

Fecha de envío a las partes: 16 de diciembre de 2002

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

MARVIN FELDMAN

contra

MÉXICO

CASO N° ARB(AF)/99/1

LAUDO ARBITRAL

Presidente : Prof. Konstantinos D. KERAMEUS

Miembros del Tribunal : Sr. Jorge COVARRUBIAS BRAVO
Prof. David A. GANTZ

Secretario del Tribunal : Sr. Alejandro A. ESCOBAR
y Sra. Gabriela ALVAREZ AVILA

En relación con el Caso N° ARB(AF)/99/1,
entre el Sr. Marvin Roy Feldman Karpa,
representado por
Sr. Mark B. Feldman, Sra. Mona M. Murphy y Sr. Douglas R.M. King
del estudio jurídico Feldman Law Offices, P.C. (anteriormente, Feith & Zell,
P.C.) y Sr. Nathan Lewin y Sra. Stephanie Martz del estudio jurídico Miller,
Cassidy, Larroca & Lewin, L.L.P.

y
los Estados Unidos Mexicanos,
representados por el Lic. Hugo Perezcano Díaz, Consultor Jurídico Subsecretaría
de Negociaciones Comerciales Internacionales
Secretaría de Economía

EL TRIBUNAL,
integrado en la forma antes señalada,
dicta el siguiente Laudo Arbitral:

INDICE DE MATERIAS

Página.

A	Introducción y Síntesis de la Controversia	1
B	Representación.....	1
C	Convenio de arbitraje	1
D	Hechos y argumentos	2
E	Procedimiento	9
F	Jurisdicción	15
F.1	Legitimación.....	16
F.2	Prescripción del plazo.....	17
F.3	Admisibilidad de una reclamación adicional en virtud del Artículo 1102 del TLCAN.....	17
F.4	Pertinencia de las reclamaciones anteriores a la entrada en vigor del TLCAN	18
G	Cuestiones adicionales de jurisdicción.....	18
G.1	Estoppel en relación con el plazo de prescripción y el fundamento de la reclamación.....	18
G.2	Agotamiento de los recursos internos	25
G.3	Análisis	27
G.4	Otras restricciones jurisdiccionales.....	31
H	Fondo.....	35
H.1	Expropiación: Visión de conjunto de las posturas de las partes contendientes.....	35
H.2	Ley aplicable: Artículo 1110 del TLCAN y el derecho internacional.....	39
H.3	Actos del Demandado considerados una expropiación conforme al Artículo 1110	45
H.3.1	Muchos problemas comerciales no constituyen expropiaciones	48
H.3.2	Exportaciones del mercado gris y el derecho internacional	50
H.3.3	Requisitos que consistentemente se han mantenido en el Artículo 4(III) de la Ley del IEPS ...	51
H.3.4	Utilidad Pública.....	63
H.3.5	No discriminación.....	64
H.3.6	Debido Proceso/Trato Justo y Equitativo/Denegación de Justicia	65
H.3.7	El Demandante ejerce el control de CEMSA.....	67
H.3.8	Otros decisiones vinculados al TLCAN	68
I	Trato nacional (Artículo 1102 del tlcán).....	72
I.1	Puntos de vista de las partes contendientes	73
I.2	Análisis del Tribunal.....	77

I.2.1	En circunstancias similares.....	79
I.2.2	La existencia de discriminación	81
I.2.3	Discriminación por motivos de nacionalidad.....	86
I.2.4	¿Requisito del inversionista más favorecido?	88
J	Daños.....	91
K	Costas y honorarios	98
L	Decisión.....	100

A INTRODUCCIÓN Y SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1. Este caso considera la controversia surgida en relación con la aplicación de ciertas leyes tributarias de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, “México” o “el Demandado”) sobre la exportación de productos tabacaleros de Corporación de Exportaciones Mexicanas, S.A. de C.V. (“CEMSA”), una compañía constituida en virtud de las leyes de México, de propiedad y bajo el control del Sr. Marvin Roy Feldman Karpa (en adelante, el “Sr. Feldman” o “el Demandante”), ciudadano de los Estados Unidos de América (los “Estados Unidos”). El Demandante, quien ha iniciado este procedimiento como inversionista único en representación de CEMSA, alega que la negativa de México a devolver los impuestos internos que gravan los cigarros exportados por CEMSA y su continuo rechazo del derecho de CEMSA a la devolución de tales impuestos sobre las futuras exportaciones de cigarros constituyen una violación de las obligaciones de México conforme al Capítulo XI, Sección A del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante, “TLCAN”). Específicamente, el Sr. Feldman alega que se han violado los Artículos 1102 (Trato nacional), 1105 (Nivel mínimo de trato) y 1110 (Expropiación e indemnización) del TLCAN.¹ México niega tales afirmaciones.

B REPRESENTACIÓN

2. En las presentes actuaciones, el Demandante está representado por el Sr. Mark B. Feldman, de Feldman Law Offices, P.C. (anteriormente, Feith & Zell, P.C.). El Demandado está representado por el Lic. Hugo Perezcano Díaz, Consultor Jurídico, Subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales, Secretaría de Economía, Gobierno de México.

C CONVENIO DE ARBITRAJE

¹ Ver la Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje, presentada de conformidad con el Artículo 1119 del TLCAN, p.2. La Notificación de Intención también menciona el Artículo 1106 del TLCAN en relación con los requisitos de desempeño, pero las obligaciones que se derivan de esta disposición no fueron invocadas en la Notificación de la reclamación.

3. Esta controversia está sujeta a arbitraje de conformidad con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno de Canadá y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y que entró en vigor el 1º de enero de 1994.

4. El Artículo 1117 del TLCAN autoriza a un inversionista a entablar una reclamación contra un Estado parte del TLCAN en representación de una empresa de otra Parte del TLCAN que sea de propiedad o esté bajo el control del inversionista. Según el Artículo 1139 del TLCAN, “empresa de una Parte significa una empresa constituida u organizada de conformidad con la ley de una Parte [del TLCAN].”

5. El Artículo 1120 del TLCAN dispone que podrá iniciarse un procedimiento arbitral conforme a las Reglas del Mecanismo Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”), con las modificaciones introducidas por las disposiciones del Capítulo XI, Sección B del TLCAN, con la salvedad de que, o bien la Parte contendiente cuya acción presuntamente causó la violación mencionada en el Artículo 1117 (en este caso, México), o bien la Parte del inversionista (en este caso, los Estados Unidos), pero no ambas, es parte del Convenio del CIADI.² El Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, y no el Convenio del CIADI, resulta aplicable a este caso, ya que únicamente los Estados Unidos, como Parte del inversionista, pero no los Estados Unidos Mexicanos, como el Demandado en este caso, son Parte Contratante del Convenio del CIADI. Conforme al Artículo 1122(1) del TLCAN, conjuntamente con los Artículos 1116, 1117 y 1120, México consiente en someter a arbitraje las reclamaciones de inversionistas que sean nacionales de otro Estado Parte del TLCAN ya sea de conformidad con el Convenio del CIADI, el Reglamento del Mecanismo Complementario o las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.

D HECHOS Y ARGUMENTOS

6. En gran medida, la complejidad de este caso surge del desacuerdo de las partes en cuanto a los hechos. Los motivos son diversos. En primer lugar, hay casos en los que no existen registros por haber sido destruidos, ya que en la Secretaría de

Hacienda y Crédito Público (en adelante “SHCP”) los registros se destruyen al cabo de cinco años (memorial de contestación, par. 144); en segundo lugar, existen desacuerdos en cuanto a determinados hechos que el Tribunal no puede rectificar sobre la base del material presentado, ya sea porque la información no existe o porque el Demandado no ha podido o no ha estado dispuesto a producirla. Como resultado de ello, las “pruebas” presentadas por ambas partes constituyen en algunos casos una aseveración de la existencia de los hechos más que una prueba propiamente dicha. Esta sección resume lo que el Tribunal considera que son los hechos y las afirmaciones principales, e indica cuando los “hechos” corresponden al punto de vista de una de las partes. Todo ello se presenta con mayor detalle en las secciones pertinentes de este laudo.

7. El caso se ocupa de las devoluciones impositivas a que puede dar lugar la exportación de cigarros. En México, la Ley del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios (“IEPS”) grava la producción y venta de cigarros en el mercado local. En ciertas circunstancias, sin embargo, se ha aplicado una tasa cero a los cigarros que se exportan. De acuerdo con el Demandado, la Ley del IEPS “ha permanecido básicamente igual desde sus orígenes [en 1981], si bien la mecánica del impuesto ha cambiado en diversas ocasiones” (memorial de contestación, par. 85). Un análisis de las diversas versiones de la Ley del IEPS entre 1990 y 1999 confirma esta conclusión.

8. Según la Ley del IEPS de 1991, ciertas actividades generaban una obligación tributaria, entre ellas, la venta en el mercado local, la importación y exportación de los bienes enumerados en el Artículo 2, fracción I de la Ley. La Ley del IEPS también incluía la tasa correspondiente a cada producto. En el caso de las ventas locales y la importación de cigarros, la tasa fue del 139.3% entre 1990 y 1994, y del 85% entre 1995 y 1997 (Artículo 2). Sin embargo, la tasa del IEPS sobre la exportación de cigarros entre 1990 y 1997 fue del 0%. A partir de 1992, solamente pudieron acceder a una tasa del 0% las exportaciones a países no considerados jurisdicciones de baja imposición a los ingresos (paraísos fiscales); en general, son países con una tasa del impuesto sobre la renta que supera el 30%. En la mayoría de los casos, cuando se compraban cigarros en México a un precio que incluía el impuesto y, posteriormente,

² El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados fue abierto a firma el 18 de marzo de 1965 y entró en vigor el 14 de octubre de 1966.

esos cigarros eran exportados, podía devolverse el monto correspondiente al impuesto inicialmente pagado.

9. La empresa del Demandante, CEMSA, comenzó a exportar cigarros en 1990. De acuerdo con el Demandado, los registros muestran que la SHCP pagó al Demandante la totalidad de las devoluciones del IEPS correspondientes al ejercicio 1990-1991 (incluidos los montos correspondientes por inflación e intereses) y sólo rechazó el pago de los “costos financieros” exigidos, respecto de los cuales no existía ninguna disposición en el Código Fiscal (memorial de contestación, par. 142(b)). Mientras que el Demandante sostiene que, para 1991, CEMSA había establecido un negocio de exportación de cigarros, el Demandado alega que las solicitudes de CEMSA de devolución del IEPS en noviembre de 1990-1991 únicamente correspondían a exportaciones de cerveza y bebidas alcohólicas (memorial de contestación, par. 142(a)).

10. Según el Demandante, un productor autorizado de cigarros en México, Carlos Slim, "protestó [por las exportaciones del Demandante] y el gobierno tomó medidas administrativas y aprobó una legislación que impidió las devoluciones a CEMSA en 1991" (memorial, p. 2). Esta afirmación fue rebatida por el Demandado. Aparentemente, la legislación de 1991 había sido concebida para proporcionar devoluciones del IEPS a las exportaciones efectuadas por productores de cigarros (tales como Cigatam, una empresa supuestamente controlada por Carlos Slim), pero a la vez para denegarlas en el caso de exportaciones realizadas por revendedores de cigarros, tales como CEMSA (memorial, p. 2, memorial de contestación, par. 93). Las reformas introducidas en 1991 al Artículo 2, fracción III, especificaban que, conforme a los términos de la legislación aduanera, correspondía aplicar una tasa del 0% a las exportaciones definitivas realizadas por productores y envasadores de bienes, por empresas de comercio exterior, así como personas que celebraran contratos con productores y envasadores, inclusive para la venta al exterior, siempre y cuando cumplieran con ciertos requisitos emitidos por la SHCP (memorial de contestación, par. 93). El Demandante, en su carácter de revendedor, no cumplía con las condiciones exigidas para obtener devoluciones.

11. En febrero de 1991, el Demandante interpuso un juicio de amparo ante los tribunales de México impugnando la constitucionalidad del Artículo 2, fracción III,

en cuanto restringía la aplicación de la tasa impositiva del 0% únicamente a los productores y envasadores. En el amparo se argumentó que "estas medidas violaban el principio constitucional de "equidad tributaria" al excluir a los demás exportadores de la posibilidad de beneficiarse de la tasa del 0% (memorial de contestación, par. 102). En abril de 1991, el Tribunal Quinto de Distrito en materia Administrativa desestimó parcialmente el amparo de CEMSA, aunque también lo otorgó parcialmente, al manifestar que la SHCP no estaba facultada para emitir los reglamentos fiscales para 1991, cuestionados por CEMSA. La decisión fue apelada por ambas partes en mayo de 1991. En julio, CEMSA también presentó una denuncia penal contra los funcionarios de la SHCP responsables de la elaboración en 1991 de la iniciativa de reforma al Artículo 2, fracción III de la Ley del IEPS, por abuso de autoridad y coalición (memorial de contestación, par. 107).

12. Durante la tramitación del amparo, el Congreso mexicano introdujo una reforma a la Ley del IEPS, que entró en vigor el 1º de enero de 1992, en virtud de la cual se aprobaban las devoluciones del IEPS a todos los exportadores de cigarros y CEMSA pudo exportar cigarros con devoluciones durante la mayor parte de ese año. En efecto, esta nueva ley regresó el sistema en vigor en 1990, permitiendo la aplicación de la tasa del 0% a todas las exportaciones definitivas (memorial de contestación, par. 93). Hasta donde le ha sido posible determinar a este Tribunal, la legislación de 1992 se mantuvo sin cambios en todos los aspectos pertinentes a este caso hasta 1997.

13. Según el Demandante, después de que la Ley del IEPS fue reformada en 1992, el Demandante comenzó a exportar cigarros y a recibir devoluciones por dichas transacciones (memorial de contestación, par. 144, 146); esta afirmación no ha sido confirmada ni denegada por el Demandado, puesto que los registros fueron destruidos al cabo de cinco años, de conformidad con la política habitual de la SHCP (memorial de contestación, par. 144).

14. En enero de 1993, según el Demandante, el Demandado cerró por segunda vez el negocio de exportación de cigarros de CEMSA (memorial, p. 3), porque el Demandante no podía cumplir con otros requisitos de la Ley del IEPS (memorial de contestación, par. 151-152). Los motivos por los que el Demandante no podía presentar facturas resultan un tanto complicados.

15. La Ley del IEPS exige que los productores de cigarros abonen un impuesto del 85%, que luego es trasladado a los compradores cuando se lo incorpora al precio de compra (Artículo 8 de la Ley del IEPS). La base impositiva es el precio de venta al minorista y no se paga un impuesto adicional en la venta posterior (Artículo IV, fracción 8 de la Ley del IEPS). Para poder acceder a la devolución del impuesto, el IEPS sobre los cigarros debe constar "en forma expresa y por separado en las facturas" (memorial, p. 3; memorial de contestación, par. 89, par. 91). Esta exigencia requerida por el Artículo 4 de la Ley del IEPS, se aplica a todos los impuestos contemplados en la Ley del IEPS y no solamente a aquellos que gravan los cigarros. Sólo los productores, y no los revendedores, tienen acceso a obtener facturas con el impuesto trasladado expreso y por separado. CEMSA compraba los cigarros por volumen a minoristas, tales como Wal-Mart o el Sam's club (en vez de adquirirlos de los productores), a un precio que incluía el IEPS, pero no lo trasladaba expreso y por separado en la factura. Por lo tanto, CEMSA nunca pudo obtener facturas que trasladaran expreso y por separado el monto correspondiente al impuesto.

16. En agosto de 1993, la Suprema Corte de Justicia emitió su sentencia a favor de CEMSA, resolviendo por unanimidad que "las medidas que otorgan devoluciones del IEPS únicamente a los productores y a sus distribuidores violan los principios constitucionales de equidad tributaria y no discriminación" (memorial, p. 2; ver, asimismo, el memorial de contestación, par. 108). La Corte no argumentó ni falló explícitamente sobre ningún otro tema pertinente, tal como si el Demandante tenía derecho a percibir devoluciones pese a su imposibilidad de presentar facturas trasladaran expreso y por separado los montos correspondientes al impuesto.

17. Durante el período 1993-1995, el Demandado reconoció que CEMSA era un contribuyente con derecho a la tasa del 0% sobre sus exportaciones de cigarros, pero persistió en su exigencia de que el Demandante cumpliera con los requisitos de facturación establecidos en el Artículo 4 de la Ley del IEPS, aun cuando a CEMSA le era imposible cumplir con tales requisitos.

18. CEMSA asegura que hubo funcionarios mexicanos del área fiscal que en 1995-1996 le dieron al Demandante "garantías" de que percibiría las devoluciones

(memorial, p. 2) y alega que en 1995 se negoció un “acuerdo” verbal, el que fue confirmado y puesto definitivamente en práctica en 1996, que le permitiría a CEMSA reanudar sus exportaciones de cigarros en grandes cantidades en junio de 1996. Tal como se detalla en la Sección F5, el Demandado niega rotundamente la existencia de tal acuerdo y afirma que fue en cumplimiento de la decisión adoptada por la Suprema Corte en 1993 respecto del amparo que se le permitió al Demandante acceder a la tasa del 0% sobre sus exportaciones. Ninguna de las partes ha podido presentar pruebas concluyentes acerca de la existencia o no de tal acuerdo o entendimiento.

19. Independientemente de la existencia o no de un acuerdo, el Demandante alega que se le pagaron las devoluciones desde junio de 1996 a septiembre de 1997, lo que hace un total de dieciséis meses (memorial, pp. 2, 3). CEMSA aduce que durante esos dieciséis meses, "los funcionarios de la SHCP sabían que CEMSA estaba recibiendo devoluciones del IEPS sobre sus exportaciones de cigarros aun cuando no contaban con facturas que trasladaran expreso y por separado el impuesto" (memorial, p. 4). El Demandado replica que es una práctica normal de la SHCP pagar las solicitudes de devoluciones en cuanto le son presentadas, teniendo en cuenta que goza de facultades de auditoría sobre las declaraciones de IEPS para determinar si se han cumplido los requisitos exigidos por la ley. De acuerdo con el Demandante, "a fines de 1997, CEMSA representaba casi el 15% de las exportaciones de cigarros de México" (memorial, p. 4).

20. Sin embargo, esta situación no duró mucho tiempo. El Demandado finalmente canceló las devoluciones a CEMSA antes del 1º de diciembre de 1997. De acuerdo con el Demandante, esta medida se adoptó sin previo aviso (memorial, pp. 2, 4), y el Demandado se negó a pagar devoluciones por un valor de US\$ 2,350,000 que se adeudaban a CEMSA por concepto de exportaciones realizadas durante octubre y noviembre de 1997 (memorial, p. 4) .

21. A partir del 1º de diciembre de 1997, la Ley del IEPS fue reformada con el objeto de prohibir las devoluciones a revendedores de cigarros tales como CEMSA, limitando así el pago de los mismos a la “primera venta” realizada en México. Los Artículos 11 y 19 de la Ley del IEPS fueron reformados de modo tal que no se permitieran las devoluciones de impuestos sobre aquellas ventas subsecuentes a

aquellas realizadas al minorista. Estas reformas también impusieron a los exportadores de ciertos bienes, incluidos los cigarrillos, la obligación de inscribirse en el Padrón Sectorial de Exportadores para poder tener derecho a la aplicación de la tasa del IEPS del 0% sobre sus exportaciones. Posteriormente, de conformidad con la reforma de 1998, también se le negó a CEMSA el registro como exportador autorizado de cigarrillos y bebidas alcohólicas (memorial, p. 4; ver, asimismo, dúplica, par. 5). En ausencia de tal registro, las autoridades aduaneras de México dejaron de emitir el “pedimento de exportación”, documento exigido para poder exportar bienes desde México. El Demandado sostiene que esta negativa fue el resultado de una auditoría que se llevaba a cabo sobre las reclamaciones efectuadas anteriormente por CEMSA en relación con los reembolsos del IEPS.

22. El 14 de julio de 1998, la SHCP inició una auditoría de CEMSA y le solicitó pagar aproximadamente US\$25,000,000 por las devoluciones del IEPS que la SHCP alega había recibido el Demandante durante el período de veintiún meses transcurrido entre enero de 1996 y septiembre de 1997, con intereses y multas. Para evitar el decomiso y las sanciones penales por falta de pago, CEMSA impugnó la “solicitud” ante los tribunales mexicanos, proceso que aún está pendiente de resolución. Asimismo, presentó otra demanda, ya resuelta, en la que impugnó la negativa del Demandado a efectuar las devoluciones del IEPS correspondientes al período octubre-noviembre de 1997.

23. El Demandante no es el único revendedor/exportador de cigarrillos en México. El Demandante y el Demandado concuerdan en que existen al menos otras dos empresas, Mercados I y Mercados II, propiedad de los ciudadanos mexicanos mencionados (el “Grupo Poblano”), que son revendedores de cigarrillos en “circunstancias similares” a las de CEMSA (memorial de contestación, par. 460-470, 48). El Demandante sostiene que a dichas empresas mexicanas se les permitió obtener la devolución de impuestos sobre los cigarrillos exportados durante períodos en los que tales devoluciones le fueron negadas al Demandante, a pesar de que dichas empresas no pudieron exhibir las facturas necesarias con el monto de los impuestos trasladados expreso y por separado. El Demandado admite que existen al menos cinco compañías registradas como exportadoras de cigarrillos, pero no ha podido, o no ha querido, brindar información detallada sobre la situación de tales empresas o sobre su acceso a las

devoluciones de impuestos del IEPS. No obstante, el Demandado alega que el Demandante y el “Grupo Poblano” pertenecen efectivamente a la misma entidad comercial y, por lo tanto, no pueden ser comparados entre sí a los fines del trato nacional.

E PROCEDIMIENTO

24. Este procedimiento de arbitraje se inició el 30 de abril de 1999, cuando el Demandante, de conformidad con el Artículo 1120 del TLCAN, presentó una Notificación de arbitraje y una solicitud de aprobación de un acuerdo sobre acceso al Mecanismo Complementario al Secretario General del CIADI. El Demandante aseveró que las medidas adoptadas por México en este caso eran “equivalentes a una nacionalización o expropiación y constituían una denegación de justicia en violación de las normas y principios del derecho internacional y de los Artículos 1110 y 1105(1) del TLCAN”.³ El Demandante solicitó la siguiente reparación:

- (a) una declaración en el sentido de que México ha violado sus obligaciones para con Marvin Feldman al expropiar sus inversiones sin suministrarle una indemnización inmediata, adecuada y efectiva, y al negarse a brindarle a CEMSA un trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas;⁴
- (b) una orden dándole instrucciones a México de abonarle a Feldman US\$50,000,000, o aproximadamente \$475,000,000 de pesos mexicanos, más intereses sobre el laudo calculados a la tasa aplicable de interés; y
- (c) toda otra compensación legal y equitativa que se considere justa y merecida.

³ La Notificación de Arbitraje del Demandante, p. 5 (presentada el 30 de abril de 1999).

⁴ El Demandante también presentó posteriormente una solicitud de declaración en el sentido de que México había violado sus obligaciones de acordar a CEMSA un trato nacional conforme al Artículo 1102 del TLCAN.

El Secretario General Interino del CIADI aprobó el acceso al Mecanismo Complementario el 27 de mayo de 1999 y emitió un Certificado de Registro de la Notificación de Arbitraje en la misma fecha.

25. Se constituyó un Tribunal de arbitraje de conformidad con el Artículo 1123 del TLCAN y el Artículo 6 de las Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI (en adelante, las “Reglas de Arbitraje”). El Demandante designó al Profesor David A. Gantz (nacional de los Estados Unidos) y México designó al Sr. Jorge Covarrubias Bravo (nacional de México) en calidad de árbitros. A partir de una solicitud del Demandante conforme al Artículo 1124 del TLCAN y luego de una amplia consulta con las partes, el Secretario General del CIADI designó al Profesor Konstantinos D. Kerameus (nacional de Grecia) como Presidente del Tribunal. El 30 de julio de 1999, conforme al Artículo 1125 del TLCAN, el Demandante prestó su acuerdo por escrito a la designación de todos los árbitros. El 18 de enero de 2000, de conformidad con el Artículo 14 de las Reglas de Arbitraje, el CIADI informó a las partes que todos los árbitros habían aceptado sus designaciones y que, por consiguiente, se consideraba al Tribunal debidamente constituido y al proceso iniciado en esa fecha. Se designó en esa misma fecha al Sr. Alejandro A. Escobar, consejero jurídico principal del CIADI, para desempeñar la función de Secretario del Tribunal. Todas las comunicaciones escritas posteriores entre las partes debían hacerse a través de la Secretaría del CIADI.

26. Con el acuerdo de las partes, la primera reunión del Tribunal tuvo lugar en Washington, D.C., el 10 de marzo de 2000. Entre las cuestiones acordadas durante esa primera sesión, se determinó que los idiomas del procedimiento serían el inglés y el español. De conformidad con el Artículo 1130 del TLCAN y con los Artículos 20 y 21 de las Reglas de Arbitraje, el Tribunal emitió entonces la Resolución procesal N° 1, en virtud de la cual se determinó Ottawa, Provincia de Ontario, Canadá, como el lugar del arbitraje, sin perjuicio de que el Tribunal de Arbitraje se reuniese en cualquier otro lugar, con o sin la presencia de las partes, según resultara conveniente. Las partes estuvieron de acuerdo con esta determinación.

27. El 15 de febrero de 2000, el Demandante había presentado una solicitud para que se adoptaran medidas provisionales destinadas a salvaguardar sus derechos, a la cual contestó el Demandado el 6 de marzo de 2000. También se intercambiaron propuestas y observaciones relativas al calendario del procedimiento. Tras discusiones adicionales sobre tales cuestiones en su primera reunión del 3 de mayo de 2000, el Tribunal emitió la Resolución procesal N° 2, por la cual denegó, conforme al Artículo 1134 del TLCAN, la solicitud de adopción de medidas provisionales presentada por el Demandante. En la Resolución procesal N° 2, el Tribunal también fijó un calendario para la solicitud, entrega y producción de documentos, y para la presentación de un memorial y memorial de contestación, dejando expresa reserva de que las partes podían presentar una réplica y una dúplica.

28. En el contexto de las solicitudes de documentos de las partes, el Demandante presentó las comunicaciones del 23 de mayo, 20 de junio y 11 de julio de 2000, a las que el Demandado contestó mediante una comunicación del 11 de julio de 2000. En vistas de que las comunicaciones mencionadas planteaban “cuestiones jurisdiccionales que ambas partes desean que el Tribunal considere y decida antes del intercambio de los alegatos por escrito sobre el fondo,” el Tribunal emitió el 18 de julio de 2000 la Resolución procesal N° 3 por la cual se instruyó a las partes a intercambiar escritos sobre cuestiones preliminares de jurisdicción y suspendió el calendario fijado en la segunda orden procesal. Conforme a esta resolución, se solicitaba al Demandante presentar un memorial sobre cuestiones de jurisdicción, luego de lo cual el Demandado debía presentar un memorial de contestación, y a continuación las partes debían presentar simultáneamente toda otra observación que desearan plantear respecto de tales cuestiones de jurisdicción.

29. El 18 de julio de 2000, el Demandante solicitó la modificación de la Resolución procesal N° 3, solicitando que las cuestiones jurisdiccionales se unieran al fondo, que se reajustara el calendario de presentación de escritos sobre otros temas y que se ordenara la producción de documentos mientras se resolvían tales solicitudes. El 20 de julio de 2000, el Demandado contestó oponiéndose a la solicitud del Demandante de modificar la Resolución procesal N° 3.

30. En relación con la correspondencia entre el Demandante y el Demandado posterior a la emisión de la Resolución procesal N° 3, el 3 de agosto de 2000 el Tribunal dictó la Resolución procesal N° 4 en la que confirmó las directivas impartidas en la Resolución procesal N° 3 y fijó un calendario modificado para la presentación de escritos acerca de las cuestiones preliminares de jurisdicción.

31. Mediante comunicaciones del 15 de agosto de 2000, Canadá y los Estados Unidos solicitaron al Tribunal un plazo de 14 días, a partir del último escrito de las partes respecto de la jurisdicción, para presentar sus respectivas comunicaciones sobre las cuestiones jurisdiccionales, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 1128 del TLCAN. Mediante una carta fechada el 18 de agosto de 2000, el Demandado se refirió a dichas comunicaciones de Canadá y de los Estados Unidos y solicitó un plazo adicional para formular comentarios acerca de las comunicaciones presentadas conforme al Artículo 1128 del TLCAN, como también acerca de las observaciones adicionales del Demandante respecto de la jurisdicción. Mediante una carta del 21 de agosto de 2000, el Demandante se opuso a la modificación del calendario para la presentación de los escritos solicitada por el Demandado y el mismo día presentó su memorial sobre cuestiones jurisdiccionales, conforme a lo ordenado por el Tribunal.

32. Por carta del Secretario fechada el 24 de agosto de 2000, el Tribunal determinó que no era necesario modificar el calendario para la presentación de escritos establecido en la Resolución procesal N° 4, conforme a la cual “se ha brindado a las partes la oportunidad de presentar un segundo intercambio simultáneo de escritos acerca de las cuestiones preliminares a fin de abordar, en forma de explicaciones adicionales, los argumentos ya formulados.” Asimismo, el 24 de agosto de 2000, el Tribunal invitó a Canadá y a los Estados Unidos a efectuar sus presentaciones sobre cuestiones preliminares a más tardar el 6 de octubre de 2000, conforme al Artículo 1128 del TLCAN.

33. El 19 de agosto de 2000, el Demandado solicitó que el Tribunal ordenara al Demandante la producción de documentos relativos a las cuestiones preliminares respecto de las cuales las partes habían de presentar sus escritos. El 1° de septiembre de 2000, el Tribunal ordenó a ambas partes cumplir con prontitud con toda solicitud de producción de documentos que ellas consideraran de buena fe, y después de agotar

todos los esfuerzos admisibles y pertinentes y de otro modo inaccesibles a la parte que así lo solicitara.

