



**ANTE EL HONORABLE TRIBUNAL ARBITRAL ESTABLECIDO
AL AMPARO DEL CAPÍTULO XI DEL TRATADO DE LIBRE
COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE (TLCAN)**

**FIRST MAJESTIC SILVER CORP.
(DEMANDANTE)**

C.

**ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
(DEMANDADA)**

(Caso CIADI No. ARB/21/14)

OBJECCIÓN PRELIMINAR DE JURISDICCIÓN

POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS:

Alan Bonfiglio Ríos

ASISTIDO POR:

Secretaría de Economía

Geovanni Hernández Salvador
Laura Mejía Hernández
Alejandro Rebollo Ornelas
Luis Fernando Muñoz Rodríguez
Alicia Monserrat Islas Martínez
Fabián Arturo Trejo Bravo

Tereposky & DeRose

Greg Tereposky
Vincent DeRose
Jennifer Radford
Alejandro Barragán
Ximena Iturriaga

28 de julio de 2023

CONTENIDO

I.	INTRODUCCIÓN	3
II.	PROCEDENCIA DE LA OBJECCIÓN DE JURISDICCIÓN	4
III.	HECHOS.....	6
IV.	ESTÁNDAR LEGAL	9
	A. El Artículo 1121 del TLCAN	9
	B. La renuncia a que se refiere el Artículo 1121 del TLCAN incluye el arbitraje de inversión.....	10
	C. El propósito de la renuncia conforme al Artículo 1121 y su incompatibilidad con las acciones de la Demandante.....	14
	D. Consecuencias de la violación de la renuncia.....	16
V.	APLICACIÓN A LOS HECHOS	21
	A. El arbitraje ARB/21/14 y el arbitraje ARB/23/28 versan sobre las mismas medidas	21
	B. El Tribunal debe suspender la medida provisional en tanto resuelve esta objeción a la jurisdicción	25
VI.	PETITORIOS.....	26

I. INTRODUCCIÓN

1. El 29 de junio de 2023, First Majestic Silver Corp. (“First Majestic o Demandante”) presentó una segunda solicitud de arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”)¹, y con ello inició un segundo procedimiento por presuntas violaciones al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”) en contra de México, el cual fue registrado con el número ARB/23/28. En este segundo procedimiento arbitral se reclaman medidas que también forman parte de la reclamación que está conociendo este Tribunal, lo cual viola el compromiso asumido por First Majestic en la renuncia que presentó conforme al Artículo 1121 del TLCAN para poder iniciar el presente procedimiento (*i.e.* Caso CIADI No. ARB/21/14).

2. El Artículo 1121 del TLCAN establece con claridad que una parte demandante debe renunciar a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento de solución de controversias basado en las mismas medidas. La Demandada demostrará en este escrito que First Majestic reclama en este segundo arbitraje (ARB/23/28), violaciones basadas en las mismas medidas reclamadas en el arbitraje ARB/21/14 y que, en ambos procedimientos reclama esencialmente los mismos daños. Por lo tanto, existe el riesgo de decisiones incongruentes y doble compensación, que es precisamente lo que el Artículo 1121 busca impedir.

3. La Demandada demostrará además que las tres Partes del TLCAN comparten esta postura, y lo han hecho desde que el TLCAN entró en vigor, como se desprende de instrumentos como el *North American Free Trade Agreement Canadian Statement on Implementation* y el *North American Free Trade Agreement Implementation Act*.

4. La Demandada también demostrará que la violación de esta “condición previa” al arbitraje invalida el consentimiento de México para arbitrar la controversia y, por consiguiente, este Tribunal carecería de jurisdicción para conocer del presente arbitraje.

5. Como se explica en los petitorios, México solicita además que se suspenda este procedimiento para que el Tribunal pueda resolver esta objeción a su jurisdicción de manera preliminar, de conformidad con la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2006. La Demandada está consciente de que el Tribunal había establecido el 15 de junio de 2022 como fecha

¹ El caso fue registrado el 21 de julio de 2023 por el CIADI con el número ARB/23/28.

límite para solicitar la bifurcación de la fase de jurisdicción del procedimiento, sin embargo, la violación a la renuncia se produjo el 29 de junio de 2023. En otras palabras, se trata de un hecho superviniente que la Demandada no podía anticipar, como lo prevé la Regla 41(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2006.

6. Asimismo, se observa que la Demandada no podía alegar una violación a la renuncia cuando se presentó la segunda notificación de intención (“Segunda NOI”), el 31 de marzo de 2023, porque un procedimiento arbitral comienza con la presentación de la solicitud de arbitraje y no con la notificación de intención. Por lo tanto, la violación a la renuncia conforme al Artículo 1121 del TLCAN, se materializó con la presentación de la solicitud de arbitraje.

II. PROCEDENCIA DE LA OBJECCIÓN DE JURISDICCIÓN

7. La Demandada presenta esta excepción preliminar al amparo de la Regla 41(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2006 que rigen este procedimiento, según lo previsto en el párrafo 1.1 de la Resolución Procesal 1. Dicha regla exige presentar este tipo de excepciones “a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación [...]”. Sin embargo, también incluye una excepción que permite presentarla fuera de ese marco temporal, siempre que la parte que la presenta “no haya tenido conocimiento entonces de los hechos en los que se funda la excepción”.

8. La Demandada tuvo conocimiento de la violación a la renuncia el 29 de junio de 2023, fecha en la que la Demandante presentó su segunda solicitud de arbitraje² (“Segunda SdA”) dando comienzo con ello a un nuevo procedimiento arbitral. El CIADI registró la nueva reclamación el 21 de julio de 2023 con el número ARB/23/28.

9. La Demandada también solicita al Tribunal suspender el procedimiento sobre el fondo, de conformidad con la Regla 41(3), para resolver la excepción como una cuestión preliminar de conformidad con la Regla 41(4) de las Reglas del CIADI de 2006, y no conjuntamente con el fondo de la diferencia.

10. Conforme a la Regla 41(4) de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2006, el Tribunal cuenta con discreción para decidir bifurcar o no aspectos de jurisdicción según las circunstancias

² Segunda SdA. **R-0202.**

de cada caso. Dicha Regla no señala nada sobre las circunstancias, criterios o factores que el Tribunal puede tomar en cuenta para tomar la decisión de bifurcar la decisión sobre una excepción preliminar. A pesar de lo anterior, diversos tribunales arbitrales han seguido los siguientes criterios para justificar una bifurcación:

- La objeción preliminar es *prima facie* seria y sustancial;
- Puede ser analizada sin prejuzgar ni entrar al fondo de la disputa; y,
- En el caso de prosperar puede resolver la totalidad o gran parte de las reclamaciones.³

11. La objeción preliminar planteada por la Demandada cumple con los tres elementos antes mencionados. En primer lugar, la objeción preliminar es seria y sustancial porque un incumplimiento del requisito de renuncia previsto en el Artículo 1121 del TLCAN impacta el consentimiento de la Demandada y, por ende, la jurisdicción del Tribunal para resolver la controversia.

