se ejercitan en forma arbitraria o caprichosa, cuando el razonamiento de la autoridad sea ilógico o bien cuando no se invoquen las circunstancias de hecho o éstas se alteren injustificadamente, a tal grado que el juzgador no puede sustituir su criterio por el de la autoridad emisora del acto cuando el ejercicio de tales facultades es legítimo⁵⁵.

43. Los peritos de la actora parecen haber cambiado de opinión durante la audiencia respecto de si las autorizaciones en materia ambiental y de desechos peligrosos involucran facultades discrecionales de la autoridad o son actos reglados⁵⁶. Sin embargo, independientemente de la extensa discusión sobre las facultades discrecionales, en comparación con el acto reglado, y el contexto en el que aborda la supuesta falta de motivación y fundamentación del oficio del 25 de noviembre de 1998, mediante el cual se denegó la renovación de la autorización de 1997, conforme a su propia caracterización del acto reglado⁵⁷ —que la demandada no disputa— es evidente que la normatividad ambiental no prevé todos los supuestos posibles para el establecimiento y operación de confinamientos de desechos peligrosos, puesto que no puede anticipar todas las circunstancias geológicas, climatológicas, hidrográficas, topográficas, socioeconómicas, o las relativas al operador, de modo que pueda predeterminar la decisión de la

54. Cf. Dictamen Jurídico que acompaña al Memorial de Demanda, p. 37.

55. Testimonio de Luis Vera Morales durante la audiencia, transcripción del día jueves 23 de mayo de 2002, pp. 36 reverso a la 38.

56. Durante la audiencia el Lic. Vera Morales confirmó la naturaleza jurídica y alcance de las facultades discrecionales, pero señaló “No creemos estar en ese supuesto” (énfasis propio). Después confirmó que su dictamen, en efecto, no señala que las autorizaciones en comento sean actos reglados, sino que aborda la discusión sobre la motivación y fundamentación del oficio de no renovación del 25 de noviembre de 1998 en el contexto de la motivación y fundamentación de los actos adoptados en ejercicio de facultades discrecionales. Testimonio de Luis Vera Morales, transcripción del día jueves 23 de mayo de 2002, pp. 38 y 39.

57. “En esta clase de actos [reglados] la ley determina exactamente no sólo la autoridad competente para actuar sino también si ésta debe actuar y cómo debe actuar, estableciendo condiciones de la actividad administrativa a fin de no dejar margen a diversidad de resoluciones según la apreciación subjetiva que el agente haga de las circunstancias del caso”. Dictamen Jurídico que acompaña al Memorial de Demanda, pp. 36 a la 37.

autoridad en todos los casos (por ejemplo, el número y dimensiones de las celdas, el tamaño de la zona de amortiguamiento, ni siquiera el tipo de residuos que pueden recibirse, puesto que es probable que algunos sitios no sean aptos para confinar ciertos tipos de residuos pero sí otros, etc.). De tal manera, la ley deja a la autoridad ambiental un amplio margen de discreción para decidir estas cuestiones en función de las circunstancias específicas que se le presenten caso por caso⁵⁸.

44. Es obvio que la decisión de la autoridad ambiental de haber sujetado las autorizaciones en materia de manejo y disposición de residuos peligrosos a una vigencia anual con objeto de verificar el estricto cumplimiento de los operadores con la normatividad aplicable no sólo no es arbitraria, caprichosa o ilógica, sino que es enteramente razonable. La actora no ha identificado ninguna otra condición de las autorizaciones que pueda considerarse arbitraria.

ii. La no renovación

45. Como ya se expresó, la actora argumenta que la negativa de renovar la autorización se basó exclusivamente en motivaciones políticas y sociales.

46. La demandada no rechaza que al denegar la renovación, el INE tomó en consideración la oposición social que existía en torno del sitio; pero ésta no fue el único de los factores, ni siquiera el de más peso. La autoridad consideró la totalidad de las circunstancias al tomar la decisión de no renovar la autorización para ese confinamiento. Esa determinación de la autoridad ambiental impidió que ese sitio continuara operando; pero no así la posibilidad de que la actora, a través de alguna de sus filiales, explotara un confinamiento en otro lugar y, de hecho, construyera un centro integral para el manejo de residuos industriales (CIMARI) con una

58. El Dictamen Jurídico que acompaña al Memorial de Demanda precisa: “Por lo general, de los términos mismos que use la ley podrá deducirse si concede a las autoridades una facultad discrecional. Así, normalmente cuando la ley use términos que no sean imperativos sino permisivos o facultativos se estará alenté al otorgamiento de un poder discrecional. Igual cosa ocurrirá en todos aquellos casos en que la ley deje a la autoridad libertad de decidir su actuación por consideraciones principalmente de carácter subjetivo tales como las de conveniencia, necesidad, equidad, razonabilidad, suficiencia, exigencia del interés u orden público, etcétera, lo mismo que cuando en la ley se prevean dos o más posibles actuaciones en un mismo caso y no se imponga ninguna de ellas con carácter obligatorio.” (p. 37).

viabilidad de largo plazo, que el confinamiento de Hermosillo ya no tenía, conclusión a la que la actora había llegado desde un año antes.

47. El INE consideró todos los intereses involucrados: los de la empresa, los de la comunidad local, los de los grupos civiles, los de las autoridades locales y los propios de las autoridades ambientales federales, intereses que por ley estaba obligado a tomar en cuenta. Consideró también las condiciones en que la autorización fue emitida, incluida la vigencia de un año, que ya había expirado, de modo que no sólo no había un derecho automático a la renovación, sino que el INE tenía la facultad, en efecto la obligación, de volver a considerar todos los factores relativos al otorgamiento de una nueva autorización, lo cual la actora admite⁵⁹. También tomó en cuenta el compromiso de reubicación, asumido por la empresa mucho antes de que las autoridades federales se involucraran, es más, apenas le había sido otorgada la autorización de 1997 en cuestión. Sopesó las probabilidades de encontrar una nueva ubicación apta, para lo cual, tras cerca de seis meses de realizar el propio INE los estudios pertinentes, había identificado ya quince sitios, de los cuales tenía tres preseleccionados como aptos. En este contexto consideró las manifestaciones de la empresa, cuyo personal había visitado y estudiado esos distintos sitios, y expresó a las autoridades mexicanas que aceptaba reubicarse en cualquier de ellos, además de que estaba dispuesto a absorber la mayor parte de los costos de la reubicación⁶⁰. Evaluó los aspectos técnicos del sitio, incluida su ubicación —que, aunque jurídicamente no fuera objetable (por razón de haber sido establecido con anterioridad a la expedición de la norma correspondiente), ello no lo colocaba a la distancia mínima que la normatividad consideraba adecuada— y la posibilidad de desarrollar infraestructura más completa y moderna en un centro integral para el manejo de residuos industriales. También examinó la conducta de Cytrar, S.A. de C.V. como operador, y advirtió que había incumplido los términos de la autorización de diversas maneras, incluso al haber procedido a recrecer la celda No. 2, no obstante que sabía que

59. “En este caso, la medida de no renovación —que cabe entenderla como un acto mediante el cual se deniega una nueva autorización—, estaba subordinada a las disposiciones que rigen el otorgamiento de las autorizaciones, en los términos del Artículo 151 bis de la LGEEPA y sus disposiciones complementarias.” Dictamen Jurídico que acompaña al Memorial de Demanda, p. 38.

60. Véase la carta del Ing. Diez Canedo del 9 de noviembre de 1998, Anexo D148, el testimonio escrito del Ing. Polanco Gómez Lavín, así como su testimonio durante la audiencia, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, pp. 44 a la 47.

no contaba con autorización para ello, que había solicitado al propio INE, pero que éste aún no había resuelto y le había comunicado que resolvería conjuntamente con la renovación.

48. El cúmulo de factores evidencian que el otorgamiento de las autorizaciones en la materia es una facultad discrecional de la autoridad; “un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse o en qué momento debe obrar o cómo debe obrar y, en fin, qué contenido va a dar a su actuación”⁶¹, es decir, una “libertad” que otorga la ley a la autoridad para “decidir su actuación por consideraciones principalmente de carácter subjetivo tales como las de conveniencia, necesidad, equidad, razonabilidad, suficiencia, exigencia del interés u orden público, etcétera”⁶²; la “libertad de elegir, entre varias posibilidades, la que parezca más conveniente al interés público”⁶³, con objeto de asegurar que no se afectará la tranquilidad, seguridad, la salud y al ambiente⁶⁴.

49. En estas circunstancias, el INE, pudiendo decidir entre, por lo menos, dos alternativas, la de renovar o la de no renovar la autorización —y entre ellas, diversas opciones, por ejemplo la de prorrogar por un año, seis meses, tres meses, etc.; o bien limitar el tipo de residuos; prorrogar sólo hasta agotar la capacidad restante, según había solicitado la propia Cytrar, S.A. de C.V., etc.— optó por la que consideró que era más conveniente al interés público y que mejor aseguraba que no se afectaría la tranquilidad, seguridad ni el ambiente, un juicio que únicamente el INE estaba en posibilidad de hacer. No debe olvidarse que el sitio había sido bloqueado ya en dos ocasiones, la segunda de las cuales requirió de un enorme despliegado de la fuerza pública para llevar a cabo el desalojo⁶⁵, lo cual implicaba serios riesgos a la seguridad y al ambiente.

50. La decisión del INE, sin embargo, no canceló, como ahora argumenta la actora, la posibilidad de que operara un confinamiento de residuos peligrosos en el estado de Sonora. Tanto el INE como la actora sabían que la viabilidad continua del sitio era muy limitada, en el

61. Dictamen Jurídico que acompaña al Memorial de Demanda, p. 37.

62. Ibid.

63. Ibid.

64. Id., pp. 32 y 33.

65. Véase el párrafo 237 del Escrito de Contestación a la Demanda. Acudieron al confinamiento cerca de 120 elementos de las policías municipal, estatal y federal.

mejor de los casos —recuérdese que un año antes Cytrar, S.A. de C.V. se había comprometido a reubicarse al término de un año, y poco antes de que expirara la vigencia de la autorización la solicitud de la empresa era únicamente para operar hasta agotar la capacidad restante de las celdas de confinamiento. La alternativa que el INE consideró mejor para todos los involucrados, incluida Cytrar, S.A. de C.V., fue la de concentrar los esfuerzos en concretar la selección de una nueva ubicación y llevarla a cabo.

51. A cuatro años de distancia, con información limitada, sin conocer de primera mano la situación que existió en torno del confinamiento, sin el conocimiento técnico y la experiencia en la materia de las autoridades competentes, ¿cómo puede un Tribunal internacional juzgar que era una mejor opción otorgar una prórroga —de un año, seis meses o, como incluso llegó a sugerir el árbitro Fernández Rozas, de un mes⁶⁶— en un sitio, además, respecto que la propia empresa había desahuciado, que interrumpir la operación de Cytrar, S.A. de C.V. por un espacio breve para concretar la reubicación e instalar un centro moderno, con mayor capacidad, con viabilidad de largo plazo y sin los problemas sociales que el otro enfrentaba⁶⁷? ¿Cómo puede el Tribunal juzgar que la primera alternativa era razonable y la segunda no?

52. Un tribunal mexicano no habría sustituido su criterio por el del INE, a menos que hubiese concluido que su decisión fue arbitraria, caprichosa o ilógica. En las circunstancias, no puede afirmarse que la decisión del INE haya sido tal. El Tribunal no debe olvidar que, conforme al APPRI, es el derecho mexicano el que rige el otorgamiento —y la denegación— de las autorizaciones. El Tribunal, por consiguiente, no puede considerar que el otorgamiento o la denegación de una autorización que aplica un criterio distinto que el que aplicaría un tribunal mexicano. El gobierno de México, sin embargo, sostiene que la decisión del INE fue perfectamente razonable, aun si había otras alternativas que también pudieran considerarse razonables; pero no se trata de preferir una hoy, sino que debe darse la misma deferencia a las autoridades que daría un tribunal mexicano.

66. Transcripción de la audiencia, día jueves 23 de mayo de 2002, p. 62 reverso y 63 anverso.

67. Ello no significa se eliminarían los riesgos naturales del negocio; pero ciertamente los minimizaría.

53. El gobierno de México sostiene, además, que el criterio que exige el derecho internacional no difiere del adoptado por el derecho mexicano. Para que pueda considerarse que un acto de un Estado soberano infringe el derecho internacional, no basta con demostrar que pudo haber tomado la autoridad competente un mejor curso de acción, optado por una alternativa que, a juicio del Tribunal, resultaba más razonable o preferible. Debe demostrarse que la autoridad actuó de manera arbitraria.

54. Los hechos y la evidencia que los apoya no lo sustentan.

c. La adopción de medidas de efecto equivalente a la expropiación

55. La actora sustenta su argumento de que el gobierno mexicano llevó a cabo medidas de efecto equivalente a la expropiación⁶⁸ en la “secuencia de actos cuyo efecto supone de ipso una expropiación ya que sus efectos acumulados implican privar al inversor de la propiedad, control y beneficios de su empresa”⁶⁹.

56. La demandada sostiene que los actos reclamados por la actora no pueden ser considerados como medidas equivalentes a una expropiación. Se trata, en primer término, del de un caso uno que involucra el poder legítimo del Estado para regular y aplicar la ley, además, en una materia especialmente delicada, la protección a la salud y al ambiente.

57. Lo que en esencial se reclama, es aplicación por las autoridades ambientales de la normatividad ambiental al denegar una autorización, y se argumenta que ello constituyó una expropiación indirecta de su inversión. El APPRI no pretende menoscabar el poder legítimo del Estado para regular y el derecho internacional usualmente no considera las acciones regulatorias como una expropiación.

68 Véase Memorial de Demanda. p. 127 y sig.

69 Véase Memorial de Demanda. p. 129.

58. El que una actividad esté sujeta a un régimen de autorización supone, por definición, la limitación a la libertad de los particulares para desempeñarla y puede afectar los intereses económicos o de otro tipo de los particulares, pero se trata del legítimo ejercicio de los poderes de policía del Estado que el derecho internacional no considera que tenga efectos expropiatorios. El derecho internacional distingue entre expropiación y regulación

59. En el caso concreto, se trató de la denegación de una autorización, por haber dejado de concurrir las circunstancias necesarias para poder realizar la actividad en condiciones que garantizaran la seguridad, la protección al ambiente y la tranquilidad, en un contexto donde concurren diversos intereses. Es un caso donde Cytrar, S.A. de C.V. tenía una autorización anual cuya vigencia había expirado y no había un derecho absoluto y automático a una renovación.

60. Por otro lado, es un caso donde se buscó una alternativa viable, la reubicación, para el desarrollo de las actividades de la actora y sus filiales en México. Tras la no renovación, el INE intensificó los esfuerzos por lograr la reubicación y los continuó hasta el año 2000. Si la reubicación no se logró fue porque la actora abandonó esos esfuerzos y prefirió retirarse de ese sector del mercado.

II. LOS HECHOS RELEVANTES

A. La adquisición del confinamiento y el otorgamiento de las autorizaciones de operación

61. La evidencia presentada demuestra, sin lugar a dudas, que cuando Tecmed de México adquirió el confinamiento, Promotora no le transfirió las autorizaciones y permisos necesarios para la operación del confinamiento. Tecmed de México sólo adquirió los bienes muebles e inmuebles del confinamiento, con la obligación de obtener las autorizaciones necesarias para operar.

62. De 1989 a 1995 el confinamiento perteneció a Parque Industrial de Hermosillo, un organismo público descentralizado del Estado de Sonora. Durante ese tiempo operó como un servicio público local, proporcionando servicios a las industrias establecidas en el propio parque industrial, principalmente a Ford Motor Co. En ese lapso, el confinamiento operó con niveles mínimos⁷⁰. Cuando Cytrar, S.A. de C.V. lo adquirió, la primera celda, con una capacidad de 16,200 m³, sólo tenía una capacidad restante de aproximadamente 6,000 m³.⁷¹

63. El Tribunal no debe olvidar que ni el gobierno del estado de Sonora ni Promotora adquirieron los bienes del confinamiento con el propósito de operarlo. El gobierno estatal los adquirió de manera automática, al haberse extinguido y liquidado el organismo público descentralizado Parque Industrial de Hermosillo, un organismo estatal. La liquidación concluyó a finales de agosto de 1995. El gobierno del estado conservó la propiedad del confinamiento y los demás bienes que habían pertenecido a Parque Industrial de Hermosillo durante menos de tres meses. En efecto, a finales de noviembre los donó al Ayuntamiento de Hermosillo, con objeto de que éste pudiera promover su venta y allegarse recursos financieros que necesitaba con urgencia. El Ayuntamiento adquirió los bienes a través de Promotora, una sociedad inmobiliaria del Municipio de Hermosillo cuyo objeto social era la adquisición, posesión, administración y enajenación de bienes inmuebles del dominio privado del Ayuntamiento. Su propio objeto social

70. Escrito de Contestación a la Demanda, párrafos 66 al 84 y el testimonio de Francisco Maytorena Fontes, Anexo D168.

no le hubiera permitido operar el confinamiento, más que como un acto de administración del inmueble. Tan pronto como adquirió el conjunto de bienes, incluidos los del confinamiento, inició los trámites para enajenarlos a través de subasta pública. La convocatoria respectiva se publicó el 17 de enero de 1996, la sesión pública de subasta se realizó el 8 de febrero, el 16 de febrero se adjudicó (en forma condicionada) la licitación de los bienes relativos al confinamiento y el 27 de marzo de concretó la venta de esos bienes. Promotora tuvo la propiedad de los bienes por cuatro meses⁷². De hecho, en los menos de siete meses que transcurrieron desde que el gobierno de Sonora adquirió los bienes de Parque Industrial de Hermosillo hasta que se concretó la compraventa con Cytrar, S.A. de C.V., no hubiera sido posible que el gobierno del Estado y Promotora obtuvieran del INE las autorizaciones respectivas —el trámite de autorización llevó a Cytrar, S.A. de C.V. siete meses; el mismo trámite llevó ocho meses a Parque Industrial de Hermosillo entre 1993 y 1994— de modo que si se hubiesen llevado a cabo los trámites respectivos, la licitación simplemente no se habría realizado. La regularización vendría una vez que los bienes del confinamiento hubiesen sido enajenados, y correría a cargo del adquirente, sin responsabilidad alguna para Promotora o el Ayuntamiento.