34. El 8 y el 11 de septiembre de 2000 el Demandado presentó, respectivamente, las versiones en inglés y en español de su memorial de contestación sobre las cuestiones preliminares. El 13 de septiembre de 2000, en respuesta a una solicitud efectuada por el Demandante, el Demandado presentó una traducción al inglés de los Apéndices de su memorial de contestación.

35. El 22 de septiembre de 2000, las partes presentaron en forma simultánea sus observaciones adicionales sobre las cuestiones jurisdiccionales en inglés, y en español el 27 y 28 de septiembre de 2000, respectivamente. El 6 de octubre de 2000, Canadá y los Estados Unidos de América presentaron sus respectivas comunicaciones conforme al Artículo 1128 del TLCAN.

36. El Demandante, por carta del 6 de octubre de 2000, se opuso a lo que argumentó constituían dos nuevas mociones del Demandado en sus observaciones adicionales presentadas el 22 de septiembre de 2000 y que se referían a la producción de documentos y a la cuestión de la confidencialidad de las declaraciones públicas de las partes en relación con el caso. El 20 de octubre de 2000, el Demandado formuló observaciones acerca de las presentaciones de Canadá y los Estados Unidos de América, de la comunicación del Demandante de fecha 6 de octubre de 2000 y de las observaciones adicionales del Demandante del 22 de septiembre de 2000. El Demandado solicitó, asimismo, la celebración de una audiencia para considerar las cuestiones preliminares acerca de las cuales las partes presentaron sus escritos. El Demandante presentó una carta fechada el 24 de octubre de 2000 en la que se oponía a la celebración de dicha audiencia sobre cuestiones preliminares. El Tribunal resolvió no celebrar una audiencia para tratar dichas cuestiones.

37. El 6 de diciembre de 2000, el Tribunal emitió su Decisión provisional acerca de cuestiones jurisdiccionales preliminares (en adelante, la “Decisión Provisional”), decidiendo sobre ciertas cuestiones jurisdiccionales y reservándose otras para resolver junto con el fondo, tal como se detalla más adelante. Asimismo, el 6 de diciembre de 2000, el Tribunal emitió su Resolución procesal N° 5, por la cual rechazó

las solicitudes presentadas por el Demandado acerca de la producción de documentos y la confidencialidad de los temas relacionados con el procedimiento. El Tribunal fijó un nuevo calendario para el intercambio de documentos y la presentación de escritos sobre el fondo.

38. El 22 de diciembre de 2000, el Demandante solicitó al Secretariado que distribuyera ciertos documentos que había presentado ante el Secretariado en respuesta a una solicitud del Demandado. El 29 de diciembre de 2000, de conformidad con la Resolución procesal N° 5, las partes presentaron sus respectivos escritos sobre la comparecencia de testigos y la producción de documentos. El 5 de enero de 2001, el Tribunal emitió otras directivas acerca de la producción de documentos.

39. En virtud de las directivas del Tribunal de fecha 5 de enero de 2001, el Demandante hizo llegar, el 10 de enero de 2001, una carta que explicaba los motivos por los cuales se oponía a la producción de ciertos documentos y en la que se informaba qué documentos ya habían sido entregados al Demandado. De manera similar, el 11 de enero de 2001, el Demandado explicó las razones por las cuales se oponía a la producción de ciertos documentos solicitados por el Demandante y comentó acerca de la comunicación del Demandante de fecha 29 de diciembre de 2000.

40. Mediante carta fechada el 16 de enero de 2001, el Demandante comentó sobre la correspondencia previa presentada por el Demandado acerca de la producción de documentos. El 5 de febrero de 2001, el Tribunal emitió nuevas directivas en relación con la producción de documentos.

41. El memorial del Demandante y el memorial de contestación del Demandado acerca del fondo se presentaron el 30 de marzo y el 24 de mayo de 2001, respectivamente. El Demandante presentó su réplica al memorial de contestación sobre el fondo el 11 de junio de 2001. El 19 de junio de 2001, el Tribunal emitió su Resolución procesal N° 6 sobre el ordenamiento de la prueba en la audiencia sobre el fondo. El Demandado presentó su réplica el 25 de junio de 2001.

42. El 28 de junio de 2001, Canadá presentó su comunicación sobre el fondo, de conformidad con el Artículo 1128 del TLCAN. Los Estados Unidos de América no realizaron dicha presentación.

43. El Tribunal celebró la audiencia sobre el fondo del 9 al 13 de julio de 2001, en Washington, D.C., con la comparecencia de ambas partes y sus respectivos testigos. Los testigos convocados por el Demandante para la formulación de repreguntas fueron Rafael Obregón-Castellanos y Fernando Heftye-Etienne; los testigos convocados por el Demandado para la formulación de repreguntas fueron Oscar Roberto Enríquez Enríquez, Marvin Feldman Karpa y Jaime Zaga Hadid. Se realizaron transcripciones en inglés y se distribuyeron a las partes.

44. El 17 de abril de 2002, el Tribunal pidió a las partes y a las Partes del TLCAN que presentaran sus puntos de vista acerca de cómo debería el Tribunal tratar los procedimientos paralelos y la cuestión de la reparación. El Demandante presentó su escrito el 28 de mayo de 2002 y el Demandado hizo lo propio el 29 de mayo de 2002. Las Partes del TLCAN no presentaron ningún escrito al respecto.

45. El Secretario General Adjunto, mediante carta del 5 de agosto de 2002, informó al Tribunal que el Sr. Alejandro A. Escobar, con gran pesar del Secretariado dejó el CIADI para abocarse a la práctica privada e informó que la Sra. Gabriela Alvarez Avila, Consejero jurídico del CIADI, lo reemplazaría en su función de Secretario del Tribunal.

F JURISDICCIÓN

46. En su Resolución procesal N° 4, el Tribunal identificó las cinco cuestiones jurisdiccionales preliminares respecto de las cuales las partes debían presentar sus escritos:

- a. Si el Demandante, en su calidad de ciudadano de los Estados Unidos de América y residente permanente registrado en México, estaba legitimado para presentar una acción legal en virtud del Capítulo XI del TLCAN.

- b. Si el Demandado tenía derecho a oponer cualquier excepción sobre la base del plazo de prescripción establecido en el Artículo 1117(2) del TLCAN y, en particular, si dicho plazo de prescripción afectaba la consideración por el Tribunal de los hechos pertinentes a la reclamación o a las reclamaciones y si el Demandado se veía impedido de oponer dicha excepción.
- c. Si el Demandante había presentado correctamente una reclamación en este procedimiento arbitral con respecto a una supuesta violación del Artículo 1102 del TLCAN.
- d. Si el Demandante podía presentar otras reclamaciones, de haberlas, o modificar su reclamación, sobre la base de una supuesta violación del Artículo 1102 del TLCAN.
- e. Si las medidas supuestamente adoptadas por el Demandado durante el período comprendido entre fines de 1992 y el 1° de enero de 1994, cuando el TLCAN entró en vigor y que según se alega, constituyen una violación del TLCAN, del derecho internacional general o del derecho mexicano, son pertinentes para fundar la reclamación o las reclamaciones.

47. El Tribunal, en su Decisión Provisional del 6 de diciembre de 2000, decidió la mayor parte de las cuestiones jurisdiccionales, las que se resumen a continuación bajo los títulos de legitimación, plazo de prescripción, admisibilidad de una reclamación adicional en virtud del Artículo 1102 del TLCAN y pertinencia de las reclamaciones anteriores a la entrada en vigor del TLCAN. A continuación se considerarán otras cuestiones jurisdiccionales que no fueron abordadas en la Decisión Provisional, incluidas las cuestiones del estoppel relacionadas con el plazo de prescripción y el fundamento de la reclamación y el agotamiento de los recursos internos.

F.1 Legitimación

48. En relación con la legitimación del Demandante, el Tribunal, en su Decisión Provisional del 6 de diciembre de 2000 (par. 24-38), resolvió que el

Demandante, como ciudadano de los Estados Unidos y únicamente de los Estados Unidos, y a pesar de su residencia permanente en México (en condición de inmigrado), tenía legitimación para demandar en el presente arbitraje, conforme al Capítulo XI del TLCAN. Por lo tanto, el Tribunal desestimó la excepción interpuesta por el Demandado en el sentido de que el Demandante carecía de legitimación a causa de su residencia permanente en México, y resolvió que no era necesario hacer referencia a la alegación del Demandante de que la excepción del Demandado acerca de la legitimación del Demandante se había presentado en tiempo.

F.2 Prescripción del plazo

49. En relación con la cuestión del plazo de prescripción establecido en el Artículo 1117(2) del TLCAN para someter reclamaciones a arbitraje, el Tribunal resolvió en su Decisión Provisional (par. 39-47) que la fecha de interrupción del plazo de prescripción de tres años fue el 30 de abril de 1996 y no el 16 de febrero de 1995. Sobre otras dos cuestiones relativas al plazo de prescripción el Tribunal decidió unir las al examen del fondo y se comentarán más adelante (par.53-65).

F.3 Admisibilidad de una reclamación adicional en virtud del Artículo 1102 del TLCAN

50. En cuanto a si el Demandante ha presentado o le está permitido presentar reclamaciones adicionales, o modificar sus reclamaciones sobre la base de una supuesta violación del Artículo 1102 del TLCAN respecto de la denegación de trato nacional, el Tribunal resolvió en su Decisión Provisional (par. 50-59) que la reclamación relativa a la supuesta violación del trato nacional o la violación del Artículo 1102 del TLCAN se ha presentado debidamente ante el Tribunal puesto que ha sido en sustancia incluida en la notificación de arbitraje (es decir, “la notificación de arbitraje” mencionada en la Decisión Provisional) y ésta ha sido presentada en tiempo. Además, en la medida en que se presentó posteriormente como reclamación subsidiaria, el Tribunal acepta que tal reclamación adicional o incidental está dentro de su jurisdicción.

F.4 Pertinencia de las reclamaciones anteriores a la entrada en vigor del TLCAN

51. En relación con la cuestión de si las medidas supuestamente adoptadas por el Demandado durante el período comprendido entre fines de 1992 y el 1° de enero de 1994, cuando entró en vigor el TLCAN, y que supuestamente constituyen una violación del TLCAN, del derecho internacional o del derecho mexicano, eran pertinentes para fundar la reclamación o las reclamaciones, el Tribunal resolvió en su Decisión Provisional (par. 60-63) que únicamente las medidas supuestamente tomadas por el Demandado con posterioridad al 1° de enero de 1994, cuando el TLCAN entró en vigor y que según se alega, constituyen una violación del TLCAN, son pertinentes para fundar la reclamación o reclamaciones que se analizan.

52. El Tribunal confirma por el presente cada una de las conclusiones sobre cuestiones de jurisdicción y los motivos sobre las que se fundan, transcritos en su Decisión Provisional del 6 de diciembre de 2000 y que se adjunta a este Laudo Arbitral como parte integrante del mismo.

G CUESTIONES ADICIONALES DE JURISDICCIÓN

G.1 Estoppel en relación con el plazo de prescripción y el fundamento de la reclamación

53. En su Decisión Provisional del 6 de diciembre de 2000, el Tribunal de Arbitraje unió los siguientes puntos a la cuestión de fondo de la diferencia a resolver (Decisión Provisional, par. 49):

- (a) si las Partes el 1° de junio de 1995 o aproximadamente en esa fecha habían llegado a un acuerdo con respecto al derecho de CEMSA a exportar cigarros y recibir devoluciones fiscales para dichas exportaciones, y si se confirmó formalmente el apartamiento de tal acuerdo en febrero de 1998, por lo que el plazo de prescripción se suspendió durante unos 32.5 meses, es decir, a partir del 1° de junio de 1995 hasta mediados de febrero de 1998, y
- (b) si el Demandado se ve impedido, conforme a principios de equidad, de invocar un plazo de prescripción porque le dio al Demandante la seguridad de

que las exportaciones serían permitidas (*ibid.*, par. 48) y de que las devoluciones serían pagadas a CEMSA.

Durante el examen del fondo, el Demandante amplió su invocación del estoppel, de forma tal que abarcara no solamente la excepción relativa a la prescripción sino la base misma de la reclamación por daños (ver el memorial del Demandante, Introducción y Síntesis, p. 8, y par. 179-186).

54. La primera cuestión, y la más técnica, acerca de la posible suspensión del plazo de prescripción durante alrededor de 32.5 meses ha sido abordada por el Demandante en su memorial (par. 62-68, 184, 187) y, parcialmente, en su réplica (par. 65), y por el Demandado, parcialmente en su memorial de contestación (par. 18-20, 57, 401-427) y también parcialmente en su réplica (par. 106-143).

55. Esencialmente, el Demandante alega haber mantenido, durante 1995, varias reuniones con funcionarios de la SHCP de mediano y alto rango para tratar el tema de la reanudación de las exportaciones de cigarros de CEMSA bajo el régimen de devolución del IEPS. Durante dichas reuniones, el Demandante asevera que la administración fiscal mexicana le dio garantías verbales. El Demandante entiende dichas garantías como equivalentes a un acuerdo. Concluye afirmando que una suspensión o interrupción del período de prescripción es “apropiada en un caso como el presente, en el que los actos del Demandado hicieron desistir al Demandante de iniciar una demanda judicial. A pesar de que el ejemplo más claro es cuando un demandado acuerda expresamente no interponer un recurso basado en la prescripción de la acción, existen otras manifestaciones, promesas o actos que resultan suficientes para impedir que una parte invoque la prescripción” (memorial, par. 187; notas al pie de página omitidas).

56. El Demandado niega que se haya llegado a cualquier acuerdo verbal. Incluso si hubiese existido un acuerdo oral, éste no tendría efectos jurídicos de conformidad con el derecho mexicano, y el Demandante lo sabía o debía haberlo sabido (memorial de contestación, par. 19-20).

El alcance de esta cuestión parece más limitado de lo que parece a primera vista. De hecho, el Demandante solicita una suspensión del plazo de prescripción por un

período de 32.5 meses. De aceptarse tal solicitud, la suspensión retrotraería la fecha de corte del período de prescripción de tres años, establecido en el Artículo 1117(2) del TLCAN, del 30 de abril de 1996 a mediados de agosto de 1993. Como, sin embargo, la jurisdicción *ratione temporis* del Tribunal se inicia recién el 1° de enero de 1994, con la entrada en vigor del TLCAN (ver *supra*, par. 51, y, en más detalle, la Decisión Provisional del 6 de diciembre de 2000, par. 62), esa misma fecha sería necesariamente el *terminus post quem* a los efectos del cálculo del plazo de prescripción si se admitiera una suspensión, conforme a lo solicitado.

58. En esencia, en opinión del Tribunal, dicha suspensión o interrupción del período de prescripción no corresponde. El Artículo 1117(2) del TLCAN no contempla ninguna suspensión del plazo de prescripción de tres años. Incluso, corresponde señalar que, de acuerdo con los principios generales de derecho aplicados por tribunales internacionales, una suspensión de esa índole, en diversos sistemas jurídicos nacionales, sólo se ordena al final del plazo de prescripción (por ejemplo, en los últimos seis meses) y únicamente en casos de fuerza mayor o cuando un deudor impide dolosamente que el titular del derecho entable un juicio (ver, por ejemplo, el par. 203 del Código Civil alemán y el Artículo 255 del Código Civil griego). En este caso no se han alegado circunstancias inevitables de tal naturaleza. Fundamentalmente, el Demandante sostiene que los actos del Demandado “desalentaron” la iniciación de un juicio (memorial, par. 187), entre otros motivos porque el Demandante consideró la revocación de una auditoría como la confirmación de supuestos acuerdos previos (*ibid.*, par. 68). Sin embargo, “desalentar” un juicio no equivale a impedirlo. La decisión de entablar una acción judicial y de cuándo hacerlo dependen de la parte actora, quien también asume los riesgos y recibe los beneficios. Entre los diversos factores a considerar se encuentra el curso del período de prescripción, así como su interrupción. Nada de lo que contiene el expediente demuestra que el Demandante, debidamente representado por un abogado, se haya visto impedido de considerar todos los factores pertinentes. Por lo tanto, el Tribunal confirma que la fecha de corte del período de tres años de prescripción de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1117(2) del TLCAN es el 30 de abril de 1996.

59. El Tribunal aborda, a continuación, la cuestión más general del estoppel en relación con el Demandado para invocar el período de prescripción por haber dado

garantías al Demandante de que se permitirían las exportaciones y se pagarían devoluciones a CEMSA, así como de negar la base misma del reclamo por daños (ver supra, par. 53). De acuerdo con el Demandante, la Ley del IEPS en vigor desde el 1º de enero de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1997 reconocía que todos los exportadores de cigarros tenían derecho a percibir la devolución del IEPS incluido en el precio de compra de los cigarros. El Demandado no puede alegar lo contrario en este arbitraje, en virtud de que los funcionarios mexicanos han confirmado dicha interpretación al Demandante a lo largo de los años tanto oralmente como por escrito (memorial, par. 170 b). El requisito formal de la Ley del IEPS en cuanto a que el contribuyente que buscara una devolución debía obtener una factura del proveedor en la que constara trasladado expreso y por separado el IEPS no es aplicable a CEMSA como cuestión de derecho internacional o mexicano, ya que este requisito era de imposible cumplimiento para CEMSA por razones ajenas a su voluntad (ibid., par. 170 c). La SHCP tenía pleno conocimiento de las actividades de exportación de CEMSA y, sin exigirle facturas en las que el IEPS estuviese consignado expresamente y de manera separada, acordó otorgarle devoluciones y así lo hizo hasta que dicha política fue modificada en noviembre de 1997 (memorial, par. 175). Los funcionarios de la SHCP expresaron al Demandante su compromiso de que la SHCP devolvería el IEPS a CEMSA y que CEMSA tenía derecho a hacer los cálculos por sí misma del monto del impuesto, al no contar con facturas de sus proveedores que consignaran el monto del IEPS en forma expresa y por separado. Al comprar cigarros con un 85% de IEPS, el Demandante y CEMSA se basaron en tales compromisos y declaraciones, lo cual les perjudicó. Por consiguiente, el Demandado está impedido de (1) denegar la solicitud de devoluciones de CEMSA de octubre-noviembre de 1997, y de (2) reclamar las devoluciones por exportaciones efectuadas en 1996-1997 (memorial, par. 184, 185).

60. Asimismo, el Demandante afirma, en relación con la misma cuestión del estoppel, que una declaración acerca de cómo se aplica una ley es una declaración de hecho. De cualquier modo, la distinción no es pertinente para el derecho internacional. Se puede utilizar el estoppel para negar ambas declaraciones, así como sus consecuencias legales. El derecho fiscal local no tiene la función ni la autoridad necesarias para establecer o refutar la teoría del estoppel. La doctrina del estoppel, basada en el interés jurídico fundamental de la previsibilidad, la seguridad y la consistencia, es de particular importancia en el contexto del TLCAN, sistema concebido

para proteger y promover el comercio y la inversión entre las partes (réplica, par. 59-63).

61. El Demandado, por otra parte, niega que se haya llegado a algún acuerdo verbal por el cual se dispensara al Demandante del requisito de las facturas. Incluso si tal acuerdo oral hubiese existido, éste no hubiera tenido efectos jurídicos conforme al derecho mexicano. De conformidad con los sistemas fiscales de los tres países miembros del TLCAN, los contribuyentes no pueden argumentar un estoppel para evitar la aplicación de las leyes fiscales, en los términos en que fueron redactadas, a través de los métodos sugeridos por el Demandante (memorial de contestación, par. 20). En términos más generales, el estoppel tiene un efecto únicamente por lo que se refiere a las declaraciones de los hechos, no a interpretación del derecho. En este caso, el supuesto estoppel resulta no de declaraciones de hecho, sino de declaraciones, si las hubo, relativas al significado de la Ley del IEPS, un supuesto acuerdo sobre el método utilizado para calcular el IEPS y así sucesivamente (memorial de contestación, par. 401-407). El Demandado alega que el criterio adoptado por los tres países del TLCAN en materia de estoppel es de relevancia para considerar el estoppel en derecho internacional. En México, sólo es vinculante una resolución escrita emitida por la SHCP para resolver una situación real y concreta en materia de derecho fiscal. En Canadá, un funcionario gubernamental no puede crear un estoppel en relación con la interpretación de una ley. En los Estados Unidos, una interpretación errónea de la ley por parte de las autoridades fiscales no les impide recaudar un impuesto aplicable (memorial de contestación, par. 411-427). No es posible que haya existido un acuerdo por el cual CEMSA podía sobreestimar la cantidad de IEPS que reclamaba, de modo que recibiera más dinero del fisco que el pagado por los contribuyentes originales. En realidad, el cálculo del IEPS que hizo el Demandante era excesivo (memorial de contestación, par. 428-433).

62. Por otra parte, de acuerdo con el Demandado, los casos citados por el Demandante fundado el estoppel se refieren a diferencias entre Estados sobre limitación territorial e incluso en esos casos no es claro si la Corte Internacional de Justicia efectivamente aplicó la doctrina del estoppel. Debería considerarse con suma cautela cuando se parte de principios tangenciales y que no están bien desarrollados de esta área del derecho internacional para aplicarlos a otra. Simplemente no son comparables los

efectos jurídicos que se desprenden de la conducta de los Estados en diferencias sobre limitación territorial, que debe presumirse fueron considerados con la mayor seriedad, con la manera en que la gran burocracia de un Estado trata a un solo contribuyente (dúplica, par. 108-111, 127). Finalmente, es importante la exclusión del estoppel en virtud de la legislación de los países del TLCAN, ya que refuta los argumentos del Demandante de que (1) hubo seguridad de su parte, (2) existe un derecho internacional del estoppel directamente aplicable a la SHCP, ya que resultaría extraordinario concluir que las tres partes del TLCAN hubieran impuesto una obligación a sus propias autoridades fiscales que fuera directamente contraria a su legislación existente, y (3) el estoppel es parte del derecho internacional consuetudinario (ibid., par. 38-143).

63. En vista de los argumentos contradictorios de las Partes (supra, par. 59-62), el Tribunal de Arbitraje subraya que, como en muchos otros sistemas jurídicos, los Artículos 1117(2) y 1116(2) del TLCAN introducen una excepción relativa a la prescripción que es clara y rígida que, como tal, no está sujeta a suspensión (ver supra, par. 58), prolongación u otra calificación. Es así que el sistema jurídico del TLCAN restringe la posibilidad del arbitraje a un período de tres años claramente delimitado, y se hace con pleno conocimiento de que un Estado, es decir, uno de los tres países Miembros, tendrá el carácter de Demandado, y por tanto podrá tener interés en oponer la excepción de la prescripción. Las condiciones y circunstancias de un Estado que es parte en un arbitraje, lo cual comprende toda la problemática y limitaciones inherentes a la actividad estatal, no excluyen ni condicionan el hacer uso de la excepción de prescripción. Por supuesto, el reconocimiento de la reclamación objeto de la diferencia por parte del órgano competente a tal efecto y en la forma prescrita por la ley probablemente interrumpiría el plazo de la prescripción. Pero cualquier otro comportamiento del Estado que no prestara dicho reconocimiento formal y autorizado podría sólo en circunstancias excepcionales interrumpir la prescripción o impedir al Estado demandado interponer el recurso ordinario de prescripción de la acción. Esas circunstancias excepcionales incluyen un comportamiento sostenido, uniforme, consecuente y efectivo de los órganos estatales competentes que reconocieran la existencia y, posiblemente también, el monto de la reclamación. No se han presentado circunstancias de esta índole ante este Tribunal. Es cierto que diversos funcionarios de la SHCP, de mediano y alto rango, dieron en distintos momentos al Demandante y a CEMSA algunas garantías de diverso contenido respecto del derecho de CEMSA a

percibir la devolución del IEPS. Pero dichas garantías nunca llegaron a constituir un reconocimiento formal y autorizado de la reclamación por parte del Demandado o un comportamiento uniforme, consecuente y efectivo del Demandado. Por lo tanto, el Tribunal no considera que el Demandado esté impedido de invocar el período de prescripción de tres años establecido en el Artículo 1117(2) del TLCAN.

64. Consideraciones similares, aunque no idénticas, se aplican a la siguiente cuestión, es decir, si el Demandado se ve impedido, sobre la base de las mismas garantías y promesas, de negar el fundamento mismo de la reclamación por daños (ver supra par. 53 in fine y par. 59). Aquí también se impone el criterio del comportamiento sostenido, uniforme, consecuente y efectivo de los órganos estatales competentes (ver supra par. 63). El Tribunal reconoce también que diversos funcionarios de la SHCP, de mediano y alto rango, dieron al Demandante y a CEMSA en distintos momentos, probablemente durante un período más prolongado, algunas garantías de diverso contenido acerca del derecho de CEMSA a percibir devoluciones del IEPS. Si embargo, el Tribunal no encuentra que dicho comportamiento tenga un carácter uniforme, consecuente y efectivo ni que el mismo se vincule en todo momento con los órganos estatales competentes. A este respecto, el Tribunal tiene también en cuenta que en ningún Estado que se rija por el imperio de la ley existe forma alguna de imponer, reducir, reclamar, recuperar o transferir las obligaciones fiscales mediante acuerdos no contemplados por la ley con funcionarios fiscales. Tales acuerdos necesariamente tendrían un carácter cuasi privado y no podrían ser vinculantes para el Estado ni exigibles en su contra.

65. Por consiguiente, el Tribunal no encuentra que el Demandado se vea impedido justamente o de otra manera, de negar el fundamento mismo de la reclamación por daños. A pesar de esta conclusión, el Tribunal considerará este comportamiento de varios funcionarios de la SHCP cuando examine los fundamentos de la expropiación “progresiva” u otra forma pertinente de expropiación o denegación efectiva del trato nacional, conforme a los Artículos 1110 y 1102 del TLCAN. En efecto, es posible que el comportamiento de algunos organismos estatales, como los considerados en este caso, puedan haber inducido al Demandante a iniciar o ampliar su inversión, contribuyendo de esa forma a que se produzca un daño o se incremente el monto de dicho daño, si lo hubiere. Ello puede ser particularmente pertinente en

relación con aspectos más o menos técnicos o “de procedimiento” de la legislación fiscal mexicana, tales como el requisito de trasladar expreso y por separado el IEPS en las facturas emitidas a CEMSA.

G.2 Agotamiento de los recursos internos

66. Ambas partes han considerado la relación entre un juicio local en México y este arbitraje internacional, así como la doctrina acerca del agotamiento de los recursos internos (memorial, par. 214-219; memorial de contestación, par. 365-378; réplica, par. 34-52; dúplica, par. 41-51).

67. El Demandante argumenta, básicamente, que el Capítulo XI del TLCAN, y en particular la Sección B, fue concebido para proporcionar a los inversionistas de las Partes del TLCAN un mecanismo internacional de arreglo de diferencias imparcial. Todo potencial demandante debe hacer una elección. Si desea presentar una reclamación por daños conforme al TLCAN, debe renunciar a su derecho de continuar un procedimiento por daños ante los tribunales locales. De ese modo, México modificó su postura tradicional acerca de la jurisdicción exclusiva de sus tribunales a cambio de los enormes beneficios que le reportaba el TLCAN (ver los alegatos de apertura del Sr. Feldman del 9 de julio de 2001, transcripción, volumen 1, p. 52-53). Por lo tanto, este Tribunal de Arbitraje bien puede examinar la legislación local mexicana y la conducta de las autoridades fiscales mexicanas para determinar si se ajustan a los estándares mínimos del derecho internacional, incluyendo el debido proceso, el trato justo y equitativo y la protección y seguridad plenas, según lo establecido por los Artículos 1110(1)(c) y 1131(1) del TLCAN (ibid, p. 54-55). Por tal motivo, un tribunal internacional que analice los actos de un Estado desde el punto de vista del derecho internacional puede llegar a una conclusión diferente de la de un tribunal local que examine la misma conducta de conformidad con el derecho local. Las razones de la diferencia de resultados radica en la diferencia de los estándares. Esto podría fácilmente ocurrir en un caso en el que el marco jurídico a nivel local hubiera sido concebido para discriminar al Demandante (ver el alegato de cierre del Sr. Feldman de fecha 13 de julio de 2001, transcripción, volumen 5, p. 182).

68. Asimismo, el Demandante sostiene que tanto el inversionista como la inversión han renunciado a su derecho a reclamar daños ante los tribunales de México, según lo exigido por el Artículo 1121 del TLCAN (réplica, par. 34). Cualesquiera sean los procedimientos actualmente pendientes en México, éstos no imponen limitación alguna al Tribunal de Arbitraje puesto que (1) de conformidad con el procedimiento mexicano, el Demandante debió impugnar las medidas adoptadas por la SHCP a modo de evitar el secuestro de sus bienes y, posiblemente, la prisión, y (2) después de haberse constituido este Tribunal, el Demandante presentó documentos con el objeto de poner fin a todo litigio local (réplica, par. 39). En suma, el Demandante no dispone de ningún recurso jurídico efectivo conforme a la legislación mexicana ni puede ser obligado a interponer cada año un nuevo juicio de amparo para cumplir con todas las reformas menores que se introducen anualmente a la Ley del IEPS, independientemente de cuán insignificantes y ajenas al caso sean tales reformas legislativas.