12. En segundo lugar, la objeción a la jurisdicción puede ser analizada y resuelta sin llevar a cabo un análisis exhaustivo del fondo, ya que versa sobre un conjunto limitado e independiente de hechos distintos a aquellos que atañen al fondo de la disputa. De hecho, lo único que el Tribunal requiere determinar es si la Demandante ha iniciado un segundo procedimiento de solución de controversias basado en las mismas medidas que reclama en el presente arbitraje –*i.e.*, si se ha producido una violación a la renuncia (“*waiver*”) presentada por First Majestic– y, en su caso, las implicaciones de dicha violación.

13. Finalmente, de prosperar, la objeción preliminar tendría la posibilidad de resolver al menos la parte de la presente reclamación que se refiere al congelamiento de cuentas y el acceso de la Demandante a las devoluciones del IVA, que se reclaman en ambos arbitrajes iniciados por First Majestic. Todo esto se explicará con mayor detalle a lo largo de este escrito.

³ *Philip Morris v. Australia*, PCA Case No. 2012-12, “Procedural Order No. 8, Bifurcation of the Procedure”, 14 de abril de 2014, ¶ 109. **RL-0143**; *Eco Oro v. Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/41, Orden Procesal No. 2, Decisión sobre Bifurcación, 28 de junio de 2018, ¶ 49. **RL-0144**.

III. HECHOS

14. El 2 de marzo de 2021, First Majestic presentó una solicitud de arbitraje, a nombre propio y en representación de Primero Empresa Minera, S.A. de C.V. (“PEM”) ante el CIADI (“Primera SdA”).⁴ Como Anexo “E” a la Primera SdA, First Majestic y PEM presentaron sus respectivas renunciaciones, de conformidad con los Artículos 1121(1) y (2) del TLCAN, las cuales señalan lo siguiente en la parte relevante:

2. Pursuant to Article 1121 of the NAFTA, First Majestic and PEM waive their rights to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party to the NAFTA, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measures alleged to be a breach referred to in Articles 1116 or 1117, except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the laws of Mexico.⁵

[Énfasis de la Demandada]

15. Tras la celebración de la primera sesión con el Tribunal, el 25 de abril de 2022, First Majestic presentó su Memorial de Demanda, el cual incorpora, en el párrafo 158, una lista no exhaustiva de las medidas reclamadas. En dicha lista, aparecen tanto el congelamiento de cuentas bancarias como el depósito de las devoluciones del Impuesto al Valor Agregado (“IVA”) en cuentas bancarias congeladas:

158. A non-exhaustive list of measures that form part of the dispute with the Respondent and provide the basis for the claim against the Respondent include:

[...]

k) freezing bank accounts.

l) depositing VAT refunds in frozen bank accounts thereby impeding recovery of same by PEM, and imposing restrictions and charges against other assets of PEM.⁶

[Énfasis de la Demandada]

16. First Majestic explicó un poco más adelante en su Memorial que el congelamiento de las cuentas se produjo en abril de 2020, y explicó que esta medida impedía a la Demandante, entre otras cosas, acceder a las devoluciones del IVA:

446. In April 2020, the SAT froze PEM’s Mexican bank accounts located in Mexico. These bank accounts were necessary for all aspects of the company’s activities, such as

⁴ Primera SdA, ¶ 1; Memorial de Demanda, ¶ 1.

⁵ Primera SdA, Anexo “E”, ¶ 2.

⁶ Memorial de Demanda, ¶ 158 k) y l).

mining operations, meeting payroll obligations, depositing VAT refunds and dividends and managing day-to-day ordinary expenses. These bank accounts were significant and critical to PEM's business: the aggregate balance of the frozen bank account currently amounts to approximately [REDACTED].

447. According to First Majestic's damages expert, [REDACTED], the freezing of PEM's bank accounts "imped[es] Claimant's ability to access Value Added Tax (VAT) refunds and receive dividends and other returns from PEM." As [REDACTED], First Majestic's former Chief Financial Officer, stated, "the freezing of our bank accounts which cut us from access to funds to pay our employees was of extremely great concern."⁷

[Énfasis de la Demandada]

17. El 4 de enero de 2023, First Majestic presentó ante este Tribunal una Solicitud de Medidas Provisionales de conformidad con el Artículo 1134 del TLCAN.⁸ Debido a que el congelamiento de las cuentas bancarias era una medida reclamada en el arbitraje, y el Artículo 1134 prohíbe la aplicación de medidas cautelares con respecto a las medidas reclamadas como violatorias al TLCAN, la Demandante no solicitó medidas provisionales en relación con el descongelamiento de las cuentas bancarias. De hecho, específicamente aclaró que "no estaba buscando el descongelamiento de las cuentas bancarias de PEM incluidos los fondos depositados al momento del bloqueo".⁹

18. En su Solicitud de Medidas Provisionales, la Demandante también alegó que el Servicio de Administración Tributaria ("SAT") tenía "secuestrados" aproximadamente [REDACTED], y que dicho monto se incrementaría en aproximadamente [REDACTED] al mes si se le negaba el acceso a devoluciones futuras.¹⁰ Principalmente, la Demandante señaló que lo que buscaba con su solicitud era "asegurarse de que su derecho a recibir las devoluciones de IVA, que no han sido objeto de impugnación bajo la disputa en curso bajo el TLCAN, no desaparezca por el depósito no autorizado de las devoluciones por parte del SAT".¹¹

⁷ Memorial de Demanda, ¶¶ 446-448.

⁸ Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante, ¶ 1.

⁹ Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante, ¶ 80 (traducción libre de la Demandada).

¹⁰ Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante, ¶ 97 vi.

¹¹ Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante, ¶ 80 (traducción libre de la Demandada). Es importante hacer notar que es falso que el SAT haya realizado depósitos a cuentas congeladas sin previa autorización o indicación de PEM. Conforme a derecho mexicano, el SAT debe depositar dichas devoluciones a la cuenta que especifique el contribuyente, y como se explicó en su momento, PEM identificó una de las cuentas congeladas para recibir esos depósitos. Esto se explicó en detalle en la Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante, ¶¶ 32-39.

19. El 31 de marzo de 2023, First Majestic presentó una Segunda NOI, indicando ahí que los actos y omisiones reclamados, en un posible segundo procedimiento arbitral, incluían las restricciones al acceso a las devoluciones del IVA:

The acts and omissions at issue include unlawful actions, impediments, and restrictions on PEM’s legal rights and entitlement to access and use Value Added Tax (VAT) refunds totaling [REDACTED] at the present time.¹²

20. Al igual que en el arbitraje en curso (Caso CIADI No. ARB/21/14), First Majestic alegó que si el SAT continuaba negando a PEM el acceso a las devoluciones del IVA futuras “el monto de [REDACTED]”.¹³ Nótese que este monto es el mismo que, de acuerdo con la solicitud de medidas provisionales, había sido depositado en las cuentas congeladas, desde la fecha de la Primera SdA del 2 de marzo de 2021, hasta la presentación de la Solicitud de Medidas Provisionales el 4 de enero de 2023.¹⁴

21. El 29 de junio de 2023, First Majestic presentó su Segunda SdA ante el CIADI, la cual fue registrada bajo el número ARB/28/23 el 21 de julio de 2023. La nueva reclamación presentada a nombre propio y en representación de PEM, reclama al Gobierno de México su “firme rechazo a permitir a PEM el acceso a las devoluciones del Impuesto al Valor Agregado (IVA) a los que ha tenido derecho desde abril de 2020.”¹⁵ La Demandante también alegó que “el monto total acumulado de las devoluciones de IVA que pertenecen a PEM se eleva a [REDACTED]

[REDACTED].”¹⁶

22. Como Anexo “D”¹⁷ a su Segunda SdA, First Majestic y PEM presentaron sus respectivas renunciaciones en los mismos términos que las que acompañaron a su Primera SdA de 2 de marzo de 2021.¹⁸ Esas renunciaciones, específicamente incluyen el compromiso de no continuar con ningún

¹² Segunda NOI, ¶ 5. **R-0201.**

¹³ Segunda NOI, ¶ 6. **R-0201.**

¹⁴ Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante, ¶ 97 vi.