64. De hecho, Promotora no asumió responsabilidad alguna, ni siquiera por los permisos o licencias municipales que fueran necesarios. A lo más que se comprometió fue a apoyar las gestiones para la obtención de los permisos que correspondiera tramitar ante el Ayuntamiento de Hermosillo.

65. En ningún momento Promotora subastó las autorizaciones de operación, no tenía facultades para ello, ni estaba, por lo mismo, en posibilidades de contraer compromiso alguno al respecto. Las pruebas documentales lo demuestran y el testimonio del Ing. Diez Canedo durante la audiencia lo confirma. La convocatoria del 17 de enero de 1996 sólo se refiera a los bienes inmuebles del parque industrial. Las bases de licitación que, en palabras del Ing. Diez Canedo, “contienen lo que va a licitar la dependencia”⁷³ describen con detalle los bienes muebles e

Continúa de la página anterior

71. Véase el testimonio de Francisco Maytorena Fontes, Anexo D168.

72. Véase el Escrito de Contestación a la Demanda, párrafos 85 al 88 y los Anexos D29 al D36 y D42.

73. Testimonio de Enrique Diez Canedo durante la audiencia, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, p. 5.

inmuebles objeto de la licitación. No describen, ni siquiera listan, los permisos, licencias o autorizaciones que habían sido emitidos a Parque Industrial de Hermosillo. La única referencia a esos permisos, licencias y autorizaciones es el punto 10 en el que, con toda claridad, Promotora se deslinda de cualquier responsabilidad relativa a su obtención, que correría por cuenta y bajo el riesgo del adquirente:

10. Los trámites relativos a la obtención de los permisos y licencias gubernamentales necesarios para la operación del confinamiento de desechos peligrosos serán realizados por cuenta y riesgo del adquirente sin responsabilidad alguna para Promotora Inmobiliaria del Municipio de Hermosillo. En cuanto a las autorizaciones oficiales que corresponda tramitar ante este Ayuntamiento de Hermosillo, Promotora Inmobiliaria apoyará las gestiones para su obtención.⁷⁴

66. El Ing. Diez Canedo confirmó que esa es la única referencia a permisos, licencias o autorizaciones gubernamentales que contienen las bases de licitación⁷⁵. La actora ha argumentado que su oferta señalaba como causa de terminación de la misma el que cualesquiera de los permisos que entonces tenía el confinamiento fueran revocados, cancelados o suspendidos parcial o totalmente, temporal o definitivamente⁷⁶. Hasta ese momento, Tecmed de México no había aceptado los términos de la oferta de Promotora y había sugerido otros. El Ing. Diez Canedo, sin embargo, confirmó que la oferta de Tecmed de México no fue aceptada en sus términos, sino que quedó condicionada a que se aclarase la responsabilidad de cada parte respecto de la obtención de los permisos y autorizaciones respectivos (entre otras condiciones). Confirmó también que Promotora y Tecmed de México/Cytrar, S.A. de C.V. convinieron, no en la propuesta de Tecmed de México, sino en la de Promotora y, finalmente, incorporaron en el contrato de compraventa un texto idéntico al contenido en el punto 10 de las bases de la subasta⁷⁷. Es más, el Ing. Diez Canedo en seguida manifestó que la inclusión en el contrato de compraventa de la Cláusula Quinta, inciso (d), que contiene el texto en comento que obligaba a Cytrar, S.A. de C.V. a obtener los permisos, licencia y autorizaciones gubernamentales

74. Anexo D37.

75. Testimonio de Enrique Diez Canedo durante la audiencia, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, p. 6.

76. Memorial de Demanda, p. 23 y Anexo D34.

77. Cláusula Quinta, inciso (d) del contrato de compraventa del 27 de marzo de 1996, Anexo D42, y testimonio de Enrique Diez Canedo durante la audiencia, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, p. 9 reverso.

necesarios para la operación del confinamiento no consistió ya en una condición, sino en una verdadera obligación a cargo de Cytrar, S.A. de C.V.:

SEÑOR PEREZCANO DÍAZ: De las tres propuestas [presentadas por Tecmed de México en su oferta], Promotora seleccionó la segunda alternativa de México, ¿no es cierto?

SEÑOR DIEZ-CANEDO RUIZ: Cierto.

SEÑOR PEREZCANO DÍAZ: ¿Pero no es cierto que Promotora condicionó la aceptación de la oferta?

SEÑOR DIEZ-CANEDO RUIZ: Sí, la condicionó.

...

SEÑOR PEREZCANO DÍAZ: Si vamos a la página 8 de ese documento, más adelante, la cláusula quinta dice que “...igualmente el adquirente se compromete a cumplir cabalmente con las obligaciones a su cargo previstas por las bases de la subasta y, en forma especial, las siguientes...” En la página siguiente, el inciso d), dice: “entre estas obligaciones que debe cumplir cabalmente, los trámites relativos a la obtención de los permisos y licencias gubernamentales necesarios para la operación del confinamiento de desechos peligrosos serán realizados por cuenta y riesgo del adquirente sin responsabilidad alguna para Promotora Inmobiliaria del Municipio de Hermosillo; en cuanto a las autorizaciones oficiales que correspondan tramitarse ante el ayuntamiento de Hermosillo, Promotora Inmobiliaria apoyará las gestiones para su obtención”. ¿Lo ve?

SEÑOR DIEZ-CANEDO RUIZ: Lo veo.

SEÑOR PEREZCANO DÍAZ: Y este texto es idéntico al texto contenido en las bases de licitación en el punto 10, que está en la cejilla 4, ¿cierto?

SEÑOR DIEZ-CANEDO RUIZ: Sí, estoy de acuerdo.

SEÑOR PEREZCANO DÍAZ: De manera, ingeniero Diez-Canedo, que, tras haber condicionado la Promotora la aceptación de la oferta de TECMED, éste fue el texto que acordaron en el contrato, ¿cierto? En el contrato, la cláusula quinta, inciso d).

SEÑOR DIEZ-CANEDO RUIZ: Sí. Ésta no es una condición, sino un asunto que tenía que hacer la empresa.⁷⁸

[Énfasis propio]

67. La actora hoy argumenta que lo que interpretó de ese texto es que “obtener licencia es meramente solicitar, instar y obtener el cambio de titularidad”⁷⁹. El texto en realidad es bastante

claro y no da lugar a dudas. Además, la evidencia demuestra que ciertamente el Ing. Diez Canedo, quien se hizo cargo de todas las gestiones ante Promotora y las autoridades ambientales federales, no las tuvo.

68. En efecto, inmediatamente después de haber celebrado la compraventa de los bienes del confinamiento, Cytrar, S.A. de C.V. y Promotora celebraron un convenio de prestación de servicios de administración, en el cual se establecía que Cytrar, S.A. de C.V. se haría cargo de la operación, con sus propios recursos materiales, económicos y humanos. La única obligación de Promotora fue la de mantener vigentes las autorizaciones de operación “hasta que LA COMPAÑÍA obtenga del Instituto Nacional de Ecología y de las autoridades Estatales y Municipales los permisos y autorizaciones necesarios para operar directamente el confinamiento”,⁸⁰. Si Promotora había transferido las autorizaciones, como argumenta hoy la actora, ciertamente no podía haber adquirido compromiso alguno al respecto. Este contrato fue necesario precisamente porque las autorizaciones no le habían sido transmitidas a Cytrar, S.A. de C.V. Así lo confirmó el Ing. Diez Canedo:

SEÑOR PEREZCANO DÍAZ: Y según establece la cláusula segunda de ese mismo documento, en la siguiente página, en el inciso d), “la obligación de Promotora fue de mantener vigente los permisos de licencia y operación”. ¿Lo ve?

SEÑOR DIEZ-CANEDO RUIZ: Sí.

SEÑOR PEREZCANO DÍAZ: Si vamos más adelante, a la cláusula décima primera, en la página 4, se señala que: “El presente contrato entrará en vigor a partir de la fecha del mismo, y hasta que la compañía obtenga del Instituto Nacional de Ecología y de las autoridades municipales y estatales los permisos y autorizaciones necesarias para operar directamente el confinamiento”. Es lo que dice.

SEÑOR DIEZ-CANEDO RUIZ: Es lo que dice.

SEÑOR PEREZCANO DÍAZ: De acuerdo con el contrato, entonces, CYTRAR S.A. de C.V no tenía autorización para operar directamente el confinamiento, ¿no es cierto?

Continúa de la página anterior

78. Testimonio de Enrique Diez Canedo durante la audiencia, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, pp. 9 reverso y 13.

79. Argumentos finales de la actora, transcripción del día viernes 24 de mayo de 2002, p. 3 reverso.

80. Cláusula Décimo Primera del contrato de prestación de servicios de administración de fecha 28 de marzo de 1996, Anexo A33.

SEÑOR DIEZ-CANEDO RUIZ: No la tenía en ese momento.⁸¹

[Énfasis propio]

69. Cytrar, S.A. de C.V. entonces inició el trámite para obtener la autorización federal para operar el confinamiento y así cumplir con la obligación que adquirió en el contrato de compraventa y regularizar la situación. Cytrar S.A. de C.V. se puso en contacto por primera vez con el INE en relación con este proyecto, pues, sabía que requería obtener la autorización pertinente del INE; el Ing. Jorge Sánchez, entonces el funcionario responsable del INE, también se lo informó así. El planteamiento que se hizo al INE, además, ni siquiera era continuar simplemente con las operaciones que hasta entonces había venido desempeñando Parque Industrial de Hermosillo. Se trató de un proyecto más ambicioso en el que se habló de mayores inversiones, de un esquema más amplio e integral, no sólo limitado a una operación local.⁸² De hecho, se presentó al INE el manifiesto de residuos peligrosos que, en esencia, es la solicitud de autorización para el manejo de residuos peligrosos, según confirmaron el Ing. Diez Canedo y el Ing. Jorge Sánchez:

SEÑOR SÁNCHEZ GÓMEZ: ...La ley señala que cualquier empresa o persona moral o física que pretenda hacer actividades de tratamiento, eliminación o disposición final de residuos peligrosos debe presentar ante la SEMARNAP el MRP, es decir, el manifiesto de residuos peligrosos.⁸³

El testimonio del Ing. Diez Canedo es congruente con ello:

SEÑOR PEREZCANO DÍAZ: Este es el formato por el cual solicita se autorice realizar el manejo de residuos peligrosos. ¿Es cierto?

SEÑOR DIEZ-CANEDO RUIZ: Sí.⁸⁴

81. Testimonio de Enrique Diez Canedo durante la audiencia, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, p. 15.

82. Testimonio de Jorge Sánchez Gómez durante la audiencia, transcripción del día jueves 23 de mayo de 2002, p 55. reverso.

83. Testimonio de Jorge Sánchez Gómez durante la audiencia, transcripción del día jueves 23 de mayo de 2002, p 56.

84. Testimonio de Enrique Diez Canedo durante la audiencia, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, p. 16 reverso.

70. No se trató de una simple solicitud de cambio de denominación, un trámite sencillo para el cual hubiera bastado con presentar la escritura de compraventa —la escritura describe todos los antecedentes de la propiedad. Se trató de un trámite mucho más complejo, que involucró múltiples reuniones, en el que el INE analizó todos los documentos pertinentes y que llevó cerca de siete meses, nada de lo cual hubiese sido necesario si Cytrar, S.A. de C.V. sólo hubiese requerido el registro de un simple cambio de razón social. El hecho de que mediante un oficio del 24 de septiembre de 1996 la Dirección General de Materiales, Residuos y Actividades Riesgosas, se hubiera registrado a la empresa “para todos los efectos legales y administrativos”, no altera esa situación, ni le confiere a la empresa una autorización que no tenía. El Ing. Jorge Sánchez explicó la razón de ese registro. Manifestó que la empresa había realizado el trámite de manera desordenada: no obstante que se trataba de un solo trámite concerniente a una sola autorización y que la titularidad del confinamiento la detentaba solamente Cytrar, S.A. de C.V., habían sido varias entidades las que habían presentado las comunicaciones respectivas⁸⁵, de modo que se quiso “dar oficialidad a la entidad que se iba a hacer cargo de la actividad que se solicitaba”⁸⁶:

SEÑOR SÁNCHEZ GÓMEZ: Efectivamente, porque además el proceso era un poco desordenado. Las comunicaciones a las que usted se refiere eran hechas por diferentes entidades. Nunca fue la misma entidad. Entonces, de alguna manera, era darle un poco de oficialidad a la entidad que se iba a hacer cargo de la actividad que se solicitaba.

SEÑOR GRIGERA NAÓN: Perdón por la interrupción. Usted se refería a que las comunicaciones provenían de diferentes entidades. ¿Cuáles entidades? A menos que la parte actora quiera mostrar los documentos...

SEÑOR SÁNCHEZ GÓMEZ: No recuerdo con claridad, pero muchas veces se presentó como la entidad estatal que operaba el confinamiento; a veces como CYTRAR, otras como *TECMED*. Entonces, de alguna manera era como darle un poco de oficialidad a las cosas.

SEÑOR GRIGERA NAÓN: ¿Quiere decir que había presentaciones de Promotora Inmobiliaria, de *TECMED* y de CYTRAR, todas en el sentido de lo que se llamaría el cambio de nombre? Y, por lo que recuerdo, entiendo que es el cambio de razón. Creo que es lo que dice la documentación.

85. Promotora, Parque Industrial de Hermosillo (un organismo que desde agosto de 1995 había dejado de existir), Tecmed de México y Cytrar, S.A. de C.V. presentaron sendas comunicaciones al INE, todas en relación con el mismo trámite. Anexos D44, D45, D46 y D47.

86. Testimonio de Jorge Sánchez Gómez durante la audiencia, transcripción del día jueves 23 de mayo de 2002, p 57 reverso y 58:

SEÑOR SÁNCHEZ GÓMEZ: Así es.

71. El testimonio del Ing. Diez Canedo lo corrobora, se quiso regularizar la situación, toda vez que habían sido varias las entidades que presentaba comunicaciones al INE sobre el mismo trámite⁸⁷. El Ing. Jorge Sánchez también explicó que se registró a Cytrar, S.A. de C.V. en un padrón que mantenía el INE de empresas que pretendían desarrollar CIMARIS⁸⁸.

72. El INE concluyó el proceso y emitió la autorización a Cytrar, S.A. de C.V. el 11 de noviembre de 1996, con una vigencia de un año que podría ser prorrogable a juicio del propio INE. El INE otorgó la autorización de conformidad con las disposiciones legales aplicables, con base en una política general y aplicada de manera uniforme. Como ya se mencionó y lo corroboró el Ing. Diez Canedo durante la audiencia, Cytrar, S.A. de C.V. no impugnó la validez de la autorización⁸⁹. Debe señalarse que tampoco pretendió hacer valer ante Promotora la condición resolutoria contenida en su propuesta de darla por terminada “si son revocados, cancelados o suspendidos parcial o totalmente, temporal o definitivamente cualquiera de los permisos que actualmente se tienen”⁹⁰. La razón es evidente: Cytrar, S.A. de C.V. obtuvo la autorización que había solicitado y que esperaba⁹¹.

87. Testimonio de Enrique Diez Canedo durante la audiencia, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, pp. 17 a la 19.

88. Testimonio de Jorge Sánchez Gómez durante la audiencia, transcripción del día jueves 23 de mayo de 2002, p 57.

89. Transcripción del día martes 21 de 2002, p.19, reverso.

90. Memorial de Demanda, p. 23 y Anexo D38.

91. Todas las autorizaciones en materia de residuos peligrosos expedidas por el INE durante el período relevante —1996-1998—, incluidas autorizaciones expedidas a RIMSA y a otras filiales mexicanas del Grupo Tecmed, tuvieron una vigencia anual. Véase el Anexo D52. El objeto de la política fue permitirle al INE ejercer un mayor control sobre las actividades en materia de residuos peligrosos y ordenar el sector. Véase el testimonio escrito del Ing. Jorge Sánchez, Anexo D167, así como su testimonio durante la audiencia (transcripción del día jueves 23 de mayo de 2002, p. 61 reverso a la 62 anverso).

SEÑOR SÁNCHEZ GÓMEZ: Tuvimos dos argumentos para ello. Debemos recordar que la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, por lo menos sus reglamentos sobre residuos peligrosos y las normas operativas, nacieron en 1988. Este marco regulatorio establece entre otras cosas que tanto los generadores como los prestadores de servicios tienen que presentar un informe semestral de sus movimientos. Eso tiene como único fin cruzar la información del generador con el prestador del servicio para ver si ambos están diciendo la verdad en cuanto a sus movimientos y corroborar que se da cumplimiento no solamente a lo que dice la ley sino a un buen manejo de los residuos.