69. El Demandado, en esencia, niega que el Demandante tenga derecho a percibir devoluciones del IEPS. Sujeto a cuestiones constitucionales, el problema específico relativo a la obligación de contar con facturas con el impuesto expresamente consignado por separado ha sido resuelto en dos procedimientos separados ante los tribunales mexicanos, que tienen jurisdicción exclusiva sobre cuestiones relativas a la legislación mexicana y tal vez sea considerado nuevamente en uno de los procedimientos durante un período prolongado. No existe derecho en materia internacional a la devolución del IEPS, como tampoco este Tribunal de Arbitraje está autorizado a reemplazar el punto de vista de los tribunales locales por sus propios puntos de vista acerca de la legislación local (dúplica, par. 29-33). De acuerdo con el Demandado, el Demandante está ejerciendo sus derechos procesales en México y, en cualquier caso, como dichos procedimientos implican cuestiones derivadas de la legislación mexicana, no son pertinentes para este procedimiento. Dichos procedimientos serían pertinentes sólo si el Demandante estuviera en situación de cuestionar las medidas de los tribunales de México alegando que constituyen una denegación de justicia conforme al derecho internacional, lo cual no ha sido alegado por el Demandante. Por consiguiente, sería incorrecto afirmar que no existe recurso eficaz alguno sólo porque el Demandante perdió uno de los procesos; al momento de la presentación del Demandado, el Demandante parece ser la parte favorecida en el segundo proceso, pero esto no es definitivo. Si ello fuere cierto, cualquier litigante

decepcionado que, por otros motivos, llegare a reunir los requisitos de legitimación procesal previstos en la Sección B del Capítulo XI del TLCAN podría presentar una reclamación por una supuesta violación al derecho internacional (dúplica, par. 40, 41). El Demandado, por lo tanto, concluye que, con excepción de la reclamación por una supuesta denegación de trato nacional, todas las reclamaciones presentadas en este procedimiento requerirían que el Tribunal de Arbitraje aplique la legislación mexicana, desplazando a los órganos judiciales competentes (memorial de contestación, par. 40).

70. Además, el Demandado sostiene que, en cualquier caso, los derechos a devoluciones del IEPS que CEMSA reivindica dependerían de la emisión de facturas que trasladaran expreso y por separado el impuesto. Este requerimiento específico, que nunca fue cumplido por el Demandante, está sub judice ante tribunales mexicanos en instancia de apelación (memorial de contestación, par. 11, 360-364). Por lo tanto, la responsabilidad internacional de un Estado no puede estar en juego a menos y hasta que la medida impugnada haya sido examinada a nivel local y se convierta en resolución definitiva por pronunciamiento de la autoridad competente de mayor jerarquía (memorial de contestación, par. 371). La regla de agotamiento de los recursos internos se aplica de acuerdo con el TLCAN, así como de acuerdo con el derecho internacional general. Tampoco en este caso existe una renuncia, ya que la renuncia exigida por el Artículo 1121 del TLCAN se limita exclusivamente a daños (volumen 2, transcripción, par. 79, 81) y, en cualquier caso, el Demandante no discontinuó los procedimientos en el foro nacional ni se abstuvo de iniciar otros procedimientos, todos ellos relativos a las medidas que se alegan son violatorias del Capítulo XI, Sección A del TLCAN (dúplica, par. 47-51).

G.3 Análisis

71. La decisión respecto de agotar los recursos internos como una condición para considerar procedente la reclamación depende fundamentalmente de la redacción e interpretación de las disposiciones correspondientes del TLCAN. De hecho, por lo general se entiende que la regla de los recursos internos puede ser derogada, admitida o modificada en virtud de un tratado vinculante (*Case Concerning Elettronica Sicula, S.p.A., United States of America v. Italy, 1989, I.C.J. Reports 4*, par. 50). Tal

calificación tuvo lugar en este caso conforme al Artículo 1121 y al Anexo 1120.1 del TLCAN.

72. En las partes pertinentes del Artículo 1121(2)(b) y (3), se dispone lo siguiente:

2. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1117, sólo si tanto el inversionista como la empresa:

.....

(b) renuncian a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento con respecto a la medida de la Parte contendiente que presuntamente sea una de las violaciones a las que se refiere el Artículo 1117 ante cualquier tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme al derecho de la Parte contendiente.

3. El consentimiento y la renuncia requeridos por este Artículo se manifestarán por escrito, se entregarán a la Parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje.

73. Parece que este Artículo, más que confirmar o repetir la clásica regla del agotamiento de los recursos internos, prevé una situación en la que los recursos internos respecto del supuesto incumplimiento al que hace referencia el Artículo 1117 se hallen disponibles o incluso pendientes de resolución en un tribunal o corte conforme al derecho de cualquiera de las Partes. En tal caso, el Artículo 1121(2)(b) estipula que el inversionista contendiente, para poder recurrir al arbitraje, debe renunciar a su derecho a iniciar o continuar los procedimientos en el foro local. Por ende, a diferencia de la regla de los recursos internos, el Artículo 1121(2)(b) da preferencia al arbitraje internacional por sobre los procedimientos judiciales a nivel nacional, a condición de que el inversionista contendiente presente una renuncia respecto a estos últimos. No obstante, esta preferencia hace referencia sólo a una reclamación por daños y en forma explícita pone a disposición del Demandante “medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario” ante los tribunales nacionales. Así, el Artículo 1121(2)(b) y (3) constituye una regla especial y calificada sobre la relación entre los procedimientos judiciales nacionales e internacionales y se aparta de la regla general del derecho internacional consuetudinario sobre el agotamiento de los recursos internos. Esta sustitución parece tener como objetivo primordial facilitar y agilizar el sometimiento de las reclamaciones al arbitraje del TLCAN, en oposición a la regla

general de poner el arbitraje internacional a disposición de los particulares en contra de terceros Estados.

74. Específicamente con respecto a México en calidad de Demandado, el Anexo 1120.1 del TLCAN limita los casos en que se puede recurrir al arbitraje. De acuerdo con las partes pertinentes de esta disposición:

“Respecto al sometimiento de la reclamación al arbitraje:

.....

(b) cuando una empresa mexicana que sea una persona moral propiedad de un inversionista de otra Parte o que esté bajo su control directo o indirecto, alegue en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo mexicano, que México ha violado presuntamente una obligación establecida en:

i. la Sección A.....,

el inversionista no podrá alegar la presunta violación en un procedimiento arbitral conforme a esta sección.”

75. Así, el Anexo 1120.1 del TLCAN otorga una preferencia estatutaria a los recursos internos en México frente a un posible arbitraje internacional conforme al Capítulo XI, Sección A del TLCAN, al claramente impedir que el inversionista contendiente inicie y luego renuncie a recursos internos y que sólo después someta su reclamación a arbitraje, según lo dispuesto por el Artículo 1121(2)(b) (ver supra, par. 72, 73). Sin embargo, esta prohibición procede sólo si el Demandante “alega en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo mexicano que México ha violado una obligación establecida en la ... Sección A”. De todos modos, en vistas de que el Demandado confirma expresamente que “el Demandante tampoco ha intentado someter una presunta violación del TLCAN ante los tribunales mexicanos, de modo que no hay conflicto con el Anexo 1120.1” (dúplica, par. 48), el Tribunal no halla obstáculo alguno al presente arbitraje en relación con el Anexo 1120.1 del TLCAN.

76. Respecto de la renuncia exigida por el Artículo 1121(2)(b) y (3), el Tribunal de Arbitraje considera que las renunciaciones respectivas fueron adjuntadas por el Demandante y CEMSA como Anexos B y C a la Notificación de Arbitraje del 30 de abril de 1999 y también entregadas al Demandado, conforme a lo que se indica en la Notificación de Arbitraje (B)(1)(a), p. 3), y se hace notar que el Demandado no ha impugnado la entrega ni la suficiencia de tales renunciaciones (dúplica, par. 46).

77. El Artículo 1121(2)(b) establece que las renunciaciones son requeridas solamente en caso de reclamaciones por daños. De hecho, la Notificación de Arbitraje presenta como solicitudes cuatro reclamaciones relacionadas por daños (p. 11, sección D); no se aplican a “medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario”. Una solicitud posterior efectuada por el Demandante respecto de la ilegalidad o invalidez de una liquidación de impuestos efectuada por el Demandado por alrededor de US\$ 25 millones exige sólo medidas precautorias de carácter declaratorio y por ello no requiere una renuncia de conformidad con lo establecido en el Artículo 1121(2)(b) (ver supra par. 72, 73). No obstante, más adelante debe analizarse si esta solicitud, aunque exenta del requisito de la renuncia, es admisible para el Tribunal en términos de su ámbito de autoridad (ver infra, par. 88).

78. El Demandado observa que el Demandante, a pesar de la renuncia, de hecho no retiró varios recursos internos conexos iniciados en México. Sin embargo, el Demandado tampoco sugiere que el Demandante estaba obligado a retirarlos (ver dúplica, par. 47, 48). Sin embargo, el Tribunal de Arbitraje no considera que este punto sea pertinente. El Demandado estima que los tribunales mexicanos constituyen el foro adecuado para determinar los derechos del Demandante de conformidad con la Ley del IEPS (ver, por ejemplo, memorial de contestación, par. 367, 368; dúplica, par. 48-51). Nuestra opinión es, en principio, coincidente. No obstante, cuestiones, tales como si el derecho mexicano tal como es determinado por las autoridades administrativas o los tribunales mexicanos es congruente con los requisitos del TLCAN y el derecho internacional, deben ser resueltas en este procedimiento arbitral, y no nos encontramos impedidos de resolverlas por el hecho de que los tribunales mexicanos no han resuelto aún la totalidad de las cuestiones. De otro modo, se podría impedir que un Tribunal de Arbitraje tomase una decisión simplemente demorando los procedimientos judiciales que se tramitan en el foro local. Tampoco una acción considerada legal por los tribunales mexicanos en virtud del derecho mexicano será necesariamente legal conforme al TLCAN o al derecho internacional. A su vez, una acción considerada ilegal o inconstitucional en el derecho mexicano puede no llegar a constituir una violación del derecho internacional.

G.4 Otras restricciones jurisdiccionales

79. Como ya se señaló, la “Decisión Provisional sobre Cuestiones Jurisdiccionales Preliminares”, dictada por el Tribunal el 6 de diciembre de 2000, resolvió varias cuestiones jurisdiccionales en este procedimiento arbitral. Sin embargo, tal decisión se limitó a abordar “las cuestiones preliminares específicas establecidas en la Resolución Procesal No. 4 [del Tribunal] y en el par. 11” de la Decisión Provisional. No se impidió el trato de otras cuestiones jurisdiccionales, en tanto que hubiesen surgido durante el transcurso de este procedimiento arbitral.

80. Una cuestión jurisdiccional adicional, surgida con posterioridad, se refiere a la autoridad de este Tribunal para dictar medidas precautorias de carácter declaratorio respecto de la validez o legalidad de la auditoría de 1998 y la correspondiente liquidación de impuestos a CEMSA por parte de la SHCP.

81. Al parecer, ambas partes sabían (memorial, par. 121-126; memorial de contestación, par. 240-268) que en julio de 1998 la SHCP llevó a cabo una auditoría o una visita de verificación por intermedio de un equipo de visitadores, en relación con las exportaciones efectuadas por CEMSA en el período 1996-1997. La auditoría se realizó en presencia de integrantes de la fuerza pública y se utilizaron varias fotocopiadoras que los visitadores habían llevado consigo a tal efecto. Varios meses después, el 1 de marzo de 1999, la SHCP emitió su resolución con la cual se dio por concluida la auditoría y se presentó a CEMSA una liquidación impositiva por la suma de \$250,551,635 pesos mexicanos por haber obtenido devoluciones fiscales en forma indebida en el período de 1996-1997, además de los intereses, las multas y la correspondiente actualización inflacionaria. El Demandante (memorial, par. 123) alega que esta suma equivale a aproximadamente US\$ 25 millones, incluyendo una reclamación por recuperación de alrededor de US\$ 9.1 millones en concepto de devoluciones del IEPS pagadas en el período de 1996 y 1997.

82. Más tarde, en marzo de 1999, CEMSA impugnó la auditoría sobre las devoluciones del IEPS correspondientes al período comprendido entre abril de 1996 y septiembre de 1997, así como la correspondiente liquidación impositiva ante el Tribunal Fiscal de la Federación en primera instancia. El Demandante argumentó que existía una

sustancial incongruencia entre su derecho a una tasa fiscal del 0% en virtud del Artículo 2 de la Ley del IEPS y la exigencia de presentar facturas conforme al Artículo 4 de la misma Ley. El Tribunal Fiscal emitió sentencia en la que resolvió unos puntos a favor de CEMSA y otros a favor de la SHCP. Al parecer, la sentencia determinaba que la SHCP no podía requerir la presentación de facturas con el IEPS trasladado expreso y por separado, ya que se trataba de un requisito de imposible cumplimiento en el caso de las exportaciones de cigarros (ver memorial de contestación, par. 261, 571-574). Por otra parte, la resolución denegaba toda devolución de impuestos sobre las exportaciones de tabaco destinadas a “jurisdicciones de baja imposición fiscal”, en particular Honduras, de acuerdo con el Artículo 2 de la Ley del IEPS. No obstante y como resultado de tal sentencia, la liquidación impositiva calculada por la SHCP quedó invalidada.

83. Ambas partes se opusieron a esta resolución (supra, par. 68-69). El Demandante presentó un recurso de amparo ante el Tribunal de Circuito y la SHCP interpuso un recurso de revisión ante el mismo tribunal. Los tribunales de circuito determinaron que los requisitos establecidos en los Artículos 2 y 4 no eran contradictorios. Esta sentencia fue seguida de una serie de apelaciones. En la resolución más reciente dictada en este litigio (29 de marzo de 2002), un tribunal de apelaciones mexicano aparentemente sostuvo que el Demandante tenía efectivamente un derecho constitucional de acuerdo con la Ley del IEPS vigente en 1996-1997 a pesar de no poder presentar las facturas con el monto de los impuestos trasladado expreso y por separado, fundado en que la "formalidad" de la factura discrimina entre los distintos tipos de contribuyentes (productores y exportadores) que realizan la misma actividad. La resolución también parece considerar inconstitucional la disposición de la Ley del IEPS que prohíbe recibir devoluciones de impuestos por exportaciones a jurisdicciones de baja imposición fiscal (ver el escrito del Demandante, 8 de mayo de 2002, par. 7-8). Sin embargo, ambas partes coinciden en que esta última resolución no tiene carácter definitivo, por lo que el procedimiento permanece sub judice ante los tribunales federales competentes (escrito del Demandante, 8 de mayo de 2002, par. 17; escrito del Demandado, 8 de mayo de 2002, par. 18; memorial, par. 124; memorial de contestación, par. 268).

84. Entonces, ¿cuál es la trascendencia para este Tribunal de estas sentencias dictadas por los tribunales mexicanos? El Tribunal no les atribuye un peso significativo, dado que ninguna de las partes ha sugerido que sean decisivas, si bien el análisis de las cuestiones jurídicas llevado a cabo por los tribunales mexicanos brinda a este Tribunal el marco necesario para entender estas cuestiones, tal como lo exige la adecuada aplicación del TLCAN y del derecho internacional. En primer lugar, el procedimiento relativo a la liquidación impositiva de 1998 no es definitivo. Si bien la resolución más reciente favorece al Demandante, el Demandado puede resultar favorecido en la siguiente instancia. En segundo lugar, la decisión de 1998, relacionada con una respuesta negativa a una solicitud presentada a la autoridad fiscal (esta resolución difiere de la posición del Demandante específicamente respecto de la exigencia de indicar por separada el monto del IEPS en las facturas), que es definitiva, refuerza principalmente la posición del Demandado, generando así un conflicto que este Tribunal no puede ni debe intentar resolver. En tercer lugar, y probablemente es el aspecto más importante, los tribunales mexicanos aplican el derecho mexicano, mientras que este Tribunal debe aplicar las disposiciones del TLCAN y el derecho internacional, los cuales no conducen necesariamente a los mismos resultados que el derecho mexicano. Por último y como ya se señaló, el Demandante no ha impugnado ninguna de las sentencias de los tribunales mexicanos, ni siquiera las que le eran desfavorables, sobre la base de que resultaban violatorias de los estándares del derecho internacional por constituir un caso de denegación de justicia y resulta prematuro considerar cualquier cuestión referida al posible incumplimiento de una sentencia de los tribunales mexicanos por parte del Demandado, dado que aún no se ha planteado la cuestión del cumplimiento.

85. El carácter netamente declaratorio de la reparación solicitada por el Demandante, a saber: declarar la invalidez de la liquidación de impuestos del Demandado en 1999 no es necesariamente incongruente con el Capítulo XI, Sección B del TLCAN, en particular con los Artículos 1116(1) y 1117(1), que parecen limitar la reparación a las reclamaciones por “pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella”. A su vez, puede no ser tampoco incongruente con la excepción relativa a las medidas fiscales en vista del Artículo 2103(6) del TLCAN. No obstante, debe prestarse particular atención a fin de determinar si dicha medida precautoria de carácter declaratorio es admisible dadas las circunstancias de este caso.

86. El Demandante considera la declaración requerida como “una demanda incidental o adicional respecto de la auditoría y la determinación fiscal... Los problemas y la evidencia son las mismas que aquellos de la demanda original, y el Tribunal decidirá sobre la nueva reclamación una vez que lo haya hecho respecto de la primera” (réplica, par. 31). El Demandante concluye este punto alegando que existiría denegación de justicia si el Tribunal resolviese fijar una indemnización por daños a favor del Demandante y el Demandado podría compensar dicha indemnización con cualquier tipo de obligación emergente de la auditoría realizada por las autoridades fiscales mexicanas, dado que los asuntos planteados son los mismos que se encuentran en litigio ante el Tribunal (réplica, par. 32-33).

87. El Demandado contesta alegando que este Tribunal no tiene competencia para resolver la solicitud del Demandante para que resuelva “que la demandada está impedida de impugnar los derechos de CEMSA a las devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarrillos realizadas en 1996-1997” por las razones siguientes:

- (a) la sección B del Capítulo XI del TLCAN confiere al Tribunal la competencia para otorgar una indemnización pecuniaria;
- (b) el Demandante no ha sometido una reclamación a arbitraje respecto de la auditoría de 1998; y
- (c) la declaración solicitada usurparía la competencia de los tribunales mexicanos y en ningún caso sería ejecutable (memorial de contestación, par. 575).

Además, según el Demandado, el Tribunal tampoco tiene competencia para resolver la solicitud de un laudo contingente sentenciando al pago de daños por la cantidad de cualquier liquidación fiscal en contra del Demandante como resultado de la auditoría de 1998 por la razón adicional de que dicha reclamación aún no está madura (*ibid.*, par. 576, 577).

88. En vista de la controversia entre las partes (*supra*, par. 86-87), el Tribunal de Arbitraje hace hincapié en que, conforme al Artículo 1136(1) del TLCAN, el laudo dictado por un tribunal será obligatorio y vinculante para las partes contendientes y respecto del caso concreto. Esta disposición implica, a la vez, que el Estado signatario del TLCAN también deberá cumplir con el laudo arbitral definitivo en su totalidad. In

casu, el derecho de CEMSA a las devoluciones fiscales en el período crítico constituye necesariamente una porción importante del presente arbitraje. Cualquier decisión al respecto que adopte este Tribunal de Arbitraje, conforme a los términos del Artículo 1136(1) del TLCAN, incidirá directamente sobre cualquier litigio local (pendiente o definitivo) relacionado con el derecho a las devoluciones de impuestos. Por lo tanto, la validez o legalidad de la liquidación impositiva de 1999 vinculada con las devoluciones de impuestos obtenidas en los años 1996 y 1997 no puede ser considerado un tema independiente o sin relación alguna con este procedimiento arbitral. Por el contrario, la validez o recuperación de los montos correspondientes a estas devoluciones de impuestos incide de manera funcional sobre la evaluación del Tribunal, ya sea que se haya producido una expropiación “progresiva” o cualquier otra forma pertinente de expropiación (conforme a los Artículos 1110 y 2103(6) del TLCAN). Asimismo, el Tribunal de Arbitraje es de la opinión de que el Demandante también entiende esta medida precautoria de carácter declaratorio dentro del contexto de la expropiación de conformidad con el Artículo 1110 del TLCAN, ya que su solicitud apunta a que el laudo arbitral determine que la liquidación impositiva impuesta por el Demandado “constituye una medida equivalente a la expropiación de acuerdo con el Artículo 1110 del TLCAN y, por ello, una violación del mismo” (memorial, escrito A(4), p. 130). Del mismo modo, la validez o recuperación de estas devoluciones de impuestos puede resultar pertinente a fin de determinar si el Demandado ha incurrido en violación del Artículo 1102, en la medida en que el Tribunal determine que, en lo que respecta a las devoluciones de impuestos, se le ha otorgado al Demandante un trato menos favorable que a otros inversionistas nacionales en circunstancias similares, tal como se discute en la Sección I, infra. Por consiguiente, dado que el Demandante presenta este alegato de invalidez dentro del marco de los Artículos 1102 y 1110 del TLCAN, la cuestión de la invalidez será tratada dentro del marco apropiado, pero ello no garantiza una respuesta autónoma en la parte dispositiva de este Laudo.

H FONDO

H.1 Expropiación: Visión de conjunto de las posturas de las partes contendientes

89. En este procedimiento, el argumento clave del Demandante es que las diversas medidas tomadas por las autoridades mexicanas, especialmente la SHCP, en el

sentido de negarle a CEMSA las devoluciones del IEPS sobre las exportaciones de cigarros constituyen una expropiación indirecta o “progresiva” de la inversión del Demandante y resultan equivalentes a la expropiación de acuerdo con el Artículo 1110. Asimismo, son arbitrarias, confiscatorias y discriminatorias y constituyen una violación del derecho del Demandante al debido proceso (ver memorial, Introducción y Resumen, p. 6; primera declaración testimonial de Swan, par. 30-34). El Demandante sostiene que las “medidas” que motivaron su queja pueden ser consideradas también como una “denegación de justicia” (un aspecto de la denegación del debido proceso) conforme el Artículo 1110 (memorial, par. 189-203). El Demandante tampoco cree que la política del gobierno mexicano tendiente a limitar las exportaciones de cigarros se justifique por razones de política pública, en especial a la luz del expreso propósito de la Ley del IEPS de 1980, que apuntaba a fomentar las exportaciones mexicanas (memorial, par. 189, cita de la Declaración de Motivos de la Ley del IEPS para 1981, Diario Oficial, 30 de diciembre de 1980).

90. En particular, el Demandante afirma que la decisión de 1993 del recurso de amparo ante la Suprema Corte ordenaba no sólo que los funcionarios mexicanos debían aplicar a CEMSA una tasa impositiva del 0% sobre las exportaciones, sino también que se le permitiera a CEMSA obtener la devolución de los impuestos incluidos en el precio que CEMSA pagaba a sus proveedores, Walmart y Sam’s Club. De acuerdo con el Demandante, la decisión carece de sentido si se declara inconstitucional el Artículo 2 de la Ley del IEPS —que permite sólo a los fabricantes y no a los revendedores obtener una tasa impositiva del 0% sobre la exportación de cigarros— pero se continua permitiendo que la SHCP deniegue las devoluciones de impuestos a compañías que no son contribuyentes del IEPS y no disponen de facturas en las cuales el impuesto esté consignado en forma expresa y por separado, de conformidad con el Artículo 4(III) de la Ley del IEPS. Con respecto a su intento de obtener las devoluciones, el Demandante sostiene haber confiado en una serie de cartas y promesas verbales de funcionarios de la SHCP y en el hecho de que éstos le habían otorgado devoluciones durante algunos períodos (1992 y desde abril de 1996 hasta septiembre de 1997). Se otorgaron las devoluciones a pesar de que los funcionarios siempre estuvieron al tanto de que el Demandante carecía de facturas en las que el monto correspondiente al impuesto estuviese trasladado expreso y por separado y tenía confianza en sus acciones. Algunos de esos mismos funcionarios habían denegado

dichas devoluciones en períodos anteriores. De hecho, según el Demandante, hubo un acuerdo o entendimiento verbal con funcionarios de la SHCP, al que se llegó tras una serie de reuniones e intercambio de correspondencia entre 1994 y 1995, de forma tal que el amparo de 1993 le confirió al Demandante el derecho a recibir devoluciones, en vez de simplemente limitarse a otorgarle el derecho a una tasa de IEPS del 0% sobre las exportaciones de cigarros (memorial, par. 68-69). De acuerdo con el Demandante, este entendimiento era producto de su imposibilidad de obtener las facturas, de las influencias de la Embajada de los Estados Unidos de América y de la entrada en vigor del TLCAN (memorial, Introducción y Resumen, pp. 3-4).

91. No obstante, el Demandante considera que el gobierno mexicano no cumplió con el amparo, a pesar del acuerdo verbal de conceder al Demandante las devoluciones. Por el contrario, los funcionarios del gobierno mexicano buscaron regresara las devoluciones que se habían otorgado en el período comprendido entre abril de 1996 y septiembre de 1997 y denegaron al Demandante las devoluciones fiscales correspondientes a octubre y noviembre de 1997, lo cual le impidió efectivamente al Demandante exportar cigarros. La aplicación de la Ley del IEPS por parte de las autoridades mexicanas (especialmente la aplicación estricta del Artículo 4(III)), que exige que el impuesto conste en las facturas por separado, pese a la imposibilidad de CEMSA de obtenerlos, rindió el fruto esperado. Efectivamente, las maniobras de la SHCP dejaron a CEMSA fuera del negocio de exportación de cigarros, violando así el Artículo 1110. De acuerdo con el Demandante, estos hechos constituyen claramente una expropiación progresiva o indirecta: la intención de México era apartar al Demandante del negocio de exportación de cigarros a través de la manipulación e interpretación de los requisitos legales del IEPS y mediante la denegación de la devolución del IEPS durante un tiempo. El Demandante concluye que el hecho de que las leyes fiscales se apliquen de manera tal a lograr la expropiación no convierte a la expropiación en una reglamentación válida.

92. El Demandado está en desacuerdo por varios motivos. En primer lugar, los actos de la SHCP –al exigir que en las facturas constara el IEPS por separado como condición para acceder a la devolución de dicho impuesto– constituyen un requisito exigido por la Ley del IEPS. En opinión del Demandado, ese requisito es completamente compatible con la sentencia de amparo de la Suprema Corte mexicana

en 1993, que era aplicable a las exportaciones de bebidas alcohólicas y de cigarros, y que sólo decidió que los revendedores, tales como el Demandante, al igual que los productores, tenían derecho a la aplicación de una tasa impositiva del 0% sobre sus exportaciones (memorial de contestación, par. 1-2). La SHCP estaba dispuesta a aplicar la tasa impositiva del 0% y a otorgar las devoluciones, pero si y solo si el Demandante cumplía con los demás requisitos exigidos por la Ley del IEPS, incluidos aquellos relativos a las facturas. Según el Demandado, el requisito de ser un contribuyente para acceder a la devolución impositiva y, especialmente, la exigencia de que el impuesto conste por separado en las facturas nunca fueron puestos a consideración de la Suprema Corte de Justicia de México, que por lo tanto jamás dictó sentencia alguna al respecto (memorial de contestación, par. 23). Además, jamás existió por parte de los funcionarios de la SHCP la intención de renunciar a los requisitos exigidos por el Artículo 4 de la Ley del IEPS. Las devoluciones se otorgan, en un principio, mediante un proceso virtualmente automático, en el cual la SHCP se reserva el derecho legal de auditar a los beneficiarios para determinar si tenían derecho a las devoluciones y si los montos consignados eran correctos.

93. Según el Demandado, no hay fundamentos para resolver que hubo “acuerdo” entre el Demandante y la SHCP en el sentido de que el Demandante tenía derecho a las devoluciones de acuerdo con la sentencia de amparo. Nunca hubo un acuerdo de esta índole, más allá del entendimiento obvio de los funcionarios de la SHCP, comunicado al Demandante tanto verbalmente como por escrito, de que cumplirían con la sentencia de amparo. Esa sentencia no va más allá de exigir que se le otorgue al Demandante la tasa impositiva del 0%. Los funcionarios de la SHCP no abrogaron, ni podrían haber abrogado, los demás requisitos de la Ley del IEPS, entre los cuales se incluye de manera no limitativa la presentación de facturas con el monto de los impuestos trasladado expreso y por separado de conformidad con el Artículo 2 (memorial de contestación, par. 168 y 172).

94. Además, el Tribunal Colegiado de Circuito determinó en el proceso de nulidad iniciado por el Demandante en 1998, entre otras cosas, que las disposiciones de la Ley del IEPS que exigen facturas con el monto de los impuestos trasladado expreso y por separado como condición para obtener devoluciones no es contrario al principio de igualdad tributaria. Desde el punto de vista del Demandado, ésta es una determinación conforme al derecho mexicano que no es correcto que sea abordada por el Tribunal

(dúplica, par. 16). Mientras que los argumentos son, en general, detallados y complejos, el Demandado estima que este juicio prueba que las autoridades administrativas mexicanas actuaron de manera congruente con el derecho mexicano y las decisiones de los tribunales (aun cuando el caso solamente se relaciona, de acuerdo con sus términos reales, a las solicitudes de devoluciones presentadas en noviembre y diciembre de 1997). Por lo tanto, no hay denegación de justicia conforme al derecho mexicano ni otra violación del derecho internacional que pudiera considerarse como fundamento de una violación del Artículo 1110.

95. El Demandado también cuestiona si el Demandante puede demostrar la propiedad de la “inversión” presuntamente expropiada en México por las autoridades mexicanas; en ausencia de una inversión, el Demandante no tiene la legitimación necesaria para iniciar una acción de conformidad con el Capítulo XI. Especialmente, en la medida en que el Demandante busca el pago de devoluciones correspondientes a octubre y noviembre de 1997, ésta es una deuda específicamente excluida de la definición de inversión conforme al Artículo 1139 del TLCAN. No existe una “inversión” de la que el Demandado se haya apropiado o sobre la cual se haya adjudicado el control (memorial de contestación, par. 302 y siguientes.).