¹⁵ Segunda SdA, ¶ 23 (traducción libre de la Demandada, énfasis añadido). **R-0202.**

¹⁶ Segunda SdA, ¶ 25 (traducción libre de la Demandada). **R-0202.**

¹⁷ Posteriormente modificado por la Demandante a Anexo “C”, el 19 de julio de 2023.

¹⁸ Segunda SdA, ¶ 8 **R-0202.**; Segunda SdA, Anexo “C” ¶ 2. **R-0202.**

procedimiento con respecto a las medidas presuntamente constitutivas de una violación del TLCAN.

23. Es claro a partir de estos hechos, que la Demandante ha iniciado dos arbitrajes paralelos en los que reclama las mismas medidas y fundamentalmente los mismos daños que derivan de dichas medidas. Es claro también, como se profundizará a continuación, que el sometimiento de una nueva controversia a arbitraje basada en las mismas medidas, constituye una violación de las renunciaciones o *waivers* que se presentaron en el caso ARB/21/14 y también a las presentadas en el caso ARB/23/28. En otras palabras, la Demandante se comprometió explícitamente, conforme a las primeras renunciaciones, a no iniciar ningún procedimiento basado en las medidas reclamadas y, conforme a las segundas, a no continuar con ningún procedimiento basado en las mismas medidas reclamadas.

IV. ESTÁNDAR LEGAL

A. El Artículo 1121 del TLCAN

24. El Artículo 1121 del TLCAN establece las “condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral”, es decir, los requisitos que necesariamente deben cumplirse para establecer el consentimiento de cualquiera de las Partes del TLCAN para arbitrar una controversia de inversión.

25. El Artículo 1121 establece claramente que un inversionista podrá someter una reclamación a arbitraje “sólo si” cumple con dos condiciones. La primera es consentir a “someterse al arbitraje en los términos y procedimientos establecidos en este Tratado[el TLCAN]” conforme a los apartados 1(a) y 2(a), según sea el caso.¹⁹ La segunda condición es renunciar “a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria” del TLCAN, conforme a los apartados 2(a) y 2(b), según sea el caso:

Artículo 1121. Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral

¹⁹ El apartado 1(a) se refiere a los requisitos para presentar una reclamación por cuenta propia al amparo del artículo 1116, y el apartado 2(a) se refiere a los requisitos para presentar una reclamación a nombre de una empresa al amparo del artículo 1117.

1. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, sólo si:

[...]

(b) el inversionista y, cuando la reclamación se refiera a pérdida o daño de una participación en una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, la empresa renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el Artículo 1116, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente.

[Énfasis de la Demandada]

26. La violación de una “condición previa” implica también la violación del acuerdo arbitral del cual deriva la jurisdicción del Tribunal para resolver la controversia. Diversos tribunales internacionales se han referido a la necesidad, no sólo de presentar dicha renuncia, sino de respetar en los hechos el compromiso material asumido con su presentación.²⁰ La Demandada profundizará sobre este punto un poco más adelante al detallar sobre el aspecto material de la renuncia.

B. La renuncia a que se refiere el Artículo 1121 del TLCAN incluye el arbitraje de inversión

27. Conforme al Artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”), un tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente atribuible a sus términos, en su debido contexto, y teniendo en cuenta su objeto y fin.²¹ La Demandada sostiene que la frase “otros procedimientos de solución de controversia” en el Artículo 1121, interpretada de buena fe y conforme al sentido corriente de sus términos, incluye el arbitraje internacional. El uso de la conjunción “u” inmediatamente antes de dicha frase, no deja lugar a dudas de que la renuncia debe incluir no sólo “cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes”, sino también “otros procedimientos de solución

²⁰ *Commerce Group v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17, Laudo, 14 de marzo de 2011, ¶¶ 79 y 83-84. **RL-0145**; *Air Canada v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/17/1, Laudo, 13 de septiembre de 2021, ¶¶ 225-227; **RL-0146**; *Renco v. Peru*, Case No. UNCT/13/1, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016, ¶ 73. **RL-0147**.

²¹ CVDT, Artículo 31.1. **Anexo YB-0001**.

de controversias respecto de la medida presuntamente violatoria”. El arbitraje internacional de inversión encaja perfectamente en esta descripción.

28. Esta interpretación fue confirmada por Estados Unidos en el documento *The North American Free Trade Agreement Implementation Act*, que se presentó al Congreso estadounidense en 1993, en conjunto con el proyecto de ley de implementación del TLCAN:

c. Jurisdictional Requirements

Articles 1121 and 1122 set out rules for establishing the requisite mutual consent for arbitration. Article 1121 requires the investor (and, in certain cases, the enterprise that is owned or controlled by the investor) to consent in writing to arbitration, and to waive the right to initiate or continue any actions in local courts or other fora relating to the disputed measure, except for actions for injunctive or other extraordinary relief. To ensure that a host country cannot frustrate an arbitration by withholding its own consent, Article 1122 itself constitutes advance consent by the three NAFTA governments to arbitration.²²

[Énfasis de la Demandada]

29. Destaca, en primer lugar, que el título de la sección se refiera a “requisitos de jurisdicción” y que explícitamente se señale que los Artículos 1121 y 1122 definen las reglas para establecer el consentimiento mutuo al arbitraje y, por lo tanto, el acuerdo arbitral del cual el tribunal deriva su jurisdicción para decidir la controversia. Destaca también el uso de la conjunción “or” que se resaltó en la parte en negritas, pues implica que, en la interpretación de Estados Unidos, la renuncia a la que se refiere el Artículo 1121 del TLCAN no se limita a procedimientos legales domésticos, sino que abarca cualquier otro foro –i.e., se refiere a “other fora”, no a “other local fora”.

30. Por su parte, el 1 de enero de 1994, el gobierno de Canadá publicó en su gaceta oficial el documento intitulado *North American Free Trade Agreement Canadian Statement on Implementation*, mediante el cual estableció su interpretación de los derechos y obligaciones contenidos en el TLCAN. En la parte relevante puede verse que, para Canadá, el Artículo 1121 del TLCAN se refiere a “procedimientos legales” en general y no se limita a “procedimientos legales internos o domésticos”:

This Statement on Implementation for the North American Free Trade Agreement (NAFTA) sets out the Government of Canada’s [...] interpretation of the rights and obligations contained within the Agreement and reflected in the NAFTA implementation Act of 1993, and the specific goals and measures the Government will

²² *The North American Free Trade Agreement Implementation Act*, p. 179. **RL-0148**.

pursue to ensure that Canadians will benefit to the maximum extent possible from Canada's participation in the NAFTA.²³ [....]