Cuando llegamos al INE, se hizo una integración de todos esos manifiestos y vimos con mucha preocupación que lo que declaraban los generadores difícilmente era lo que declaraba el prestador

Continúa en la página siguiente

73. El 19 de noviembre de 1997, tras la expiración de la vigencia de la autorización de 1996, el INE expidió una nueva autorización, también con una vigencia anual. La actora señaló las diferencias esenciales entre una y otra:

Como vemos los principales cambios, comparando la autorización de 1997 y la de 1996 versaban sobre la capacidad del confinamiento permitido y sobre el modo de determinar su duración. En la de 1996, figuraba una celda de 16.200 m³ de capacidad y en la de 1997 se contemplaban dos celdas con una capacidad conjunta de 126.200 m³. En cuanto a vigencia, era de un año prorrogable, en la de 1996 y sin mención de plazo, pero renovable anualmente, la de 1997.⁹²

74. Se puede apreciar que las condiciones a las que se sujetó la autorización al confinamiento prácticamente no cambiaron entre las que se impusieron en 1996, antes de la entrada en vigor del APPRI, y las contenidas en la autorización de 1997, excepto por lo que se refiere a la capacidad autorizada. En efecto, en virtud de que se incrementó la capacidad autorizada y que el INE cambió la autorización de ser prorrogable a su juicio, a ser renovable con objeto de que pudiera verificar el estricto cumplimiento con los términos de la misma, puede concluirse que la autorización de 1997 no alteraba la operación, más que en beneficio de Cytrar, S.A. de C.V.

75. Si Cytrar, S.A. de C.V. estuvo plenamente conforme con la autorización que obtuvo en 1996, no sorprende, desde luego, que no se haya inconformado con la de 1997.

Continúa de la página anterior

del servicio. Incluso, el generador no señalaba, por ejemplo, que muchos de sus residuos peligrosos, fundamentalmente en estado líquido, no estaban declarados en el manifiesto. Es evidente que se estaban llevando a los drenajes y a los cuerpos de agua.

Por otro lado, consultamos una base de datos del Centro Nacional de Prevención de Desastres y la cantidad de accidentes carreteros por sustancias químicas y residuos peligrosos era enorme.

Eso estaba aunado a lo que se conocía. Es un poco de dominio público que los procesos de licitación de PEMEX, Comisión Federal, General Motors o Ford muchas veces eran cancelados porque las empresas no cumplían con la documentación adecuada o presentaban autorizaciones ficticias. A eso me refiero cuando digo que era un desorden.

Si los prestadores de servicios no presentaron sus informes semestrales tal como señalaba la ley, una de las vías que establecimos —como dije— desde nuestra trinchera, fue definir no tanto políticas sino procedimientos de acción como el de dar autorizaciones por un año. De esa manera, para prorrogar o renovar la autorización, prácticamente el prestador del servicio tenía, independientemente de muchas otras cosas, que presentar el informe semestral. Para nosotros ése fue un adelanto muy importante.

92. Memorial de Demanda, p. 47.

B. Los acontecimientos que precedieron la no renovación

76. Lo que sí comenzaba a haber en 1997 era un cambio en las circunstancias que rodeaban el confinamiento⁹³. Hasta finales de 1996, el confinamiento operó sin enfrentar mayores problemas. A partir de febrero de 1997 Cytrar, S.A. de C.V. comenzó a realizar el transporte de tierras contaminadas con escoria de plomo de la planta de Alco Pacífico al confinamiento de Hermosillo. Esto fue lo que originó la reacción social y de la prensa local. Según la propia actora manifiesta:

Una de las primeras “chispas que encendieron la mecha” contra el Confinamiento Cytrar fue el almacenamiento en el mismo de tierras contaminadas de plomo procedentes de la empresa Alco Pacífico, compañía de capital estadounidense ubicada al norte de México, en el Estado de Baja California (Tijuana).

...

La realidad expuesta demuestra que Cytrar, S. A. de C.V. no tuvo responsabilidad alguna en los hechos que los grupos sociales y la prensa le recriminaron. Sin embargo, el descrédito de esta empresa ante la ciudadanía se había producido y la imparable reacción social frente al Confinamiento fue creciendo de forma paulatina.⁹⁴

[Énfasis propio]

77. Desde marzo de 1997 los habitantes de la comunidad solicitaron la intervención de las autoridades locales. En el mes de mayo siguiente, las organizaciones no gubernamentales habían presentado denuncias al respecto ante la Comisión Estatal del Derechos Humanos y la Comisión Nacional de Derechos Humanos en contra de la SEMARNAP, la PROFEPA, el Congreso del Estado y el Gobernador del Estado. La PROFEPA comenzó a recibir denuncias ciudadanas por irregularidades detectadas en el transporte de los residuos de Alco Pacífico por ferrocarril. La PROFEPA llevó a cabo una visita de verificación y constató las irregularidades. En la audiencia el Ing. Calderón, testigo ofrecido por la actora, se refirió a estos hechos:

SEÑOR CALDERÓN BARTHENEUF: En las espuelas donde se produjeron las roturas de los sacos, la población expuesta era muy baja por tratarse de espuelas de ferrocarril. Eso no implicaba que no hubiese gente que se metiera o niños que se subieran a los vagones del ferrocarril, pero era más un problema de seguridad de la zona que de exposición por cercanía de la misma espuela a la población.

93. Véase los párrafos 143, 144, 164 al 170 y 177 al 195 del Escrito de Contestación a la Demanda.

94. Memorial de Demanda, pp. 70 y 73.

SEÑOR PEREZCANO DÍAZ: ¿Quiso decir usted, en adición a la precisión que nos acaba de hacer, que, porque había poca población en las cercanías de las espuelas de ferrocarril, en donde las góndolas de ferrocarril quedaban incluso por algunos días y donde se realizaban descargas de los residuos, quiso usted decir que entonces era aceptable para PROFEPA que no se observara estrictamente la normatividad ambiental?

SEÑOR CALDERÓN BARTHENEUF: No. Por el contrario. Nosotros hicimos, como mencioné hace un minuto, a la empresa se le indicó que debía tomar las medidas adecuadas para evitar que este tipo de fallas se dieran en las espuelas de ferrocarril de Hermosillo o no les íbamos a permitir transportar los residuos por el ferrocarril más.

...Cualquier riesgo era importante, pero no era un riesgo grave desde el punto de vista del número de la población afectada, pero de todos modos el riesgo existía. Había niños con acceso a los carros del ferrocarril y tenían contacto con el material.⁹⁵

78. Las irregularidades detectadas en el transporte de los residuos fueron reiteradas. Cytrar, S.A. de C.V. reconoció las irregularidades e incluso presentó a la PROFEPA planes de cumplimiento —que también incumplió. La actora no disputa que Cytrar, S.A. de C.V. haya incurrido en esas irregularidades. Además, están corroboradas en las actas de inspección que se levantaron. Lo cierto es que, aun si Cytrar, S.A. de C.V. no provocó una de esas “primeras chispas que encendieron la mecha” de la reacción social, (ésta resultó, como ya se ha señalado, de una reacción natural de la ciudadanía en contra de este tipo de actividades), el desempeño de Cytrar, S.A. de C.V. no contribuyó a mitigar las preocupaciones de la comunidad.

79. Para noviembre de 1997 la situación era tal, que poco después de haber obtenido del INE la nueva autorización para operar, Cytrar, S.A. de C.V. se comprometió con la comunidad de Hermosillo a reubicarse en el lapso de un año. Hasta entonces, el INE no había intervenido más que para otorgar la nueva autorización. La “imparable reacción social frente al Confinamiento”, según la califica la actora, en efecto incrementó. A finales de enero de 1998 los grupos civiles y habitantes de la comunidad bloquearon las instalaciones del confinamiento hasta que fueron desalojados mediante orden judicial el 6 de marzo siguiente.

80. Las autoridades federales ambientales, al igual que las autoridades estatales y municipales tomaron un papel más activo en la búsqueda de una solución por la vía legal:

95. Testimonio de José Luis Calderón Bartheneuf en la audiencia, transcripción del día lunes 20 de mayo de 2002, pp. 67 reverso y 68 anverso.

460. Reconociendo que el Estado mexicano no puede ser responsable por los actos de las asociaciones civiles y los ciudadanos de Hermosillo, la demandante acusa a las autoridades mexicanas de “pasividad” o “tolerancia”. La evidencia demuestra todo lo contrario. Las autoridades mexicanas de los tres órdenes de gobierno, pertenecientes a los tres poderes actuaron de manera por demás diligente y se enfrentaron incluso a los grupos civiles para proteger los derechos de Cytrar, S.A. de C.V. Por ejemplo:

- Autoridades federales:
 - El INE en todo momento dio su apoyo a Cytrar, S.A. de C.V. durante el proceso de obtención de la autorización de 1996, y mostró su mejor disposición para llevarlo a cabo de manera expedita, atento a la urgencia expresada por Cytrar, S.A. de C.V. para regularizar su situación. El proceso llevó siete meses —menos incluso que el tiempo que llevó a Parque Industrial de Hermosillo obtener la nueva autorización de 1994 (ocho meses), no obstante éste tenía ya una autorización propia vigente.
 - La PROFEPA contrató a Cytrar, S.A. de C.V. para hacerse cargo del transporte y confinamiento de las tierras contaminadas de Alco Pacífico (una operación de más de 1.5 millones de dólares).
 - Ante las denuncias de los grupos civiles, las autoridades ambientales —la SEMARNAP, el INE y la PROFEPA— confirmaron que Cytrar, S.A. de C.V. contaba con las autorizaciones para llevar a cabo las actividades relacionadas con los desechos tóxicos de Alco Pacífico.
 - Con base en estas manifestaciones, la Comisión Nacional de Derechos Humanos desechó las quejas presentadas por los grupos civiles, tras documentar detalladamente los antecedentes, así como la posición de las autoridades ambientales, entre otras.
 - Los tribunales federales admitieron las demandas de Cytrar, S.A. de C.V. Concedieron la suspensión de los actos reclamados por ésta de manera inmediata, lo cual dotó a Cytrar, S.A. de C.V. de instrumentos efectivos para defender sus derechos.
 - Las autoridades ambientales atendieron de manera inmediata las solicitudes de Cytrar, S.A. de C.V. de información que requerían para defender sus derechos en los procesos judiciales en los que estaba involucrada.
 - En relación con el bloqueo de las instalaciones de Cytrar, S.A. de C.V., el Ministerio Público federal inmediatamente inició una averiguación penal en relación con los hechos denunciados por Cytrar, S.A. de C.V.; en espacio de aproximadamente 20 días llevó a cabo todas las diligencias.
 - Los propios tribunales federales, en espacio de diez días, expidieron órdenes de aprehensión en contra de varios de los manifestantes.
 - Tras la averiguación previa conducida y la orden de los tribunales federales, el Ministerio Público Federal ordenó restituir a Cytrar, S.A. de C.V. en el goce de los derechos sobre el inmueble que ocupan las instalaciones y por consiguiente el

desalojo de quienes bloqueaban el acceso al confinamiento. Dos días más tarde ordenó establecer vigilancia permanente las 24 horas, misma que se ha mantenido hasta este año.

- Elementos de policía federal participaron en el desalojo de los manifestantes y vigilancia de las instalaciones.
 - Las autoridades ambientales, al más alto nivel, participaron en múltiples reuniones con autoridades estatales y municipales, así como con grupos civiles, académicos, etc. En todo momento manifestaron que Cytrar, S.A. de C.V. tenía las autorizaciones necesarias para operar. Participaron activamente en la búsqueda y selección de los sitios alternativos para reubicar el confinamiento. Identificaron quince sitios posibles, de los cuales preseleccionaron tres y realizaron los estudios previos necesarios.
- Autoridades estatales:
 - En relación con los hechos que se suscitaron durante el bloque de las instalaciones de Cytrar, S.A. de C.V., las autoridades estatales brindaron en todo momento apoyo y protección a la empresa y su personal. Por ejemplo, cuando el grupo de manifestantes impidió la salida del confinamiento al Director General de Cytrar, S.A. de C.V. por espacio de unas horas, la policía estatal le brindó auxilio y protección inmediatos, según manifestó el propio Director General al denunciar de los hechos.
 - La policía estatal, asistida por policía federal y municipal, llevaron a cabo el desalojo de los manifestantes ordenado el 6 de marzo. Cuando los grupos civiles intentaron bloquear nuevamente el acceso al confinamiento el 25 de abril, acudió al sitio el Subsecretario General de Gobierno quien hizo una llamada telefónica y en 20 minutos llegaron más de 120 elementos de policía, principalmente de la Policía Judicial del Estado, asistidos por la policía municipal y federal, bajo las órdenes del Jefe de la Policía Judicial del Estado.
 - Las autoridades estatales, desde el propio gobernador, participaron con las autoridades federales y municipales en las múltiples reuniones con los grupos civiles, académicos, etc. para resolver la problemática.
 - Las autoridades estatales también participaron activamente en la búsqueda y selección de los sitios alternativos para reubicar el confinamiento. Coordinaron los trabajos a través del IMADES e involucraron a la Universidad de Sonora.
 - El Ayuntamiento:
 - De acuerdo con lo convenido con Tecmed de México, las autoridades municipales brindaron a Cytrar, S.A. de C.V. todo el apoyo necesario durante el proceso de obtención de la licencia, tras la adquisición del sitio. En especial, destaca el contrato de prestación de servicios mediante el cual Cytrar, S.A. de C.V. pudo operar mientras concluía el proceso de autorización.
 - En todo momento, las autoridades municipales trataron de conciliar los intereses de la comunidad local, que se oponía al confinamiento, con los de Cytrar, S.A. de

C.V. Ante la gran preocupación de la comunidad, promovieron el acuerdo de reubicación, pero manifestaron que Cytrar, S.A. de C.V., que contaba con las debidas autorizaciones, tenía el derecho de continuar operando el sitio, entretanto se lograba la reubicación, siempre y cuando cumpliera con la normatividad aplicable. En todo momento resistieron la presión de la comunidad para clausurar el sitio. Con toda claridad, el Ayuntamiento manifestó que sólo las autoridades federales tenían competencia respecto de la operación del confinamiento, y respetó su posición. De manera reiterada, invitó a la comunidad a resolver la problemática en un clima de respeto y confianza. Rechazó la demanda de la sociedad de revocar la licencia de uso de suelo. Es más, elaboró un dictamen detallado en el que manifestó públicamente que no había habido irregularidades en su obtención. Expresó a la sociedad que tenía que dictaminar con base en el derecho pero también en la justicia, por lo que manifestó que no podía, desde el punto de vista ético, lógico y jurídico, tomar ninguna medida tendiente a clausurar el confinamiento, pero ante los legítimos reclamos de la comunidad, promovió en todo momento las negociaciones para reubicarlo para lo cual pidió el apoyo de la ciudadanía. El Ayuntamiento expresó su posición de manera pública a través del Cabildo, en numerosos comunicados, declaraciones oficiales y folletos, en conferencias de prensa, etc.

- La policía municipal auxilió a la policía estatal y federal en el desalojo de los manifestantes en dos ocasiones y la custodia de las instalaciones.

461. La posición de las autoridades administrativas de los tres órdenes de gobierno generó una reacción de los grupos civiles en contra de ellas. Fueron blanco de numerosas denuncias ante las comisiones de derechos humanos estatal y nacional, y demandas de otro tipo. Fueron objeto de manifestaciones, marchas y del bloqueo de sus instalaciones. En especial, los grupos civiles mantuvieron un “plantón” de más de seis meses frente al Palacio de Gobierno y el Palacio Municipal.⁹⁶

81. Lo que, en efecto, las autoridades mexicanas no hicieron fue reprimir por la fuerza las manifestaciones de la sociedad. Siguió para ello los cauces legales⁹⁷. El APPRI garantiza el

96. Escrito de Contestación a la Demanda. Véase también los párrafos 225 al 239 del mismo escrito.

97. La actora expresa en su Memorial de Demanda: “No obstante, y pese a las quejas y denuncias de la empresa, el bloqueo continuó tácitamente permitido por las autoridades. Tan sólo cuando TECMED anunció el inicio de acciones arbitrales al amparo del APRI, las citadas autoridades parecieron reaccionar y, a combemos del mes de marzo, se produjo el desalojó por fuerzas municipales, estatales y federales de caminos...” (p. 76). Seguramente ese acusación se basó en la declaración del Ing. Polanco al respecto: “Aunque el Gobierno Federal realizaba manifestaciones apoyando el confinamiento y justificando su necesidad durante todo ese tiempo, resultaron infructuosas las peticiones de auxilio realizadas por TECMED sin que se adoptara medida alguna por parte de las autoridades municipal es, estatales ni federales.” (párrafo 6.5 de su testimonio escrito). De hecho, el 23 de febrero de 1998 el Ing. Polanco dirigió una carta al entonces Secretario de Comercio u Fomento Industrial en términos similares (Anexo A86).

Durante la audiencia el Ing. Polanco declaró que no recordaba que le hubieran informado de las numerosas actuaciones legales que se llevaron a cabo día con día desde que inició el bloqueo, y derivaron en el inicio de una averiguación penal, el libramiento de cuatro órdenes de aprehensión y la orden de desalojo de las instalaciones (transcripción del día lunes 20 de mayo de 2002, pp. 34 a la 38. Véase también el Anexo D99. El Ing. Polanco

Continúa en la página siguiente

debido proceso legal a los inversionistas extranjeros; pero ciertamente no priva de ese derecho a los mexicanos.

82. En marzo de 1998 el Ing. Diez Canedo publicó en los diarios locales un comunicado dirigido a la comunidad de hermosillense en el que reiteró diversos compromisos con la población, a fin de “contribuir a la tranquilidad de los hogares y las familias hermosillenses” y reiteró el acuerdo de Cytrar, S.A. de C.V. a la reubicación del confinamiento⁹⁸. En una carta dirigida al Presidente del INE el 25 de junio de 1998 y otra a la Dra. Cristina Cortinas de fecha 15 de julio del mismo año, el Ing. Diez Canedo solicitó autorización para ampliar la capacidad de instalada del confinamiento mediante dos posibles alternativas: el recrecimiento de la segunda celda o bien la construcción de una tercera celda, conforme a lo que el INE decidiera, según lo que considerara más conveniente. En esas comunicaciones les informó que, en virtud de los acontecimientos políticos en torno del confinamiento, desde finales de 1997 Cytrar, S.A. de C.V. había aceptado reubicar el confinamiento.⁹⁹

83. El Ing. Diez Canedo continuó teniendo reuniones con el INE¹⁰⁰. En relación con la solicitud de ampliación de la capacidad instalada, el INE informó por escrito al Ing. Diez Canedo que estaba analizando ambas alternativas, y le indicó que los planos de ingeniería y documentos presentados para una y otra no coincidían con los términos de su solicitud, de modo que requirió que presentara la información completa con los datos correctos para que pudiera resolver.¹⁰¹ Además, el INE señaló que, dada la proximidad de la expiración de la vigencia de la autorización, resolvería la solicitud de ampliación de la capacidad instalada conjuntamente con la de renovación de la autorización para operar. El INE informó por escrito a Cytrar, S.A. de C.V. que al resolver consideraría los aspectos políticos y el compromiso de la empresa de reubicarse a los que el Ing. Diez Canedo aludió en sus comunicaciones. Cytrar, S.A. de C.V. no manifestó objeción alguna al respecto.