H.2 Ley aplicable: Artículo 1110 del TLCAN y el derecho internacional

96. Una cuestión inicial es si existe una “inversión” cubierta por el TLCAN. El término “inversión” está definido en el Artículo 1139 en términos sumamente amplios. Cubre prácticamente todos los tipos de interés financiero, directo o indirecto, salvo ciertos reclamos monetarios. El primer punto incluido bajo “inversión” es “una empresa”. No hay desacuerdo entre las partes acerca de que la Corporación de Exportaciones Mexicanas, S.A. (CEMSA) es una persona jurídica constituida de conformidad con las leyes de México y casi totalmente controlada por el ciudadano inversionista estadounidense Marvin Roy Feldman Karpa (Primera declaración testimonial de Feldman, par. 1). Entre las definiciones que proporciona el diccionario de la palabra “empresa” consta la siguiente: “una unidad de organización o actividad económica, especialmente, una organización comercial” (Webster’s New Collegiate Dictionary, 1977 ed.). Como tal, el Tribunal determina que CEMSA está incluida en la

definición del término “empresa” y, por lo tanto, es una “inversión” de conformidad con el TLCAN. Esta conclusión es compatible con la conclusión a la que llegaron otros tribunales que han juzgado casos relacionados con el Capítulo XI del TLCAN. Por ejemplo, en el caso S.D. Myers c. el Gobierno de Canadá, el tribunal concluyó que una sociedad canadiense constituida con el propósito de facilitar las exportaciones de residuos peligrosos a los Estados Unidos, una filial de S.D. Myers en los Estados Unidos de propiedad de los mismos accionistas propietarios de S.D. Myers, cumplía los requisitos del TLCAN para ser considerada una “inversión.” (S.D. Myers c. el Gobierno de Canadá, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, par. 230-231, <http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf>.)

97. La expropiación conforme al Capítulo XI se rige por el Artículo 1110 del TLCAN, a pesar de que el TLCAN carece de una definición precisa de expropiación. En su parte pertinente, dicho artículo especifica lo siguiente:

1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar o expropiar, *directa o indirectamente*, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio *ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización* de esa inversión (“expropiación”), salvo que sea:
 - (a) por causa de utilidad pública;
 - (b) sobre bases no discriminatorias;
 - (c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1);
y
 - (d) mediante indemnización conforme a los par. 2 a 6.⁵

La cuestión clave, tanto en términos generales como en el caso que nos ocupa, es si los actos del Demandado constituyen una expropiación.

98. La redacción del Artículo 1110 es tan amplia que se hace difícil aplicarlo a casos específicos. Según el punto de vista del Tribunal, la determinación esencial es si los actos del gobierno mexicano constituyen una expropiación o nacionalización, o una acción gubernamental válida. Si no existe un acto expropiatorio, los factores enumerados en los puntos (a) al (d) tienen una pertinencia limitada, salvo en la medida

⁵ El énfasis es nuestro. Los par. 2-6 prevén una indemnización “equivalente al justo valor de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo”; que el pago de la indemnización se haga sin demora y sea completamente liquidable; que incluya intereses en una moneda fuerte; y que pueda transferirse libremente. *Idem* Artículo 1110(1) (2-6).

en que han contribuido a diferenciar entre actos gubernamentales que representan una expropiación y aquellos que no, o son equivalentes a violaciones de los Artículos 1102 y 1105 del TLCAN. Si se resuelve que ha habido expropiación, se exige una indemnización incluso si la confiscación se funda en razones de utilidad pública, es no discriminatoria y con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1).

99. El punto de vista de que las condiciones (excepto el requisito de indemnización) no son de importancia primordial para determinar la expropiación ha sido confirmada por el Restatement of the Law of Foreign Relations of the United States, fuente en la que se basan muchos abogados estadounidenses y canadienses y que ha sido mencionada en los memoriales tanto del Demandante como del Demandado en este procedimiento.⁶ Por ejemplo, de acuerdo con el Restatement, el requisito de la causa de utilidad pública “no ha figurado en forma destacada en la práctica de las reclamaciones internacionales, tal vez porque el concepto de utilidad pública es amplio y no está efectivamente sujeto a un análisis adicional por parte de otros Estados.” (AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement of the Law Third, the Foreign Relations of the United States, USA, American Law Institute Publishers, Vol. 1, 1987, (en adelante, el Restatement), Sección 712, Comentario g.). Del mismo modo, el Restatement sugiere que, si se paga la indemnización que corresponde por una expropiación, el hecho de que la confiscación no sea por causa de utilidad pública y haya sido discriminatoria “podría incluso no dar lugar a una impugnación con resultado favorable.” Un comentario señala, quizá de manera un tanto inconsistente, que “los daños económicos [incluidos bajo la sección 712(3)] son generalmente ilegales por ser discriminatorios o arbitrarios.” (Idem, Sección 712, Comentario i.) Esta última cláusula da a entender que si los actos gubernamentales (legislativos, administrativos o judiciales) son discriminatorios o arbitrarios (o tal vez injustos o inequitativos), como se alega que ocurre en este caso, será más probable que se los considere expropiatorios, lo cual confiere un grado de circularidad a la dicotomía “expropiación c. reglamentación”.

100. Es más significativo, en relación con este caso, que el Artículo 1110 no sólo considera las confiscaciones directas sino también la expropiación indirecta y

⁶ Memorial, par. 151 y siguientes; memorial de contestación, par. 335 y siguientes (con algunas calificaciones). Es importante destacar que el lenguaje utilizado en la *Restatement*, Sección 712, difiere en forma significativa de la empleada en el TLCAN, aun cuando los conceptos son similares.

aquellas medidas que sean “equivalentes a la expropiación”, lo cual, potencialmente, engloba una variedad de actividades regulatorias gubernamentales que pueden interferir significativamente con los derechos de propiedad de un inversionista. El Tribunal considera que, desde un punto de vista funcional, ambas expresiones tienen un alcance equivalente. Se reconoce que la expropiación directa es relativamente fácil: las autoridades gubernamentales toman el control de una mina o una fábrica, privando al inversionista de todos los beneficios significativos de propiedad y control. Sin embargo, es mucho menos claro determinar cuándo un acto gubernamental que interfiere con derechos de propiedad definidos en forma amplia —una “inversión” de conformidad con el Artículo 1139 del TLCAN— dejan de ser una reglamentación válida y se transforman en una afectación de la propiedad sujeta a indemnización, y es justo reconocer que nadie ha podido trazar en forma satisfactoria una clara línea divisoria entre ambos conceptos.

101. Por su propia naturaleza, las medidas impositivas, incluso si están concebidas como una expropiación y tienen tal efecto, serán indirectas y tendrán un efecto que puede ser equivalente al de la expropiación. Si las medidas se instrumentan a lo largo de un período de tiempo, también podrían ser tipificadas como “progresivas”, cuya naturaleza, en opinión también del Tribunal, no es distinta de aquellas designadas como expropiación “indirecta” o “equivalente a la expropiación” según los términos del Artículo 1110(1); y, se encuentra subsumida en dichos términos. El Demandante ha alegado “expropiación progresiva”. El Demandado ha objetado que el Demandante no ha hecho, en realidad, sino agregar un nuevo elemento al caso que, entre otras cosas, debiera haber sido presentado a consideración de las autoridades competentes de conformidad con el Artículo 2103(6) para que determinaran si debía ser excluido de la definición de expropiación. El Restatement define a la “expropiación progresiva”, en parte, como a un Estado que busca “lograr el mismo resultado [que el de una confiscación propiamente dicha] por medio de medidas fiscales y regulatorias concebidas con el fin de que la ejecución permanente de un proyecto resulte antieconómica y sea abandonado” (Restatement, Sección 712, Nota 7 del Reporter). Dado que el Tribunal es de la opinión de que la expropiación progresiva, según la define el Restatement antes mencionada, es una forma de expropiación indirecta y puede, por lo tanto, constituir medidas “equivalentes a la expropiación”, el Tribunal incluye la

expropiación progresiva en su consideración conjuntamente con estos otros términos estrechamente vinculados⁷.

102. En última instancia, las decisiones acerca de cuándo las medidas regulatorias se tornan indemnizables conforme al Artículo 1110 y a disposiciones similares en otros acuerdos se toman, al parecer, sobre la base de los hechos presentados en casos específicos. Este Tribunal debe, necesariamente, adoptar el mismo criterio.

103. El Tribunal observa que son muchas las formas en que las autoridades gubernamentales pueden dejar a una empresa fuera del negocio o reducir significativamente los beneficios económicos de su actividad comercial. Antiguamente, los impuestos confiscatorios, la denegación del acceso a la infraestructura o a las materias primas necesarias o la imposición de regímenes regulatorios arbitrarios, entre otros, han sido considerados medidas expropiatorias. Al mismo tiempo, los gobiernos deben tener la libertad de actuar en pro del interés público más amplio a través de la protección del medio ambiente, regímenes impositivos nuevos o modificados, el otorgamiento o cancelación de subsidios gubernamentales, la reducción o el aumento de los niveles arancelarios, la imposición de zonas restringidas y medidas similares. Ninguna reglamentación gubernamental razonable de este tipo puede lograrse si se permite que los negocios que se vean perjudicados busquen una indemnización, y cabe afirmar con certeza que el derecho internacional consuetudinario reconoce esta circunstancia (ver *infra*, par. 105).

104. Trazar una línea divisoria entre la expropiación y la actividad regulatoria ha sido una tarea difícil, tanto en el período anterior al TLCAN como para los pocos tribunales arbitrales que hasta ahora se han conformado en los términos del Capítulo XI del TLCAN que han debido considerar esta cuestión. Aquí también, a pesar del lenguaje menos específico y la falta de referencias a la expresión “equivalente a la expropiación,” el Restatement resulta de cierta ayuda, especialmente los comentarios, para entender el

⁷ Este Tribunal observa que el tribunal que juzgó el caso *S.D. Myers* (citando a *Pope & Talbot*) llegó efectivamente a la conclusión de que las palabras “equivalente a la expropiación” tenían la intención de abarcar el concepto de expropiación “progresiva” más que “ampliar el alcance internacionalmente aceptado del término expropiación.” Ver *S.D. Myers c. el Gobierno de Canadá*, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, par. 286, <http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf>

derecho internacional consuetudinario en este punto. En su parte pertinente, la Sección 712 reza lo siguiente:

“Conforme al derecho internacional, un Estado es responsable por daños derivados de:

(1) la confiscación, por parte del Estado, de los bienes de un ciudadano de otro Estado que

- (a) no sea por causa de utilidad pública, o
- (b) sea discriminatoria, o
- (c) no esté acompañada por una justa indemnización.”

Mientras que esta redacción difiere considerablemente de la redacción del Artículo 1110, contiene muchos de sus elementos esenciales, particularmente el concepto de la confiscación y las condiciones.

105. Los “comentarios” del Restatement tienen la intención de ayudar a determinar, inter alia, cómo distinguir entre una expropiación indirecta y una reglamentación gubernamental válida:

‘Un Estado es responsable por la expropiación de bienes conforme al apartado (1) cuando somete los bienes extranjeros a impuestos, regulaciones u otras medidas de naturaleza confiscatoria o que impidan, interfieran arbitrariamente o demoren indebidamente el goce efectivo de los bienes extranjeros o su traslado desde el territorio de ese Estado... *Un Estado no es responsable de la pérdida de bienes u otras desventajas económicas derivadas de tributos o regulaciones impuestos de buena fe y en general, de la confiscación por delitos u otros actos de este tipo que sean comúnmente aceptados como parte del poder de policía de los Estados, si no son discriminatorios....*’ (Restatement, Sección 712, comentario g, el énfasis es nuestro.)

106. Es notable que el comentario del Restatement incluya específicamente los “impuestos” como una posible medida expropiatoria y atribuya responsabilidad al Estado, entre otras cosas, cuando interfiere arbitrariamente con la propiedad de un extranjero. Al mismo tiempo, los impuestos establecidos de buena fe y no discriminatorios no crean responsabilidad. Las Notas del Reporter al Restatement dan a entender, además, que “el hecho de que un acto estatal constituya una confiscación y exija indemnización conforme al derecho internacional, o sea un impuesto o reglamentación dentro del poder de policía que no de lugar a una obligación de

indemnizar, incluso si un ciudadano extranjero sufre una pérdida como consecuencia de ello” debe determinarse a la luz de todas las circunstancias del caso (Restatement, Sección 712, Nota 5 del Reporter).

107. Además del Restatement, este Tribunal también procuró contar con la guía de las decisiones adoptadas por varios tribunales anteriores del Capítulo XI del TLCAN que han interpretado el Artículo 1110. El Tribunal comprende que, conforme al Artículo 1136(1) del TLCAN, “El laudo dictado por un tribunal será obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto” y que cada determinación conforme al Artículo 1110 se basa necesariamente en los hechos específicos de cada caso. Sin embargo, en virtud de que ambas partes en este procedimiento han citado extensamente algunas decisiones anteriores y se han basado en ellas, el Tribunal considera conveniente examinar brevemente las partes pertinentes de las decisiones previas, en particular *Azinian c. Estados Unidos Mexicanos* y *Metalclad c. Estados Unidos Mexicanos*. De todos modos, sólo ha habido un laudo previo de confiscación conforme al Artículo 1110, en *Metalclad*, y los principales fundamentos de esa decisión fueron en gran medida anulados por la corte de revisión, la Suprema Corte de la Columbia Británica. En las demás decisiones que hasta la fecha han considerado alegaciones de una violación al Artículo 1110 y que han intentado coordinar criterios para arribar a sus decisiones (*S.D. Myers c. Canadá* y *Pope & Talbot c. Canadá*), los tribunales, por diversos motivos, no encontraron violaciones al Artículo 1110.

H.3 Actos del Demandado considerados una expropiación conforme al Artículo

1110

108. El Tribunal se ha esforzado considerablemente, a la luz de los hechos y los argumentos jurídicos presentados, en interpretar la redacción del Artículo 1110 y otras disposiciones pertinentes del TLCAN, los principios del derecho internacional consuetudinario y las decisiones anteriores de tribunales vinculados con el TLCAN, a fin de determinar si los actos del Demandado relacionados con el Demandante constituyeron una expropiación indirecta o “progresiva”, o actos equivalentes a una expropiación. (En este caso, no se alega una expropiación o confisca directa conforme

al Artículo 1110.) La conclusión de que no constituyen actos de expropiación se explica a continuación.

109. Los hechos aquí presentados, dependiendo de su interpretación, parecen sustentar el criterio de expropiación indirecta o progresiva. El Demandante, por los actos del Demandado, ya no puede dedicarse al negocio de compra y exportación de cigarros mexicanos, por lo cual ha sido privado en forma total y permanente de todos los posibles beneficios económicos derivados de dicha actividad.⁸ Entre 1991, cuando el Demandante inició su recurso de amparo, y diciembre de 1997, cuando la SHCP se negó definitivamente a otorgarle a CEMSA devoluciones de impuestos sobre sus exportaciones de cigarros, la SHCP siguió un curso de acción contradictorio y falto de transparencia. En algunos casos, autorizó y pagó las devoluciones (correspondientes por ejemplo a las exportaciones de 1992); en otros, durante períodos significativos (1994-1995), los denegó. En diversos momentos, funcionarios de la SHCP suministraron al Demandante documentación escrita que podría haber llevado a algunas personas, en forma razonable o no, a creer que la SHCP estaba de acuerdo con la postura del Demandante en el sentido de que la sentencia de amparo de 1993 exigía que se le concediera al Demandante devoluciones (ver, por ejemplo, las cartas del 12 de marzo de 1992, del 10 de mayo de 1994 y del 16 de marzo de 1997). La SHCP intentó, mediante una auditoría fiscal, obtener el reembolso de las devoluciones pagadas al Demandante en 1996 y en 1997, más la tasa de inflación, los intereses y posibles multas. Asimismo, conforme al Artículo 2103(6) del TLCAN, los Estados Parte expresamente confirman que las reglamentaciones tributarias pueden ser expropiatorias según lo dispuesto en el Artículo 1110, aunque con significativas restricciones.⁹

⁸ Según lo analizado en la Sección “Daños” de este Laudo Arbitral (par. 189-207), existe un serio cuestionamiento acerca de si el negocio del Demandante, incluso si la SHCP hubiera otorgado sistemáticamente las devoluciones en sus montos correctos, hubiera sido económicamente viable, teniendo en cuenta el escaso margen de ganancias basado en una utilidad bruta de menos de US \$0.10 entre el costo neto de impuestos de CEMSA de los cigarros y el precio de venta pagado por los clientes de CEMSA.

⁹ En primer lugar, el Artículo 2103 del TLCAN excluye de manera general las medidas impositivas del alcance del TLCAN: “Salvo lo indicado en este Artículo, nada de lo contenido en este Convenio se aplicará a las medidas impositivas.” Sin embargo, esta exclusión no es absoluta. El Artículo 2103(3)(b) hace que el Artículo 1102 sea aplicable a las medidas impositivas y el Artículo 2103(6) hace que el Artículo 1110 sea aplicable bajo ciertas condiciones. No se menciona el Artículo 1105 entre las excepciones a la exclusión; por lo tanto, no se aplica a las medidas impositivas, salvo que se haya probado una expropiación conforme al Artículo 1110, y hay un análisis acerca de si el acto expropiatorio satisface los requisitos de legalidad y del Artículo 1105, según lo dispuesto en el Artículo 1110(1)(c).

110. Nadie puede cuestionar seriamente que, en ciertas circunstancias, la actividad reglamentaria del gobierno puede constituir una violación del Artículo 1110. Por ejemplo, en *Pope & Talbot*, Canadá argumentó que “la mera interferencia no es expropiación; en realidad, para que haya expropiación, se requiere un grado importante de privación de los derechos fundamentales de propiedad”.¹⁰ El tribunal rechazó este criterio:

Las reglamentaciones pueden, sin duda, tipificarse de modo que constituyan una expropiación progresiva... De hecho, muchas expropiaciones progresivas podrían ejecutarse mediante reglamentaciones, y una excepción global de las medidas reglamentarias crearía un vacío enorme en la protección internacional contra las expropiaciones. (*Idem*, par. 99.)

Sin embargo, el tribunal en el caso *Pope & Talbot* no halló una violación del Artículo 1110. Este Tribunal considera más persuasivos los argumentos jurídicos en contra de un fallo de expropiación, por los motivos que se detallan más adelante, y llega a la misma conclusión sobre hechos muy distintos de los presentados en el caso *Pope & Talbot*.

111. Los fundamentos en los que se basa este Tribunal para desestimar la alegación de una violación del Artículo 1110 pueden resumirse del siguiente modo: (1) Como sugiere el caso *Azinian*, no todos los problemas comerciales que experimenta un inversionista extranjero constituyen una expropiación conforme al Artículo 1110; (2) el TLCAN y los principios de derecho internacional consuetudinario no le exigen a un Estado que autorice exportaciones de cigarros en un mercado gris; (3) en ningún momento la Ley del IEPS, tal como ha sido formulada, confirió a los revendedores de cigarros mexicanos como CEMSA el “derecho” de exportar cigarros (debido, fundamentalmente, al requisito legal/técnico de que las facturas consignaran el monto de los impuestos en forma separada y a su condición de no contribuyente); y (4) la “inversión” del Demandante, el negocio de exportación conocido como CEMSA, sigue estando, hasta donde puede determinarlo este Tribunal, bajo el control total del Demandante, una empresa con el derecho aparente a dedicarse a la exportación de bebidas alcohólicas, materiales fotográficos, lentes de contacto, leche en polvo y otros

¹⁰ *Pope & Talbot c. el Gobierno de Canadá*, Laudo Provisorio, 26 de junio de 2000, par. 87-88, <http://www.state.gov/documents/organization/3989.pdf>. Canadá también manifestó que “*tantamount*” simplemente significa “equivalente,” y que esta redacción no tenía la intención de ampliar el alcance del

productos mexicanos —todo producto que pueda adquirir contra la recepción de facturas que trasladen expresamente y por separado el monto de los impuestos— y a recibir devoluciones de todo impuesto aplicable conforme a la Ley del IEPS. Pese a que ninguno de estos factores por sí mismo es necesariamente concluyente, desde el punto de vista del Tribunal, si son tomados en forma conjunta, inclinan la balanza de la expropiación/reglamentación en contra de la la decisión de expropiación.

H.3.1 Muchos problemas comerciales no constituyen expropiaciones

112. En primer lugar, el Tribunal está consciente de que no todo problema comercial que experimente un inversionista extranjero constituye un caso de expropiación indirecta conforme al Artículo 1110, o una denegación del principio de legalidad o de un trato justo y equitativo conforme al Artículo 1110(1)(c). Tal como observó el tribunal del caso Azinian, “Es una circunstancia ordinaria de la vida en todo lugar que las personas puedan decepcionarse en sus tratos con las autoridades públicas... Podemos tener la certeza de que existen muchas empresas mexicanas que han tenido relaciones comerciales con entidades gubernamentales las cuales no han concluido a su satisfacción...” (Robert Azinian y Otros c. los Estados Unidos Mexicanos, Laudo Arbitral del 1º de noviembre de 1999, par. 83, 14 ICSID Review. FILJ 2, 1999.) Parafraseando el caso Azinian, no toda la actividad reglamentaria del gobierno que le dificulta o imposibilita a un inversionista llevar a cabo un determinado negocio, ni todo cambio en la legislación o en la aplicación de leyes existentes que torna antieconómico continuar un determinado negocio constituyen una expropiación conforme al Artículo 1110. En el ejercicio de sus poderes regulatorios, los gobiernos frecuentemente cambian sus leyes y regulaciones en respuesta a los cambios que se producen en las circunstancias económicas o en los aspectos políticos, económicos o sociales. Estos cambios bien pueden tornar algunas actividades menos rentables o inclusive antieconómicas.

113. En este caso, es innegable que el Demandante ha experimentado grandes dificultades en su relación con funcionarios de la SHCP y, en ciertos aspectos, ha sido tratado de una forma menos que razonable, pero el trato dispensado de acuerdo con las circunstancias de este caso no llega a constituir una violación del derecho internacional

Artículo 1110 de forma que, además de la expropiación progresiva, también cubriese las medidas

conforme al Artículo 1110. Lamentablemente, las autoridades fiscales, en la mayoría de los países, no actúan siempre en forma consistente y predecible. La Ley del IEPS, en principio (aunque no necesariamente en la forma en que se aplicó), es sin lugar a dudas una medida impositiva general del tipo previsto en el Comentario g del Restatement (ver supra par. 105, 106). Como en la mayoría de los regímenes fiscales, las leyes fiscales se utilizan como instrumentos de política pública así como de política fiscal, y mientras que ciertos contribuyentes se ven inevitablemente favorecidos, otros se ven menos favorecidos o incluso perjudicados.

114. Más aún, el Demandante podría haber utilizado más tempranamente los procedimientos disponibles conforme al derecho mexicano para obtener un fallo formal y vinculante sobre el tema de las facturas exigidas por la SHCP, pero al parecer decidió no hacerlo (ver el testimonio preparado de Fernando Heftye, par. 7-9). A pesar de las dudas de carácter legal sobre los aspectos de los que dependía el éxito de este negocio, el Demandante solicitó una aclaración de las cuestiones legales derivadas del Artículo 4 de la Ley del IEPS sólo cuando se vio efectivamente forzado a hacerlo, en el mes de abril de 1998, después de que la SHCP le denegó la solicitud de devoluciones de impuestos correspondientes a las exportaciones efectuadas entre octubre de 1997 y enero de 1998 y, luego en marzo de 1999, cuando, como resultado de una auditoría de impuestos, la SHCP reclamó el reembolso de la devoluciones más los intereses, el ajuste por inflación y las multas sobre las devoluciones de impuestos previamente recibidas en 1996 y 1997¹¹. No resulta claro por qué se abstuvo de buscar una aclaración, pero lo hizo a su propio riesgo, sobre todo teniendo en cuenta que se enfrentaba a leyes impositivas y a autoridades fiscales, que están sujetas a importantes formalidades en México y en la mayoría de los demás países del mundo.

regulatorias. *Idem*, par. 89.

¹¹ Asimismo, a pesar de que el Tribunal está consciente, según lo indicado anteriormente, que los procedimientos ante el Tribunal Fiscal de 1999, que cuestionaron las acciones de la SHCP para recuperar del Demandante las devoluciones de impuestos, no han finalizado, la decisión más reciente hizo lugar al argumento del Demandante en el sentido de que los requisitos de la Ley del IEPS respecto del traslado expreso y por separado de los montos de los impuestos en las facturas y la exclusión de devoluciones por exportaciones a jurisdicciones de baja imposición fiscal, son inconstitucionales conforme a la legislación mexicana. La importancia de esta resolución judicial se ve en parte contrarrestada por el hecho de que, en otro procedimiento de 1998, ya finalizado, que cuestionó la denegación de las devoluciones de impuestos entre octubre de 1997 y enero de 1998, otro tribunal mexicano que consideró esencialmente las mismas cuestiones falló a favor de la SHCP (ver la sentencia de amparo del 24 de agosto de 2000).

H.3.2 Exportaciones del mercado gris y el derecho internacional

115. En segundo lugar, desde el punto de vista de este Tribunal, el TLCAN y los principios de derecho internacional consuetudinario no le exigen a un Estado a que autorice a exportar cigarros a revendedores no autorizados (exportaciones del mercado gris). Una prohibición de esta índole puede fundarse en razones objetivas. Tales razones incluyen la necesidad de desalentar el contrabando (de cigarros que presuntamente se exportan de vuelta a México) que puede privar a un gobierno de ingresos fiscales significativos, o el mantenimiento de altos impuestos sobre los cigarros para desalentar el hábito de fumar (como ocurre en Canadá) y, tal como sugirió un funcionario del gobierno mexicano, la voluntad de ayudar a los productores a cumplir con sus obligaciones de pago de licencias de marcas registradas conforme a convenios privados (ver Declaración de Ismael Gómez Gordillo, Apéndice 6045-6054). Tal como ambas partes han reconocido en este procedimiento, es innegable que el contrabando de cigarros es un problema grave no sólo para México sino para muchas otras naciones.¹²

116. La conclusión de que ni el TLCAN ni las reglas del derecho internacional consuetudinario exigen que un Estado autorice las exportaciones de cigarros del mercado gris se ve, en cierta medida, reforzada por la resolución de la autoridad competente de los Estados Unidos de que la acción de México de adoptar una ley, que entró en vigor el 1º de enero de 1998, por la cual se limitaba la disponibilidad de las devoluciones de los impuestos internos a aquellos que compraban cigarros en la “primera venta” realizada dentro de México (es decir, en la venta del productor al cliente del productor, pero no en las reventas subsiguientes) no constituía una expropiación conforme al Artículo 1110 del TLCAN. (Carta del 17 de febrero de 1999 del Secretario Adjunto del Tesoro de los Estados Unidos, Donald C. Lubick, al Subsecretario de Ingresos de México, Tomás Ruiz.) El efecto de esta reforma de la Ley del IEPS en 1998 tuvo exactamente el mismo objetivo que la reforma de 1991, que negaba a los revendedores la posibilidad de gozar de una tasa del 0% sobre sus exportaciones. (Esta reforma de 1991 fue declarada inconstitucional por la sentencia de

¹² Ver, por ejemplo, el Anexo 6 de la réplica del Demandante, que incluye copias de recientes informes periodísticos acerca del contrabando de cigarros estadounidenses a Canadá y a varios países europeos; indicaciones de que los productores de cigarros en México han bajado el precio del cigarro en un 25% para poder competir más eficazmente con los cigarros de contrabando (transcripción, 12 de julio de 2001, p. 148); y documentación proporcionada por el Demandado, que sugiere que algunos cigarros exportados de México a los Estados Unidos volvían a importarse a México desde El Paso.

amparo emitida por la Corte Suprema en 1993.) La carta de la autoridad competente de los Estados Unidos intenta desvincular la medida de 1998 con la previa al manifestar que “no debe extraerse ninguna inferencia de mis opiniones, o de las opiniones del gobierno de los Estados Unidos, en cuanto a si las dos primeras medidas descritas previamente [la presunta negativa de México a aplicar la sentencia de amparo y a otorgar las devoluciones del IEPS] constituyen una expropiación conforme a lo dispuesto en el Artículo 1110 del TLCAN”, pero la comparación es inevitable. Como mínimo, sugiere que corresponde dar a los cambios en la legislación y en la política fiscal un margen relativamente amplio bajo el TLCAN, aun cuando tengan el efecto de hacer impráctica la continuidad de ciertas actividades comerciales.

H.3.3 Requisitos que consistentemente se han mantenido en el Artículo 4(III) de la Ley del IEPS

117. En tercer lugar, en este caso *no* hubo, durante todo el período que transcurre entre 1990 y 1997, una prohibición gubernamental que por sí misma impidiera a los revendedores a exportar cigarros (u otros productos) desde México. Los esfuerzos realizados por el Demandado para imponer por la vía legislativa una prohibición de este tipo en 1990 fueron considerados inconstitucionales por la Suprema Corte en la sentencia de amparo de 1993. En una interpretación limitada de tal sentencia —que la misma exigía que tanto productores como revendedores gozarán de la tasa del 0% sobre sus exportaciones, pero nada más— era legalmente posible para el Demandante exportar cigarros a una tasa del 0% si cumplía los demás requisitos exigidos en la Ley del IEPS.¹³ Sin embargo, el Demandante estaba efectivamente impedido de aprovechar la tasa del 0% y, por lo tanto, de exportar cigarros, a menos que pudiera obtener también la devolución de los impuestos incluidos (pero no trasladados expreso y por separado) en el precio que pagaba a los grandes minoristas —Walmart y Sam’s— por sus cigarros. Este problema se originaba en el hecho de que los productores mexicanos de cigarros —especialmente Cigatam, la licenciataria mexicana de la marca Marlboro— se negaban a venderle al Demandante porque querían preservar un monopolio de la exportación (de acuerdo con la primera declaración

¹³ Técnicamente, el amparo parece aplicarse solamente a la Ley del IEPS cuestionada, es decir, a la versión de 1990. Sin embargo, el Artículo 2(III) de la ley fue reformado una vez más en 1992, de forma tal de que se aplicara la tasa del 0% tanto para revendedores/exportadores como para

testimonial de Feldman, par. 14) o quizás por otros motivos, negativa que está al parecer dentro de sus derechos de acuerdo con las leyes mexicanas. En términos económicos, habría sido imposible para el Demandante pagar el precio de los cigarros en México, incluido el 85% de impuestos internos exigidos por la Ley del IEPS, y vender luego esos cigarros en algún país extranjero. (Una vez que la nación extranjera sumara sus propios impuestos internos a la importación, el precio de los cigarros mexicanos con ambos impuestos sumados se habría ubicado a un valor totalmente fuera de mercado.)