Under article 1121, an investor may submit a claim under article 1116 to arbitration only if:

- the investor consents to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement; and

-the investor and, in those cases where an enterprise that the investor controls directly or indirectly suffered the damages claimed, that enterprise, waive their right to initiate or continue **legal proceedings** (except specific proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief) concerning the measure in question.

Claims made under article 1117 on behalf of investments must meet the same conditions. The consent and waiver are to be included with the submission of the claim to arbitration.²⁴

31. Estos dos documentos son importantes, no sólo porque se trata de documentos contemporáneos a la promulgación del TLCAN que describen el contenido de sus disposiciones según el entendimiento de dos de sus Partes, sino porque conforme al Artículo 31.2 de la CVDT: “para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos [...] b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.” Tanto el *North American Free Trade Agreement Implementation Act* como el *North American Free Trade Agreement Canadian Statement on Implementation*, cumplen con esta condición.²⁵

32. Asimismo, conforme al Artículo 31.4 de la CVDT “se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las Partes.” Los documentos referidos establecen con claridad que tanto Estados Unidos como Canadá entendieron que los requisitos que establece el Artículo 1121 del TLCAN condicionan el consentimiento de la parte demandante a someterse a arbitraje y no se limitan a la renuncia de procedimientos domésticos. México comparte esta interpretación,

²³ Canada Gazette, *North American Free Trade Agreement Canadian Statement on Implementation*, 1 de enero de 1994, p. 68 [PDF p. 2]. **RL-0149**.

²⁴ Canada Gazette, *North American Free Trade Agreement Canadian Statement on Implementation*, 1 de enero de 1994, p. 164 [PDF p. 88]. **RL-0149**.

²⁵ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines II*, Caso CIADI No. ARB/11/12, “Award”, 10 de diciembre de 2014, ¶ 327.**RL-0150**.

de manera que las tres Partes del Tratado comparten una misma interpretación que es vinculante para este Tratado, de conformidad con el Artículo 31.3.b de la VCLT.

33. Por último, se observa que la excepción a la renuncia a que se refiere la última parte del Artículo 1121(1)(b) y 1121(2)(b) del TLCAN no aplica a procedimientos internacionales. Según sus propios términos, la excepción aplica únicamente a “los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente.” [Énfasis de la Demandada] Un arbitraje ante el CIADI en el que se solicita una compensación por daños claramente no cae en el ámbito de la excepción porque no es un procedimiento “ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente” (sino ante un tribunal arbitral conforme al TLCAN) y, además, involucra el pago de daños.

34. Asimismo, cabe notar que esta limitante que contiene la excepción –*i.e.*, que solo se refiere a procedimientos ante tribunales administrativos o judiciales, conforme a la legislación de la Parte contendiente– no está presente en el lenguaje de la renuncia, que solo se refiere a “otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria”. La Demandada sostiene que este Tribunal debe tomar en consideración la ausencia de este lenguaje en la parte dispositiva de dichos artículos.²⁶ Claramente las Partes del TLCAN sabían cómo limitar el ámbito de la renuncia y el hecho de que no lo hayan hecho debe tomarse en cuenta para interpretar su contenido.

35. En suma, es claro que la referencia a “otros procedimientos de solución de controversias” en el Artículo 1121 del TLCAN incluye el arbitraje internacional y, por lo tanto, la Demandante estaba impedida, por el compromiso que asumió con su renuncia, a iniciar un nuevo procedimiento arbitral ante el CIADI basado en las mismas medidas. Esta interpretación no solo es evidente a partir del significado ordinario de los términos del Tratado y los documentos interpretativos referidos anteriormente, también es congruente con el contexto de las disposiciones y con el sentido y propósito que persigue el Artículo 1121 del TLCAN, como se explica a continuación.

²⁶ Informe del Órgano de Apelación, Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el 01 de noviembre de 1996, pp. 22-23. **RL-0155.**

C. El propósito de la renuncia conforme al Artículo 1121 y su incompatibilidad con las acciones de la Demandante

36. Diversos tribunales internacionales y académicos han señalado que el objetivo de las renunciaciones o “*waivers*” es proteger al Estado demandado de múltiples procedimientos relacionados con la(s) misma(s) medida(s), evitar decisiones contradictorias y, más importante aún, minimizar el riesgo de doble recuperación.²⁷ En palabras del tribunal en *Waste Management (I)*:

[c]uando ambas acciones tengan su fundamento legal en las mismas medidas, entonces no podrían las dos continuar bajo el inminente riesgo de que pudiere obtener la parte reclamante un doble beneficio en la reparación de los daños. Esto último es precisamente lo que pretende evitar el artículo 1121 del TLCAN.²⁸

37. Diversos tribunales también han sostenido que las renunciaciones tienen dos aspectos, uno formal y otro material.²⁹ El aspecto formal se refiere a la necesidad de observar ciertos requisitos de forma, como presentar la renuncia por escrito junto con la solicitud de arbitraje. El aspecto material se refiere propiamente al compromiso que adquiere la parte demandante de no iniciar o continuar otros procedimientos con respecto a las mismas medidas que se reclaman en el arbitraje.³⁰ Como se explicará en la siguiente sección, una parte demandante debe cumplir con ambos aspectos para asegurar la validez de su renuncia o *waiver*. En palabras de McLachlan:

In order to be valid, the claimant’s waiver must meet both a formal and a material requirement. The claimant must, on institution of the arbitral proceedings, both formally notify its waive and actually discontinue the domestic proceedings. The waiver must be more than just words; it must accomplish its intended effect. Since the making of an

²⁷ Ver, por ejemplo, *Air Canada v. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/17/1, “Award”, 13 de septiembre de 2021, ¶ 228. **RL-0146**; *Renco v. Peru*, UNCT/13/1, “Partial Award on Jurisdiction”, 15 de julio de 2016, ¶ 84. **RL-0147**; *Waste Management v. Mexico (I)*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, Laudo, 2 de junio de 2000, ¶ 27.3. **RL-0151**.

²⁸ *Waste Management v. Mexico (I)*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, Laudo, 2 de junio de 2000, ¶ 27. **RL-0151**.

²⁹ Ver, por ejemplo, *Waste Management v. Mexico (I)*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Laudo, 2 de junio de 2000, ¶¶ 20-23 y 24-24.3. **RL-0151**. *Commerce Group v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17, Laudo, 14 de marzo de 2011, ¶¶ 79-86. **RL-0145**.