Continúa de la página anterior

residía habitualmente en España. Cuando hizo las declaraciones que se citan no tenía conocimiento de lo hechos acontecidos en México.

98. Anexo D111 y testimonio de Enrique Diez Canedo, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, p. 30.

99. Anexos D94.

100. Testimonio de Enrique Diez Canedo, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, p. 23.

84. Sin contar con aún con la autorización que había solicitado al INE y, en efecto, sabiendo incluso que el INE le había señalado que no tenía los elementos necesarios para resolver, y que de hecho resolvería esa solicitud conjuntamente con la de renovación, Cytrar, S.A. de C.V. procedió a recrecer la segunda celda¹⁰². La actora ha manifestado que el INE dio a Cytrar, S.A. de C.V. una “autorización verbal”. Las pruebas documentales contradicen categóricamente ese alegato. Además, en ninguno de los documentos que envió al INE subsecuentemente, Cytrar, S.A. de C.V. aludió siquiera al supuesto acuerdo verbal; por el contrario, reconoció por escrito que no contaba con la autorización para llevar a cabo la construcción de cualquiera de las dos alternativas¹⁰³. Es más, le proporcionó parte de la información que le había requerido para poder resolver la solicitud. Más aún, cuando el Ayuntamiento suspendió las obras en el confinamiento por carecer de la autorización de construcción, Cytrar, S.A. de C.V. ni siquiera informó de ello a INE. De hecho, no objetó la decisión del INE de resolver conjuntamente la solicitud de ampliación y la de renovación.¹⁰⁴

85. Cytrar, S.A. de C.V. incurrió en otros incumplimientos de los términos de la autorización de 1997. Paralelamente, la PROFEPA proporcionó al INE la información sobre el desempeño de Cytrar, S.A. de C.V., por lo que a su área de competencia se refiere.¹⁰⁵ El Ing. Calderón, el Ing. Jorge Sánchez y la Dra. Cortinas confirmaron que tienen esa obligación por ley, y lo hacen de manera rutinaria¹⁰⁶. La actora no niega que, en efecto, las infracciones se hubieran cometido; de hecho, no logró refutar las determinaciones de las autoridades ambientales. Lo que señala es que, cuando el INE resolvió sobre la solicitud de renovación, PROFEPA no había concluido aún

Continúa de la página anterior

101. Anexo D142

102. “[S]in tener autorización para ello, se pone a recrecer la celda 2 cuando estaba apenas en consideración su solicitud para que autorizáramos ya sea el recrecimiento de la celda o la construcción de una celda adicional. Además no se habían presentado los planos ni la especificación técnica para justificar que la forma en que estaba recreciendo la celda era la adecuada para garantizar la seguridad de la operación de esa celda” Testimonio de Cristina Cortinas de Nava, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, p. 78.

103. Anexo D151.

104. Testimonio de Enrique Diez Canedo, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, pp. 23 a la 27.

105. Anexo D152-A

106. Transcripción, día lunes 20 de mayo de 2002, p. 66, anverso; transcripción día martes 21 de mayo de 2002, p. 68, anverso.

el procedimiento administrativo en todos los casos, y que finalmente las sanciones impuestas por PROFEPA habían sido menores¹⁰⁷.

86. Según la parte demandada ya ha observado,¹⁰⁸ la actora confunde la negativa de otorgar una autorización con la imposición de una pena. Uno y otro actos son lógicamente opuestos. Cuando una actividad está sujeta a autorización, el denegar esa autorización resulta en la imposibilidad jurídica de llevar a cabo la actividad; pero ello no significa que, por consiguiente, la negativa sea una penalidad. A la inversa, el hecho de que una sanción pueda tener la misma consecuencia de hecho —la revocación de un permiso, que produce la imposibilidad de realizar la actividad— no significa que la sanción equivalga al rechazo de una solicitud de autorización.

87. Evidentemente, la autoridad que tiene la facultad para otorgar autorizaciones, tiene la facultad para denegarlas. Ciertamente, ni el otorgamiento ni la denegación puede realizarse de manera arbitraria.

88. Ha quedado demostrado que, en el caso concreto, el INE gozaba de facultades discrecionales y las partes coinciden en los efectos y alcances de esas facultades, así como en el criterio de revisión y control judicial de su ejercicio.

89. La pregunta que debe hacerse el Tribunal es si al denegar la renovación de la autorización a Cytrar, S.A. de C.V., el INE actuó de forma arbitraria, caprichosa o si su razonamiento fue ilógico; o bien, si no tomó en cuenta las circunstancias de hecho o las alteró injustificadamente. Este es el criterio que aplicaría un tribunal mexicano para resolver sobre el debido ejercicio de facultades discrecionales por la autoridad.¹⁰⁹ Ambas partes coinciden.¹¹⁰

107. Argumentos finales de la actora. Transcripción del día viernes 24 de mayo de 2002. p. 13

108. Escrito de Contestación a la Demanda, párrafos 46 al 53.

109. La Suprema Corte de Justicia de México ha sostenido de manera constante:

La Segunda Sala de la Suprema Corte ha establecido que si bien el ejercicio de la facultad discrecional está subordinado a la regla del artículo 16 de la Constitución Federal, en cuanto este precepto impone a las autoridades la obligación de fundar y motivar los actos que puedan traducirse en molestias a la posesión y derechos de los particulares, y aunque dicho ejercicio suponga un juicio subjetivo del autor del acto que no puede ni debe sustituirse por el criterio del Juez, si está sujeto al control de este último, por lo menos cuando el juicio subjetivo no es razonable, sino arbitrario y caprichoso y cuando es notoriamente injusto o contrario a la equidad, pudiendo añadirse que dicho control es procedente cuando en el referido juicio no se hayan

Continúa en la página siguiente

90. Si bien, como ya se indicó, este Tribunal no ha sido facultado para resolver cuestiones de derecho mexicano como si fuera una corte nacional, de acuerdo con el artículo III(2) del APPRI, es el derecho mexicano el que rige el otorgamiento y, por consiguiente, la denegación de las autorizaciones que compete a las autoridades mexicanas otorgar.

91. Para responder esta pregunta, el Tribunal tiene que analizar el contexto en el que el INE, en noviembre de 1998, tomó su decisión:

- En primer lugar, se trataba de una autorización con una vigencia anual, que en sus propios términos ya había expirado, sin intervención de la autoridad. Cytrar, S.A. de C.V. no tenía un derecho a una renovación automática, sino que, como la actora concede, el INE tenía que analizar todos los factores pertinentes al otorgamiento de una nueva autorización.¹¹¹
- Tiene que considerarse también el contexto socio-político, al que la demandada se ha referido ampliamente en este escrito, sus argumentos orales y en su Escrito de Contestación a la Demanda, y que no podía ignorarse. Se trató de una fuerte oposición social, motivada por el transporte de desechos tóxicos provenientes de Alco Pacífico, que se incrementó con el transcurso del tiempo. Desde antes de adquirir el confinamiento, la actora sabía que la oposición de la sociedad a este tipo de instalaciones existe como un riesgo de negocios, y lo anticipó desde su oferta para

Continúa de la página anterior

tomado en cuenta las circunstancias de hecho, o sean alteradas injustificadamente, así como en los casos en que el razonamiento sea ilógico o contrario a los principios generales del derecho.

Instancia: Segunda Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Parte : LVII, Tercera Parte; Tesis: Página: 65. Precedentes: Amparo en revisión 1498/58. Perfumería Imperial, Manufacturera de Perfumes y Jabones, S. A. 7 de marzo de 1962. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Octavio Mendoza González. Quinta Epoca: Tomo LXXI, pág. 2519.(2 Tesis), Amparo en revisión 7373/41, sec. 1a. Luis Suárez Coronado. 18 de febrero de 1942. Unanimidad de 4 votos. Tomo CX, pág. 1007. Amparo en revisión 522/51, sec. 2a. 5 de noviembre de 1951. Central Michoacana de Azúcar, S. A. 5 votos. Ponente: Nicéforo Guerrero. Tomo CXV, pág. 486. Amparo en revisión 160/52, sec. 2a. Ramón P. de Negri. 18 de marzo de 1953. Unanimidad de 4 votos.

110. Testimonio de Luis Vera Morales durante la audiencia, transcripción del día jueves 23 de mayo de 2002, pp. 36 reverso a la 38.

111. “En este caso, la medida de no renovación —que cabe entenderla como un acto mediante el cual se deniega una nueva autorización—, estaba subordinada a las disposiciones que rigen el otorgamiento de las autorizaciones, en los términos del Artículo 151 bis de la LGEEPA y sus disposiciones complementarias.” Dictamen Jurídico que acompaña al Memorial de Demanda, p. 38.

adquirir el confinamiento. Además, el desempeño de Cytrar, S.A. de C.V., independientemente de la gravedad que le atribuya a las irregularidades cometidas, no contribuyó a resolver la oposición social, sino todo lo contrario. Las autoridades federales, estatales y municipales también tuvieron que enfrentar esa oposición y buscar soluciones que favorecieran los intereses de todos. Así lo hicieron.

- Se sopesaron los distintos intereses involucrados:
 - a) Los de Cytrar, S.A. de C.V. y Tecmed que, si bien tenían habían adquirido el confinamiento de Hermosillo y venían operándolo por poco más de dos años, ante la creciente oposición social habían expresado su intención por desarrollar su actividad en el largo plazo y en ese contexto habían expresado su voluntad de reubicarse, más que un interés absoluto en continuar operando el confinamiento del Hermosillo.
 - b) Los de la comunidad y los grupos civiles y ambientalistas, que estaban legítimamente preocupados por la salud y la seguridad de la población en virtud de la ubicación del sitio, prácticamente dentro de la ciudad y en la dirección hacia donde la mancha urbana ha venido creciendo; por el manejo deficiente de Cytrar, S.A. de C.V. constatado a través de diversas visitas de verificación de la PROFEPA y la Secretaría de Salud del estado de Sonora e inspecciones conducidas por la propia ciudadanía, las organizaciones no gubernamentales, académicos de la universidad estatal, etc., en las que se detectó, por ejemplo, la falta absoluta y repetida de vigilancia en las espuelas de ferrocarril —el propio Ing. Calderón testificó que había niños que se trepaban a los furgones y tenían contacto con el material¹¹²—, el estacionamiento de vagones de ferrocarril con residuos peligrosos en diversas ocasiones frente a granjas porcícolas, avícolas y en la inmediaciones de la presa, etc.; por la introducción en su comunidad de residuos peligrosos que no habían sido generados por la industria regional.

112. Transcripción del día lunes 20 de mayo de 2002, p 68.

Debe advertirse, también, que, pese a las declaraciones de las diferentes autoridades que intervinieron, la legalidad de la ubicación o el transporte de residuos provenientes de otro estado no atenuaban las preocupaciones de la comunidad, y que las irregularidades detectadas, sólo contribuyeron a aumentar la desconfianza y el temor.

- c) Los de los industriales locales que requerían de instalaciones ambientales para el debido manejo y disposición de los residuos que generaban, pero que también formaban parte de la comunidad local.
- d) Los de las autoridades locales y estatales que reconocían la competencia federal en la materia y la necesidad de contar con instalaciones ambientales para el manejo y disposición, por lo menos, de los residuos generados regionalmente; pero que día a día vivían con los problemas, enfrentando marchas, el bloqueo de sus propias instalaciones y otro tipo de manifestaciones, así como acciones legales instauradas en su contra en relación con el confinamiento, así como por Cytrar, S.A. de C.V. en contra de quienes se oponían al confinamiento. En todo momento reconocieron los derechos de Cytrar, S.A. de C.V., pero también los de su comunidad —de la cual también formaban parte¹¹³— y promovieron una solución en un clima de respeto y legalidad.
- e) Los de las propias autoridades federales cuya política incluía atender la disposición clandestina de desechos peligrosos mediante el establecimiento de instalaciones modernas e integrales en el país, y cuya competencia era, por un lado resolver sobre las autorizaciones correspondientes, y por otro lado la de verificar el cumplimiento con la normatividad. Las autoridades federales se enfrentaron, por la vía legal y política a denuncias ciudadanas, la intervención de los órganos legislativos local y federal; pero también a la oposición social. En coordinación con

113. Anexos D 114 y D 117.

las autoridades estatales y municipales también tuvieron que buscar una solución.

- La normatividad establecía que los confinamientos de residuos peligrosos requerían estar a una distancia mínima de 25 Km. a centros con una población mayor a 10,000 habitantes. El que el confinamiento se hubiera establecido con anterioridad a la expedición de esa norma y, por una cuestión netamente jurídica de la no retroactividad de la ley, no pudiera cuestionarse su localización, no colocaba al confinamiento a la distancia que se consideraba adecuada para garantizar la salud y la seguridad de la población. En otras palabras, el hecho de que jurídicamente la ubicación no pudiera cuestionarse, no significaba que técnicamente resultaba adecuada. Además, el crecimiento de la ciudad se estaba dando justamente en la dirección donde está el confinamiento. Independientemente de las consideraciones legales, ello no lo hacía el sitio más apto y ciertamente éste se convirtió en uno de los puntos focales del debate y de la preocupación de la ciudadanía. Se convirtió, además, en uno de los problemas más difíciles de resolver porque, si bien el derecho asistía a Cytrar, S.A. de C.V., la razón asistía a la ciudadanía.
- El confinamiento no tenía ya, según lo consideró la propia Cytrar, S.A. de C.V., una viabilidad de largo plazo, ni siquiera en el mediano plazo: No solamente Cytrar, S.A. de C.V. se había comprometido con la población local a reubicarse desde hacía un año —año que para entonces ya había transcurrido—, sino que, conforme fue transcurriendo el tiempo, el planteamiento de Cytrar, S.A. de C.V. al INE era de una operación temporal, cada vez más limitada mientras se concretaba la reubicación—en un momento su solicitud para ampliar su capacidad instalada fue para operar por sólo cuatro o cinco meses, y posteriormente solicitó, ya no ampliar su capacidad, sino sólo agotar la capacidad restante en las dos celdas existentes; es más, llegó a ofrecer retirar los residuos ya depositados en el confinamiento y trasladarlos a una nueva ubicación¹¹⁴— pero no por factores atribuibles a las autoridades federales ambientales ni a las de los otros órdenes de gobierno, sino por los problemas socio-políticos que

enfrentaba el confinamiento. Para entonces, Cytrar, S.A. de C.V. no estaba ya planteando que la renovación se diera ni siquiera por un año más —y mucho menos, en forma indefinida.

- El desempeño de Cytrar, S.A. de C.V., especialmente porque la renovación estaba sujeta expresamente al que el INE pudiera verificar el estricto cumplimiento con los términos de la autorización y la normatividad aplicable. Por un lado, el INE recibió la información de PROFEPA que indicaba que Cytrar, S.A. de C.V. había incurrido en numerosas irregularidades. Según corroboraron el Ing. Calderón, el Ing. Jorge Sánchez y la Dra. Cortinas,¹¹⁵ la ley requiere que PROFEPA envíe esta información al INE para que la considere. Según testificó el Ing. Calderón, se trata de una cuestión rutinaria.¹¹⁶ No correspondía al INE cuestionar la información que le proporcionaba la PROFEPA relativa al desempeño de Cytrar, S.A. de C.V., aunque lo cierto es que Cytrar, S.A. de C.V. no había logrado refutar las determinaciones de la PROFEPA resultantes de las diversas visitas de verificación, en las que se constató la comisión de esas irregularidades. De hecho, no obstante haber tenido la oportunidad para objetar y presentar pruebas en contrario al término de cada visita de verificación, Cytrar, S.A. de C.V. no lo hizo. Tampoco logró desvirtuarlas dentro del plazo concedido para ese efecto tras la notificación oficial del resultado de cada visita de verificación, independientemente de que no hubiesen concluido los procedimientos administrativos; pero tampoco lo hizo cuando concluyeron esos procedimientos administrativos. PROFEPA constató la comisión de irregularidades como una cuestión de hecho, y esa es la información que el INE consideró.

Por otro lado, en ejercicio de sus propias facultades, el INE también consideró directamente el desempeño de Cytrar, S.A. de C.V. respecto de ciertas cuestiones, por ejemplo, el recrecimiento de la segunda celda, que Cytrar, S.A. de C.V. llevó a cabo,

Continúa de la página anterior

114. Anexos D 146 y D 151.

115. Véase nota al pie 103 de este escrito.

116. Transcripción, día lunes 20 de mayo de 2002, p. 66, anverso.

sin contar con la autorización correspondiente, y en franco desacato de la normatividad aplicable y los términos de su autorización, toda vez que el INE le había manifestado no sólo que no tenía los elementos para poder resolver, sino que resolvería esa solicitud con posterioridad, conjuntamente con la de renovación. Independientemente de las consecuencias legales del incumplimiento a la luz de la autorización, la conducta de Cytrar, S.A. de C.V. agravó una situación ya de por sí difícil: la Dra. Cortinas testificó:

SEÑORA CORTINAS DE NAVA: No. Yo me estoy refiriendo a que la norma es clara, y la propia autorización también en el sentido de que decía que cualquier cambio que se pudiera realizar en la operación o en instalación que se había autorizado tenía que ser notificado a la autoridad. El recrecimiento de una celda llenaba exactamente ese precepto y, de acuerdo con la norma correspondiente, toda construcción de una celda requiere de la sustentación técnica y de los planos de ingeniería para poder saber si va a operar correctamente y va a sostener la cantidad de residuos que se pensaban almacenar allí. Yo no creo que eso sea normal; a esa empresa o a cualquier otra que hubiera incurrido en ese misma falla se le hubieran establecido las mismas condiciones.¹¹⁷

También declaró:

SEÑORA CORTINAS DE NAVA: ...Habíamos convenido que la operación de ese confinamiento debería ser impecable. Si estábamos en una situación de protesta social, ante la alarma que tienen los pobladores de que ese centro pueda representar un riesgo, la operación de ese centro debía ser impecable para que, justamente, las señales que se mandan a la población es que debían tener confianza en las autoridades, que a su vez estamos tratando de brindar apoyo a la empresa para que se reubique, y la empresa, sin tener una autorización oficial para ello, se pone a recrecer la celda 2 cuando estaba apenas en consideración su solicitud para que autorizáramos ya sea el recrecimiento de la celda o la construcción de una celda adicional. Además, no se habían presentado los planos ni la especificación técnica para justificar que la forma en que estaba recreciendo la celda era la adecuada para garantizar la seguridad de la operación de esa celda.

...

[A]nte este caso, para nosotros sí fue una falla por parte de la empresa y fue una falla tan ostensible que el propio municipio se dio cuenta de ello y mandaron inspectores y, como requerían también de una licencia de construcción, suspendieron la obra.

117. Testimonio de la Dra. Cristina Cortinas de Nava durante la audiencia, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, p. 78.

Entonces, si ya teníamos una situación social conflictiva y los ojos de las autoridades sobre esa empresa, lo que debimos haber hecho era el máximo esfuerzo posible para no atraer atención y, sobre todo, con fallas.¹¹⁸

El INE detectó otras irregularidades en el desempeño de Cytrar, S.A. de C.V.: encontró que había rebasado los límites máximos autorizados para la segunda celda de confinamiento, que había operado como centro de transferencia sin estar autorizada para ello, y que había almacenado residuos líquidos y biológico infecciosos sin autorización para ello. De las cuatro irregularidades referidas en el oficio del 25 de noviembre de 1998, Cytrar, S.A. de C.V. sólo logró desvirtuar una de ellas, la relativa al almacenamiento de residuos biológico infecciosos. Las otras tres existieron y resultaron en la imposición de sanciones por parte de la PROFEPA. La actora admite, de hecho, que las irregularidades se cometieron, aunque señala que las sanciones impuestas fueron menores¹¹⁹. Lo cierto es que la renovación estaba sujeta a que el INE pudiera verificar el estricto cumplimiento con la autorización y la normatividad, y ese estricto cumplimiento no se dio, aun si con posterioridad se logró desvirtuar una de las conclusiones del INE. La admisión de la actora es suficiente para demostrarlo. El cumplimiento o incumplimiento con una norma jurídica es un hecho objetivo; no está en función de la gravedad del acto. Dependiendo de la norma aplicable, la gravedad del acto puede ser relevante o no para determinar las consecuencias; pero no para constatar la existencia del acto. En el caso concreto, en el ámbito de facultades de la PROFEPA, la gravedad del acto fue relevante para determinar la sanción; para el INE, en que el cumplimiento era un requisito de la renovación —aunque no el único— la gravedad del acto (cuya existencia no está disputa) adquiere un cariz distinto, especialmente al estar calificado de “estricto”, de modo que, aún una violación “menor” puede dar lugar, por sí mismo, a la no renovación. Las normas que aplican la PROFEPA y el INE, respectivamente, aunque se trate del mismo acto; la naturaleza de las consecuencias jurídicas que producen; y los fines que persiguen una u otra entidad son muy distintos. Por otro lado, la

118. Testimonio de la Dra. Cristina Cortinas de Nava durante la audiencia, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, p. 77 reverso y 78 reverso.

119. Cf. el Dictamen Jurídico que acompaña al Memorial de Demanda, pp. 41 a la 43.

existencia del acto tampoco está en función de que la PROFEPA haya concluido los procedimientos administrativos que le competían con posterioridad. En virtud de que las normas que aplican y los fines que persiguen la PROFEPA y el INE, respectivamente, son diferentes, siguieron procedimientos administrativos diversos, cada una en el ámbito de sus propias facultades. Además de que la ley confiere la al INE la facultad de otorgar o denegar las autorizaciones en materia ambiental, la misma autorización expresamente facultaba al INE para verificar el estricto cumplimiento con sus términos y para llevar a cabo su procedimiento y realizar sus determinaciones para tal efecto, al considerar la solicitud de renovación¹²⁰.

- La reubicación. Como ya se indicó, mucho antes de que las autoridades ambientales intervinieran, Cytrar, S.A. de C.V. había asumido ante la comunidad local el compromiso de reubicarse. Cytrar, S.A. de C.V. hizo público este compromiso a través de los diarios locales, y también informó a las autoridades ambientales de él, incluso antes de haber llegado a un acuerdo con los tres órdenes de gobierno en julio de 1998¹²¹. De acuerdo con el Ing. Diez Canedo en julio de 1998 se celebró una reunión para definir las acciones relativas a la reubicación:

120. La Dra. Cortinas declaró (testimonio de la Dra. Cristina Cortinas de Nava durante la audiencia, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, p. 80):

SEÑORA CORTINAS DE NAVA: La PROFEPA y el INE, en el que yo trabajaba, utilizaban instrumentos y fundamentos distintos para realizar su quehacer. Yo respeto lo que PROFEPA hacía, pero también respeto lo que yo hacía.

Independientemente de que ella siguiera caminos y tuviera opiniones respecto a ciertas cuestiones, es evidente que yo también tenía a mis propios técnicos, que en lo que a mí competía —y este asunto sí me competía a mí porque la autorización debería haberla emitido yo—, respecto al recrecimiento de esa celda, yo tenía mi propia opinión sobre ese punto.

SEÑOR CALVO CORBELLA: Pero usted ha manifestado que las facultades de verificación de cumplimiento de condiciones le correspondían a la PROFEPA.

SEÑORA CORTINAS DE NAVA: Aquí estamos hablando de dos cuestiones distintas. Estoy hablando de un incumplimiento al obtener una autorización de mi parte, donde no tenía que entrar PROFEPA. Una vez que se han emitido las autorizaciones, ella lo que hace es ver que las condicionantes de las autorizaciones se cumplan.

A mí lo que PROFEPA me hizo saber es que ellos no tenían la autorización para esa cuestión, y entonces me competía a mí llamar la atención de la empresa y decirles que necesitaba que me entregaran los planos y la sustentación técnica para que yo pudiera emitir la autorización. En ese caso, PROFEPA no podía dar una autorización que sólo yo podía darles.

121. Anexo D94.

SEÑOR DIEZ-CANEDO RUIZ: En esta reunión se juntaron los representantes de los tres órdenes de gobierno, participando la secretaria de SEMARNAP, Julia Carabias, el gobernador del estado, el presidente municipal y varios funcionarios importantes, entre ellos Provenio Durazo, la doctora Cortinas de Nava y una serie más de gente. Además, participaron de la misma invitados de los medios de comunicación, académicos y universitarios locales y nosotros, por supuesto.¹²²

En esa reunión se conformó una comisión que se abocó a localizar posibles sitios para la reubicación. El IMADES (organismo dependiente del gobierno del Estado de Sonora) la presidió y el INE se encargó de realizar el examen técnico¹²³. Normalmente son los particulares los que realizan sus propios estudios y posteriormente los someten a la consideración del INE. En este caso, como parte del acuerdo, el INE se comprometió a realizar los estudios con su propio personal y recursos.¹²⁴ Las visitas se realizaron con el personal técnico de Cytrar, S.A. de C.V., de tal manera que para noviembre se habían ubicado 15 sitios adecuados de los cuales tres habían sido seleccionados como aptos. Se elaboró un documento que contenía una matriz detallada de los aspectos técnicos de cada sitio¹²⁵. Se iniciaron las negociaciones con los propietarios de los predios quienes estaban dispuestos a vender:

SEÑOR PEREZCANO DÍAZ: En la siguiente página hay una presentación y en el último párrafo se señala que ya “se había establecido comunicación con los propietarios de diferentes predios incluidos en las áreas preseleccionadas” y

122. Testimonio de Enrique Diez Canedo durante la audiencia, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, p. 28 reverso y 29.

123. Testimonio de Enrique Diez Canedo durante la audiencia, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, p. 28 reverso, y Testimonio de la Dra. Cristina Cortinas de Nava durante la audiencia, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, p.76 reverso:

SEÑOR CALVO CORBELLA: ¿Puede usted determinar cuál era el alcance de las obligaciones o compromisos asumidos por las autoridades federales competentes en materia medioambiental en relación con el llamado “fenómeno de la reubicación”? ¿A qué se obligaron ustedes?

SEÑORA CORTINAS DE NAVA: A lo que hicimos. A mandar técnicos que estuvieron viajando, recorriendo diferentes municipios en el estado para identificar cuáles cumplían los criterios entre los primeros quince que se encontraron en el primer barrido. Los cumplían cuatro. También nos obligamos a estar abiertos y con la mejor disposición para trabajar, en cuanto momento lo solicitara la empresa, para mantenerla al tanto de estos avances. Insisto, si nos hubieran sometido a consideración la solicitud de permiso para la operación en cualquiera de esos sitios, hubiéramos trabajado con la celeridad que dijimos que haríamos darles el permiso.

124. Transcripción, del día martes 21 de mayo de 2002, p. 76, reverso.

125. Anexo D 161.

menciona cuatro predios. ¿Reconoce estos predios y recuerda si la empresa los visitó?

SEÑOR DIEZ-CANEDO RUIZ: Seguramente los visitó, sí.¹²⁶

En noviembre de 1998 el Ing. Diez Canedo dirigió una comunicación a las autoridades estatales en la que manifestó que “El personal de Tecmed ha visitado ya varias de las ubicaciones propuestas y acepta reubicarse en cualquiera de ellas”.¹²⁷

La Dra. Cortinas reconoce que parte del acuerdo fue que la reubicación y el cierre del confinamiento de Hermosillo se darían en forma simultánea, pero también señaló que la situación en torno del sitio se fue deteriorando día a día, en lo cual la actora coincide, y que incluso con la renovación no podría garantizarse la continuidad de la operación; sin embargo, los trabajos que se hicieron para la ubicación de un nuevo sitio conjuntamente con los técnicos de Cytrar, S.A. de C.V.; los estudios ya realizados por el INE sobre tales sitios; que Cytrar, S.A. de C.V. había confirmado que aceptaba reubicarse a cualquiera de los sitios ya seleccionados; que ya se habían comenzado las pláticas con los propietarios de los predios respectivos para lograr la transferencia de la propiedad; además del ofrecimiento de Cytrar, S.A. de C.V. para absorber la mayor parte de los costos asociados con la reubicación y el compromiso del INE de acelerar los trámites de expedición de los permisos, en la opinión del INE la opción de no renovar y suspender las operaciones por “en un tiempo razonablemente corto” de hecho ofrecía una mejor perspectiva de la continuidad de las operaciones en el largo plazo con un proyecto más grande, moderno y diversificado:

SEÑORA CORTINAS DE NAVA: Reconozco que la empresa expresó que la reubicación tendría lugar una vez que tuviera el sitio. Por lo tanto, lo que ella esperaba era justamente seguir operando el confinamiento en su sitio actual hasta ese momento. ¿Esto es lo que quiere que le diga? Reconozco que es así, y si usted me dice que por qué, entonces, en el momento de que tomé mi decisión eso iba a implicar la interrupción de esa continuidad a la que aspiraba la empresa, ¿por qué lo hice? Eso es lo que usted quiere saber, entonces yo le contesto que fue porque las circunstancias de noviembre eran tales que estoy segura de que, si yo hubiera renovado la

126. Testimonio de Enrique Diez Canedo durante la audiencia, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, p. 31 reverso.

127. Anexo D148.

autorización, no le hubiera garantizado a la empresa la continuidad de la operación ahí. Porque había muchas objeciones en torno a que ella siguiera operando en ese lugar.

SEÑOR CALVO CORBELLA: Desde luego que denegando la renovación garantizaba usted de manera absolutamente incontestable la imposibilidad de continuación de la operación.

SEÑORA CORTINAS DE NAVA: No fue lo que yo pensé, porque tenía la certeza de que íbamos a lograr la reubicación en otro sitio.¹²⁸

También declaró:

SEÑORA CORTINAS DE NAVA: ...Mi intención, en su caso de mencionar esa cuestión ahí, no fue porque yo quisiera poner en boca de la empresa que ella se quisiera reubicar, porque era contrario a mi manera de pensar. Era porque yo sabía que ella ya había decidido hacerlo. Pero yo lo que quería era que, de cualquier manera, cualquiera de esas cosas que sucediera, sucediera de una forma tal que fuera aceptable para todos: la sociedad, los legisladores y la comunidad en general. Eso es lo que puede leer en los puntos de acuerdo, en donde se habló que entre todos íbamos a seguir ese proceso de identificación de nuevos sitios para ubicar la empresa. Se vislumbraba la posibilidad de tener un consejo en donde hubiera representantes de diferentes sectores que estuvieran atentos al desempeño de la empresa. Se pensaron en muchos mecanismos que dieran transparencia a la operación de la empresa. En fin, se trabajó... mi esfuerzo ese día fue para ayudar a la empresa y no para atacar a la empresa.

...

SEÑOR CALVO CORBELLA: ¿Cree usted que cerrar la empresa en noviembre de 1998 contribuyó a ayudarla?

128. Testimonio de la Dra. Cristina Cortinas de Nava durante la audiencia, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, p.77 anverso. Más adelante señaló:

SEÑORA CORTINAS DE NAVA: Para que se encuentre sentido a mi decisión, yo creo que habría que relatar también el hecho de que, durante ese período, ocurrieron situaciones dentro de la empresa que suscitaron intranquilidad tanto en la población como en las autoridades locales. Por lo tanto, esto también fue tomado en consideración por mi parte, y que explicaban las presiones que se estaban ejerciendo para que se acelerara el proceso de reubicación, y nada más quiero referirme a una de ellas.

Habíamos convenido que la operación de ese confinamiento debería ser impecable. Si estábamos en una situación de protesta social, ante la alarma que tienen los pobladores de que ese centro pueda representar un riesgo, la operación de ese centro debía ser impecable para que, justamente, las señales que se mandan a la población es que debían tener confianza en las autoridades, que a su vez estamos tratando de brindar apoyo a la empresa para que se reubique, y la empresa, sin tener una autorización oficial para ello, se pone a recrecer la celda 2 cuando estaba apenas en consideración su solicitud para que autorizáramos ya sea el recrecimiento de la celda o la construcción de una celda adicional. Además, no se habían presentado los planos ni la especificación técnica para justificar que la forma en que estaba recreciendo la celda era la adecuada para garantizar la seguridad de la operación de esa celda.

Creo que hay que analizar históricamente cómo ocurrieron los hechos, las circunstancias y la contribución de la propia empresa a seguir creando ansiedad pública y preocupación en las autoridades locales.

SEÑORA CORTINAS DE NAVA: En mi pensamiento sí, puesto que se lo expresé. Le dije que yo tomé en consideración en ese momento que las circunstancias de noviembre ya no eran las circunstancias de marzo y que para poder servir más al propósito de reubicarla y crear un centro mucho más ambicioso para el manejo integral de los residuos, teníamos que poner todo el esfuerzo en la reubicación y no en la operación de ese lugar.

SEÑOR CALVO CORBELLA: ¿En algún momento el INE o la Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca llegaron a asumir el compromiso de relocalización del confinamiento?

SEÑORA CORTINAS DE NAVA: El compromiso está claramente establecido en el acuerdo que es de conocimiento público, en donde la Secretaría, a través de nuestro instituto, concretamente a través de la dirección general a mi cargo, se comprometió a designar personal y hacer todo el esfuerzo para localizar sitios que llenaran los criterios de orden general para ubicar una instalación de este tipo. Además, una vez que se hubieran localizado los sitios y la empresa hubiera realizado los estudios correspondientes, el compromiso era acelerar el proceso de trámite para que pudiera otorgarse la autorización a la brevedad posible y la empresa pudiera operar en un tiempo razonablemente corto.

92. Lo que el INE hizo a finales de 1998 fue considerar todo el contexto en que se encontraba el confinamiento. La Dra. Cortinas testificó:

SEÑORA CORTINAS DE NAVA: ...Estamos frente a un caso excepcional. Nada más quiero remitirme al hecho de que cuando yo tomé posesión del cargo, antes de que lo hubiera tomado en enero, ya existía una serie de conflictos reconocidos por la empresa que se tradujeron en que ella aceptara ante el gobierno del estado el reubicarse, o sea ya había involucrado a las autoridades locales. Y la situación fue evolucionando durante el año en que ocurrió mi gestión al grado que hubo un acuerdo tomado por los tres órdenes de gobierno en México -la autoridad federal, el gobierno del estado y el gobierno municipal- y la empresa respecto de una conducta a seguir relativa a la reubicación de esas instalaciones. Había un compromiso de formar un grupo de trabajo técnico en el cual las partes estuvieran colaborando en todo tiempo y forma para lograr ese objetivo. Ése es uno de los elementos que se consideró en el análisis de la renovación de esta autorización. No es ajeno a ninguno de los que estamos aquí presentes el hecho de que en torno a todo esto había toda una situación social y política muy crítica en el estado, de manera tal que nosotros dimos a conocimiento de la empresa que, justamente antes de tomar la decisión respecto de su renovación, estábamos informando a las autoridades locales para conocer su opinión al respecto, puesto que había sido ése el compromiso, que mantuviéramos en todo tiempo y forma informados acerca de los pasos que íbamos a dar respecto de la empresa.