118. En sus esfuerzos por obtener las devoluciones, el Demandante se vio bloqueado por un requisito de la Ley del IEPS vigente desde larga data, el requisito contenido en el Artículo 4(III), por el cual se le exige que cuando busca obtener devoluciones, como no contribuyente, presente facturas que demuestren que el impuesto IEPS ha sido trasladado expreso y por separado al contribuyente (ver supra, par. 15). Sin embargo, aun en el supuesto de que el Demandante fuese un “contribuyente” conforme a esta disposición, en vistas de las peculiaridades del cálculo de los impuestos sobre los cigarros —y hay ciertas dudas respecto de este supuesto—, el Demandante no podría obtener las facturas exigidas en ningún momento. El Demandante no podía obtener la información de los minoristas que le suministraban los cigarros (ya que ellos mismos desconocían esos montos impositivos), y los productores de cigarros no estaban dispuestos a proporcionarle dicha información.¹⁴ Por lo tanto, el Tribunal tiene la impresión de que el Demandante nunca tuvo realmente “derecho” a obtener las devoluciones de los impuestos que gravaban la exportación de cigarros, sino únicamente el derecho a gozar de la tasa del 0%. Esto es relevante ya que, en la medida en que así lo ha podido determinar el Tribunal, el único activo importante de CEMSA, es su supuesto derecho a percibir las devoluciones del impuesto IEPS sobre la exportación de cigarros y obtener ganancias de ese negocio.¹⁵ También observamos

productores/exportadores, siempre que el país de destino no fuera una jurisdicción de baja imposición (paraísos fiscales).

¹⁴ A pesar de que la base imponible del IEPS a los cigarros es el precio de venta al minorista, conforme a la ley del IEPS, la parte responsable de pagar el impuesto es el productor o su distribuidor controlado, no el minorista, presumiblemente para asegurar que el monto total de los impuestos se pagaran dentro de un sistema de distribución en el que muchos de los minoristas eran operadores de pequeños quioscos, de quienes la SHCP aparentemente desconfiaba le fueran a pagar los montos impositivos correctos o llevaran registros adecuados que le garantizaran a la SHCP que se estaba pagando el total de los impuestos. Ver Artículo 11 de la ley del IEPS (1991).

¹⁵ En el expediente no obran pruebas de la existencia de activos tangibles significativos de CEMSA. El Demandante afirma que la capitalización inicial de CEMSA en el momento de su constitución, en 1998, fue de un total de \$510,000 pesos mexicanos, pero no hay indicación de qué porcentaje de esta suma fue

que el Demandante admite que “la discriminación entre productores y revendedores de cigarrillos [no] entraña necesariamente una violación del derecho internacional.” (Ver el escrito del Demandante del 8 de mayo de 2002, par. 9.) Antes bien, el Demandante se basa en la presunta negativa de las autoridades mexicanas a cumplir con la sentencia de amparo de 1993 y en el presunto convenio posterior entre el Demandante y funcionarios de la SHCP, en virtud del cual la primera podría obtener devoluciones impositivas a pesar de no contar con facturas que trasladaran expreso y por separado los montos del impuesto.

119. El principal tema de controversia aquí es si la denegación de las devoluciones del IEPS por la imposibilidad de cumplir con el requisito de presentar las facturas exigidas constituyó una expropiación de la inversión del Demandante (el derecho a exportar cigarrillos) conforme al Artículo 1110. Una cuestión conexa es la denegación de percibir devoluciones de impuestos sobre exportaciones presuntamente efectuadas a una jurisdicción de baja imposición fiscal (Honduras), también presuntamente prohibida por la Ley del IEPS (ver supra par. 8). No obstante, con el objeto de determinar si los actos del gobierno mexicano en el período crítico comprendido entre 1996 y 1997 privaron al Demandante de un “derecho fundamental de propiedad” (término utilizado por el tribunal en el caso *Pope & Talbot*), es importante observar que el requisito relativo a las facturas de la Ley del IEPS no era nuevo ni había sido modificado por los funcionarios mexicanos (salvo en cuanto al alcance o no alcance de su aplicación) en perjuicio del Demandante. En todo momento durante el período comprendido entre el 1° de enero de 1987, incluyendo abril de 1990, cuando CEMSA se inscribió como compañía exportadora, y el 1° de enero de 1998, cuando la nueva Ley del IEPS definitivamente impidió las devoluciones salvo para la “primera venta” en México, el Artículo 4(III) de la Ley del IEPS, tal como había sido redactado (aunque no tal como siempre fuera aplicado), requería efectivamente a los revendedores de cigarrillos como CEMSA obtener las facturas con el traslado expreso y por separado de los montos de los impuestos. Aun cuando el procedimiento de 1999 ante el Tribunal Fiscal de México llegue en última instancia a resolver que la denegación de las devoluciones en 1996 y 1997 es inconstitucional conforme al derecho mexicano, no es

pagada en capital. Declaración de Feldman del 28 de marzo de 2001, par. 1. Por otra parte, la reclamación de indemnización del Demandante se basa casi en su totalidad en un cálculo de lucro cesante y el valor

ésta una cuestión de la que el Demandante pueda razonablemente argumentar que los cambios en la ley posteriores a su inversión destruyeron su inversión, ya que la Ley del IEPS, en todo momento pertinente, contenía el requisito relativo a las facturas. Por supuesto, México intentó primero prohibir tales exportaciones en 1990, negando a los revendedores la tasa del 0%, pero ese intento fue frustrado por la Suprema Corte. Es así que, en retrospectiva, el problema más arduo del Demandante en relación con las exportaciones de cigarros no fue la tasa del 0%, sino los requisitos técnicos de la Ley del IEPS acerca de las facturas y, mucho después, la negativa de otorgar devoluciones de impuestos por aquellas exportaciones destinadas a jurisdicciones de baja imposición fiscal, disposición que también se mantuvo siempre claramente expresada en la Ley del IEPS durante todos los períodos pertinentes al caso.

120. El Demandante argumenta que la sentencia de amparo dictada por la Suprema Corte en 1993 resolvió no sólo la cuestión de la tasa del 0%, sino también lo relativo a los requisitos que imponía la Ley del IEPS en cuanto a facturas y contribuyentes, y sostiene que la SHCP limitó incorrectamente el alcance de esa decisión a la tasa del 0%. Hay elementos en la sentencia que condenan la discriminación entre productores y otros vendedores en general, que no se limitan a la tasa del 0%. Asimismo, hay una lógica inherente en la posición del Demandante; si el Demandante tuviera razón, ello sería un argumento sólido para resolver en favor de la expropiación progresiva o la denegación de justicia. Si la sentencia de amparo resuelve únicamente la cuestión de la tasa del 0%, pero el Demandante no puede cumplir con los demás requisitos de la Ley del IEPS, incluido el Artículo 4 relativo a las facturas, no hay posibilidades de que CEMSA pueda beneficiarse de esa decisión en relación con las exportaciones de cigarros, ya que la empresa todavía se ve impedida de continuar su negocio de exportación de cigarros.

121. El problema para el Demandante es que de una lectura cuidadosa de la sentencia de amparo de la Suprema Corte surge que tal sentencia no menciona el Artículo 4; el análisis se limita estrictamente a la disponibilidad de la tasa del 0% establecida en el Artículo 2 de la Ley del IEPS para revendedores y productores y a una evaluación de carácter general sobre la inconstitucionalidad de la discriminación. Por

del negocio en marcha, más el reclamo por las devoluciones solicitadas pero no pagadas, correspondientes a octubre y noviembre de 1997. Ver memorial, par. 231

diversos motivos, el Demandante no mencionó el Artículo 4 y el mismo no fue considerado por la Suprema Corte, aun cuando se planteó específicamente la cuestión de la tasa del 0% para bebidas alcohólicas y cigarros.¹⁶ No hay indicación alguna en la sentencia de que la Suprema Corte tuviera la intención de abrogar o reformar esta disposición de importancia crítica de la Ley del IEPS, ya que, aparentemente, ni siquiera la consideró, y este Tribunal no tiene forma de adivinar cuál hubiera sido el resultado si la cuestión del Artículo 4 hubiese sido directamente sometida a consideración de la Suprema Corte. En este aspecto, incluso el Demandante admite que la Corte, en el amparo, no analizó la mecánica del IEPS (réplica, par. 43). En lugar de ello, tal como ya se señaló, ningún tribunal mexicano consideró directamente estas cuestiones hasta que el Demandante presentó sus cuestionamientos en abril de 1998 y marzo de 1999.

122. Por otra parte, la sentencia de amparo se limitó al Artículo 2 (y otra sentencia de amparo paralela referente a otra compañía, Lynx), fueron favorables al proteger los derechos del Demandante (y de Lynx) de exportar bebidas alcohólicas, ya que tanto el Demandante como Lynx podían obtener las facturas requeridas de sus proveedores, dada su posibilidad de adquirir las bebidas alcohólicas directamente de los productores mexicanos y de operar como contribuyentes elegibles y por la diferente estructura con la que se aplica el IEPS a las bebidas alcohólicas.¹⁷ Por lo tanto, la decisión tuvo considerables beneficios prácticos para el Demandante en ese momento, aun cuando no considerara o resolviere la cuestión del Artículo 4, no planteada por el Demandante en el procedimiento. El Tribunal es de la opinión que esa decisión judicial no resolvió los problemas del Demandante en cuanto a la obtención de las devoluciones de impuestos sobre las exportaciones de cigarros en razón de que el Demandante omitió cuestionar el Artículo 4 de la Ley del IEPS.

¹⁶ Durante la audiencia surgieron varias razones posibles. Se sugirió que el Artículo 4 de la Ley del IEPS sólo podría haber sido impugnado dentro de los 15 días siguientes a su entrada en vigor, hecho que tuvo lugar en 1984 o 1985, bastante antes de la constitución de CEMSA, o que, en aquel momento, los requisitos del Artículo 4 no le fueron aplicados al Demandante (transcripción, 12 de julio de 2001, pp. 127-135, testimonio de Oscar Enríquez Enríquez).

¹⁷ El IEPS aplicado a las bebidas alcohólicas parece funcionar en forma similar a los impuestos normales al valor agregado, por el cual cada vendedor sucesivo es tratado como contribuyente. Las reglas especiales que utilizan el precio de minorista como base imponible pero que hacen responsables al productor o al distribuidor del pago del impuesto a los cigarros, se aplican aparentemente sólo a los productos tabacaleros, la gasolina y el combustible diesel. Ver Artículo 11 de la Ley del IEPS (1992 y otros años).

123. La documentación y los testimonios relativos a lo sucedido posteriormente entre el Demandante y el Demandado en relación con los requisitos de la Ley del IEPS son, lamentablemente, ambiguos y a menudo contradictorios, lo cual hace difícil para este Tribunal determinar exactamente qué fue lo que ocurrió. Por ejemplo, la SHCP le envió una carta al Demandante el 12 de marzo de 1992, en respuesta a una solicitud por escrito del Demandante, es decir,—antes de la sentencia de amparo pero después de los cambios introducidos en 1992 a la Ley del IEPS. No resulta claro si la SHCP consideró la solicitud como una resolución formal conforme al Artículo 34 del Código Fiscal; los funcionarios de la SHCP han afirmado posteriormente que la carta era de índole general y no se refería a una situación específica y, por ello, no fue tratada como una resolución formal y vinculante conforme al Artículo 34. (Ver la declaración testimonial de José Riquer del 17 de mayo de 2001, par. 7.) Esa carta se refiere al Artículo 2 de la Ley del IEPS y a los Artículos 22, 34 y 42 del Código Fiscal, pero no hace mención al Artículo 4 de la Ley del IEPS.¹⁸ Sin embargo, esta carta puede haber sido emitida en una época en la que las facturas con el monto del impuesto trasladado expreso y por separado no estaban todavía en discusión, como sugiere la declaración de hechos del Demandante (ver memorial, par. 14-18, que analiza el problema en el contexto de la denegación de devoluciones del IEPS a revendedores).

124. Aparte de esta carta de 1992 y de otra fechada el 10 de mayo de 1994, incluso más ambigua, que confirmaba la obligación de los vendedores de tabaco y bebidas alcohólicas de exhibir el traslado del monto de impuestos en sus facturas en forma separada, no existe otra comunicación escrita que pueda razonablemente ser considerada como una resolución formal, y absolutamente ninguna que considere específicamente el requisito del Artículo 4. Los funcionarios de la SHCP manifiestan que no han querido proporcionar resoluciones por escrito al Demandante sobre las cuestiones que éste planteaba informalmente, y que sólo una resolución escrita de

¹⁸ Manifiesta en su parte operativa que “se confirma su criterio, en el sentido de que tiene derecho a solicitar la devolución de los saldos a favor que resulten del acreditamiento del impuesto especial sobre producción y servicios pagados en la adquisición de bebidas alcohólicas y tabacos laborados que exporte a partir del 1º de enero del año en curso, siempre y cuando las exportaciones se efectúan a países con una tasa de Impuesto sobre la Renta aplicable a personas morales al 30%” (Carta de José Antonio Riquer Ramos a CEMSA del 12 de marzo de 1992, Apéndice 0062-0069)” La SHCP se reservó el derecho de control y verificación. Es también lamentable que ni el Demandante ni el Demandado pudieran presentar una copia del escrito del 6 de febrero de 1992, a la cual respondía el oficio de la SHCP, de modo que es imposible para el Tribunal saber si esta respuesta se dio en el contexto de una consulta que planteara la cuestión de las facturas del Artículo 4, o bien, solamente la cuestión de la tasa del 0%, que en ese momento estaba a consideración de la Suprema Corte.

acuerdo con el Artículo 34 del Código Fiscal sería vinculante. (Ver el testimonio de Fernando Heftye Etienne, par. 8-11.) Los funcionarios lo explican con el fundamento, no falto de lógica, de que el Demandante no siguió los procedimientos administrativos correspondientes, conforme al Artículo 34 del Código Fiscal, al solicitar tales determinaciones. Hasta donde el Tribunal ha podido determinarlo, en ningún momento anterior a 1998 el Demandante presentó la cuestión del Artículo 4 ante un tribunal mexicano o procuró obtener una resolución administrativa vinculante de la SHCP.

125. El Demandante también argumenta que, según su propia interpretación de la sentencia de amparo, la SHCP efectivamente concluyó un acuerdo verbal con el Demandante a fin de concederle las devoluciones, pero luego se negó a cumplirlo. Dicho incumplimiento, de quedar demostrado, constituiría una prueba de que hubo una denegación de justicia o de un trato justo y equitativo, y permitiría llegar a la conclusión de que se estaba aplicando la Ley del IEPS con la intención de acabar con las exportaciones de CEMSA. En autos obran suficientes pruebas —una serie de reuniones y correspondencia— de que en 1995 el Demandante y la SHCP celebraron algún tipo de entendimiento o acuerdo informal. El Demandante sugiere que el acuerdo le permitiría obtener devoluciones de impuestos sin necesidad de contar con las facturas con requisitos, en el entendido de que CEMSA después no tendría que procurar obtenerlas de parte de Carlos Slim/Cigatam, tal como puede ser exigido por la SHCP de acuerdo con las leyes mexicanas (Primera declaración de Feldman, par. 40-42). Quizá la prueba más contundente de la existencia de algún tipo de entendimiento es el hecho de que se le otorgaran a un contribuyente de tan alto perfil como el Demandante devoluciones durante dieciséis meses en el período 1996-1997, si bien los funcionarios de la SHCP sabían que al Demandante le era imposible obtener facturas donde constaran por separado los montos correspondientes al IEPS. Por otra parte, dadas las facultades de la SHCP para auditar las devoluciones de impuestos después de realizadas y el hecho de que es una dependencia de gobierno de gran tamaño que cuenta con diversas oficinas que reciben numerosas solicitudes de devolución del IEPS y otros impuestos, es posible que de hecho las solicitudes del Demandante hayan recibido un trato o una aprobación de rutina.

126. Sin embargo, desafortunadamente para el Demandante, aun y cuando hubiese existido algún acuerdo verbal, hay pocas pruebas convincentes respecto de su

alcance, es decir, no queda precisado si el supuesto acuerdo sólo tenía como objetivo asegurar la disponibilidad de la tasa impositiva del 0% tal como lo requería la sentencia de amparo dictada por la Suprema Corte en 1993, o si también autorizaba al Demandante a obtener devoluciones pese a la ausencia de facturas donde se trasladara expreso y por separado los montos correspondientes al impuesto, o si incluso autorizaba al Demandante a obtener devoluciones por montos superiores a los permitidos. No sólo no se ha puesto a disposición del Tribunal ningún documento escrito de la SHCP, sino que además ni el Demandante ni su abogado, al parecer, prepararon en aquella época algún documento que reflejara dicho acuerdo, pese a las numerosas reuniones mantenidas con los funcionarios de la SHCP.

127. La SHCP niega rotundamente la existencia de un acuerdo verbal (Testimonio de Fernando Heftye, par. 3). Si bien la SHCP argumenta que no ha violado la sentencia de amparo que resolvió lo relativo a la tasa impositiva del 0% (memorial de contestación, par. 112-113), también alega que la decisión sólo es aplicable a la ley de 1990 y no a versiones posteriores de la Ley del IEPS y que, en todo caso, la ley le exigía al Demandante en todo momento contar con las facturas con los impuestos trasladados expreso y por separado, dado que la SHCP no tenía facultades para eximir al Demandante de los requisitos del Artículo 4(III) de la Ley del IEPS (Id. par. 6, 12). Así, aun cuando el Demandante hubiese cumplido con la carga de la prueba en relación con la existencia de un entendimiento o acuerdo verbal, no lo ha hecho para demostrar el objeto exacto de tal compromiso. Las acciones (o inacciones) inconsistentes por parte de la SHCP desmienten cualquier entendimiento inequívoco entre ésta y el Demandante, más allá del cumplimiento de aplicar la tasa impositiva del 0% a las exportaciones de CEMSA.

128. Tal como ya se señaló, una decisión de expropiación depende aquí en gran medida de si, dadas las circunstancias del caso, los requisitos exigidos por el Artículo 4 en relación con las facturas sean inconsistentes con los derechos del Demandante conforme al Artículo 1110 del TLCAN. El Tribunal no está convencido de que lo sean en virtud de las pruebas que le fueron presentadas. Los requisitos exigidos por el Artículo 4 han estado incorporados a la Ley del IEPS al menos desde 1987, es decir, al menos tres años antes de que CEMSA se registrara por primera vez como una empresa exportadora en 1991. Dado que las transacciones de su negocio de

exportaciones dependían sustancialmente de los términos de la Ley del IEPS, el Demandante estaba o debería haber estado al tanto en todo momento de la existencia del requerimiento vinculado con las facturas en las que se trasladara el impuesto expreso y por separado, puesto que nunca se ha introducido ninguna modificación de jure que sea pertinente a esta controversia. Resulta igualmente importante el hecho de que este Tribunal esté reticente a determinar que hubo expropiación basándose sobre todo en el hecho de que los funcionarios del gobierno mexicano no cumplieron con un acuerdo por el cual ellos presuntamente dispensaron la observancia de un requisito explícito de una ley fiscal, aun cuando existen ciertas pruebas, si bien impugnadas por el Demandado, de que en algunas oportunidades se ignoró de facto el requisito tanto a favor del Demandante como de otros revendedores de cigarros, incluyendo, entre otros, al [así llamado] Grupo Poblano¹⁹. No obstante, en opinión del Tribunal, esto no constituye prueba de una acción de expropiación y se abordará más adelante en la sección referida a trato nacional.

129. Si la obligación impuesta por el Artículo 4 de la Ley del IEPS de contar con facturas que consignaran en forma separada los impuestos era simplemente un requisito técnico de dicha ley, el resultado aquí podría ser considerado una mera formalidad o algo poco razonable. Como ya se explicó (par. 114, nota 11), según el procedimiento ante el Tribunal Fiscal iniciado en 1999 y aún pendiente de resolución, se lo ha presentado como un caso de discriminación inconstitucional entre contribuyentes en México. Sin embargo, el Tribunal no considera que el requisito relativo a las facturas represente una mera formalidad o sea algo manifiestamente irrazonable, fácilmente sujeto a renuncia a discreción de los funcionarios. El requisito de que el IEPS se consigne por separado en las facturas que deben presentarse cuando las autoridades de la SHCP así lo disponen como condición para obtener las devoluciones de impuestos tiene como obvio y legítimo objetivo posibilitar a las autoridades fiscales determinar en forma directa si el impuesto sobre los productos exportados, por los que se solicita la devolución, son exactos y no han sido calculados

¹⁹ Como se analiza más detalladamente en la sección de este laudo que aborda la cuestión de la discriminación, las pruebas que obran en el expediente sugieren que hay 5-10 o más empresas registradas como exportadoras de cigarros conforme a las leyes mexicanas. (Testimonio de Obregón-Castellanos, transcripción, 9 de julio de 2001, p. 141). Es posible que los requisitos del Artículo 4 les hayan sido ocasionalmente dispensados, dado que a los revendedores les resultaba imposible desde el punto de vista práctico exportar si no percibían las devoluciones de impuestos, aunque desafortunadamente el gobierno mexicano no ha podido o no ha querido esclarecer este hecho ante este Tribunal.

en exceso. Ésta es una política fiscal claramente racional y un requisito jurídico razonable.

130. El Demandante es un ejemplo perfecto de la razón por la cual este requisito es necesario para proteger los ingresos. Por supuesto que sin las correspondientes facturas, le era imposible al Demandante saber con exactitud a cuánto ascendía el IEPS incluido en el precio de venta de los cigarros que adquiría de Walmart o del Sam's Club para sus exportaciones de 1996 y 1997. Sin embargo, el Demandante podría haber hecho un cálculo del IEPS correspondiente a dichos años que fuese sumamente aproximado, tal como ocurrió en 1992, (ver la declaración de Zaga-Hadid, Anexo A) en función de la tasa del IEPS sobre cigarros que se aplicó en 1996 y 1997 (85%), dividiendo el precio de venta (incluido el impuesto) por 1.85 para determinar el precio neto de impuestos y luego restando dicho monto del precio de venta a fin de calcular los montos correspondientes al impuesto. Por ejemplo, si el Demandante, tal como alega, pagó US\$7.40 por cada cartón de cigarros y la tasa impositiva fijada en la Ley del IEPS era del 85%, el impuesto incluido en el precio de US\$7.40 era aproximadamente de US\$3.4020.

131. Según parece, el Demandante utilizó esta fórmula en 1992 y recibió las devoluciones. En 1996, utilizó una fórmula algo diferente que sobreestimaba los montos de las devoluciones²¹. Y en 1997 aplicó una fórmula completamente diferente que calculaba en exceso estos montos: US\$6.55 en lugar de US\$3.40 por cartón, es decir una sobreestimación del 93%²². El Demandante alega que esta metodología contaba con la aprobación explícita del Administrador de Grandes Contribuyentes, José Riquer Ramos (Declaración de Feldman, 28 de marzo de 2001, par. 70). El señor Riquer ha negado este hecho (Declaración de Riquer, 17 de mayo de 2001, par. 19-25). En el

²⁰ Usando la fórmula $7.40 = 1.85 X$, donde X es el precio neto de impuestos, $X = 7.40/1.85 = 4.00$. (Ver la Declaración de Feldman, 28 de marzo de 2001, par. 6.) El monto restante es el impuesto: $US\$7.40 - US\$4.00 = US\$3.40$. Ver el Artículo 2(1)(H) de la Ley del IEPS.

²¹ Si bien la metodología aplicada en 1996 resulta relativamente confusa (ver Declaración de Zaga-Hadid, Anexo A, Prueba 3 del memorial), tenía como resultado incrementar la fracción del precio de compra considerada impuesto IEPS y sujeta a devoluciones del 45.95% al 55.95% del precio de compra.

²² Obtuvo esta cifra simplemente multiplicando el precio de US\$7.40 por el 85%; en otras palabras, trató el 85% del precio de compra como impuesto sujeto a la devolución del gobierno aplicada sobre la exportación. (Declaración de Zaga-Hadid, Anexo 3; Primera Declaración de Feldman, par. 70.) Esto aumentó los montos del impuesto de modo injustificado del 45.95% al 85% del precio de venta bruto.

análisis final, al Tribunal no le resulta creíble el testimonio del Demandante al respecto. Aun cuando los funcionarios de la SHCP hubiesen estado dispuestos a dispensar por vías informales el incumplimiento del requisito de contar con las facturas durante ciertos periodos, tal como parece ser el caso, este Tribunal considera inconcebible que dichos funcionarios hubiesen otorgado al Demandante o a cualquier otro contribuyente carta blanca para calcular en exceso los montos correspondientes a las devoluciones, en flagrante violación de la Ley del IEPS²³.

132. Asimismo, el Demandante sostiene que, pese a la interpretación del Demandado (y de este Tribunal) del alcance de la sentencia de amparo de 1993, los actos de la SHCP entre 1993 y 1997, en especial ciertas comunicaciones verbales y escritas, fueron lo suficientemente arbitrarios como para constituir un caso de expropiación. El Tribunal, como ya se hizo notar previamente (par. 125), de alguna manera comprende la postura del Demandante. Las diversas comunicaciones escritas y orales que la SHCP mantuvo con el Demandante son, en el mejor de los casos, ambiguas y confusas, tal vez deliberadamente en ocasiones, tal como lo fue la conducta de la SHCP al autorizar las devoluciones durante algunos períodos y negarlas durante otros. No obstante, dada la complejidad y rigurosidad de las leyes y reglamentos fiscales, así como la ambigüedad de las declaraciones efectuadas por los funcionarios de la SHCP y de la correspondencia mantenida con éstos, una persona razonable debería haber procurado asesoramiento fiscal de un abogado si aún no contaba con él. Si ése hubiera sido el caso, el Tribunal duda que algún abogado fiscalista competente le hubiese confirmado al Demandante su derecho a las devoluciones en ausencia de las facturas apropiadas que indicasen los montos del impuesto por separado, a la luz de las disposiciones del Artículo 4 de la Ley del IEPS y de la falta de evidentes facultades legales de parte de los funcionarios de la SHCP para dispensar tal requisito.

133. Si bien cabría cuestionar la transparencia de algunas de las acciones de la SHCP, es improbable que la falta de transparencia por sí sola llegue a constituir una

²³ Hubo considerable discusión en los testimonios prestados por las partes sobre si Lynx, una de las compañías del Grupo Poblano, había recibido devoluciones excesivas del IEPS correspondientes al año 1991 como resultado del recurso de amparo interpuesto por dicha empresa. (Ver la tercera declaración de Enrique Díaz Guzmán, par. 7-8, Ap. 6455-6456; la declaración de Oscar Enríquez Enríquez, 8 de junio de 1991, par. 3 bis - 14 bis). No obstante, el Tribunal cree que el Demandante no consiguió demostrar que las sumas recibidas de Lynx hayan sido excesivas una vez calculados los

violación del TLCAN y del derecho internacional, en especial en razón de la complejidad no sólo del derecho fiscal mexicano sino de la mayoría de los países. La Suprema Corte de la Columbia Británica sostiene en su revisión de la sentencia pronunciada en el caso Metalclad que en la Sección A del Capítulo XI, donde se estipulan las obligaciones de los gobiernos receptores respecto de los inversionistas extranjeros, no se hace ningún tipo de mención a la obligación de transparencia para con dichos inversionistas y que, por ende, la denegación de transparencia en sí misma no constituye una violación del Capítulo XI. (Estados Unidos Mexicanos c. Metalclad, Suprema Corte de la Columbia Británica, Razones en que se funda la sentencia del Honorable Juez Tysoe, 2 de mayo de 2001, par. 70-74, <http://www.naftalaw.org>.; en su Capítulo XVIII, el TLCAN dispone que la transparencia es una obligación general para las Partes del TLCAN). Si bien este Tribunal no tiene la obligación de llegar a la misma conclusión que la Suprema Corte de la Columbia Británica, considera ilustrativo este aspecto de su decisión.

134. Por lo tanto, dadas las circunstancias, habría sido prudente que el Demandante hubiera procurado obtener una resolución administrativa formal sobre la aplicabilidad del Artículo 4 de la Ley del IEPS y que hubiese interpuesto una apelación en caso de una resolución adversa mucho antes de 1998 cuando se vio efectivamente forzado a hacerlo; no obstante, optó por no hacerlo, independientemente de cuáles hayan sido las razones. La posibilidad de recurrir a los tribunales y de iniciar procedimientos administrativos formales, según lo que consta en autos, siempre estuvieron a su alcance y no han sido impugnados en el presente procedimiento por ser inconsistentes con las obligaciones de México conforme al derecho internacional. Además en México, al igual que en los Estados Unidos de América y la mayoría de los países, las opiniones verbales o informales no son vinculantes para las autoridades fiscales (ver el Artículo 34 del Código Fiscal, el memorial de contestación, par. 18-20). Independientemente de los resultados del proceso de emisión de una resolución, el Demandante se habría visto beneficiado. Si hubiera obtenido una resolución favorable respecto del Artículo 4, le habría sido más fácil defender sus derechos conforme al derecho mexicano y ante este Tribunal. Si hubiera perdido, podría al menos haber despejado las dudas sobre su supuesto derecho a las devoluciones durante gran parte del

intereses y los ajustes por inflación correspondientes a los cinco años transcurridos entre el momento en que fueron devengados y el momento de su pago efectivo.

período 1992-1997 y podría haber presentado mucho antes una reclamación conforme al Capítulo XI del TLCAN.