³⁰ *Commerce Group v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17, Laudo, 14 de marzo de 2011, ¶¶ 79 y 83-84. **RL-0145**; *Air Canada v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/17/1, Laudo, 13 de septiembre de 2021, ¶¶ 225-227. **RL-0146**; *Renco v. Peru*, Case No. UNCT/13/1, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016, ¶ 73. **RL-0147**.

effective waiver is a condition of the host State's consent to arbitration, failure to meet both the formal and the material requirements will deprive the tribunal of jurisdiction.³¹

38. Por su parte, Waibel subraya que la renuncia es amplia y se enfoca en la medida impugnada y no en el “*triple identity test*” de *lis pendens* y *res judicata*:

The NAFTA contains more powerful coordination tools. NAFTA Article 1120 limits the investor's choice of forum to a binary choice between NAFTA and UNCITRAL arbitration. The initiation of either type of arbitration requires the investor to waive any other types of proceedings, **including** under domestic law, against the host state. NAFTA Article 1121(2) mandates that parties to NAFTA arbitrations waive their right to initiate or discontinue pending proceedings before any administrative tribunal or court under the law of either party, or other dispute settlement procedures with respect to the impugned action of the host state which allegedly breached the obligations in the NAFTA. This waiver is broad, as the focus is on the impugned measure, in contrast to the triple identity test of *lis pendens* and *res judicata* examined in section 4.2. It also applies if the two actions are not identical.³²

[Énfasis de la Demandada]

39. La Demandada considera que la presentación de una nueva solicitud de arbitraje constituye una violación al aspecto material de la renuncia que First Majestic presentó en el arbitraje ARB/21/14. Esto es así porque la fecha de presentación de una solicitud de arbitraje se considera como la fecha de inicio de un procedimiento arbitral³³ y, como se expuso en la sección de hechos, en ambos procedimientos iniciados por la Demandante se reclama el congelamiento de cuentas y/o el depósito de las devoluciones del IVA en cuentas congeladas, así como daños por la presunta interferencia.

40. Incluso si la Demandante intentara argumentar que las medidas reclamadas en el arbitraje ARB/21/14 no son exactamente las mismas que se reclaman en el arbitraje ARB/23/28, la frase “*with respect to the measures*” presente tanto en la renuncia de First Majestic, como en el Artículo

³¹ Campbell McLachlan, Laurene Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (OUP 2017), pp. 125-126. **RL-0156.**

³² Waibel, Michael. *Coordinating Adjudication Processes*, in *The Foundations of International Law* (Zachary Douglas, Joost Pauwelyn & Jorge E. Viñuales eds., (OUP 2014), p. 521. **RL-0156.**

³³ Véase el apartado 34 del Informe de los Directores Ejecutivos Acerca del Convenio del CIADI que establece: “Los procedimientos se inician mediante una solicitud dirigida al Secretario General (Artículos 28 y 36). [...]”. Véase también, *Commerce Group v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17, Laudo, 14 de marzo de 2011, ¶¶ 95-97. **RL-0145.** Refiriéndose al periodo de prescripción para presentar una reclamación bajo el tratado relevante, véase *Vannessa Ventures v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)04/6, Decisión sobre Jurisdicción, p. 31. **RL-0152.**

1121, implica que la renuncia debe ser interpretada de manera amplia para abarcar procedimientos cuya materia no sea idéntica. Como lo señaló el tribunal en *KBR*:

Los términos del Artículo 1121 no sugieren que una renuncia se dé sólo con respecto a procedimientos cuya materia sea "idéntica" a las medidas en cuestión en el contexto del TLCAN. Por el contrario, la(s) medida(s) en cuestión en el procedimiento paralelo deben caer dentro de la materia del procedimiento al amparo del TLCAN. Un enfoque limitado basado en una identidad formal de las medidas no se adecuaría al objeto y fin de esta disposición específica.

[...] Aunque las materias de los dos procedimientos (la anulación del Laudo CCI y el cobro de las garantías en los procedimientos al amparo del TLCAN y la ejecución del laudo) no son, por lo tanto, idénticos, el Tribunal considera, tal como ya lo ha aclarado, que no debe adoptar un enfoque excesivamente formalista de la interpretación del Artículo 1121. En efecto, deberá guiarse por el fin de esa disposición, que es el de evitar resultados conflictivos, un desperdicio de recursos, y una doble reparación.³⁴

41. Siguiendo la postura del tribunal en *KBR*, aunque la medida reclamada en el arbitraje ARB/23/28 no fuese idéntica a la reclamada en este arbitraje, ello no implicaría que la Demandante no ha violado el Artículo 1121.

42. Permitir entonces que la Demandante continúe con su reclamación en dos frentes arbitrales distintos conforme al mismo tratado aplicable, con la posibilidad de obtener compensaciones en ambos procedimientos, atentaría contra el significado ordinario de los términos del Artículo 1121, la interpretación común de las tres Partes del TLCAN de dicha disposición y con su *raison d'être*. La Demandada respetuosamente sostiene que este Tribunal no puede permitir este atropello.

D. Consecuencias de la violación de la renuncia

43. Un incumplimiento del aspecto material de una renuncia tiene como consecuencia que el Tribunal carezca de jurisdicción para decidir la controversia. Esto se debe a que el consentimiento de la parte demandada, de conformidad con el Artículo 1122 del TLCAN, está condicionado a que la parte demandante presente una renuncia válida y a que su conducta se ajuste al compromiso que asumió en dicha renuncia. Como lo señaló el tribunal de *Merrill & Ring*, los requisitos previstos en el TLCAN para acceder al arbitraje “cannot be regarded as merely procedural niceties”³⁵, y

³⁴ *KBR Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso No. UNCT/14/1, Laudo Definitivo, ¶¶ 116 y 124. **RL-0157**.

³⁵ *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, Decision on a Motion to Add a New Party, Jan. 31, 2008, ¶ 29. **RL-0158**.

menos aun tratándose de una “condición previa al sometimiento de una reclamación a arbitraje” como lo es la renuncia.

44. Como se demuestra a partir del *The North American Free Trade Agreement Implementation Act*, “Articles 1121 and 1122 set out rules for establishing the requisite mutual consent for arbitration”.³⁶ Por lo tanto, impacta de forma directa la jurisdicción del Tribunal *ratione voluntatis*.

45. El hecho de que el Artículo 1121 del TLCAN se titule “Condiciones previas al sometimiento de una reclamación a arbitraje” deja poco espacio para interpretar la violación de una renuncia como una cuestión relacionada con la admisibilidad de la reclamación. Se trata de un claro obstáculo a la jurisdicción del tribunal, pues implicaría la violación de un requisito que la parte demandante se comprometió a cumplir para acceder al arbitraje.

46. Incluso, tribunales que han distinguido entre requisitos de admisibilidad y jurisdicción reconocen que el incumplimiento de una condición previa al arbitraje es una cuestión de jurisdicción. En *Micula*, por ejemplo, el tribunal resolvió lo siguiente:

The Tribunal is of the opinion that when an objection relates to a requirement contained in the text on which consent is based, it remains a jurisdictional objection. If such a requirement is not satisfied, the Tribunal may not examine the case at all for lack of jurisdiction. By contrast, an objection relating to admissibility will not necessarily bar the Tribunal from examining the case if the reasons for the inadmissibility of the claim are capable of being removed and are indeed removed at a subsequent stage. If other words, consent is a prerequisite for the jurisdiction of the Tribunal.³⁷

47. Un caso relevante al amparo del TLCAN es *DIBC v. Canadá*. En dicho procedimiento, Canadá objetó la jurisdicción del tribunal por incumplimiento de la renuncia debido a que la demandante litigaba paralelamente, en cortes de Estados Unidos y Canadá, las medidas reclamadas en el arbitraje y, por lo tanto, Canadá argumentó exitosamente que el consentimiento a arbitraje otorgado por Canadá bajo los Artículos 1121 y 1122(1) del TLCAN había quedado sin efecto a

³⁶ *The North American Free Trade Agreement Implementation Act*, p. 179. **RL-0148**.