...

[E]stá previsto dentro de la actuación de un servidor público que, al tomar sus decisiones, tenga en cuenta los contextos en que esas decisiones se van a tomar. Y yo le puedo decir que durante el año 1998, casi día con día, mes con mes, las condiciones fueron cambiando hasta el último instante, de manera que creo que nadie mejor que yo pudo tener la visión en ese momento de todas esas cuestiones que yo tenía que considerar para

tomar una decisión respecto de este caso sumamente difícil. Y sí me sentí en la obligación de tener la opinión de las autoridades locales en esta materia.

...

[M]e gustaría hacer una consideración, antes de contestarle cuál fue el peso específico, porque yo podría decirle que ése fue uno de los tantos factores, pero no fue el factor decisivo. Si hubiera tenido eso solo a la mano, probablemente no hubiera sido el factor contundente para tomar mi decisión. Sin embargo, lo que tenía yo presente es que lo que estaba en juego ahí era algo mucho más importante. Habíamos tratado de crear una confianza en la sociedad de que la decidida reubicación por parte de la empresa -que, insisto, fue un acto voluntario de la empresa; por lo menos, así lo concibo a posteriori- se había planteado ya como una decisión que iba a estar apoyada por los tres órdenes de gobierno y que buscábamos que la sociedad respondiera de la misma manera. Lo que se le ofreció a la sociedad es que esta nueva instalación sería moderna y que iba a juntar más alternativas de manejo de residuos peligrosos, y se iba a convertir en lo que llamábamos “un centro para el manejo integral y el aprovechamiento de los residuos peligrosos”, que iba a combinar todo lo que la empresa ya hacía en la práctica, pero para lo que todavía no tenía todos los permisos. Podía formular combustible alterno, podía tener un centro de transferencia de ese combustible alterno, podía dar tratamiento físico-químico a los residuos, etcétera. Se estaba pensando de veras en un centro moderno que brindara servicios a toda esa región que todavía hoy en día no tiene una infraestructura semejante.

Entonces, ¿qué teníamos en la balanza? Esa visión que nos habíamos forjado entre todos de lo que podía ser ese centro y la decisión de una ampliación muy pequeña de la capacidad actual de la empresa, porque ya incluso en su último oficio me decían que iban a construir una tercera celda, pero ni siquiera para dejar los residuos definitivamente allí, sino para almacenarlos temporalmente en espera de poder aceptar cualquiera de los sitios que se encontraron. Ellos hicieron sus cálculos de que les llevaría entre tres o cuatro meses la construcción de la primera celda en esa nueva instalación.

En esta última propuesta ofrecieron sacar los residuos del almacenamiento temporal para llevarlos al otro lado. Entonces, la decisión que yo tenía en mente era darles una autorización temporal para recrecer su capacidad en una cantidad muy limitada que ellos me pedían, nada más que por unos cuantos meses. Y entre los oficios que nos llegaron de las autoridades locales, ustedes encontrarán que decían opiniones como ésta: Mira, si se trata de darles autorización para que llenen la celda 1, en la que les queda muy poco espacio, y la celda 2, que es bastante limitada, no veríamos ninguna objeción, pero lo que sí objetamos es a que se cree más capacidad en esa instalación, porque creemos que ésa es una señal contraria a lo que estamos diciendo, que estamos ya poniendo todo el esfuerzo para la reubicación.

Y me recordaron que, desde noviembre de 1997, la empresa ya se había comprometido a reubicarse. Para ellos, estaba en la mente de que, si yo seguía renovándoles, eso iba a alargar... Mientras la empresa tuviera la posibilidad de seguir recibiendo residuos, no iba a comprometerse a fondo a hacer los estudios para la reubicación del sitio en otro lugar. Entonces, sinceramente, yo creí hacer un bien y no un daño, en el sentido de mandar la señal a la sociedad de que estábamos actuando en consecuencia con los compromisos que se habían hecho y que todo el esfuerzo lo íbamos a poner en la reubicación para que, cuando ésta tuviera lugar, tuviéramos la aceptación pública, social y gubernamental a

nivel local para que la empresa pudiera operar tranquilamente en ese lugar. Eso fue lo que pensamos en ese momento.¹²⁹

93. El INE consideró la situación en forma integral, no cada elemento de forma aislada, y sopesó las ventajas y los riesgos de las alternativas. El INE no privó a la actora de la posibilidad de operar un confinamiento de residuos peligrosos. El acto del INE sólo cancelaba la posibilidad de que el confinamiento de Hermosillo continuara operando, pero Cytrar, S.A. de C.V. ya había aceptado esa realidad desde un año antes.

94. Ninguna de las alternativas que tenía el INE estaban exentas de riesgos. De manera informada y meditada estimó que era preferible y, en efecto más viable, no renovar la autorización para el confinamiento de Hermosillo y suspender la operación del confinamiento de Hermosillo temporalmente —recuérdese que Tecmed había manifestado que podría reubicarse en el plazo de un año y que para noviembre de 1998 ya se tenían varios sitios estudiados y preseleccionados—, con objeto de favorecer un entorno en el que pudiera lograrse la reubicación y, de hecho, el establecimiento de un centro integral para el manejo de residuos industriales más grande, con tecnología moderna, que pudiera prestar una mayor diversidad de servicios y que tuviera una viabilidad de largo plazo, que renovar una autorización para un sitio desahuciado —por la empresa, principalmente— cuya viabilidad, en el mejor de los casos era de unos cuantos meses, de acuerdo con las estimaciones de la propia empresa, con el riesgo de comprometer el éxito de la reubicación y que se suscitaran reacciones como las que ya habían experimentado anteriormente (e.g. durante el bloqueo de las instalaciones) que pusieran en riesgo, también, la salud y la seguridad de los habitantes y el ambiente (recuérdese que durante el bloque de las instalaciones los camiones cargados de desechos tóxicos se alinearon al borde de la carretera e incluso ocurrió un accidente). La Dra. Cortinas testificó que tenía la certeza de que lograrían la reubicación y contaba con todos los elementos que se la daban. También tenía fundamentos para suponer que si renovaba la autorización ambos proyectos podrían fracasar.

95. En estas circunstancias, no puede decirse que la decisión del INE de no renovar la autorización y concentrar todos los esfuerzos en la reubicación fue arbitraria, caprichosa o ilógica, que no consideró las circunstancias de hecho o que las alteró. La evidencia demuestra

129 Transcripción día 21 de mayo de 2002, p. 70, 71 y 72.

lo contrario, que era una alternativa ciertamente viable y, más todavía, enteramente razonable a la luz de las circunstancias.

96. Aun si se considera que renovar la autorización —¿por uno, tres, seis meses o un año?— también era posible y razonable, ¿con qué bases puede un Tribunal Internacional sustituir su juicio por el de la autoridad respecto de dos o más alternativas posibles y razonables para concluir, a cuatro años de distancia, sin el conocimiento de primera mano de los hechos, sin la experiencia o los conocimientos técnicos que tenían los expertos en la materia, que una de ellas era preferible sobre la otra? A menos que la decisión del INE fuera arbitraria, caprichosa o ilógica, un tribunal mexicano no lo haría, sino que otorgaría la debida deferencia al juicio de la autoridad, por definición, el juicio experto y mejor informado.

97. Ciertamente, el proyecto no tuvo éxito —y nada garantiza que la otra alternativa sí lo hubiera tenido— pero ello tampoco fue atribuible a las autoridades mexicanas. Durante la audiencia el Presidente del Tribunal preguntó al Ing. Diez Canedo si había habido un cambio en la actitud de las autoridades mexicanas tras la no renovación. Las pruebas demuestran que no lo hubo. El INE continuó los esfuerzos para concretar la reubicación por lo menos hasta el año 2000. Sin embargo, ya no encontró una respuesta.

98. La evidencia demuestra que sí hubo un cambio de actitud en Cytrar, S.A. de C.V. Es muy ilustrativo que antes de que el INE emitiera su decisión, Cytrar, S.A. de C.V. hubiese manifestado que, con base en los estudios y visitas de los diferentes sitios preseleccionados, en los que participó su propio personal técnico, cualquiera de ellos hubiera sido aceptable; pero después de la no renovación, ninguno de esos mismos sitios reunía ya las condiciones necesarias.

99. La respuesta está en el panorama más amplio de Tecmed. El Tribunal debe recordar que, de acuerdo con los datos de la empresa, su actividad principal y la que mayor volumen de negocio les genera es el sector de los residuos sólidos municipales. La participación en los ingresos totales de Tecmed ha venido ganando terreno a la de los residuos industriales —incluidos los peligrosos. Para finales de 1998, Tecmed venía enfrentando serios problemas también con sus confinamientos de residuos peligrosos en España, por razones y con consecuencias casi idénticas.

100. Tecmed se ha venido retirando del mercado de los residuos peligrosos. En efecto, el Ing. Polanco confirmó que sus plantas de residuos hospitalarios en México pertenecen ya a otra empresa, no obstante que declaró, en respuesta a una pregunta del árbitro Bernal que “ninguna instalación ha tenido problemas y, de hecho, nuestra empresa ha sido la referencia en ese campo en México”:

SEÑOR BERNAL VERA: Gracias, señor Presidente. Señor Polanco, en la página 13 de la memoria de demanda, se dice que *TECMED* tiene diversas instalaciones medioambientales. Hay un relleno sanitario del cual usted habló en Hermosillo, y también hay residuos hospitalarios en Tijuana, Tamira, Puebla, Celaya, otro en Hermosillo y Ciudad Juárez. En fin, *TECMED* tiene una serie de negocios medioambientales en México. Pregunto si estas plantas se encontraban operando al mismo tiempo que operaba el CYTRAR, y si siguen operando. En tercer lugar, quisiera saber si han corrido la misma suerte que CYTRAR en relación con visitas, multas, cierres y autorizaciones, o si han tenido una situación distinta a CYTRAR Hermosillo.

SEÑOR POLANCO GÓMEZ LAVÍN: Primero tengo que precisar que algunas de esas instalaciones desde hace unos meses pertenecen a otra sociedad. Algunas de esas instalaciones son de residuos hospitalarios. Pero en ningún caso hemos tenido problemas y, de hecho, nuestra empresa ha sido la referencia en ese campo en México, donde, como saben, cuando empezamos no existían esas instalaciones.

No tuvimos problemas en ese sentido. Ninguna instalación ha tenido problemas. Las empresas siguen en funcionamiento y, si alguna ha parado, es por cuestiones económicas, no por cuestiones...¹³⁰

[Énfasis propio]

101. El peso de la evidencia no soporta el alegato de la parte demandante. No hubo nada en la actuación del INE que ofenda el derecho internacional.

130. Testimonio del Ing. Polanco Gómez Lavín durante la audiencia, transcripción del día lunes 20 de mayo de 2002, p. 53 reverso.

III. CUESTIONES JURÍDICAS

A. La responsabilidad del Estado mexicano

102. Según la demandada ya lo expresó, este Tribunal está obligado a aplicar el APPRI y las reglas del derecho internacional para decidir la reclamación. El Tribunal no ha sido investido de competencia para resolver cuestiones de derecho mexicano como si fuera una corte nacional. Es un tribunal internacional que tiene una jurisdicción diferente, la de asegurarse de que las obligaciones del APRI han sido cumplidas. El ángulo y la forma de análisis es diferente.

103. El Dr. Eduardo Jiménez Aréchaga señaló:

No compete a un tribunal internacional actuar como una corte de apelación o de casación para verificar de manera detallada la correcta aplicación del derecho municipal.

104. El Tribunal debe estar satisfecho de que las acciones de las autoridades mexicanas se hayan apegado al derecho internacional. Sin embargo, ello no lo faculta para juzgar sobre la razonabilidad de la decisión del INE de no renovar la autorización. Como ya se ha reiterado, las cortes nacionales tampoco lo harían.

105. La Corte Internacional de Justicia abordó este punto en el caso *Elettronica Sicula, S. P.A. c. República Italiana (ELSI)*. La Corte determinó que el mero hecho de que una corte local haya determinado que el alcalde de Palermo actuó en exceso de sus facultades no significaba que esa actuación fuera arbitraria de conformidad con el derecho internacional. En su sentencia, la Corte determinó que el parámetro para demostrar que la demandada actuó de manera arbitraria debe ser muy estricto.

106. El único juez disidente, el Juez Schwebel, coincidió con el criterio de la mayoría al respecto, al que llamó el “criterio clásico”. La Corte expresó

123. ...It is therefore appropriate for the Chamber to examine the legal grounds given by the Prefect of Palermo for his decision, as well as what was said by the Court of Appeal of Palermo on the legal impact of the Prefect's decision on the requisition order, and consider whether the findings of the Prefect or of the Court of Appeal are equivalent to, or suggest, a conclusion that the requisition was an “arbitrary” action.

124. Yet it must be borne in mind that the fact that an act of a public authority may have been unlawful in municipal law does not necessarily mean that that act was unlawful in international law, as a breach of treaty or otherwise. A finding of the local courts that an act was unlawful may well be relevant to an argument that it was also arbitrary; but by itself, and without more, unlawfulness cannot be said to amount to arbitrariness. It would be absurd if measures later quashed by higher authority or a superior court could, for that reason, be said to be arbitrary in the sense of international law. To identify arbitrariness with mere unlawfulness would be to deprive it of any useful meaning in its own right. Nor does it follow that an act was unjustified, or unreasonable, or arbitrary, that that act is necessarily to be classed as arbitrary in international law, though the qualification given to the impugned act by a municipal authority may be a valuable indication.

...

128. ...The analysis of the Prefect's decision as a finding of excess of power, with the result that the order was subject to a defect of lawfulness does not, in the Chamber's view, necessarily and in itself signify any view by the Prefect, or by the Court of Appeal of Palermo, that the Mayor's act was unreasonable or arbitrary.

129. Arbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law. This idea was expressed by the Court in the Asylum case, when it spoke of "arbitrary action" being "substituted for the rule of law" (Asylum, Judgment, I.C.J. Reports 1950, p. 284). It is a willful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety. Nothing in the decision of the Prefect, or in the judgment of the Court of Appeal of Palermo, conveys any indication that the requisition order of the Mayor was to be regarded in that light.¹³¹

107. La evidencia en este caso demuestra de manera concluyente que las autoridades mexicanas, especialmente el INE, actuaron en el marco de sus atribuciones legales, con pleno apego al marco jurídico; nada indica que se cometió una omisión deliberada del debido proceso legal. No puede concluirse que los actos del INE y las demás autoridades mexicanas hayan sido arbitrarios.

108. Por las razones que ya se expresaron, no bastaría que el Tribunal considere que había otras alternativas posibles también razonables o que habría llegado a una conclusión distinta sobre la renovación de la autorización para operar el confinamiento de Hermosillo, o que no estuviere de acuerdo con las políticas ambientales mexicanas, para determinar una violación al APPRI.

131 Véase Contestación a la demanda. Párrafo 225

109. La demandada ha aludido a las decisiones de tribunales internacionales establecidos con base en reglas similares y para analizar supuestas violaciones a disposiciones equivalentes contenidas en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte en los casos *Azinian et al. c. Los Estados Unidos Mexicanos* y *S.D. Myers v. the Governmet of Canada*¹³². Éstas señalan que el derecho internacional claramente confiere un alto grado de deferencia al derecho de las autoridades nacionales para regular los asuntos dentro de sus fronteras. Ello significa que no basta que un tribunal internacional esté en desacuerdo con las decisiones de las autoridades nacionales para que se configure una violación al derecho internacional, aun, según estableció la Corte Internacional de Justicia en el caso *ELSI*, si las autoridades llegan a equivocarse o las cortes nacionales subsecuentemente desautorizaran legalmente su actuación. De acuerdo con la Corte Internacional de Justicia, el estándar de la prueba para un demandante es muy elevado.

110. El criterio que el derecho internacional establece es uno de arbitrariedad en la actuación de las autoridades, y en este sentido, el derecho mexicano que aplica al caso concreto no difiere.

B. La medida de no renovación no puede considerarse una expropiación

111. El caso que obra ante el Tribunal es uno que involucra la política regulatoria del Estado y la capacidad misma del Estado para regular. Además, la actora realizó la inversión en un sector altamente regulado. Se trata de un sector que está sujeto a un régimen particular de autorización debido a la peligrosidad intrínseca de la materia: los desechos peligrosos. Es en este contexto que se enmarcan las legítimas expectativas de la actora.

112. La actora reclama que aplicación por las autoridades federales de la normatividad llevó a cabo la expropiación indirecta de su inversión. Sin embargo, el APPRI no pretende menoscabar el poder legítimo del Estado para regular. El derecho internacional usualmente no considera las acciones regulatorias como una expropiación indirecta. La doctrina internacional así lo afirma:

State measures, prima facie a lawful exercise of powers of government, may affect foreign interests considerably without amounting to expropriation. Thus foreign assets

132. Véase los párrafos 357 al 359 y 533 y ss.

and their use may be subjected to taxation, trade restrictions involving licenses and quotas, or measures of devaluation. While special facts may alter cases, in principle such measures are not unlawful and do not constitute expropriation.¹³³

113. El que una actividad esté sujeta a un régimen de autorización no sólo supone un limitación a los derechos de los particulares para desempeñarla, sino también que el desarrollo de la actividad puede quedar vedado si se deniega esa autorización. El legítimo ejercicio de facultades regulatorias puede afectar intereses económicos o de otro tipo de los particulares, pero ello no constituye una expropiación. Al respecto, el Profesor Sornarajah, ha comentado:

Where licenses and permits are necessary to operate in certain sectors of the economy and these are denied, the foreign investor's ability to conduct his business will be affected. It could be argued that such measures involve takings even if they do not affect the ability of the foreign investor to continue with the business or in any way affect ownership of the property of the foreign investor. However, since measures relating to licenses and permits are associated with economic regulation, the denial of licenses and permits must be subject to the same consideration as measures involving economic regulation.

Technically, the granting of a license involves the conferment of a privilege in an Hohfeldian sense. There is no vesting of a right in the foreign investor. Where the privilege is revoked the state is not benefited in any sense. Hence, it would be difficult to say that there had been a taking by the state in situations where there is a revocation of a license... There are many awards of arbitral tribunals and claims commissions which have asserted that the withdrawal of licenses or impositions of controls do not amount to the taking of property. Regulatory takings will fall within the category of lawful takings.¹³⁴

114. Este es un caso relativo a las facultades del Estado mexicano para regular. No es uno en el que Cytrar, S.A. de C.V. tuviera un derecho ilimitado y absoluto para operar el confinamiento de Hermosillo. Cualquier derecho que haya tenido, fue creado por la legislación mexicana y se encontraba regulado por la misma.

115. Como ya se expresó, desde que el APPRI entró en vigor hasta que el INE emitió su decisión de no renovar la autorización, Cytrar, S.A. de C.V. sólo tenía un derecho para operar por un año, con posibilidad de renovarse si las autoridades consideraban que las circunstancias eran tales que garantizaran la tranquilidad y la protección a la salud y la seguridad de la

133 BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*, (5th ed., 1998), p. 535.

134 SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment* (1994), p. 311

comunidad así como al ambiente. Ello implicaba no sólo la tutela de los derechos de Cytrar, S.A. de C.V., sino de una comunidad de intereses —los de los ciudadanos de Hermosillo, los de las ONGs, los de los industriales, los de las autoridades estatales y locales, así como los de las propias autoridades federales. Por tal motivo, las autoridades ambientales se vieron en la necesidad de analizar el cúmulo de circunstancias que rodearon al confinamiento de Hermosillo para adoptar sus decisiones. Según manifestó la demandada y el perito en derecho de la actora confirmó, la legislación mexicana obliga a las autoridades ambientales a valorar los distintos intereses involucrados (públicos y privados).¹³⁵

116. Existe una importante diferencia entre una expropiación con fines de utilidad pública, y la normatividad que restringe y aun prohíbe el goce específico de la propiedad. Considerar que las acciones regulatorias constituyen una expropiación haría imposible regular y menoscabaría seriamente la actividad del Estado.

117. El tribunal en el caso *S.D. Myers* instaurado al amparo del TLCAN y referido anteriormente examinó la materia en cuestión, y señaló:

281. ...el cuerpo general de los precedentes usualmente no considera las acciones regulatorias como equivalentes a expropiación. Es poco probable que la conducta regulatoria de las autoridades públicas sea objeto de una reclamación legítima conforme al [artículo de expropiación del TLCAN], aunque el tribunal no descarta esa posibilidad.

282. Las expropiaciones tienden a involucrar la privación de los derechos de propiedad; las regulaciones una interferencia menor. La distinción entre expropiación y regulación filtra la mayoría de los casos potenciales de reclamación con respecto a la intervención económica por parte de un Estado, y reduce el riesgo de que los gobierno sean objeto de reclamaciones por el desempeño de su trabajo en relación con la administración de los asuntos públicos.¹³⁶

118. Según argumentó la demandada en su Escrito de Contestación a la Demanda, no ha tomado acción alguna que pueda considerarse como una privación de la propiedad o el control de la actora sobre su inversión.¹³⁷ La inversión en un confinamiento de desechos peligrosos no confiere un título o derecho absoluto al propietario sobre la operación del mismo. En el caso

135 Testimonio de Luis Vera Morales durante la audiencia, transcripción del día jueves 23 de mayo de 2002, p. 37.

136 Véase el Escrito de Contestación a la Demanda, párrafo 556 y Anexo D208.

137 Véase el Escrito de Contestación a la demanda, párrafo 548 y ss.

concreto, la autorización tenía una vigencia definida y no existía un derecho absoluto y automático a la renovación. La simple denegación de una autorización —o la negativa de renovarla— no puede constituir una expropiación.

119. En todos los países los gobiernos tienen facultades discrecionales para determinar cuándo, dónde, cómo y quiénes pueden desempeñar este tipo de actividades. Para poder emitir una autorización, la autoridad considera un gran número de factores. Por ejemplo, la ubicación del sitio, las condiciones geográficas del lugar, la experiencia y el desempeño previo del posible operador, la opinión de las comunidades vecinas. Es una obligación de la autoridad considerar todos estos factores, y no sólo tomar en cuenta las expectativas económicas del promovente.

120. En este caso, uno debe preguntarse cuál es la naturaleza del derecho de la actora para operar tras haber adquirido el confinamiento y obtenido la autorización correspondiente del INE. *Prima facie*, lo que Tecmed obtuvo fue una autorización para operar por un año, cuya renovación estaba condicionada al estricto cumplimiento de la normatividad. Cytrar, S.A. de C.V. no cumplió plenamente con esta obligación. También estaba sujeta a que concurrieran una serie de circunstancias que permitieran garantizar la salud, la seguridad, la tranquilidad y la protección al ambiente.

121. Cuando la actividad económica en cuestión es altamente peligrosa, como en este caso, y sólo puede llevarse a cabo con la autorización del gobierno bajo una estricta supervisión, la denegación de autorización no puede considerarse como una expropiación. Debe darse al derecho del Estado para regular y ejercer su discrecionalidad para emitir o rechazar autorizaciones su justa medida. Ello es de suma importancia en materia de regulación, donde el gobierno debe valorar y equilibrar diversos intereses concurrentes, y no sólo el interés económico.

122. La doctrina internacional reconoce el derecho que tienen los Estados para regular. Oppenheim señala:

The broad measure of discretion which in principle a state has, by customary international law, in relation to the treatment it accords aliens on its territory, extends generally to the treatment of their property in the state. Thus a state may restrict the rights of aliens to hold property; and far-reaching interference with private property, including that of aliens, is common in connection with such matters as taxation, measures

of police, public health, the administration of public utilities and the planning of urban and rural development.¹³⁸

123. La facultad discrecional del Estado es indiscutible cuando se trata de regular la protección al ambiente. Así lo ha señalado el Profesor Sornarajah:

There is general acceptance that a state has a right to cancel agreements or investment projects which cause significant environmental harm. The right flows not only from the sovereignty of the state to protect its territory from environmental harm but also from the fact that in modern international law, a state is a repository of the right to safeguard the environment in the interests of mankind. The evolution of this higher right justifies a state's right to protect the environment.¹³⁹

1. Tecmed no tenía una expectativa legítima para operar el confinamiento de Hermosillo en el largo plazo

124. El hecho de que este es un negocio altamente regulado guarda relación con otro aspecto determinante de la norma legal a aplicarse —la expectativa legítima del inversionista. Al momento de su inversión, Tecmed sabía que existían riesgos sustanciales, y los asumió.

125. Al inicio de este escrito y en las páginas 112 a 116 del Escrito de Contestación a la Demanda, la demandada desarrolló de manera extensa la naturaleza del negocio de confinamiento de residuos peligrosos. El negocio en México no es distinto que en España o el resto del mundo. Las legítimas expectativas de la actora estaban definidas por:

- el hecho de que se trata de un sector altamente regulado en México como en el resto del mundo;
- la naturaleza del negocio y su expectativa real de que los riesgos del negocio —el que pudiese surgir oposición “civil, política, comunitaria, militar, legislativa, académica o ambiental” que por sí misma pudiera impedir la operación comercial o poner en

138 OPPENHEM'S INTERNATIONAL LAW § 407 (9^a ed., vol. 1, 1996), pp. 911-912

139 SORNARAJAH, *op. cit.*, p. 108.

riesgo el adecuado funcionamiento actual o futuro de la planta¹⁴⁰ — se pudiesen actualizar, tal como sucedió;

- la concurrencia de intereses divergentes en la materia ambiental en general, pero particularmente en la de los desechos tóxicos.
- que, a la entrada en vigor del APPRI, contaba con una autorización anual para operar el confinamiento, que quedó sujeta a renovación con objeto de que la autoridad ambiental pudiese verificar el estricto cumplimiento con sus términos.

126. Desde finales de 1997 Cytrar, S.A. de C.V. demostró sus legítimas expectativas cuando aceptó e hizo público su compromiso para reubicarse en el término de un año¹⁴¹, dados los crecientes problemas que enfrentaba el confinamiento. De hecho, con el transcurso del tiempo sus expectativas legítimas de operación del confinamiento fueron reduciéndose, aún antes de que el INE considerara la solicitud de renovación y pese a que las autoridades mexicanas combatieron la oposición por la vía legal y la negociación. Su mejor expectativa es que tendrían que reubicarse y absorber la mayor parte de los costos asociados con esa reubicación con el apoyo de las autoridades mexicanas que, en efecto, se les dio.¹⁴²

2. México no es responsable de las circunstancias que llevaron a la no renovación.

127. El Estado mexicano no ocasionó la situación que enfrentó el confinamiento a lo largo de 1998 y que tuvo que tomar en consideración al momento de emitir resolver sobre la renovación

140. Cf. la propuesta de Tecmed de México, Anexo D 38, numeral 1.3. y el testimonio del Ing. Diez Canedo durante la audiencia, ya referido (nota de pie de página No. 5).

141. Véase el comunicado que dirigió el Ing. Diez Canedo a la comunidad de Hermosillo, publicado en los diarios locales el 16 de marzo de 1998, en el que refiere al compromiso de reubicar el confinamiento (Anexo D111) y el testimonio respectivo del Ing. Diez Canedo durante la audiencia (transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, pp. 29, reverso, a la 30, reverso). En diversas comunicaciones a autoridades mexicanas, el Ing. Diez Canedo informa que desde finales de 1997, días después de haber obtenido una nueva autorización anual, Cytrar, S.A. de C.V. había aceptado reubicarse (carta del 25 de junio de 1998 al Presidente del INE, Anexo A49, carta del 15 de julio de 1998 a la Dra. Cortinas, Anexo A50, carta del 9 de noviembre de 1998 al Gobernador de Sonora, Anexo A148).

142. Para finales de 1998 el INE había ubicado quince sitios aptos, de los cuales preseleccionó tres como idóneos (Anexo D162). Antes de que se negara la renovación de la autorización para operar, el Ing. Diez Canedo confirmó que los sitios eran adecuados y que podrían reubicarse a cualquiera de ellos (Anexo D148).

de la autorización para operar. No puede presumirse que las autoridades mexicanas podían ignorar esas circunstancias. Por otro lado, ni las acciones de la comunidad, ni la de las organizaciones civiles, ni las de los medios de comunicación, ni las de Cytrar, S.A. de C.V. le son imputables.

IV. DAÑOS

128. La parte demandada reitera su solicitud al Tribunal contenida en la parte IV del Escrito de Contestación a la Demanda.¹⁴³

129. La demandada sostiene que, en cualquier caso, una compensación por daños debe tomar en cuenta que la actora había, en repetidas ocasiones, anunciado su acuerdo de reubicar el confinamiento a un nuevo sitio, y se había comprometido a absorber todos los costos de la reubicación e, inclusive, a trasladar todos los residuos peligrosos ya confinados en ese lugar. En noviembre de 1998, la actora tenía como expectativa poder operar el confinamiento sólo por unos meses más y, en el mejor de los casos, por un año más, es decir hasta noviembre de 1999, mientras continuaba la búsqueda de un nuevo sitio para su reubicación. En este supuesto, los daños que se pudieran resultar deben ser equivalentes a las utilidades que Cytrar S.A. de C.V. hubiera podido obtener en un año de operación. De acuerdo con el dictamen de FGA, esta cantidad ascendería a \$314,545.00 dólares¹⁴⁴.

130. En la alternativa, al calcular el valor de Cytrar, S.A. de C.V. el Tribunal debe considerar la intención absoluta de la actora de reubicarse, en otras palabras, el hecho de que la actora estaba dispuesta a abandonar el confinamiento y asumir todos los costos de reubicación, tanto los de construcción del nuevo confinamiento como los de remoción de los residuos ya confinados en el de Hermosillo, lo que confirma que la actora consideraba que ese confinamiento tenía un valor mínimo dado el problema socio-político que se había suscitado.

131. Cytrar, S.A. de C.V. sabía que el confinamiento de Hermosillo ya no era viable. Cualquier comprador potencial habría conocido este hecho.

132. El gobierno de México no ha realizado expropiación alguna. Los problemas suscitados están directamente vinculados con el sitio específico en el que se encontraba el confinamiento. De hecho, Cytrar, S.A. de C.V. hoy en día podría operar otros confinamientos en otros sitios. La

143. Véase el Escrito de Contestación a la Demanda, párrafo 585.

144. Véase el Análisis y Valuación de Cytrar, S.A. de C.V. elaborada por FGA, Anexo D 173.

inversión de Tecmed en Cytrar, S.A. de C.V. no se ha afectado, Tecmed sigue siendo el dueño de todos los bienes tangibles e intangibles de Cytrar, S.A. de C.V.

133. Cytrar, S.A. de C.V. conserva el *Know-How* y el *Goodwill*, los cuales, de acuerdo con el testimonio del Sr. Pérez de Vega en la audiencia, representan más del 85% del valor justo de mercado de la empresa¹⁴⁵.

134. Por otra parte, el valor real de los activos físicos tales como el terreno, la maquinaria, etc., está claramente expresado en los estados financieros de la compañía en el renglón de Activo Fijo: Inmuebles, maquinaria y equipo. De acuerdo con el dictamen de auditoría de Mancera, Ernst & Young ese valor es de 10,207,382 pesos (que equivale a 1.085 millones de dólares).

A. Derecho aplicable

135. La jurisprudencia internacional relevante indica de manera constante que una empresa debe contar con un periodo razonable y rentable de operación para que un tribunal arbitral pueda otorgar daños con base en las utilidades futuras no percibidas, como en el caso del análisis de flujo de caja descontado. La empresa debe tener, cuando menos, dos o tres años de operación en el mercado relevante. Los casos *Benvenuti and Bonfant Srl. v. The Government of the People's Republic of Congo*, *AGIP SPA v. The People's Republic of Congo*, y *Asian Agricultural Products v. Sri Lanka*, *Sola Tiles, Inc. v. The Islamic Republic of Iran* citados por la demandada en su Escrito de Contestación a la Demanda fortalecen este punto.¹⁴⁶

136. Cytrar, S.A. de C.V. operó aproximadamente 30 meses; apenas 6 meses más del mínimo requerido para poder contar con una historia operativa y, conforme al derecho aplicable, se pueda establecer un análisis de flujo de caja descontado. La dificultad en este caso es que la actora no basa su flujo de caja proyectado en los datos históricos de Cytrar, sino en proyecciones que suponen que los costos se verían reducidos en un 80% en el primer año proyectado (es decir lo

145. Testimonio del Sr. Pérez de Vega en la audiencia, transcripción del día jueves 23 de mayo de 2002, p. 31.

146. Véase el apartado IV, Defensa a la Reclamación de Daños, del Escrito de Contestación a la Demanda.

proyectado para 1999), y con precios que se verían triplicados en 2001, a sólo dos años de que la autorización de operación no fue renovada.

137. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos señaló en el caso *Phillips Petroleum v. Irán*: “cualquier... análisis de un activo que genera utilidades... debe involucrar una valuación cuidadosa y realista del potencial de generación de utilidades del activo durante el periodo de su vida útil” y “debería también involucrar una evaluación del efecto en precios de cualquier riesgo que pudiera ser percibido por un comprador razonable en la fecha en cuestión...”.

B. La evidencia de la actora

138. La parte demandada solicita respetuosamente a este Tribunal que analice el dictamen de FGA, en que se revisa con detalle el informe de valoración presentado por la actora, y explica por qué las proyecciones contenidas en él no son realistas, sino más bien incongruentes con los hechos y circunstancias de este caso, y del sentido común.

139. Es importante señalar que el informe de valoración que presenta la actora es más notorio por lo que no dice, que por lo que realmente dice:

140. No dice cómo es que Cytrar incrementaría su precio promedio ponderado de 106 dólares por tonelada en 1998 a 270 dólares por tonelada en el año 2000. Al respecto, el Sr. Pérez de Vega durante la audiencia intentó explicar este punto al presentar una serie de facturas expedidas por RIMSA, las cuales señaló como la base para justificar que los precios de Cytrar se hubieran triplicado en dos años si hubiera continuado en operación. El testimonio del Ing. Lars Christianson presentado por la demandada, demuestra que esas facturas, en todo caso, sólo confirman que los precios utilizados por FGA son correctos, y que son idénticos a los que hoy día cobra RIMSA —único proveedor del servicio actualmente.

141. No señala cómo hubieran disminuido los costos de operación de Cytrar en solo un año a partir del promedio histórico de los tres años anteriores; reducción que va de un 87% a un 11% en 1999, equivalente a casi un 90% menos. El primer intento de ofrecer una explicación al respecto, lo escuchamos del Sr. Pérez de Vega cuando declaró que había calculado los costos futuros de la compañía; sin embargo, no aportó registro alguno esos cálculos CON su informe, ni

es evidencia que obre en el expediente de este caso. Tampoco se le proporcionó a la demandada cuando lo solicitó a la actora.

142. No especifica la tasa de descuento que utilizó, no obstante su obvia importancia obvia en un modelo de valuación de flujo de caja descontado. Este elemento fue introducido por primera vez en la audiencia cuando la Lic. Mercedes Fernández así se lo sugirió al Sr. Pérez de Vega, preguntando si la tasa utilizada era del 10.55%.¹⁴⁷

143. Además los testimonios del Ing. Polanco y del Ing. Diez Canedo contradicen claramente los argumentos vertidos por el Sr. Pérez de Vega en la audiencia, respecto a que:

144. el confinamiento fue comprado a un precio muy bajo debido a que el municipio no sabía el valor real del activo que estaba vendiendo. Al respecto específicamente el Ing. Diez Canedo dijo:

SEÑOR DIEZ-CANEDO RUÍZ: Nosotros nos enteramos de que compramos las bases tres empresas, una de ellas era americana llamada BFI, de la otra no supe el nombre pero supuestamente era local, y nosotros.

Nosotros llegamos a presentar nuestra oferta sabiendo que cualquiera de las otras dos iban a presentar ofertas...¹⁴⁸

[Énfasis propio]

145. Cytrar, S.A. de C.V. podía subir sus precios a su voluntad porque había una gran demanda para confinar residuos peligrosos;

146. Cytrar, S.A. de C.V. podía decrecer sus costos de operación en más de 80% dada la eficiencia en la administración de la empresa.

147. Transcripción del día jueves 23 de mayo de 2002, p. 18

SEÑORA FERNÁNDEZ: En su informe de valoración recogen una tasa de descuento de 10,55 por ciento en moneda nominal. ¿Es así?

SEÑOR PÉREZ DE VEGA: Sí.

148. Testimonio de Enrique Diez Canedo en la audiencia, transcripción del día martes 21 de mayo de 2002, p. 46.

147. La actora no ha presentado evidencia directa alguna que soporte los argumentos que el Sr. Pérez de Vega sostuvo en la audiencia. FGA analizó el paquete de facturas presentadas en la audiencia por el perito, y confirma que los precios que FGA utilizó son los correctos.

148. La demandada sostiene su objeción a la nueva evidencia introducida por la actora —17 facturas expedidas por RIMSA a Cytrar, S.A. de C.V. y 12 facturas expedidas por Cytrar, S.A. de C.V. en 1997 y 1998— porque no tuvo oportunidad durante la audiencia de responder adecuadamente a ésta nueva evidencia.

149. La parte demandada posteriormente solicitó información a RIMSA en relación con el contenido de dichas facturas, y obtuvo una lista de precios de RIMSA que refuta la pretensión del Sr. Pérez de Vega de que estas facturas soportan su proyección de que Cytrar, S.A. de C.V. hubiera podido triplicar sus precios en los dos años de operación siguientes. Al día de hoy, los precios de RIMSA no son mayores que los precios de Cytrar, S.A. de C.V. en 1998. El Ing. Lars Christianson confirma y demuestra en su testimonio que utilizar estas facturas como base para las proyecciones del Sr. Pérez de Vega y triplicar los precios para el año 2000 es incorrecto.

150. Por el contrario, la evidencia entregada por la demandada en su Escrito de Contestación a la Demanda es perfectamente correcta —en cualquier caso, ha habido un decrecimiento en los precios de confinamiento de residuos peligrosos desde 1998.

151. Un punto en el que las partes están de acuerdo es en la definición del valor justo de mercado¹⁴⁹.

152. El Ing. Lars Christianson valuó Cytrar, S.A. de C.V. teniendo en cuenta estos requerimientos. Su valuación a través del método de flujo de caja descontado utilizó los datos históricos comprobables de Cytrar, S.A. de C.V., como un comprador informado lo hubiera hecho, y la jurisprudencia relevante lo señala, y lo ha hecho de tal forma que sea completamente justo para la actora:

149. “... el justo valor de una transacción entre un libre comprador y un libre vendedor, teniendo ambos conocimiento de todos los hechos pertinentes y sin actuar, en ningún caso, bajo presión indebida.” American Appraisal México, Certificado de Valoración, Pág. 2.

153. ha utilizado el promedio ponderado de los precios de Cytrar en 1998 que, además, la evidencia demuestra son los mismos que RIMSA utiliza el día de hoy;

154. ha aceptado los volúmenes de operación proyectados por AA, que implica que el volumen de operación se triplica en un periodo de 9 años, por lo que no puede haber ningún desacuerdo en que no se hubiera tomado en cuenta el posible y supuesto incremento de la demanda por este tipo de servicios.

155. ha utilizado los costos promedio de venta de los tres años de operación del confinamiento, es decir un 67%, considerablemente menor al de la industria en los Estados Unidos que es de 79%, y menor al que TECMED logra en su operación global que es de 90%.¹⁵⁰

156. ha proyectado costos para Cytrar que le otorgan un margen de utilidad superior al que Tecmed en todo su conjunto obtiene. El conjunto de todas las operaciones de Tecmed tiene un margen de utilidad que apenas alcanza el 9%, FGA proyecta un margen de utilidad del 19% para Cytrar.

157. El Ing. Christianson esta en desacuerdo con el informe de AA en cuanto un aspecto importante, la tasa de descuento. AA utiliza una tasa de 10.55% —dato que no se encuentra en ninguna parte del informe de AA, como tampoco se encuentra la base para su cálculo—, cuando se trata de una tasa real del 6.5%, dado que incorpora la inflación.

158. La tasa de descuento utilizada por el Ing. Christianson se basa en un análisis profundo de las circunstancias del mercado mexicano, aunado a su experiencia y juicio¹⁵¹. Al utilizar una sensibilidad en la tasa de descuento, le permite tener dos escenarios con tasas del 15% y el 20%,

150. El EBIT de Grupo Tecmed en 1998 era igual a 9.86% sobre ventas. Testimonio del Ing. Lars Christianson en la audiencia, transcripción del día miércoles 22 de mayo de 2002, p. 48:

“SEÑOR CHRISTIANSON: La utilidad de inversión —lo que ustedes llaman beneficio de explotación—, la proyectamos nosotros en un orden de magnitud del 12 o 14 por ciento cuando TECMED en España tiene 8 o 9 por ciento y cuando las compañías similares en otras partes del mundo están en esas cifras.”

[Énfasis propio]

151. Sus más de 30 años de trabajo en la industria química en México, su experiencia como parte de los consejos de administración de dos importantes bancos mexicanos, además de la invaluable experiencia como banquero de inversión, aunado a la experiencia de sus colegas en FGA.

respectivamente. La parte demandada ha señalado que estas tasas son las que se deben aplicar en el periodo en cuestión, si se tiene en cuenta que en noviembre de 1998 la tasa de interés líder en México (CETES—Certificados de la Tesorería de la Federación) era de 33% y la Tasa de Interés Interbancaria de Equilibrio (TIIE), de 35%¹⁵².

C. Comparación con la realidad

159. La parte demandada ha señalado que los \$52 millones de dólares, que AA afirma era el valor de mercado de Cytrar S.A. de C.V. en noviembre de 1998, representan más de 20 veces lo que Tecmed de México ofreció en su propuesta en efectivo en la subasta pública en la que adquirió el confinamiento en 1996. Este valor es más de 30 veces mayor al precio pagado por el confinamiento si se compara contra el mejor año de ventas de Cytrar S.A. de C.V., y es más de 220 veces mayor que las mejores utilidades netas que obtuvo la empresa durante los tres años que operó el confinamiento. Este punto no ha sido rebatido por la actora.

160. La parte demandada también ha señalado que el valor en libros de Cytrar S.A. de C.V. es de tan solo 3.8 millones de dólares, de los cuales 1.085 millones están asignado a activos tangibles y más de dos millones de dólares a activos intangibles.

161. El Tribunal recordará que la oferta de Tecmed de México para adquirir el confinamiento en febrero de 1996 contenía tres propuestas:

- 2.6 millones de dólares en efectivo;
- 1.3 millones de dólares en efectivo más un pago en forma de servicios de construcción y operación por la celda del relleno sanitario de 3.2 millones de dólares, pero para adquirir el confinamiento y la concesión para la explotación del relleno sanitario; y
- 1.3 millones de dólares en efectivo más un pago en forma de servicios de construcción y operación de 6.4 millones de dólares para adquirir el confinamiento y la concesión de explotación (operación) del relleno sanitario.

152. INEGI —Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática. Indicadores Financieros. Tasas de Interés, Costos de Captación Bancarios y Rendimiento en CETES. Nov-98.

162. Debe asumirse que Tecmed de México actuó de manera racional, y que por tanto el verdadero valor de su segunda propuesta, que fue la aceptada por el Ayuntamiento, es equivalente a su oferta en efectivo.

163. En otras palabras, los servicios que Tecmed de México ofreció prestarle al Ayuntamiento en relación con el relleno sanitario sólo valían 9.5 millones de pesos (1.2 millones de dólares) y no el valor reflejado en su propuesta de 24 millones de pesos (3.2 millones de dólares). Tecmed anticipó que obtendría otro beneficio por el aparente pago adicional de aproximadamente 14 millones de pesos (1.8 millones de dólares), lo cual es congruente con la evidencia ante este Tribunal.

164. El valor real de Cytrar, S.A. de C.V. en el momento de la adquisición era de aproximadamente 2.5 millones de dólares, de manera que su valor al día de hoy debería ser considerado bajo el mismo parámetro —en 1998 el valor tenía que ser forzosamente menor de lo pagado en la subasta pública. El Tribunal debe recordar que la capacidad de confinamiento de Cytrar, S.A. de C.V. estaba limitada a 9 celdas y, en 1998, ya había utilizado dos de ellas. Su capacidad de confinamiento había disminuido en un 15% aproximadamente con respecto a 1996. Es decir, en 1998 se hubiera vendido un “automóvil usado”, que obviamente vale menos que uno “nuevo”.

165. Por otra parte, y aunque ambos peritos económicos coinciden en que no es comparable la operación de Cytrar, S.A. de C.V. con RIMSA, dada la superioridad exponencial de la segunda tanto en tamaño físico de las instalaciones (RIMSA cuenta con un terreno de más de 1,500 hectáreas, mientras que Cytrar tiene un terreno de tan sólo 27 hectáreas), capacidad tecnológica (RIMSA es un CIMARI), ubicación, etc.¹⁵³, RIMSA fue adquirida en noviembre del 2000 por la

153, Testimonio del Ing. Lars Christianson en la audiencia, transcripción del día miércoles 22 de mayo de 2002, p. 41:

SR. CHRISTIANSON: ...En primer lugar, sólo ha habido una adquisición de una empresa de este tipo en México en los últimos años, y esa fue una adquisición de la que no tenemos todos los detalles.

Segundo, la empresa que se vendió no era comparable a CYTRAR, un orden de magnitud totalmente diferente: mucho más grande.

Testimonio del Sr. Pérez de Vega, transcripción del día jueves 23 de mayo de 2002, p. 4Ñ

Continúa en la página siguiente

empresa francesa Vivendi por un monto total de 48 millones de dólares¹⁵⁴, lo cual constituye sólo el 92% del valor asignado por AA al confinamiento Cytrar. Por tanto, resulta claro que cualquier comprador informado no hubiera ofrecido una cantidad tan alta y ridícula por Cytrar, cuando por menos podría comprar RIMSA.

D. La perspectiva del comprador informado

166. El Tribunal debe situarse en la posición del comprador informado y preguntarse si, una vez considerados los siguientes puntos, estaría dispuesto a pagar 52 millones de dólares por el confinamiento de Cytrar, S.A. de C.V.:

167. Pensar que Tecmed obtuvo el confinamiento a un precio de ganga ya que el Ayuntamiento no sabía lo que estaba vendiendo. En este sentido es importante indicarle al Tribunal, que la literatura económica demuestra que las subastas públicas son una manera eficiente de obtener el precio de mercado del bien subastado. Además, en estudio específico para el caso mexicano¹⁵⁵, se ha demostrado que en las subastas públicas, en las que existe la posibilidad de participación de varios postores, se logra que el precio ofrecido conlleve un mayor premio.

Continúa de la página anterior

SR. PÉREZ DE VEGA: No se puede utilizar el *market approach* porque no tenemos elementos que nos permitan identificar una operación similar en México, bien porque no han existido o bien porque los pocos que han existido se desconoce su valor o el tamaño de la operación es muy diferente a lo que estaba operando y estaba diseñando Cytrar.

154. Waste Management, Inc., QUARTERLY REPORT PURSUANT TO SECTION 13 OR 15(d) OF THE SECURITIES EXCHANGE ACT OF 1934, For the Quarterly Period Ended September 30,2000, p. 9 (www.wm.com).

On August 31, 2000, the Company announced that its wholly-owned subsidiaries had entered into agreements to sell its waste services operations in Hong Kong and its hazardous waste facility in Mexico to a subsidiary of Vivendi for approximately \$120 million and \$48 million, respectively.

[Énfasis propio]

155. Lopéz de Silanes, Florencio, *Determinants of Privatization Prices*, Quarterly Journal of Economics, November, 1997. Abstract.

...The data, gathered from primary sources, encompass 361 privatized Mexican companies in 49 four-digit industry codes... Overall, the results show increased premia for government actions that stimulate bidder participation and expedite the privatization process.

168. Pensar que ahora Cytrar vale mucho más de lo que valía en 1996, simplemente porque Tecmed, al utilizar su experiencia y sus conocimientos administrativos, que siguen siendo de ella, estableció una empresa comercialmente viable que se hubiera convertido en un negocio altamente rentable —casualmente justo a partir de 1999— por medio del simple incremento de sus precios y por la simple reducción de sus costos de operación en más del 80%.

169. El Tribunal debe pensar que todo comprador informado hubiera tomado en cuenta las siguientes consideraciones:

170. Los estados financieros señalan resultados económicos variables durante los tres años de operación, teniendo un ingreso pequeño durante 1996 y 1997 y presentando una pérdida durante 1998.

171. El 12% de la capacidad total de confinamiento se utilizó durante los 30 meses de operación de Cytrar, reduciendo, por tanto, su valor en manera proporcional.

172. Cytrar, S.A. de C.V. tenía una licencia de operación con vigencia anual que, para su renovación, requería del estricto cumplimiento con la normatividad aplicable, y que en 1998 tenía graves problemas de cumplimiento.

173. Cytrar, S.A. de C.V. enfrentaba una persistente y profunda oposición social, por lo que anunció públicamente su compromiso de reubicar sus instalaciones, asumiendo todos los costos relacionados con dicha reubicación.

174. Es claro que el desarrollo de Cytrar, S.A. de C.V. de 1996 a 1998 no fue mejor de lo que Tecmed hubiera esperado cuando en 1996 ofreció 2.6 millones de dólares para adquirirlo en una subasta pública. En realidad, el desarrollo del negocio fue bastante modesto y sus relaciones públicas fueron desastrosas.

175. Las proyecciones del Sr. Pérez de Vega utilizadas para llegar a la conclusión de que Tecmed deber de obtener una cantidad 20 veces superior de la que ofreció y que pagó por un activo que operó por 2 años y medio, es para Tecmed el tipo de negocio con el que todos soñamos. Este valor es equivalente a las ventas que tuvo todo el Grupo Tecmed en 1998. Para llegar a él se utiliza una tasa de retorno que difícilmente puede ser encontrada, ni siquiera en los

negocios más especulativos como el Petróleo, la explotación de minas o el desarrollo científico. Los argumentos del Sr. Pérez de Vega no representan la realidad en las circunstancias de este caso y deben ser rechazados por completo.

176. Cabe señalar que un comprador informado hubiera tenido conocimiento, tal como lo declaró el Sr. Pérez de Vega¹⁵⁶, de que en un mercado de “*commodities*” los precios los fija el cliente (o dicho de mejor manera, el “mercado”), la empresa, por tanto, no fija ni puede de ninguna manera subir los precios. Este presupuesto no sólo es aceptado en el ámbito de valuación o de contabilidad, sino que es un fundamento primordial de la teoría económica universal.

156. Testimonio del S. Pérez de Vega en la audiencia, transcripción del día jueves 23 de mayo de 2002, p. 17: Pero en una empresa donde esto es un *commodity*, y está claro que esto es así, es decir donde el cliente elige en función del precio porque el servicio es muy estándar en todas las empresas... pero, indudablemente, en condiciones normales de mercado, el público y los clientes escogen por menor precio, combinando el precio de venta con el costo de transporte.
[Énfasis propio]

E. Conclusiones

177. La demandada advierte al Tribunal, que su mandato no es buscar un punto medio entre las partes con respecto a sus diferentes posiciones, sino decidir el caso de conformidad con el derecho internacional bajo las bases de evidencia válida y probada que se encuentre de manera justa ante este Tribunal.

178. Además, es importante señalar que Cytrar, S.A. de C.V. no ha sido expropiada, y todos sus activos —tangibles e intangibles— siguen siendo propiedad de su accionista mayoritario: Tecmed.

179. Por ello, y considerando que la empresa había desde noviembre de 1997 aceptado reubicarse, los daños no pueden exceder las expectativas de ingreso de un año adicional de operación, es decir los 314,545 dólares.

180. De acuerdo con el método de flujos de caja descontados, la parte demandada sostiene que toda la evidencia sugiere que los daños deben fluctuar en el rango de los 1.5 a 2.5 millones de dólares, tal como lo establece el dictamen de FGA.

181. El derecho internacional establece que el análisis del valor por el método de flujos de caja descontados debe apegarse estrictamente a los resultados históricos de la empresa. Por tanto, el Tribunal debe basar su análisis en los resultados de Cytrar tal como lo hace el dictamen de FGA y no en la serie de proyecciones especulativas utilizadas por AA para inflar el valor del confinamiento.

182. Un simple análisis de los hechos demuestran que la pretensión de la actora de que el valor justo de mercado de Cytrar, S.A. de C.V. en noviembre de 1998 era de 52 millones de dólares es ridícula.

183. Por todo lo anteriormente expuesto, la demandada reafirma su solicitud al Tribunal para que deseche la reclamación de la actora en su totalidad, y la condene al pago de costas.

Todo lo cual se somete respetuosamente a su
consideración:

(firma en el original)

Hugo Perezcano Díaz
Consultor Jurídico y Representante Legal
de la parte demandada,
los Estados Unidos Mexicanos

31 de julio de 2002