H.3.4 Utilidad Pública

135. Como ya se ha señalado, en virtud de que no se encontró que se hubiera producido una expropiación, y a la luz de lo expresado en el Restatement, el Tribunal es reticente a dar un peso excesivo en este caso, a los criterios de utilidad pública, no discriminación y debido proceso que figuran en el Artículo 1110(1); además, el Tribunal considera que tales principios no contradicen una resolución una resolución sobre este aspecto. No obstante, en este caso, aun cuando fueran considerados importantes, el Tribunal es de la opinión de que no contradicen una resolución negativa. El Demandante sugiere, y con razón en la opinión de este Tribunal, que la política del Gobierno de México apunta a impedir que los revendedores de cigarros, incluso CEMSA, exporten cigarros de México hacia otros países. El Demandante lo atribuye a presiones políticas ejercidas por Carlos Slim, uno de los principales propietarios de la mayor tabacalera de México, Cigatam. Alega que esta política es contradictoria con las políticas normales de México que fomentan las exportaciones, y enumera dichas políticas como prueba de que las restricciones no tienen una utilidad pública válida (ver el memorial, par. 31, 188, 189).

136. No obstante, el Tribunal ya ha expresado su opinión respecto de que esta política se funda en razones de utilidad pública, entre las que se incluyen, inter alia, la de desalentar las exportaciones del mercado “gris” e intentar controlar la reexportación ilegal a México de cigarros mexicanos. Existen abundantes pruebas en autos que sugieren que el contrabando de cigarros constituye un problema significativo para México, si bien dichas pruebas no involucran al Demandante en el tema de las importaciones ilegales²⁴. Puede ser que las autoridades mexicanas sientan que tienen un mayor control sobre los productores de cigarros que exportan (o que dichos productores se encuentran bajo los límites impuestos por contratos de licencia, tal como el que

²⁴ El Demandado hizo un gran esfuerzo para documentar en sus escritos y durante la audiencia una serie de transacciones de exportaciones efectuadas por el Demandante y para vincular dichas exportaciones con la reentrada de los cigarros en México. Si bien el Demandado no pudo probar que el Demandante estaba consciente de dichas prácticas ilegales, ni de que los cigarros exportados por el Demandante reingresaban México, el Demandado sí pudo aportar pruebas sobre un problema serio. Memorial de contestación, pp. 104-116, y transcripción, 12 de julio de 2001, pp. 148 y siguientes.

probablemente existe entre Philip Morris, de los Estados Unidos de América, y Cigatam, el productor de Marlboro, en México) que sobre los revendedores independientes. Como también se mencionó anteriormente, existen razones válidas de política pública para exigir que en las facturas conste trasladado expreso y por separado el IEPS como una condición para recibir las devoluciones, o en otras palabras, para impedir solicitudes excesivas o inexactas de devoluciones.²⁵

H.3.5 No discriminación

137. El esquema del Capítulo XI establece el derecho al trato nacional para los inversionistas (y a una indemnización por daños en caso de violación de tal derecho) que se diferencia del derecho a una indemnización por daños por actos de expropiación²⁶. Al respecto, este Tribunal destaca que el tribunal en el caso de S.D. Myers, luego de haber analizado las alegaciones de expropiación y de no encontrar violación alguna del Artículo 1110, resolvió sin embargo que Canadá violaba las obligaciones del Artículo 1102 y del Artículo 1105 (S.D. Myers c. Gobierno de Canadá, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, par. 256, 268, <http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf>), violaciones que también constituían discriminación conforme al Artículo 1110(1)(b) y una denegación de trato justo y equitativo de acuerdo con el Artículo 1110(1)(c). Esta cuestión es analizada más adelante: ver la sección I sobre el Artículo 1102.

²⁵ Ver *supra*, par. 130, 131 y los anexos del Demandado para la interrogación del Demandante, Vol. II, tab 6.

²⁶ Además, conforme al derecho internacional, hay dudas considerables acerca de si la disposición sobre discriminación del Artículo 1110 cubre a otro tipo de discriminación además de aquella entre inversionistas nacionales y extranjeros, es decir, no es procedente en el caso de discriminación entre distintos tipos de inversionistas, por ejemplo, entre productores y revendedores de productos de tabaco, a menos que todos los productores fueran nacionales y los revendedores, extranjeros. Así, el comentario pertinente de la *Restatement* sostiene que “un programa de confiscación que diferenciara entre extranjeros en general, extranjeros de una nacionalidad en particular o ciertos extranjeros en particular violaría el derecho internacional.” El comentario no hace referencia a la discriminación entre productores nacionales y revendedores (ya sean nacionales o extranjeros) que operen en circunstancias de alguna manera distintas, sobre todo respecto de las leyes fiscales. También hay una implicación en la interpretación del 31 de julio de 2001 de las Partes del TLCAN acerca del Artículo 1105 de que la violación de una disposición sustantiva de la Sección A no debería ser considerada en sí misma como una violación de una disposición individual (Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Notas sobre la Interpretación de Ciertas Disposiciones del Capítulo XI, 31 de julio de 2001, consultadas en el sitio de Internet del Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional del Gobierno de Canadá. Ver Artículos 1131(2) y 2001 del TLCAN).

H.3.6 Debido Proceso/Trato Justo y Equitativo/Denegación de Justicia

138. Respecto de la posible reclamación por denegación del debido proceso o denegación de justicia, el Tribunal observa que el Demandante alega en realidad una denegación de justicia, fundamentalmente en relación con el hecho de que la SHCP — es decir, el Poder Ejecutivo— no cumplió con la ejecutoria de la sentencia de amparo de 1993 (memorial, p. 8). El Demandante sólo atina a sugerir que la sentencia de nulidad del tribunal de circuito tal vez se base en una disposición de la Ley del IEPS de 1998 para denegar las devoluciones correspondientes a 1997 que el Demandante solicitó (réplica, p. 16). En abril de 1998, el Demandante se vio de hecho obligado a solicitar “medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario” ante el Tribunal Fiscal mexicano, de conformidad con el Artículo 1121. En esa primera instancia, CEMSA procuró obtener una sentencia declaratoria que confirmara el derecho de CEMSA a percibir devoluciones de impuestos. Esto fue necesario porque las autoridades fiscales habían determinado que CEMSA no tenía derecho a las devoluciones sobre las exportaciones efectuadas en el período octubre-noviembre de 1997, puesto que CEMSA no había podido obtener facturas que cumplieran con los requerimientos del Artículo 4 de que el IEPS constara por separado, y por el hecho de que no gozaba de la condición de contribuyente con derecho a solicitar devoluciones del IEPS conforme al Artículo 11. (Esto último sólo era procedente según la modificación de la Ley del IEPS vigente a partir del 1 de enero de 1998.) En esa demanda, los tribunales mexicanos en definitiva resolvieron, *inter alia*, que CEMSA quedaba sujeta al requisito de presentación de facturas según lo estipulado en el Artículo 4 (procedimiento relacionado con la respuesta negativa a una solicitud presentada ante la autoridad fiscal mencionada en el párrafo 84 anterior). El Tribunal advierte que esta decisión está en franca contradicción con la interpretación que el Demandante hace de la sentencia de amparo de 1993, el cual, a su entender, le garantiza su derecho a obtener devoluciones del IEPS a pesar del requisito sobre facturas del Artículo 4. En otra acción judicial en la que impugna la decisión de la SHCP de auditar a CEMSA y, en última instancia, de solicitarle el reembolso de los montos de devoluciones pagados a CEMSA entre abril de 1996 y septiembre de 1997, lo cual es analizado *supra* en los par. 82-83, queda pendiente de resolución la cuestión de si el requisito sobre facturas establecido en el Artículo 4 de la Ley del IEPS es legal conforme al derecho y a la constitución mexicanos.

139. Suponiendo que el Artículo 1110 deba interpretarse de conformidad con el derecho internacional, como manifiesta el Artículo 1131(1), no cualquier denegación del debido proceso o de un trato justo y equitativo (este último, por la referencia al Artículo 1105 que hace el Artículo 1110(1)(c)) constituye una violación del derecho internacional. En este caso, los argumentos de denegación del debido proceso o de justicia se ven debilitados por varios factores. Aquí, como en el caso Azinian, el Demandante no afirma efectivamente que hubo denegación de justicia por parte de los tribunales mexicanos, ya sea en relación con la sentencia de amparo de la Suprema Corte o con las decisiones posteriores de diversos tribunales inferiores respecto de las demandas de nulidad y de liquidación de impuestos. En lugar de ello, en el caso que nos ocupa, las afirmaciones de denegación de justicia que hace el Demandante son por actos de la SHCP más que por decisiones de los tribunales. (Ver la presentación del Demandante del 8 de mayo de 2002, par. 9, cuando manifiesta que “el Demandante sostiene que la insistencia del Demandado en tal discriminación [entre productores y exportadores], desestimando la sentencia de la Suprema Corte y el acuerdo entre los funcionarios mexicanos y el Demandante en 1995-96, constituye un acto de discriminación y denegación de justicia conforme al derecho internacional.”) En el caso Azinian se afirma que “Una autoridad pública no puede ser inculpada por realizar un acto respaldado por sus tribunales, a menos que los propios tribunales sean desautorizados en el plano internacional.” El caso Azinian da a entender, además, que debe haber pruebas de que la decisión misma del tribunal es una violación del TLCAN o de que los tribunales competentes se negaron a admitir la demanda, o que existe “una aplicación incorrecta de la ley en una forma clara y maliciosa” (Robert Azinian y Otros c. los Estados Unidos Mexicanos, Laudo Arbitral, 1º de noviembre de 1999, par. 97, 102, 103, 14 ICSID Review. FILJ 2, 1999.).

140. Este estándar no se presenta en el juicio de nulidad ni en la liquidación de impuestos.²⁷ Teniendo en cuenta, según lo señalado previamente, que el Demandante tuvo acceso irrestricto, en todos los momentos pertinentes, a los tribunales mexicanos y a los procedimientos administrativos, su victoria en la sentencia de amparo de 1993, así

²⁷ Por otra parte, los tribunales mexicanos han resuelto cuestiones de derecho nacional que sería inapropiado que el Tribunal analizara, excepto y a menos que tales determinaciones (o las

como el recurso de revisión de las decisiones de nulidad y liquidación de impuestos interpuesto por el Demandante en 1998, no parece haber existido denegación del debido proceso ni denegación de justicia que pudiera llegar en este caso al nivel de una violación del derecho internacional. Tal como reconoce el Demandado, este Tribunal podría determinar que hubo violación del TLCAN incluso si los tribunales mexicanos respaldaran el derecho mexicano (memorial de contestación, par. 364); este Tribunal no está obligado por decisiones de un tribunal local si tales decisiones infringen el derecho internacional. Además, como se menciona en la Sección G2, el TLCAN no exige que un demandante agote los recursos internos antes de someter una reclamación a arbitraje. El Demandante sólo está limitado por los requisitos establecidos en el Artículo 1121(2)(b).

141. Mientras que podría argumentarse que hubo violación del Artículo 1105 en virtud de los hechos de este caso (denegación de un trato justo y equitativo), este Tribunal no es competente para decidir la cuestión en forma directa. Como se indicó anteriormente, el Artículo 1105 no es aplicable a casos fiscales, aunque el mismo puede ser pertinente en la referencia que de él hace el Artículo 1110(1)(c). No es necesario que el Tribunal decida si esta referencia hace procedente un análisis completo del Artículo 1105 en relación con un tema fiscal. Incluso suponiendo, como hipótesis, que los actos del Demandado constituyeran, en conjunto, una denegación de trato justo y equitativo que alcance el nivel relativamente egregio de una violación del derecho internacional, ello por sí solo no prueba la existencia de una expropiación ilegal conforme al Artículo 1110. Según muestra el caso S.D. Myers, es tal vez apropiado que un Tribunal del TLCAN acepte que ha habido una violación del Artículo 1105 y, al mismo tiempo, resuelva que no ha habido una violación del Artículo 1110(1)(c).

H.3.7 El Demandante ejerce el control de CEMSA

142. A pesar de que el Tribunal no considera este argumento como decisivo, los actos regulatorios no han privado al Demandante del control sobre su compañía, CEMSA, no han interferido directamente en las operaciones internas de CEMSA ni han desplazado al Demandante de su posición como accionista controlante. El Demandante es libre de continuar con otras líneas de su actividad comercial, como la exportación de bebidas alcohólicas o artículos fotográficos, tal como lo hacía anteriormente, u otros

determinaciones de organismos administrativos mexicanos tales como la SHCP) fueran en sí mismas

productos respecto de los cuales pueda obtener en México las facturas que exige el Artículo 4. Por supuesto que se ha visto efectivamente impedido de exportar cigarros, ciertamente por las reformas introducidas a la Ley del IEPS que entraron en vigencia en 1998, y que concedía el derecho a las devoluciones del IEPS únicamente a los productores, y, en opinión del Tribunal, por el requisito relativo a las facturas contenido en el Artículo 4(III), exigencia expresamente incluida en la ley mexicana desde, por lo menos, 1987, que no se modificó posteriormente en ningún momento pertinente al caso. Sin embargo, esto no significa que al Demandante se la haya privado del control de su compañía.

H.3.8 Otros decisiones vinculados al TLCAN

143. La conclusión del Tribunal de que los actos del gobierno mexicano contra el Demandante —aunque, en algunos casos, inconsistentes y arbitrarios— no deberían considerarse expropiatorios es, en opinión del Tribunal, consistente con las decisiones de otros tribunales del Capítulo XI del TLCAN y que intentaron interpretar el Artículo 1110, entre los cuales se incluyen no solamente los tribunales de los casos *Metalclad*, *Azinian y S.D. Myers*, mencionados anteriormente, sino también el de *Pope & Talbot*.

144. *Metalclad c. los Estados Unidos Mexicanos* es el único laudo bajo el TLCAN en el cual se resolvió que hubo una violación del Artículo 1110. *Metalclad* fue autorizado por el Gobierno Federal para construir y operar una planta de tratamiento de residuos peligrosos en enero de 1993; la construcción se inició poco tiempo después. Sin embargo, a pesar del respaldo inicial, el proyecto despertó la oposición de los gobiernos del Estado de San Luis Potosí y del Municipio del mismo nombre, aparentemente por las habituales inquietudes sobre este tipo de riesgos en el territorio propio. El trabajo en la nueva planta, que incluyó la limpieza de los residuos dejados por los operadores anteriores, finalizó en marzo de 1995, pero la oposición de la comunidad local se intensificó a pesar de los esfuerzos de *Metalclad* y del Gobierno Federal por satisfacer sus inquietudes.²⁸

denegaciones de justicia o que por otros motivos violaran el TLCAN o el derecho internacional.

²⁸ Ver *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo Arbitral, 30 de agosto de 2000, par. 1, 32, 38, 40, 45-46, 16 ICSID Review. FILJ 1, 2001. *Metalclad* y las autoridades ambientales del Gobierno Federal mexicano celebraron un acuerdo según el cual *Metalclad* convino, entre otras cosas, introducir ciertas modificaciones en el sitio, tomar ciertas medidas de conservación

145. Finalmente, la municipalidad le negó a Metalclad el permiso de construcción, en un proceso en el que la empresa no tuvo la oportunidad de participar, y el gobernador de San Luis Potosí emitió un “Decreto ecológico” por el que se declaraba la zona del relleno sanitario “Área natural para la protección de un cactus único” (ver *Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, Laudo Arbitral, 30 de agosto de 2000, par. 50, 54, 57, 59-60, 16 *ICSID Review. FILJ* 1, 2001). Sobre la base de esos actos, el Tribunal del caso Metalclad opinó que el Artículo 1110,

incluye no solamente la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa... pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor. (*Idem*, par. 103.)

146. En los fundamentos de su laudo de expropiación indirecta, el tribunal no sólo citó “el beneficio económico que pudiera razonablemente preverse,” sino que halló importante que Metalclad se hubiese basado en manifestaciones del Gobierno Federal mexicano acerca de su autoridad exclusiva para emitir permisos de instalaciones destinadas al tratamiento de residuos peligrosos. También criticó la falta de transparencia del sistema jurídico mexicano en relación con el emplazamiento de instalaciones para residuos peligrosos. En forma separada y sin gran debate, el Tribunal determinó que el decreto del Gobierno Estatal por el cual se designaba “área ecológica” al sitio de Metalclad, prohibiendo de ese modo, con carácter efectivo y permanente, toda operación del relleno sanitario, constituía “otro fundamento para la resolución de expropiación.”²⁹

147. La resolución del Tribunal del caso Metalclad que resolvió que hubo una expropiación fundada en la transparencia e, implícitamente, en la confianza depositada

específicas, reconocer la participación de un Comité Técnico Científico y un Comité Ciudadano de Vigilancia, emplear mano de obra local y efectuar aportes regulares a las obras sociales de la municipalidad, incluido un limitado asesoramiento médico gratuito. *Idem*, par. 48.

²⁹ Este acto fue, un tanto extrañamente, tipificado como “equivalente a una expropiación”, a pesar de que probablemente hubiera sido más exacto describirlo como una expropiación directa. *Id.*, par. 109-111. Finalmente, el tribunal le otorgó una indemnización de US \$16,685,000 a Metalclad por la pérdida de su inversión en México (se solicitaron más de US\$90,000,000 por concepto de daños) fundada

por el Demandante, fue efectivamente anulada por la Suprema Corte de la Columbia Británica (la Columbia Británica fue la sede del arbitraje), en respuesta a una impugnación del Gobierno de México. Sin embargo, la decisión del tribunal sobre la decisión del Estado mexicano de declarar área de reserva ecológica el sitio donde se encontraba Metalclad constituía una expropiación fue confirmada por el Tribunal de la Columbia Británica. (Estados Unidos Mexicanos c. Metalclad, Corte Suprema de la Columbia Británica, Razones en que se funda la sentencia del Honorable Juez Tysoe, 2 de mayo de 2001, par. 84, <http://www.naftalaw.org>.)

148. Los hechos, y la razonabilidad de que el Demandante se basara en el caso Metalclad, son, por lo tanto, muy distintos del caso que nos ocupa. En el caso Metalclad, las garantías que el gobierno mexicano le proporcionó al inversionista al manifestar que el Gobierno Federal era la autoridad que concedía el permiso para la construcción y operación de rellenos sanitarios y que Metalclad había obtenido todos los permisos federales y de otro tipo para dichas instalaciones, fueron definitivas, inequívocas y expresadas en repetidas oportunidades. (Ver *ibid*, par. 28-41.) Como tampoco hay indicación alguna de que las garantías recibidas por Metalclad, a pesar de ciertas ambigüedades, fueran, en principio, incompatibles con la legislación mexicana. Finalmente, a Metalclad se le privó del uso de su propiedad, la que fue transformada en un “área ecológica.”

149. En cambio, en este caso, el gobierno mexicano se opuso a las actividades comerciales del Demandante en todo momento, salvo unos pocos períodos durante los cuales se le otorgaron las devoluciones. Asimismo, en este caso, las garantías en las que presuntamente se basó el Demandante (garantías que México niega haber dado) fueron, en el mejor de los casos, ambiguas y en gran medida informales (ya que el Demandante nunca intentó obtener una resolución formal y por escrito sobre la cuestión planteada por el Artículo 4, ni litigó el asunto sino hasta 1998). Por otra parte, esas garantías estaban en directa contradicción con el Artículo 4(III) de la Ley del IEPS de México, que exigía contar con facturas que discriminaran el importe de los impuestos como condición para recibir las devoluciones de impuestos.³⁰

en violaciones del Artículo 1105 (trato justo y equitativo) y del Artículo 1110 (expropiación) del TLCAN. Ver *Metalclad, Id.*, par. 76-92, 103-105, 123-125, 128, 131.

³⁰ Aquí, como en *Metalclad*, hubo sin ninguna duda falta de transparencia en algunas de las

150. El caso *S.D. Myers c. Canadá* comprendía medidas gubernamentales que prohibían exportaciones (residuos peligrosos). En ese caso, el tribunal observó que la expropiación normalmente representa la confiscación de “la propiedad” con vistas a la transferencia de su titularidad,³¹ situación que no se planteó en ese caso ni en éste. En el caso *S.D. Myers* se resolvió que no hubo una expropiación, a pesar de que el Tribunal sí concluyó que hubo violaciones de los Artículos 1102, 1105 y 1106 (ver par. 123, 256, 280 y 284).

151. Surgen aquí cuestiones algo distintas de las planteadas en el caso *Pope & Talbot*, en el que también se analizó la pretendida denegación del derecho a exportar, en este caso, leña de coníferas y frondosas.³² El tribunal que conoció del caso *Pope & Talbot* opinó (en lo que se hubiese considerado *dicta* en el sistema legal estadounidense) que las medidas regulatorias podían constituir expropiación conforme al Artículo 1110, y concluyó que el sistema de control de la exportación de leña entraba dentro de lo dispuesto en el Artículo 1110. Sin embargo, también observó que el inversionista pudo continuar exportando y generando ganancias a través de tales exportaciones, y desestimó la existencia de una violación del Artículo 1110 sobre la base de esa consideración y de que el inversionista “sigue teniendo el control de la Inversión, dirige sus operaciones cotidianas y no hay funcionarios o empleados de la Inversión que hayan sido detenidos... Canadá no... toma ninguna otra medida que implique quitarle al Inversionista el control y dominio absolutos de su inversión.” Además, el Tribunal sugirió que, al analizar “si una determinada interferencia con las actividades comerciales constituye una expropiación, la prueba consiste en saber si dicha interferencia es suficientemente restrictiva como para fundar una conclusión de que el bien le ha sido ‘confiscado’ a su propietario.” (*ibid*, par. 100, 102.)

medidas adoptadas por funcionarios gubernamentales mexicanos. Pero, si la Corte Suprema de la Columbia Británica tiene razón en cuanto a que la falta de transparencia no constituye en sí misma una violación del Capítulo XI del TLCAN, el hecho de que las comunicaciones de la SHCP y otras medidas posteriores a la sentencia de amparo de 1993 fueran contradictorias y ambiguas, y difíciles de evaluar por el Demandante, son insuficientes como para justificar una decisión de expropiación conforme al Artículo 1110.

³¹ *S.D. Myers c. el Gobierno de Canadá*, Laudo Arbitral Parcial, 13 de noviembre de 2000, par. 280, <http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf>.

³² El Demandante argumentó que el sistema de control de la exportación de leña canadiense había “privado a la Inversión de su capacidad ordinaria de transferencia del producto a su mercado natural y tradicional,” y que, al reducir la cuota de leña que el Demandante podía exportar a los Estados Unidos

152. Teniendo en cuenta que, en este caso, el Demandante ha perdido la capacidad efectiva de exportar cigarros y de generar ganancias con tal actividad³³, la aplicación del estándar del caso *Pope & Talbot* podría indicar la posibilidad de una expropiación. Sin embargo, al igual que en el caso *S.D. Myers*, podría cuestionarse si el Demandante tuvo en algún momento un “derecho” a exportar que le fue “confiscado” por el gobierno mexicano. Además, en este caso, como en el de *Pope & Talbot*, las medidas regulatorias (aplicación de disposiciones bien establecidas en la legislación mexicana) no privó al Demandante del control de la inversión, es decir, de CEMSA, no interfirió directamente con las operaciones internas de CEMSA, ni desplazó al Demandante de su posición como accionista controlante. El Demandante es libre de seguir adelante con otras líneas de sus negocios de exportación, como la exportación de bebidas alcohólicas, artículos fotográficos u otros productos para los que pueda conseguir en México las facturas exigidas en el Artículo 4, a pesar de haber quedado efectivamente fuera del negocio de exportación de cigarros. Es por ello que el Tribunal considera que no ha existido en este caso una “confiscación” conforme a este estándar, tal como se definió en *Pope & Talbot*.

153. Sobre la base de los hechos descritos en las actuaciones y de este análisis, el Tribunal sostiene que las medidas de México respecto de la inversión del Demandante no constituyen una expropiación conforme al Artículo 1110 del TLCAN.

I TRATO NACIONAL (ARTÍCULO 1102 DEL TLCAN)

154. En el presente caso sólo hay un puñado de inversionistas involucrados, uno extranjero (el Demandante) y otro local (el Grupo Poblano-Güemes), cada uno de los cuales se dedicaba al negocio de comprar cigarros mexicanos para comercializarlos en el exterior. Estos inversionistas no pueden adquirir los cigarros de manos de los productores mexicanos porque los productores (y sus distribuidoras totalmente controladas) se niegan a vendérselos. Por lo tanto, el Demandante o las firmas del Grupo Poblano se ven obligadas a comprarle a los minoristas que venden en grandes

sin pagar derechos, Canadá violó el Artículo 1110. *Pope & Talbot c. el Gobierno de Canadá*, Laudo Provisorio, 26 de junio de 2000, par. 81, <http://www.state.gov/documents/organization/3989.pdf>.

³³ Para un análisis de la rentabilidad (o falta de rentabilidad) del negocio de exportación de cigarros del Demandante, ver Sección J, *infra*.

volúmenes, que son Walmart y el Sam's Club. Como Walmart y el Sam's Club son minoristas y no contribuyentes sujetos al régimen del IEPS, no disponen del monto exacto correspondiente a ese impuesto que está incluido en el precio pagado primero por los minoristas en la transacción con los productores o distribuidores, y luego en aquella entre el Demandante y otros revendedores/exportadores. Por ello, ni el Demandante ni las compañías del Grupo Poblano pueden cumplir con los requisitos del Artículo 4(III) de la Ley del IEPS, que condiciona la obtención de las devoluciones de impuestos sobre la exportación a que el solicitante sea un contribuyente que posea facturas con el monto del impuesto trasladado expreso y por separado.

I.1 Puntos de vista de las partes contendientes

155. Lo esencial del argumento de denegación de trato nacional presentado por el Demandante es que México discriminó a CEMSA en el período 1998-2000. Durante ese lapso, la SHCP permitió que, al menos tres revendedores de cigarros (Mercados Regionales y Mercados Extranjeros –respectivamente, Mercados I y Mercados II: el Grupo Poblano, y MEXCOBASA, de propietario desconocido), y posiblemente algunos otros, exportaran cigarros y recibieran devoluciones, a pesar del hecho de que, al igual que el Demandante, compraban sus productos a minoristas, no cumplían formalmente con la condición de contribuyentes y, por lo tanto, no podían obtener facturas que consignaran el monto del IEPS traslado expreso y por separado (memorial, par. 128-135, 225). El Demandante también alega un trato discriminatorio similar en el período 1996-1997. El Demandante señala que el Demandado admite haber pagado NP\$ 91,000,000 a tres compañías de exportación/comercialización con posterioridad al mes de septiembre de 1996, período durante el cual se le negó al Demandante las devoluciones, y que la SHCP intentó recuperar devoluciones originalmente otorgadas (memorial, par. 134).

156. Además, a CEMSA, la empresa del Demandante, se le negó la posibilidad de registrarse como empresa de exportación, mientras que para las empresas integrantes del Grupo Poblano no hubo una negativa similar. No hay pruebas convincentes de que la SHCP haya realizado en forma paralela un esfuerzo para recuperar las devoluciones pagadas a las empresas integrantes del Grupo Poblano durante los períodos pertinentes. Es por estos motivos que, de acuerdo con el

Demandante, se ha otorgado un trato distinto a CEMSA y a las empresas del Grupo Poblano y “existe una violación del TLCAN de acuerdo con el significado ordinario de los términos utilizados en el Artículo 1102” (réplica, par. 12).

157. El Demandante también alega que la discriminación conforme al Artículo 1102 da derecho a una acción ya sea *de jure* o *de facto*. En este caso, a pesar de que la Ley del IEPS no es en principio discriminatoria, ha sido aplicada en forma discriminatoria. Tampoco hay necesidad de demostrar que el motivo de la discriminación es la nacionalidad del Demandante, si el Demandante es objeto de un trato menos favorable que un inversionista local en las mismas circunstancias (memorial, par. 224-226).

158. El Demandado replica que los inversionistas locales conocidos dentro del negocio de reventa/exportación de cigarros, las “empresas de la red Poblano-Gamez-Güemes”, eran, en realidad, empresas vinculadas a CEMSA más que competidoras (memorial de contestación, par. 487-500). El Demandado afirma que las pruebas muestran que CEMSA y las compañías del Grupo Poblano no eran verdaderamente entidades separadas, sino en realidad parte del mismo grupo de interés, aun cuando no hubiera propiedad común de acciones. Se vendían productos entre sí, los miembros del Grupo Poblano le prestaban dinero a CEMSA en condiciones favorables y ambas entidades tenían toda una gama de negocios financieros y comerciales que no eran independientes. Desde el punto de vista legal, no puede haber discriminación conforme al Artículo 1102 a menos que haya un inversionista extranjero y un inversionista local no vinculado con el primero que reciban un trato diferente. Si el inversionista extranjero y las empresas locales en circunstancias similares son una y la misma entidad, no puede haber discriminación como la que podría existir entre inversionistas mexicanos y extranjeros.

159. El Demandado también argumenta que no existe una discriminación de jure en la Ley del IEPS, en el sentido de que la ley, de acuerdo con sus términos, trata a todos los revendedores por igual. Además, por la forma en que funciona dicha ley, las autoridades mexicanas no saben quién busca obtener devoluciones sobre cigarros hasta después de que ello ocurre y, por lo tanto, no puede haber una discriminación de facto (memorial de contestación, par. 501-504). Era

política de la SHCP negar devoluciones del IEPS a todos los revendedores/exportadores de cigarrillos que no contaban con las facturas exigidas, independientemente de su nacionalidad (memorial de contestación, par. 505). El Demandado ha demostrado que todos los revendedores son auditados y recibirán la liquidación de impuestos correspondiente si se demuestra que no cuentan con las facturas exigidas (Primera y segunda declaración de Díaz Guzman, dúplica, par. 184).