³⁷ *Ioan Micula and others v. Romania I*, ICSID Case, No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 September 2008, ¶ 64. **RL-0159**.

consecuencia de la violación de la renuncia.³⁸ En consecuencia, el tribunal concluyó que carecía de jurisdicción para conocer la reclamación:

It appears highly improbable that NAFTA Parties would accept the initiation of multiple proceedings around the world discussing the same measures, with the only condition being the application by the court or administrative tribunal of the law of the disputing Party.³⁹

[...]

The lack of a valid waiver precluded the existence of a valid agreement between the disputing parties to arbitrate; and the lack of such an agreement deprived the Tribunal of the very basis of its existence.⁴⁰

48. El tribunal de *Waste Management (I)* llegó a una conclusión similar. El tribunal arbitral resolvió declinar su jurisdicción en virtud de que la demandante no había cumplido con el requisito establecido en el Artículo 1121(2)(b) del TLCAN en el sentido de haber renunciado a continuar con los recursos domésticos que había iniciado.

49. En efecto, la demandante en ese caso violó su renuncia al omitir poner fin a procedimientos pendientes de resolución iniciados en foros internos, concretamente, dos procesos judiciales y un procedimiento arbitral local que versaban sobre medidas que también habían sido invocadas por la demandante como violaciones al TLCAN. El tribunal de *Waste Management*, también observó que la demandante no se había limitado a una transcripción íntegra del contenido del Artículo 1121 del TLCAN, sino que, introdujo una serie de declaraciones con la que se pretendía excluir ciertos procedimientos de la renuncia, alegando que ese era su entendimiento de la renuncia que presentó. En virtud de lo anterior, el tribunal de *Waste Management (I)* adoptó la siguiente determinación:

A la vista de cuanto antecede, de los documentos y de las alegaciones formuladas por las Partes, este Tribunal de Arbitraje, resuelve que carece de jurisdicción para enjuiciar el fondo de la controversia planteada, debido al incumplimiento de la parte demandante de uno de los requisitos considerados esenciales para proceder al sometimiento de una reclamación a arbitraje establecido en el artículo 1121(b) del TLCAN, cual es, la renuncia a iniciar o continuar ante otros foros procedimientos de resolución de disputas respecto a las medidas tomadas por el Demandado presuntamente violatorias del

³⁸ *Detroit International Bridge Company v. Canada*, PCA Case No. 2012-25, Laudo sobre Jurisdicción, 2 de abril de 2015, ¶ 146. **RL-0153.**

³⁹ *Detroit International Bridge Company v. Canada*, PCA Case No. 2012-25, Laudo sobre Jurisdicción, 2 de abril de 2015, ¶ 317. **RL-0153.**

⁴⁰ *Detroit International Bridge Company v. Canada*, PCA Case No. 2012-25, Laudo sobre Jurisdicción, 2 de abril de 2015, ¶ 321. **RL-0153.**

TLCAN, todo ello de acuerdo con las disposiciones del citado texto legal y del Mecanismo Complementario del CIADI.⁴¹

[Énfasis de la Demandada]

50. Otro caso relevante en este contexto es *Commerce Group v. El Salvador*; un caso presentado al amparo del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos (“CAFTA”). Es relevante, entre otras cosas, porque el CAFTA tiene una estructura y articulado muy similar al TLCAN, y en su artículo 10.18(2)(b) incluye el requisito de la renuncia prácticamente en los mismos términos que el TLCAN.⁴²

51. En dicho caso, El Salvador objetó la jurisdicción del tribunal debido a que las demandantes incumplieron con el requisito de la renuncia, ya que permitieron que continuaran los procedimientos judiciales que habían iniciado en El Salvador.⁴³ El tribunal coincidió con El Salvador en que la demandante había asumido un compromiso material de discontinuar procedimientos relacionados con las mismas medidas, y que el incumplimiento de este compromiso, tenía como consecuencia la falta de jurisdicción del tribunal para conocer la reclamación:

In light of the foregoing, the Tribunal concludes that Claimants were obliged to discontinue the proceedings before the El Salvador courts relating to the revocation of the environmental permits, and by not doing so, Claimants did not act in accordance with the requirements of the Waiver Provision.⁴⁴

[...]

As analyzed above, the waiver is required as a condition to Respondent’s consent to CAFTA. As also analyzed above, the waiver is invalid as it lacks effectiveness due to Claimants’ failure to discontinue the proceedings before El Salvador’s Court of Administrative Litigation of the Supreme Court. If the waiver is invalid, there is no

⁴¹ *Waste Management v. Mexico (I)*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Laudo, 2 de junio de 2000, ¶ 32. **RL-0151.**

⁴² El CAFTA utiliza, *mutatis mutandi*, el mismo lenguaje que el TLCAN; un inversionista debe renunciar a “*any right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceeding with respect to any measure alleged to constitute a breach referred to in Article 10.16.*”. **RL-0154.**

⁴³ *Commerce Group v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17, Laudo, 14 de marzo de 2011, ¶ 66. **RL-0145.**

⁴⁴ *Commerce Group v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17, Laudo, 14 de marzo de 2011, ¶ 107. **RL-0145.**

consent. The Tribunal, therefore, does not have jurisdiction over the Parties' CAFTA dispute.⁴⁵

[Énfasis de la Demandada]

52. De estos tres casos al amparo del TLCAN y CAFTA se puede concluir que: (i) una parte demandante debe renunciar a cualquier procedimiento de solución de controversias que involucre las mismas medidas; (ii) dicho compromiso no se limita a la presentación de la renuncia, sino también a una conducta congruente con dicho compromiso; y (iii) la violación de este requisito tiene como consecuencia que un tribunal internacional no tenga jurisdicción para resolver la controversia.

53. En virtud de lo anterior, es claro que la Demandante ha violado las renunciaciones presentadas en el arbitraje ARB/21/14 y, por lo tanto, ha violado una condición previa en ese procedimiento arbitral. La Demandada solicita al Tribunal determinar que no tiene jurisdicción para decidir sobre el arbitraje ARB/21/14, incluyendo la parte de la reclamación relacionada con el congelamiento de las cuentas y el acceso a las devoluciones del IVA, así como cualquier medida provisional relacionada con dicha reclamación. La posición de la Demandada se sustenta además en el hecho de que un tribunal arbitral no tiene facultades para obligar a una parte demandante a desistirse de otro procedimiento, pero sí puede rechazar su jurisdicción sobre una medida que se reclama en dos procedimientos concurrentes en violación de un requisito jurisdiccional.

54. La Demandada desea enfatizar que la violación a las renunciaciones presentadas por la Demandante en el arbitraje ARB/21/14 deben considerarse como un acto consumado, es decir, no existe forma alguna en la que First Majestic pueda subsanar su violación. Si este Tribunal lo permitiera, sería tanto como consentir al arbitraje por cuenta del Estado demandado como lo concluyó el tribunal en *Bacilio Amorrortu c. Perú*:

“[A]utorizar la subsanación de una renuncia viciada, en lugar de aceptar la objeción de la Demandada, equivaldría a que el Tribunal generase consentimiento al arbitraje cuando dicho consentimiento no existía al constituirse el Tribunal.”⁴⁶

[Énfasis de la Demandada]

⁴⁵ *Commerce Group v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17, Laudo, 14 de marzo de 2011, ¶ 115. **RL-0145.**

⁴⁶ *Bacilio Amorrortu c. La República del Perú*, Caso CPA núm. 2020-11, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 5 de agosto de 2022, ¶ 237. **RL-0160.**

55. Para ser claros, ni la Demandante ni el Tribunal pueden corregir esta violación,⁴⁷ pues los requisitos previstos en el Artículo 1121 del TLCAN son un reflejo del acuerdo soberano entre las Partes del TLCAN, que señalan las condiciones bajo las cuales un tribunal inversionista-Estado puede ejercer su jurisdicción respecto las Partes del tratado. En palabras del tribunal en *Daimler v. Argentina*:

All BIT-based dispute resolution provisions, on the other hand, are by their very nature jurisdictional. The mere fact of their inclusion in a bilateral treaty indicates that they are reflections of the sovereign agreement of two States – not the mere administrative creation of arbitrators. They set forth the conditions under which an investor-State tribunal may exercise jurisdiction with the contracting state parties’ consent, much in the same way in which legislative acts confer jurisdiction upon domestic courts.⁴⁸

V. APLICACIÓN A LOS HECHOS

A. El arbitraje ARB/21/14 y el arbitraje ARB/23/28 versan sobre las mismas medidas

56. El nuevo arbitraje iniciado el 29 de junio de 2023 ante el CIADI cumple con la condición de ser “otro procedimiento de solución de controversias” que versa sobre la misma(s) “medida presuntamente violatoria”. En el contexto de este caso, la medida que se reclama en los dos procedimientos es la interferencia con el acceso a las devoluciones del IVA, con independencia de que se le describa como el congelamiento de cuentas, el depósito de las devoluciones en una cuenta congelada o “medidas para restringir el acceso a los fondos”.

57. En su Segunda SdA, First Majestic intenta distinguir la nueva reclamación de la que presentó en este arbitraje argumentando que: “[t]his claim concerns obtaining compensation for the VAT refunds payable to PEM”, y “[i]t is not limited to challenging the banking ‘blocking’ measures of the Government of Mexico which have been used to restrain access to the funds.”⁴⁹ Sin embargo, el uso de la frase “sin limitarse a” en el pasaje citado implica que existe una superposición parcial (si no absoluta) entre las medidas reclamadas en ambos procedimientos. Esta superposición no se resuelve simplemente cambiando la descripción de la medida.

⁴⁷ Ver, *Renco v. Peru*, Case No. UNCT/13/1, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016, ¶ 173. **RL-0147**

⁴⁸ *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, Award, ICSID Case No. ARB/05/1, 22 August 2012, ¶ 193. **RL-0161**.

⁴⁹ Segunda SdA, ¶ 28. **R-0202**.

58. Para ser claros, ni First Majestic ni PEM se quejan de que el SAT no haya pagado las devoluciones del IVA. En ambos procedimientos la cuestión de fondo es el acceso a esos fondos, y eso es consecuencia del congelamiento de las cuentas bancarias y/o el depósito de las devoluciones del IVA en cuentas congeladas. First Majestic concede lo anterior en el siguiente párrafo de la Segunda SdA:

31. It is unquestionable that under applicable Mexican law, as an exporter, PEM is entitled to VAT refunds. While the refunds are payable and have been nominally deposited on a periodic basis by the SAT into a bank account of PEM, it is the failure of the SAT to make these refunds available to PEM that is at issue in this dispute regardless of the means used.⁵⁰

[Énfasis de la Demandada]

59. Con independencia de cómo se caracterice la medida reclamada en el segundo arbitraje, sea como el “congelamiento de las cuentas”, el “depósito de las devoluciones en cuentas congeladas” o como la “renuencia del SAT a permitir a PEM el acceso a esos fondos”, es claro que lo que se reclama en el arbitraje ARB/23/28 se reclama también en el arbitraje original (*i.e.* ARB/21/14), como se demuestra en el siguiente extracto del Memorial de Demanda:

A non-exhaustive list of measures that form part of the dispute with the Respondent and provide the basis for the claim against the Respondent include:

[...]

k) freezing bank accounts.

l) depositing VAT refunds in frozen bank accounts thereby impeding recovery of same by PEM, and imposing restrictions and charges against other assets of PEM.⁵¹

[Énfasis de la Demandada]

60. Por otra parte, First Majestic afirma que la nueva reclamación “*relates to the Government of Mexico’s steadfast refusal to allow PEM access to Value Added Tax (VAT) refunds which it has been entitled to since April 2020*”,⁵² sin embargo, reconoce que el medio utilizado por el SAT para retener las devoluciones del IVA a PEM es mediante el bloqueo de las cuentas bancarias, incluida aquella en la que el SAT ha estado depositando las devoluciones del IVA:

⁵⁰ Segunda SdA, ¶ 31. **R-0202.**

⁵¹ Memorial de Demanda, ¶ 158.

⁵² Segunda SdA, ¶ 23. **R-0202.**

[t]he principal means used by the SAT to withhold the VAT refunds owing to PEM is by imposing a “block” on all of PEM’s bank accounts including the one in which the SAT has been depositing the monthly VAT refunds.⁵³

61. First Majestic incluso reconoce en su Segunda SdA que la cuestión de la imposición del bloqueo a las cuentas bancarias y la negativa de levantar dicho bloqueo es materia del presente arbitraje:

The matter of the imposition of the measures related to the ‘blocking’ and refusal to lift the ‘blocking’ is the subject of an ongoing arbitration between First Majestic and the Government of Mexico (ICSID Case. No. ARB/21/14).⁵⁴

[Énfasis de la Demandada]

62. La reclamación de daños en ambos casos también confirma la superposición de las reclamaciones. En la Segunda SdA, la Demandante asume la posición de que la reclamación se refiere a los montos de devolución del IVA depositados por el SAT en la cuenta bancaria de PEM a partir de abril de 2020 (cuando se impuso la restricción a los retiros de las cuentas bancarias de PEM) a la fecha de la Solicitud de las Medidas Provisionales el 4 de enero de 2023, presentada por First Majestic en este procedimiento:

The present claim, therefore, concerns the VAT refund amounts deposited by the SAT into PEM’s bank account as of April 2020 (when it imposed a restraint on withdrawals from PEM’s blocked accounts) to the date of the making of the Request for Provisional Measures on January 4, 2023, made by First Majestic in the parallel proceedings. The funds within the blocked accounts which constitute VAT refunds belonging to PEM have not been released by the SAT.⁵⁵

[Énfasis de la Demandada]

63. Si bien el monto ha evolucionado, de [REDACTED] que se reclaman en el Memorial de Demanda⁵⁶, a los [REDACTED] reclamados en la Segunda SdA, es evidente que ambos

⁵³ Segunda SdA, ¶ 26. **R-0202.**

⁵⁴ Segunda SdA, ¶ 27. **R-0202.**

⁵⁵ Segunda SdA, ¶ 57. **R-0202.**

⁵⁶ En su Memorial de Demanda presentado en abril de 2022, First Majestic alegó que los daños relacionados con las cuentas bancarias bloqueadas ascendían a [REDACTED] s. Meses después, la Demandante alegó que el monto aumentaba en aproximadamente [REDACTED] cada mes. En cada escrito, First Majestic ha ido actualizando la cifra:

- En enero de 2023, en su Solicitud de Medidas Provisionales, First Majestic declaró: “[...] *the sequestering by the SAT of the VAT refunds amounting to approximately [REDACTED] (and on average amounting [REDACTED] per month of VAT refunds payable in the future) [...]*.” [Solicitud de Medidas Provisionales, ¶ 97 vi.]

montos incluyen, al menos, las devoluciones del IVA pagadas entre el 2 de marzo de 2021 (fecha de la Primera SdA) y el 4 de enero de 2023 (fecha de la Solicitud de Medidas Provisionales).

By illegally blocking PEM’s bank accounts and restricting PEM’s access to approximately ██████████ in VAT refunds, the Government of Mexico has engaged in egregious and shocking conduct. Its actions have been taken in flagrant disregard of injunctions issued pursuant to Mexico’s legal system.” [...] “Accordingly, since April 2020, the Government of Mexico has acted in a manner that is, at a minimum, arbitrary, discriminatory, and lacking in transparency and due process.⁵⁷

64. El hecho de que las devoluciones del IVA pagadas en cuentas bloqueadas se reclaman como parte de los daños en este arbitraje, se evidencia además en el siguiente cuadro incluido en el informe del ██████████ que se presentó junto con el Memorial de Demanda:

Table 5: Summary of Damages Suffered by Claimant

Areas of Exposure (All figures in USD millions) ¹⁵⁹	Damages	Potential Damages	Total Financial Exposure
A. Items Quantifiable at this time			
• Amount Claimed by SAT as Tax Liability for the APA period (including penalties and interest) ¹⁶⁰	██████		██████
• Sunk costs incurred towards suspended Capital Expenditure projects ¹⁶¹		██████	██████
• Impact on Claimant’s business operations ¹⁶² <ul style="list-style-type: none"> ◦ Blocked Bank Accounts (includes blocked VAT Refunds) ◦ Fees levied on Bank Accounts ◦ Incremental Payroll provider costs 	██████ ██████	██████	██████ ██████ ██████
• Additional costs due to the Measures (Legal/Admin Costs) ¹⁶³	██████		██████
• Potential costs arising from legal obligation to employees in case of termination employment ¹⁶⁴		██████	██████

65. En su Segunda SdA, la Demandante alega que los daños reclamados se relacionan con el incumplimiento de México con la Decisión de Medidas Provisionales dictadas por este Tribunal el 26 de mayo de 2023 (lo cual se niega), alegación que no solo demuestra el empalme de las

- En marzo de 2023, en la Segunda NOI, First Majestic dijo: “If the SAT continues to deny PEM access to VAT refunds in the future, the amount of ██████████ will increase by approximately ██████████.” [Segunda NOI, ¶ 6. R-0201]
- En junio de 2023, en la Segunda SdA, First Majestic alegó: “The total amount of the VAT refunds belonging to PEM, has accumulated to ██████████ or approximately ██████████ and continues to increase by approximately U ██████████.” [Segunda SdA, ¶ 25. R-0202.]

⁵⁷ Segunda SdA, ¶¶ 67-68. R-0202.

reclamaciones, sino también evidencia que la Demandante inapropiadamente utiliza a conveniencia lo resuelto en el primer arbitraje para robustecer su posición en el segundo:

The total amount of damages and compensation to be established in this arbitration, will be based on the losses and damages suffered by First Majestic and PEM, as a result of the past and ongoing conduct of the Respondent. Also relevant in the assessment of damages will be the Respondent's failure to comply with the Provisional Remedies Decision of May 26, 2023, made by the Tribunal in the ongoing arbitration commenced in 2021, which has ordered the Respondent to release and make fully accessible to PEM amounts of VAT refunds that has accumulated as of January 4, 2023 and PEM's future VAT refunds.⁵⁸

66. Como puede observarse, los dos arbitrajes tienen partes contendientes, reclamaciones, medidas y daños en común. Si se permite que ambos arbitrajes continúen de manera independiente, existiría el riesgo de decisiones contradictorias y de que la Demandante obtenga una doble compensación. También es evidente, a partir de lo anterior, que la Demandante busca apalancar su posición o buscar una ventaja en el segundo arbitraje utilizando argumentos basados en lo que ocurre en el presente arbitraje, lo cual pone de relieve la inequidad que representa para la Demandada tener que defenderse de la misma reclamación en dos frentes distintos.

B. El Tribunal debe suspender la medida provisional en tanto resuelve esta objeción a la jurisdicción

67. Como se demostró en párrafos anteriores, la Demandante voluntariamente ha iniciado un nuevo procedimiento arbitral inversionista-Estado basado en medidas que también se reclaman en la presente controversia. No solo eso, sino que ha solicitado al Tribunal medidas provisionales relacionadas con futuras devoluciones del IVA que caerían bajo la jurisdicción del nuevo tribunal arbitral que se constituya en el procedimiento ARB/23/28, según se explicó en la Solicitud de Revocación de Medidas Provisionales del 19 de junio de 2023.

68. La Demandada solicita atentamente que se suspenda la medida provisional para evitar interferir con la jurisdicción del nuevo tribunal que se constituya en el caso ARB/23/28 recientemente registrado, el cual cubre todo lo relativo a las cuentas congeladas y a las devoluciones del IVA. La suspensión también es necesaria para impedir el perjuicio que implicaría forzar a la Demandada a litigar las mismas medidas en dos procedimientos simultáneos.

⁵⁸ Segunda SdA, ¶ 30. R-0202.

69. La Demandada también ha podido advertir una serie de imprecisiones en las que se basó la Demandante para obtener una medida provisional a la que claramente no tenía derecho por contravenir el Artículo 1134 del TLCAN, entre otros aspectos. Por consiguiente, México respetuosamente solicita a este Tribunal que, en caso de no conceder la suspensión del procedimiento y de las medidas provisionales, permita a México presentar una Réplica a la Respuesta presentada el 21 de julio de 2023 por la Demandante para abordar los nuevos acontecimientos descritos por la propia Demandante en dicha Respuesta y en la Segunda SdA.

VI. PETITORIOS

70. En virtud de todo lo anterior, la Demandada respetuosamente solicita a este Tribunal:

- i) Suspender el procedimiento del Caso CIADI No. ARB/21/14 y analizar esta objeción a la jurisdicción del Tribunal de manera preliminar, de conformidad con la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2006;
- ii) Determinar que no tiene jurisdicción para conocer del Caso CIADI No. ARB/21/14 y, en la alternativa, que no tiene jurisdicción para conocer de la reclamación relacionada con el congelamiento de cuentas y/o el acceso a las devoluciones del IVA; y
- iii) Suspender la medida provisional recomendada a través de la Decisión sobre las Medidas Provisionales Solicitadas por la Demandante emitida el 26 de mayo de 2023, relacionada con las devoluciones futuras del IVA, ya que dicha medida formaría parte de la reclamación recientemente incoada por la Demandante dentro del Caso ARB/23/28.

Presentado respetuosamente,

El Director General de Consultoría Jurídica de Comercio Internacional



Alan Bonfiglio Ríos