160. De acuerdo con el Demandado, a pesar del hecho de que CEMSA alega que ha habido una discriminación de facto, al no poder demostrar una discriminación de jure, sería totalmente improcedente que el Tribunal determinara la existencia de una violación del principio de trato nacional basado en la falta de otorgamiento, por parte de la SHCP, de un beneficio que, conforme a la ley mexicana, la SHCP no estaba autorizada a otorgar. De conformidad con el Artículo 4(III) de la Ley del IEPS, la SHCP no tiene autoridad para conceder devoluciones del IEPS a quienes lo solicitan, a menos que dichos solicitantes tengan facturas con el monto de los impuestos trasladado expreso y por separado. Es así que un funcionario de la SHCP estaría actuando ultra vires si aceptara que CEMSA está en condiciones de solicitar y recibir devoluciones del IEPS, independientemente de los montos involucrados o de que CEMSA utilice la fórmula correcta de cálculo de las devoluciones. Es más, el hecho de que se descubriera sólo con posterioridad a una auditoría que CEMSA había calculado en exceso el monto de las devoluciones, refuerza la razonabilidad de la legislación mexicana (Artículo 4 de la Ley del IEPS), que le exige al contribuyente contar con facturas que indiquen correctamente el monto de los impuestos como condición para recibir devoluciones.

161. Es por ello que, de acuerdo con el Demandado, simplemente no hay ningún indicio de discriminación entre inversionistas extranjeros y locales en esta instancia. Las pruebas que obran en el expediente indican que el Grupo Poblano, como CEMSA, aun cuando no estuviesen vinculados, también es objeto de auditorías en relación con irregularidades en materia de pagos fiscales. La SHCP lleva a cabo cientos o miles de auditorías cada año y el hecho de auditar a una compañía (que sólo por casualidad es una empresa extranjera) antes que a otra (que sólo por casualidad es local) en circunstancias similares, no constituye per se una prueba de discriminación. Los organismos administrativos deben tener cierta libertad de acción en el desempeño de sus

obligaciones, como lo han manifestado los tribunales en los casos de *Pope & Talbot c. Canadá* y de *S.D. Myers c. Canadá*.

162. Según México, la negativa a registrar a CEMSA como compañía exportadora —una cuestión distinta, pero relacionada—, no fue una denegación de trato nacional porque, en este caso, las circunstancias de CEMSA y el Grupo Poblano no eran las mismas. En aquel momento, CEMSA estaba siendo auditada y la SHCP había descubierto discrepancias en los montos de las devoluciones del IEPS correspondientes a 1996 y 1997 que CEMSA buscaba obtener. El Grupo Poblano no estaba siendo objeto de ninguna auditoría en ese entonces. Por tal motivo, era razonable que la SHCP se negara a registrar a CEMSA como compañía exportadora hasta que se hubieran resuelto las irregularidades detectadas en la auditoría.

163. Suponiendo, como hipótesis, que hubiese existido un trato diferente, México considera que no es suficiente conforme al Artículo 1102 tan sólo demostrar un trato distinto para que haya una violación del Artículo 1102. Lo que debe demostrarse es que la discriminación entre el Demandante y los vendedores/exportadores de cigarrillos de propiedad local se deriva de la condición de nacional extranjero del Demandante (dúplica, par. 174; ver transcripción, 10 de julio de 2002, pp. 107-109).

164. Ni Canadá ni los Estados Unidos ejercieron su derecho de conformidad con el Artículo 1128 de expresar sus puntos de vista acerca de la apropiada interpretación del Artículo 1102 en su escrito conforme al Artículo 1128. Por ese motivo, sólo le queda al Tribunal considerar los puntos de vista del Demandante y de México.³⁴

³⁴ México ha proporcionado extractos de las presentaciones efectuadas por los Estados Unidos en otros casos, que implican la necesidad de probar que la diferencia en el trato surge por el hecho de la nacionalidad. Ver, por ejemplo, la Presentación de los Estados Unidos del 7 de abril de 2000, en *Pope & Talbot*, <http://www.state.gov/documents/organization/4097.pdf>. Sin embargo, tales declaraciones se efectuaron en el contexto de casos basados en distintos hechos y, posiblemente, distintas consideraciones jurídicas y políticas. Por tales circunstancias, este Tribunal opta por no considerarlas.

I.2 Análisis del Tribunal

165. La disposición de trato nacional/no discriminación es una obligación fundamental que emana del Capítulo XI.35 El concepto no surgió con el TLCAN. El Artículo III del GATT aplicado entre Canadá y los Estados Unidos desde 1947, y con México desde 1985, en relación con el comercio de mercaderías, tiene una redacción análoga. El Artículo 1602 del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá, en relación con las inversiones, se aplicó entre estas dos Partes del TLCAN entre 1989 y 1993. El Artículo 1102(2) del TLCAN dispone lo siguiente:

“Cada una de las partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta, u otra disposición de las inversiones.”

(El Artículo 1102(1) es igual, salvo que se refiere a los “inversionistas” en lugar de a “las inversiones de inversionistas”; de conformidad con el Artículo 1102(3), la obligación también se aplica a los gobiernos de los Estados o provincias, pero esto no es pertinente en este caso.)

166. No obstante la sencillez de su redacción, son varios los obstáculos de interpretación que plantea el Artículo 1102. Entre ellos: (a) qué inversionistas locales, si los hubiere, se encuentran en “circunstancias similares” a las del inversionista extranjero; (b) si ha habido discriminación contra el inversionista extranjero, sea de jure o de facto; (c) en qué medida debe demostrarse que el trato diferente otorgado deriva de la nacionalidad del inversionista extranjero; y (d) si un inversionista extranjero debe recibir el trato más favorable otorgado a cualquier inversionista local o a algunos de ellos solamente.³⁶

³⁵ Ver Daniel M. Price & P. Brian Christy, *An Overview of the NAFTA Investment Chapter, in The North American Free Trade Agreement: A New Frontier in International Trade and Investment in the Americas* 165, 174 (Judith H. Bello, Allan F. Holmer & Joseph J. Norton, eds., 1994).

³⁶ La cuestión de si el tamaño del “universo” de inversionistas extranjeros y de inversionistas locales cuenta ha sido objeto de análisis en otros casos relativos al Capítulo XI del TLCAN, incluyendo el caso *S.D. Myers* (ver *S.D. Myers c. el Gobierno de Canadá*, Laudo Arbitral Parcial, 13 de noviembre de 2000, par. 93, 112, 256, <http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf>) y, especialmente, en *Pope &*

167. El análisis de estas cuestiones en el caso que nos ocupa se complica por el hecho de que sólo se le ha presentado al Tribunal una cantidad limitada de hechos concretos, especialmente en relación con las diversas compañías locales que tal vez se dedican al negocio de reventa y exportación de cigarrillos desde México, y el trato otorgado por la SHCP a revendedores que no fueran el Demandante. Ninguna de las partes sugiere que haya otros revendedores/exportadores extranjeros distintos del Demandante. Uno de los testigos del Demandado indicó durante el interrogatorio que podría haber entre 5 y 10, o más, empresas registradas en México para exportar cigarrillos. Las partes coinciden en que hay, por lo menos, un revendedor/exportador de propiedad mexicana, el denominado “Grupo Poblano,” que está integrado por Mercados Regionales y Mercados Extranjeros (“Mercados I” y “Mercados II”) y posiblemente otras entidades. Una tercera compañía, MEXCOBASA, fue mencionada por el Demandante, pero no se ha probado en el expediente la propiedad de la misma (Primera declaración de Feldman, par. 94). Un funcionario mexicano, Enrique Díaz Guzmán, ha confirmado que al menos tres compañías comercializadoras (es decir, no productores) recibieron devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarrillos en diversos momentos entre septiembre de 1996 y mayo de 2000, por un total aproximado de NP\$ 91,000,000 (Primera declaración de Díaz Guzmán, Apéndice 0506, 0515). Muchas de estas devoluciones fueron autorizadas y pagadas después del 1° de enero de 1998, cuando las reformas introducidas a la Ley del IEPS hicieron que la tasa del 0% y las devoluciones del IEPS sobre las exportaciones de cigarrillos quedaran legalmente fuera del alcance de cualquiera que no fuese un productor (al limitar el pago de las devoluciones de impuestos a la primera venta) (Ley del IEPS de 1998, Artículo 11).

168. Hay desacuerdo en cuanto a cómo fueron tratadas estas empresas comercializadoras (presumiblemente las compañías del Grupo Poblano) en comparación con el Demandante. Es decir, si se le otorgó al Grupo Poblano devoluciones del IEPS durante períodos en los que se le negaban al Demandante, a pesar de que ambas entidades carecían de facturas con los montos de los impuestos trasladado expreso y por separado, tal como lo exige el Artículo 4 y, después del 1° de enero de 1998, a pesar de

Talbot (ver *Pope & Talbot c. el Gobierno de Canadá*, Laudo Arbitral Provisorio, 26 de junio de 2000, par. 11, 24, 36, 38, <http://www.state.gov/documents/organization/3989.pdf>).

la prohibición de otorgar devoluciones, salvo en los casos de primera venta. También falta información detallada acerca de si la SHCP hizo intentos efectivos de recuperar las devoluciones proporcionadas al Grupo Poblano durante el período 1996-1997, tal como lo hizo con el Demandante, o los pagos del IEPS efectuados entre 1998 y 2000. Sobre la base de que hay una auditoría en curso de Caesar Poblano, el principal propietario de las empresas del Grupo Poblano, la SHCP se ha negado a suministrar información detallada sobre el trato otorgado al Grupo Poblano y sobre cómo se compara dicho trato con el dispensado por la SHCP al Demandante. Uno de los testigos de la SHCP, el Sr. Díaz Guzmán, manifestó, sin embargo, que sólo una de las tres empresas comercializadoras que él había identificado tenía una auditoría en curso (en marzo de 2001), de modo que, presumiblemente, hay otras dos que no han sido auditadas a pesar de encontrarse en las mismas circunstancias que el Demandante.

169. Asimismo, si partimos de la premisa de que éste es un caso de posible discriminación *de facto*, no tiene importancia, a los fines del Artículo 1102, que la ley mexicana autorice a la SHCP a proporcionar devoluciones del IEPS a personas que no sean formalmente contribuyentes del IEPS y carezcan de facturas que trasladen expresamente y por separado los montos de los impuestos, como lo ha exigido sistemáticamente la Ley del IEPS desde, al menos, 1987, y tal vez antes. La cuestión, en realidad, es si las devoluciones han sido acordados *de hecho* a los exportadores locales de cigarros al mismo tiempo que eran denegados a un revendedor extranjero, CEMSA. Por supuesto, México tiene derecho a ser estricto en la aplicación de sus leyes, pero debe hacerlo en forma no discriminatoria entre los inversionistas extranjeros y los locales. Por consiguiente, si se ignora o se dispensa de cumplir del requisito del Artículo 4 de la Ley del IEPS a los exportadores/revendedores de cigarros locales, pero no a los exportadores/revendedores de cigarros extranjeros, esa diferencia *de facto* en el trato es suficiente para determinar que existe una denegación de trato nacional conforme al Artículo 1102.

1.2.1 En circunstancias similares

170. En el contexto de una inversión, el concepto de discriminación ha sido definido de manera tal que implica diferencias *no razonables* entre inversionistas

Sin embargo, el Demandado en esta causa no ha planteado esa cuestión, y el Tribunal, por consiguiente,

extranjeros y locales en circunstancias similares. (*Restatement*, Sección 712, Comentario f.) Según lo analizado en la sección del Artículo 1110 (*supra* par. 115, 129), existen al menos algunos fundamentos lógicos para tratar en forma distinta a los productores y a los revendedores, por ejemplo, mejor control de la recaudación fiscal, freno al contrabando, protección de los derechos de propiedad intelectual y prohibición de las ventas del mercado gris, aun cuando algunos de ellos puedan resultar anticompetitivos.³⁷ Por ello, conforme a lo señalado en la sección sobre expropiación, el Tribunal no considera que tal discriminación entre productores y revendedores constituya una violación del derecho internacional.

171. En esta instancia, las partes contendientes están de acuerdo en que CEMSA está en circunstancias “similares” a las de revendedores de cigarros para exportación de origen mexicano, incluidos los dos miembros del Grupo Poblano, Mercados Regionales y Mercados Extranjeros (ver memorial, par. 222; memorial de contestación, par. 486), a pesar de que México niega, por supuesto, que haya habido discriminación, principalmente basándose en el argumento de que CEMSA y el Grupo Poblano son efectivamente la misma entidad. Desde el punto de vista del Tribunal, el “universo” de empresas en circunstancias similares abarca las empresas de propiedad local y propiedad extranjera que se dedican al negocio de reventa y exportación de cigarros. Las circunstancias de otras empresas mexicanas que pueden también exportar cigarros, tales como los productores de cigarros mexicanos, no son similares. Mientras que la sentencia de amparo en relación con el Demandante sostuvo que la discriminación entre productores y revendedores de productos alcohólicos y tabacaleros (por lo menos, en cuanto a poder gozar del beneficio de la tasa del 0% sobre los bienes exportados) era inconstitucional, esta discriminación es efectivamente reinstaurada por la Ley del IEPS de 1998, que limita las devoluciones del IEPS a la primera venta efectuada, excluyendo a todo comprador/exportador subsiguiente de tal beneficio, y, según lo indicado anteriormente, ha sido reafirmada efectivamente en otro litigio entablado por el Demandante en 1998. El Tribunal también observa que el Artículo

no la considera (ver *infra* par. 185 y 186).

³⁷ Salvo raras excepciones, el TLCAN no regula la creación y mantenimiento de monopolios. “Ninguna disposición de este Tratado se interpretará para impedir a las Partes designar un monopolio.” Artículo 1502(1). Por lo tanto, permitirle a los productores de cigarros un monopolio de las exportaciones no parecería ser una violación del Artículo 1102, siempre que todos los no productores, tanto locales como extranjeros, reciban el mismo trato.

1102 nada dice sobre discriminación entre las diferentes clases de inversores propios de una Parte.

172. Por consiguiente, el Tribunal sostiene que las compañías que se encuentran en circunstancias similares, locales y extranjeras, son las empresas comercializadoras, las que se dedican al negocio de comprar cigarros mexicanos para la exportación que, a los fines de este caso, son CEMSA y los miembros societarios del Grupo Poblano.

1.2.2 La existencia de discriminación

173. Los pocos hechos que se han expuesto a este Tribunal demuestran a su mayoría que, en conjunto, CEMSA ha sido tratada menos favorablemente que los revendedores/exportadores locales de cigarros, una discriminación de facto por parte de la SHCP que es incompatible con las obligaciones de México conforme al Artículo 1102. Los únicos exportadores de cigarros según los limitados datos probados con que cuenta el Tribunal son CEMSA, de propiedad del ciudadano estadounidense Marvin Roy Feldman Karpa, y los miembros mexicanos del Grupo Poblano, Mercados I y Mercados II. De acuerdo con las pruebas disponibles, a CEMSA se le denegaron las devoluciones de octubre-noviembre de 1997 y de manera subsecuente la SHCP también solicitó que CEMSA reembolsará el monto de las devoluciones originalmente otorgadas desde junio de 1996 hasta septiembre de 1997. Por lo tanto, se le denegaron a CEMSA devoluciones del IEPS durante periodos en los cuales miembros del Grupo Poblano los recibieron (ver supra, par. 167, memorial, p. 3)

174. Aun cuando México está auditando al Sr. Poblano, el proceso se inició mucho después de la auditoría de CEMSA y, según los archivos proporcionados al Tribunal acerca de esta auditoría, no hay documentación que pruebe que dicha auditoría continuó con posterioridad al mes de marzo de 2000, o incluso que involucrara las devoluciones del IEPS (transcripción, 11 de julio de 2001, p. 2). Las devoluciones de CEMSA (antes y después de las auditorías) ya habían sido denegadas y, varios años después, no se habían tomado medidas similares en relación con el Grupo Poblano. Posiblemente, el hecho de que CEMSA haya sido auditada mucho antes que cualquier otro revendedor/exportador local es en sí mismo prueba de discriminación, incluso si la

SHCP está legalmente autorizada a auditar a todos los contribuyentes. Si las autoridades mexicanas están auditando o tienen la intención de auditar a otros contribuyentes que se encuentran en circunstancias similares a las de CEMSA, el Gobierno de México, como única parte con acceso a esa información, no se ha mostrado particularmente interesado en presentar las pruebas necesarias. Los dos archivos sometidos a consideración del Tribunal durante la audiencia (designados con los números 328 y 333) están incompletos, no indican que la auditoría haya finalizado y ni siquiera si todavía se la está llevando a cabo (transcripción, 11 de julio 2001, p. 2). La única información clara de que el Sr. Poblano se encuentra sujeto a algún tipo de auditoría fue proporcionada por el Demandante (Primera declaración de Feldman, par. 92), y los abogados del Demandante afirmaron que las pruebas que obran en las actuaciones demuestran solamente que al Sr. Poblano se le hizo una auditoría personal en 1997 (transcripción, 13 de julio de 2001, p. 155). El Gobierno de México se ha negado a suministrar información específica respecto de la cantidad de otros posibles contribuyentes en circunstancias similares (revendedores). El testigo del gobierno, el señor Obregón-Castellanos, admitió que eran más de cinco, y posiblemente fueran también más de diez las empresas registradas como exportadoras de cigarrillos (transcripción, 9 de julio de 2001, p. 141), pero se mostró evasivo respecto de la cantidad de exportadores de tabaco, a pesar de haber declarado en forma explícita y con seguridad que había 400 exportadores registrados de bebidas alcohólicas (transcripción, 11 de julio de 2001, p. 10).

175. Las pruebas también confirman que a CEMSA se le negó el registro como empresa exportadora, aparentemente y en parte, por la presentación de esta reclamación y, en parte, como resultado de la auditoría sobre las devoluciones por exportaciones llevada a cabo durante 1996 y 1997, aun cuando, como lo indicó el señor Díaz Guzmán, había otras tres sociedades exportadoras de cigarrillos a quienes se les había otorgado dicho registro. Un memorando sin firma, que es razonable pensar que sólo pudo haberse generado en la SHCP, indica que se denegó el registro sobre la base de la auditoría al Demandante por las devoluciones pagadas. No hay pruebas de que se le hayan denegado derechos de exportación a otros revendedores/exportadores locales en esta forma. Más aún, también parece haberse otorgado un trato distinto a CEMSA y al Sr. Poblano en relación con las cuestiones de registro. De acuerdo con el testigo del Demandante, el señor Carvajal, el contribuyente CEMSA presentó su solicitud para el registro como empresa exportadora el 30 de junio de 1998; siete meses más tarde,

todavía se estaba solicitando información por escrito al respecto. Al contribuyente Poblano, la SHCP le pidió información verbalmente dentro de los 14 días siguientes a la fecha de su solicitud y aparentemente se resolvió toda dificultad que pudiera haber surgido (transcripción, 11 de julio de 2001, p. 3).

176. El alcance de la pruebas de discriminación que obran en las actuaciones es, desde luego, limitado. Hay sólo unos pocos documentos en autos que tengan directa relación con la existencia de un trato distinto, particularmente la declaración del Sr. Díaz Guzmán, el memorándum “misterioso” de los archivos de la SHCP y una certificación del registro fiscal de Mercados Regionales, de propiedad del Grupo Poblano. Un miembro de este Tribunal cree que ello es insuficiente para probar un acto de discriminación (ver opinión disidente). El punto de vista de la mayoría se basa, en primer lugar, en la conclusión de que se transfirió la carga de la prueba del Demandante al Demandado, éste último no habiendo cumplido con esta nueva carga de la prueba y en la evaluación de las actuaciones en conjunto. Pero también se basa en una simple conclusión, ya que ninguno de esos puntos fue efectivamente cuestionado por el Demandado:

- a. Ningún revendedor/exportador de cigarros (el Demandante, algún miembro del Grupo Poblano u otro) podría legalmente haber cumplido con los requisitos para acceder a las devoluciones del IEPS, ya que ninguno de ellos, conforme a los hechos establecidos en este caso, podría haber obtenido las facturas exigidas con los impuestos trasladados expreso y por separado.
- b. Al Demandante se le denegaron las devoluciones en el mismo período en que esas devoluciones se otorgaban, como mínimo, a otras tres empresas en circunstancias similares, por ejemplo revendedores/exportadores (ver *supra* par, 171) que aparentemente incluían a no menos de dos miembros del Grupo Poblano.

177. En cuanto a la carga de la prueba, la mayoría encontró de utilidad la siguiente declaración de un estándar de derecho internacional, hecha por el Órgano de Apelaciones de la Organización Mundial del Comercio:

... diversos tribunales, incluida la Corte Internacional de Justicia, han aceptado y aplicado general y uniformemente la regla según la cual la

parte que afirma un hecho, sea al Demandante o el Demandado, es responsable de suministrar la prueba respectiva. Asimismo, es un dogma generalmente aceptado de prueba en el derecho civil, el derecho consuetudinario y, en realidad, en la mayoría de las jurisdicciones, que la carga de la prueba recae en la parte, sea la reclamante o la reclamada, que afirma un reclamo o defensa como verdadero. *Si esa parte presenta pruebas suficientes como para crear la presunción de que su reclamación es verdadera, la carga de la prueba pasa a la otra parte, quien será la que pierda a menos que introduzca pruebas suficientes como para refutar tal presunción.* (El resaltado es nuestro.)³⁸

En este caso, somos de la opinión de que el Demandante ha creado una presunción y establecido *prima facie* la existencia de un trato distinto y menos favorable respecto del Demandante que el otorgado a varios revendedores de cigarros de propiedad mexicana, y el Demandado no logró presentar ninguna prueba creíble en las actuaciones para refutar tal presunción.

178. Al evaluar las pruebas, incluidos los cinco días de audiencia que obran en autos, la mayoría también se ve influida por el enfoque de la cuestión de discriminación adoptado por el Demandado. Si el Demandado contaba con pruebas demostrando que las empresas del Grupo Poblano no habían sido tratadas más favorablemente que CEMSA en cuanto al otorgamiento de las devoluciones del IEPS, nunca explicó por qué no las había aportado. En lugar de ello, el Demandado dedicó parte sustancial del tiempo que se le otorgó durante la audiencia y en sus memoriales intentando (infructuosamente, en opinión del Tribunal) demostrar que CEMSA y el Grupo Poblano eran empresas vinculadas (apuntando a que no podría, presumiblemente, darse una discriminación dentro de un mismo grupo de compañías)³⁹. Sin embargo, si

³⁸ United States – Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India, adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R, p. 14. Del mismo modo, Asian Agricultural Products Limited c. Republic of Sri Lanka, *ICSID Reports*, pp. 246, 272, 1990. (“En el caso de que una parte presente alguna prueba que *prima facie* respalde su pretensión, la carga de la prueba pasará a su oponente.”).

³⁹ Memorial de contestación, par. 488; ver, por ejemplo, transcripción, 10 de julio de 2001, pp. 110-113. Es innegable que CEMSA y el Grupo Poblano tenían una relación comercial; CEMSA, entre otras cosas, le vendía de vez en cuando cigarros a varias compañías del Grupo Poblano y el Sr. Poblano le había prestado capital de trabajo (memorial, par. 101-102). Sin embargo, no existen pruebas de titularidad común de acciones, integración común de los consejos de administración o cualquier otro indicador normal de propiedad y control conjuntos. Más aún, la SHCP los había tratado como contribuyentes totalmente independientes, auditando a CEMSA muy tempranamente mientras que, más de tres años después, no se han tomado medidas definitivas contra el Grupo Poblano. Es claro que no hay pruebas de que el Gobierno mexicano considerase a CEMSA y a las empresas del Grupo Poblano como una sola empresa antes de este procedimiento. Por consiguiente, este Tribunal no se ve inclinado a acordar tal trato y frustrar así la afirmación de discriminación hecha por el Demandante.

las empresas pertenecientes al Grupo Poblano no hubiesen recibido las devoluciones, esa prueba de vinculación habría sido totalmente improcedente. ¿Por qué motivo una parte, de manera razonable, adoptaría este enfoque en la audiencia y los escritos si tuviera información en su poder que pudiera probar que los exportadores de cigarros mexicanos recibían el mismo trato que el Demandante, es decir, que se les denegaban las devoluciones del IEPS por sus exportaciones de cigarros cuando no contaban con las facturas apropiadas? Es por ello que la inferencia que realiza la mayoría del Tribunal ante la falta de presentación de pruebas por el Demandado sobre la cuestión de discriminación resulta enteramente razonable.

También es notable que, a pesar de la copiosa presentación de pruebas hecha por el Demandado intentando (infructuosamente, según el criterio del Tribunal) vincular al Demandante con una supuesta operación de contrabando manejada por el Sr. Poblano o en su representación, se les haya concedido, empero, a las compañías del Sr. Poblano el registro como empresas exportadoras. Esto ocurrió aproximadamente en la misma época en la que se denegó el mismo registro a CEMSA, al parecer en razón de la auditoría pendiente de CEMSA. Una vez más, la diferencia de trato entre CEMSA y el Grupo Poblano resulta obvia.

179. También hay pruebas en autos que sugieren que Lynx, una empresa que anteriormente pertenecía al Grupo Poblano, recibió un trato algo más favorable por parte de México, ya que el Tribunal Fiscal Federal decidió en febrero de 1996 que Lynx tenía derecho a percibir devoluciones del IEPS sobre sus exportaciones de cigarros, a pesar de la probable ausencia de facturas que contaran con los montos de los impuestos trasladados expreso y por separado (por ejemplo, memorial, par. 36; Apéndices 1047-1070). Como resultado de esta decisión y de la victoria lograda en el amparo de Lynx (que se aplicaba única y específicamente a las exportaciones de bebidas alcohólicas), la SHCP también le pagó a Lynx devoluciones del IEPS aplicables a las exportaciones de cigarros en 1992, más una suma sustancial por concepto de intereses y ajuste por inflación⁴⁰. Éste fue un período durante el cual la disponibilidad de devoluciones por

⁴⁰ Ver las tablas presentadas como prueba durante la audiencia en la que tuvo lugar la declaración testimonial de Zaga-Hadid, transcripción, 13 de julio 2001, p. 142. Se negaron, y ambas partes volvieron a discutir durante la audiencia, afirmaciones de que la SHCP había pagado deliberadamente devoluciones excesivas a Lynx (Tercera declaración testimonial de Díaz-Guzmán, Apéndice 06455-06456). Las pruebas sobre esta cuestión presentadas al Tribunal son contradictorias y el Tribunal no está

exportaciones de cigarros para CEMSA era incierta, a pesar del hecho de que sus exportaciones durante 1992 habían sido escasas. Sin embargo, para cuando la SHCP reconoció el derecho de Lynx a las devoluciones, en 1996, ya hacía varios años que le eran negados a CEMSA por embarques con exportaciones de prueba.

180. Todo ello confirma otra debilidad del argumento del Demandado de que no pudo haber existido bajo estas circunstancias discriminación *de facto* cuando fundamentalmente las devoluciones se otorgaban en principio en base a decisiones ministeriales, con el análisis detallado efectuado posteriormente en caso de cuestionamientos o auditoría. En vistas de la notoriedad del Demandante en la SHCP a lo largo de los años, de los artículos de prensa y de las amenazas de juicio en contra de funcionarios de la SHCP, de la auditoría que fue iniciada y luego concluida abruptamente en 1995, de las numerosas reuniones con funcionarios de la SHCP, etcétera, se le hace difícil al Tribunal creer que las solicitudes y los actos del Demandante no fueran bien conocidos y cuidadosamente monitoreados por los funcionarios de la SHCP. Estos factores ciertamente crearon las condiciones necesarias para que hubiera discriminación.

1.2.3 Discriminación por motivos de nacionalidad

181. Es obvio que el concepto de trato nacional consagrado en el TLCAN y en convenios similares tiene la intención de impedir la discriminación basada en la nacionalidad o “por motivos de nacionalidad.” (*U.S. Statement of Administrative Action*, Artículo 1102.) Sin embargo, no es obvio de por sí, como argumenta el Demandado, que deba demostrarse *explícitamente* que todo apartamiento del trato nacional tiene su origen en la nacionalidad del inversionista. El Artículo 1102 no lo formula en esos términos; más bien, de acuerdo con sus términos, el Artículo 1102 sugiere que es suficiente con mostrar un trato menos favorable del inversionista extranjero que del local en circunstancias similares. En este caso, las pruebas en autos demuestran que hay un solo inversionista/ciudadano estadounidense, el Demandante, que alega una violación del principio de trato nacional de conformidad con el Artículo 1102 del TLCAN (transcripción, 13 de julio de 2001, p. 178), y al menos un inversionista local (el Sr. Poblano) que ha recibido un trato más favorable. Por motivos prácticos y jurídicos,

convencido de que los montos pagados, más intereses y ajuste por inflación durante el período 1993-

el Tribunal está dispuesto a basarse en la premisa de que el motivo de este trato diferencial es la nacionalidad del Demandante, al menos dada la ausencia de pruebas en contrario.

182. No obstante, en este caso hay evidencias de un nexo entre la discriminación y la condición de inversionista extranjero del Demandante. En primer lugar, en las actuaciones no parece haber una justificación racional del trato de facto menos favorable hacia CEMSA que el hecho evidente de que su propietario era un extranjero muy expresivo quien, antes de comenzar la auditoría, ya había presentado una reclamación contra el Gobierno de México fundada en el Capítulo XI del TLCAN. Ciertamente, la presentación de una solicitud de arbitraje de conformidad con el Capítulo XI sólo podría haberla hecho un ciudadano de los Estados Unidos o de Canadá (y no de México), es decir, en virtud de su nacionalidad (extranjera). Si bien una auditoría fiscal no prueba por sí misma la existencia de una denegación de trato nacional, el hecho de que esta auditoría se iniciara poco después de la Notificación de Arbitraje (Primera declaración de Feldman, par. 85-86) y la existencia de un memorando no firmado en la SHCP, haciendo notar la presentación de la reclamación conforme al Capítulo XI en el contexto de los trámites de registro como exportador que realizaba por entonces el Demandante, despiertan como mínimo una muy fuerte sospecha de que existió un vínculo entre todos estos sucesos, teniendo en cuenta que no se realizaron auditorías similares de contribuyentes que fueran revendedores/exportadores locales en la misma época.

183. En términos más generales, exigir que un inversionista extranjero pruebe que la discriminación se basa en su nacionalidad podría ser un obstáculo insalvable para el Demandante, ya que sólo el gobierno puede tener acceso a esta información. Sería virtualmente imposible para cualquier demandante allegar pruebas que demostraran que la discriminación manifestada por un gobierno está motivada en la nacionalidad y no en otras razones. Asimismo, tal como argumenta el Demandado, si no deben analizarse los motivos de los actos gubernamentales, no hay forma en que el Demandante o este Tribunal puedan llegar a la determinación subjetiva de que las medidas discriminatorias del gobierno obedecen a la nacionalidad del Demandante, en ausencia nuevamente de

1996, fueran en realidad excesivos.

pruebas creíbles que el Demandado podría haber aportado acerca de una motivación distinta. Si las violaciones del Artículo 1102 se limitan a la existencia de una discriminación explícita (presumiblemente, de jure) contra los extranjeros, por ejemplo a través de una ley que acuerde un trato diferente a los inversionistas extranjeros y a los locales, la efectividad del concepto de trato nacional como medio de proteger al inversionista extranjero se vería seriamente limitada.

184. Esta conclusión es concordante con la alcanzada en un procedimiento anterior sobre el Capítulo XI, el caso *Pope & Talbot c. el Gobierno de Canadá*. El tribunal que consideró el caso *Pope & Talbot* señaló su disposición a creer que el trato discriminatorio hacia los inversionistas extranjeros en circunstancias similares violaría las disposiciones del Artículo 1102. De acuerdo con ese tribunal, esas diferencias entre inversionistas locales y extranjeros “presumiblemente violarían el Artículo 1102(2), a menos que tengan un nexo razonable con políticas gubernamentales racionales que (1) no distingan, a primera vista o de facto, entre empresas de propiedad extranjera y empresas locales, y (2) no socaven indebidamente los objetivos del TLCAN en materia de liberalización de inversiones.” Una de las inquietudes de ese tribunal fue que, si debía demostrarse que la discriminación se basaba en la nacionalidad, ello “tendería a disculpar toda discriminación que no estuviera abiertamente dirigida en contra de las inversiones extranjeras” (*Pope & Talbot c. el Gobierno de Canadá*, Laudo sobre el fondo de la fase 2, abril 10, 2001, par. 78, 79, http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/Award_Merits-e.pdf) (El tribunal del caso *Pope & Talbot* desestimó en última instancia, sobre la base de los hechos, el reclamo de violación del principio de trato nacional). En el caso que nos ocupa, el trato otorgado a inversionistas extranjeros y a inversionistas locales en circunstancias similares es distinto de facto, y tal discriminación es claramente contraria al objetivo de liberalización de las inversiones del Artículo 1102. Este Tribunal no encuentra motivos para discrepar con los fundamentos del caso *Pope & Talbot* en este respecto.

1.2.4 ¿Requisito del inversionista más favorecido?

185. A primera vista, el TLCAN no es claro acerca de si el inversionista extranjero debe recibir el trato más favorable acordado a cualquier inversionista local o solamente el trato general que reciben los inversionistas locales, o incluso el trato

menos favorable otorgado a un inversionista local. No existe en el Capítulo XI una disposición sobre el “inversionista más favorecido” paralela a la disposición de la nación más favorecida del Artículo 1103, que sugiere que un inversionista extranjero debe recibir un trato no menos favorable que el dado al inversionista nacional más favorablemente tratado, si es que hay otros inversionistas nacionales cuyo trato es menos favorable, es decir, del mismo modo que el inversionista extranjero. Al mismo tiempo, no hay nada en el Artículo 1102 que estipule que el inversionista extranjero deberá recibir el mismo trato que el dispensado al inversionista local más favorablemente tratado, en caso de haber muchos inversionistas locales que reciban un trato diferente del gobierno en su carácter de parte demandada.

186. Podría muy bien ocurrir que la cantidad de inversionistas locales dentro de su clase fuera de más de dos —un testigo del gobierno mexicano manifestó que podría haber entre 5 y 10 o más empresas registradas como exportadoras de cigarros— y también podría ocurrir que el trato de algunos de esos otros inversionistas hubiera sido más parecido al que recibió el Demandante que al trato más favorable dispensado al Grupo Poblano. Sin embargo, en ausencia de pruebas a este efecto presentadas por México —la única parte en situación de proporcionar tal información—, no es necesario que el Tribunal decida si el Artículo 1102 exige un trato equivalente al mejor que se haya suministrado a cualquier inversionista local. Presumiblemente, si hubiera pruebas de que otro inversionista local ha sido tratado en la misma forma que el Demandante en cuanto a su registro como empresa exportadora, a la auditoría y al otorgamiento o la denegación de devoluciones, el Demandado habría suministrado tales pruebas al Tribunal. En este caso, el “universo” conocido de inversionistas está compuesto por sólo dos partes, o cuando mucho tres, una extranjera (el Demandante) y otra local (las empresas del Grupo Poblano), y el Tribunal debe tomar su decisión sobre la base de las pruebas con las que cuenta. Por lo tanto, el único inversionista local pertinente es el Grupo Poblano y la comparación debe hacerse entre el Grupo Poblano y el Demandante.

187. Sobre la base de este análisis, una mayoría del Tribunal llegó a la conclusión de que México ha violado los derechos del Demandante a no ser discriminado, conforme al Artículo 1102 del TLCAN. El Demandante ha demostrado que, prima facie, ha existido un trato diferente y menos favorable hacia el Demandante, comparado con el otorgado por la SHCP al Grupo Poblano. En relación con el Grupo

Poblano y otros revendedores/exportadores de cigarros, el Demandado ha afirmado que se están realizando o se realizarán auditorías de dichas empresas del mismo modo que la efectuada al Demandante, y dio a entender que, en última instancia, ellas recibirán el mismo trato que el Demandante. Sin embargo, las pruebas de que ello haya ocurrido son débiles y poco convincentes. El hecho ineludible es que al Demandante se le han efectivamente denegado las devoluciones del IEPS en el período comprendido entre abril de 1996 y noviembre de 1997, mientras que las empresas locales de comercialización y exportación sí las recibieron, no solamente durante la mayor parte de ese período sino por lo menos hasta mayo de 2000, lo cual sugiere que, de facto, se dispensó del cumplimiento de los requisitos exigidos en el Artículo 4(III) a algunas empresas locales, si no a todas. Mientras que el Demandante se ha visto efectivamente impedido de exportar cigarros entre 1998 y 2000, hay pruebas de que a las compañías del Grupo Poblano aparentemente se les permitió hacerlo, a pesar del Artículo 11 de la Ley del IEPS. Finalmente, al Demandante no se le permitió registrarse como una empresa exportadora, mientras que a las empresas del Grupo Poblano se les concedió el permiso para efectuar dicho registro. Todos estos hechos son incompatibles con las obligaciones del Demandado conforme al Artículo 1102, y el Demandado no presentó pruebas que demostraran lo contrario.

188. Para llegar a la conclusión de que el Demandado ha violado sus obligaciones respecto del Demandante de conformidad con el Artículo 1102, la mayoría observa que la exportación de cigarros del Demandante, y de otros revendedores en situación similar, puede ser económicamente insostenible, si las devoluciones del IEPS no están disponibles. Pero no hay nada en la ley del IEPS durante el periodo pertinente (después de la sentencia de amparo de 1993 y antes de las reformas de 1998) que legalmente impida *per se* las exportaciones. La mayoría también opina que el patrón de hechos en este caso revela más que uno o dos errores menores del Demandante. Más bien, demuestra un patrón de acción (o inacción) oficial durante un número de años, así como una discriminación *de facto* violatoria del Artículo 1102. Habiendo dicho lo anterior, no existe desacuerdo respecto de que la jurisdicción del Capítulo XI en relación con asuntos fiscales está cuidadosamente circunscrita por el Artículo 2103, o que este Tribunal sería negligente en sus obligaciones si expandiera o redujera esa jurisdicción.

J DAÑOS

189. En relación con el monto de los daños a otorgar al Demandante, el Tribunal observa en principio que las partes sólo mencionan en forma general y superficial el cálculo y monto correctos en concepto de daños. Más limitada aún es la cantidad de pruebas presentadas al Tribunal de Arbitraje al respecto.

190. El Demandante supone que los daños de CEMSA por la ilegal discriminación conforme al Artículo 1102 ejercida por el Demandado son idénticos a los reclamados por expropiación ilegal, y no reconoce ninguna diferencia entre ambos casos ni tiene en cuenta únicamente el caso específico de la discriminación de facto (memorial, par. 233). Respecto de la valuación de los daños, el Demandante solicita una indemnización por tres conceptos (memorial, par. 236-246):

(1) \$64,582,645 pesos mexicanos (o US\$6,458,264) por concepto de IEPS adeudados correspondientes al período de octubre a diciembre de 1997; (2) \$90,350,605 pesos mexicanos (o US\$ 9,035,060) por lucro cesante durante el lapso comprendido entre el 1º de enero de 1994 y mayo de 1996, calculado sobre la base de las exportaciones estimadas y aplicando un margen de ganancias del 62.4%, y (3) \$148,886,141 pesos mexicanos (o US\$14.888.614), por concepto de “valor del negocio en marcha de CEMSA”, sobre la base del valor del flujo de caja actualizado. La suma de los tres conceptos asciende a \$303,819,391 pesos mexicanos (o US\$30,381,938).

191. En su réplica del 11 de junio de 2001, el Demandante aseveró que su cálculo del IEPS, aun cuando fuese erróneo, nunca había sido cuestionado por el Demandado (réplica, par. 72-75), y agregó un reclamo por lucro cesante a partir del 1º de diciembre de 1997, sin especificar el monto (réplica, par. 76 (3)). Finalizó diciendo que, aunque CEMSA reclamara más IEPS de lo pagado por Cigatam, “todavía tenía derecho a unos veinte millones de dólares por concepto de daños” (réplica, par. 78).

192. El Demandado, por su parte, argumentó que los registros contables de CEMSA durante el período crítico eran insuficientes o directamente inexistentes. Asimismo, afirmó que el negocio de exportación de cigarrillos de CEMSA no era rentable

(memorial de contestación, par. 513-517) y negó que CEMSA fuera “una empresa comercializadora típica” (memorial de contestación, par. 560) o que hubiera tenido un valor justo de mercado en cualquiera de los momentos pertinentes al caso (memorial de contestación, par. 532-539, 564).

193. En su dúplica, el Demandado objeta el cálculo de daños del Demandante (dúplica, par. 202-262). Específicamente, el Demandado impugna el nuevo reclamo por lucro cesante y finaliza diciendo que la utilidad bruta por cada cartón de cigarrillos vendido, en el mejor de los casos, sólo hubiera sido de cinco centavos (dúplica, par. 258).

194. En primer lugar, el Tribunal observa que, de conformidad con la última parte del Artículo 1117(1) del TLCAN (así como la última parte del Artículo 1116(1)), los inversionistas de una parte que representan a una empresa pueden someter a arbitraje una reclamación por la cual aduzcan que la otra Parte ha violado, entre otras disposiciones, la obligación de otorgar trato nacional conforme al Artículo 1102 del TLCAN y, por consiguiente, “que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella”. El TLCAN no brinda otra guía en cuanto al modo correcto de evaluar daños o indemnizaciones en situaciones que no encuadren dentro de las disposiciones del Artículo 1110 (expropiación); la única evaluación detallada de daños específicamente contemplada en el Capítulo XI es la del Artículo 1110(2-3), cuando se refiere al “valor justo de mercado,” que se aplica necesariamente sólo en situaciones que encuadren en las disposiciones del Artículo 1110. De ello se desprende que, en casos de discriminación que constituyan una violación del Artículo 1102, lo que adeude el Demandado será el monto de la pérdida o daño razonablemente vinculado a tal violación. En ausencia de una discriminación que también constituya una expropiación indirecta o sea equivalente a una expropiación, el Demandante no tendría derecho al total valor de mercado de la inversión que se otorga conforme al Artículo 1110 del TLCAN. Por lo tanto, si el requisito necesario para someter una reclamación a arbitraje es la existencia de daños, se deriva posiblemente que el Tribunal pueda ordenar una indemnización por el monto de las pérdidas o los daños en los que realmente se ha incurrido.

195. Hasta la fecha, sólo otros dos tribunales del TLCAN que intervinieron en los casos S.D. Myers y Pope & Talbot han determinado que hubo violaciones susceptibles de indemnización, de conformidad con los Artículos 1102 y 1105, respectivamente. La etapa relativa a daños del caso S.D. Myers no ha finalizado aún. Sin embargo, al trazar las líneas generales del enfoque dado a la cuestión de los daños, el tribunal concluyó que, en ausencia de una disposición especial, los redactores del TLCAN tenían la intención de dar libertad a los tribunales para que determinaran el monto de la indemnización apropiada a las circunstancias particulares del caso, teniendo en cuenta los principios del derecho internacional y las disposiciones del TLCAN. (S.D. Myers c. el Gobierno de Canadá, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, par. 303-319, <http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf>.)

196. En *Pope & Talbot*, el tribunal determinó únicamente la existencia de una violación relativamente menor del Artículo 1105, y rechazó las reclamaciones por violación de, entre otros, los Artículos 1102 y 1110 y una supuesta violación adicional del Artículo 1105. En su opinión del 31 de mayo de 2002, ese tribunal no explicó en detalle el razonamiento empleado para evaluar la cuestión de los daños, sino que hizo hincapié únicamente en su rechazo de los daños por el costo del tiempo de gestión reclamados como resultado de la violación, por el Demandado, del Artículo 1105, y el lucro cesante por un corto lapso durante el cual el Demandado cerró los molinos de la empresa, nuevamente en violación del Artículo 1105 (esto último fue rechazado, no por principio, sino porque el tribunal, después de considerar las aseveraciones del Demandante, determinó que no había existido tal lucro cesante). Los únicos daños que el tribunal concedió fueron los gastos incurridos por el Demandante al defenderse por la violación del Demandado. (Estos conceptos incluían los gastos legales y contables, y los honorarios de *lobbyistas*). (*Pope & Talbot c. el Gobierno de Canadá*, Laudo sobre Daños, 31 de mayo de 2002, par. 81-90, <http://www.naftalaw.org>).

197. Es obvio que en estos dos casos anteriores, como en el presente, no hubo una violación de las disposiciones del Capítulo XI relativa a la expropiación, los tribunales ejercieron considerable discreción para articular lo que, en su opinión, eran enfoques razonables sobre la cuestión de los daños, consistentes con los requisitos del TLCAN.

198. Basándose en esta lógica, el Tribunal se centra en la solicitud más reciente de daños presentada por el Demandante en su réplica (ver *supra* par. 191). Por los motivos manifestados anteriormente, de los tres conceptos de daños que reclama el Demandante, se desestimarán el tercero, que representa el “valor del negocio en marcha de CEMSA”, ya que el mismo exige una resolución de expropiación, lo que no ocurre en este caso (ver *supra* par. 108-114).⁴¹

199. El segundo concepto de daños es el del lucro cesante en el período que transcurre entre el 1° de enero de 1994 y mayo de 1996 y, por lo tanto, está cubierto por el plazo de prescripción de tres años establecido en el Artículo 1117(2) del TLCAN, según lo explicado en los par. 39-47 de la Decisión Provisional acerca de Cuestiones Jurisdiccionales Preliminares del 6 de diciembre de 2000. En dicha Decisión Provisional sostuvimos que la fecha de interrupción del plazo de prescripción de tres años era el 30 de abril de 1996. Aun cuando el Demandante solicite, bajo el concepto analizado, una indemnización por lucro cesante de un mes (mayo de 1996) inmediatamente a continuación de la fecha de interrupción del plazo de prescripción, la reclamación no especifica el monto correspondiente a ese mes y, de cualquier modo, el Tribunal no ha quedado convencido de su existencia como tampoco de su alcance.

200. Una vez más, aun cuando el Demandante hubiese presentado información más específica, el Tribunal no ha quedado convencido, sobre la base de las pruebas en autos, que las actividades de CEMSA hubieran sido rentables si hubiese percibido las devoluciones del IEPS durante el período pertinente y en los montos correctos. Tal como fue analizado anteriormente, cuando la tasa del IEPS era del 85%, el Demandante consideró, erróneamente, que el 85% del precio facturado representaba el monto del impuesto sujeto a devolución. (En realidad, sólo aproximadamente el 45.95% del precio facturado correspondía a impuestos.) Si el precio bruto a Sam's era

⁴¹ Observamos, sin llegar a una decisión, que aun en el caso de haber existido una expropiación, no obran en autos pruebas suficientes que demuestren que el valor del negocio en marcha de CEMSA pueda ser significativo. Según lo indicado en el pie de página 15, en las actuaciones no figura ningún estado de activos físicos que no sea la declaración de una capitalización inicial de 510,000 pesos mexicanos en el año de constitución de la empresa, 1988, sin ninguna indicación acerca de qué porcentaje de esta suma se habría pagado. El valor del negocio en marcha de una compañía que genera el 90% de sus pretendidas utilidades mediante ventas efectuadas en el mercado gris de cigarros también despierta dudas. Como se discute en el par. 201 *infra*, una vez deducidos los costos de venta y de financiamiento, esta actividad no podría haber sido rentable y un negocio que pierde dinero rara vez tiene un valor del negocio en marcha significativo.

de US\$7.40 y se supone que la devolución del IEPS es del 85% del precio bruto, el precio neto (menos las devoluciones) sería de US\$4 (7.40/1.85). Este cálculo produce —a partir de un precio de venta para exportación de US\$4.05— un margen bruto de sólo US\$0.05, con el cual es imposible cubrir los gastos del Demandante que incluyen, entre otros, el 14% de interés sobre los préstamos recibidos del Grupo Poblano (ver la declaración de Feldman, par. 6, 72). Aun cuando estos cálculos aproximados no sean totalmente exactos, este margen bruto simplemente no alcanza a cubrir los gastos operativos normales, menos aún las ganancias, a menos, por supuesto, que el Demandante pueda obtener devoluciones del IEPS de la SHCP, tal como ocurrió en 1996 y 1997.

201. Las afirmaciones de que el Demandante, de haberse percatado de cuál era el monto correcto de las devoluciones, hubiera sencillamente elevado el precio de venta de US\$4.05 de su cartón de cigarros, no son nada convincentes desde un punto de vista comercial o económico. Cualquier hombre de negocios razonable fijaría sus precios sobre la base de la oferta y la demanda. Si el Demandante hubiera podido conseguir US\$5.00 US\$6.00 o más por cartón, indudablemente lo habría hecho, como sostiene el Demandado (ver dúplica, par. 216-221). Más aún, el Demandante no tenía una cartera de clientes significativa. Todas las ventas logradas durante su mejor ejercicio, el de 1997, fueron efectuadas a miembros del Grupo Poblano o a una compañía aparentemente ficticia, Dilosa, S.A., que presuntamente desarrollaba sus actividades en Honduras, una jurisdicción de baja imposición fiscal para la que legalmente no podía obtenerse devoluciones del IEPS (Ley del IEPS, 1997, Artículo 2(III)). En resumen, el Tribunal está convencido de que el negocio del Demandante de exportar cigarros adquiridos a minoristas en México no era un negocio viable, y no podría haber sido rentable independientemente de si la SHCP le otorgaba devoluciones del IEPS, partiendo por supuesto de la premisa de que las devoluciones solicitadas y obtenidas se ajustaran al monto real del IEPS que originalmente gravaban los cigarros.

202. Sólo queda el primer concepto de daños, las devoluciones del IEPS correspondientes al período comprendido entre octubre y diciembre de 1997. De acuerdo con el Demandante, su monto asciende a \$64,582,645 pesos mexicanos (o US\$6,458,264). En el expediente figuran documentos de aduanas que reflejan de modo

razonable las exportaciones correspondientes a ese período (pp. 3057 a 3199 del volumen 8, adjunto al memorial).

203. No obstante esta afirmación, las actuaciones demuestran que durante los tres meses correspondientes a este periodo, el Demandante solo presentó tres solicitudes de devoluciones del IEPS por un monto de \$18,978,361 pesos mexicanos de conformidad a lo siguiente:

El 3 de noviembre de 1997, solicitó \$10,134,669 pesos mexicanos

El 1 de diciembre de 1997, solicitó \$8,841,061 pesos mexicanos

El 5 de enero de 1998, solicitó \$2,631 pesos mexicanos

Para calcular el monto correcto del impuesto, el valor de las mercaderías exportadas debe dividirse por 1.85. El resultado, que es el valor de los cigarros, se resta del precio bruto facturado para llegar al monto del impuesto correctamente calculado. De este modo, comenzando con los \$18,978,361 pesos mexicanos especificados por el Demandante, de acuerdo con las solicitudes presentadas el 3 de noviembre y 1° de diciembre de 1997 y el 5 de enero de 1998, y suponiendo que esta cifra sea el resultado del cálculo erróneo del impuesto efectuado por el Demandante (sencillamente aplicando el 85% al precio bruto de factura, según lo ya explicado (par. 131), dividiendo el resultado por 85 y multiplicándolo por 100), el precio bruto de venta de los cigarros en el que se basó CEMSA para solicitar el pago del IEPS es de \$22,327,483 pesos mexicanos. Este monto coincide con las facturas presentadas por el Demandante, que corresponden al período en cuestión.

204. Considerando un precio bruto de facturación de \$22,327,483 pesos mexicanos, el impuesto que corresponde a esa cifra es de \$10,258,573.50 pesos mexicanos, según la siguiente operación:

$$\$22,327,483 / 1.85 = \$12,068,909.73 \text{ pesos mexicanos (Este es el precio de los cigarros neto del IEPS)}$$

$$\$22,327,483 - \$12,068,909.73 = \$10,258,573.50 \text{ pesos mexicanos (Este es el monto correcto aproximado del IEPS, tomando una tasa impositiva del 85%.)}$$

205. Sin embargo, el Tribunal estima apropiado excluir el IEPS que corresponde a una operación de exportación a Honduras efectuada durante el período

pertinente. Puesto que Honduras es una jurisdicción de baja imposición fiscal, esta exportación no fue legalmente sujeta a la devolución del IEPS de conformidad con el Artículo 2(III) de la Ley del IEPS. Por lo tanto, el total del monto del IEPS de \$10,258,573.50 pesos mexicanos debería reducirse por un monto de \$793,946.00 pesos mexicanos (el monto de la devolución por la venta a Honduras). De esta manera, el total del laudo revisado es de \$9,464,627.50. (Este monto de \$793,946.00 pesos mexicanos se obtiene dividiendo por 1.85% el precio pagado por CEMSA cuando adquirió las mercancías que exportó a Honduras. CEMSA compró a Sam's Club 27,000 Marlboro Flip Top, por un monto de \$1,728,000.00 pesos mexicanos, de conformidad con la factura 2060 de fecha 29 de septiembre de 1997; la misma mercancía fue exportada a Honduras el 15 de octubre de 1997 mediante pedimento de exportación 3465-7007533, también de fecha 15 de octubre de 1997, y con una factura no. 2068 emitida por CEMSA, la cual se refiere a 450 cajas o "master cases" de Marlboro Flip Top; una caja o "master case" de Marlboro Flip Top contiene 60 paquetes Flip Top). El total revisado del laudo de \$9,464,627.50 pesos mexicanos indicado anteriormente se incrementa por el cálculo del interés simple desde la fecha en que las devoluciones deberían haber sido pagadas (ver adelante) hasta la fecha de esta decisión, de conformidad con la tasa de interés igual al rendimiento de los Certificados de la Tesorería de la Federación o bonos emitidos por el Gobierno Mexicano, a un plazo de 28 días (ver anexo). El Total del interés calculado de esta manera es de \$7,496,428.47 pesos mexicanos

El monto original de las devoluciones que debería de haber sido pagado al Demandante es el siguiente:

El 19 de enero de 1998 \$4,684,253.45 pesos mexicanos;

El 16 de febrero de 1998 \$4,778,951.89 pesos mexicanos;

El 3 de marzo de 1998 \$1,422.16 pesos mexicanos.

Los intereses deben calcularse, de conformidad con la ley en vigor para las devoluciones solicitadas en 1997 (se generan a partir del día 51 posterior a la solicitud) y para las devoluciones solicitadas en 1998 (se generan a partir del día 41 posterior a la solicitud). Por lo tanto a la fecha de esta decisión, el monto total otorgado por el tribunal es de \$16,961,056 pesos mexicanos (monto principal de \$9,464,627.50 más intereses de \$7,496,428.47).

Si el Demandante, por cualquier razón, no paga inmediatamente el monto de la compensación aquí mencionada, al momento en que se efectúe el pago, el Demandado deberá agregar el interés que continúe devengándose sobre el monto original de \$9,464,627.50 pesos mexicanos, usando el mismo método de cálculo descrito anteriormente y en el anexo de este laudo.

206. Así, sobre la base del análisis precedente, el monto correcto de este concepto de daños (el único probado) asciende a \$9,464,627.50 pesos mexicanos, más el interés simple a la tasa de interés dispuesta para los Certificados de la Tesorería de la Federación (CETES) del Gobierno Mexicano a plazo de 28 días.

207. En lo que hace a la moneda del Laudo, el Tribunal observa que el Demandante en su Notificación de Arbitraje del 30 de abril de 1999 solicitó una condena por “aproximadamente 475,000,000 de pesos mexicanos, el cual, suponiendo un tipo de cambio de \$9.5 pesos mexicanos por dólar estadounidense, representa un total de US\$ 50,000,000” (Notificación de Arbitraje, p. 11). Parece entonces que, de acuerdo con el Demandante, la principal moneda del Laudo debiera ser el peso mexicano. Esta moneda también corresponde a los hechos planteados en el caso, ya que el Demandante solicita un monto monetario en lugar de las devoluciones del IEPS que el Demandado le adeudaba y aún no le había pagado, devoluciones del IEPS que necesariamente están expresados en la moneda oficial del Demandado. Por ello, el Tribunal considera que el laudo también debiera estar expresado en pesos, independientemente de que las partes, en comunicaciones posteriores, puedan haber mencionado el dólar estadounidense por una cuestión de conveniencia. Debemos añadir que la paridad entre el peso mexicano y el dólar estadounidense no parece haberse modificado mucho en los últimos tres años. Y en cualquier caso, cualquier cambio más significativo debe aproximadamente haberse reflejado en las tasas de interés respectivas. Por una cuestión de consistencia, por lo tanto, el Tribunal aplicará la tasa de interés de los bonos del Gobierno de México al laudo sobre daños expresado en pesos mexicanos.

K COSTAS Y HONORARIOS

208. En relación con las costas de este arbitraje, el Tribunal se remite al Artículo 59(1) de las Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario. De conformidad con esta disposición, “[s]alvo acuerdo contrario de las partes, el tribunal decidirá cómo y a quién corresponde sufragar los honorarios y gastos de los miembros del tribunal, los gastos y cargos del Secretariado y los gastos hechos por las partes en relación con el procedimiento”. No habiendo un acuerdo a este respecto entre las partes, el Tribunal tiene en cuenta que ambas partes han ganado parcialmente y han perdido parcialmente, aunque el porcentaje de victoria y derrota no ha tenido ningún efecto mensurable sobre el monto de las costas. Por consiguiente, el Tribunal decide que cada una de las partes deberá solventar el cincuenta por ciento de las costas del arbitraje (honorarios y gastos de los miembros del Tribunal, así como costas y gastos del Secretariado) como sean facturados por el CIADI. Asimismo, cada una de las partes se hará cargo de sus propios honorarios por representación legal y costos derivados del arbitraje.

L DECISIÓN

Por las razones expuestas, el Tribunal

209. decide que el Demandado no ha violado los derechos del Demandante ni ha actuado en forma inconsistente con las obligaciones del Demandado conforme al Artículo 1110 del TLCAN;

210. decide que el Demandado ha actuado en forma inconsistente con los derechos del Demandante y con las obligaciones del Demandado conforme al Artículo 1102 del TLCAN;

211. ordena al Demandado pagar inmediatamente al Demandante la suma de \$9,464,627.50 pesos mexicanos en concepto de monto principal, más los intereses devengados al momento de firma de este laudo, por un monto de \$7,496,428.47 pesos mexicanos, intereses que deberán acumularse hasta la fecha en que el pago tenga efectivamente lugar, de conformidad con la última parte del párrafo 205 de este laudo; el interés a calcular será un interés simple, a una tasa equivalente al rendimiento mensual de los Certificados de la Tesorería de la Federación, emitidos por el Gobierno Mexicano, a plazo de 28 días, aplicada en cada mes del período de cálculo.

212. desestima todo otro reclamo de indemnización;

213. ordena que cada una de las partes se haga cargo del pago de sus propios honorarios por representación legal y costos relacionados, y que las costas del arbitraje facturadas por el CIADI sean divididas en partes iguales entre las partes.

Hecho como en Ottawa, Provincia de Ontario, Canadá, en inglés y español.

Profesor Konstantinos D. Kerameus

Fecha:

Sr. Jorge Covarrubias Bravo
(sujeto a la opinión disidente adjunta)

Fecha:

Profesor David A. Gantz

Fecha: