

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

Washington, D.C.

Caso CIADI N.º ARB (AF)/05/2

Cargill, Incorporated

(Demandante)

- Y -

Estados Unidos Mexicanos

(Demandado)

LAUDO

Ante el Tribunal Arbitral
constituido conforme al Capítulo XI
del Tratado de Libre Comercio de América del Norte
e integrado por:

Dr. Michael C. Pryles
Profesor David D. Caron
Profesor Donald M. McRae

Secretario del Tribunal

Sr. Gonzalo Flores

Asistente Legal del Tribunal
Sra. Leah D. Harhay

Fecha de envío a las Partes: 18 de septiembre de 2009

ÍNDICE

ÍNDICE	ii
SIGLAS Y ABREVIATURAS DE USO FRECUENTE	v
I. INTRODUCCIÓN Y RESUMEN	1
II. Las Partes	3
III. Historia procesal.....	5
Escritos iniciales de las Partes.....	5
Constitución del Tribunal Arbitral	7
Primera sesión del Tribunal.....	7
Escritos de las Partes	9
Excepción de falta de jurisdicción	11
Audiencia arbitral.....	12
Presentaciones posteriores a la audiencia.....	13
IV. RESUMEN DE LOS HECHOS Y ARGUMENTOS	14
V. LEY Y REGLAS APLICABLES	35
Reglas procesales	35
Ley aplicable.	36
VI. JURISDICCIÓN	39
Excepciones planteadas	39
Alcance y cobertura del Capítulo XI.....	41
Competencia.....	47
Consentimiento.....	56
Conclusión del Tribunal con respecto a la jurisdicción	56
VII. ARTÍCULO 1102 – TRATO NACIONAL	56
“Circunstancias similares”	58
“Trato no menos favorable”	66
Trato “en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones”	68
Decisión final del Tribunal con respecto a la reclamación en virtud del Artículo 1102.....	68
VIII. ARTÍCULO 1103 – TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA (NMF)	68
Conclusión del Tribunal con respecto a la reclamación en virtud del Artículo 1103.....	70

IX.	ARTÍCULO 1105 – TRATO JUSTO Y EQUITATIVO.....	71
	Argumentaciones de las Partes con respecto a la reclamación en virtud del	
	Artículo 1105.....	73
	Conclusión del Tribunal con respecto a la reclamación en virtud del	
	Artículo 1105.....	82
	La norma del trato justo y equitativo	82
	Decisión final del Tribunal con respecto a la norma de obligación de	
	trato justo y equitativo.....	94
	Conclusión del Tribunal respecto de si las medidas mexicanas en cuestión en este	
	procedimiento violan el requisito de brindar un trato justo y equitativo previsto en	
	el Artículo 1105.....	95
	Decisión final del Tribunal con respecto a la reclamación en virtud del	
	Artículo 1105.....	99
X.	Artículo 1106 – Requisitos de desempeño	99
	Argumentaciones de las Partes con respecto a la reclamación en virtud del	
	Artículo 1106.....	99
	Conclusión del Tribunal con respecto a la reclamación en virtud del	
	Artículo 1106.....	100
	Decisión final del Tribunal con respecto a la reclamación en virtud del	
	Artículo 1106.....	102
XI.	ARTÍCULO 1110 – EXPROPIACIÓN	102
	Argumentaciones de las Partes con respecto a la reclamación en virtud del	
	Artículo 1110.....	103
	Conclusión del Tribunal con respecto a la reclamación en virtud del	
	Artículo 1110.....	111
	Decisión final del Tribunal con respecto a la reclamación en virtud del	
	Artículo 1110.....	124
XII.	DEFENSA DEL DEMANDADO EN EL SENTIDO DE QUE SUS MEDIDAS CONSTITUYERON	
	CONTRAMEDIDAS LEGÍTIMAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD DE SUS ACTOS.....	124
	Argumentaciones de las Partes con respecto a las contramedidas	127
	El laudo del caso <i>ADM c. México</i>	133
	Conclusión del Tribunal respecto de la defensa del Demandado en el sentido	
	de que sus medidas constituyeron contramedidas legítimas que excluyen la	
	ilicitud de sus actos	139

Decisión final del Tribunal respecto de la defensa del Demandado en el sentido de que sus medidas constituyeron contramedidas legítimas que excluyen la ilicitud de sus actos.....	142
XIII. DETERMINACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS	143
Medida de los daños y perjuicios	144
El otro modelo de daños y perjuicios de la Demandante: La ponderación que debe otorgarse a los derechos antidumping	149
El período indemnizable de pérdidas	153
La proyección del mercado mexicano de JMAF a lo largo del período indemnizable	155
La proyección de la participación de la Demandante en el mercado mexicano de JMAF a lo largo del período indemnizable	162
La proyección del precio del JMAF en el mercado mexicano a lo largo del período indemnizable	164
El alcance de las pérdidas experimentadas por la Demandante que deben tenerse en cuenta para la determinación de los daños y perjuicios: si Cargill, Inc. y Cargill de México deben considerarse como una única inversión	171
Consideración del efecto de los <i>Katrina Swaps</i>	175
Consideración del efecto de la inversión en Zucarmex.....	177
Decisión final del Tribunal con respecto a los daños y perjuicios	178
XIV. COSTAS E INTERESES	179
XV. DECISIÓN FINAL DEL TRIBUNAL.....	181
XVI. LAUDO Y ORDEN DEL TRIBUNAL	183

Siglas y abreviaturas de uso frecuente

ADM	Archer Daniels Midland Company
ADM Tate & Lyle	Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc.
AIA	Asociación Internacional de Abogados
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CdM	Cargill de México, S.A. de C.V.
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CLC	Comisión de Libre Comercio
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
CPI	Corn Products International
DC	Derechos compensatorios
FEA	Método del flujo de efectivo actualizado
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
GEUPEC	Grupo de Embotelladoras Unidas, S.A. de C.C.
IEPS	Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios
JMAF	Jarabe de maíz de alta fructosa
JMAF-42	Jarabe de maíz de alta fructosa (42%)
JMAF-55	Jarabe de maíz de alta fructosa (55%)
JMAF-90	Jarabe de maíz de alta fructosa (90%)
NMF	Nación más favorecida
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OMC	Organización Mundial del Comercio
OSD	Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio
PRA	Pablo Rión y Asociados
REUAC	Representante de los Estados Unidos para Asuntos Comerciales
SECOFI	Ministerio de Comercio y Desarrollo Industrial de México (ahora conocido como la Secretaría de Economía)
TBI	Tratado Bilateral de Inversión

TLCAN

Tratado de Libre Comercio de América
del Norte

UPCI

Unidad de Prácticas Comerciales
Internacionales de México

I. INTRODUCCIÓN Y RESUMEN

1. Cargill, Inc. (“Demandante” o “Cargill”), empresa alimentaria constituida en los Estados Unidos de América, aduce en este arbitraje que el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos interfirió con su inversión en el mercado mexicano, en violación de las obligaciones legales de México según lo dispuesto en el Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). A través de su filial mexicana, Cargill de México, Cargill, Inc. se había comprometido a vender en México jarabe de maíz de alta fructosa (JMAF). Cargill aduce que la aplicación por parte de México de un impuesto a los refrescos que contuvieran JMAF y la no emisión de permisos de importación violaron las disposiciones de los Artículos 1102, 1103, 1105, 1106 y 1110 del TLCAN, y redundaron en daños y perjuicios para la inversión de Cargill. México aduce que sus medidas no han violado el TLCAN¹.
2. El Tribunal sostiene que las medidas de México violaron los Artículos 1102, 1105 y 1106. Concretamente, el Tribunal sostiene que el Demandado violó el Artículo 1102 en el sentido de que Cargill de México se encontraba en “circunstancias similares” a las de los proveedores nacionales de azúcar de caña a la industria de los refrescos, y que el trato acordado a Cargill de México era menos favorable que el brindado a los inversionistas nacionales o a sus inversiones. Con respecto al Artículo 1105, el Tribunal concluye que el Demandado, en el intento de promover sus objetivos respecto de la política comercial de Estados Unidos, dirigió sus medidas a algunos proveedores de JMAF, lo que prácticamente aniquiló varias inversiones durante el período de vigencia de la exigencia de permisos. El Tribunal concluye que esta focalización intencional viola la obligación de brindar a la Demandante un trato justo y equitativo. Por último, el Tribunal sostiene que el Demandado ha violado sus obligaciones en virtud del Artículo 1106 porque la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (IEPS), por su mismo objetivo y diseño, entrañó un requisito de desempeño en el sentido del Artículo 1106(3). Condicionaba una ventaja impositiva al uso de azúcar de caña de producción nacional con el mismo fin de afectar la venta de JMAF, y, de esa manera, condicionaba una ventaja “en relación con” la operación de la

¹ Véase la Sección IV, “Resumen de los hechos y argumentos,” párrafos 52 a 127.

inversión de la Demandante que suministraba JMAF a la industria de embotelladores de refrescos.

3. El Tribunal rechaza las reclamaciones de la Demandante relativas a la violación del Artículo 1103 debido a que el inversionista con el que la Demandante alega encontrarse en “circunstancias similares” no es un inversionista de “otra Parte o país que no sea Parte”. El Tribunal también rechaza las reclamaciones de la Demandante relativas a la expropiación en virtud del Artículo 1110. Si bien el Tribunal concluye que los ingresos de las empresas, sobre todo cuando se vinculan a activos físicos existentes en el país receptor, constituyen una inversión en el sentido del Artículo 1139, tanto en calidad de componentes de una inversión más grande que abarca a los activos físicos como de inversión en sí misma, concluye además que la Demandante no ha probado que los daños y perjuicios ocasionados por las medidas mexicanas a su empresa de JMAF redundaran en una privación drástica de la inversión total de la Demandante, o que el derecho internacional consuetudinario en materia de expropiación comprenda reclamaciones por una interferencia del derecho de propiedad de carácter temporario.

4. México aduce, sin embargo, que la diferencia sometida a este arbitraje no es más que una parte de una diferencia más grande con Estados Unidos respecto de las obligaciones de México y Estados Unidos en virtud del TLCAN en lo que respecta al azúcar y el JMAF. Suele suceder que un arbitraje tiene jurisdicción tan sólo sobre una parte de una diferencia más grande o sobre sólo una diferencia de un conjunto de ellas. En este procedimiento, México alega que los hechos señalados por Cargill como casos de incumplimiento del TLCAN constituyeron contramedidas lícitas en el contexto de la diferencia más grande que tiene con Estados Unidos y que, en virtud del derecho sobre la responsabilidad de los Estados, el hecho que estos actos constituyeran contramedidas lícitas excluye su ilicitud en este procedimiento. El Tribunal no aborda la cuestión de si los actos son o no son contramedidas lícitas en la diferencia de México con Estados Unidos. En cambio, el Tribunal concluye que, aunque los actos sean contramedidas lícitas en el marco de la diferencia de México con Estados Unidos, esa condición no excluye la ilicitud de estos actos en este procedimiento en que la Demandante no es Estados Unidos.

5. Al haber concluido que ha existido violación por parte de México de varios Artículos del TLCAN, el Tribunal calculó los daños y perjuicios sufridos por Cargill como consecuencia de dichas violaciones. El Tribunal lo hizo calculando la pérdida de flujo neto de efectivo de Cargill durante el período indemnizable, es decir, a partir de principios de junio de 2002 hasta fines de diciembre de 2007. Este cálculo abarca proyecciones relativas a: 1) el precio de dos graduaciones de JMAF en México, 2) el tamaño del mercado de JMAF en México y 3) la participación del JMAF de Cargill en el mercado mexicano. El Tribunal sostiene que la indemnización por daños y perjuicios que México adeuda a Cargill, a fines de 2007, asciende a US\$77.329.240, con intereses por pagarse respecto de este Laudo a partir del 1 de enero de 2008, hasta su pago total, a una tasa igual a la tasa preferencial mensual de los préstamos bancarios de Estados Unidos, compuestos anualmente.

II. LAS PARTES

6. La Demandante en este arbitraje, Cargill, Inc., es una empresa de Estados Unidos constituida de acuerdo con las leyes del estado de Delaware y con sede en Wayzata, Minnesota. La Demandante produce y distribuye jarabe de maíz de alta fructosa. Somete esta reclamación a este arbitraje por sí misma y en nombre de su empresa de propiedad total en México, Cargill de México, S.A. de C.V. (“Cargill de México” o “CdM”).
7. Cargill de México está constituida conforme a las leyes de México y tiene su sede en la Ciudad de México. Comenzó a funcionar en 1972, y ahora funciona en 10 ciudades de México y tiene más de 1.000 empleados. Se constituyó inicialmente en 1967 bajo el nombre de Carmex, S.A. de C.V., pero, en 1989, la entidad cambió su nombre por el de Cargill de México, S.A. de C.V.
8. La Demandante está representada en este procedimiento por:

Sr. Jeffrey W. Sarles
Mayer Brown LLP
71 South Wacker Drive
Chicago, IL 60606-4637
EE. UU.

Sr. William H. Knull III
Mayer Brown LLP
1909 K Street, N.W.

Washington, D.C. 20006-1101
EE. UU.

9. El Demandado en este arbitraje es los Estados Unidos Mexicanos, que es un Estado soberano y parte en el TLCAN. El Demandado está representado por las siguientes personas:

Licenciado Mariano Gomezperalta Casali
Director General de Consultoría
Jurídica de Negociaciones
Secretaría de Economía
Alfonso Reyes No. 30, Piso 17
Colonia Condesa
C.P. 06140
Mexico, D.F.
Sr. J. Christopher Thomas, Q.C.
Sr. J. Cameron Mowatt
Sr. Greg Tereposky
Thomas & Partners
2211 West 4th Avenue, Suite 226
Vancouver, BC V6K 4 S2
Canadá
Sr. Stephan E. Becker
Sr. Sanjay J. Mullick
Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP
2300 N Street NW
Washington, D.C. 20037-1122
EE. UU.

Profesor James Crawford SC

10. La Demandante inició este arbitraje al amparo del Capítulo XI del TLCAN y el arbitraje ha procedido de conformidad con el Reglamento del Mecanismo Complementario (ed. de enero de 2003) (“Reglamento del Mecanismo Complementario”) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). La Demandante alega que las medidas promulgadas por el Demandado violan los Artículos 1102, 1103, 1105, 1106 y 1110 del TLCAN en virtud de las medidas aplicadas por el Demandado entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2007.
11. El Demandado sostiene que el Tribunal carece de jurisdicción para entender en esta diferencia. Sin embargo, de manera subsidiaria, en caso de que el Tribunal decidiera que sí tiene jurisdicción, el Demandado rechaza las alegaciones de la Demandante y sostiene que, aunque se hubiera producido una violación de las obligaciones en virtud

del TLCAN, el Demandado tomó contramedidas legítimas de acuerdo con el derecho internacional.

III. HISTORIA PROCESAL

Escritos iniciales de las partes

12. El 30 de septiembre de 2004, la Demandante cursó al Demandado la notificación de la intención de someter una reclamación a arbitraje (“Notificación de intención”) de conformidad con lo establecido en el Artículo 1119 del TLCAN, que exige que dicha Notificación de intención se presente por lo menos 90 días antes de someterse la reclamación.
13. En su Notificación de intención, la Demandante reclamó, *inter alia*, la violación del Artículo 1110 del TLCAN. En el Artículo 2103(6) se exige que los inversionistas que aleguen una violación del Artículo 1110 remitan la cuestión a las autoridades competentes a fin de que éstas determinen si la medida no constituye una expropiación. En el Artículo 2103(6) se dispone lo siguiente:

El Artículo 1110, “Expropiación y compensación”, se aplicará a las medidas tributarias, salvo que ningún inversionista podrá invocar ese artículo como fundamento de una reclamación, hecha en virtud del Artículo 1116 ó 1117, cuando se haya determinado de conformidad con este párrafo que la medida no constituye una expropiación. El inversionista turnará el asunto, al momento de hacer la notificación a que se refiere el Artículo 1119 “Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje”, a las autoridades competentes señaladas en el Anexo 2103.6, para que dicha autoridad determine si la medida no constituye una expropiación. Si las autoridades competentes no acuerdan examinar el asunto o si, habiendo acordado examinarlo no convienen en estimar que la medida no constituye una expropiación, dentro de un plazo de seis meses después de que se les haya turnado el asunto, el inversionista podrá someter una reclamación a arbitraje, de conformidad con el Artículo 1120 “Sometimiento de la reclamación al arbitraje”.
14. En el Anexo 2103.6 se designan las autoridades competentes tanto de la Demandante como del Demandado. Las autoridades designadas son, en el caso de México, el Subsecretario de Ingresos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y, en el caso de Estados Unidos, el Subsecretario del Tesoro (a cargo de la política fiscal) del Departamento del Tesoro.
15. El 6 de octubre de 2004, la Demandante proporcionó una copia de su Notificación de intención a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. El 13 de octubre de 2004, de conformidad con el Artículo 2103(6), envió formalmente una copia de su Notificación

de intención a la Subsecretaría de Ingresos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la autoridad competente en México. Además, la Demandante envió una copia de su Notificación de intención, sellada y fechada por la Secretaría de Economía, al Subsecretario del Tesoro (a cargo de la política fiscal) del Departamento del Tesoro (la autoridad competente en Estados Unidos), el 5 de octubre de 2004.

16. Antes de su presentación, Corn Products International (“CPI”) y Archer Daniels Midland Company (con Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc.) (“ADM Tate & Lyle”) habían sometido reclamaciones a arbitraje al amparo del Capítulo XI relativas al controvertido IEPS (un impuesto del 20% aplicable a los refrescos, las bebidas hidratantes o rehidratantes y los jarabes o concentrados para preparar refrescos, que se analiza minuciosamente más adelante) para que se considerara si, en efecto, dicho impuesto no constituía una expropiación. Ambas partes presentaron estas reclamaciones como interrogantes a las autoridades competentes de conformidad con lo establecido en el Artículo 2103(6). En ambos casos, las autoridades competentes de Estados Unidos y México no llegaron a un acuerdo acerca de si la medida no constituía una expropiación.
17. El 21 de diciembre de 2004, el Departamento del Tesoro de Estados Unidos informó a la Demandante que la posición de Estados Unidos no se había modificado y que dicho país no estaba ni estaría de acuerdo en que el IEPS no constituía una expropiación. Como resultado de esta determinación, la Demandante alega que consideró que las autoridades competentes de Estados Unidos y México no habían acordado reconsiderar sus respectivas posiciones previas y que, por lo tanto, era libre de someter su reclamación, en virtud del Artículo 1110, a arbitraje.
18. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1120 del TLCAN, el 29 de diciembre de 2004, la Demandante presentó una solicitud de iniciación del procedimiento de arbitraje (“Solicitud”) ante el CIADI, y solicitó el arbitraje en el marco del Reglamento del Mecanismo Complementario.
19. Mediante carta de fecha 8 de marzo de 2005, el Secretariado del CIADI solicitó a la Demandante que se explayara acerca de la presentación hecha en su Solicitud a fin de especificar que había cumplido con los requisitos del Artículo 2103(6). La Demandante presentó su respuesta mediante carta de fecha 11 de abril de 2005.

20. Con posterioridad, el 30 de agosto de 2005, el Secretario General del CIADI registró la Solicitud en el Registro de Arbitraje (Mecanismo Complementario) de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 4 del Reglamento del Mecanismo Complementario.

Constitución del Tribunal Arbitral

21. Después, las Partes se abocaron a la constitución del Tribunal. El 22 de noviembre de 2005, la Demandante nombró al profesor David D. Caron, nacional de los Estados Unidos, como árbitro y el Secretariado del CIADI confirmó la aceptación del profesor Caron a su designación el 24 de enero de 2006. El Demandado nombró al profesor Donald M. McRae, nacional de Canadá y Nueva Zelanda, como árbitro el 6 de febrero de 2006, y su aceptación del nombramiento fue confirmada por el Secretariado del CIADI el 9 de marzo de 2006. El 11 de mayo de 2006, las Partes nombraron conjuntamente al Dr. Michael C. Pryles, nacional de Australia, en calidad de tercer árbitro encargado de presidir el Tribunal. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral quedó constituido el 21 de junio de 2006, cuando el Secretariado del CIADI notificó la aceptación del Dr. Pryles a su nombramiento. Se nombró al Sr. Gonzalo Flores, Consejero Jurídico Superior del CIADI, para actuar como Secretario del Tribunal.

Primera sesión del Tribunal

22. La primera sesión del Tribunal se celebró el 14 de septiembre de 2006 en la sede del Centro en Washington D.C. Antes de la primera sesión, las Partes se pusieron de acuerdo acerca de varias cuestiones procesales, incluida la de que el lugar del arbitraje sería Toronto, Canadá, y que las audiencias se celebrarían en la sede del CIADI en la ciudad de Washington D.C.
23. Asistieron a la sesión en representación de la Demandante los Sres. Javier Rubinstein, Jeffrey W. Sarles y Mark Ryan, de Mayer Brown LLP (ex Mayer, Brown, Rowe & Maw LLP). También asistieron el Sr. Glen Goldman y el Sr. Jeffrey Cotter. El Lic. Hugo Perezcano Díaz y el Lic. Luis Alberto González García, de la Secretaría de Economía, y los Sres. Stephan E. Becker y Sanjay J. Mullick, de Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP, asistieron en representación del Demandado. El Sr. Gonzalo Flores asistió en calidad de Secretario del Tribunal.

24. En la primera sesión, las siguientes entre otras cuestiones fueron acordadas por las Partes o bien decididas por el Tribunal:

- Las Partes confirmaron su conformidad en cuanto a que el Tribunal había quedado debidamente constituido el 21 de junio de 2006, de acuerdo con el Reglamento del Mecanismo Complementario y el Capítulo XI del TLCAN.
- Se confirmó que, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 1120 del TLCAN, el procedimiento se conduciría de acuerdo con lo previsto en el Reglamento del Mecanismo Complementario según las modificaciones que correspondieran en virtud de las disposiciones de la Sección B del Capítulo XI del TLCAN.
- Se confirmó que, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 28(1)(f) y 58 del Reglamento del Mecanismo Complementario y la Regla 14 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, las Partes sufragarían los gastos del procedimiento en partes iguales, sin perjuicio de la decisión final del Tribunal en materia de costas.
- Se acordó que constituiría quórum para las sesiones del Tribunal la totalidad de sus tres miembros y que, en el caso de las audiencias, todos los miembros del Tribunal deberían estar presentes físicamente. Asimismo, se acordó que el Tribunal podría adoptar decisiones por correspondencia entre sus miembros, o por cualquier otro medio adecuado de comunicación, siempre que se consultara a todos los miembros. Las decisiones del Tribunal se adoptarían por una mayoría de sus miembros.
- Se acordó, además, que los idiomas del procedimiento serían el inglés y el español. Se dispondría lo necesario para que hubiera interpretación simultánea del inglés al español y del español al inglés en todas las audiencias.
- El lugar acordado del arbitraje sería Toronto, Canadá. Sin embargo, también se acordó que las audiencias se celebrarían en la sede del CIADI en la ciudad de Washington, D.C., a menos que el Tribunal determinara otra cosa después de consultar con las Partes, y que donde fuese que se firme el laudo, este se entenderá hecho en Toronto, Canadá.
- Se acordó que el presidente del Tribunal tendría la facultad de fijar y prorrogar los plazos para la conclusión de las diversas etapas del procedimiento. También se acordó que, en circunstancias extraordinarias, el presidente del Tribunal tendría la facultad de decidir por sí mismo acerca de otras cuestiones procesales, pero que su decisión sería válida únicamente después de ser ratificada por los demás miembros del Tribunal.
- Las Partes acordaron que los escritos serían los siguientes: (a) Memorial de la Demandante; (b) Memorial de Contestación del Demandado; (c) Memorial de Réplica de la Demandante, y (d) Memorial de Dúplica del Demandado.

- El Tribunal decidió que no se bifurcarían las etapas de determinación de la responsabilidad y la cuantía de los daños y perjuicios.
 - Se acordó que, en el calendario del procedimiento, se contemplaría el derecho de las demás Partes en el TLCAN a hacer las presentaciones previstas en el Artículo 1128, y el Tribunal solicitó a Estados Unidos y Canadá que, si así lo quisieran, ejercieran sus derechos en virtud del Artículo 1128 dentro de los 30 días de presentado el Memorial de Contestación por el Demandado.
 - El Tribunal fijó un calendario para el intercambio de escritos y la producción de documentos.
 - Por último, se acordó que el Reglamento de la Asociación Internacional de Abogados (AIA) sobre recepción de prueba en el arbitraje comercial internacional serviría de orientación al Tribunal respecto de la tramitación del procedimiento.
25. El 3 de octubre de 2006, a sugerencia del Tribunal, las Partes acordaron que el Sr. Jonathon DeBoos, de nacionalidad Australiano, actuaría como asistente del presidente del Tribunal. Después de asumir otro cargo, el Sr. DeBoos fue reemplazado por la Sra. Leah D. Harhay, nacional de los Estados Unidos, en febrero de 2008.
26. El 2 de noviembre de 2006, el Tribunal dictó la *Resolución Procesal N.º 1*, relativa a la información confidencial. Conforme a esta Resolución, cualquier Parte que presentara un documento que contuviera alguna cuestión confidencial o información gubernamental debía designar al documento como confidencial. Todos los documentos designados como confidenciales y toda información derivada de ellos debía usarse únicamente a los fines de este arbitraje. La Resolución contenía un acuerdo *pro forma* de confidencialidad para terceros, como los testigos, que éstos debían firmar.

Escritos de las Partes

27. Según el calendario del procedimiento acordado en la primera sesión del Tribunal, la Demandante presentó su Memorial el 22 de diciembre de 2006. El Memorial de la Demandante fue acompañado de las declaraciones testimoniales de Michael A. Urbanic, Jeffrey Alan Cotter y Eduardo Ortega, Jr.; los informes periciales de Peter A. Meyer y Brent C. Kaczmarek, analistas financiero certificado (CFA), y pruebas documentales y citas de doctrina. Todas las declaraciones testimoniales y los informes periciales fueron acompañados de una declaración de confidencialidad firmada por cada testigo o perito.

28. El 10 de enero de 2007, las Partes solicitaron al Tribunal la aclaración del calendario del procedimiento acordado en la primera sesión del Tribunal. Antes de dictar una resolución procesal completa, el Tribunal notificó a las Partes, el 17 de enero de 2007, que el Demandado tenía hasta el 7 de febrero de 2007 para presentar su solicitud de presentación de documentos. Después de ello, el Tribunal emitió la *Resolución Procesal N.º 2* del 25 de enero de 2007, que fue emitida el 29 de enero de 2007. En esta resolución se aclararon y modificaron las fechas de las etapas del calendario del procedimiento acordado en la primera sesión del Tribunal.
29. El 3 de abril de 2007, las Partes acordaron la prórroga del plazo para la presentación del Memorial de Contestación del Demandado.
30. De acuerdo con el calendario modificado del procedimiento, el Demandado presentó su Memorial de Contestación el 2 de mayo de 2007, junto con las declaraciones testimoniales de Luis de la Calle Pardo, Gabriel Ramírez Nambo, Ildefonso Guajardo Villarreal, Ángel Villalobos; un informe pericial de Pablo Rión & Asociados, y apéndices, pruebas documentales y citas de doctrina.
31. En el Artículo 1128 del TLCAN se dispone que una Parte en el TLCAN podrá, previa notificación escrita a las partes en una diferencia en virtud del Capítulo XI, presentar comunicaciones a un tribunal sobre una cuestión de interpretación del TLCAN. El 29 de mayo de 2007, el Gobierno de Canadá señaló que no tenía intención de presentar ninguna comunicación en virtud del Artículo 1128 antes de la audiencia de octubre, aunque se reservaba el derecho a presentar comunicaciones en la audiencia. Si bien tampoco se recibieron comunicaciones en virtud del Artículo 1128 de Estados Unidos, el 28 de septiembre de 2007, el Gobierno de Estados Unidos señaló que enviaría representantes a la audiencia.
32. De acuerdo con el calendario modificado del procedimiento, la Demandante presentó su Memorial de Réplica el 2 de julio de 2007, junto con las declaraciones testimoniales de refutación de Michael A. Urbanic, Jeffrey Alan Cotter, Eduardo Ortega, Jr. y Chad Jurgens; un dictamen pericial de refutación de Brent C. Kaczmarek, CFA, y pruebas documentales y citas de especialistas jurídicos.

Excepción de falta de jurisdicción

33. El Demandado afirmó en su Memorial de Contestación que el Tribunal carecía de jurisdicción “para conocer dos de las tres medidas objeto de la reclamación de Cargill” y solicitó que el Tribunal suspendiera el procedimiento y resolviera de manera preliminar las objeciones a su jurisdicción. De esa manera, el 6 de julio de 2007 se suspendió el procedimiento de conformidad con lo previsto en el Artículo 45(4) de las Reglamentos de Arbitraje del Mecanismo Complementario. Como en el Memorial de Réplica de la Demandante constaban sus observaciones a las excepciones a la jurisdicción planteadas por el Demandado, se concedieron siete días al Demandado para que formulara comentarios adicionales.
34. El 9 de julio de 2007, la Demandante informó al Tribunal que no tenía intención de hacer más comentarios sobre las excepciones a la jurisdicción planteadas por el Demandado.
35. El 12 de julio de 2007, el Demandado formuló comentarios acerca de la cuestión de la tramitación por separado de las etapas del procedimiento relativas a la jurisdicción y el fondo del asunto. El mismo día, la Demandante opuso excepción a esta otra presentación del Demandado y sostuvo que debía eliminarse del expediente. Subsidiariamente, la Demandante contestó también el escrito del Demandado.
36. El 18 de julio de 2007, el Tribunal emitió la *Resolución Procesal N.º 3* de 16 julio de 2007. En esta Resolución, el Tribunal rechazó la bifurcación del procedimiento y decidió que las excepciones a la jurisdicción planteadas por el Demandado serían decididas junto con el fondo del asunto del caso. En consecuencia, se reanudó el procedimiento relativo al fondo del asunto.
37. De acuerdo con el calendario modificado del procedimiento, el Demandado presentó su Memorial de Dúplica el 20 de agosto de 2007, junto con las declaraciones testimoniales de refutación de Hugo Perezcano Díaz, Ricardo Ramírez Hernández y Luis de la Calle Pardo; un informe pericial de refutación de Pablo Rión & Asociados; así como pruebas documentales y citas de doctrina.
38. El 17 de septiembre de 2007 se celebró una conferencia telefónica anterior a la audiencia. La Demandante estuvo representada por el Sr. Jeffrey W. Sarles y el

Sr. William H. Knull, de Mayer Brown LLP. El Demandado estuvo representado por el Lic. Luis Alberto González García, de la Secretaría de Economía, el Sr. Stephan E. Becker, de Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP, y el Sr. J. Christopher Thomas, de Thomas & Partners.

Audiencia arbitral

39. La audiencia arbitral se llevó a cabo del 1 al 5 de octubre de 2007, en la sede del CIADI en Washington D.C. . La Demandante estuvo representada por los Sres. Jeffrey W. Sarles, William H. Knull y Richard D. Deutsch, y por la Sra. Violeta I. Balan, de Mayer Brown LLP. También asistió el Sr. Glen Goldman en calidad de representante de la Demandante. El Demandado estuvo representado por el Lic. Luis Alberto González García, de la Secretaría de Economía, los Sres. Stephan E. Becker, Sanjay J. Mullick y Jonathan Mann, de Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP, los Sres. J. Christopher Thomas, J. Cameron Mowatt y Greg Tereposky, de Thomas & Partners, y el profesor James Crawford. También asistió en representación del Demandado el Sr. Salvador Behar, de la Embajada de México en Washington DC.
40. Los Sres. Keith Benes, Mark Feldman y Jeremy Sharpe, y la Sra. Jennifer Thornton, de la Oficina del Asesor Jurídico del Departamento de Estado de EE. UU., asistieron como observadores de Estados Unidos.
41. En la audiencia, la Demandante contrainterrogó a los siguientes testigos: Dr. Luis de la Calle Pardo; Sr. Ángel Villalobos Ramírez; Sr. Gabriel Ramírez Nambo; Lic. Hugo Perezcano Díaz; Sr. Pablo Rión Santisteban, y Sr. Ildfonso Guajardo Villarreal.
42. El Demandado contrainterrogó a los siguientes testigos: Sr. Michael A. Urbanic; Sr. Jeffrey Alan Cotter; Sr. Eduardo Ortega, Jr., y Sr. Brent C. Kaczmarek, CFA.
43. En la audiencia, las Partes acordaron que no había necesidad de presentar memoriales posteriores a la audiencia y, en consecuencia, el Tribunal no dictó ninguna resolución al respecto. Sin embargo, también se acordó que el Tribunal podría pedir a las Partes que presentaran escritos sobre algunas cuestiones, si se necesitaran aclaraciones sobre cuestiones específicas.

44. Durante el curso de este arbitraje, las Partes han pagado los adelantos de las costas, según las instrucciones impartidas por el CIADI.

Presentaciones posteriores a la audiencia

45. En la Audiencia arbitral, el Tribunal expresó interés en recibir los laudos de los arbitrajes conexos, *Archer Daniels Midland y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos (ADM)* y *Corn Products International c. Estados Unidos Mexicanos (CPI)*, si las Partes dispusieran de ellos durante las deliberaciones del Tribunal. El Tribunal reiteró esta solicitud en una carta dirigida a las Partes el 9 de febrero de 2008.
46. El 9 de abril de 2008, el Demandado escribió al Tribunal que había recibido el laudo del caso *ADM*, pero que hasta el momento no había podido obtener el consentimiento de la demandante del caso *ADM* respecto de una versión testada del laudo para su distribución². Habida cuenta de su imposibilidad de proporcionar el laudo, el Demandado explicó, en términos generales, la indemnización por daños y perjuicios que se había concedido y adjuntó la notificación de la solicitud presentada por la demandada para dejar sin efecto la porción de daños y perjuicios del laudo que explicaba las cifras relativas a la indemnización por daños y perjuicios. Por último, el Demandado solicitó al Tribunal que esperara hasta la publicación del laudo del caso *ADM* a fin de que pudiera tenérselo en cuenta en sus razonamientos.
47. La Demandante respondió el 11 de abril de 2008, y alegó que el Tribunal no debería esperar la publicación del laudo del caso *ADM*, y en cambio solicitó el dictado de un laudo de manera expedita. La Demandante también afirmó que no correspondía que el Demandado planteara argumentos acerca de un laudo que ni la Demandante ni el Tribunal habían visto³.
48. El 17 de julio de 2008, el Demandado presentó el laudo del caso *ADM* al Tribunal.

² El Demandado también señaló que, desde la audiencia arbitral, había continuado procurando obtener reparación de un panel bajo el Capítulo XX. El Demandado explicó que Estados Unidos se había “negado a aprobar la remisión de la diferencia a un panel”. Debido a su infructuoso intento durante ocho años por hacer que Estados Unidos se presente ante un panel del Capítulo XX, el Demandado quería informar al Tribunal que “había llegado renuientemente a la conclusión de que no [podría] lograr que se hiciera justicia en ese foro”.

³ La Demandante también afirmó que la descripción hecha por México de los acontecimientos recientes en la “diferencia relativa al azúcar” era irrelevante para este arbitraje.

49. El 21 de julio de 2008, la Demandante proporcionó sus comentarios al Tribunal con respecto al laudo del caso *ADM*. El 31 de julio de 2008, el Demandado presentó asimismo sus comentarios con respecto al laudo del caso *ADM* y en respuesta al escrito de la Demandante del 21 de julio de 2008.
50. El 4 de agosto de 2008, la Demandante presentó una respuesta no solicitada a los comentarios formulados por el Demandado el 31 de julio de 2008. El Demandado opuso objeciones de inmediato a esta respuesta presentada sin permiso previo del Tribunal el 8 de agosto de 2008.
51. El 13 de agosto de 2008, el Tribunal envió una carta a las Partes acusando recibo de la presentación no autorizada de la Demandante de 4 de agosto de 2008 y, a fin de asegurar la equidad, permitió al Demandado contestar al escrito de la Demandante. El Demandado respondió en consecuencia el 19 de agosto de 2008.

IV. RESUMEN DE LOS HECHOS Y ARGUMENTOS

52. Para establecer los hechos, el Tribunal primero se referirá a los productos mismos y después a los acuerdos entre Estados Unidos y México con respecto al azúcar y el jarabe de maíz de alta fructosa (“JMAF”) en el marco del TLCAN, y a la carta convenio complementaria en que se sustenta esta diferencia. El Tribunal procederá luego a exponer los detalles de las actividades de la Demandante en México antes de analizar las medidas introducidas por México que son objeto de la queja de la Demandante y por las cuales procura obtener reparación en este procedimiento. Muchos de los hechos no son objeto de controversia.

Información básica acerca del jarabe de maíz de alta fructosa

53. El JMAF es un edulcorante producido a partir de pasta de almidón de maíz mediante un complejo proceso de uso intensivo de capital. Se utiliza como sustituto de bajo costo del azúcar para endulzar refrescos y otros productos alimenticios.
54. Hay tres calidades comerciales de JMAF: JMAF-42 (42% de fructosa), JMAF-55 (55% de fructosa) y JMAF-90 (90% de fructosa). El JMAF-90 se utiliza usualmente en jarabes especiales y antes se ha utilizado en fórmulas de bebidas dietéticas, de bajas

calorías. En la actualidad, el JMAF-90 comúnmente se combina con el JMAF-42 para producir JMAF-55.

55. El JMAF-55 se creó para la industria de los refrescos carbonatados como edulcorante de gusto equivalente a la sucrosa. El JMAF-55 es más dulce y tiene más sólidos que el JMAF-42. Por lo tanto, se requiere más JMAF-42 para obtener la dulzura del JMAF-55. Si bien hay algunos productos que pueden usar cualquier tipo de JMAF, otros requieren JMAF-55 debido a su nivel de dulzura, los sólidos o las aplicaciones.
56. Los refinadores de maíz de Estados Unidos (incluida la Demandante) desarrollaron la tecnología para la producción en masa de JMAF a mediados del decenio de 1970. Con posterioridad, el JMAF reemplazó rápidamente al azúcar como edulcorante primario de refrescos en Estados Unidos. Para fines de la década de 1980, los productores estadounidenses de refrescos dependían casi exclusivamente del JMAF como edulcorante.
57. La Demandante afirma que el JMAF tiene varias ventajas con respecto al azúcar, incluido su costo más bajo de producción, la consistencia de calidad y la facilidad de almacenamiento y distribución. El Tribunal observa, sin embargo, que la ventaja del precio del JMAF depende del costo del azúcar en los mercados en los cuales compete.

Información básica sobre el azúcar

58. Hay tres tipos básicos de azúcar que se comercializan en el mercado mundial, a saber: 1) azúcar sin refinar, que es mínimamente procesada; 2) azúcar de caña refinada, que se procesa para remover todas las impurezas, y 3) azúcar estándar, un azúcar semirrefinado (que se conoce como estándar en México).
59. Según el Demandado, el azúcar tiene una amplia producción y es uno de los mercados agrícolas más protegidos del mundo. Muchos Estados, incluidos Estados Unidos y México, restringen el acceso de azúcar importado a sus mercados para sostener el precio interno más elevado, lo que alienta la producción nacional. En consecuencia, se producen superávits que luego deben eliminarse en el mercado mundial residual a precios de necesidad.

60. El precio mundial del azúcar refinado puede fluctuar dramáticamente. El Demandado alega que, durante el segundo quinquenio de la década de 1990, período en el cual México empezó a registrar un gran superávit de azúcar estándar, se observaba una desaceleración considerable en el mercado mundial. Para complicar las dificultades que encaraban los productores de azúcar durante esta etapa desfavorable, el Demandado señala que, debido a los largos ciclos de producción de la caña de azúcar, los productores no podían reaccionar con rapidez ante las señales del mercado.
61. El Demandado hace hincapié en la importancia de la industria del azúcar para su economía. Según el Demandado, la industria mexicana del azúcar genera un importante porcentaje del producto interno bruto de México y crea muchos empleos directos e indirectos, que afectan a entre cuatro y cinco millones de personas en México.

El mercado mexicano de edulcorantes

62. La Demandante afirma que México es el segundo consumidor más grande per cápita de refrescos del mundo, con un consumo anual de más de 150.000 millones de litros, nivel que va en aumento. Antes de principios y mediados del decenio de 1990, los refrescos mexicanos eran edulcorados exclusivamente con azúcar de caña. Como el azúcar era fundamental para la economía de México, la Demandante alega que el Gobierno brindó a los productores mexicanos de azúcar varias modalidades de protección del mercado. Sin embargo, a fines del decenio de 1980 y principios de los años noventa, el Gobierno mexicano empezó a reducir su protección a la industria del azúcar.
63. Además, a principios de la década de 1990, México comenzó a importar JMAF de los Estados Unidos. La Demandante sostiene que, desde 1990 hasta 1993, las importaciones de JMAF de Estados Unidos crecieron un 507%, aunque seguía correspondiendo a sólo el 1,25% del mercado total de edulcorantes industriales de México.

Actividades de la Demandante relativas al JMAF antes del TLCAN

64. La Demandante se caracteriza como “productor mundial de productos alimenticios y de otra naturaleza que se enorgullece de ser un líder del mercado en todas las

actividades comerciales que emprende”. La Demandante ingresó en la actividad del JMAF construyendo una refinería en Dayton, Ohio, en una asociación en participación con Miles Laboratories, que inició su actividad comercial en 1977. Para 1993, la Demandante afirma que tenía una participación del [REDACTED] en “todo el mercado norteamericano [de JMAF]”. Producía su JMAF en plantas ubicadas en Dayton, Ohio; Memphis, Tennessee, y Eddyville, Iowa.

65. A fines de la década de 1980, la Demandante afirma que había empezado a considerar invertir en la actividad del JMAF en México con miras a convertirse en líder en el mercado potencialmente grande de JMAF. En 1991, entabló relación con Arancia S.A. de C.V. (“Arancia”), una molinería mexicana de maíz. La Demandante enviaba JMAF de su planta de Memphis por tren a Arancia, que después lo vendía a las embotelladoras mexicanas de refrescos.
66. La Demandante previó que la inminente entrada en vigor del TLCAN aumentaría extraordinariamente el uso de JMAF en México. La Demandante también alega que creía que el TLCAN la protegería de la intromisión del Gobierno. Por lo tanto, en 1993, la Demandante creó una división de molienda de maíz en su filial mexicana, Cargill de México, para vender y distribuir JMAF dentro de México. Una vez en funcionamiento la actividad de la Demandante relativa al JMAF en México, Cargill de México se convirtió en fundamentalmente responsable de ubicar a clientes, negociar los contratos de venta, entregar el producto y atender a los clientes.
67. La Demandante explica que, a fin de atender a la creciente demanda prevista de JMAF en México, mientras seguía satisfaciendo la demanda interna en Estados Unidos, decidió continuar con su modelo establecido de actividades y ampliar la producción de JMAF en Estados Unidos mientras creaba terminales de distribución en México y en toda América del Norte.

El TLCAN y su tratamiento del azúcar y el JMAF

68. El TLCAN fue suscrito por representantes de los Estados Parte el 17 de diciembre de 1992 y entró en vigor el 1 de enero de 1994. El TLCAN dispuso la inmediata eliminación de los obstáculos al comercio en algunos sectores y la eliminación paulatina en los sectores más delicados, como el de los edulcorantes. La Demandante

explica que esta eliminación paulatina abarcó un período de transición de 15 años para la eliminación de los obstáculos al comercio del azúcar y el JMAF entre México y Estados Unidos.

69. Las disposiciones originales del TLCAN imponían varias condiciones a las exportaciones mexicanas de azúcar a Estados Unidos durante el período de transición de 15 años. Como lo explicó la Demandante, había una cuota mínima fija libre de aranceles de 7.258 toneladas métricas por año comercial. Además, según el párrafo 15 del Anexo 703.2(A) del TLCAN, México podría exportar a Estados Unidos su superávit neto de producción de azúcar (producción nacional menos consumo interno de azúcar) dentro de los siguientes límites: 25.000 toneladas métricas durante los primeros seis años comerciales; 150.000 toneladas métricas en el séptimo año comercial (2000-01), y el 110% del límite máximo correspondiente al año comercial anterior, a partir del octavo año comercial y hasta el decimocuarto año comercial (desde el 1.º de octubre de 2001 hasta el 31 de septiembre de 2008), momento en el cual la exportación pasaría a ser ilimitada.
70. Sin embargo, conforme al párrafo 16 del Anexo 703.2(A), México podía exceder estos máximos a partir del séptimo año comercial si se cumplía cualquiera de las siguientes tres condiciones: 1) México alcanzara un superávit neto de producción en dos años comerciales consecutivos cualesquiera; 2) México lograra un superávit neto de producción en el año comercial que esté corriendo y el anterior, o 3) México alcanzara un superávit neto de producción en el año comercial que esté corriendo y las proyecciones indicaran que lo mismo sucedería en el año comercial siguiente (a menos que más adelante se comprobara que estas proyecciones no eran correctas). En estas condiciones, según alega la Demandante, el azúcar mexicano tendría acceso ilimitado en Estados Unidos.
71. La Demandante argumenta que en el TLCAN se dispuso un trato mucho más simple de las exportaciones estadounidenses de JMAF con destino a México. En él se disponía un trato sólo arancelario para las exportaciones estadounidenses, a partir del 15% y con una reducción que llegaría a cero en 2004.

La sanción del TLCAN en el Congreso de Estados Unidos y la carta convenio complementaria

72. El Demandado afirma que la industria estadounidense del azúcar se opuso a la apertura del mercado estadounidense del azúcar a México porque le preocupaba que esto redujera el precio estadounidense del mercado del azúcar y redujera de esa manera el rendimiento para los productores. Según la cronología conjunta de la diferencia, compilada por las Partes a solicitud del Tribunal durante la audiencia (“Cronología conjunta”), el Representante de los Estados Unidos para Asuntos Comerciales (REUAC), el embajador Michael Kantor, en respuesta a estas inquietudes, propuso un intercambio de correspondencia para aclarar la manera en que el JMAF se contemplaría en el cálculo del “superávit neto de producción” en el marco del TLCAN. Tras meses de negociaciones, Estados Unidos y México acordaron una carta complementaria por la que se modificaron varias disposiciones sobre el azúcar en el TLCAN. El Demandado afirma que por esta carta complementaria se ajustaron las disposiciones relativas a la cuota para permitir más exportaciones de México a Estados Unidos durante los primeros años de la transición, aunque un volumen menor en los años posteriores, y además se estipuló que la producción mexicana de azúcar debería exceder su consumo tanto de azúcar como de JMAF para que se considerara a México como un productor superavitario neto. La carta complementaria fue rubricada por los principales negociadores en dos idiomas (inglés y español) el 3 de noviembre de 1993; la versión en inglés fue presentada por el Presidente de los Estados Unidos al Congreso como parte del “paquete del TLCAN” el 4 de noviembre de 1993.
73. Posteriormente, surgió una controversia cuando México alegó que Estados Unidos había incluido en su versión de la carta una frase que no había sido parte del convenio. El Demandado afirma que, según la versión estadounidense de la carta complementaria, dejaría de aplicarse el párrafo 16 del Anexo 703.2(A) (descrito más arriba). Además, el Demandado afirma que la carta de Estados Unidos sólo incluía el consumo de JMAF en el cálculo del “superávit neto de producción”, en tanto que en la carta de México se incluyen tanto el consumo como la producción de JMAF. Debido a las diferencias entre ambas cartas, la posición de México era que prevalecían los

términos originales del TLCAN y que las Partes nunca llegaron a un acuerdo en contrario.

Actividades de la Demandante relativas al JMAF después del TLCAN

74. Esta sección, en la que se describen los presuntos efectos de la sanción del TLCAN en las actividades de la Demandante relativas al JMAF, se basa en las afirmaciones fácticas contenidas en los memoriales y el testimonio de la Demandante.
75. Después de la sanción del TLCAN, la Demandante decidió aprovechar las oportunidades en México que presentaba el TLCAN ampliando su capacidad de producción y construyendo terminales de distribución en México y Estados Unidos. Para 1995-96, Cargill de México había desarrollado un equipo de personal técnico y de ventas que se reunió con los embotelladores mexicanos de refrescos para explicarles las diversas ventajas del JMAF respecto del azúcar y el cambio de equipo necesario para efectuar una conversión al JMAF. En algunos casos, la Demandante acordó financiar el cambio necesario de equipo a fin de afianzar estas relaciones comerciales.
76. La Demandante analizó construir una planta de JMAF en México, pero en cambio determinó que sería más eficiente fabricar JMAF en plantas de Estados Unidos y enviarlo a Cargill de México para su distribución a los clientes que habían celebrado contratos de venta con Cargill de México.
77. El objetivo de la Demandante era lograr una participación del [REDACTED] % en el mercado de México, lo que se consideraba realista ya que tenía buenas relaciones de trabajo tanto con Coca-Cola como con Pepsi-Cola. Para lograr este objetivo y seguir atendiendo a sus demás clientes de América del Norte, la Demandante creía que debía ampliar su capacidad de producción de JMAF en América del Norte.
78. Para aplicar esta estrategia, la Demandante construyó una nueva planta de JMAF en Blair, Nebraska, que empezó a funcionar en 1995. Sin embargo, con el crecimiento de la demanda de JMAF en América del Norte, se hizo necesaria una mayor expansión. Para fines de 1996, la Demandante duplicó la capacidad de su planta de Blair, y en 1997 terminó la expansión de su planta de Eddyville, Iowa. En ese momento, también amplió su planta de Memphis, Tennessee. En total, la Demandante aumentó la capacidad de producción de JMAF en [REDACTED] de libras entre 1993 y 1998. El

Sr. Michael A. Urbanic, presidente de la División de Molienda de Maíz de América del Norte de Cargill durante este período, declaró que esta expansión se vio impulsada en gran medida por las oportunidades de distribuir JMAF en México a través de Cargill de México.

79. La Demandante también construyó centros de distribución para atender a sus clientes mexicanos. En 1994, terminó la construcción de su centro de distribución en Tula, Hidalgo. También construyó un centro de distribución de JMAF en McAllen, Texas, para atender a sus clientes del noreste de México. Según la Demandante, invirtió casi US\$5 millones tan sólo en estos dos centros de distribución.
80. La Demandante afirma que la devaluación del peso en 1995 hizo retroceder temporalmente el aumento del uso de JMAF pero que, en 1996, Coca-Cola México empezó a usar una mezcla de JMAF y azúcar en sus refrescos, lo que a su vez impulsó la conversión generalizada de las embotelladoras mexicanas de refrescos al JMAF. El consumo mexicano de JMAF aumentó más del 156% desde 1995, y el porcentaje de JMAF en los edulcorantes industriales se duplicó con creces a casi el 11%. Según la Demandante, la participación de Cargill de México en las ventas de JMAF en México aumentó del [REDACTED]% en 1995 al [REDACTED]% en 1996, y al [REDACTED]% en 1997.

Los problemas de la industria mexicana del azúcar y la queja de México relativa al acceso al mercado

81. El Demandado alega los siguientes hechos respecto de los problemas financieros que surgieron en su industria del azúcar y sus quejas frente a Estados Unidos por la presunta falta de acceso de su azúcar al mercado de Estados Unidos.
82. En 1995, el Demandado pasó de ser un importador neto de azúcar a ser un productor superavitario neto. Entre 1995 y 2000, los superávits de azúcar de México aumentaron rápidamente debido al aumento de la productividad y las zonas plantadas después de la privatización, así como también al menor consumo interno durante la crisis financiera de mediados del decenio de 1990. Además, el aumento de las importaciones de JMAF provenientes de Estados Unidos y el crecimiento de la producción nacional de JMAF desplazaron a una cantidad creciente de azúcar. Los excedentes de azúcar tenían que venderse en el mercado interno, lo que reduciría más los precios, o en el mercado

mundial a una pérdida considerable. Esta situación sometió a la industria mexicana del azúcar a una gran presión.

83. Asimismo, como se analizó antes, había desacuerdos entre Estados Unidos y México con respecto al tratamiento del azúcar en el marco del TLCAN. El primer desacuerdo se refería a la manera en que el “superávit neto de producción” debía calcularse en el marco del TLCAN, ya que Estados Unidos contaba tan sólo el consumo de JMAF en México, en tanto que México incluía tanto la producción como el consumo de JMAF. El segundo desacuerdo se refería a si el párrafo 16 del Anexo 703.2(A) seguía aplicándose. Según esta disposición, México podría tener derecho a exportar todo su superávit de azúcar en el año comercial 2000.
84. En respuesta al creciente superávit de azúcar de México, que empezó a desestabilizar el sector azucarero, el Demandado procuró aumentar el acceso al mercado de Estados Unidos y evitar lo que el Demandado consideraba como una “diferencia comercial anunciada”.

Esfuerzos de México por solucionar la diferencia relativa al acceso del azúcar al mercado

85. México, en sus escritos, detalla sus esfuerzos por solucionar la diferencia relativa al acceso del azúcar al mercado, los que se mencionan a continuación. El 14 de julio de 1997, el presidente Zedillo escribió al presidente Clinton en un intento por solucionar la diferencia relativa al acceso del azúcar al mercado, y solicitó específicamente un mayor acceso al mercado de Estados Unidos. Si bien continuaron las negociaciones de alto nivel durante todo el año 1997, no se lograron progresos. Por lo tanto, el 13 de marzo de 1998, México inició la solución de diferencias prevista en el Capítulo XX del TLCAN y solicitó consultas conforme a lo previsto en dicho capítulo.
86. En el Capítulo XX se dispone un régimen para la solución de algunas diferencias entre las Partes en el TLCAN. El primer paso de la solución de diferencias prevista en el Capítulo XX consiste en consultas entre las Partes (Artículo 2006). Si ellas no tienen éxito, cualquiera de las Partes puede solicitar una reunión de la Comisión de Libre Comercio (CLC). La CLC está integrada por representantes de cada Estado Parte a nivel de Secretaría de Estado y es responsable, *inter alia*, de supervisar la puesta en

práctica del TLCAN y resolver las controversias que pudiesen surgir con respecto a su interpretación o aplicación (Artículo 2001). Una vez que cualquiera de las Partes haya solicitado que se reúna la CLC, salvo que decida otra cosa, la Comisión se reunirá dentro de los 10 días siguientes a la entrega de la solicitud, y se avocará sin demora a la solución de la controversia (Artículo 2007). Cuando la Comisión se haya reunido y el asunto no se hubiere resuelto dentro de los 30 días posteriores a la reunión, o cualquier otro período semejante que las Partes consultantes acuerden, cualquiera de éstas podrá solicitar el establecimiento de un panel arbitral (Artículo 2008(1)). En el Artículo 2008(2) se dispone que, a la entrega de la solicitud, la CLC establecerá un panel arbitral.

87. A tal fin, en el Artículo 2009 se dispone que los Estados parte integrarán, a más tardar el 1 de enero de 1994, y conservarán, una lista de hasta 30 individuos que cuenten con aptitudes y la disposición necesarias para ser panelistas. En 1998, había 15 panelistas, si bien en la audiencia el Demandado señaló que esta lista inicial de 15 había caducado en algún momento. Las Partes en el TLCAN discutieron el aumento de la lista en varias ocasiones (19-21 de marzo de 1997, 3 de abril de 1998, 18 de septiembre de 1999, 16 de octubre de 2002, 19 de marzo de 2003 y 16 de junio de 2004). Los tres Ministros de Comercio de las Partes en el TLCAN acordaron la lista completa de 30 personas el 24 de noviembre de 2006, pero ella sólo entró en vigor el 1.º de diciembre de 2006. El Tribunal observa, sin embargo, que en el Artículo 2009 no se exige que la lista esté integrada por 30 personas sino sencillamente que lo esté por “hasta 30 individuos”.
88. El Tribunal observa además que en el Artículo 2011(1) se establece el procedimiento para la designación de un panel en el marco del Capítulo XX en las controversias en que haya dos Estados parte contendientes. En dicho artículo se dispone lo siguiente:
- a) El panel se integrará por cinco miembros.
 - b) Las Partes contendientes procurarán acordar la designación del presidente del panel en los 15 días siguientes a la entrega de la solicitud para la integración del mismo. En caso de que las Partes contendientes no logren llegar a un acuerdo dentro de este período, una de ellas, electa por sorteo, designará como presidente, en el plazo de 5 días, a un individuo que no sea ciudadano de la Parte que designa.
 - c) Dentro de los 15 días siguientes a la elección del presidente, cada Parte contendiente seleccionará dos panelistas que sean ciudadanos de la otra Parte contendiente.

d) Si una Parte contendiente no selecciona a sus panelistas dentro de ese lapso, éstos se seleccionarán por sorteo de entre los miembros de la lista que sean ciudadanos de la otra Parte contendiente.

89. Asimismo, el Tribunal observa que en el Artículo 2011(3) se dispone lo siguiente:

Por lo regular, los panelistas se escogerán de la lista. Cualquier Parte contendiente podrá presentar una recusación sin expresión de causa contra cualquier individuo que no figure en la lista y que sea propuesto como panelista por una Parte contendiente, en los 15 días siguientes a aquél en que se haga la propuesta.

90. De acuerdo con la Cronología conjunta, el 15 de abril de 1998, México y Estados Unidos celebraron consultas en virtud del Capítulo XX en un esfuerzo por solucionar la diferencia relativa al acceso del azúcar al mercado, pero no se alcanzó ninguna resolución. El 28 de abril de 1998, en la Cronología conjunta se señala que México informó a la CLC que con las consultas no se logró solucionar la diferencia⁴.

91. En la Cronología conjunta se especifica además que, el 13 de septiembre de 1998, México solicitó una reunión de la CLC en virtud de lo dispuesto en el Artículo 2007 del TLCAN; Estados Unidos, sin embargo, objetó la solicitud de México. El 13 de noviembre de 1998, México solicitó nuevamente una reunión de la CLC, la que se celebró el 17 de noviembre de 1998. Si bien no se llegó a ningún acuerdo entre las Partes, siguieron las deliberaciones.

92. El 5 de enero de 1999, México solicitó nuevamente una reunión de la CLC, conforme a la Cronología conjunta. El secretario Blanco reiteró la solicitud de México en una carta dirigida a la REUAC Charlene Barshefsky el 3 de septiembre de 1999. La CLC se reunió el 17 de septiembre de 1999, pero una vez más no logró solucionar la diferencia.

93. Las Partes continuaron con las negociaciones con miras a solucionar la diferencia antes del inicio del séptimo año comercial el 1.º de octubre de 2000. Como se señaló antes, a partir del séptimo año comercial, México podría exportar su superávit total neto de producción a Estados Unidos si lograba un superávit neto de producción durante dos años consecutivos. A este momento, México había sido un productor superavitario neto desde 1995 y estaba registrando un gran superávit de azúcar. Por lo tanto, el

⁴ En el Memorial de Contestación del Demandado se ubica este hecho un día más tarde, el 29 de abril de 1998.

efecto práctico del desacuerdo entre Estados Unidos y México acerca de la aplicabilidad del párrafo 16 se “sentiría” el 1.º de octubre de 2000, lo que convertiría a esta fecha en importante en el marco de la diferencia. Sin embargo, para agosto de 2000, la diferencia no se había solucionado. Por lo tanto, el 17 de agosto de 2000, México solicitó el establecimiento de un panel según lo previsto en el Capítulo XX para solucionar la diferencia relativa al azúcar.

94. El Secretariado del TLCAN administra las diferencias a que se refiere el Capítulo XX. El Secretariado del TLCAN no es una entidad única con sede en una oficina; está integrada por tres secciones, cada una de las cuales es administrada por una de las Partes en el TLCAN y funciona en su ciudad capital. Según las Reglas Modelo de Procedimiento del Capítulo XX (“Reglas Modelo”), que se establecieron de acuerdo con lo previsto en el Artículo 2012, la sección del Secretariado del TLCAN responsable de la administración de las diferencias en el marco del Capítulo XX es la sección de la Parte contra la que se planteó la reclamación (Reglas Modelo, Regla 2). El Demandado sostiene que, como Estados Unidos es la Parte demandada en este caso, la sección de Estados Unidos del Secretariado del TLCAN es responsable de la administración del caso de la diferencia relativa al azúcar, incluidos los panelistas designados. Por lo tanto, el 17 de septiembre de 2000, la sección mexicana solicitó a la sección de Estados Unidos que procediera a dicho nombramiento.
95. En la Cronología conjunta se explica que la sección de Estados Unidos no actuó. En los meses siguientes, el Sr. Ricardo Ramírez Hernández del Ministerio de Comercio y Desarrollo Industrial de México (SECOFI) (ahora conocido como Secretaría de Economía) intercambió correspondencia con el Sr. William Busis y el Sr. James M. Lyons de la oficina del REUAC con respecto al nombramiento del presidente del panel. El 17 de octubre de 2000, el Sr. Ramírez escribió al Sr. Busis y propuso un presidente del panel. En respuesta, el Sr. Lyons escribió el 17 de noviembre de 2000 para informar que Estados Unidos no prestaría conformidad a la propuesta inicial, pero que Estados Unidos propondría un candidato para la semana del 26 de noviembre de 2000. Sin embargo, cuando Estados Unidos no presentó ninguna propuesta de un candidato para esa semana, el Sr. Ramírez envió un mensaje de correo electrónico de seguimiento al Sr. Lyons el 30 de noviembre de 2000, y un segundo mensaje de correo electrónico el 12 de diciembre de 2000, para informarle que México

aún no había recibido de Estados Unidos la propuesta de un presidente. Más adelante, en diciembre de 2000, el Sr. Lyons informó al Sr. Ramírez que la cuestión se había planteado a nivel político y que él no estaba facultado para proponer panelistas.

96. El Demandado afirma que las Partes reanudaron las negociaciones en enero de 2001, y que los funcionarios mexicanos continuaron insistiendo en el establecimiento del panel. En la Cronología conjunta se describe que, por ejemplo, el 30 de mayo de 2001, el embajador Zoellick y el secretario Derbéz participaron en una conferencia telefónica durante la cual el secretario Derbéz señaló que era necesario solucionar la diferencia relativa al azúcar o que, de lo contrario, México se vería forzado a imponer restricciones al JMAF. Se celebró otra reunión entre la delegación mexicana dirigida por el subsecretario Luis de la Calle Pardo y el embajador Johnson y otros representantes de la oficina del REUAC el 24 de agosto de 2001, para analizar las solicitudes del secretario Derbéz al embajador Zoellick relativas al establecimiento de un panel con respecto a la diferencia relativa al azúcar. El embajador Johnson respondió que “no tenía una respuesta positiva para dar [a México] al respecto”. Afirmó además que “el Gobierno de Estados Unidos estaba bajo mucha presión de su sector azucarero, de modo que México no debería esperar nada y sería mejor buscar una solución negociada”. El subsecretario de la Calle Pardo informó al embajador Johnson que “a menos que [las Partes] pudieran encontrar una solución al problema del acceso del azúcar mexicano al mercado de Estados Unidos, México se vería forzado a imponer restricciones al JMAF”.
97. El 18 de septiembre de 2001, según la Cronología conjunta, el secretario Derbéz compareció ante el Congreso mexicano para informar acerca de su reunión con el embajador Zoellick. El Congreso respondió que el panel debía nombrarse dentro de entre 30 y 60 días o que, de otro modo, México debería tomar otras medidas. En ese momento, el diputado Andrade presentó una propuesta para prohibir las importaciones de JMAF porque la industria del azúcar de México estaba viéndose afectada por el incumplimiento de Estados Unidos con el TLCAN.
98. En la Cronología conjunta se señala que, en octubre de 2001, el secretario Derbéz y el embajador Zoellick se reunieron para analizar, entre otras cosas, un posible impuesto a los refrescos y el nombramiento de panelistas para integrar el panel previsto en el Capítulo XX. Además, en el mismo período, el subsecretario de la Calle Pardo se

reunió con el embajador Johnson para proponer “maneras alternativas” de llegar a una solución de la diferencia.

99. El Demandado sostiene que la negativa de Estados Unidos a cooperar en la designación de panelistas impidió que se atendiera a las reclamaciones del Demandado. Subsidiariamente aduce que, en los 16 meses siguientes a su solicitud para que se estableciera el panel y antes de la sanción del IEPS, hizo todo lo que estaba a su alcance para convencer a Estados Unidos de que se sometiera al mecanismo de solución de diferencias previsto en el Capítulo XX, y que notificó claramente a Estados Unidos que, si el Demandado no podía solucionar la diferencia relativa al azúcar con un panel al amparo del Capítulo XX, adoptaría otras medidas.
100. El 31 de diciembre de 2001, México tomó medidas, como se explica en la Cronología conjunta. Este día, la Cámara de Diputados de México sancionó la Ley del IEPS, que impuso un impuesto del 20% a los refrescos y otras bebidas que contuvieran edulcorantes distintos del azúcar de caña⁵. También, el mismo día, el poder ejecutivo de México anunció que las importaciones de JMAF de Estados Unidos exigirían un permiso emitido por el Secretario de Economía⁶. El Demandado sostiene que estas medidas se adoptaron en respuesta a los dos incumplimientos de Estados Unidos de sus obligaciones en virtud del TLCAN: el no permitir el necesario acceso del azúcar al mercado, y el no cooperar para establecer el panel contemplado en el Capítulo XX.

Derechos antidumping de México

101. Si bien se estaban produciendo la profundización de la crisis en la industria mexicana del azúcar y la diferencia relativa al acceso del azúcar al mercado, la Demandante alega que el Demandado estaba tomando varias medidas para proteger a su industria, como se detalla en la Cronología conjunta. Las medidas empezaron el 25 de junio de 1997, con el inicio de la aplicación de derechos antidumping al JMAF importado cuando la Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcohólica de México solicitó que la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales (UPCI) de ese país iniciara una investigación antidumping respecto del JMAF importado. La investigación

⁵ Cuestión analizada en más detalle a partir del párrafo 105.

⁶ Cuestión analizada en más detalle a partir del párrafo 117.

posterior comenzó el 27 de febrero de 1997 y terminó el 23 de enero de 1998, con una resolución definitiva de la UPCI que imponía derechos antidumping.

102. Después de las infructuosas consultas celebradas entre Estados Unidos y México para solucionar la diferencia relativa a estos derechos antidumping de conformidad con lo establecido en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), Estados Unidos solicitó, en octubre de 1998, el establecimiento de un Grupo Especial de la Organización Mundial del Comercio (OMC) para abordar su reclamación de que los derechos antidumping violaban el Acuerdo Antidumping de la OMC, según la Cronología conjunta. En enero de 2000, la OMC emitió un informe final en el que se concluía que las medidas antidumping de México no eran congruentes con el Acuerdo Antidumping de la OMC. El 24 de enero de 2000, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC aprobó la conclusión del Grupo Especial acerca del incumplimiento y recomendó al Demandado ajustar sus medidas a fin de cumplir con dicho acuerdo. La Demandante afirma que, ante la falta de derogación de los derechos por parte del Demandado, Estados Unidos volvió a la OMC, la que, en junio de 2001, emitió un nuevo informe, en el que se concluye nuevamente que los derechos antidumping de México no cumplían con los requisitos del GATT; ello fue confirmado por el OSD en noviembre de 2001.
103. En la Cronología conjunta se describe que simultáneamente, en febrero de 1998, la Demandante y otros proveedores de JMAF solicitaron la iniciación de un procedimiento en virtud de lo previsto en el Capítulo XIX del TLCAN para investigar los derechos antidumping. Este panel dictó dos decisiones, el 3 de agosto de 2001 y el 15 de abril de 2002, en las que se rechazaba la justificación dada por México para aplicar los derechos y se le otorgaban 90 y 30 días, respectivamente, para derogarlos. El 20 de mayo de 2002, México derogó sus derechos y, el 17 de septiembre de 2002, reembolsó a la Demandante los derechos antidumping pagados en 1997 y 1998.
104. La Demandante alega que los derechos antidumping condujeron a la salida del mercado mexicano de JMAF tanto a ella como a Cargill de México desde 1998 hasta fines de 2001, aunque la Demandante planeaba reconstruir sus actividades comerciales una vez que se levantaran los derechos. La Demandante afirma, sin embargo, que la delicada situación de la industria mexicana del azúcar (analizada antes) llevó al Gobierno de México a expropiar 27 ingenios azucareros en septiembre de 2001 y, en

octubre de 2001, a elevar sus aranceles correspondientes a la Nación más favorecida (NMF), es decir, sus aranceles ajenos al TLCAN, aplicables al JMAF. Además, la Demandante sostiene que, a fines de 2001, el Demandado también adoptó el requisito de contar con un permiso de importación para el JMAF proveniente de Estados Unidos, lo que forzó a los importadores que carecían de permiso, como la Demandante, a pagar aranceles más elevados de NMF⁷.

El IEPS

105. La Demandante, en su Memorial, expuso los siguientes hechos relativos a la sanción y los efectos del IEPS. El 31 de diciembre de 2001, México sancionó una enmienda de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, una norma legal que imponía impuestos al consumo de determinados bienes y servicios. La enmienda, que entró en vigor al día siguiente, introducía un impuesto del 20% a la transferencia interna o la importación de refrescos carbonatados y algunas otras bebidas, jarabes, polvos y concentrados; ello se conoce como el IEPS. El impuesto se aplicaba a todos los productos que contuvieran edulcorantes distintos del azúcar de caña, lo que significaba que la presencia de cualquier cantidad de JMAF en una bebida era suficiente para desencadenar la aplicación del impuesto.
106. La Demandante sostiene que el impuesto era discriminatorio en sus efectos porque, si bien la producción y distribución de JMAF estaba a cargo exclusivamente de empresas de propiedad de Estados Unidos, la producción del azúcar de caña estaba a cargo de empresas de propiedad de México y de ingenios azucareros de propiedad del Gobierno de México. En el informe de la Comisión que acompañó al IEPS se confirmaba que se eximía del impuesto a las bebidas que contuvieran azúcar de caña porque México no quería afectar negativamente a la industria mexicana del azúcar.
107. Como resultado del IEPS, la Demandante afirma que el uso de JMAF se volvió prohibitivo por su costo para los productores mexicanos de bebidas, incluidos los de Coca-Cola y Pepsi-Cola, que inmediatamente cancelaron sus pedidos de JMAF y volvieron a utilizar el azúcar. El impuesto se aplicaba al precio de los refrescos y no al del JMAF, de modo que en realidad era un impuesto del 400% sobre el JMAF

⁷ Cuestión que se analiza más adelante a partir del párrafo 117.

incorporado en las bebidas, lo que redundó, en última instancia, en la cancelación de los pedidos de JMAF por parte de todas las plantas embotelladoras de México.

108. La Demandante afirma que el IEPS tuvo un efecto muy importante en los proveedores de JMAF, ya que el 75% del total de ventas de JMAF en México se hacía a embotelladores de refrescos. Los ingresos por concepto de JMAF se redujeron en un 80% durante los tres primeros días de vigencia del impuesto. En 2002, las importaciones provenientes de Estados Unidos disminuyeron en un 90% con respecto al año anterior y después prácticamente dejaron de existir.
109. La Demandante alega que había una considerable demanda de JMAF en México que el IEPS suprimió artificialmente, como lo demostró la suspensión temporaria del impuesto decretada el 5 de marzo de 2002 por el presidente Vicente Fox Quesada. Se pretendía que la suspensión permaneciera en vigencia hasta el 30 de septiembre de 2002. Inmediatamente después del anuncio de la suspensión, Coca-Cola anunció que reanudaría el edulcorado de sus refrescos con el 30% de JMAF. La suspensión se levantó, sin embargo, el 12 de julio de 2002, por orden de la Suprema Corte de México, que sostuvo que la suspensión decretada por el presidente Fox era inválida y señaló que el impuesto tenía “el fin extrafiscal” consistente en “la protección a la industria azucarera nacional”⁸. La Demandante cita además otras declaraciones de la Suprema Corte y el Secretario de Economía de México en respaldo de su afirmación de que el impuesto tenía una finalidad discriminatoria y proteccionista.
110. Hasta septiembre de 2002, con el IEPS se recaudaron US\$17 millones, un monto considerablemente inferior al indicado por las previsiones oficiales de US\$137,2 millones. La Demandante alega que este hecho confirma que la finalidad del impuesto era perjudicar a la industria del JMAF, en lugar de recaudar ingresos. Además, la Demandante señala que México experimentó un déficit de azúcar durante este período, y alega que México procuró promover la importación de azúcar reduciendo los derechos de importación aplicables al azúcar, en lugar de derogar el impuesto y promover la importación de JMAF.

⁸ Sentencia relativa a la controversia constitucional 32/2002, promovida por la Cámara de Diputados del Congreso mexicano en contra del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, LS n.º 05-2004-0050 JF/ALK español, 9 [C-LA-89A, 9].

111. A fines de 2002, el Congreso de México renovó el IEPS para 2003. La única modificación fue la exención de bebidas que contuvieran más del 20% de jugo de frutas, lo que no tenía efecto alguno en los refrescos.
112. En noviembre de 2003, y otra vez en febrero de 2004, Coca-Cola FEMSA obtuvo resoluciones de amparo contra el IEPS y reanudó el uso de JMAF, según la Demandante. Un pedido de amparo es una petición de que se declare inconstitucional una norma jurídica y se decrete una medida cautelar aplicable sólo al peticionante en el caso de que se trate. Después, la Demandante sostiene que otros embotelladores empezaron a obtener resoluciones de amparo contra el impuesto, con lo que se reabrió el mercado de JMAF en México. Sin embargo, la Demandante afirma que no pudo participar en el mercado debido al requisito de contar con un permiso de importación, lo que se analiza más adelante.
113. El 10 de junio de 2004, Estados Unidos solicitó el establecimiento de un Grupo Especial de la OMC para investigar si el IEPS se ajustaba al cumplimiento de las obligaciones de México en virtud del GATT. El 7 de octubre de 2005, el Grupo Especial de la OMC determinó que la aplicación del impuesto violaba el Artículo III del GATT. La Demandante señala varias declaraciones y conclusiones del Grupo Especial de la OMC, como las siguientes:
- “el JMAF y el azúcar de caña son ‘productos directamente competidores o que se pueden sustituir directamente’ para producir refrescos y jarabes”, así como “productos similares”;
 - las características físicas del azúcar y el JMAF son “prácticamente idénticas”;
 - los productores deciden qué edulcorante usar “en gran medida sobre la base de sus precios relativos”;
 - las reglamentaciones mexicanas sobre el etiquetado no hacen distinción entre el JMAF y el azúcar, de modo que los embotelladores pueden pasar de una a otra mezcla de ambos productos sin necesidad de cambiar la etiqueta;
 - el mismo México ha reconocido que el azúcar y el JMAF están en el mismo mercado de edulcorantes;
 - el JMAF y el azúcar no estaban sujetos “a impuestos semejantes”;
 - el IEPS tenía por fin y se aplicó para “otorgar protección a la producción mexicana de azúcar de caña” y “afect[ó] fundamentalmente a los

edulcorantes importados en contraposición a los productos nacionales similares”;

- la “magnitud de la diferencia entre el impuesto aplicable a los productos importados y el aplicable a los nacionales” ponía más en evidencia el “efecto protector de la medida para la producción mexicana de azúcar”;
- el efecto de protección del impuesto “se ajustaba al carácter general de las medidas adoptadas por México en los últimos años en el sector azucarero” y constituía un “objetivo intencional”;
- el impuesto otorgaba al JMAF importado un “trato menos favorable” que el “otorgado a productos similares de origen nacional”.

114. El panel rechazó el argumento de México de que el IEPS se aplicaba sólo a las bebidas y no al JMAF, y concluyó que, aunque la ley impositiva a primera vista no distinguía entre edulcorantes importados y nacionales, la distinción entre el azúcar de caña y el JMAF “de hecho, diferenciaba entre los edulcorantes importados y los nacionales”⁹.

115. La decisión del Grupo Especial de la OMC fue confirmada después por el Órgano de Apelación de la OMC.

116. Si bien las citas mencionadas de las declaraciones y conclusiones del Grupo Especial de la OMC fueron proporcionadas por la Demandante, ninguna de ellas fue controvertida por el Demandado.

El requisito de contar con un permiso de importación

117. Las Partes están de acuerdo en que, el 31 de diciembre de 2001 (la misma fecha en que México introdujo el IEPS), el poder ejecutivo de México publicó un decreto que establecía nuevos aranceles para 2002 a la importación de bienes en virtud del TLCAN y otros acuerdos comerciales. Conforme a este decreto, las importaciones de JMAF provenientes de Estados Unidos estarían sujetas al requisito de contar con un permiso emitido por el Secretario de Economía (“requisito de contar con un permiso de importación”). Si el importador no tenía un permiso, la importación estaría sujeta al arancel de la NMF establecido por el Decreto del 11 de octubre de 2001. La Demandante explica que estos aranceles de la NMF oscilaban entre el 156% y el 210%; en cambio, el arancel del TLCAN era del 3% para 2002 y del 1,5% para 2003.

⁹ Memorial de la Demandante, párrafo 149, donde cita *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks And Other Beverages*, Informe del Panel, párrafo 8.119 [C-LA-8].

118. La Demandante afirma que México indicó que los permisos de importación se emitirían automáticamente, aunque se reservaba el derecho a limitar o suspender la emisión de permisos. Sin embargo, no publicó el proceso ni los criterios para obtener los permisos. Es más, la Demandante sostiene que, cuando el Secretario de Economía publicó un anuncio en el que se establecía el proceso para obtener los permisos el 20 de marzo de 2003, afirmó que publicaría los criterios para emitir los permisos de importación de JMAF-42, JMAF-55 y JMAF-90 sólo cuando “se den las condiciones necesarias”, aunque los permisos temporarios de importación de estos productos se seguirían emitiendo automáticamente.
119. En mayo de 2003, uno de los competidores de la Demandante obtuvo una resolución de amparo contra el requisito de contar con un permiso. Sin embargo, la resolución de amparo no brindó a la empresa la oportunidad de vender JMAF en México o de importar JMAF proveniente de Estados Unidos puesto que el IEPS seguía vigente en ese momento.
120. La Demandante alega que, cada vez que solicitaba un permiso, su solicitud era rechazada. El 2 de marzo de 2005, se reunió con representantes del Secretario de Economía para averiguar por qué habían sido rechazadas sus solicitudes y qué necesitaba hacer para reunir las condiciones para obtener un permiso. En ese momento, los embotelladores estaban obteniendo resoluciones de amparo contra el IEPS y ocasionando el aumento de la demanda de JMAF nuevamente, pero la Demandante afirma que no podía participar en el mercado. El testigo de la Demandante, Sr. Jeffrey Alan Cotter, atestiguó que funcionarios mexicanos informaron a la Demandante que se le había denegado el permiso porque “el Congreso mexicano no había fijado parámetros cuando estableció la necesidad de contar con un permiso”, de modo que no podía otorgarse ningún permiso.
121. En septiembre de 2005, Cargill de México presentó un recurso de revocación para lograr que se dejaran sin efecto los rechazos de los permisos. La autoridad administrativa no contestó, de modo que Cargill de México entabló un procedimiento judicial de “nulidad” en abril de 2006 que, según la información de que disponía el Tribunal al momento de la audiencia, sigue pendiente.

El efecto del IEPS y el requisito de contar con un permiso de importación

122. La Demandante alega que el IEPS y el requisito de contar con un permiso de importación tuvieron un efecto muy importante en la industria mexicana de los edulcorantes. La Demandante afirma que, antes de aplicarse las medidas, se usaba el JMAF para edulcorar la mayoría de los refrescos mexicanos; sin embargo, para 2003 se eliminó prácticamente de la industria. Las importaciones de JMAF provenientes de Estados Unidos se redujeron de alrededor de 219.000 toneladas métricas en 2001 a cerca de 84.000 toneladas métricas en 2002, a alrededor de 11.000 toneladas métricas en 2003 y a aproximadamente 10.000 toneladas métricas en 2004. La Demandante afirma, con todo, que fue excluida aún de estas cantidades decrecientes.
123. Las Partes están de acuerdo en que las importaciones de JMAF provenientes de Estados Unidos se reanudaron parcialmente en 2005 debido al “*Katrina Swap*”, un acuerdo celebrado entre Estados Unidos y México por el cual cada una de las partes permitió la importación libre de derechos de 250.000 toneladas métricas de productos de la otra parte. Se asignó a la Demandante el 34,52% de esta asignación, pero ella decidió que sería más rentable vender su asignación a competidores en lugar de distribuir ella misma el JMAF. La Demandante sostiene que fue excluida del mercado durante tanto tiempo que no podía sacar pleno provecho de la limitada oportunidad de reingresar a él.

Evolución reciente de la diferencia entre Estados Unidos y México relativa a los edulcorantes

124. El 17 de julio de 2006, México y Estados Unidos anunciaron un acuerdo para solucionar sus diferencias relativas a los edulcorantes y reabrir el mercado de JMAF en México. En el acuerdo se dispuso la derogación del IEPS al 1 de enero de 2007, y se dispusieron cuotas recíprocas libres de derechos de importación de edulcorantes desde el 1.º de octubre de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2007, y el libre comercio en adelante. Durante el período de aplicación de aranceles, Estados Unidos brindaría acceso libre de derechos a 500.000 toneladas métricas de azúcar proveniente de México, y México haría lo mismo respecto de 500.000 toneladas métricas de JMAF proveniente de Estados Unidos. Se preveía que la asignación de la Demandante fuera del [REDACTED] %.

125. En enero de 2007, México indicó a Estados Unidos que pretendía reactivar su reclamación en virtud del Capítulo XX relativa al acceso al mercado del azúcar e incluir en ella una reclamación relativa a la obstrucción de Estados Unidos a su reclamación original en virtud del Capítulo XX. México envió su solicitud de consultas el 15 de marzo de 2007, y dichas consultas se celebraron debidamente el 25 de mayo de 2007. Empero, con las consultas no se logró solucionar la diferencia.
126. El 3 de julio de 2007, México solicitó una reunión de la CLC, que se celebró por teleconferencia el 13 de julio de 2007; con ella tampoco se logró solucionar la diferencia. Después, México y Estados Unidos intercambiaron propuestas de arreglo pero no se llegó a ningún acuerdo. Estados Unidos y México llegaron a otro acuerdo de intercambio el 10 de septiembre de 2007, conforme al cual México importaría 175.000 toneladas de JMAF entre el 1.º de octubre de 2007 y el 1.º de diciembre de 2007.
127. Con todo, el 25 de septiembre de 2007, México solicitó nuevamente el establecimiento de un panel en virtud del Capítulo XX para abordar las diferencias relativas al acceso al mercado del azúcar y la obstrucción de Estados Unidos al arreglo de la diferencia.

V. LEY Y REGLAS APLICABLES

Reglas procesales

128. En el Artículo 1120 del TLCAN se dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 1120: Sometimiento de la reclamación al arbitraje

1. Salvo lo dispuesto en el Anexo 1120.1 y siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:
 - a) el Convenio del CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo;
 - b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI; o
 - c) las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.
2. Las reglas aplicables al procedimiento arbitral seguirán ese procedimiento salvo en la medida de lo modificado en esta sección.

129. En la Primera sesión del Tribunal, celebrada el 14 de septiembre de 2006, se acordó y confirmó que el procedimiento se llevaría a cabo de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI (2003), texto modificado por las disposiciones de la Sección B del Capítulo XI del TLCAN.

Ley aplicable

130. En los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN se establecen, respectivamente, los derechos de un inversionista de un Estado Parte a presentar una reclamación en su nombre o en nombre de una empresa:

ARTÍCULO 1116: Reclamación del inversionista de una Parte, por cuenta propia

1. De conformidad con esta sección el inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida en:
 - a) la Sección A o el Artículo 1503(2), “Empresas del estado”, o
 - b) el párrafo 3(a) del Artículo 1502, “Monopolios y empresas del Estado”, cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A; y que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella.
2. El inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños.

ARTÍCULO 1117: Reclamación del inversionista de una Parte, en representación de una empresa

1. El inversionista de una Parte, en representación de una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta sección, una reclamación en el sentido de que la otra Parte ha violado una obligación establecida en:
 - a) la Sección A; o el Artículo 1503(2), “Empresas del estado”, o
 - b) el Artículo 1502(3)(a), “Monopolios y empresas del Estado”, cuando el monopolio haya actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A, y que la empresa haya sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella.
2. Un inversionista no podrá presentar una reclamación en representación de la empresa a la que se refiere el párrafo 1, si han transcurrido más de tres años a partir

de la fecha en la cual la empresa tuvo conocimiento por primera vez, o debió tener conocimiento de la presunta violación y de que sufrió pérdidas o daños.

3. Cuando un inversionista presente una reclamación de conformidad con este artículo y de manera paralela el inversionista o un inversionista que no tenga el control de una empresa, presente una reclamación en los términos del Artículo 1116 como consecuencia de los mismos actos que dieron lugar a la presentación de una reclamación de acuerdo con este artículo, y dos o más demandas se sometan a arbitraje en los términos del Artículo 1120, el tribunal establecido conforme al Artículo 1126, examinará conjuntamente dichas demandas, salvo que el tribunal determine que los intereses de una parte contendiente se verían perjudicados.
4. Una inversión no podrá presentar una reclamación conforme a esta sección.

131. Con respecto a la ley aplicable a la evaluación de las reclamaciones, en el Artículo 1131 del TLCAN se dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 1131: Derecho aplicable

1. Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional.
2. La interpretación que formule la Comisión sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección.

132. La referencia hecha en el Artículo 1131(1) al Tratado (es decir, al TLCAN) no se restringe al Capítulo XI y abarca todo el Tratado. En el Artículo 102(2) del TLCAN se dispone que el Tratado debe interpretarse y aplicarse a la luz de sus objetivos establecidos y de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional.

133. En el Artículo 1131(1) se hace referencia a las “reglas aplicables del derecho internacional”. Otros tribunales que han sido llamados a decidir en diferencias al amparo del Capítulo XI del TLCAN han considerado que dicha expresión incluye la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscripta en Viena el 23 de mayo de 1969 (“Convención de Viena”). México ratificó la Convención de Viena el 25 de septiembre de 1974.

134. Las reglas de la Convención de Viena acerca de la interpretación de los tratados son ampliamente reconocidas en el sentido de que reflejan el derecho internacional consuetudinario. En los Artículos se dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 31: Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - 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.
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

ARTÍCULO 32: Medios de interpretación complementarios

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del Artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el Artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

135. Por último, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, en una nota de interpretación de cumplimiento obligatorio emitida el 31 de julio de 2001 (“Nota de la CLC”), aclaró el entendimiento de las Partes con respecto al acceso a documentos y la norma mínima de trato de conformidad con el derecho internacional. Con respecto a la última exposición, en la nota de la CLC se explica lo siguiente:

1. El Artículo 1105(1) obliga a respetar el estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario en el tratamiento de extranjeros como el estándar mínimo de trato que se le debe brindar a las inversiones de los inversionistas de la otra parte.

2. Los conceptos de trato “justo y equitativo” y “plena protección y seguridad” no obliga a tratamientos adicionales o más allá de lo que se requiere en virtud del estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario en el trato de extranjeros.
3. Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN, o de un acuerdo internacional distinto, no implica que se haya violado el Artículo 1105(1).

VI. JURISDICCIÓN

Excepciones planteadas

136. El Demandado solicita que el Tribunal declare su falta de jurisdicción para entender en esta diferencia de conformidad con lo establecido en el Artículo 45 del Reglamento de Arbitraje (del Mecanismo Complementario) del CIADI, en el que se dispone que el Tribunal tendrá la facultad de decidir sobre su propia competencia. En su Memorial de Contestación, el Demandado identifica sus excepciones a la jurisdicción de la siguiente manera:

- Acorde con el principio de territorialidad que rige el TLCAN, el Capítulo XI protege las inversiones de inversionistas de una Parte en territorio de otra Parte. Un particular puede invocar las disposiciones del Capítulo XI sólo respecto al trato de otra Parte al inversionista o a sus inversiones en territorio de la otra Parte. Las instalaciones de la Demandante para la producción de JMAF se ubican en Estados Unidos y no en México. El Demandado aduce que las reclamaciones de la Demandante se refieren todas de hecho a estas instalaciones y, por lo tanto, ningún acto u omisión del Demandado puede dar lugar a una reclamación del Capítulo XI.
- El Tribunal carece de competencia para entender en la reclamación de daños y perjuicios de la Demandante basada en la imposición de derechos antidumping al JMAF por dos razones principales. Primero, la reclamación ha prescrito debido a que han transcurrido más de tres años desde que la Demandante conoció de la imposición de la medida. Segundo, la imposición de medidas antidumping se rige exclusivamente por el Capítulo XIX del TLCAN y dichas medidas no son medidas de inversión. De cualquier forma, México reembolsó a la Demandante los derechos antidumping.
- La reclamación de la Demandante respecto al trato de nación más favorecida contemplado en el Artículo 1103 —sobre el hecho de que las importaciones de JMAF provenientes de Canadá recibieron un mejor trato que las provenientes de Estados Unidos— tampoco encuadra en la jurisdicción del Tribunal por dos razones conexas. Primero, la Demandante no ha identificado ninguna inversión de un inversionista canadiense en México al que supuestamente se le haya otorgado un mejor trato que el otorgado a la inversión de un inversionista estadounidense. La Demandante sólo ha alegado trato diferencial entre nacionales del mismo país, es decir, Estados Unidos, en

lugar de discriminación basada en la nacionalidad de un inversionista. Cuando la Demandante sí alega trato favorable de las importaciones de otros países, el Demandado afirma que se trata de una reclamación relativa al comercio de bienes, y no de una reclamación en virtud del Capítulo XI.

- El Demandado ha planteado dos objeciones a las reclamaciones derivadas del requisito de contar con un permiso de importación. Primero, afirma que la Demandante no se había referido a esta reclamación en su Notificación de intención de presentar una Solicitud de iniciación del procedimiento de arbitraje. Al agregarla más adelante como fundamento de su reclamación en su Memorial, la Demandante no cumplió con el requisito de la notificación previsto en el Artículo 1119. Segundo, la reclamación basada en la imposición del requisito de contar con un permiso de importación no encuadra en la jurisdicción del Tribunal puesto que la medida se refiere al comercio de bienes y por lo tanto se rige por las disposiciones del Capítulo III y no el Capítulo XI del TLCAN.
- La presunta violación del Artículo 1105 se basa en la combinación de tres medidas adoptadas por México, incluida la decisión antidumping que está fuera de la jurisdicción del Tribunal. Asimismo, el Artículo 1105 no puede aplicarse a medidas tributarias como el IEPS.

137. No le consta al Tribunal que todas estas excepciones sean objeciones a la competencia jurisdiccional, o si son, en cambio, objeciones a la admisibilidad, o bien sencillamente alegaciones de que la totalidad o parte de la indemnización por daños y perjuicios reclamada por la Demandante no puede justificarse de acuerdo con las pertinentes disposiciones del TLCAN. En lugar de analizar estas excepciones separadamente, el Tribunal ha optado por abordarlas en el contexto del análisis de los factores que la Demandante debe establecer para que prosperen sus reclamaciones, mientras que aborda al principio la cuestión amplia de si las reclamaciones encuadran en la competencia de este Tribunal.
138. Con respecto a los derechos antidumping, la Demandante afirma que no plantea ninguna reclamación basada en estos derechos, en tanto que el Grupo Especial de la OMC como el panel del Capítulo XIX del TLCAN han determinado que son ilegales. El Tribunal observa, sin embargo, que el período de vigencia de los derechos antidumping está involucrado de manera indirecta en la estimación de daños y perjuicios hecha por la Demandante y analizará la cuestión más adelante en el Laudo cuando el Tribunal aborde los daños y perjuicios.
139. Las excepciones relativas a los Artículos 1103 y 1105 se abordarán más adelante cuando se considere el fondo del asunto planteado por la Demandante, con excepción

de que en esta sección se analiza la cuestión general de si las medidas relativas a los bienes pueden encuadrarse dentro del Capítulo XI.

140. En esta parte del Laudo, por lo tanto, el Tribunal se centra en los requisitos jurisdiccionales de los Artículos 1101 y 1115 a 1122, incluido este último, del TLCAN. Sin embargo, antes de hacerlo, analizará la excepción principal a la jurisdicción planteada por el Demandado, basada en el alcance y la cobertura del Capítulo XI en cuanto a la ubicación de la inversión de la Demandante y la pertinencia del Capítulo XI en lo que se refiere a las medidas que afectan a bienes.

Alcance y cobertura del Capítulo XI

141. Los párrafos 226 a 246 del Memorial de Contestación del Demandado se presentan bajo el título “El capítulo XI no otorga protección a las inversiones de un inversionista en su propio territorio”. Al parecer, el Demandado señala dos cuestiones en esta sección. La primera es que el alcance del Capítulo XI, según se expone en el Artículo 1101, se limita a las inversiones de un inversionista en el territorio de otra Parte. La segunda cuestión destacada por el Demandado es que, como regla general, las diferencias relativas al comercio sólo pueden arreglarse por medio del mecanismo de solución de diferencias del Capítulo XX y no pueden ser objeto de una reclamación en virtud del Capítulo XI.
142. Con respecto a la primera cuestión, el Demandado sostiene que la Demandante está reclamando esencialmente una indemnización por daños y perjuicios sufridos por sus operaciones en Estados Unidos y no por operaciones relativas a una inversión hecha en México. El Demandado alega que no es admisible, ya que el Capítulo XI sólo resulta aplicable para brindar reparación por reclamaciones de empresas de Estados Unidos respecto de sus inversiones en México. El Demandado no niega que la Demandante tenga una inversión en México. En su Memorial de Contestación afirma lo siguiente:

El hecho de que Cargill tenga una inversión en México no afecta el análisis anterior. Pudiere considerarse que el Tribunal tiene competencia para conocer de la reclamación del trato otorgado por México a la inversión de Cargill en México, pero no la tiene para conocer la reclamación sobre el efecto que las medidas adoptadas por México tuvieron en sus inversiones en Estados Unidos.

Sin embargo, el argumento del Demandado es que la Demandante reclama fundamentalmente reparación por daños y perjuicios experimentados por sus operaciones en Estados Unidos y que dichas reclamaciones no encuadran en el alcance del Capítulo XI.

143. El segundo aspecto conexo de la presentación del Demandado es que todo perjuicio resultante de una medida vinculada con el comercio de bienes sólo puede ser objeto de una reclamación entre los Estados involucrados (Estados Unidos y México) de conformidad con el proceso de solución de diferencias previsto en el Capítulo XX y no encuadraría dentro del Capítulo XI. En su Memorial de Contestación, el Demandado afirma que:

227. Por lo que respecta al comercio de bienes, el TLCAN contempla que los bienes producidos en el territorio de una de las Partes puedan exportarse al territorio de alguna de las otras Partes del TLCAN. El capítulo III, “Trato nacional y acceso de bienes al mercado”, establece las disposiciones que regulan el trato que la Parte importadora debe dar a dichos bienes. Si una de las Partes del TLCAN considera que una de las Partes incumple con sus obligaciones conforme al capítulo III, puede de conformidad con el artículo 2006 solicitar consultas. Si en éstas no se resuelve la controversia puede recurrir al procedimiento de solución de controversias Estado–Estado establecido en el capítulo XX. Un particular no tiene derecho a iniciar un procedimiento de solución de controversias al amparo del capítulo XX.

228. Por regla general, el mecanismo de solución de controversias en el TLCAN es el establecido en el capítulo XX. Existen dos excepciones a la regla: (i) el arbitraje inversionista–Estado en el que se resuelven las presuntas violaciones a alguna de las obligaciones contempladas en la sección A del capítulo XI y en dos incisos de las disposiciones del capítulo XV; y, (ii) el procedimiento del capítulo XIX en el cual se somete a revisión de un panel binacional las medidas adoptadas en contra de las prácticas desleales de comercio. Ambos procedimientos otorgan al particular acceso directo a la competencia internacional, pero limitada a la materia contemplada en cada capítulo.

229. Es decir, los tribunales establecidos de conformidad con el capítulo XI no tienen facultad para conocer reclamaciones sobre disposiciones de otros capítulos del TLCAN. De igual manera, un panel del capítulo XIX no puede conocer de ningún otro asunto que no sea la revisión de las resoluciones definitivas sobre cuotas compensatorias. (Citas omitidas).

144. La Demandante no niega que su JMAF fuera producido en Estados Unidos pero afirma que tenía una inversión considerable en México y procura obtener una indemnización por daños y perjuicios respecto de la pérdida de flujo de efectivo proveniente de la venta de JMAF en México. Su argumento, según figura en su Memorial de Réplica, es el siguiente:

21. De cualquier manera, la discusión completa de México acerca de las “limitaciones territoriales del Capítulo Once” se basa en una hipótesis defectuosa — que las reclamaciones de Cargill se basan en el “efecto de las medidas de México sobre las inversiones de Cargill en los Estados Unidos”. De hecho, según se explica en el Memorial, las reclamaciones de Cargill se basan en el perjuicio a Cargill y a sus inversiones *en México*. Esa inversión incluyó a Cargill de México debido a que la definición de “inversión” en el Artículo 1139 incluye una “empresa” y Cargill de México encaja en la definición de “empresa” en el Artículo 201. Cargill no está tratando de obtener daños y perjuicios por inversiones en sus plantas en los Estados Unidos, sino más bien por sus pérdidas en sus inversiones en México bajo la forma de flujos de efectivo perdidos como resultado de ventas de fructosa perdidas en México. (Citas omitidas).

22. Es indiscutible que Cargill produjo su fructosa en los Estados Unidos. Pero también es indiscutible que Cargill realizó una enorme inversión en una subsidiaria mexicana, en un centro de distribución ubicado en México, en un equipo de comercialización y ventas ubicado en México —en suma, en una red de distribución de fructosa ubicada en México. El hecho de que el aporte a ese negocio se haya hecho en los Estados Unidos no extingue dicha inversión. Y queda el hecho de que Cargill está tratando de obtener daños y perjuicios por flujos de efectivo perdidos como resultado de las ventas de fructosa *en México* debido a las medidas anti-fructosa de México. (Citas omitidas).

145. La interrelación entre los capítulos del TLCAN que tratan sobre las diferencias relativas a inversiones y los referentes al comercio es una cuestión compleja que no ha sido estudiada cabalmente por otros tribunales.
146. El TLCAN trata el comercio y las inversiones en capítulos distintos. Los Capítulos III y XII se refieren al comercio de bienes y servicios y las disposiciones relativas a la solución de diferencias del Capítulo XX resultan aplicables a las diferencias entre Estados Parte con respecto a dicho comercio. En cambio, las disposiciones del Capítulo XI brindan protección a las inversiones y confieren a un inversionista el derecho a entablar un procedimiento de solución de diferencias directamente contra cualquier Parte receptora.
147. La distinción marcada en el TLCAN entre el comercio de bienes y servicios y la inversión surge además de la definición de “inversión” que aparece en el Artículo 1139:

inversión significa:

- a) una empresa;
- b) acciones de una empresa;

c) instrumentos de deuda de una empresa:

i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o

ii) cuando la fecha de vencimiento original de la obligación sea por lo menos de tres años, pero no incluye una obligación de una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;

d) un préstamo a una empresa:

i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o

ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;

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

f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme al incisos (c) o (d);

g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y

h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a:

i) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o

ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa;

pero inversión no significa:

i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:

i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte; o

ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso d); o

j) cualquier otra reclamación pecuniaria, que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos (a) al (h)[.]

El Tribunal observa que, mientras la definición de “inversión” del Artículo 1139 es amplia e inclusiva, en el párrafo (i) se excluye de la definición, *inter alia*, a las reclamaciones de dinero que surjan exclusivamente de contratos comerciales de bienes y servicios por parte de un nacional o empresa en el territorio de una Parte respecto de una empresa en el territorio de otra Parte.

148. El hecho de que el comercio de bienes y servicios y las inversiones se traten en capítulos distintos del TLCAN no significa *ipso facto* que no pueda haber superposición entre ambos. Es verdad que en el Artículo 1112(1) del TLCAN se dispone que “en caso de incompatibilidad entre este capítulo y otro capítulo, prevalecerá la de este último en la medida de la incompatibilidad”. Sin embargo, la prevalencia de los capítulos no relativos a inversiones sólo rige en caso de incompatibilidad, y una superposición no siempre es una incompatibilidad.
149. Al parecer, por lo menos tres tribunales anteriores también han sido de esta opinión. En el caso *Ethyl Corp. c. Canadá*¹⁰, el tribunal señaló lo siguiente:

62. Canadá afirma que puesto que la Ley de MMT excluye al MMT de la importación con destino a Canadá, y prohíbe el comercio interprovincial de MMT, debe considerarse que afecta el comercio de bienes y por lo tanto encuadra en el Capítulo III del TLCAN, que abarca el “Trato nacional y acceso de bienes al mercado” dentro de la Parte 2 más general relativa al “Comercio de Bienes” (que abarca los Capítulos III a VIII). El argumento consiste en que las cuestiones de comercio de bienes en virtud del Capítulo III dan lugar al procedimiento de solución de diferencias entre gobiernos al amparo de la Sección B del Capítulo XX, y, se afirma que por lo tanto necesariamente excluyen la posibilidad de un arbitraje entre un inversionista y un Estado en virtud del Capítulo XI.

63. Sin embargo, Canadá no cita ninguna fuente autorizada, y no se explaya sobre ningún argumento en cuanto a la razón de que ambos sean necesariamente incompatibles. Canadá se limita al respecto a una referencia al Artículo 1112, que sencillamente exige que “En caso de incompatibilidad entre este capítulo [XI] y otro capítulo [por ejemplo, el III], prevalecerá la de este último en la medida de la incompatibilidad”.

64. Como lo ha señalado Ethyl, Canadá señaló en la audiencia sobre jurisdicción que ésta no era “una cuestión que resultara absolutamente esencial resolver en [esa] audiencia”. Dadas las circunstancias, corresponde tratar, en su caso, esta cuestión en otra ocasión. El Tribunal no puede actualmente excluir la reclamación de Ethyl con este fundamento.

(Traducción del Tribunal)

¹⁰ TLCAN/CNUDMI, Laudo sobre la jurisdicción (24 de junio de 1998).

150. En el caso *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*¹¹, Canadá procuró alegar que las medidas se referían al comercio de bienes y que el TLCAN hacía una distinción “clara” entre las cuestiones relativas al comercio de bienes y las relativas a las inversiones. Afirmó que la diferencia pertinente no era una diferencia relativa a una inversión. El tribunal afirmó lo siguiente en el párrafo 26:

No hay ninguna disposición en el sentido de que la inversión y el comercio de bienes deban tratarse como totalmente independientes. La referencia hecha en la Sección A del Capítulo 11 al trato de las inversiones respecto de la administración, conducción y operación de las inversiones es lo suficientemente amplia como para referirse a medidas concretamente dirigidas a bienes producidos por una inversión en particular. Las disposiciones del nivel mínimo de trato contenidas en el Artículo 1105 bien podrían vincularse a medidas semejantes. Además, el Artículo 1106 relativo a los Requisitos de desempeño hace referencia específica a las limitaciones para tratar a los bienes de determinada manera. En consecuencia, en opinión del Tribunal la redacción de la Sección A del Capítulo 11 no respalda la interpretación restringida de diferencia relativa inversiones que Canadá y México procuran esgrimir. (Traducción del Tribunal)

151. El tribunal del caso *Pope & Talbot* señaló además lo siguiente (párrafo 33):

[E]l hecho de que una medida pueda referirse principalmente al comercio de bienes no siempre significa que no se refiera también a las inversiones o los inversionistas. Por ejemplo, bien puede decirse que el intento por una Parte de exigir a los productores de un bien en particular ubicados en su territorio que adquieran la totalidad de la materia prima específica necesaria a personas de su territorio es una medida relativa al comercio de bienes. Sin embargo, es evidente en virtud de lo dispuesto en el Artículo 1106 que también se trata de una medida relativa a las inversiones en la medida en que podría afectar a la empresa de propiedad de un inversionista de una Parte. (Traducción del Tribunal)

152. Análogamente, en el caso *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*¹², el tribunal señaló lo siguiente (párrafo 139):

Resulta aplicable el Capítulo XI porque SDMI era un inversionista. Tiene el derecho a recuperar las pérdidas económicas ocasionadas a su iniciativa de inversión por una interferencia con su inversión en contraposición a lo dispuesto en el Capítulo XI. El hecho de que parte de la totalidad de las pérdidas de SDMI ocasionadas por la interferencia con su inversión involucrara servicios transfronterizos no impide a SDMI la posibilidad de recuperarlas. (Traducción del Tribunal)

¹¹ TLCAN/CNUDMI, Laudo relativo a la moción preliminar del Gobierno de Canadá (26 de enero de 2000).

¹² TLCAN/CNUDMI, Segundo laudo parcial (21 de octubre de 2002).

153. El Tribunal concluye que no hay una presunción expresa ni implícita de que las medidas relativas a bienes no puedan *ipso facto* ser invocadas como medidas “relativas a” los inversionistas o las inversiones en los términos del Artículo 1101.
154. Esta interrelación entre el comercio y las inversiones adquiere relevancia para la estimación de los daños y perjuicios y, sobre todo, para determinar si los daños y perjuicios sufridos por las ventas efectivas o posibles de exportación son indemnizables, ya que hay una violación respecto de su inversión en México. No se trata de una diferencia en cuanto a la existencia de una inversión en México en forma de Cargill de México. Como el Tribunal sostiene que existe violación de las disposiciones del Capítulo XI del TLCAN en virtud de una medida relativa a la inversión y a la Demandante en su calidad inversionista, la Demandante tiene derecho a reclamar por la pérdida o los daños y perjuicios sufridos “en virtud de esa violación o a consecuencia de ella”¹³. El que dichos daños y perjuicios comprendan las pérdidas sufridas por Cargill en el marco de sus operaciones comerciales en Estados Unidos es una cuestión de interpretación de estas disposiciones relativas a los daños y perjuicios y no es esencialmente una cuestión jurisdiccional. En consecuencia, se analizará más adelante cuando el Tribunal aborde la reclamación de la Demandante en virtud del Artículo 1110 y, nuevamente, con ocasión del cálculo de los daños y perjuicios.

Competencia

155. Las reclamaciones de la Demandante se sustentan en los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN. En virtud del Artículo 1116, el inversionista de una Parte puede someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida en la Sección A del Capítulo XI y aducir “que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella”.
156. En virtud del Artículo 1117, el inversionista de una Parte puede presentar una reclamación en representación de una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto. En el marco de esta disposición, el inversionista puede someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que la otra Parte ha violado una obligación establecida en la Sección A del

¹³ Artículos 1116 y 1117 del TLCAN.

Capítulo XI y aducir “que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella”.

157. En cada caso, se establece que el inversionista —cuando se trata de reclamaciones al amparo del Artículo 1116— o la empresa —cuando se trata de reclamaciones al amparo del Artículo 1117— no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual “tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños”.
158. En el caso del Artículo 1116, por lo tanto, existen tres interrogantes relativas a la jurisdicción: si la reclamación ha sido incoada por un “inversionista de una Parte”; si la reclamación se refiere a una potencial violación de la obligación establecida en la Sección A, y si la reclamación no ha prescrito.
159. En el caso del Artículo 1117, existe otra interrogante relativa a la jurisdicción respecto de si la reclamación ha sido presentada en representación de “una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto”.
160. El demandante también debe cursar una notificación preliminar en virtud del Artículo 1119, así como cumplir la condición previa relativa al consentimiento y, cuando corresponda, a la renuncia, en virtud del Artículo 1121. El consentimiento del demandado deberá cumplir los requisitos estipulados en el Artículo 1122.
161. Cuando la cuestión por dirimir en virtud de los Artículos 1116 y 1117 es si la reclamación está relacionada con una supuesta violación de una “obligación establecida en la Sección A”, se plantean las interrogantes relativas a la jurisdicción enunciadas en el Artículo 1101, que contiene la definición del alcance y la cobertura del Capítulo XI. En rigor, las excepciones a la jurisdicción planteadas por el Demandado consisten, esencialmente, en que las reclamaciones no se encuadran dentro del alcance y la cobertura del Capítulo XI. El Tribunal analiza primero el Artículo 1101 y luego retoma los Artículos 1116 y 1117, así como otros artículos que inciden en la competencia.

Artículo 1101 del TLCAN

162. En el Artículo 1101(1) se establecen el alcance y la cobertura del Capítulo XI de la siguiente manera:

ARTÍCULO 1101: Ámbito de aplicación

1. Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:
 - a) los inversionistas de otra Parte;
 - b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte; y
 - c) en lo relativo a los Artículos 1106 y 1114, todas las inversiones en el territorio de la Parte.

163. Los elementos jurisdiccionales de este Artículo plantean interrogantes respecto de: si existen “medidas”; si son “relativas a” las personas o cosas estipuladas; si involucran a “inversionistas de otra Parte”, y si entrañan “inversiones” de esos inversionistas “en el territorio de la Parte” que estarían sujetas a la reclamación.

164. En virtud del párrafo (a) del Artículo 1101, el Capítulo XI se aplica a los inversionistas de otra Parte. En la Sección C del Artículo 1139 del Capítulo XI (Definiciones), “inversionista de una Parte” significa “una Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretende realizar, realiza o ha realizado una inversión”. Aunque el párrafo (a) no contiene un requisito expreso —como los que se incluyen en los párrafos (b) y (c)— de que la inversión sea en el territorio de la Parte que adoptó las medidas reclamadas, el tribunal en el caso *Bayview Irrigation District c. Estados Unidos Mexicanos*¹⁴ sostuvo que la inversión debe estar situada en el territorio del Estado cuyas medidas han dado lugar a la reclamación. El tribunal explicó lo siguiente:

94) Cabe la posibilidad de que los Estados parte del TLCAN hubieran concedido a los inversionistas que fueran nacionales de un Estado del TLCAN y hubieran realizado una inversión en ese mismo Estado del que fueran nacionales, el derecho de formular una reclamación contra otra Parte del TLCAN, en relación con una medida de esa otra Parte que hubiera afectado desfavorablemente a sus inversiones en el Estado del que son nacionales. Ese derecho facultaría, por ejemplo, a todos los empresarios

¹⁴ Caso TLCAN/CIADI N.º ARB(AF)/05/1, Laudo (19 de junio de 2007).

mexicanos que hubieran invertido en México creando allí sus propias empresas (y, análogamente, a todos los empresarios canadienses que hubieran invertido en Canadá) a entablar acciones contra Estados Unidos en relación con cualquier medida de los Estados Unidos que afectara a sus empresas mexicanas (o canadienses) en violación de disposiciones del TLCAN como, por ejemplo, la del “trato justo y equitativo” del Artículo 1105. Sería probable que ese derecho confiriera a esos empresarios mexicanos y canadienses recursos mucho más amplios, en relación con actos legislativos estadounidenses que los lesionaran, que los que cualquier inversionista de los Estados Unidos habría tenido contra su propio gobierno, pero ese puede ser en algunos casos el efecto de los tratados que protegen a inversionistas extranjeros y a sus inversiones. (Citas omitidas).

95) Sin embargo, si el TLCAN tuviera la intención de tener un efecto tan significativo cabría anticipar que los *travaux préparatoires* contuvieran muy claros señalamientos a ese respecto. Tales señalamientos no existen en los *travaux préparatoires* o en otros sitios; y el Tribunal no interpreta en ese sentido el contenido del Capítulo XI del TLCAN, ni en especial el de los Artículos 1101 y 1139.

165. Este Tribunal concuerda con la decisión adoptada en el caso *Bayview Irrigation District* en el sentido de que el Artículo 1101(1)(a) se aplica exclusivamente a inversionistas de otra Parte que han realizado o pretenden realizar una inversión en el Estado de la Parte cuya medida ha dado lugar a la reclamación.

166. El párrafo b) se aplica a las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en el territorio de la Parte. El término “inversión” se define exhaustivamente en el Artículo 1139 e incluye “una empresa”, como el término se define en el Artículo 201, a saber:

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

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

167. En el presente caso, es evidente que la Demandante posee una filial en México —Cargill de México— y que esta filial es una empresa. Cargill de México se constituyó en México en 1967 y comenzó a realizar operaciones en 1972. Su sede central se encuentra en la Ciudad de México, opera en 10 estados mexicanos y cuenta con más de 1.000 empleados. En su Memorial de Contestación, el Demandado no niega este hecho y, en efecto, concede que Cargill de México constituye una inversión de la Demandante en México. Consiguientemente, el Tribunal concluye que los párrafos (a) y (b) del Artículo 1101 se cumplen suficientemente.

168. A continuación, el Tribunal debe determinar si existen “medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a” los inversionistas o la inversión conforme lo establece el Artículo 1101(1). En el Artículo 201 se establece que “medida” incluye cualquier “ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”. Sobre la base de esta definición, el Tribunal considera que las acciones mexicanas constituyen “medidas”.
169. En su Memorial, la Demandante hace referencia a las medidas contra el JFMAF adoptadas por el Demandado y menciona tres: 1) los derechos antidumping de México; 2) el IEPS, y 3) el requisito del permiso para importar JMAF de Estados Unidos. En su Memorial de Réplica, la Demandante sostiene que estas tres medidas constituyen una “campana sistémica anti-fructosa” realizada por el Demandado. La Demandante, empero, afirma claramente que los derechos antidumping no constituyen la base de sus reclamaciones; consiguientemente, la reclamación de la Demandante se refiere exclusivamente al IEPS y al nuevo requisito del permiso de importación.
170. En su Memorial de Contestación, el Demandado sostiene que el Tribunal no puede examinar la medida relativa al permiso de importación por cuanto excede su jurisdicción, conforme se describió *supra*, y sustenta este argumento en dos fundamentos. El primero de ellos es que en su Notificación de intención de someter una reclamación de arbitraje, la Demandante describió exclusivamente el impuesto sobre los refrescos como única base de sus alegaciones de que se produjeron violaciones del Capítulo XI del TLCAN. El segundo fundamento es que el requisito del permiso de importación es una medida de comercio, no una medida de inversión. En su Memorial de Réplica, la Demandante respondió que en su Solicitud de iniciación del procedimiento de arbitraje se expresaba que México se había dedicado “a una serie de acciones ilícitas con la intención de ayudar a los productores mexicanos de azúcar”, entre las que se incluía el permiso de importación. La Demandante también aduce que, en virtud del Artículo 47 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI, se puede presentar una reclamación adicional siempre que se presente a más tardar en la réplica.
171. No parece existir una base fáctica para esta objeción procesal dado que, en su Notificación de intención de someter una reclamación de arbitraje, la Demandante plantea específicamente, en el párrafo 49, una reclamación respecto de la medida relativa al permiso de importación. Subsidiariamente, el Tribunal considera que el

Memorial de Réplica de la Demandante es persuasivo y que, por las otras razones planteadas por la Demandante, la reclamación respecto de la medida relativa al permiso de importación es admisible.

172. El segundo punto que plantea el Demandado —que el requisito del permiso de importación es una medida de comercio, no una medida de inversión— está relacionado con el análisis que antecede en cuanto a si existe en el TLCAN una rígida distinción entre cuestiones de comercio y de inversión. La Demandante, en su Memorial de Réplica, señala que:

México no ofrece soporte para su supuesta distinción entre una medida de comercio y una medida de inversión. Como lo explicó el tribunal en *S.D. Myers*, “[n]o hay razón por la cual una medida relativa a bienes (Capítulo 3) no pueda ser una medida relativa a un inversionista o a una inversión (Capítulo 11)”.

173. Aunque el requisito de permiso de importación es una medida que hipotéticamente impidió que los productos de la Demandante cruzaran la frontera de Estados Unidos e ingresaran a México, tuvo efectos directos en el negocio de Cargill de México. Además de otras actividades, Cargill de México revendía JMAF adquirido en Estados Unidos. Al impedir la importación de los productos adquiridos, la medida afectó a la inversión de la Demandante en México.
174. En el Artículo 1101 también se establece como requisito que exista una relación de causalidad: las medidas adoptadas o mantenidas por el Demandado deben ser “relativas a” inversionistas de otra Parte o inversiones de inversionistas de otra Parte. El tribunal en el caso *Methanex Corp. c. Estados Unidos*¹⁵ analizó detalladamente el requisito de que las medidas sean “relativas a”. En el párrafo 147 de su Laudo parcial, el tribunal del caso *Methanex* determinó que la frase “relativas a” significa “algo más que el mero efecto que produce una medida en un inversionista o una inversión, y ésta requiere una conexión jurídicamente significativa entre ellas”.
175. Independientemente de que el estándar utilizado en el caso *Methanex* sea o no excesivamente restrictivo, en este caso se cumple. El requisito del permiso de importación no sólo tuvo un efecto inmediato y directo en el negocio de Cargill de

¹⁵ *Methanex Corp. c. Estados Unidos* (“*Methanex*”), TLCAN/CNUDMI, Laudo parcial (7 de agosto de 2002) y Laudo final sobre la jurisdicción y el fondo de la cuestión (3 de agosto de 2005).

México sino que además constituyó un impedimento legal que obstaculizó las operaciones de Cargill de México relacionadas con la adquisición de JMAF en Estados Unidos y su reventa en México.

176. La cuestión final que se debe dirimir es si las supuestas violaciones son relativas a una “inversión”. Éste es un requisito explícito en los Artículos 1101, 1116 y 1117, así como un elemento de la definición de “inversionista”. El Artículo 1139 establece que “inversionista de una Parte” significa “un nacional (...) que pretende realizar, realiza o ha realizado una inversión”. El hecho de que Cargill de México es una inversión no es objeto de controversia. No obstante, la Demandante ha reclamado daños y perjuicios por la pérdida de flujos de efectivo en México (que aparentemente abarcan las transacciones de venta a su filial, Cargill de México, así como las reventas por Cargill de México). En casos anteriores se procuró establecer si la participación en el mercado, tanto efectiva como potencial, es en sí misma una “inversión” conforme se define el término en el Artículo 1139, pero la cuestión no fue resuelta.

177. El tribunal en el caso *Methanex* manifestó lo siguiente:

Estados Unidos está en lo cierto cuando señala que en el Artículo 1139 no se mencionan los puntos reclamados por Methanex. No obstante, en el caso *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*, el tribunal sostuvo que “el acceso del Inversionista al mercado de Estados Unidos es un derecho de propiedad sujeto a protección en virtud del Artículo 1110”. Por cierto, la noción restrictiva de propiedad en cuanto “cosa” material es obsoleta y ha cedido su lugar a una concepción contemporánea que abarca el control gerencial de los componentes de un proceso que produce riqueza. En opinión del Tribunal, cuestiones tales como el fondo de comercio y la participación en el mercado pueden, como argumentó la profesora White, “constituir [] un elemento del valor de una empresa y, como tal, estar comprendidas en alguno de los pagos de indemnización”. Consiguientemente, en el caso de que se tratara de una privación de la propiedad, estos puntos pueden tenerse en cuenta en la determinación de los daños. En una controversia como la que debe dirimir el tribunal, empero, es difícil establecer si, por sí solos, representan una propiedad¹⁶. (Traducción del Tribunal)

178. Aunque fue el tribunal en el caso *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*¹⁷ quien realizó el comentario citado *supra*, éste se entiende mejor en el marco de los comentarios posteriores y la especial pertinencia de la afirmación en lo que respecta a los hechos en ese caso. En *Pope & Talbot*, el inversionista tenía una filial de propiedad absoluta en

¹⁶ TLCAN/CNUDMI, Laudo final sobre la jurisdicción y el fondo de la cuestión, Parte IV, Capítulo D, párrafo 17 (3 de agosto de 2005) (citas internas omitidas).

¹⁷ TLCAN/CNUDMI, Laudo provisional (26 de junio de 2000).

Canadá que estaba sujeta a una limitación voluntaria de las exportaciones. No se cuestionaba que la filial constituía una inversión en Canadá, el demandado en ese caso. Tras realizar el comentario acerca del acceso al mercado, empero, el tribunal formuló posteriormente los siguientes comentarios:

97. Como se señaló, el Artículo 1110 establece los requisitos que deben cumplir las Partes que expropian “una inversión de un inversionista de otra Parte”. Aunque reconoce que el Inversionista es un “inversionista de otra Parte”, Canadá aduce que la posibilidad de vender leña al mercado estadounidense no es una inversión dentro del significado establecido en el TLCAN. En el Artículo 1139(g), se establece que inversión significa, entre otras cosas, “(...) propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales”.

98. Si bien Canadá señala que la posibilidad de vender leña de coníferas desde Columbia Británica hacia Estados Unidos es una cuestión abstracta, en rigor es una parte muy importante del “negocio” de la Inversión. Toda medida que interfiera con ese negocio tendría necesariamente un efecto negativo en la propiedad que el Inversionista ha adquirido en Canadá y que, por supuesto, constituye la Inversión. Aunque el hecho de que Canadá haga hincapié en el “acceso al mercado estadounidense” puede reflejar exclusivamente la propia terminología del Inversionista, esa terminología no debe enmascarar el hecho de que el verdadero interés en juego es la base de activos de la Inversión, cuyo valor depende en gran medida de su negocio de exportación. El Tribunal concluye que el Inversionista afirma correctamente que Canadá ha adoptado medidas que afectan su “inversión”, como ese término se define en el Artículo 1139 y se utiliza en el Artículo 1110.

(Traducción del Tribunal)

Estos comentarios ponen en evidencia que el debate sobre el mercado estadounidense fue, sencillamente, una referencia a una parte del valor de la empresa que constituía la inversión en Canadá.

179. En esta etapa, el Tribunal en este caso no pretende determinar si la participación en el mercado, por sí sola, está comprendida en alguna parte de la definición de inversión establecida en el Artículo 1139. Ello obedece a que, en el supuesto de que la Demandante logre probar la violación de una disposición del Capítulo XI, puede encuadrar su reclamación de daños y perjuicios de dos maneras. La Demandante, potencialmente, podría presentar argumentos a favor de esta interpretación —que la participación en el mercado es en sí misma una inversión en México— o, alternativamente, podría demostrar que, si la inversión pertinente se limita a Cargill de México, de todos modos la frase “pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella” contenida en los Artículos 1116 y 1117 es lo suficientemente

amplia como para abarcar la pérdida de la participación en el mercado, efectiva y/o potencial, de Cargill en México. Por lo tanto, sería necesario que el Tribunal determinara si la participación en el mercado en sí misma constituye una “inversión”, determinación ésta que el Tribunal no efectuará en esta etapa del Laudo.

180. En conclusión, el Tribunal sostiene que en este caso se cumplen los requisitos relativos al alcance y la cobertura del Capítulo XI, conforme se establecen en el Artículo 1101. Las reglamentaciones objetadas son “medidas”; fueron “adoptadas o mantenidas” por el Demandado; la Demandante es un “inversionista de otra Parte”, y Cargill de México es una “inversión” del inversionista “en el territorio de la Parte” que está sujeta a la reclamación. En cuanto a las cuestiones restantes respecto de la competencia que están en disputa respecto del Artículo 1101, el Tribunal determina que todas las medidas son “relativas a” los inversionistas y las inversiones estipuladas, y que la interrelación entre el Capítulo XI y otros elementos del TLCAN no se resuelve a favor del Demandado por el simple argumento de que cualquier medida que tenga efectos en el comercio de productos no puede estar comprendida en el Capítulo XI; el hecho de que esté o no comprendida dependerá de las disposiciones del compromiso concreto y la magnitud del derecho a daños y perjuicios conforme se detallan *infra*.

Artículos 1116 y 1117

181. Las únicas reclamaciones dentro de la competencia de este Tribunal son las que pueden incoarse al amparo de los Artículos 1116 ó 1117. La Demandante se basa en estas dos disposiciones para presentar sus reclamaciones.
182. Como se explicó anteriormente, en el Artículo 1116 se establece que un inversionista de una Parte puede someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación ocasionando pérdidas o daños, mientras que el Artículo 1117 permite que el inversionista de una Parte presente una reclamación *en representación de una empresa* de otra Parte que sea propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto. Como se señaló *supra*, en los párrafos 167 y 180, la Demandante es un inversionista y Cargill de México entra en la categoría de empresa. Consiguientemente, se cumplen los requisitos establecidos en estos artículos.

Consentimiento

183. Por último, el Tribunal debe examinar las objeciones relativas a la existencia de consentimiento en el caso de ambas Partes. El consentimiento del inversionista en virtud del Artículo 1121 no se cuestiona. El Demandado, empero, ha planteado una objeción procesal respecto de un elemento de la reclamación en relación con la medida relativa al permiso de importación. Como se señaló anteriormente, el Demandado aduce que no fue notificado válidamente en virtud del Artículo 1119. Dado que la capacidad de la Demandante para incoar procedimientos de arbitraje al amparo del Artículo 1122 está limitada a someter reclamaciones “a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado”, la interrogante es, entonces, si la Demandante ha incumplido un requisito procesal respecto de la medida relativa al permiso de importación y, en caso afirmativo, si ello invalida el consentimiento prestado por el Demandado respecto de esa reclamación. El Tribunal no considera que éste sea el caso. En su Notificación de intención de someter una reclamación de arbitraje, la Demandante plantea específicamente una queja respecto de la medida relativa al permiso de importación (*véase* el párrafo 171, *supra*).

Conclusión del Tribunal con respecto a la jurisdicción

184. Por todas las razones expuestas, el Tribunal resuelve que tiene jurisdicción para entender en esta diferencia.

VII. ARTÍCULO 1102 – TRATO NACIONAL

Cuestión planteada

185. La Demandante aduce que las medidas de México violan el Artículo 1102 del TLCAN. Específicamente, el IEPS se aplicó a “todos los refrescos que contenían JMAF, todo el cual era suministrado por empresas de propiedad de Estados Unidos”, y no se impuso sobre los refrescos endulzados con azúcar de caña, todo el cual era suministrado por productores nacionales de azúcar. Además, la Demandante aduce que el requisito del permiso de importación, establecido por México, y el hecho de que no se haya otorgado ese permiso a Cargill “puso a Cargill en una situación de desventaja frente a los productores mexicanos de azúcar”. La Demandante señala, además, que el hecho de que el IEPS no contenga mención alguna al JMAF ni referencias específicas a

inversionistas extranjeros es irrelevante, dado que la obligación estipulada en el Artículo 1102 se refiere tanto a discriminación *de facto* como *de jure*.

186. El Demandado sostiene que no se violó el Artículo 1102. Asimismo, afirma que la Demandante confunde las obligaciones en virtud del Artículo 1102 con las obligaciones establecidas en el Artículo 301 del TLCAN, en cuyo marco se incorpora el Artículo III del GATT, que versa sobre el trato nacional en relación con productos y que, aduce el Demandado, requiere un análisis diferente al que se requiere con respecto al Artículo 1102 del TLCAN. Por otra parte, el Demandado alega que el IEPS no discriminó sobre la base de nacionalidad, uno de los requisitos para que exista discriminación en virtud del Artículo 1102; el Demandado también afirma que Cargill de México no se encontraba en “circunstancias similares” a las de los productores mexicanos de azúcar.

187. En los párrafos pertinentes del Artículo 1102 del TLCAN se establece:

1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato no menos favorable que el que otorga, 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.

188. En el Artículo 1102 se establece que no debe existir discriminación respecto de los “inversionistas” (párrafo 1) y sus “inversiones” (párrafo 2). En opinión de la Demandante, el Demandado ha incumplido ambos párrafos del Artículo 1102. Es decir que el IEPS y el requisito del permiso de importación constituyeron un trato menos favorable tanto para el inversionista Cargill como para su inversión Cargill de México.

189. Tanto en el caso del inversionista como de la inversión, deben cumplirse dos requisitos básicos para incoar con éxito una reclamación al amparo del Artículo 1102: que el inversionista o la inversión se encuentren en “circunstancias similares” a las de los inversionistas nacionales o sus inversiones, y que el trato brindado al inversionista o la inversión sea menos favorable que el otorgado a inversionistas nacionales o sus inversiones. Otro requisito establecido en el Artículo 1102 es que el trato debe ser

otorgado “en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones”. El Tribunal analizará primero el requisito relativo a las “circunstancias similares” y, luego, abordará sucesivamente los otros dos requisitos.

“Circunstancias similares”

Argumentaciones de las Partes con respecto a las “circunstancias similares”

190. La Demandante argumenta que Cargill y su inversión Cargill de México se encuentran en “circunstancias similares” a las de los productores mexicanos de azúcar debido a que operan “en el mismo sector empresarial o económico”. En opinión de la Demandante, suministraban un “producto funcionalmente intercambiable a los mismos clientes en el mismo sector económico para los mismos fines comerciales”. La Demandante hace notar la decisión del Grupo Especial de la OMC en el caso *México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, que consideró que el JMAF y el azúcar son productos “directamente competitivos o sustituibles” dentro del significado del Artículo III del GATT.
191. En su respuesta, el Demandado sostiene que la Demandante ha confundido la noción de “productos similares” respecto de los productos comprendidos en el Artículo III del GATT con la noción de “circunstancias similares” establecida en el Artículo 1102 del TLCAN. Basándose en el laudo dictado en el caso *Methanex*, en el que el tribunal estableció que el Artículo 1102 debe ser interpretado de conformidad con sus propios términos y no como si se hubiera incorporado al mismo la noción de “productos similares, directamente competitivos o sustituibles”, el Demandado alega que el mero hecho de que el azúcar y el JMAF compitan en el mismo mercado no implica que los distribuidores de azúcar y los distribuidores de JMAF se encuentren en “circunstancias similares”. El Demandado cita en particular las decisiones en los casos *GAMI* y *Pope & Talbot* para demostrar que, aun en los casos en que elaboran el mismo producto, los productores nacionales y los inversionistas no siempre se encuentran en “circunstancias similares”.
192. En su Réplica, la Demandante rechaza la opinión vertida por el Demandado en el sentido de que no existe relación entre las “circunstancias similares” del Artículo 1102

y los “productos similares” o los “servicios similares” mencionados en otras disposiciones del TLCAN y el GATT, y cita casos incoados al amparo del TLCAN (*SD Myers* y *Cross Border Trucking Services*) donde se hizo referencia a los conceptos de “productos similares” y “servicios similares” en la interpretación del Artículo 1102. La Demandante aduce que la noción de “productos similares” es un componente importante de las “circunstancias similares”.

Conclusión del Tribunal respecto de las “circunstancias similares”

193. El Tribunal acepta que las “circunstancias similares” establecidas en el Artículo 1102 deben ser interpretadas de conformidad con sus propios términos. El Artículo 1102 exige que se otorgue trato no menos favorable cuando los inversionistas extranjeros y los inversionistas nacionales se encuentran en “circunstancias similares”. No hace referencia a “productos similares”, y la legislación del GATT respecto de “productos similares” no puede trasladarse automáticamente al término “circunstancias similares” del Artículo 1102. Los redactores del Capítulo XI del TLCAN podrían haber equiparado los términos “circunstancias similares” y “productos similares” si ésta hubiera sido su intención. En este respecto, el Tribunal coincide con el tribunal en el caso *Methanex*¹⁸. Consiguientemente, el Tribunal considera que los Estados parte no tuvieron la intención de asignar al término “circunstancias similares” un significado especial en el sentido del Artículo 31(4) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; por el contrario, pretendían que se interpretara de conformidad con el Artículo 31(1) de la Convención de Viena, es decir, “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.
194. En consecuencia, aunque los “bienes similares” o los “productos similares” pueden ser un componente importante de las “circunstancias similares” —como sostiene la Demandante—, el hecho de que un inversionista elabore un producto que es “similar” a otro producido en el ámbito nacional no significa necesariamente que el inversionista se encuentre en “circunstancias similares” a las del productor nacional de ese producto. Por lo tanto, el hecho de que, en el caso *México - Medidas fiscales sobre los refrescos*

¹⁸ *Methanex*, Laudo final sobre la jurisdicción y el fondo de la cuestión, Parte IV, Capítulo B, párrafos 33 y 34 (3 de agosto de 2005).

y otras bebidas, un Grupo Especial de la OMC haya llegado a la conclusión de que el azúcar de caña y el JMAF son productos “directamente competitivos o sustituibles”, si bien importante, no es un factor determinante de que los productores de estos productos se encuentren en “circunstancias similares” a los efectos del Artículo 1102.

195. En este sentido, el planteamiento del Tribunal concuerda con el aplicado en los casos *GAMI* y *Pope & Talbot*. En cada uno de ellos, el inversionista y los productores nacionales no se encontraban en “circunstancias similares” aunque elaboraban el mismo producto y competían en el mismo mercado. Así pues, es preciso demostrar algo más que la similitud de los productos producidos a fin de establecer que el inversionista y los productores nacionales se encuentran en “circunstancias similares”, especialmente cuando existen otros factores que potencialmente marcan una diferencia entre la situación del inversionista o su inversión y la de los productores nacionales de los “productos similares” en cuestión.
196. El Tribunal hace notar, además, que el IEPS se aplicó a los refrescos que contenían JMAF, y no directamente al JMAF. Si bien el impuesto tuvo un impacto en la Demandante en cuanto empresa productora de JMAF en Estados Unidos y exportadora de JMAF a México, como se señaló anteriormente, el efecto no es un elemento que puede estar sujeto a reclamación al amparo del Capítulo XI del TLCAN. El impacto pertinente del IEPS recayó en Cargill en cuanto inversionista a través de su inversión, Cargill de México, que suministraba JMAF a los embotelladores de refrescos en México. Por lo tanto, la interrogante respecto de la reclamación al amparo del Artículo 1102 es si la inversión de la Demandante, Cargill de México, se encontraba en “circunstancias similares” a las de las inversiones nacionales. Más específicamente, ¿se encontraba Cargill de México, en cuanto proveedor de JMAF a la industria de los refrescos, en “circunstancias similares” a las de los proveedores nacionales de azúcar de caña a la industria de los refrescos?
197. El Demandado afirma que Cargill de México y los proveedores nacionales de azúcar no se encontraban en “circunstancias similares”, por tres razones. Primero, Cargill de México distribuye varios productos, mientras que los productores mexicanos de azúcar están limitados a un producto. Segundo, el mercado del azúcar está muy regulado, a diferencia del mercado de JMAF, que no lo está. Tercero, la industria azucarera estaba devastada económicamente, mientras que la industria del JMAF no lo estaba.

198. La Demandante rechaza cada uno de estos argumentos. Primero, el hecho de que Cargill de México distribuya una amplia gama de productos es irrelevante porque este caso gira en torno a un producto propiedad de ciudadanos mexicanos y un producto propiedad de ciudadanos estadounidenses. Segundo, el argumento de que el mercado del azúcar está mucho más regulado no es pertinente ni se ha probado. Tercero, el argumento de que el azúcar era más vulnerable “no viene al caso” porque ambos productos competían por el negocio de los embotelladores de refrescos.
199. Con respecto a la primera razón esgrimida por el Demandado, el Tribunal entiende que la diversidad del negocio de Cargill de México no es relevante. La cuestión es si, *respecto de su negocio de JMAF*, Cargill de México se encontraba en “circunstancias similares” a las de los productores nacionales de azúcar. El hecho de que Cargill de México realizara otras actividades además de la distribución de JMAF a la industria de los refrescos, o el hecho de que los proveedores nacionales de azúcar de caña realizaran otras actividades además de suministrar azúcar a la industria de los refrescos, no impide, en opinión del Tribunal, que Cargill de México, en cuanto proveedor de JMAF a la industria de los refrescos, se encuentre en “circunstancias similares” a las de los proveedores nacionales de azúcar de caña a la industria de los refrescos.
200. De igual manera, el Tribunal considera que el hecho de que la regulación del mercado del azúcar sea mayor que la del mercado de JMAF es una cuestión irrelevante. En rigor, el Demandado no explica las razones por las que este factor es relevante. Por el contrario, los argumentos del Demandado respecto de este punto fueron, en gran medida, una reiteración de su alegación en el sentido de que Estados Unidos no había cumplido sus obligaciones en el marco del TLCAN.
201. El tercer argumento esgrimido por el Demandado en respaldo de su posición de que Cargill de México y los productores nacionales de azúcar no se encontraban en “circunstancias similares” merece especial atención. El Demandado aduce que las circunstancias económicas de la industria del azúcar y la industria del JMAF eran diferentes. La primera estaba “devastada económicamente”, mientras que la segunda no lo estaba. Este argumento respecto de la diferencia en las circunstancias económicas es semejante, en cierta medida, al enfoque adoptado en el caso *GAMI*. En ese caso, el tribunal llegó a la conclusión de que el Gobierno mexicano había expropiado algunos

ingenios sobre la base de su percepción de que la participación pública en los ingenios que estaban al borde de la insolvencia revestía importancia para la economía nacional. Sobre esa base, el tribunal no quedó convencido de que los ingenios que no habían sido expropiados y los que habían sido expropiados eran tan similares que el hecho constituía una violación del Artículo 1102¹⁹. En el caso *GAMI*, por lo tanto, la diferencia en las circunstancias económicas parecen haber sido el fundamento en que se basó el tribunal para decidir que los ingenios expropiados y los que no habían sido expropiados no se encontraban en “circunstancias similares”.

202. A fin de evitar las consecuencias derivadas del caso *GAMI*, la Demandante aduce que la decisión adoptada en ese caso se basó en la conclusión de que los inversionistas extranjeros no pudieron demostrar que habían recibido un trato menos favorable que los inversionistas nacionales en similar posición. No obstante, el análisis del laudo en el caso *GAMI* indica que el tribunal llegó a la conclusión de que el trato menos favorable recibido por la parte demandante (su expropiación) no fue una violación del Artículo 1102 en razón de que las inversiones expropiadas no se encontraban en “circunstancias similares” a las de las inversiones que no habían sido expropiadas. Y no se encontraban en “circunstancias similares” debido a la percepción de la diferencia en su respectiva situación económica.
203. En el presente caso, el Demandado argumenta, esencialmente, que una industria que está en circunstancias económicas extremas (los proveedores mexicanos de azúcar de caña) no se encuentra en “circunstancias similares” a las de una industria que está económicamente sana (los proveedores estadounidenses de JMAF), aunque ambas suministren productos que son “directamente competitivos o sustituibles”. Si bien es cierto que existió esta diferencia en las circunstancias económicas, la cuestión es si la diferencia es relevante en el presente caso. En opinión del Tribunal, el hecho de que exista una diferencia abstracta en las circunstancias no es suficiente; la diferencia debe ser pertinente en el contexto de la medida concreta aplicada.
204. En el caso *GAMI*, la diferencia en las circunstancias económicas estaba directamente relacionada con las razones que justificaban la medida. La medida —expropiación—

¹⁹ *GAMI Investments, Inc. c. México* (“*GAMI*”), TLCAN/CNUDMI, Laudo final, párrafo 114 (15 de noviembre de 2004).

se adoptó *debido a* las circunstancias económicas. Se expropiaron los ingenios que estaban en circunstancias económicas extremas, y aquéllos cuyas circunstancias eran diferentes no fueron expropiados. Consiguientemente, la diferencia que evitó que los ingenios se encontraran en “circunstancias similares” no era abstracta; era una diferencia pertinente a los fundamentos en que se asentaba la medida. En lo referente a la medida, los ingenios cuyas circunstancias económicas eran diferentes no se encontraban en “circunstancias similares”.

205. La decisión en el caso *Pope & Talbot c. Canadá* se asienta en un enfoque similar. En ese caso, el tribunal consideró que para determinar si existían “circunstancias similares” era preciso tener en cuenta los hechos conexos y que “un elemento importante de los hechos conexos será la naturaleza de la medida cuestionada”²⁰. Así pues, el tribunal analizó los fundamentos de la medida y su objetivo en materia de políticas, que consistía en reemplazar los derechos compensatorios (antisubsidios) (“DC”) aplicados sobre las empresas madereras canadienses, y llegó a la conclusión de que, en relación con esa medida, las empresas madereras en las “provincias incluidas en el acuerdo” (las provincias cuyas empresas habían estado sujetas a los DC) y las empresas madereras en las provincias no incluidas en el acuerdo (las provincias cuyas empresas no estaban sujetas a los DC) no se encontraban en “circunstancias similares”.
206. Consiguientemente, tanto en el caso *GAMI* como en el caso *Pope & Talbot*, las “circunstancias similares” se determinaron mediante referencia a los fundamentos de la medida reclamada. No fue una determinación en abstracto. Los fundamentos de la medida y sus objetivos en materia de políticas permitían comprender la diferencia entre aquéllos afectados por la medida y aquéllos que no estaban afectados por la medida. Es posible, por cierto, que, respecto de otras medidas diferentes, se podría haber considerado que los ingenios en el caso *GAMI* y las empresas madereras en el caso *Pope & Talbot* se encontraban en “circunstancias similares”.
207. Por lo tanto, la interrogante en este caso es si la diferencia en las circunstancias económicas de la industria azucarera y la industria del JMAF en México es pertinente a la medida adoptada, el IEPS aplicado a los refrescos endulzados con JMAF. Si la

²⁰ *Pope & Talbot Inc. c. Canadá* (“*Pope & Talbot*”), TLCAN/CNUDMI, Laudo sobre el fondo de la cuestión de la segunda etapa, párrafo 76 (10 de abril de 2001).

medida se adoptó para beneficiar a la industria azucarera debido a su situación económica en comparación con la de la industria del JMAF, en ese caso, sobre la base del laudo de *GAMI*, las dos industrias no se hubieran encontrado en “circunstancias similares”.

208. Este caso, empero, es diferente. No se trata de una medida que proporciona a una industria en circunstancias económicas extremas una ventaja que no está a disposición de una industria en mejores condiciones económicas. Es una medida adoptada en desmedro de una industria cuyas circunstancias económicas eran saludables, y que tuvo el efecto de expulsarla del mercado. Indudablemente, la medida benefició a los productores de azúcar, pero México no adujo que la adoptó sencillamente para permitir que los productores azucareros captaran el mercado de edulcorantes para refrescos. La razón que esgrimió para justificar la medida fue que constituía una presión para que el Gobierno de Estados Unidos cumpliera sus obligaciones en el marco del TLCAN.
209. ¿Los productores de azúcar y los productores de JMAF se encuentran, por lo tanto, en “circunstancias similares” respecto del IEPS, medida que se adoptó para presionar a Estados Unidos? En opinión del Tribunal, una medida que afecta a una industria concreta y se diseña para presionar al Gobierno de Estados Unidos se concentrará en aquéllos que tienen más probabilidades de influir en el Gobierno de Estados Unidos y, en este respecto, no existe necesariamente una relación con las circunstancias económicas. En otras palabras, a diferencia de los casos *GAMI* y *Pope & Talbot*, en este caso no existe una vinculación entre la supuesta diferencia —una diferencia en las circunstancias económicas— y los fundamentos y el objetivo de la medida en cuestión. En opinión del Tribunal, una diferencia en las circunstancias económicas simplemente no es pertinente para determinar si los proveedores de JMAF y los proveedores de azúcar de caña se encuentran en “circunstancias similares” en relación con una medida formulada para presionar al Gobierno de Estados Unidos.
210. El Tribunal considera, además, que el hecho de que el IEPS beneficie indirectamente a la industria de la caña de azúcar no hace que la diferencia en las circunstancias económicas sea pertinente para determinar si las industrias en cuestión se encuentran en “circunstancias similares”. En el caso *GAMI*, el fundamento de una diferencia en las circunstancias económicas utilizado para demostrar que los ingenios de la parte demandante no se encontraban en circunstancias similares a las de otros ingenios se

asentaba en el hecho de que la medida se adoptó para beneficiar a la industria que afrontaba desventajas económicas. Por cierto, los ingenios de la parte demandante recibieron un trato diferente, pero no fueron los destinatarios de una medida para expulsarlos de la actividad. En este caso, empero, la medida y el efecto son diferentes al caso *GAMI*. Si el principio establecido en el caso *GAMI* pudiera utilizarse para justificar una medida que destruye una inversión extranjera viable desde el punto de vista económico, con el propósito de beneficiar a un competidor nacional, la protección relativa al trato nacional establecida en el Artículo 1102 carecería de significado.

Decisión final del Tribunal respecto de las “circunstancias similares”

211. En vista de lo que antecede, el Tribunal llega a la conclusión de que, en lo que respecta al IEPS, los proveedores de JMAF a la industria de los refrescos se encontraban en circunstancias similares a las de los proveedores de azúcar de caña a la industria de los refrescos.
212. Si bien esta conclusión está relacionada con el IEPS, el Tribunal considera que debe aplicarse el mismo razonamiento en el caso de la reclamación de “circunstancias similares” respecto del requisito del permiso de importación. Dado que el permiso de importación fue un requisito que afectó a Cargill de México en cuanto inversión de Cargill en México, y no tan sólo a Cargill en cuanto exportador a México, la Demandante tendría que demostrar que Cargill de México se encontraba en “circunstancias similares” a las de los proveedores nacionales de azúcar de caña, para quienes no existía ese requisito.
213. Una vez más, las razones que justifican la medida —el requisito del permiso de importación— son pertinentes. Al igual que en caso del IEPS, la razón que se esgrimió para justificar la medida fue que constituía una presión para que el Gobierno de Estados Unidos cumpliera sus obligaciones en el marco del TLCAN; en verdad, el requisito se concibió como un sustituto del mencionado impuesto. Por lo tanto, la interrogante es si la diferencia en las circunstancias económicas es pertinente para determinar si existieron “circunstancias similares” en relación con una medida cuyo objetivo primordial era presionar al Gobierno de Estados Unidos. En opinión del Tribunal, la respuesta respecto del permiso de importación es exactamente la misma

que se dio respecto del IEPS: la diferencia en las circunstancias económicas no implica que los proveedores de JMAF y los proveedores de azúcar de caña no se encuentren en “circunstancias similares” en lo que respecta al requisito del permiso de importación.

214. En vista de lo que antecede, el Tribunal llega a la conclusión de que, en lo que respecta tanto al IEPS como al requisito del permiso de importación, Cargill de México se encontraba en “circunstancias similares” a las de los proveedores nacionales de azúcar de caña a la industria de los refrescos.

“Trato no menos favorable”

Cuestión planteada

215. En vista de que el Tribunal ha llegado a la conclusión de que los proveedores de azúcar de caña y los proveedores de JMAF se encontraban en “circunstancias similares”, es necesario analizar si Cargill de México, en cuanto proveedor de JMAF, recibió un “trato menos favorable” que los proveedores de azúcar de caña.

Argumentaciones de las Partes con respecto al “trato no menos favorable”

216. La Demandante aduce que el Demandado le otorgó un trato menos favorable por cuanto la “diferencia en la aplicación impositiva hizo que el JMAF fuera un ingrediente de los refrescos mucho más costoso que el azúcar”. Con respecto al IEPS, la Demandante sustenta su argumento en la decisión del panel de la OMC en el caso *México - Medidas fiscales sobre los refrescos*, que estableció que el JMAF, en cuanto producto, recibía un trato menos favorable que el azúcar en lo referente a la industria de los refrescos. De igual modo, la Demandante sostiene que “el nuevo requisito del permiso de importación de México y su negativa a expedirle dicho permiso a Cargill” colocó a la Demandante en desventaja frente a los productores nacionales de azúcar en la competencia por obtener pedidos de edulcorante de la industria de los refrescos.
217. El Demandado no objeta el argumento de que, en virtud del IEPS, el JMAF recibía un trato menos favorable que el azúcar de caña; por el contrario, aduce que, para que se cumpla el Artículo 1102, es preciso que se reciba trato diferencial sobre la base de la nacionalidad. El Demandado alega que este requisito constituye la posición homogénea de los tres Estados parte del TLCAN, y que el Tribunal debería tener este hecho debidamente en cuenta al interpretar el Artículo 1102. El Demandado sostiene,

por lo tanto, que, puesto que había cierta inversión mexicana en la industria del JMAF, así como inversión extranjera (incluida la de Cargill) en la industria del azúcar de caña, no podría haber habido discriminación sobre la base de la nacionalidad entre los proveedores de JMAF y de azúcar de caña a la industria de los refrescos.

218. La Demandante afirma que el Artículo 1102 se aplica tanto a la discriminación *de facto* como *de jure*. Sostiene, además, que corresponde aplicar el Artículo 1102 cuando el trato recibido por inversionistas extranjeros es “materialmente menos favorable” que el trato recibido por los inversionistas nacionales.

Conclusión del Tribunal con respecto al “trato no menos favorable”

219. En opinión del Tribunal, es incuestionable que, como resultado del IEPS, el trato recibido por los proveedores de JMAF a la industria mexicana de los refrescos fue menos favorable que el trato recibido por los proveedores de azúcar de caña. Tras la aplicación del IEPS, los proveedores de JMAF dejaron de ser competitivos, mientras que los proveedores de azúcar de caña no se vieron afectados.
220. Por otra parte, el Tribunal también concluye que la discriminación se basó en la nacionalidad, tanto por la intención como por el efecto. Conforme se ha reconocido, el IEPS se aplicó para presionar al Gobierno de Estados Unidos. Así pues, se formuló específicamente para gravar a los productores estadounidenses de JMAF, dado que era la única manera de ejercer presión sobre el Gobierno de Estados Unidos. El requisito del permiso de importación, que fue adoptado por el Gobierno mexicano con la intención de reemplazar al IEPS, tenía por destinatarios aún más directos a los productores estadounidenses, aunque también puede haber afectado a otros nacionales. Todos los antecedentes de este caso, especificados tanto por la Demandante como por el Demandado, indican que se trata de medidas destinadas a los productores y proveedores estadounidenses de JMAF.

Decisión final del Tribunal con respecto al “trato no menos favorable”

221. En vista de lo que antecede, el Tribunal llega a la conclusión de que el IEPS y el requisito del permiso de importación ocasionaron que la Demandante recibiera un trato menos favorable dentro del significado establecido en el Artículo 1102.

Trato “en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones”

222. El último requisito establecido en el Artículo 1102 —que el trato debe ser “en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones”— se cumple claramente en este caso. En rigor, el Demandado no plantea objeciones en este respecto.

Decisión final del Tribunal con respecto a la reclamación en virtud del Artículo 1102

223. En consecuencia, el Tribunal concluye que el IEPS y el requisito del permiso de importación violan las obligaciones de México en el marco del Artículo 1102.

VIII. ARTÍCULO 1103 – TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA (NMF)

Cuestión planteada

224. La Demandante alega que, dado que el requisito del permiso de importación se aplicó únicamente al JMAF importado de Estados Unidos y no así al JMAF importado de Canadá, México violó sus obligaciones en virtud del Artículo 1103 del TLCAN de otorgar a la Demandante y su inversión, Cargill de México, un trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a los inversionistas o las inversiones de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte.
225. En respuesta, el Demandado sostiene que la Demandante no ha identificado ninguna medida que haya constituido una violación del Artículo 1103. En opinión del Demandado, se trata de una cuestión jurisdiccional. Para establecer una violación del Artículo 1103, la Demandante debe demostrar que un inversionista, o la inversión de un inversionista, de otra Parte o de un país que no sea Parte ha recibido un trato más favorable. El Demandado afirma que la Demandante no lo ha demostrado. Según el Demandado, la Demandante ha argumentado simplemente que otro inversionista estadounidense importó JMAF de Canadá sin necesidad de un permiso de importación y, consiguientemente, recibió un trato más favorable que el recibido por la Demandante.

226. Como se señaló *supra*²¹, el Tribunal determinó que esta cuestión se refiere al fondo del asunto, en lugar de a la jurisdicción, y por lo tanto se analiza en este contexto.
227. En el Artículo 1103 se dispone lo siguiente:
1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.
 2. 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 inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.
228. Como señala la Demandante, el requisito del trato NMF sigue los lineamientos del requisito del trato nacional. En consecuencia, primero se debe demostrar que la Demandante, en cuanto inversionista, se encuentra en “circunstancias similares” a las del inversionista de otra Parte o de un país que no sea Parte, o que la inversión de la Demandante se encuentra en “circunstancias similares” a las de la inversión de un inversionista de otra Parte o de un país que no sea Parte. Y, en segundo lugar, es preciso demostrar que el trato recibido por la Demandante fue menos favorable que el trato recibido por el inversionista o la inversión comparable.
229. El Demandado argumenta, esencialmente, que la Demandante no ha identificado a un inversionista o una inversión comparable que se ajuste a lo establecido en el Artículo 1103, es decir, que se encuentre en “circunstancias similares” a las de la Demandante en cuanto inversionista o en “circunstancias similares” a las de la inversión de la Demandante. Consiguientemente, no puede plantearse ninguna cuestión de trato menos favorable. Ésta es la cuestión inicial que debe analizar el Tribunal.

²¹ Véase el párrafo 137, *supra*.

Argumentaciones de las Partes con respecto a la reclamación en virtud del Artículo 1103

230. En su Memorial, la Demandante se compara, a los efectos de su reclamación en virtud del Artículo 1103, con Corn Products International (CPI) que, argumenta, importó JMAF de Canadá sin que se le exigiera obtener un permiso de importación. Las “circunstancias similares”, aduce la Demandante, surgen del hecho de que la Demandante tiene una filial mexicana que importa JMAF de Estados Unidos mientras que CPI tiene una filial mexicana que importa JMAF de Canadá.
231. El Demandado considera que esos hechos no constituyen un argumento de que se ha violado el Artículo 1103. En ese artículo, afirma el Demandado, se establece que debe haber un inversionista comparable de otra Parte del TLCAN o de un país que no sea Parte, o inversiones de esos inversionistas. En el Artículo 1103 no se compara el trato de un inversionista de una Parte del TLCAN con el trato de otro inversionista de la misma Parte del TLCAN.
232. En su Réplica, la Demandante se refiere especialmente a Casco, en cuanto inversionista canadiense pertinente. Casco, una filial canadiense de CPI (un inversionista estadounidense), produce JMAF en Canadá y lo exporta a otra filial de CPI en México. En su Memorial de Dúplica, el Demandado rechaza el argumento de que Casco brinda la posibilidad de realizar una comparación adecuada sobre la base de que la empresa no es un inversionista canadiense en México ni la inversión de un inversionista canadiense en México, conforme al significado del Artículo 1103. Ese artículo, aduce el Demandado, abarca únicamente las inversiones dentro del territorio de una parte demandada, no así las inversiones realizadas en otros lugares.

Conclusión del Tribunal con respecto a la reclamación en virtud del Artículo 1103

233. En un párrafo anterior del presente Laudo, el Tribunal aceptó la opinión vertida en el caso *Bayview Irrigation District* en el sentido de que, a los efectos de una reclamación en virtud del Capítulo XI del TLCAN, la inversión debe estar situada en el territorio del Estado que ha sido demandado²². Casco es una inversión de CPI en Canadá, y no una inversión de CPI en México, por lo tanto, aún si fuera una inversión de “cualquier

²² Véanse los párrafos 164 y 165, *supra*.

otra Parte del TLCAN o de un país que no sea Parte” y no una inversión de un inversionista estadounidense en Canadá, no podría ser usado como base para una comparación a los efectos de la reclamación de la Demandante en virtud del Artículo 1103. No basta que Casco, en cuanto filial canadiense, realice operaciones con una “filial hermana” en México; debe tener su propia inversión en México. No obstante, no se argumentó que Casco, en sí misma, fuese inversionista en México. Tampoco se presentaron pruebas de que existan otros inversionistas canadienses en México, o inversionistas de países que no sean parte del TLCAN en México, que podrían encontrarse en “circunstancias similares” a las de la Demandante, ni inversiones de esos inversionistas que podrían encontrarse en “circunstancias similares” a las de Cargill de México.

Decisión final del Tribunal con respecto a la reclamación en virtud del Artículo 1103

234. En vista de lo que antecede, el Tribunal llega a la conclusión de que la Demandante no ha demostrado que se encuentra en “circunstancias similares” a las de inversionistas de otra Parte del TLCAN o inversionistas de un país que no sea Parte, o que sus inversiones se encuentran en “circunstancias similares” a las de las inversiones de un inversionista de otra Parte del TLCAN o las inversiones de un inversionista de otro país que no sea Parte. Consiguientemente, se desestima la reclamación planteada por la Demandante en virtud del Artículo 1103.

IX. ARTÍCULO 1105 – TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

Cuestión planteada

235. La Demandante afirma que el Demandado, a través de una serie de medidas, violó las obligaciones que había asumido con la Demandante en virtud del Artículo 1105. La Demandante aduce que, al evaluar su reclamación, el Tribunal no debería tener en cuenta cada medida en forma individual sino que, por el contrario, debería considerar todas y cada una de ellas en el contexto de “la campaña prolongada e inflexible de México para expulsar fuera del mercado a los productores de JMAF de Estados Unidos y sus inversiones de JMAF en México”. Si bien concede que una de las medidas, el IEPS, en cuanto consecuencia de la exclusión impositiva establecida en el Artículo 2103 del TLCAN, no puede por sí misma servir como base para una reclamación en

virtud del Artículo 1105, la Demandante alega que su reclamación en el marco del mencionado artículo se basa en “la campaña diversificada de México contra el JMAF, de la cual el Impuesto IEPS era sólo un componente”. Es el “conjunto de situaciones” lo que determina si un Gobierno no ha proporcionado el “entorno comercial estable y previsible” al que tienen derecho los inversionistas²³. La Demandante afirma, empero, que el requisito del permiso de importación, por sí solo, bastaría para constituir una violación del Artículo 1105.

236. El Demandado responde que varias de las medidas mencionadas por la Demandante están fuera de la jurisdicción del Tribunal. Aduce que los derechos antidumping están fuera de la jurisdicción del Tribunal, tanto en razón de las limitaciones de tiempo establecidas en el Artículo 1121 como por el hecho de que los derechos antidumping se rigen exclusivamente por el Capítulo XIX. El Demandado sostiene, además, que las medidas tributarias tampoco deben ser incluidas en el examen del Tribunal, dado que el Artículo 2103 del TLCAN establece que, salvo lo dispuesto en ese artículo, ninguna disposición del TLCAN se aplicará a las medidas tributarias. Por último, el Demandado rechaza la “consolidación” de las medidas, propuesta por la Demandante, y afirma que, por el contrario, el Tribunal debe analizar y examinar cuidadosamente cada medida.
237. Más fundamental aún, las Partes no están de acuerdo respecto de las obligaciones que debe cumplir un Estado parte en virtud del Artículo 1105 del TLCAN. La Demandante, por lo menos inicialmente en sus escritos y argumentos, defendió un conjunto de obligaciones basándose en lo que el Demandado califica como una interpretación “convencional” o “autónoma” de las obligaciones de trato justo y equitativo en el marco de los tratados, en vez de interpretar que el Artículo 1105 incorpora por referencia las obligaciones de trato justo y equitativo conforme al derecho internacional consuetudinario. Esta diferencia básica da lugar a que las Partes analicen diversos precedentes judiciales.
238. En las siguientes secciones se analizan las argumentaciones de las Partes respecto tanto de la norma que corresponde aplicar como de su aplicación en este caso. A

²³ *PSEG Global Inc. c. República de Turquía* (“*PSEG c. Turquía*”), Caso CIADI N.º ARB/02/05, Laudo, párrafo 253 (19 de enero de 2007).

continuación se incluyen las conclusiones del Tribunal respecto tanto de la norma exigida por la obligación de otorgar un trato justo y equitativo estipulada en el Artículo 1105 como de la aplicación de esa norma a la presente controversia.

Argumentaciones de las Partes con respecto a la reclamación en virtud del Artículo 1105

Argumentaciones de las Partes con respecto a la norma de trato justo y equitativo en general

239. El Tribunal observa que las diferencias entre las Partes respecto de la norma de trato justo y equitativo sufrieron cambios, en algunos aspectos, durante el curso de las actuaciones. En particular, la Demandante, por lo menos inicialmente, sostuvo que el texto del Artículo 1105 que exige un “trato justo y equitativo” no debía ser interpretado como una referencia al derecho consuetudinario sino, más bien, como lenguaje de los tratados en el marco del derecho de los tratados. De esta manera, la Demandante afirmaba que, por ejemplo, el significado ordinario de “justo y equitativo” exigía un trato que fuese “imparcial”, “parejo”, “neutral” y “legítimo”²⁴.
240. El Demandado, citando las *Notas sobre la interpretación de ciertas disposiciones del Capítulo 11* (“Nota de la CLC”) publicadas en julio de 2001 por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, que se aplicaron en el caso *S.D. Myers c. Canadá*²⁵ —procedimiento que por entonces se estaba tramitando— y en todos los procedimientos que se iniciaron a partir de entonces al amparo del Capítulo XI del TLCAN, señaló con énfasis que el enfoque de la Demandante no era adecuado y que el Tribunal debía basarse exclusivamente en el derecho internacional consuetudinario al aplicar el Artículo 1105.
241. La Demandante, si bien reconoció la pertinencia de la Nota de la CLC sobre el Artículo 1105, sostiene que un cambio de enfoque para examinar el derecho internacional consuetudinario reviste escasa importancia práctica porque la norma del derecho internacional consuetudinario es equivalente a la norma que se obtiene al

²⁴ *Azurix Corp. c. República Argentina* (“*Azurix c. Argentina*”), Caso CIADI N.º ARB/01/12, Laudo, párrafo 360 (14 de julio de 2006), cita extractada del Diccionario de inglés Oxford (22.ª Edición).

²⁵ *S.D. Myers, Inc. c. Canadá* (“*S.D. Myers*”), TLCAN/CNUDMI, Laudo parcial respecto de daños y perjuicios, párrafos 259 y 263 (13 de noviembre de 2000).

interpretar la frase “trato justo y equitativo” como si fuera una obligación autónoma de los tratados. Más específicamente, la Demandante alega que el Artículo 1105 del TLCAN incorpora la norma mínima del trato que se debe otorgar a extranjeros conforme al derecho internacional consuetudinario, y establece un nivel mínimo que se debe observar en lo referente al trato de inversionistas extranjeros. La Demandante sostiene, además, que la norma pertinente del derecho internacional consuetudinario, así como todo el derecho internacional consuetudinario, puede evolucionar y que, en la actualidad, la norma consuetudinaria respecto del trato justo y equitativo ya no es tan estricta como lo fue en la decisión sobre el caso *Neer* en 1926²⁶. La Demandante afirma que los tres Estados parte del TLCAN han aceptado esta naturaleza cambiante de la norma²⁷. Por último, la Demandante sostiene que la norma del derecho internacional consuetudinario es ahora efectivamente equivalente al significado autónomo asignado por otros tribunales a la frase “trato justo y equitativo”.

242. La Demandante hace notar el laudo del caso *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (“*Tecmed*”), donde no sólo se establece el significado autónomo sino también el contenido actual del derecho internacional consuetudinario en cuanto al deber de otorgar un trato justo y equitativo. Sobre la base del caso *Tecmed*, la Demandante alega que el deber de otorgar un trato justo y equitativo consta de cuatro componentes primarios. En el caso *Tecmed*, el tribunal sostuvo que la obligación de otorgar un trato justo y equitativo requiere que las partes contratantes brinden un trato que “no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversionista extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversionista extranjero”²⁸.
243. Según la Demandante, por lo tanto, un trato justo y equitativo requiere: 1) un entorno estable y previsible que no desvirtúe las expectativas razonables; 2) una ausencia

²⁶ Cita extractada de *Pope & Talbot*, Laudo respecto de daños y perjuicios, párrafos 58 a 65 (31 de mayo de 2002); OCDE, FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, WORKING PAPER NO. 2004/3 (“*Documento de trabajo de la OCDE*”), en 40 (septiembre de 2004); *L.F. Neer c. México*, Comisión de Reclamaciones entre Estados Unidos y México (“*Neer*”), 4 I.R.A.A. 60 (15 de octubre de 1926).

²⁷ *Documento de trabajo de la OCDE*, en 11-12.

²⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos* (“*Tecmed*”), Caso CIADI N.º ARB (AF)/00/2, Laudo, párrafo 154 (29 de mayo de 2003).

general de arbitrariedad, ambigüedad e incoherencia; 3) transparencia, y 4) una ausencia de discriminación. Estos factores, afirma la Demandante, forman parte de la norma mínima de trato en el marco del derecho internacional consuetudinario.

244. Como se señaló anteriormente, el Demandado sostiene que la Nota de la CLC requiere que el Tribunal aplique la norma de “trato justo y equitativo” establecida en el derecho internacional consuetudinario. El Demandado acepta que la decisión en el caso *Neer* de 1926 fue una declaración válida de la norma y acepta que la norma puede evolucionar. El Demandado no acepta la afirmación de la Demandante en el sentido de que la norma del derecho internacional consuetudinario ha evolucionado en el tiempo de manera tal que, a este punto, tiene un significado idéntico al que algunos tribunales le han atribuido a la obligación como cuestión de interpretación autónoma de los tratados.
245. El Demandado, por lo tanto, objeta que la Demandante se apoye en el caso *Tecmed* y en la norma establecida por su tribunal. En primer lugar, el Demandado sostiene que la disputa que dio lugar al caso *Tecmed* no se originó en el TLCAN sino en el marco del *Tratado Bilateral de Inversión entre México y España*, y que, en ese caso, el tribunal encaró la cuestión como una interpretación del tratado y no pretendió establecer el contenido de la costumbre.
246. En segundo lugar, el Demandado afirma que la norma establecida por el tribunal en el caso *Tecmed* no ha sido aplicada por todos los tribunales posteriores inclusive en los casos en que se considera que la cuestión concierne a la interpretación del tratado y, de hecho, ha sido criticada recientemente por el Comité de Anulación del CIADI al examinar el caso *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile*²⁹.
247. Por último, el Demandado sostiene que la norma establecida en el caso *Tecmed* es claramente incorrecta en el contexto del TLCAN y la Nota de la CLC por las siguientes cuatro razones: 1) postula un grado de claridad, simplicidad y unidad de objetivos regulatorios que ningún Estado, ni siquiera el más desarrollado, puede alcanzar; 2) muestra una falta de entendimiento sobre la complejidad de las decisiones que los Gobiernos deben adoptar, algunas veces con urgencia, sobre la base de la

²⁹ Caso CIADI N.º ARB/01/7, Decisión del Comité de Anulación, párrafo 67 (21 de marzo de 2007).

información disponible, por lo cual pueden ser imperfectas, incompletas o incluso erróneas; 3) exime a los inversionistas de la obligación de obtener información sobre la ley, y 4) aparentemente se basa en la idea de que las expectativas subjetivas del inversionista son la fuente de las obligaciones de un Estado conforme al tratado.

248. En su Memorial de Réplica, la Demandante respalda el hecho de apoyarse en el laudo del caso *Tecmed* argumentando que otros paneles del TLCAN se han basado en fallos emitidos en casos entre inversionistas y Estados que no forman parte del TLCAN. Además, la Demandante afirma que la norma establecida en el caso *Tecmed* ha sido reafirmada por otros tribunales internacionales.

Argumentaciones de las Partes con respecto a la aplicación en este caso del aparente requisito de un “entorno estable y previsible que no desvirtúe las expectativas razonables”

249. La Demandante sostiene que en el preámbulo del TLCAN se establece la necesidad de asegurar “un marco comercial previsible para la planeación de las actividades productivas y de la inversión” y, consiguientemente, los tribunales consideran que tal marco es un elemento esencial del trato justo y equitativo. En respaldo de esta afirmación, la Demandante, como se señaló anteriormente, cita el laudo de *Tecmed*, donde se sostiene que la inclusión en un tratado de la obligación de trato justo y equitativo exige de las partes “brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversionista extranjero decidió realizar su inversión”³⁰.
250. La Demandante sostiene que el Demandado modificó las reglas en las que se había basado la Demandante para fundamentar sus legítimas expectativas y sus decisiones de inversión. La Demandante afirma que era imposible prever que el Demandado adoptaría medidas especiales para perjudicar su inversión y “derogar los anteriores regímenes de tributación e importación en los que [la Demandante] se había basado razonablemente al realizar sus inversiones”.
251. Según la Demandante, la previsibilidad y la estabilidad eran de “suma importancia” para ella cuando decidió invertir en la industria de edulcorantes en México y, durante

³⁰ *Tecmed*, Laudo, párrafo 154 (29 de mayo de 2003).

los primeros años del TLCAN, el Demandado proporcionó un marco comercial estable. La Demandante sostiene que luego, empero, las medidas contra el JMAF adoptadas por México desequilibraron dicho marco e invalidaron la estabilidad, la previsibilidad y sus expectativas razonables. La Demandante afirma que los derechos antidumping, el IEPS, el requisito de un permiso imposible de obtener y la “decisión del gobierno de eliminar la amenaza competitiva del JMAF a toda costa” constituyeron “una violación de su obligación de otorgar un trato justo y equitativo debido al destripamiento de los acuerdos sobre los cuales se indujo al inversionista extranjero a invertir”³¹.

252. La Demandante concluye que “esta transformación del panorama de inversiones” no puede considerarse un riesgo comercial legítimo porque no fue consecuencia de factores económicos naturales sino que se debió exclusivamente a “medidas hostiles adoptadas por el gobierno anfitrión”. La oportunidad en que se adoptó cada medida confirma su imprevisibilidad: cuando se estaban por revocar los derechos antidumping, el Demandado comenzó a aplicar el IEPS, y cuando los embotelladores comenzaron a ganar los amparos interpuestos contra el impuesto, el Demandado no divulgó los criterios para la emisión de permisos de importación.
253. El Demandado, por otra parte, presenta estudios de viabilidad y memorandos internos de la Demandante como prueba de que el requisito del permiso de importación no sólo no tomó por sorpresa a la Demandante sino que, además, ésta conocía de antemano la posibilidad de que se aplicara tal medida. El Demandado cita, por ejemplo, el documento titulado “Estudio de viabilidad de una planta de JMAF en México: Tula, Hidalgo”, 4 de noviembre de 1999, Resumen, página 2, en el que la Demandante consignó en la Sección V, bajo el título “Gobierno de México/Sección sobre política”, en la página 21:

Los principales factores son:

A) Riesgo potencial de que una cuota impuesta por el gobierno limite las cantidades de las importaciones de JMAF, o el riesgo potencial de que se eliminen las importaciones de JMAF debido a que se produce JMAF a nivel nacional (largo plazo).

³¹*CME Czech Rep. B.V. (Netherlands) c. República Checa* (“*CME c. República Checa*”), CNUDMI, Laudo parcial, párrafo 611 (13 de septiembre de 2001).

Si Cargill no construye en México, corremos el riesgo de que nuestros competidores y los ingenios azucareros soliciten al gobierno mexicano que proteja una actividad que se ha convertido en una industria nacional (JMAF). (...) Cargill sería el único molino en húmedo sin capacidad de JMAF en México. Dado que el derecho sobre el JMAF se reduce a cero en el curso de los próximos nueve años, nuestros competidores tendrían un sólido argumento para reclamar apoyo local a su inversión, que da empleo a trabajadores mexicanos y paga impuestos mexicanos. Creo no equivocarme al afirmar que si se impone una cuota respecto del JMAF, el molino en húmedo que no tenga una producción local de JMAF correrá los mayores riesgos.

Para respaldar aún más esta afirmación, el Demandado también cita un memorando interno de Cargill del 6 de agosto de 1996, el borrador de una carta fechada el 17 de julio de 2000 cursada por la Demandante a Charlene Barshefsky, REUAC, y un memorando de la Corn Refiners Association relacionado con el estado de situación de la diferencia respecto del decreto antidumping iniciada al amparo del Capítulo XIX del TLCAN, que se envió al directorio (así como al representante de la Demandante) el 28 de agosto de 2000. Por último, para respaldar su argumentación de que la Demandante conocía la posibilidad de que se aplicaran restricciones a la importación, el Demandado menciona que el 23 de agosto de 2001 se llevó a cabo una reunión en la que el subsecretario De la Calle supuestamente informó a los representantes de la Demandante que se impondrían tales restricciones si la disputa relativa al mercado del azúcar no se resolvía rápidamente.

254. En respuesta a la presentación por el Demandado de estos documentos en un esfuerzo por demostrar que la Demandante conocía de antemano el requisito del permiso, la Demandante aduce que “desde luego, ninguna compañía podría considerar una inversión en un país extranjero sin evaluar los riesgos”. La Demandante afirma, empero, que ello no significa que, razonablemente, debería haber previsto que el Demandado anunciaría un requisito de permiso exclusivamente para el JMAF ni que, pese a indicar que ese permiso sería otorgado automáticamente, en los hechos el Demandado se negaría a otorgar ese permiso a la Demandante aduciendo que no se habían establecido los criterios para otorgarlo.

Argumentaciones de las Partes con respecto a la aplicación en este caso de la aparente exclusión de “arbitrariedad, ambigüedad e incoherencia”

255. La Demandante alega a continuación que las medidas contra el JMAF adoptadas por el Demandado fueron arbitrarias, ambiguas e incoherentes, como lo demuestran tres hechos alegados: 1) el IEPS se aplicó exclusivamente en respuesta a presiones políticas y proteccionistas nacionales, en vez de constituir un intento por aumentar los ingresos; 2) el requisito del permiso no estaba relacionado razonablemente con ningún propósito salvo el de excluir al JMAF importado de Estados Unidos, como lo demuestra el hecho de que el Demandado no anunciara los criterios para obtener el permiso, y 3) el IEPS fue, en los hechos, un impuesto sobre el JMAF, y no sobre los refrescos, dado que los refrescos endulzados únicamente con azúcar de caña estaban exentos de su aplicación.
256. La Demandante afirma que estas medidas fueron contradictorias por cuanto se apartaron diametralmente del trato impositivo equivalente que el Demandado otorgó en un principio al azúcar y el JMAF. En respaldo de su posición, la Demandante cita el fallo del tribunal en el caso *GAMI*: “La imposición de un nuevo requisito de licencia puede por ejemplo percibirse de forma bastante diferente si aparece sobre una tabla rasa o si se trata de una repudiación arbitraria de una aplicación de permisos preexistente sobre el cual se demuestre que se basó un inversionista extranjero”³².
257. El Demandado responde que el derecho internacional define estrictamente el concepto de arbitrariedad. En el caso *Elettronica Sicula S.P.A. (“ELSP”)*, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que:

124. (...) debe tenerse presente que el hecho de que un acto de una autoridad pública pueda haber sido ilícito en derecho interno no significa necesariamente que el hecho sea ilícito en derecho internacional, por violación de un tratado o de cualquier otra manera. (...) por sí solo, y sin otras consideraciones, no puede afirmarse que la ilegalidad constituye arbitrariedad. (...) Identificar a la arbitrariedad con una mera ilegalidad entrañaría privarla de todo significado útil por propio derecho. ...

128. La arbitrariedad no es tan sólo lo opuesto a una regla del derecho sino lo opuesto al imperio de la ley (...)³³.

³² *GAMI*, Laudo final, párrafo 91 (15 de noviembre de 2004).

³³ *Elettronica Sicula S.P.A. (Estados Unidos c. Italia)*, (Fallo) 28 I.L.M. 1109, I.C.J. Reports 15 (1989).

258. Según el Demandado, los tribunales del TLCAN han sostenido, de manera homogénea, que aun cuando la administración de los programas gubernamentales es deficiente (cuestión ésta que, según el Demandado, no está sujeta a controversia), ello no constituye una violación de la norma mínima de trato en virtud del derecho internacional consuetudinario. El Demandado cita el caso *S.D. Myers, Inc. c. Canadá* para respaldar este argumento:

261. Al interpretar y aplicar la “norma mínima”, un tribunal que entiende en un caso conforme al Capítulo 11 no tiene un mandato abierto para realizar conjeturas respecto de la capacidad decisoria del gobierno. Los gobiernos deben tomar muchas decisiones que son potencialmente controvertidas. Al hacerlo, puede parecer que han cometido errores, no han juzgado correctamente los hechos, han actuado sobre la base de una teoría económica o sociológica equivocada, han puesto demasiado énfasis en algunos valores sociales en desmedro de otros y han adoptado soluciones que, en última instancia, son ineficaces o contraproducentes. El remedio común, si lo hubiera, para los errores en la gestión de gobierno moderna llega a través de los procesos políticos y jurídicos internos, entre ellos las elecciones.

263. El Tribunal considera que una violación del Artículo 1105 ocurre solamente cuando se demuestra que un inversionista ha sido tratado de un modo tan injusto o arbitrario que el tratamiento se eleva a un nivel inaceptable desde la perspectiva internacional. La determinación debe ser efectuada a la luz del alto grado de deferencia que el derecho internacional generalmente otorga al derecho de las autoridades nacionales a regular los asuntos dentro de sus propias fronteras (...) ³⁴.

(Traducción del Tribunal)

259. El Demandado sostiene que en este caso, “a la luz de las circunstancias difíciles en las que se encontraban los cañeros y los ingenios azucareros y del estado de la industria azucarera mundial, en Estados Unidos y particularmente en México, no es posible considerar que los actos de México en cuestión en este caso alcanzan el nivel de actos arbitrarios conforme al derecho internacional”. Según el Demandado, no cometió “inobservancia intencional del debido proceso legal” ni un “acto que choca contra el sentido de idoneidad judicial, o al menos lo sorprende” ³⁵.

260. La Demandante afirma que no alega mala administración o errores, dado que estas cuestiones estarían exentas de sanción en virtud de las normas citadas, sino más bien una conducta injusta e inequitativa, tal como la aplicación del IEPS que privó a la

³⁴ *S.D. Myers*, Laudo parcial (13 de noviembre de 2000).

³⁵ *ELSI*, Fallo, párrafo 128 (1989).

Demandante de la capacidad de competir para obtener negocios en México, y el requisito del permiso sin que se establecieran los criterios para su emisión.

261. El Demandado responde que el requisito del permiso no carecía de criterios. El decreto por el cual se establece dicho requisito, dictado el 10 de marzo de 2003, menciona especialmente el incumplimiento de Estados Unidos respecto de su obligación de otorgar acceso al azúcar mexicano y que “tales circunstancias permiten que las autoridades mexicanas adopten las medidas necesarias para afrontar la situación”. Según el Demandado, en el decreto se establece, además, que los criterios se publicarán cuando existan “las condiciones necesarias, de conformidad con el derecho internacional y las obligaciones de México”. Consiguientemente, cuando existan las condiciones necesarias, es decir, que Estados Unidos otorgue mayor acceso al azúcar mexicana, la Secretaría otorgará los permisos correspondientes.

Argumentaciones de las Partes con respecto a la aplicación en este caso del aparente requisito de “transparencia”

262. Con respecto al tercer supuesto componente de la obligación de otorgar un trato justo y equitativo, la Demandante afirma que la transparencia no sólo es una protección de vital importancia para los inversionistas sino que, además, está incluida en el TLCAN como uno de sus objetivos primordiales, conforme se dispone en sus Artículos 102, 1306, 1411, 1802(1) y 1802(2). La Demandante también cita el caso *Tecmed* en cuanto a que una parte contratante debe actuar de manera “totalmente transparente en sus relaciones con el inversionista extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes (...)”³⁶.
263. La Demandante alega que el Demandado violó su obligación de transparencia cuando adoptó el IEPS y el requisito del permiso de importación poco después de la reunión que mantuvieron funcionarios mexicanos y la Demandante para analizar cuestiones relativas al edulcorante, en la que no se mencionaron las medidas cuya aplicación era

³⁶ *Tecmed*, Laudo, párrafo 154 (29 de mayo de 2003).

inminente. La Demandante sostiene que la falta de transparencia también queda de manifiesto claramente en el hecho de que el Demandado no anunció los criterios para obtener un permiso ni respondió a los pedidos de información adicional que alega haber formulado la Demandante.

264. El Demandado sostiene que el Artículo 1802 y su disposición en materia de transparencia no forman parte del Capítulo XI, y por lo tanto están fuera de la jurisdicción del Tribunal. El Demandado afirma que el “derecho comercial internacional convencional” establece que el deber del Estado es publicar sus leyes y reglamentos, como se indica, por ejemplo, en el Artículo X del GATT de 1947. El Demandado sostiene, empero, que el “derecho convencional” no es equivalente al “derecho internacional consuetudinario”. El Demandado explica que una de las razones por las que el laudo del caso *Metalclad*³⁷ fue parcialmente desechado en oportunidad de la revisión judicial fue debido a que el tribunal se basó en la obligación de transparencia en el marco del derecho internacional *convencional* —a diferencia del *consuetudinario*— para establecer que existió una violación del Artículo 1105.

Argumentaciones de las Partes con respecto a la aplicación en este caso de la aparente ausencia de “discriminación”

265. Por último, la Demandante incluye un análisis de los supuestos actos de discriminación por parte del Demandado a partir de su examen de los Artículos 1102 y 1103 especificado anteriormente³⁸. El Demandado sostiene que esta reclamación es inaplicable y señala que “el sentido del artículo 1105 es diferente al de los Artículos 1102 y 1103”.

Conclusión del Tribunal con respecto a la reclamación en virtud del Artículo 1105

La norma del trato justo y equitativo

266. El Artículo 1105(1) del TLCAN establece: “Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad

³⁷ *Metalclad Corp. c. Estados Unidos Mexicanos* (“*Metalclad*”), Caso TLCAN/CIADI N.º ARB(AF)/97/1, Laudo (30 de agosto de 2000).

³⁸ Véanse los párrafos 216 a 218, 224, 228, 230, 232, *supra*.

plenas”. Ha sido difícil definir con precisión el contenido de esta obligación, y las declaraciones de varios tribunales del TLCAN no se pueden aplicar fácilmente a hechos concretos.

267. En primer lugar, el Tribunal observa que, sin lugar a dudas, la mención a un “trato justo y equitativo” en el Artículo 1105(1) deber ser entendida mediante referencia al derecho internacional consuetudinario. El 31 de julio de 2001, en respuesta a la inquietud planteada por los Estados parte en el sentido de que los tribunales estaban interpretando esta disposición de manera excesivamente amplia, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió una Nota en la que estableció, entre otras cosas, que:

1. El Artículo 1105(1) obliga a respetar el estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario en el tratamiento de extranjeros como el estándar mínimo de trato que se le debe brindar a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte.

2. Los conceptos de trato “justo y equitativo” y “plena protección y seguridad” no obligan a tratamientos adicionales o más allá de lo que se requiere en virtud del estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario en el trato de extranjeros.

3. Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN, o de un acuerdo internacional distinto, no implica que se haya violado el Artículo 1105(1).

268. En vista de la interpretación de la CLC y el efecto vinculante de esa interpretación en este Tribunal en virtud del Artículo 1132(2)³⁹, el Tribunal concuerda con todos los tribunales anteriores del TLCAN en la opinión de que el Artículo 1105 requiere ni más ni menos que la norma mínima de trato exigida por el derecho internacional consuetudinario. Según la declaración efectuada por el tribunal en el caso *Mondev*, la Nota de la CLC establece “claramente que el Artículo 1105(1) hace referencia a una norma existente en el marco del derecho internacional consuetudinario, y no así a normas establecidas por otros tratados de los tres Estados parte del TLCAN”⁴⁰. Análogamente, según lo explicó México en su escrito conforme al Artículo 1128

³⁹ En el segundo párrafo del Artículo 1131, titulado “Derecho aplicable”, se establece: “La interpretación que formule la Comisión sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección”.

⁴⁰ *Mondev Int’l Ltd. c. Estados Unidos* (“*Mondev*”), Caso TLCAN/CIADI N.º ARB(AF)/99/2, Laudo, párrafo 121 (11 de octubre de 2002). Véase también *ADF Group Inc. c. Estados Unidos* (“*ADF Group*”), Caso TLCAN/CIADI N.º ARB(AF)/00/1, Laudo, párrafo 178 (9 de enero de 2003), en el que se sostiene que en la Nota de la CLC “se aclara que, en cuanto concierne a los tres Estados parte del TLCAN, queda concluido el debate de larga data respecto de si existe una norma mínima de trato de extranjeros y sus bienes establecida en el derecho internacional consuetudinario”.

presentado al tribunal en el caso *ADF*, “las expresiones ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridad plenas’ se incluyen como ejemplos de las normas del derecho internacional consuetudinario incorporadas en el Artículo 1105(1). (...) La norma mínima [de trato] del derecho internacional es un concepto amplio que contiene un conjunto de reglas que con el correr de los siglos han cristalizado en el derecho internacional consuetudinario en contextos específicos”⁴¹.

269. Si bien, inicialmente, la Demandante sostuvo que el significado de “trato justo y equitativo” debía considerarse como una cuestión de interpretación del tratado, en oportunidad de la audiencia, la Demandante y el Demandado coincidieron en que el Artículo 1105 es una codificación de la norma mínima de trato establecida en el derecho internacional consuetudinario. Las Partes, empero, mantienen su desacuerdo respecto del contenido de esa norma del derecho internacional consuetudinario.
270. Al abordar la labor de determinar la norma de “trato justo y equitativo” en el marco del derecho internacional consuetudinario, el Tribunal pone énfasis en un punto fundamental de su modo de razonamiento, que considera, al mismo tiempo, un punto de debilidad en algunos de los laudos que ha examinado.
271. El cambio del enfoque —del análisis para establecer el significado de “trato justo y equitativo” como una cuestión de interpretación del tratado al análisis para determinar el contenido de la costumbre— tiene consecuencias fundamentales en lo que concierne al razonamiento jurídico de un tribunal. Un tribunal que debe resolver una cuestión relativa a la interpretación de un tratado puede, con poca información de las partes, proporcionar una respuesta jurídica. Tiene los dos elementos necesarios para hacerlo, a saber: el texto en cuestión y las reglas de interpretación. Un tribunal que debe determinar la costumbre, por otra parte, debe llevar a cabo una labor muy diferente porque la determinación del contenido de la costumbre entraña no sólo cuestiones de derecho sino también, y primordialmente, una cuestión de hecho, cuando la costumbre forma parte de las prácticas de los Estados que ellos consideran jurídicamente obligatorias. Una costumbre concreta puede tener un contenido claro; empero, cuando

⁴¹ *ADF Group*, Segundo escrito presentado por los Estados Unidos Mexicanos en el marco del Artículo 1128, párrafo 8 (22 de julio de 2002).

la costumbre no es clara o está sujeta a controversia, la parte que hace valer esa costumbre debe establecer su contenido.

272. En el caso de la norma de “trato justo y equitativo” en el marco del derecho internacional consuetudinario, las Partes en este caso y los otros dos Estados parte del TLCAN coinciden en que la norma del derecho internacional consuetudinario es, como mínimo, la establecida en el arbitraje del caso *Neer* en 1926. En el laudo de ese caso se sostuvo que “el trato de un extranjero (...) debe constituir un ultraje, mala fe, negligencia intencional en el cumplimiento del deber, o una insuficiencia de medidas gubernamentales tan marcada respecto de las normas internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial la reconocería de inmediato”⁴². Las Partes y los otros dos Estados parte del TLCAN también coincidieron en que la norma está sujeta a evolución y, en rigor, podría haber evolucionado desde 1926.
273. Las Partes, empero, no están de acuerdo en la manera en que efectivamente la norma consuetudinaria ha evolucionado, si es que lo ha hecho, desde esa fecha. La carga de establecer cualquier nuevo elemento de esta costumbre recae en la Demandante. El Tribunal reconoce que la prueba del cambio de una costumbre no es una cuestión que se pueda establecer fácilmente. No obstante, la carga de dicha prueba recae claramente en la Demandante. Si la Demandante no presenta al Tribunal las pruebas de esa evolución, no le compete al Tribunal asumir esa labor. Por el contrario, el Tribunal, en esas circunstancias, debe sostener que la Demandante no ha logrado establecer la norma en cuestión.
274. La labor inicial que tiene ante sí el Tribunal es, por lo tanto, evaluar las afirmaciones de la Demandante en cuanto al contenido de la norma de “trato justo y equitativo” en el marco del derecho internacional consuetudinario, teniendo en cuenta las fuentes presentadas al Tribunal. Las prácticas coherentes y difundidas del Estado, que éste aplica con un sentido de obligación jurídica, permitirían establecer el contenido del derecho internacional consuetudinario. El Tribunal reconoce, empero, que no es fácil llevar a cabo un relevamiento de las prácticas del Estado y que la labor es especialmente difícil en lo referente a la norma de “trato justo y equitativo”, pues en estos casos es posible que no existan muchos ejemplos desarrollados de prácticas del

⁴² *Neer*, 4 I.R.A.A. 60 (15 de octubre de 1926).

Estado o no pueda accederse fácilmente a ellos. La Demandante no ha proporcionado al Tribunal un relevamiento de las prácticas recientes del Estado, y el Tribunal no tiene conocimiento de que éste exista.

275. En estas circunstancias, se puede recurrir a otras pruebas de la costumbre. Las declaraciones de los Estados sirven —si se toman con cuidado— como prueba del contenido de la costumbre. En el caso de los Estados parte del TLCAN, ellos han realizado declaraciones en el marco de su posición como demandados o como terceros en arbitrajes al amparo del Capítulo XI. Consiguientemente, México no sólo ha vertido su opinión respecto del contenido de la norma del derecho internacional consuetudinario en este procedimiento, sino también en calidad de tercero en un escrito presentado en el marco del Artículo 1128 en el caso *ADF*. En este último caso, en su escrito conforme al Artículo 1128, México cita con aprobación la declaración de Canadá en calidad de demandado en el caso *Pope & Talbot*, que afirma: “La conducta del gobierno respecto de la inversión debe constituir falta grave de conducta, injusticia manifiesta o, en las palabras clásicas de la reclamación *Neer*, un ultraje, mala fe o negligencia intencional en el cumplimiento de un deber”⁴³. El Tribunal reconoce que para determinar el peso de estas declaraciones es preciso tener en cuenta su posición en calidad de demandados en oportunidad de realizar la declaración. No obstante, el Tribunal también observa, por ejemplo, que Estados Unidos mantiene, en su modelo de Tratado Bilateral de Inversión, una posición similar respecto de la norma de trato justo y equitativo conforme al derecho internacional consuetudinario, una situación en la que por lo menos es igualmente posible que Estados Unidos se encuentre en la posición de demandado o de Estado de nacionalidad del inversionista que plantea la reclamación.

276. Generalmente, también se acepta que la amplia adopción por muchos Estados de un lenguaje idéntico para los tratados puede servir en sí misma —también con cuidado— como prueba del derecho internacional consuetudinario. El Tribunal observa que, salvo en los términos más generales, la Demandante no ha intentado establecer esa

⁴³ *ADF Group*, Segundo escrito presentado por los Estados Unidos Mexicanos en el marco del Artículo 1128, párrafo 15 (22 de julio de 2002), cita extractada de *Pope & Talbot*, Escrito de los Estados Unidos Mexicanos posterior a la audiencia (etapa relativa a daños y perjuicios), párrafo 8 (3 de diciembre de 2001), cita extractada de *Pope & Talbot*, Memorial de Contestación de Canadá en carácter de Demandado (segunda etapa), párrafo 309 (10 de octubre de 2000).

circunstancia ante este Tribunal. Aunque acepta que esas cláusulas se han generalizado, el Tribunal tiene en cuenta con cautela el valor probatorio de esta posibilidad. El Tribunal observa que, en la actualidad, la obligación de otorgar un “trato justo y equitativo” forma parte de varios cientos, y hasta de varios miles, de tratados bilaterales de inversión (TBI). En primer lugar, el Tribunal hace notar que algunas de estas cláusulas entrañan una referencia al derecho internacional consuetudinario, mientras que otras aparentemente contienen lenguaje autónomo de los tratados. El Tribunal considera que no se debería asignar gran valor probatorio a las cláusulas autónomas dado que podría presuponerse que esas cláusulas se adoptaron precisamente porque establecen una norma diferente a la exigida por la costumbre. Es posible que la adopción generalizada de un significado autónomo estricto de “trato justo y equitativo” genere con el tiempo expectativas internacionales respecto de la definición de buen gobierno, pero tal consecuencia es diferente a que esas cláusulas prueben directamente una evolución de la costumbre. En segundo lugar, el Tribunal señala que el gran aumento de la cantidad de TBI es un fenómeno reciente y que los Estados recién están comenzando a dar una respuesta a las cuestiones planteadas, por ejemplo, en términos de pedidos de renegociación o declaraciones de aprobación. En una situación tan inestable, el Tribunal considera que no es prudente asignar un valor significativo a la adopción, por más generalizada que sea, de esas cláusulas.

277. Por último, las obras académicas y las decisiones de los tribunales pueden servir como prueba de la costumbre⁴⁴. Empero, es importante señalar, como lo hace México en este caso, que los laudos de los tribunales internacionales no crean derecho internacional consuetudinario sino que, como máximo, son un reflejo de tal derecho. Por otra parte, tanto en el caso de las obras académicas como de las decisiones arbitrales, el valor probatorio que se ha de asignar a esas fuentes es mayor si las conclusiones que contienen están respaldadas por pruebas y análisis de la costumbre.

278. En la última década, se ha dictado un número considerable de decisiones arbitrales en procedimientos iniciados al amparo de tales TBI. En opinión del Tribunal, estas decisiones son pertinentes a la cuestión planteada en virtud del Artículo 1105(1) únicamente si el Tribunal consideró que la cláusula de trato justo y equitativo incluida

⁴⁴ Véase, por ejemplo, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 38 (1)(d).

en el TBI en cuestión entrañaba, al igual que en el Artículo 1105, la incorporación de la norma del derecho internacional consuetudinario en vez de contener lenguaje autónomo de los tratados.

279. El Tribunal observa que la Demandante en el presente caso no ha presentado un relevamiento de todas las decisiones arbitrales relativas a la norma de trato justo y equitativo en el marco del derecho internacional consuetudinario. Para establecer el actual contenido de la costumbre en materia de “trato justo y equitativo”, la Demandante se basa en gran medida en el laudo dictado en el caso *Tecmed*. El Demandado sostiene que tal argumento está fuera de lugar. El Tribunal está de acuerdo.

280. El Tribunal señala que en la reclamación en el caso *Tecmed* se aducen violaciones al TBI entre España y México⁴⁵. El Artículo 4(1) del TBI involucrado en el procedimiento de *Tecmed* establece que cada parte garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo, conforme al derecho internacional, a las inversiones realizadas por inversionistas de la otra parte contratante. El Artículo 4(2) explica, además, que este trato no será menos favorable que el otorgado en circunstancias similares por cada parte contratante a las inversiones realizadas en su territorio por inversionistas de un tercer Estado. Aunque el texto del Artículo 4(2) da lugar a varias interpretaciones, el tribunal del caso *Tecmed* establece específicamente que “entiende que los alcances de la garantía de tratamiento justo y equitativo contemplada en el artículo 4(1) del Acuerdo arriba enunciados (...) son los que cabe asignarle tanto si se la *interpreta de forma autónoma* (...)”⁴⁶. Consiguientemente, el laudo y las declaraciones del tribunal de *Tecmed* no se fundamentan en la norma mínima de trato establecida en el derecho internacional consuetudinario sino que, por el contrario, se asientan en una norma autónoma basada en la interpretación del texto. Por lo tanto, el Tribunal determina que el fallo de *Tecmed* no es ilustrativo en el presente arbitraje en lo que respecta al alcance y los límites del trato justo y equitativo exigido en el Artículo 1105 del TLCAN.

⁴⁵ Véase el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito por el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos (1996).

⁴⁶ *Tecmed*, Laudo, párrafo 155 (29 de mayo de 2003) (énfasis agregado).

281. El Tribunal observa que, por el contrario, en varios arbitrajes iniciados al amparo del TLCAN, cuya importancia se señaló en los argumentos presentados ante este Tribunal, se analiza y explica la norma mínima de trato en virtud del derecho internacional consuetudinario conforme se establece en el Artículo 1105 del TLCAN. Estos tribunales coinciden, por ejemplo, en que la norma mínima de trato en el marco del derecho internacional consuetudinario es dinámica y, consiguientemente, evoluciona en consonancia con los derechos individuales en virtud del derecho internacional. En las palabras del tribunal del caso *ADF*, la norma mínima de trato en el marco del derecho internacional consuetudinario está “en un proceso constante de evolución”⁴⁷. El tribunal en el caso *Mondev* sostuvo una posición similar:

Los derechos individuales sustantivos y procesales en el marco del derecho internacional han evolucionado considerablemente. En vista de esta evolución no es convincente confinar el significado de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” de los inversionistas extranjeros al significado que podrían haber tenido esos términos en los años veinte —si hubiesen estado vigentes en ese momento— cuando se aplicaban a la seguridad física de un extranjero⁴⁸.

282. Como se señaló anteriormente, las Partes en el presente procedimiento y este Tribunal están de acuerdo en que la norma mínima de trato en el marco del derecho internacional consuetudinario puede evolucionar en forma concordante con los cambios en las prácticas del Estado expresando en cierta medida las expectativas de la comunidad internacional. A medida que aumenta el grado de interrelación e interdependencia del mundo y, especialmente, de la comunidad empresarial internacional, con el comercio mundial, la inversión extranjera, los TBI y los tratados de libre comercio, la interrogante respecto de cuál es el trato mínimo que un país debe otorgar a los extranjeros se plantea en situaciones nuevas que sencillamente no existían cuando se dictó el laudo en el caso *Neer*, que versó sobre la supuesta omisión de investigar adecuadamente el asesinato de un extranjero.

283. Por lo tanto, la pregunta fundamental es: ¿qué exige *actualmente* el derecho internacional consuetudinario en cuanto a la norma mínima del trato que se ha de otorgar a los extranjeros? El tribunal en el caso *Waste Management II* sostuvo que

⁴⁷ *ADF Group*, Laudo, párrafo 179 (9 de enero de 2003).

⁴⁸ *Mondev*, Laudo, párrafo 116 (11 de octubre de 2002).

comenzaba a vislumbrarse una interpretación general a partir de los laudos dictados en el marco del TLCAN:

Tomados en conjunto, los casos *S.D. Myers*, *Mondev*, *ADF* y *Loewen* indican que el nivel mínimo de trato justo y equitativo se quiebra por una conducta atribuida al Estado y es perjudicial para el Demandante si dicha conducta es arbitraria, manifiestamente injusta e ilícita o idiosincrásica, y discriminatoria si el Demandante es objeto de prejuicios regionales o raciales o si entraña la falta de debido proceso que conduce a un resultado que atenta contra los cánones judiciales, como puede suceder en caso de que no se respete manifiestamente la justicia natural en los procedimientos judiciales o en el de una total falta de transparencia e imparcialidad en un procedimiento administrativo. En la aplicación de esta norma es importante que el trato viole las declaraciones realizadas por el Estado anfitrión en las que el demandante se basó razonablemente⁴⁹.

(Traducción del Tribunal)

284. Al examinar los mencionados laudos y, con igual importancia, las pruebas de la costumbre analizadas en esos procedimientos, este Tribunal coincide parcialmente con la determinación citada *supra*. El Tribunal observa que en los laudos anteriores en el marco del TLCAN no se tendió a asignar un mayor grado de rigurosidad al fallo en el arbitraje *Neer* sino, más bien, a adaptar el principio en que se asentó dicho fallo a las posiciones económicas más diversas y complicadas que mantienen los nacionales extranjeros en la actualidad. Un aspecto clave de tal adaptación es que, pese a que se abordan más situaciones, se mantiene la exigencia de la gravedad de la conducta conforme se sostuvo en el caso *Neer*. En ese respecto, el Tribunal considera especialmente importante la declaración sobre la norma incluida en los escritos presentados por México y Canadá al amparo del Artículo 1128 en el caso *ADF*. Esa norma consiste en:

La conducta del gobierno respecto de la inversión debe constituir falta grave de conducta, injusticia manifiesta o, en las palabras clásicas de la reclamación *Neer*, mala fe o negligencia intencional en el cumplimiento de un deber⁵⁰.

285. Como se señala en el laudo del caso *Waste Management II* citado anteriormente, la violación puede ocurrir de muchas formas. Puede deberse a la falta del debido proceso,

⁴⁹ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (“*Waste Management II*”), Caso TLCAN/CIADI N.º ARB(AF)/00/3, Laudo, párrafo 98 (30 de abril de 2004).

⁵⁰ *ADF Group*, Segundo escrito presentado por los Estados Unidos Mexicanos en el marco del Artículo 1128, párrafo 15 (22 de julio de 2002), cita extractada de *Pope & Talbot*, Escrito de los Estados Unidos Mexicanos posterior a la audiencia (etapa relativa a daños y perjuicios), párrafo 8 (3 de diciembre de 2001), cita extractada de *Pope & Talbot*, Memorial de Contestación de Canadá en carácter de Demandado (segunda etapa), párrafo 309 (10 de octubre de 2000).

la discriminación, la falta de transparencia, una denegación de justicia o un resultado injusto. En todas estas formas, empero, la “falta” o la “denegación” de una calidad o derecho está de manera suficiente en el límite de la conducta aceptable y, consiguientemente, encontramos —en las palabras de los escritos presentados en virtud del Artículo 1128 y los laudos anteriores en el marco del TLCAN— que la falta o denegación debe ser “grave”, “manifiesta”, “total” o de tal magnitud que “atenta contra los cánones judiciales”. El Tribunal concede que estas palabras son imprecisas y otorgan discrecionalidad a los tribunales. Pero ello no es inusual. Al mismo tiempo, empero, el Tribunal señala con énfasis que esta norma es mucho más estricta que la incluida en el laudo del caso *Tecmed*, donde no se tiene en cuenta el mismo requisito de gravedad.

286. El Tribunal, por lo tanto, determina que la Demandante no ha logrado establecer que la norma presente, por ejemplo, en el laudo de *Tecmed* refleja el contenido del derecho internacional consuetudinario. El Tribunal sostiene que la norma de “trato justo y equitativo” conforme al actual derecho internacional consuetudinario refleja, como mínimo, la adaptación de la norma aceptada del caso *Neer* a las condiciones actuales, como se describe en los escritos presentados por México y Canadá al amparo del Artículo 1128. Si la conducta del gobierno respecto de la inversión constituye una falta grave de conducta, una injusticia manifiesta o, en las palabras clásicas de la reclamación *Neer*, mala fe o negligencia intencional en el cumplimiento de un deber, sea cual fuere el contexto concreto de las medidas adoptadas respecto de la inversión, en ese caso, la conducta constituirá una violación de la obligación consuetudinaria de otorgar un trato justo y equitativo.

287. Para enunciar la norma que antecede, el Tribunal considera que las cuatro “implicaciones” señaladas por el tribunal en el caso *GAMI* son tanto útiles como coherentes. El Tribunal, por lo tanto, concuerda con el tribunal en el caso *GAMI* y adopta estas cuatro implicaciones: 1) “la falta de cumplimiento de los objetivos de los reglamentos administrativos sin más no representa necesariamente una violación del derecho internacional”; 2) “la falta de cumplimiento de los requisitos de las leyes nacionales no es necesariamente una violación del derecho internacional”; 3) “la prueba de un esfuerzo de buena fe de parte del Gobierno para lograr los objetivos puede compensar las instancias de no observancia de requisitos legales o

reglamentarios”, y 4) “la totalidad de los antecedentes —no hechos aislados— determina si ha habido una violación del derecho internacional”⁵¹.

288. Como se señaló anteriormente, la Demandante sostiene que la exigencia de trato justo y equitativo crea algunas obligaciones específicas para cada Estado parte: un entorno estable y previsible que no desvirtúe las expectativas razonables; una ausencia general de arbitrariedad, ambigüedad e incoherencia; transparencia y una ausencia de discriminación. El Tribunal examina brevemente estos requisitos concretos a fin de establecer qué enfoque corresponde adoptar en cada caso en vista de la declaración que ha formulado en el párrafo anterior.

Entorno estable y previsible que no desvirtúe las expectativas razonables

289. La Demandante presenta el preámbulo del TLCAN como único sustento jurídico o textual de su argumentación en el sentido de que los Estados parte del TLCAN están obligados a proporcionar un entorno estable y previsible que permita mantener las expectativas razonables⁵².

290. El Tribunal hace notar que, por lo menos en dos laudos relativos a TBIs —que en ambos casos se refieren a una cláusula que se considera tiene significado autónomo—, se ha establecido que existe una obligación de proporcionar un entorno previsible que no desvirtúe las expectativas razonables que tenía el inversionista en oportunidad de realizar la inversión⁵³. Sin embargo, no se han presentado pruebas al Tribunal de la existencia de tal requisito en el TLCAN o en el derecho internacional consuetudinario, por lo menos en los casos en que tales expectativas no emanan de un contrato o de una base cuasicontractual.

⁵¹ *GAMI Investments*, Laudo final, párrafo 97 (15 de noviembre de 2004).

⁵² La Demandante también cita el caso *Tecmed* para respaldar sus argumentos respecto del supuesto requisito de proporcionar un entorno estable y previsible. No obstante, dado que el Tribunal ha determinado que *Tecmed* surgió de una interpretación autónoma del “trato justo y equitativo”, a diferencia de la obligación derivada de la norma mínima de trato en el marco del derecho internacional consuetudinario, el Tribunal considera que el laudo de *Tecmed* no es un antecedente adecuado para evaluar estas alegaciones.

⁵³ Véase *Tecmed*, Laudo, párrafo 154 (29 de mayo de 2003); *Saluka Investments BV (Netherlands) c. República Checa* (“*Saluka c. República Checa*”), CNUDMI, Laudo parcial, párrafos 301 y 302 (17 de marzo de 2006).

Arbitrariedad, ambigüedad e incoherencia

291. Con respecto a la arbitrariedad, el Tribunal coincide con la opinión expresada por una Cámara de la Corte Internacional de Justicia en el caso *ELSI*, en la que se establece:

La arbitrariedad no es tan sólo lo opuesto a una regla del derecho sino lo opuesto al imperio de la ley. La Corte expresó esta idea en el caso *Asylum*, cuando se refirió a que el “imperio de la ley” había sido reemplazado por un “acto arbitrario” (...) Se trata de una inobservancia intencional del debido proceso legal, un acto que choca contra el sentido de idoneidad judicial, o al menos lo sorprende⁵⁴.

Aunque no se basa en el TLCAN, por lo menos dos de los Estados parte en dicho tratado aceptaron esta declaración como la “mejor definición” de “arbitrariedad”⁵⁵.

292. El Tribunal también comparte la opinión expresada en el caso *S.D. Myers* en el sentido de que un tribunal, cuando procura determinar si un acto de un Estado es arbitrario, debe tener presente que los gobiernos “toman muchas decisiones que son potencialmente controvertidas” y, en ese proceso, puede “parecer que han cometido errores, no han juzgado correctamente los hechos, han actuado sobre la base de una teoría económica o sociológica equivocada, han puesto demasiado énfasis en algunos valores sociales en desmedro de otros y han adoptado soluciones que, en última instancia, son ineficaces o contraproducentes”⁵⁶. Consiguientemente, una conclusión de arbitrariedad, para ser procesable, no debe basarse simplemente en el hecho de que un tribunal determinó que un organismo o una legislatura nacional ponderó incorrectamente los diversos factores, concertó compromisos legítimos entre grupos en disputa, o aplicó un razonamiento social o económico de una manera que el tribunal no comparte.

293. El Tribunal, por lo tanto, considera que la arbitrariedad puede ocasionar una violación de los deberes de un Estado en virtud del Artículo 1105, pero únicamente cuando los actos del Estado exceden una simple aplicación contradictoria o cuestionable de la política o los procedimientos administrativos o jurídicos al punto de que el acto constituye una repudiación imprevista y chocante de los propios fines y objetivos de

⁵⁴ *ELSI*, Fallo, párrafo 128 (1989) (citas internas omitidas).

⁵⁵ Véase *ADF Group*, Laudo, párrafo 121 (9 de enero de 2003), en el que se describe la aprobación de la norma por Canadá; *ADF Group*, Segundo escrito presentado por los Estados Unidos Mexicanos en el marco del Artículo 1128, párrafos 16 a 18 (22 de julio de 2002), que contiene una descripción detallada de la opinión de México respecto de la norma a modo ilustrativo.

⁵⁶ *S.D. Myers*, Laudo parcial, párrafo 261 (13 de noviembre de 2000).

una política, o de otro modo subvierte gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto.

Transparencia

294. El Tribunal sostiene que la Demandante no ha establecido que la obligación general de transparencia está incluida en la norma mínima del derecho internacional consuetudinario respecto del trato que debe otorgarse a los inversionistas extranjeros en virtud del requisito de otorgar un trato justo y equitativo establecido en el Artículo 1105. El principal precedente en el que se basó la Demandante —el caso *Tecmed*— entrañó la interpretación de una norma autónoma de trato justo y equitativo, sobre la base de los tratados, y consideró que la transparencia es un elemento de las “expectativas básicas” de un inversionista en vez de una obligación independiente en el marco del derecho internacional consuetudinario.

Discriminación

295. El Tribunal considera que en esta etapa no corresponde dilucidar si un acto de discriminación constituirá de manera independiente una violación del Artículo 1105 del TLCAN. En respaldo de su argumentación de que la norma mínima de trato conforme al derecho internacional consuetudinario excluye la discriminación, la Demandante únicamente incorpora el análisis incluido en sus argumentaciones orientadas a establecer una violación de los Artículos 1102 y 1103. En la Nota de la CLC se establece claramente que “una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN (...) no implica que se haya violado el artículo 1105(1)”. Consiguientemente, un análisis de los hechos presentados como prueba de una violación de los Artículos 1102 y 1103 no ayudará al Tribunal a determinar si se violó el Artículo 1105.

Decisión final del Tribunal con respecto a la norma de conducta exigida por la obligación de trato justo y equitativo

296. En conclusión, el Tribunal considera que las obligaciones establecidas en el Artículo 1105(1) del TLCAN deben interpretarse mediante referencia a la norma mínima del trato que se debe otorgar a extranjeros en el marco del derecho internacional consuetudinario. El requisito de trato justo y equitativo es un aspecto de la norma

mínima. Para determinar si una medida no cumple el requisito de trato justo y equitativo, todo tribunal debe examinar cuidadosamente si las medidas sujetas a reclamación fueron manifiestamente injustas, ilícitas o idiosincrásicas; arbitrarias más allá de una simple aplicación contradictoria o cuestionable de la política o los procedimientos administrativos o jurídicos al punto de que el acto constituye una repudiación imprevista y chocante de los propios fines y objetivos de una política, o de otro modo subvierte gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto; o entrañaron una falta absoluta del debido proceso que choca contra el sentido de idoneidad judicial. El Tribunal observa que otros tribunales del TLCAN han expresado la opinión de que la norma de trato justo y equitativo no es estricta al grado de exigir “mala fe” o “negligencia intencional en el cumplimiento del deber”. El Tribunal está de acuerdo. Empero, señala con énfasis que, si bien no se requiere mala fe o negligencia intencional en el cumplimiento del deber, ciertamente la existencia de tales circunstancias será prueba suficiente.

Conclusión del Tribunal respecto de si las medidas mexicanas en cuestión en este procedimiento violan el requisito de brindar un trato justo y equitativo previsto en el Artículo 1105

297. Al analizar los hechos planteados por las Partes, el Tribunal observa que los efectos del IEPS, así como las consecuencias de los derechos antidumping, podrían no servir como base de una reclamación por violación del Artículo 1105(1). En el caso del IEPS, ello obedece a que las medidas tributarias están excluidas de la consideración en el marco del Artículo 1105; en el caso de los derechos antidumping, debido a que están fuera de la jurisdicción temporal de este Tribunal. Las medidas excluidas como base de una reclamación, empero, pueden ayudar al Tribunal a comprender el contexto de los actos que legítimamente están dentro de su competencia⁵⁷. El Tribunal, por lo tanto, analiza únicamente si el requisito del permiso de importación instituido por México violó el requisito de otorgar un trato justo y equitativo establecido en el Artículo 1105(1). El Tribunal, empero, lleva a cabo esta labor con el conocimiento de que el requisito del permiso fue tan sólo una de varias medidas adoptadas por el Demandado.

⁵⁷ Véase *GAMI*, Laudo final, párrafo 97 (15 de noviembre de 2004).

298. El requisito del permiso de importación instituido por México se puede analizar de varias maneras en el marco de la norma que resulta aplicable conforme lo determinó el Tribunal. Fundamentalmente, el Tribunal considera que el hecho más determinante fue que México aplicó el permiso de importación con la expresa intención de perjudicar en la mayor medida posible la inversión en JMAF realizada por la Demandante. Por esta razón, el Tribunal considera que esta medida excede la norma de falta grave de conducta y se asemeja a un acto de mala fe.
299. Tras examinar atentamente el expediente de este caso, el Tribunal considera que existe amplio apoyo para la conclusión de que el permiso de importación fue una de varias medidas expresamente aplicadas para perjudicar a los productores y proveedores estadounidenses de JMAF en México con el propósito de persuadir al Gobierno de Estados Unidos para que modificara su política respecto de las importaciones de azúcar desde México. El Tribunal considera que la única finalidad del requisito del permiso de importación fue modificar la política comercial de Estados Unidos, mientras que su único efecto fue la virtual eliminación de la Demandante del mercado mexicano de JMAF. No existe otra relación entre los medios y los fines de este requisito. El Tribunal considera manifiestamente injusta la aplicación de un requisito de permiso para unos pocos productores extranjeros en un intento por persuadir a otra nación de que modifique sus prácticas comerciales.
300. El Tribunal considera que el Demandado, en un intento por promover sus objetivos respecto de la política comercial de Estados Unidos, se focalizó en un reducido número de proveedores de JMAF de origen estadounidense. Así pues, estos pocos proveedores se vieron obligados a soportar todo el peso de los esfuerzos realizados por el Demandado para responder a lo que, en su opinión, constituye un incumplimiento por parte de Estados Unidos de sus obligaciones internacionales. En rigor, el requisito del permiso de importación tuvo el efecto de casi aniquilar un conjunto de inversiones durante el período en que estuvo en vigor. El Tribunal considera que esta focalización intencional constituye, por su naturaleza, una injusticia manifiesta. En opinión del Tribunal, el hecho de que los inversionistas comprendidos en la medida sean empresas de nacionalidad estadounidense carece de importancia. Si el requisito del permiso de importación se hubiera instituido para influir en la política comercial de un país distinto del país de nacionalidad de los inversionistas, el Tribunal considera que la

injusticia manifiesta resultaría evidente. Dada la decisión adoptada por el Tribunal en el presente Laudo, por la cual se rechaza la defensa del Demandado en el sentido de que sus actos constituían contramedidas justificables⁵⁸, resulta igualmente claro que este tipo de requisito de permiso de importación focalizado también es manifiestamente injusto cuando el país al cual se pretende influenciar es el país de nacionalidad del inversionista.

301. La conclusión del Tribunal en cuanto a que el requisito del permiso de importación excede la norma de falta grave de conducta y se asemeja a un acto de mala fe está respaldada por el hecho de que existió una ausencia total de los criterios objetivos que tendría que haber establecido el Gobierno mexicano para que las empresas pudieran obtener un permiso. El Tribunal considera que la explicación dada por el Demandado en el sentido de que “la publicación de los criterios para aplicar los permisos de importación se establecerán cuando existan las condiciones necesarias” es insuficiente, dado que la existencia de tales condiciones dependía totalmente de las medidas adoptadas por un tercero no relacionado respecto de sus políticas comerciales.
302. El Tribunal hace notar el argumento planteado por el Demandado en el sentido de que, en ausencia de una decisión sobre la legalidad de la medida conforme al derecho mexicano, el “Tribunal no puede analizar si el actuar de las autoridades mexicanas fue arbitrario conforme al derecho internacional”. Como prueba de la ausencia de una decisión a nivel nacional, el Demandado señala que, en 2006, la Demandante presentó un recurso legal que “todavía estaba pendiente” al momento de la presentación de los escritos de las Partes. El Tribunal también hace notar que el Demandado sostuvo que los tribunales han declarado de manera homogénea que la administración deficiente de los programas gubernamentales (cuestión ésta que, según el Demandado, no está sujeta a controversia) no constituye una violación de la norma mínima de trato en virtud del derecho internacional consuetudinario. Por último, el Tribunal tiene en cuenta el argumento del Demandado en el sentido de que la Demandante conocía de antemano la posibilidad de que se aplicara un requisito de permiso de importación.
303. El Tribunal considera que estos argumentos están fuera de lugar dado que el Tribunal decidió que el permiso de importación estaba dirigido intencionalmente a la

⁵⁸ Véanse los párrafos 420 a 429, *infra*.

Demandante y, consiguientemente, era manifiestamente injusto. El hecho de que la Demandante tuviera o no conocimiento previo de la posibilidad de que se aplicara un requisito de permiso de importación no viene al caso, puesto que tal línea de argumentación sugiere que el requisito obedeció a un objetivo público en vez de constituir, como considera el Tribunal, una medida focalizada intencionalmente en la inversión de la Demandante y formulada específicamente de manera tal que ésta no pudiera obtener un permiso. Análogamente, no se trata de establecer si existió una administración deficiente del Gobierno que derivó en actos arbitrarios. En este caso, el Gobierno administró el requisito del permiso de importación de manera muy eficaz. Por último, el Tribunal no sustenta, ni necesita sustentar, su decisión en el hecho de que el requisito del permiso de importación sea ilícito a nivel nacional, dada su conclusión de que el requisito es manifiestamente injusto y se asemeja a un acto de mala fe. El Tribunal coincide con el Demandado en que el hecho de que un acto de una autoridad pública pueda haber sido ilícito en derecho municipal no significa necesariamente que el hecho sea ilícito en derecho internacional. Lo contrario debe ser cierto, empero, de manera tal que el hecho de que una ley nacional sea *lícita* no presupone que sea lícita conforme al derecho internacional. En rigor, este razonamiento es el mismo en que se asienta la norma mínima del trato que se debe otorgar a extranjeros en el marco del derecho internacional consuetudinario: independientemente de las opiniones de cada Estado, existe un nivel mínimo por debajo del cual el Estado deberá responder por su conducta en el ámbito internacional.

304. Por último, el Tribunal reconoce que México afrontaba circunstancias extremas y difíciles en la época en que adoptó las medidas, dado que su industria azucarera estaba en crisis y daba empleo a numerosos ciudadanos. El Tribunal no sostiene que México no podía sancionar leyes y reglamentaciones para ayudar a su industria y sus habitantes. Por el contrario, el Tribunal considera que el requisito del permiso de importación violó simultáneamente la obligación de otorgar un trato justo y equitativo establecida en el Artículo 1105(1). Si bien México puede intentar alcanzar su objetivo mediante la reglamentación elegida, en virtud del Artículo 1105(1) no puede pretender que la Demandante sufrague los costos de esta elección.

Decisión final del Tribunal con respecto a la reclamación en virtud del Artículo 1105

305. Por las razones que anteceden, el Tribunal considera que el requisito del permiso de importación instituido por México constituyó, durante el período en que estuvo en vigor, una violación de la obligación de otorgar a la Demandante un trato justo y equitativo conforme se establece en el Artículo 1105(1).

X. ARTÍCULO 1106 – REQUISITOS DE DESEMPEÑO

Cuestión planteada

306. La Demandante alega que el IEPS violó el Artículo 1106(3) del TLCAN porque condicionó la recepción de una ventaja fiscal —evitar el IEPS— al uso, por parte de las embotelladoras de refrescos, de azúcar de caña de producción nacional. Esto, según la Demandante, concede una preferencia a bienes producidos en México y por lo tanto es un requisito de desempeño en la acepción que da a ese término el Artículo 1106(3)(b).
307. El Demandado alega que, para que se aplique el Artículo 1106(3), la ventaja a que está condicionado el uso de bienes nacionales debe estar “en relación con” una inversión del inversionista, por lo cual la Demandante tiene la carga de demostrar que la ventaja fiscal condicional se impuso “en relación con” la inversión de Cargill en Cargill de México. Pero como la medida tributaria en cuestión no estaba relacionada con dicha inversión, no se violó el Artículo 1106(3).
308. Por lo tanto, el Tribunal debe determinar si puede afirmarse que el impuesto sobre refrescos que contengan JMAF, con una exención en el caso de azúcar de caña de producción nacional, condiciona una ventaja “en relación con” una inversión cuando la inversión del inversionista guarda relación con el negocio de suministrar JMAF a la industria de los refrescos, y no con esa industria como tal.

Argumentaciones de las Partes con respecto a la reclamación en virtud del Artículo 1106

309. Para respaldar su afirmación de que se cometió una violación del Artículo 1106(3)(b), la Demandante se basa en la decisión adoptada por el tribunal en el caso *ADF c. Estados Unidos*, en que, según la Demandante, el tribunal “concedió que el requisito

‘Buy America’ habría violado el Artículo 1106 de no ser por una exención para adquisiciones del gobierno”.

310. Para respaldar su posición de que ese requisito, para que constituya una violación del Artículo 1106(3), debe estar en relación con la inversión de Cargill, Cargill de México, el Demandado hace referencia al hecho de que, en todos los casos en que se ha invocado el Artículo 1106, incluido el caso *ADF*, las demandantes han alegado, en realidad, que la medida en cuestión estaba relacionada específicamente con sus inversiones. Además, en este caso, el IEPS se aplica a refrescos, y no al JMAF. Por lo tanto, según México, se trata de una medida aplicable a un tercero y no una medida aplicada “en relación con” la inversión de Cargill, Cargill de México.
311. En esencia, según el Demandado, la Demandante se queja de que la medida tributaria fuera “equivalente a un requisito de desempeño” en relación con la manera en que afectó al negocio de Cargill de México, pero el Artículo 1106 no se aplica a medidas equivalentes a un requisito de desempeño ni a requisitos de desempeño indirectos.

Conclusión del Tribunal con respecto a la reclamación en virtud del Artículo 1106

312. El Artículo 1106(3)(b), cuyo encabezamiento es “Requisitos de desempeño”, establece:
3. Ninguna de las Partes podrá condicionar la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo la misma, en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista de un país Parte o no Parte, al cumplimiento de cualquiera de los siguientes requisitos:
- (...)
- b) comprar, utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos en su territorio, o a comprar bienes de productores en su territorio[.]
313. El Tribunal toma nota de que, como señalan ambas partes, las reclamaciones enmarcadas en el Artículo 1106 han sido infrecuentes, por lo cual es escasa la orientación de que se dispone sobre la interpretación de las respectivas disposiciones. A juicio del Tribunal, la cuestión central, en este caso, consiste en establecer si puede afirmarse que un impuesto sobre refrescos que contengan JMAF constituye una medida adoptada “en relación con” una inversión vinculada con el negocio de suministrar JMAF a la industria de los refrescos. En otros términos, ¿puede

considerarse que el IEPS condiciona una ventaja “en relación con” la inversión de Cargill en México, Cargill de México?

314. El Tribunal acepta, como lo alega el Demandado, que en otros casos en que se planteó el tema del Artículo 1106, la demandante ha alegado que su inversión se había visto directamente afectada por la medida en cuestión, pero no cree que los argumentos formulados las partes en casos anteriores sirvan para resolver el tema que tiene ante sí. El Demandado parece igualar la expresión “en relación con” con la expresión “directamente afectada por”. Por lo tanto, la labor que tiene que realizar el Tribunal consiste en interpretar la frase “en relación con”, contenida en el Artículo 1106(3).
315. Como el Tribunal lo señaló (párrafos 133 y 134, *supra*), la interpretación se rige por la regla hermenéutica fundamental del Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según la cual debe darse a las palabras su sentido corriente, en su contexto y a la luz del objeto y fin del tratado todo. No existe un sentido aceptado o uniforme de la frase “en relación con”. El diccionario da a la palabra “relación” el sentido de “asociación o conexión” y la frase “en relación con” se define como “junto con” o “en conjunción con”⁵⁹.
316. En cierta medida, esas acepciones del diccionario no hacen más que enunciar el problema en otros términos. De lo que se trata es de saber qué grado de relación o conjunción debe existir entre los requisitos a los que está condicionada la ventaja y la inversión para que ésta esté comprendida en lo dispuesto por el Artículo 1106(3). A este respecto, el Tribunal toma nota de que el tribunal del caso *ADM* concluye que la ventaja relativa a la exención del IEPS estaba “en relación con” la inversión de la Demandante porque “tuvo un efecto perjudicial en la rentabilidad de la inversión”⁶⁰.
317. En el presente caso, el Tribunal no percibe la necesidad de definir en abstracto el grado de asociación o conjunción que debe existir para determinar si una medida está “en relación con” una inversión. Aquí, el requisito de desempeño en cuestión estaba íntegramente relacionado con la inversión del inversionista. El objeto del IEPS consistía en presionar a Estados Unidos restringiendo, si es que no eliminando, las

⁵⁹ Websters II New College Dictionary (1999).

⁶⁰ *Archer Daniels Midland Co. y Tate & Lyle Ingredients America, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos (ADM)*, Caso CIADI/TLCAN N.º ARB(AF)/04/04, Laudo, párrafo 227 (21 de noviembre de 2007).

posibilidades de venta de JMAF en México. Por su propia estructura, dicho requisito —que condiciona la obtención de una ventaja fiscal al uso, por parte de las embotelladoras de refrescos, de azúcar de caña de producción nacional— estaba “en relación con” la operación de una inversión de suministro de JMAF a la industria de embotelladoras de refrescos. Si no hubiera existido el objetivo de favorecer el suministro de JMAF en México para presionar a Estados Unidos, no habría existido el IEPS.

318. En consecuencia, el Tribunal considera que condicionar una ventaja fiscal al uso de azúcar de caña de producción nacional constituía, en las circunstancias del presente caso, un requisito que estaba “en relación con” la operación de una inversión que suministraba JMAF a la industria de embotelladoras de refrescos.

Decisión final del Tribunal con respecto a la reclamación en virtud del Artículo 1106

319. Aunque se estableció para gravar a los embotelladoras de refrescos, y no a Cargill de México, el IEPS, por su propio objetivo y estructura, implicaba un requisito de desempeño comprendido en la acepción dada a ese término por el 1106(3). El IEPS condicionaba un beneficio fiscal a la utilización de azúcar de caña de producción nacional precisamente para afectar a la venta de JMAF. Por lo tanto, condicionaba una ventaja “en relación con” la operación de la inversión Cargill de México de la Demandante, que suministraba JMAF a la industria de embotelladoras de refrescos. En consecuencia, el Demandado violó el Artículo 1106(3).

XI. ARTÍCULO 1110 – EXPROPIACIÓN

Cuestión planteada

320. Cargill alega que el Demandado, a través de su IEPS y del requisito de permiso de importación, expropió el “negocio de JMAF en México” de la Demandante, en infracción de las obligaciones que imponía al Demandado el Artículo 1110 del TLCAN. No es objeto de disputa entre las Partes el hecho de que la adopción por México de esas medidas a fines de 2001 tuviera como resultado que el JMAF suministrado por productores de los Estados Unidos dejara de ser competitivo como edulcorante en el mercado de fabricación y embotellado de refrescos de México, ni el hecho de que, en virtud de esas medidas, las ventas de la Demandante y de su

subsidiaria mexicana, Cargill de México, disminuyeran en el período de vigencia de esas medidas.

321. Las Partes discrepan en cuanto al grado de desapoderamiento experimentado por la Demandante y al período en que ésta sufrió ese perjuicio. En opinión del Demandado, un aspecto cardinal de esas diferencias es la cuestión de lo que, conforme al Artículo 1139, constituye una “inversión” de la Demandante que pueda ser objeto de expropiación.
322. Las Partes coinciden en que el Demandado no expropió formalmente la inversión de la Demandante, y en que a través de la reclamación presentada se pretende demostrar que las medidas constituyeron una expropiación indirecta o una medida “equivalente” a la expropiación, en infracción del Artículo 1110. La Demandante alega que en casos como éste se evalúan tres factores para determinar si una medida gubernamental constituye una regulación no compensable o una expropiación compensable: 1) el grado de la interferencia con el derecho de propiedad (que comprende la gravedad de impacto económico de la interferencia y su duración); 2) el grado en que la medida interfirió con las razonables expectativas fundadas en la inversión que haya tenido el inversionista, y 3) el carácter de la medida gubernamental.
323. El Demandado no cuestiona ese enunciado de los factores que han de evaluarse, pero centra su argumentación principalmente en el primero de ellos y cuestiona el grado de interferencia experimentado por la propiedad de la Demandante en este caso.
324. Por lo tanto, la cuestión que se presenta es si el IEPS y el requisito de permiso de importación, individualmente o en combinación, suscitaron una expropiación indirecta de la inversión de la Demandante o pueden considerarse como equivalentes a una expropiación de la inversión, en infracción del Artículo 1110.

Argumentaciones de las Partes con respecto a la reclamación en virtud del Artículo 1110

325. Como ya se señaló, la Demandante sostiene que deben evaluarse tres factores al considerar la cuestión de si una medida gubernamental constituye una regulación no compensable o una expropiación compensable: 1) el grado de la interferencia con el derecho de propiedad; 2) el grado en que la medida interfirió con las razonables

expectativas fundadas en la inversión que haya tenido el inversionista, y 3) el carácter de la medida gubernamental. Lo alegado por las Partes se examina en relación con esos tres factores y, en el caso del primer factor, el examen se subdivide en la consideración del “alcance de la interferencia” y de “la duración de la interferencia”-

Primer factor: El grado de la interferencia con el derecho de propiedad

El alcance de la interferencia

326. La Demandante sostiene que se da una expropiación indirecta cuando las medidas del Gobierno dan lugar a “una depreciación considerable del valor [de] los bienes del inversionista extranjero”⁶¹.
327. La Demandante alega, además, que una medida es “equivalente a una expropiación”, conforme al Artículo 1110(1), cuando “no [explícita en sí misma] el objetivo de privar al sujeto pasivo de sus derechos o bienes, pero que en los hechos [opera] tal privación”⁶². Citando el caso *Tecmed*, la Demandante sostiene que, cuando un inversionista es “[privado], de manera radical, de la utilidad económica de su inversión, como si los derechos relativos a ésta —por ejemplo, la percepción o goce de los beneficios asociados con la [inversión] o su explotación— hubiesen cesado”, la medida equivale a una expropiación⁶³.
328. La Demandante sostiene que las medidas adoptadas por el Demandado en relación con sus operaciones surtieron un efecto equivalente a una expropiación. Las medidas adoptadas por México, según la Demandante, surtieron el efecto de privarla de los ingresos y otros beneficios de su inversión, por lo cual, al igual que la demandante del caso *CME c. República Checa*, quedó convertida en una “empresa con bienes pero sin negocios”⁶⁴. El IEPS aplicado por México y el requisito de permiso de importación privaron a la inversión de la Demandante, según ésta, de “toda esencia verdadera”, al impedirle obtener un beneficio económico de su inversión.

⁶¹ En que se cita CNUDMI, “ACUERDOS DE INVERSIONES INTERNACIONALES: PUNTOS FUNDAMENTALES”, 259 (2004).

⁶² En que se cita *Tecmed*, Laudo, párrafo 114 (29 de mayo de 2003).

⁶³ *Tecmed*, Laudo, párrafo 115 (29 de mayo de 2003).

⁶⁴ *CME c. República Checa*, Laudo parcial, párrafo 591 (13 de septiembre de 2001).

329. La Demandante distingue su situación de la que se dio en el caso *Pope & Talbot*, en que el tribunal sostuvo que no existía expropiación, pues concluyó que las medidas, en ese caso, constituyeron una mera “interferencia” y sólo provocaron una *reducción* del valor de la inversión de la demandante⁶⁵. La Demandante sostiene que, a diferencia de la conclusión de que existió una mera “interferencia”, a la que se llegó en el caso *Pope & Talbot*, las medidas adoptadas por México “efectivamente exiliaron a Cargill del mercado mexicano de JMAF y lo mantuvieron fuera hasta el presente”.
330. La Demandante reconoce que en todo momento mantuvo el título de propiedad sobre Cargill de México y a la planta de distribución de Tula, pero sostiene que ello no afecta a su derecho a que se le indemnice por la expropiación, pues “no significa nada si uno no puede tener acceso” a él. La Demandante alega que “el punto de [su] reclamación conforme al Artículo 1110 es que las medidas anti-fructosa de México impidieron que [la Demandante] hiciera *un uso productivo* de Cargill de México o la planta de Tula para distribuir y vender fructosa en México durante media década”. La Demandante sostiene, además, que lo afirmado por el Demandado de que no puede haber expropiación sin la pérdida lisa y llana de Cargill de México o de la planta de Tula “en efecto retiraría del Artículo 1110 las palabras ‘indirectamente’ y ‘equivalente a’”.
331. El Demandado cuestiona la afirmación de Cargill de que las medidas adoptadas por México devaluaron significativamente la inversión de la Demandante, presentando argumentos relacionados con lo que constituía la “inversión” de Cargill conforme al Artículo 1139.
332. El Demandado alega que el “negocio de JMAF en México”, que según la Demandante era el fundamento de su reclamación, no está comprendido en la definición de “inversión” prevista en el Artículo 1139 del TLCAN. Según el Demandado, la Demandante no probó que esa “oportunidad de negocios” sea un interés “que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte”, ya que no ha presentado prueba alguna de que el interés en cuestión sea el tipo de contrato previsto en el Artículo 1139.

⁶⁵ En que se cita *Pope & Talbot*, Laudo provisional sobre el fondo, párrafos 96 a 98 (26 de junio de 2000).

333. Según el Demandado, son Cargill de México y la planta de distribución de Tula lo que constituye la inversión, por lo cual la reclamación de Cargill tiene como objeto, a lo sumo, la pérdida temporal de una oportunidad de negocios, pero esas oportunidades de negocios (la participación esperada en el mercado de los negocios de JMAF de Cargill de México y la planta de distribución de Tula) no son inversiones comprendidas en lo previsto en el Artículo 1139.

334. El Demandado cita el caso *Methanex* en respaldo de su posición:

Estados Unidos está en lo cierto cuando señala que en el Artículo 1139 no se mencionan los puntos reclamados por Methanex [fondo de comercio, participación en el mercado y base de clientes]. No obstante, en el caso *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*, el tribunal sostuvo que “el acceso del Inversionista al mercado de Estados Unidos es un derecho de propiedad sujeto a protección en virtud del Artículo 1110”. Por cierto, la noción restrictiva de propiedad en cuanto “cosa” material es obsoleta y ha cedido su lugar a una concepción contemporánea que abarca el control gerencial de los componentes de un proceso que produce riqueza. En opinión del Tribunal, cuestiones tales como el fondo de comercio y la participación en el mercado pueden, como argumentó la profesora White, “constituir un elemento del valor de una empresa y, como tal, estar comprendidas en alguno de los pagos de indemnización”. Consiguientemente, en el caso de que se tratara de una privación de la propiedad, estos puntos pueden tenerse en cuenta en la determinación de los daños. En una controversia como la que debe dirimir el Tribunal, empero, es difícil establecer si, por sí solos, representan una propiedad⁶⁶. (Traducción del Tribunal)

Análogamente, el Demandado menciona el caso *Waste Management II*, en que, a su juicio, también se distingue entre los derechos contractuales que mantenía la empresa de la demandante y la empresa misma⁶⁷.

335. El Demandado alega, además, que en casos del TLCAN se ha sostenido que, para que una medida sea “equivalente a una expropiación”, sus efectos deben serlo. Por lo tanto, medidas tales como la aplicación de un impuesto, que no constituyen una expropiación directa, “deben por lo menos privar a la demandante de manera sustancial del uso y beneficio de la inversión en cuestión, para ser consideradas como equivalentes a una expropiación”. Así, en el caso *Pope & Talbot*, el tribunal coincidió con la demandante en que el derecho a participar en un mercado de exportación era un derecho legal que

⁶⁶ Véase el párrafo 177, *supra*; *Methanex*, Laudo final del Tribunal sobre jurisdicción y fondo del asunto, Parte IV, Cap. D, pág. 7, párrafo 17 (3 de agosto de 2005), en que se cita GILLIAN WHITE, NATIONALIZATION OF FOREIGN PROPERTY, 49 (1961), que se cita en Am. Defense, párrafo 169, nota de pie de página 622 (citas omitidas).

⁶⁷ *Waste Management II*, Laudo, párrafos 159 y 160 (30 de abril de 2004).

podía expropiarse, pero concluyó que la disminución de las ganancias a que dio lugar el régimen de control de la exportación adoptado por Canadá no era suficiente como para que pudiera considerarse como equivalente a la expropiación:

Si bien en algunos casos puede no haber certeza acerca de si determinada interferencia en actividades de negocios representa una expropiación, la prueba consiste en establecer si esa interferencia es lo suficientemente restrictiva como para que respalde la conclusión de que el bien ha sido “quitado” a su propietario⁶⁸. (Traducción del Tribunal)

Análogamente, el Demandado menciona el caso *S.D. Myers*, en que el tribunal sostuvo que el cierre, durante 18 meses, de la frontera canadiense a los desechos de PCB no era equivalente a una expropiación de la empresa de la demandante⁶⁹. Finalmente, menciona el caso *Fireman’s Fund* y la declaración del tribunal de que “[l]a toma deberá ser la privación sustancialmente total del uso económico y goce de los derechos de propiedad, o de distintas partes identificables de éstos (v.g., se acerca al daño total) [...]”⁷⁰.

336. El Demandado, si bien reconoce que el IEPS y el requisito de permiso de importación pueden haber reducido las ganancias de la Demandante, sostiene que esa reducción no es suficiente para constituir una expropiación, temporal o no, de acuerdo con el enunciado de la norma de que se trata. Los abogados de México destacaron en la audiencia que “[e]n todo momento en esta disputa comercial Cargill de México tuvo la propiedad y el control completo de Cargill y llevó adelante una actividad comercial muy diversificada. Y en su actividad comercial como importadora y vendedora de JMAF fue la única parte de la empresa afectada por las medidas en cuestión aquí”. En sus manifestaciones, el Demandado sostiene que Cargill de México funciona desde 1972 como distribuidor de “muchos productos agrícolas y alimentos, incluyendo fructosa entre 1993 y 1997 y azúcar refinada desde octubre de 2002 a la fecha”. Además, según el Demandado, la Demandante es la propietaria de la planta de distribución de Tula que opera Cargill de México, y siguió realizando actividades de

⁶⁸ *Pope & Talbot*, Laudo provisional, párrafo 102 (26 de junio de 2000).

⁶⁹ *S.D. Myers*, Laudo parcial, párrafo 288 (13 de noviembre de 2000).

⁷⁰ *Fireman’s Fund Insurance Company c. Estados Unidos Mexicanos* (“*Fireman’s Fund*”), Caso CIADI/TLCAN Caso N.º ARB(AF)/02/01, Laudo, párrafo 176(c) (17 de julio de 2006) (versión testada) (citas omitidas).

distribución a lo largo de todo el período en cuestión: “glucosa, aceite de soja, harina de soja y posteriormente se convirtió en la planta de oleaginosas”⁷¹.

337. Finalmente, el Demandado alega que el negocio de la Demandante no se vio afectado por la exclusión del JMAF de los productos que distribuía al punto de que el IEPS, o el requisito de obtener permisos, individualmente o en conjunto, representarían una privación tan sustancial de su inversión que constituyera una expropiación. Para respaldar su posición el Demandado hace referencia a los estados financieros de Cargill de México, que muestran que los ingresos por ventas de esa subsidiaria aumentaron en todos los años comprendidos entre 2001 y 2005, pasando de [REDACTED] de pesos a [REDACTED] de pesos. El Demandado atribuye ese crecimiento al hecho de que la subsidiaria de la Demandante ofrecía servicios de distribución y financieros diversificados en México⁷².

338. La Demandante discrepa con el argumento del Demandado de que no hubo expropiación, ya que Cargill de México siguió operando y utilizó el sitio de Tula para otros fines, no relacionados con JMAF. La Demandante reitera que es su inversión en JMAF la que es objeto de su reclamación, “incluyendo su inversión en la unidad de fructosa de Cargill de México, que las medidas anti-fructosa adoptadas por [el Demandado] hicieron que ya no tuviera valor. Además (...) el centro de distribución en Tula estuvo inactivo debido a [las] medidas”

La duración de la interferencia

339. Con respecto a la evaluación de la cuestión de si la interferencia tuvo duración suficiente, la Demandante alega que las medidas de expropiación no tienen por qué ser permanentes. Alega, por el contrario, que según un laudo dictado por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, la prueba pertinente lleva a concluir que las medidas de ese tipo son expropiatorias en tanto no sean “puramente efímeras”⁷³. Cita especialmente el caso *S.D. Myers*, en que el tribunal declaró que “en algunos contextos

⁷¹ En que se citan Comentarios y análisis del Dictamen pericial de Brent C. Kaczmarek, CFA, fechado el 21 de diciembre de 2006, preparado por Navigant Consulting, Inc., Pablo Rión y Asociados, párrafos 142 y 143 (abril de 2007).

⁷² En que se cita el Dictamen de Navigant, párrafo 27, y Prueba documental R-120 (Estados financieros de Cargill de México).

⁷³ *Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA Consulting Eng'rs of Iran* (“*Tippetts*”), 6 Iran-US CTR 219, 255 (Laudo N.º 141-7-2) (1984).

y circunstancias, sería adecuado considerar una privación como equivalente a una expropiación, incluso si fuera parcial o *temporal*”⁷⁴.

340. La Demandante alega que su inversión quedó inutilizada entre el 1 de enero de 2002 —día en que comenzó a regir el IEPS y el programa de permiso especial— y el final de 2007. Citando los casos *Wena Hotels* y *Middle East Cement*, así como “cualquier norma razonable”, alega que, aunque las medidas cesaron poco después de la presentación de su Memorial, la expropiación hubiera durado cinco años y que “una privación de cinco años de una inversión no puede considerarse ‘efímera’”⁷⁵.
341. El Demandado replica que no existe esa categoría de “expropiaciones temporales”. Menciona numerosos laudos arbitrales del TLCAN que, según su interpretación, requieren una privación *permanente* del valor económico de la inversión de la Demandante. Específicamente, menciona un laudo arbitral del TLCAN —el del caso *Fireman’s Fund*— en que el tribunal declaró: “La privación deberá ser permanente, y no efímera o temporal”⁷⁶.
342. El Demandado ataca la jurisprudencia mencionada por la Demandante para probar que otros tribunales han concluido en la existencia de “expropiaciones temporales”, y alega que esos tribunales concluyeron que no había habido expropiación o que los actos del Gobierno habían generado una pérdida total o perjuicios permanentes. Alega, en primer lugar, que el texto del caso *S.D. Myers*, en que se basa la Demandante para sostener la existencia de una expropiación temporal en el marco del Artículo 1110, no era necesario para la decisión del tribunal, y que éste concluyó que no se había producido una expropiación, pese a que el banco de exportación había interferido sustancialmente con las oportunidades de negocios de la demandante⁷⁷. Además, el Demandado alega que la jurisprudencia de los TBI citada por la Demandante, a saber, la de los casos *Azurix*, *Wena Hotels*, *Middle East Cement* y *ADC*, no respalda la afirmación de la Demandante de que el IEPS y el requisito de permiso de importación representaron una expropiación compensable. Según el Demandado, el tribunal del

⁷⁴ *S.D. Myers*, Laudo parcial, párrafo 283 (13 de noviembre de 2000) (énfasis en el original).

⁷⁵ Véase *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto* (“*Wena Hotels*”), Caso CIADI N.º ARB/98/4, Laudo, párrafo 99 (8 de diciembre de 2000); *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto* (“*Middle East Cement*”), Caso CIADI N.º ARB/99/6, Laudo, párrafo 107, nota de pie de página 388 (12 de abril de 2002).

⁷⁶ *Fireman’s Fund*, Laudo, párrafo 176(c)-(d) (17 de julio de 2006).

⁷⁷ Véase *S.D. Myers*, Laudo parcial, párrafo 288 (13 de noviembre de 2000).

caso *Azurix*, tras haber examinado los casos *Wena Hotels* y *Middle East Cement* y las conclusiones a las que en ellos se llegó con respecto a una expropiación al cabo de un año y cuatro meses, respectivamente, rechazó el argumento de expropiación progresiva que se le había formulado, concluyendo que el efecto acumulativo de esas medidas no representaba una expropiación y que la demandante había mantenido ininterrumpidamente la propiedad y el control de su inversión⁷⁸. En el caso *Wena Hotels*, según el Demandado, el tribunal explicó, en una interpretación subsiguiente del laudo arbitral:

Cierto es que el Tribunal original no declaró expresamente que esa expropiación hubiera privado total y permanentemente a Wena de sus derechos fundamentales de propiedad. No obstante, al evaluar la gravitación de los actos arriba descritos, no cabe duda, a juicio del Tribunal, de que la privación de derechos de propiedad de que fue objeto Wena fue tan intensa que la expropiación fue, en realidad, total y permanente⁷⁹. (Traducción del Tribunal)

343. El Demandado cuestiona también los argumentos de Cargill en cuanto a la duración de la interferencia en el presente caso. A juicio del Demandado, Cargill sólo puede alegar, a lo sumo, que el efecto del IEPS le impidió competir para realizar ventas en la industria embotelladora mexicana entre mayo de 2002, en que se eliminaron los derechos antidumping, y principios de 2005, en que diversas embotelladoras obtuvieron resoluciones de amparo contra el IEPS. El efecto del requisito de permiso, según el Demandado, sólo pudo mantenerse entre enero de 2005, en que la Demandante solicitó por primera vez, infructuosamente, un permiso, y septiembre de 2005, en que se le otorgó una cuota conforme a los *Katrina Swaps*. Por lo tanto, según el Demandado, el efecto combinado total del IEPS y el requisito de permiso de importación no pudo superar un período de tres años y cuatro meses.

Segundo factor: El grado en que la medida interfirió con las razonables expectativas fundadas en la inversión que haya tenido el inversionista

344. El argumento de la Demandante de que las medidas del Demandado frustraron sus legítimas expectativas se expuso ya al analizar el Artículo 1105, en los párrafos 249 a 252 y 254. En resumen, la Demandante alega que “esperaba razonablemente que

⁷⁸ *Azurix c. Argentina*, Laudo, párrafo 313, 322 (14 de julio de 2006).

⁷⁹ *Wena Hotels*, Decisión sobre la solicitud formulada por Wena Hotels de una interpretación del Laudo arbitral, párrafo 120 (31 de octubre de 2005).

México cumpliera con sus obligaciones conforme al TLCAN y permitiera que la creciente competencia entre el JMAF y el azúcar para endulzar los refrescos de México se decidiera por sus méritos”. La Demandante alega que el Demandado frustró esas expectativas “al poner en práctica en cambio medidas especiales con el fin y efecto de dar al azúcar nacional una ventaja insuperable en esa contienda competitiva (...)”. La Demandante sostiene que, si bien estaba plenamente preparada para hacer frente a los riesgos del mercado, no podía “[esperar] razonablemente —ni el derecho requiere que espere— que México apuntaría a su inversión y la agotaría efectivamente durante años sin una indemnización justa”.

345. Aunque el Demandado no refuta ese argumento en su análisis del Artículo 1110, puede suponerse que los argumentos que formula en oposición a la reclamación de la Demandante basada en el Artículo 1105 son igualmente aplicables aquí (véase el párrafo 253, que antecede).

Tercer factor: El carácter de la medida gubernamental

346. La Demandante cuestiona el carácter de las medidas adoptadas por México, alegando que el hecho de que el Demandado haya aplicado medidas encaminadas específicamente a frenar la venta e importación de JMAF para dar al azúcar nacional una “ventaja insuperable” en la competencia por el mercado mexicano de refrescos prueba que esas medidas no representaban un “reglamento (...) habitual sino (...) una campaña destinada a destruir una inversión extranjera en particular”. La Demandante alega que esa circunstancia respalda también su argumento relativo al segundo factor, ya que ningún inversionista esperaría razonablemente esa conducta del Estado, especialmente teniendo en cuenta el TLCAN. Finalmente, la Demandante sostiene que el hecho de que el Gobierno mexicano “[tuviera] un interés financiero directo en el impuesto IEPS independiente de la controversia del azúcar con los Estados Unidos (...) [y el hecho de que] se beneficiara tan directamente por sus medidas anti-fructosa debería[n] aumentar su responsabilidad por el perjuicio ocasionado (...)”.

Conclusión del Tribunal con respecto a la reclamación en virtud del Artículo 1110

347. El Artículo 1110(1) del TLCAN, titulado “Expropiación e indemnización”, establece lo siguiente:

Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

- a) por causa de utilidad pública;
- b) sobre bases no discriminatorias;
- c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y
- d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.

348. El Tribunal toma nota de que las tres objeciones a la reclamación formuladas por el Demandado están interrelacionadas, ya que implican el cuestionamiento de la manera en que la Demandante estructura y presenta su reclamación basada en el Artículo 1110. Al considerar la reclamación de la Demandante, el Tribunal comienza por considerar la cuestión de si ella basa su reclamación en virtud del Artículo 1110 en una “inversión” conforme al Artículo 1139; en segundo lugar, evalúa el grado de interferencia que suscitaron las medidas del Demandado en la inversión de la Demandante. El Tribunal concluye que la Demandante no ha demostrado que sea posible, conforme al Artículo 1110, plantear una reclamación por expropiación “temporal”, por lo cual no hace lugar a la reclamación que reposa sobre ese fundamento.

El alcance de la inversión de Cargill conforme al Artículo 1139

349. El Demandado alega que la reclamación de la Demandante en virtud del Artículo 1110 no se basa en una “inversión”, conforme a la definición dada a ese término por el Artículo 1139. El Tribunal discrepa con esa aseveración.

350. Conforme al Artículo 1139, resulta evidente que Cargill de México (CdM) puede ser considerada una “inversión”, porque puede definirse como “empresa” y porque reúne los requisitos que permiten considerarla como “bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales” (incluida la planta de distribución de Tula)⁸⁰. Así lo alega la Demandante, sin que el Demandado rechace ese argumento. La reclamación de la Demandante, sin embargo, se basa en su “negocio de JMAF en México”, y no en la expropiación de CdM o de la planta de Tula: “es la

⁸⁰ Véase el párrafo 167, *supra*.

inversión de Cargill en fructosa la que entra aquí en juego, incluyendo su inversión en la *unidad de fructosa* de Cargill de México (...) y el centro de distribución de Tula” (énfasis agregado). Por lo tanto, la Demandante no reclama por la disminución de valor de los activos físicos en manos de Cargill de México, sino por la supuesta pérdida de la posibilidad de darles el uso al que estaban destinados.

351. El Demandado alega que la cuestión que tiene ante sí el Tribunal consiste en establecer si este “negocio de JMAF” es de por sí una inversión, conforme al Artículo 1139, que pueda ser objeto de expropiación en la acepción dada al término por el Artículo 1110. En términos generales, el Tribunal coincide con la identificación dada por el Demandado a la cuestión presentada, pero ésta, a su juicio, abarca dos cuestiones claramente distintas: primero, si el “negocio de JMAF” es de por sí una inversión conforme al Artículo 1139; segundo, si el “negocio de JMAF”, como inversión conforme al Artículo 1139, puede ser objeto de una reclamación por expropiación en la acepción dada a ese término por el Artículo 1110.
352. Con respecto a la primera cuestión, el Tribunal recuerda la conclusión a la que llegó en el párrafo 153, *supra*, de que no existe una presunción, expresa o implícita, de que las medidas relativas a bienes no puedan, *ipso facto*, ser medidas “relativas a” inversionistas o inversiones conforme al Artículo 1101. Análogamente, concluyó, en el párrafo 147, *supra*, que si bien existen exclusiones, la definición de “inversión” dada por el Artículo 1139 es amplia e inclusiva.
353. Pocas dificultades tiene, pues, el Tribunal para concluir que los ingresos de negocios, especialmente los relacionados con un activo físico en el país receptor y no meramente con el comercio de bienes, pueden constituir una inversión, como componentes de una inversión mayor que comprenda el activo físico y como inversión en sí mismos.
354. Esta conclusión lleva a la segunda cuestión: si el “negocio de JMAF”, en su carácter de inversión conforme al Artículo 1139, puede ser objeto de una reclamación por expropiación en la acepción dada a ese término por el Artículo 1110. En otras palabras, el alcance de lo que puede ser objeto de una reclamación está delimitado en parte por la definición de “inversión” dada por el Artículo 1139, pero también por los confines del fundamento jurídico de la reclamación específica de que se trate. Es el carácter inusual de la reclamación basada en el Artículo 1110 efectuada por la Demandante (ya

que se trata de una reclamación basada en un desapoderamiento temporal, por lo cual no es una reclamación por el activo físico, sino por la pérdida de negocios ocurrida en el período de la interferencia) lo que verdaderamente sirve de base a la objeción del Demandado.

355. La cuestión de si una pérdida de negocios puede ser objeto de una reclamación en virtud del Artículo 1110 ha sido considerada por otros tribunales del TLCAN.
356. En *Pope & Talbot*, el tribunal tuvo ante sí una situación similar, porque en ese caso la capacidad de la demandante de vender madera en el mercado estadounidense se vio afectada por un conjunto de medidas adoptadas por Canadá. En ese caso, como aquí ocurre, Canadá sostuvo que la demandante había mantenido el derecho de propiedad y que la pérdida de negocios no era objeto válido de una reclamación basada en el Artículo 1110. El tribunal concluyó que la interferencia en los negocios afectaba a la propiedad en el país receptor:

Si bien Canadá señala que la posibilidad de vender leña de coníferas desde Columbia Británica hacia Estados Unidos es una cuestión abstracta, en rigor es una parte muy importante del “negocio” de la Inversión. Toda medida que interfiera con ese negocio tendría necesariamente un efecto negativo en la propiedad que el Inversionista ha adquirido en Canadá y que, por supuesto, constituye la Inversión. Aunque el hecho de que Canadá haga hincapié en el “acceso al mercado estadounidense” puede reflejar exclusivamente la propia terminología del Inversionista, esa terminología no debe enmascarar el hecho de que el verdadero interés en juego es la base de activos de la Inversión, cuyo valor depende en gran medida de su negocio de exportación⁸¹.
(Traducción del Tribunal)

El Tribunal coincide con el tribunal del caso *Pope & Talbot* en que el ingreso de los negocios de una inversión forma parte del valor de la propiedad subyacente. Pero, tanto en el caso *Pope & Talbot* como en el actual, la Demandante no ha reclamado el valor de la totalidad de la inversión, sino tan sólo el correspondiente a la pérdida de ingresos de negocios. Generalmente, en caso de expropiación permanente de la totalidad de la inversión, la pérdida de ingresos de negocios se reflejaría en el valor dado a la totalidad de la inversión⁸². En este sentido, el tribunal que entendió en el

⁸¹ *Pope & Talbot*, Laudo provisional, párrafo 98 (26 de junio de 2000).

⁸² En el caso *Pope & Talbot*, dado que “el verdadero interés en juego es la base de activos de la Inversión, cuyo valor depende en gran medida de su negocio de exportación”, el tribunal concluyó que la demandante había alegado adecuadamente que las medidas afectaban su “inversión”, pero que la “interferencia [no era] lo suficientemente restrictiva como para [respaldar] la conclusión de que el bien [había] sido ‘quitado’ a su propietario”. *Pope &*

caso *Pope & Talbot* no abordó la cuestión que este Tribunal considera clave: si una reclamación por expropiación fundada en el Artículo 1110 puede basarse en un desamparamiento temporal y, por lo tanto, promover exclusivamente la indemnización de la pérdida de ingresos del negocio.

357. Esta situación fue considerada también por el tribunal de arbitraje en el caso *Methanex*, en que el demandante reclamaba por reducción del ingreso de la inversión, aumento del costo del capital, reducción del valor de la inversión y disminución del valor de mercado (reflejada en la disminución del precio de las acciones)⁸³. El tribunal del caso *Methanex* coincidió con el razonamiento del caso *Pope & Talbot*, pero luego amplió sus conclusiones:

Por cierto, la noción restrictiva de propiedad en cuanto “cosa” material es obsoleta y ha cedido su lugar a una concepción contemporánea que abarca el control gerencial de los componentes de un proceso que produce riqueza. En opinión del Tribunal, cuestiones tales como el fondo de comercio y la participación en el mercado pueden, como argumentó la profesora White, “constituir un elemento del valor de una empresa y, como tal, estar comprendidas en alguno de los pagos de indemnización”. Consiguientemente, en el caso de que se tratara de una privación de la propiedad, estos puntos pueden tenerse en cuenta en la determinación de los daños. En una controversia como la que debe dirimir el Tribunal, empero, es difícil establecer si, por sí solos, representan una propiedad⁸⁴. (Traducción del Tribunal)

358. El Tribunal concluye que el ingreso de negocios, especialmente cuando está vinculado con un activo físico en el país receptor, es una inversión en la acepción dada a ese término por el Artículo 1139, tanto como elemento de una inversión mayor de la que forma parte el activo físico como en carácter de inversión en sí misma. La cuestión independiente de si la reclamación fundada en el Artículo 1110 puede basarse en un desamparamiento temporal se considera *infra*, en los párrafos 370 a 377.

Talbot, Laudo provisional, párrafos 98, 102, 104 y 105 (26 de junio de 2000). (Las citas son traducciones al español del Tribunal).

⁸³ *Methanex*, Laudo final, Parte II, Cap. D, pág. 11, párrafo 31 (3 de agosto de 2005), en que se cita la Segunda versión enmendada de la reclamación, párrafos 321 a 327.

⁸⁴ Ídem, Parte IV, Cap. D, pág. 7, párrafo 17 (citas omitidas). El tribunal del caso *Methanex* no halló, por lo tanto, violación alguna del Artículo 1110 en las manifestaciones del demandante de que “se le había expropiado una parte sustancial de [su] inversión, incluida la parte del mercado de aditivos oxigenados de California y más amplias regiones de Estados Unidos a través de medidas potencialmente discriminatorias, y entregada a la industria nacional del etanol” (traducción al español del traductor). Ídem, párrafos 3, 15 a 18.

El grado de interferencia con la inversión

359. La evaluación del grado de interferencia con la inversión de la Demandante comprende dos aspectos: la gravedad del impacto económico y la duración de este último. El Tribunal los considerará en ese orden.

La gravedad del impacto económico

360. Es un hecho ampliamente aceptado que, en el marco del derecho internacional consuetudinario, una conclusión sobre la existencia de expropiación debe basarse en la constatación de una privación radical del uso y goce económicos de la inversión de un demandante. Tal es la opinión firme de anteriores tribunales del TLCAN. “[L]a propiedad afectada debe ser incapacitada hasta tal punto que sea considerada como ‘tomada’⁸⁵. [L]a toma deberá ser la privación sustancialmente total del uso económico y goce de los derechos de propiedad, o de distintas partes identificables de éstos (v.g., se acerca al daño total)”⁸⁶. Esa opinión también se expresa en numerosos arbitrajes relativos a TBIs⁸⁷. Por lo tanto, al margen de la cuestión de la suficiencia de la duración de la interferencia, el Tribunal debe concluir que ha habido una privación radical del uso y goce económicos de la inversión de la Demandante a lo largo del período de la interferencia.
361. La diferencia entre las perspectivas de las Partes en cuanto a la gravedad del impacto económico en el presente caso está relacionada, también aquí, con la cuestión de si puede admitirse una reclamación fundada en el Artículo 1110 sobre la base de un desapoderamiento temporal contra el que reclame la Demandante. Para probar la gravedad del impacto económico de las medidas mexicanas, la Demandante se basa en datos referentes a privación de ganancias, en contraposición con la disminución de valor de los activos. La Demandante explica el fundamento de esta distinción: el carácter temporal de la expropiación alegada. “La norma de valuación establecida para expropiaciones temporales es la pérdida neta por la privación de uso de la propiedad o inversión expropiada durante el período de expropiación, que en general equivale al valor presente del flujo de ingresos perdido durante ese período”. El Demandado, por

⁸⁵ *GAMI*, Laudo final, párrafo 126 (15 de noviembre de 2004).

⁸⁶ *Fireman’s Fund*, Laudo final, párrafo 176(c) (17 de julio de 2006) (citas omitidas).

⁸⁷ Véase, por ejemplo, *Tecmed*, Laudo, párrafo 115 (29 de mayo de 2003).

el contrario, impugna la admisibilidad de una reclamación basada en un desapoderamiento temporal, y, para el caso de que esa reclamación se acepte, centra su análisis en todas las corrientes de negocios realizados a través de los activos físicos de propiedad de la Demandante en México.

362. Para comenzar, el Tribunal constata que el aspecto principal y creciente del negocio de Cargill de México y del centro de distribución de Tula consistía, en el período de que se trata, en la venta de JMAF⁸⁸. Evidentemente, el comercio de JMAF tenía importancia crucial para los negocios de CdM, ya que la Demandante señala, por ejemplo, que se vio forzada a cerrar su planta de distribución de Tula en 1998, cuando CdM ya no estaba en condiciones de vender JMAF, aunque, al parecer, por lo menos una parte de la planta fue utilizada por una operación de semillas oleaginosas de Cargill en diferentes partes de ese período⁸⁹. Análogamente, no resulta evidente que la administración pudiera simplemente haber sustituido o compensado suficientemente sus pérdidas de ventas en el mercado de JMAF con diferentes productos. Lo que es más importante, al Tribunal no le resulta nada claro que el esfuerzo de buena fe realizado por una compañía para crear nuevos puntos de venta cuando ha perdido negocios como resultado de medidas gubernamentales focalizadas deba frustrar la reclamación de esa compañía basada en esas mismas medidas.

363. El Tribunal toma nota también, sin embargo, de que, a diferencia de la cesación total de negocios que cabría esperar que acompañara a una ocupación física de una empresa, Cargill de México no se cerró; el Gobierno mexicano no tomó el control de su administración, y CdM no se vio privada de realizar toda su actividad de negocios durante el período en que estuvieron vigentes el IEPS y el programa de permisos especiales de importación. Además, como las plantas y la estructura global del negocio seguían disponibles y estuvieron siempre bajo el control de la Demandante, subsistía para ésta la posibilidad de utilizar esos activos para otros productos a lo largo de todo el período en que el comercio de JMAF no fue una alternativa viable.

⁸⁸ Véase Dictamen pericial de Navigant (21 de diciembre de 2006), pág. 51, cuadro 10, titulado “Flujos de efectivo nominales perdidos obtenidos por CdM y Cargill en relación con ventas de JMAF de CdM” (traducción al español del traductor).

⁸⁹ Véase correspondencia electrónica enviada por Mike Coots a Larry Popp en relación con fotografías de la terminal de Tula (18 de septiembre de 2000); correspondencia electrónica enviada por Jeff Cotter a Pat Bowe y otros sobre actualización de la situación en México (26 de noviembre de 2004).

364. De hecho, el Tribunal considera que el JMAF, aunque componente importante de la inversión, no era el único negocio de Cargill de México. El propio perito de la Demandante explica que la División de Molienda de Maíz de Cargill de México fue establecida en 1993 en la Ciudad de México, “junto con la mayoría de las restantes operaciones de CdM. Establecer una división de molienda de maíz en vez de una empresa por separado le permitió a CdM aprovechar las correlaciones con las operaciones existentes de CdM y tomar mejor ventaja de las relaciones existentes con clientes de CdM para ayudar a impulsar las ventas de JMAF en el mercado”⁹⁰. El perito presentado por el Demandado hace referencia a un memorando interno de Cargill que se hizo circular el 6 de septiembre de 1994, en que ofrecía espacio en la planta de Tula que pronto había de construirse:

North American Corn Milling recientemente inauguró una terminal de edulcorante de maíz en McAllen, Texas, y ha comenzado la construcción de una segunda terminal en Tula, Hidalgo, en la zona de la Ciudad de México. Ambos sitios fueron elegidos por su ubicación estratégica, para servir a Cargill en sus negocios y líneas de productos, aprovechando oportunidades y sinergias conjuntas. Los sitios cuentan con tierras disponibles para expansión por parte de otras líneas de productos de Cargill. Los interesados se servirán comunicarse con Gordon Adkins (...)⁹¹. (Traducción del Tribunal)

Además, el Demandado presenta un memorando ulterior, del 9 de marzo de 1996, titulado “Planta de Molienda de Maíz Húmedo de México, Tula, Hidalgo, Resumen”, en que señala que otras divisiones de Cargill efectivamente se habían trasladado a las instalaciones: “Nuestras terminales en McAllen y Tula están distribuyendo actualmente JMAF, glucosa, aceite de soja y harina de soja en todas partes de las regiones septentrional y central de México”. (Traducción del Tribunal)

365. Como otro hecho que sugiere fuertemente la presencia y la contribución de otros “negocios” administrados por Cargill de México y presentes en instalaciones de CdM, el Tribunal señala que, en el período de la interferencia, los ingresos brutos de Cargill

⁹⁰ Dictamen pericial de Navigant (21 de diciembre de 2006), párrafo 34, en que se cita la declaración testimonial de Eduardo Ortega, párrafo 30. El testigo propuesto por la Demandante, Eduardo Ortega, que era la persona responsable del desarrollo y crecimiento en América Latina desde 1999, y que inició “de cero” los negocios de la Demandante en México, reconoce que otras unidades de negocios de Cargill operaban desde el parque industrial de Tula. Alega, sin embargo, que cada unidad de negocios tenía que adquirir y mejorar su propio predio en Tula para construir las plantas, y que cada división operaba independientemente desde el punto de vista financiero y práctico. Declaración de refutación de Eduardo Ortega, Jr., párrafos 1, 10 a 12.

⁹¹ Comentarios y análisis del Dictamen pericial de Brent C. Kaczmarek, CFA, fechado el 21 de diciembre de 2006, preparados por Navigant Consulting, Inc., Pablo Rión y Asociados, párrafo 137 (abril de 2007), en que se cita el memorando de Gordon Adkins al personal de Cargill (16 de septiembre de 1994).

de México en realidad aumentaron. En el dictamen pericial de Navigant Consulting, presentado por la Demandante, se cuantifica este incremento como un aumento anual de los ingresos del [REDACTED] entre los ejercicios de 1990 y 2006; en el mismo período, la tasa media de incremento de las ganancias brutas de Cargill de México fue del [REDACTED] %.

366. Por lo tanto, resulta claro que Cargill de México mantuvo algunos negocios y algún valor en el período de vigencia de las medidas adoptadas por México. Por consiguiente, para establecer si la inversión de la Demandante sufrió o no una radical disminución es necesario evaluar en qué medida las pérdidas de ventas alegadas afectaron a la inversión de la Demandante en CdM, en conjunto. Para evaluarlo, el Tribunal calculó los “ingresos netos ‘de no haber sido por’” que CdM habría obtenido con sus ingresos reales en el período 2002-06, combinados con las pérdidas de ingreso que alega. A partir de ese dato, el Tribunal pudo determinar en qué porcentaje las pérdidas de ventas contribuyeron a esos “ingresos ‘de no haber sido por’” y, por lo tanto, qué efecto habrían tenido sus pérdidas en la inversión global. Basándose exclusivamente en los datos proporcionados por la Demandante, el Tribunal determinó que, entre 2002 y 2006, la disminución de los ingresos anuales antes de impuestos de CdM y Cargill por las medidas mexicanas, que se alega, estuvo comprendida entre un 33% y un 79%⁹².

367. El Demandado ha presentado sólidas pruebas de que Cargill de México operó otros muchos negocios, además del de JMAF, algunos de los cuales fueron lo suficientemente rentables como para estimular un incremento de ingresos en el período en que la Demandante se veía excluida del mercado de JMAF de México. Esos negocios llevan a pensar no sólo que la Demandante nunca perdió el control ni el acceso a su inversión, sino también que, aunque la inversión global de Cargill de México parece haber sido afectada por la pérdida temporal de uno de sus negocios —el del jarabe de maíz de alta fructosa—, el impacto económico de esa pérdida no fue tan

⁹² Esta disminución porcentual se calculó agregando el importe real de los “ingresos antes de impuestos” derivados de los diversos negocios de CdM y de las proyecciones de Navigant sobre los “ingresos nominales perdidos de flujos de efectivo” (ingresos antes de impuestos perdidos) y luego dividiendo los ingresos perdidos por esa suma. (Para realizar esos cálculos, el Tribunal se basó en el Documento de prueba 248 de la Demandante, titulado “Estados financieros de Cargill de México para 1991-2006”, para calcular los ingresos reales antes de impuestos, así como el Dictamen pericial de Navigant (21 de diciembre de 2006), pág. 51, cuadro 10: “Flujos de efectivo nominales perdidos obtenidos por CdM y Cargill en relación con ventas de JMAF de CdM” (para determinar las pérdidas de ingresos antes de impuestos atribuidas a la pérdida de ventas). Estas cifras corresponden tanto a CdM como a Cargill, Inc.

completo como para generar la apariencia de que la inversión, en su totalidad, había sido expropiada.

368. Por una parte, conforme al análisis de la Demandante, las medidas adoptadas por el Demandado le provocaron una pérdida casi total de la corriente de ingresos de negocios provenientes de sus negocios de JMAF en México. Por otra parte, adoptando el enfoque del Demandado sobre todas las corrientes de negocios de CdM y de la planta de Tula, el Tribunal concluye que, a la luz de las circunstancias del presente caso y de la prueba que tiene ante sí con respecto a esos documentos y a la totalidad del expediente, la Demandante no ha probado que los perjuicios causados por las medidas mexicanas a su negocio de JMAF hayan provocado a Cargill de México un detrimento tan sustancial como para que pueda considerarse equivalente a una privación radical de la inversión global de la Demandante.
369. El Tribunal toma nota de que sólo debe abordar la cuestión de si la gravedad de las medidas que, según se alega, constituyeron una expropiación temporal debe valorarse en relación con la corriente de ingresos específica afectada o con todas las corrientes de negocios de la inversión subyacente, si concluye que una reclamación fundada en el Artículo 1110 puede basarse en una expropiación temporal. El Tribunal pasa ahora a considerar esta cuestión.

Duración de la interferencia

370. Se acepta que no hubo una expropiación permanente de la inversión de la Demandante en México. Dadas las argumentaciones respectivas de las Partes, se acepta también que a la Demandante se le impidió participar en actividades relacionadas con el JMAF durante no menos de tres años y cuatro meses, y quizá, como sostiene la Demandante, durante cinco años o más.
371. Las Partes discrepan acerca de si, conforme al Artículo 1110 del TLCAN o al derecho internacional consuetudinario, puede formularse una reclamación por daños y perjuicios emanados de una expropiación temporal en la medida en que se supone que el Artículo 1110 incorpora la costumbre a este respecto.
372. En virtud del derecho internacional consuetudinario, la “expropiación” supone un desapoderamiento de bienes realizado por un Estado. En la forma clásica de

nacionalización, el derecho de propiedad se transfiere al Estado. Esta forma de expropiación *de jure* se amplió a lo largo de las décadas, en forma de incluir el desapoderamiento *de facto*, en que, aun a falta de un decreto que transfiera el derecho de propiedad de los bienes, éstos, de todos modos, se consideran expropiados. Tal como expresó el tribunal del caso *S.D. Myers*: “[e]n general, el término ‘expropiación’ lleva consigo la connotación de ‘desapoderamiento’ por parte de una autoridad de tipo gubernamental de ‘bienes’ de una persona con ánimo de transferir la propiedad de esos bienes a otra persona; generalmente, la autoridad que haya ejercido la potestad *de jure* o *de facto* de realizar el ‘desapoderamiento’”⁹³. Tanto en el caso del desapoderamiento *de jure* como del realizado *de facto*, el inversionista fue privado permanentemente de los bienes. Al utilizar los términos “expropiación” y “equivalente a la expropiación”, el Artículo 1110 incorpora este derecho consuetudinario de expropiación. (Las citas del presente párrafo son traducciones al español del Tribunal).

373. La Demandante sostiene que una reclamación por expropiación puede basarse en un desapoderamiento que sea temporal, en lugar de permanente. En especial, alega que, si un Gobierno ocupó temporalmente instalaciones de un inversionista, impidiendo el uso al que estaban destinadas, y más tarde restituyó su control al inversionista, el Estado sería responsable ante este último por una expropiación temporal, la medida de cuyos daños y perjuicios no consistiría en el valor de la propiedad, puesto que ésta ha sido restituida, sino en los daños y perjuicios provocados por esa interferencia con la utilización de los bienes. La Demandante alega que su situación, en este caso, es análoga. Sostiene que, aunque el Demandado no ocupó físicamente las instalaciones de la Demandante ni impidió el uso al que estaban destinadas, el efecto de las medidas adoptadas por México fue idéntico. Si bien la Demandante manifiesta que varias fuentes doctrinarias respaldan esta proposición, el Tribunal no las considera directamente aplicables a este caso.

374. La práctica del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos no ayuda a aclarar la cuestión. La declaración efectuada en el caso *Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton c. TAMS-AFFA Consulting Eng'rs of Iran*, citada por la Demandante en relación con la proposición de que las medidas pueden ser expropiatorias en tanto sean algo más que

⁹³ *S.D. Myers*, Laudo parcial, párrafo 280 (13 de noviembre de 2000).

“puramente efímeras”, no respalda la proposición de la Demandante con respecto a los desapoderamientos temporales⁹⁴. En el caso *Tippetts*, el tribunal sostuvo que “la demandante ha sido objeto de ‘medidas que afectan derechos de propiedad’ al ser privada de sus intereses propietarios en TAMS-AFFA desde por lo menos el 1 de marzo de 1980”. No obstante, al llegar a esa conclusión, el tribunal concluyó que el interés propietario en la sociedad había sido expropiado *de facto* permanentemente a partir de esa fecha. Esa permanencia se refleja en el hecho de que el tribunal procedió a calcular los daños y perjuicios determinando el interés de la demandante en el valor de disolución de la sociedad al 1 de marzo de 1980. La referencia del tribunal a medidas que no sean “puramente efímeras” equivale a sostener que el conjunto de actos o medidas que, según se alega, dan lugar *de facto* a una expropiación permanente no pueden ser puramente efímeras. El juez Brower escribe, comentando el laudo del caso *Tippetts*, que el criterio de lo “puramente efímero” “parece reflejar el hecho de que el Tribunal comprende que un supuesto genuinamente temporal de control gerencial de por sí no constituiría una expropiación compensable”⁹⁵. (Las citas del presente párrafo son traducciones al español del Tribunal).

375. Un tribunal del TLCAN, sin dar razones, deja a salvo la posibilidad de una expropiación temporal. Adoptando una posición contraria a la de la Demandante, el tribunal del caso *S.D. Myers* declaró que una expropiación “generalmente supone una supresión duradera de la capacidad de un propietario de hacer uso de sus derechos económicos (...)”. Pero la Demandante se basa en la declaración inmediatamente siguiente del tribunal de dicho caso, de que “en algunos contextos y circunstancias, [es] adecuado considerar una privación como equivalente a una expropiación, incluso si [es] parcial o temporal”⁹⁶. Esta posibilidad, sin embargo, no se explica ni fundamenta. Dicho tribunal observa que la duración de la medida en ese caso —18 meses— “puede ser significativa para el avalúo de la indemnización que ha de adjudicarse en relación con las violaciones [por parte de Canadá] de los Artículos 1102 y 1105, pero no respalda la proposición relativa a los hechos del presente caso, según los cuales la medida debería caracterizarse como una expropiación en los términos del

⁹⁴ *Tippetts*, 6 Iran-US CTR 219 (Laudo N.º 141-7-2) (1984).

⁹⁵ CHARLES N. BROWER y JASON D. BRUESCHKE, THE IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL, 399, nota de pie de página 1866 (1998). Véase también *Tippetts*, páginas 414 a 417.

⁹⁶ *S.D. Myers*, Laudo parcial, párrafo 283 (13 de noviembre de 2000).

Artículo 1110⁹⁷, y en ese sentido la posibilidad basada en la cual se reservó el juicio no estaba presente en el caso que tenía ante sí. (Las citas del presente párrafo son traducciones al español del Tribunal).

376. Finalmente, los laudos de arbitrajes de TBI citados por la Demandante tampoco parecen directamente aplicables al presente caso. El tribunal del caso *Wena Hotels* concluyó que una incautación y ocupación de un hotel, y la privación de la propiedad del mismo durante un año, constituían una expropiación *de facto* permanente⁹⁸. Esta permanencia surge claramente del hecho de que la pérdida no se valoró en relación con los daños y perjuicios resultantes del período de la privación, sino en relación con “el valor de mercado que tenía la inversión inmediatamente antes de la expropiación”⁹⁹ (traducción del Tribunal). En el caso *Middle East Cement*, el tribunal concluyó que la privación durante no menos de cuatro meses de una licencia concedida representaba una privación permanente *de facto* del derecho de propiedad previsto en la licencia¹⁰⁰. Esta permanencia surge claramente del hecho de que la pérdida no se valoró en relación con los cuatro meses en que tuvo lugar, sino en relación con la vida restante de la licencia¹⁰¹.

377. Es siempre posible que existan pruebas de una práctica que lleve a pensar que el derecho internacional consuetudinario está cambiando, en el sentido de que no se refiera exclusivamente a reclamaciones por expropiación, sino también a reclamaciones por interferencia en derechos de propiedad, o basadas en otras medidas que afecten a la propiedad. En el presente caso, esas pruebas tendrían que revelar claramente la ampliación del alcance de la expropiación, más que la creación de categorías de reclamaciones no comprendidas en el Artículo 1110. Ese tipo de pruebas no han sido presentadas a este Tribunal.

⁹⁷ Ídem, párrafo 284.

⁹⁸ *Wena Hotels*, Laudo, párrafo 99 (8 de diciembre de 2000).

⁹⁹ Ídem, párrafo 125.

¹⁰⁰ *Middle East Cement*, Laudo, párrafo 107 (12 de abril de 2002).

¹⁰¹ Ídem, párrafos 121 a 128.

Decisión final del Tribunal con respecto a la reclamación en virtud del Artículo 1110

378. Por estas razones, el Tribunal concluye que la reclamación de la Demandante basada en el Artículo 1110 no es procedente, pues no constituye un caso de expropiación en el alcance dado a ese término por el Artículo 1110.

XII. DEFENSA DEL DEMANDADO EN EL SENTIDO DE QUE SUS MEDIDAS CONSTITUYERON CONTRAMEDIDAS LEGÍTIMAS QUE EXCLUYEN LA ILICITUD DE SUS ACTOS

Cuestión planteada

379. El Demandado alega que, incluso si el Tribunal concluyere que sus medidas violaron el Capítulo XI, las mismas no tienen carácter ilícito, porque se trató de contramedidas legítimas admitidas por el derecho internacional.

380. El Tribunal toma nota, para comenzar, que este argumento carece de precedentes en el contexto específico del TLCAN y en el de los tratados de libre comercio en general. Ésta es una razón primordial por la cual el Tribunal examinó las decisiones recaídas en los dos procedimientos paralelos sobre jarabe de maíz de alta fructosa, tal como se describe en el párrafo 45, que antecede. Las decisiones recaídas en esos otros procedimientos no constituyen *per se* precedentes obligatorios para este Tribunal, pero la importancia de la cuestión planteada y la estrecha relación de los procedimientos paralelos indican que este Tribunal, si es posible, deberá considerar la fundamentación dada por los paneles que entendieron en esos procedimientos, ya que puede influir en la cuestión que se plantea en el presente caso. Ambos laudos recaídos en los otros procedimientos estuvieron sujetos a restricciones de confidencialidad empresarial que obligaron a testar su texto. Aunque las modificaciones no fueron amplias, llevaron un tiempo considerable. El laudo del 21 de noviembre de 2007 recaído en el caso *Archer Daniels Midland y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* fue proporcionado en versión testada a este Tribunal el 17 de julio de 2008. El Tribunal solicitó y recibió las opiniones de las Partes con relación con ese laudo, ya que podrían influir sobre este procedimiento, aunque corresponde señalar que los comentarios de las Partes se centraron en aspectos del laudo del caso *Archer Daniels* no relacionados con las contramedidas. El Tribunal no ha recibido una versión testada de la decisión sobre responsabilidad dictada en el caso *Corn Products International c. Estados Unidos Mexicanos*. El Tribunal concluye que, si bien es conveniente examinar

los fundamentos dados por el tribunal en el procedimiento del caso *Corn Products*, esa conveniencia cede a la obligación del Tribunal, frente a las Partes de este procedimiento, de dictar su Laudo en forma oportuna¹⁰².

381. La posibilidad de que puedan invocarse contramedidas como circunstancia que excluya la ilicitud de un acto es un aspecto de derecho internacional consuetudinario. Un importante enunciado reciente de derecho consuetudinario con respecto a ese tipo de circunstancias puede encontrarse en el Capítulo V, titulado “Circunstancias que excluyen la ilicitud”, de los *Artículos sobre la Responsabilidad del Estado* de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), que constituyen una codificación de la costumbre y en parte reflejan un desarrollo progresivo del derecho internacional. No siempre resulta evidente que determinado artículo deba considerarse como codificación de la costumbre o desarrollo progresivo de la misma. Además, los Artículos de la CDI que se refieren a contramedidas figuraron entre los más polémicos y los que dieron lugar a más comentarios de los Estados que examinaron los diversos proyectos de su texto¹⁰³. Por esas razones, el Tribunal aborda la cuestión de las contramedidas reconociendo tanto el papel central de la labor de la Comisión de Derecho Internacional como la importancia de determinar la costumbre aplicable a la luz de los Artículos de la CDI y, en especial, de los hechos del presente caso¹⁰⁴.
382. La práctica de las contramedidas, tal como se acepta en la costumbre, constituye un reconocimiento mesurado de la licitud de una auto tutela que no entrañe el uso de la fuerza en respuesta a un hecho ilícito. Así, el Artículo 22 de los *Artículos sobre la Responsabilidad del Estado* de la CDI, titulado “Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito”, establece:

¹⁰² Inmediatamente antes de dar forma final al presente Laudo, el Tribunal tuvo conocimiento de que la versión testada de la Decisión sobre responsabilidad en el caso *Corn Products International Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (15 de enero de 2008) era de acceso público. El Tribunal examinó la Decisión y la Opinión independiente de la misma y constata que en ese procedimiento el tribunal rechazó también la defensa de las contramedidas.

¹⁰³ Véase JAMES CRAWFORD, *THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION’S ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY: INTRODUCTION, TEXT AND COMMENTARIES* 48 (2002) (en que se dice que éste “fue el aspecto más polémico del texto provisional adoptado en 2000” [traducción al español del Tribunal] y se resumen las dimensiones del debate). *Concorde*, David J. Bederman, *Counterintuiting Countermeasures*, 96 AM. J. OF INT’L L. 817, 818 (2002).

¹⁰⁴ James Crawford, *The ILC’s Articles on State Responsibility: A Retrospect*, 96 AM. J. OF INT’L L. 874, 890 (2002) (en que se señala que “la labor de la CDI forma parte de un proceso de articulación del derecho consuetudinario que (...) los receptores deben examinar en forma prudente, pero que no contraviene ningún principio general”) (traducción al español del Tribunal).

La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida tomada contra ese otro Estado de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo II de la tercera parte [en que se especifican los requisitos procesales de una contramedida válida]¹⁰⁵.

Es en ese sentido que el Demandado sostiene que las medidas de que se trata fueron contramedidas legítimas, lo que impide que sean actos ilícitos violatorios del TLCAN.

383. La Demandante alega tres razones que, a su juicio, impiden en el presente caso que el Demandado invoque el argumento de las contramedidas como circunstancia que excluye la ilicitud. Sostiene, primero, que la Demandante es una entidad privada, titular de derechos conforme al Capítulo XI del TLCAN que no pueden ser afectados por supuestas contramedidas de México orientadas a Estados Unidos. Segundo, el texto y la estructura del TLCAN, como instrumento del derecho de los tratados, excluye la posibilidad de que las contramedidas sean una circunstancia de derecho consuetudinario que excluye la ilicitud. Finalmente, este Tribunal no es competente para considerar la validez, como defensa, del argumento del Demandado sobre contramedidas, porque para ello tendría que concluir que Estados Unidos —un tercero ausente— infringió sus obligaciones internacionales frente a México.
384. La Demandante alega que, aun cuando el Tribunal tuviera que concluir que el Demandado puede invocar las contramedidas como circunstancias que excluyen la ilicitud de un acto que de lo contrario estaría en infracción de las obligaciones del Capítulo XI, la afirmación del Demandado sobre la existencia de contramedidas es infundada, *inter alia*, por falta de proporcionalidad.
385. En las secciones siguientes, el Tribunal pasa revista a los argumentos de las Partes referentes a las tres objeciones fundamentales de la Demandante sobre la posibilidad de invocar contramedidas en este procedimiento. Luego examina el razonamiento relativo a la cuestión de las contramedidas contenido en el laudo dictado el 21 de noviembre de 2007 en el caso *Archer Daniels Midland*. Finalmente, enuncia las razones por las cuales rechaza la posibilidad de que el Demandado invoque la existencia de contramedidas en este procedimiento, por ser inadmisibles en el contexto de un procedimiento del Capítulo XI.

¹⁰⁵ Memorial de Contestación del Demandado, párrafo 409.

Argumentaciones de las Partes con respecto a las contramedidas

Acerca de la admisibilidad del argumento de que la aplicación de contramedidas entre Estados parte del TLCAN excluye la ilicitud de actos que de lo contrario estarían en infracción de los derechos de los inversionistas en virtud del Capítulo XI

386. La Demandante sostiene que los titulares de los derechos otorgados por el Capítulo XI no son los Estados parte del TLCAN, sino quienes realizan inversiones en esos Estados, y que constituye una “ficción arcaica pretender que los derechos de los inversionistas conforme al Capítulo 11 sean en derecho los derechos del Estado nacional del inversionista”. Alega que el Tribunal Inglés de Apelaciones hizo suya recientemente esta opinión en el contexto de un TBI en el caso *Occidental Exploration and Production Co. c. República del Ecuador*, sosteniendo que resulta “tanto artificial como equivocado en principio sugerir que el inversionista en realidad está prosiguiendo una reclamación [para formular la cual está legitimado] su Estado de origen”¹⁰⁶, y que esa opinión “claramente concuerda con el derecho internacional contemporáneo, que abandona ficciones misteriosas en aras del sentido común práctico y el realismo”.
387. De ello se infiere, según la Demandante, que “los inversionistas y sus Estados nacionales no pueden ser necesariamente asimilados para fines legales”. En consecuencia, si Estados Unidos infringe sus obligaciones en el marco del TLCAN, México no puede lícitamente adoptar contramedidas “dirigidas” a inversionistas de Estados Unidos. La Demandante sostiene que, como los inversionistas tienen derechos independientes conforme al Capítulo XI, adoptar contramedidas que “[apunten] a los proveedores privados de fructosa como Cargill (...) [tiene] el equivalente de la afectación a un tercer Estado”.
388. A juicio del Tribunal, el argumento de la Demandante puede enunciarse del modo siguiente: 1) conforme al Capítulo XI, los inversionistas gozan de derechos independientes de los de los Estados parte, y, por lo tanto, 2) aunque la aplicación de contramedidas por parte del Demandado pueda descartar su responsabilidad

¹⁰⁶ *Occidental Exploration and Production Co. c. República de Ecuador* (“*Occidental c. Ecuador*”), Sentencia aprobada del 9 de septiembre de 2005, [2005] EWCA Civ. 1116, párrafo 17.

internacional en la esfera de las obligaciones frente a Estados Unidos, no excluye su ilicitud en cuanto a obligaciones frente a la Demandante conforme al Capítulo XI.

389. Como réplica, el Demandado alega que “[e]n virtud de que el TLCAN es un tratado internacional, las obligaciones establecidas en el capítulo XI (al igual que en el resto del TLCAN) son obligaciones de México para con Estados Unidos y viceversa”. En la Sección B del Capítulo XI sólo se acuerda a los inversionistas “un derecho procesal [de acceso]” que les permite hacer cumplir ciertas obligaciones en el marco del TLCAN que deban cumplir los propios Estados parte, o que correspondan a derechos de éstos.

390. El Demandado sostiene que la estructura del TLCAN contraría el concepto expresado por la Demandante sobre derechos independientes de los inversionistas conforme al Capítulo XI, que constituye una “parte integral y subordinada de un acuerdo de libre comercio”. Para respaldar esa aseveración, el Demandado cita el Artículo 1115, que establece:

Sin perjuicio de los derechos y obligaciones de las Partes establecidos en el Capítulo XX, “Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias”, esta sección establece un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión (...).

A juicio del Demandado, la expresión “sin perjuicio” del Artículo 1115 “[indica] que el capítulo XI tiene menor jerarquía dentro del tratado que el capítulo XX (...)”.

391. El Demandado alega que el concepto de la Demandante de derechos del inversionista conforme al Capítulo XI se contrapone al de derechos de los Estados parte conforme al Capítulo XX del TLCAN. Ofrece como ejemplo el derecho de suspender beneficios conforme al Artículo 2019 en caso de que una Parte se rehúse a cumplir sus obligaciones tras una decisión desfavorable de un panel de arbitraje¹⁰⁷. “En tal caso, un

¹⁰⁷ El Artículo 2019(1), titulado “Incumplimiento – Suspensión de beneficios”, establece:

Si en su informe final un panel ha resuelto que una medida es incompatible con las obligaciones de este Tratado o es causa de anulación o menoscabo en el sentido del Anexo 2004 y la Parte demandada no ha llegado a un acuerdo con cualquiera de las Partes reclamantes sobre una solución mutuamente satisfactoria, de conformidad con el Artículo 2018(1) dentro de los 30 días siguientes a la recepción del informe final, esa Parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente a la Parte demandada, hasta el momento en que alcancen un acuerdo sobre la resolución de la controversia.

inversionista de la Parte recalcitrante que se hubiese visto afectado por la suspensión legítima de beneficios no podría impugnar con éxito tales medidas a través de un procedimiento instaurado conforme al capítulo XI”, pues, de lo contrario, se vería afectado un “derecho fundamental” de las Partes conforme al Capítulo XX.

392. El Demandado sostiene, además, que el concepto de derechos del inversionista sustentado por la Demandante “menoscararía seriamente los derechos básicos de los Estados en el plano internacional”, y conferiría a los inversionistas derechos mayores que los de los Estados. Como las contramedidas legítimas excluyen la ilicitud y, por lo tanto, la posibilidad de que el Estado al que van dirigidas las impugne, sería “absurdo que una persona de la Parte contra la cual se adopta[n] pudiera impugnarla[s] exitosamente”. De no ser así, un inversionista gozaría de derechos más amplios que su propio Estado de origen para impugnar contramedidas legítimas, y “se haría nugatoria la facultad (...) [de un Estado] de adoptar contramedidas conforme al derecho internacional consuetudinario”.
393. En consecuencia, según el Demandado, “[u]na contramedida que es legítima frente a Estados Unidos por fuerza es legítima frente a las personas de Estados Unidos”.

Acerca de si el texto y la estructura del TLCAN como fuente del derecho de los tratados excluyen la disponibilidad de contramedidas de derecho consuetudinario

394. La Demandante sostiene que el TLCAN descarta la disponibilidad de contramedidas basadas en la costumbre. Específicamente, alega que el texto y la estructura del Capítulo XX de ese tratado impiden aplicar contramedidas sin antes haber agotado el proceso de solución de controversias del Capítulo XX. Como en el presente caso el Demandado no agotó ese proceso antes de recurrir a contramedidas, éstas, según la Demandante, no pueden aplicarse conforme al derecho consuetudinario.
395. Para respaldar esa afirmación, la Demandante llama la atención del Tribunal sobre el Artículo 55 (“*lex specialis*”) de los *Artículos sobre la Responsabilidad del Estado* de la CDI, que establece que los mismos no se aplican “en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la

responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional”¹⁰⁸.

396. La Demandante sostiene que el mecanismo de solución de controversias del Capítulo XX constituye, precisamente, una de esas normas especiales de derecho internacional, y rige en la medida en que se contraponen a normas consuetudinarias generales de derecho internacional. Más precisamente, la Demandante interpreta el Artículo 2019 del TLCAN en el sentido de que prohíbe a las Partes suspender el cumplimiento de obligaciones de ese tratado a menos que un panel del Capítulo XX haya emitido primero un informe final y las Partes no hayan llegado a un acuerdo mutuamente satisfactorio dentro de los 30 días siguientes a ese informe. En otros términos, al establecer de por sí cierto tipo de contramedidas en circunstancias específicas, el TLCAN impide recurrir a contramedidas basadas en la costumbre.
397. En respuesta al argumento de la Demandante de que el Artículo 2019 del TLCAN es una *lex specialis* que impide la aplicación de contramedidas hasta que un panel del Capítulo XX haya dictado su informe final y la parte demandada no se haya puesto en situación de cumplimiento, el Demandado sostiene que una “*lex specialis* puede aplicarse sólo si se permite que opere de conformidad como las Partes sujetas a ésta acordaron”. El Demandado alega que, como Estados Unidos obstaculizó la aplicación de la *lex specialis*, no puede restringir los derechos que posee México en el marco del derecho internacional consuetudinario.
398. A juicio del Demandado, “el artículo 2019 [no lo obliga] si, sin culpa [propia], se vio impedido de que un panel resolviera que Estados Unidos violó sus obligaciones de acceso al mercado. Si fuere así, una Parte demandada podría, a través de la obstrucción del establecimiento de un mecanismo de solución de controversias, impedir que la Parte demandante obtuviera una reparación del daño de conformidad con el tratado y hacer valer sus derechos conforme al derecho internacional consuetudinario en el supuesto de un incumplimiento del tratado”.
399. La Demandante, a su vez, cuestiona el argumento del Demandado de que Estados Unidos puso obstáculos al agotamiento del proceso de solución de controversias del

¹⁰⁸ Memorial de Réplica de la Demandante, párrafo 135; véase también Transcripción en español de la audiencia, págs. 1217 y 1218.

Capítulo XX por parte del Demandado. La discrepancia entre la Demandante y el Demandado se centra en la interpretación del Artículo 2011(1)(d) del TLCAN, que preceptúa en estos términos el proceso de selección de un panel de arbitraje del Capítulo XX:

Si una Parte contendiente no selecciona a sus panelistas dentro de ese lapso, éstos se seleccionarán por sorteo de entre los miembros de la lista que sean ciudadanos de la otra Parte contendiente.

La Demandante asume la posición de que el sentido llano del Artículo 2011(1)(d) y el “sentido común” obligan a concluir que “México no tenía que apoyarse en la Sección de los Estados Unidos del Secretariado del TLCAN para instrumentar el procedimiento de selección por lotería (...)”. Ninguna disposición del propio TLCAN ni de las Reglas Modelo de Procedimiento correspondientes al Capítulo XX respalda la aseveración en contrario del Demandado. Según el razonamiento de la Demandante, dar a “la Parte acusada de incumplir con sus obligaciones de designación del panel facultades de veto sobre el proceso de selección por lotería conforme al Artículo 2011 es simplemente muy extrañ[o] (...)”.

400. El Demandado, por el contrario, sostiene que “tomó todas las medidas” tendientes a resolver su diferencia con Estados Unidos. Según su posición, México no podía haber llevado a cabo unilateralmente el proceso de selección por sorteo del Artículo 2011(1)(d) porque ello habría sido “injusto” para el Estado demandado, y Estados Unidos no habría aceptado el resultado.
401. El Demandado alega además que no habría podido hacer que los panelistas se “[seleccionaran] por sorteo de entre los miembros de la lista” —el proceso previsto en el Artículo 2011(1)(d)— porque en el momento pertinente esa lista no existía. Compilar la lista del Artículo 2009 habría requerido el acuerdo mutuo de los tres Estados parte del TLCAN.
402. La Demandante alega que el hecho aparente de que no existían miembros de una lista entre los cuales realizar la elección en el momento pertinente no eximía a México de su obligación de llevar adelante el proceso del Capítulo XX. A juicio de la Demandante, México debió haber tomado medidas encaminadas a establecer una lista de panelistas conforme al Artículo 2009 del TLCAN.

Acerca de si Tribunal puede considerar el argumento del Demandado de que las contramedidas excluyen la ilicitud

403. La Demandante sostiene que el principio de las “partes esenciales” impide a este Tribunal considerar la defensa del Demandado basada en las contramedidas. Tal como lo formula la Demandante, este principio impide a un tribunal pronunciarse sobre “la conducta de algún Estado que no sea Parte del procedimiento”.
404. La Demandante señala que el Demandado invoca dos desacuerdos entre Estados Unidos y México —en que México alega que Estados Unidos violó las obligaciones que le imponía el TLCAN— “para justificar sus supuestas contramedidas”. Luego razona que “[p]ara sostener la defensa de contramedidas de México, este Tribunal tendría que aliarse con México y en contra de los Estados Unidos en esos desacuerdos, [lo que sería] contrario al principio de partes esenciales”.
405. En resumen, la Demandante sostiene que no puede evaluarse el fundamento de la defensa de las contramedidas formulado por el Demandado “sin primeramente determinar que la supuesta conducta de los Estados Unidos equivalía a violaciones de obligaciones internacionales de los Estados Unidos a México”. Según la Demandante, así como este Tribunal carece de competencia para llegar a esa conclusión, tampoco es competente para pronunciarse sobre la defensa de las contramedidas.
406. El Demandado expresa dos posiciones sobre las razones por las cuales el principio de las partes esenciales no impide considerar la defensa de sus contramedidas. Sostiene, primero, que este Tribunal posee suficiente competencia y tiene ante sí pruebas bastantes como para concluir que el IEPS fue, “potencialmente”, una contramedida legítima. Sostiene, más precisamente, que la “competencia incidental” para evaluar la defensa basada en las contramedidas surge del Artículo 1131 del TLCAN, que “requiere que el Tribunal decida ‘los temas en disputa’ en este procedimiento de acuerdo con el TLCAN (*i.e.*, el TLCAN en su integridad, no sólo el capítulo XI) y las reglas del derecho internacional que sean aplicables”. Para “[decidir sobre] los ‘temas’, *que incluyen las defensas de México*, el Tribunal tiene competencia para aplicar la integridad del TLCAN” y el derecho internacional consuetudinario.

407. En segundo lugar, el Demandado sostiene que, en virtud de su competencia incidental, este Tribunal puede, basándose en las pruebas que tiene ante sí, llegar a la conclusión de que el IEPS de México fue “potencialmente” una contramedida legítima *sin* pronunciarse acerca de si Estados Unidos infringió sus obligaciones frente a México. En otros términos, evaluar las contramedidas en cuanto a notificación, proporcionalidad y compatibilidad con el TLCAN no requiere pronunciarse sobre la cuestión del incumplimiento. El Demandado sostiene que, si este Tribunal, una vez evaluada la prueba que tiene ante sí, llega a la conclusión de que el IEPS aplicado por México era “potencialmente” una contramedida legítima —de que si, suponiendo, *arguendo*, que Estados Unidos violó las obligaciones que le impone el TLCAN, el IEPS habría sido una contramedida legítima—, no puede condenarlo en daños y perjuicios, porque su conducta fue potencialmente legítima.
408. El Demandado reconoce que este Tribunal posee competencia incidental para concluir lo contrario, que el IEPS “no [podría ser una] contramedida” por falta manifiesta de cumplimiento de los requisitos que impone el derecho internacional consuetudinario para que pueda considerarse como tal.
409. El Demandado sostiene, alternativamente, que si este Tribunal se declara incompetente para evaluar la defensa de la contramedida formulada por el Demandado, debe suspender los procedimientos hasta que el Demandado esté en condiciones de obtener una decisión definitiva de sus derechos, en el marco del TLCAN, en relación con Estados Unidos.

El laudo del caso *ADM c. México*

410. En un caso con características fácticas sorprendentemente similares —el mismo demandado, el mismo IEPS, y el mismo argumento del demandado de que sus medidas fueron contramedidas legítimas, lo que excluye la ilicitud de sus actos—, el tribunal del caso *ADM* comenzó su análisis de la defensa basada en las contramedidas considerando la *lex specialis* y el argumento de la demandante de que las Partes del TLCAN habían renunciado a sus derechos de aplicar contramedidas previstas en el derecho internacional consuetudinario para supuestas violaciones de las disposiciones

del TLCAN¹⁰⁹. El tribunal del caso *ADM* desechó ese argumento, citando el Artículo 66 de los Artículos de la CDI, que permite, según los términos usados por el tribunal, esa derogación de las disposiciones de los Artículos a través de un tratado, por lo cual “según el derecho internacional consuetudinario, las disposiciones del Proyecto de Artículos de la CDI no se aplican a cuestiones (...) específicamente regidas por la *lex specialis* —es decir, por el Capítulo XI (...)”¹¹⁰. Como el Capítulo XI no prevé ni prohíbe específicamente el uso de contramedidas, la cuestión de la disponibilidad de esa defensa se rige por el derecho internacional consuetudinario, en contraposición con la *lex specialis*¹¹¹. “En consecuencia el Tribunal está de acuerdo con el Demandado en que las contramedidas pueden servir como defensa en un caso del Capítulo XI, ya que se trata de una cuestión no abordada concretamente en el Capítulo XI, pero válida de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario si se cumplen determinadas condiciones”¹¹².

411. El tribunal del caso *ADM* pasó a considerar, en consecuencia, los aspectos de fondo de la contramedida invocada y declaró que el demandado debía probar el cumplimiento de cuatro condiciones en respaldo de su aseveración de que el IEPS era una contramedida válida: 1) que Estados Unidos incurrió en incumplimiento de los Capítulos III y/o VII y XX; 2) que el IEPS se sancionó en respuesta a los presuntos incumplimientos de Estados Unidos, y su objeto era inducir a Estados Unidos a cumplir con sus obligaciones en virtud del TLCAN; 3) que el IEPS fue una medida proporcionada, y 4) que el IEPS no menoscababa los derechos sustantivos de la demandante¹¹³. Con respecto al primer requisito, ese tribunal concluyó que no era competente para decidir si Estados Unidos [había incumplido] alguna de sus obligaciones internacionales, por lo cual pasó a considerar los tres requisitos restantes¹¹⁴.

¹⁰⁹ *Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos (ADM)*, Caso CIADI N.º ARB(AF)/04/05, párrafo 113 (Laudo) (21 de noviembre de 2007).

¹¹⁰ Ídem, párrafos 116, 118.

¹¹¹ Ídem, párrafo 120.

¹¹² Ídem, párrafo 123.

¹¹³ Ídem, párrafo 127.

¹¹⁴ Ídem, párrafos 128, 133. El tribunal señaló también, con respecto a los tres requisitos restantes, que “[s]i uno no se cumple cae la defensa [...]” por lo cual, si se cumplieron los tres requisitos restantes relativos a la competencia del tribunal, éste tendría que haber hecho lugar a la solicitud del demandado de suspensión de los procedimientos, para que pudiera considerarse el primer requisito.

412. Con respecto al segundo requisito —si el IEPS se había adoptado en respuesta a incumplimientos de Estados Unidos y con el fin de inducir a ese país a cumplir— se pronunció por la negativa:

La evidencia en el expediente del caso presentada ante el Tribunal señala que el contexto más relevante inmediatamente anterior a la adopción del impuesto fueron las medidas antidumping adoptadas por México, las decisiones de la OMC y del TLCAN contra estas medidas, y la orden de que se derogaran definitivamente. Las pruebas con que contamos señalan que ésta era la situación cuando se adoptó el Impuesto, y no la diferencia entre México y los Estados Unidos acerca del acceso del excedente de azúcar producido en México al mercado de los Estados Unidos, una controversia que había surgido claramente en el año 2000, mucho después de la aplicación de las medidas antidumping¹¹⁵.

El tribunal observó que no había ninguna indicación en el texto de la modificación del IEPS de que hubiera sido sancionado como una contramedida; sino que se trató de un mecanismo para proteger a los productores nacionales de azúcar de la competencia de la industria del JMAF¹¹⁶.

413. El tribunal del caso *ADM* concluyó, análogamente, que el tercer requisito no se había cumplido, y sostuvo que el IEPS no podía ser proporcionado, ya que no era necesario. Basándose en la definición de proporcionalidad suministrada en el comentario al Artículo 51 de los Artículos de la CDI, según el cual “bien puede considerarse que una medida claramente desproporcionada no es necesaria para inducir al Estado responsable a cumplir con sus obligaciones, y que tiene un propósito punitivo y no encuadra en el objeto de las contramedidas enunciadas en el Artículo 49”¹¹⁷, el tribunal del caso *ADM* declaró que el IEPS no estaba destinado a inducir a Estados Unidos a cumplir sus obligaciones, sino a proteger a la industria azucarera nacional¹¹⁸, por lo cual “no era necesario ni razonable en relación con el fin presuntamente perseguido”¹¹⁹.

414. Finalmente, con respecto al cuarto requisito —que el IEPS no menoscabara los derechos sustantivos de la demandante—, el tribunal del caso *ADM* declaró que los inversionistas privados no tienen derechos sustantivos independientes en el marco del

¹¹⁵ Ídem, párrafo 137.

¹¹⁶ Ídem, párrafo 142.

¹¹⁷ Ídem, párrafo 152.

¹¹⁸ Ídem, párrafo 153.

¹¹⁹ Ídem.

TLCAN aunque, conforme al Capítulo XI, los inversionistas de los Estados parte del TLCAN “son sujetos directos y beneficiarios de las normas contempladas en la Sección A (...)”¹²⁰. Por lo tanto, según dicho tribunal, cualquiera de las obligaciones presuntamente incumplidas por Estados Unidos son únicamente “obligaciones relativas al comercio internacional y la solución de controversias entre Estados”¹²¹.

415. El tribunal del caso *ADM* llegó a esa conclusión tras analizar tres teorías sobre los derechos del inversionista: 1) la “tradicional ‘teoría de la derivación’”, según la cual los inversionistas, al promover un arbitraje frente a un Estado, están “en realidad subrogándose y haciendo valer los derechos de su Estado de origen”; 2) una “teoría intermedia”, en virtud de la cual los inversionistas “sólo tienen de manera excepcional, un derecho procesal para hacer valer, (...), la responsabilidad del Estado conforme a lo dispuesto en la Sección B”, lo que se decidirá “de acuerdo con los derechos y obligaciones que la Sección A establece para los Estados”¹²², y 3) una “teoría directa”, según la cual “un tratado de protección de inversiones establece dos relaciones jurídicas distintas: una entre el inversionista y el Estado receptor; y otra entre los Estados parte”¹²³.

416. El tribunal del caso *ADM* adoptó en su decisión la teoría intermedia:

En opinión del Tribunal, las obligaciones dispuestas en la Sección A continúan siendo entre Estados, estableciéndose en esta Sección las normas por las cuales en el arbitraje se evaluará la conducta del Estado frente al inversionista. Los inversionistas amparados por el TLCAN tienen, en virtud de la Sección B, el derecho procesal de accionar frente al Estado receptor, instando un procedimiento arbitral, cuando el Estado haya incumplido las obligaciones contenidas en la Sección A del Capítulo XI. Este derecho procesal es sin embargo excepcional, del que el individuo normalmente carecería en Derecho internacional¹²⁴.

¹²⁰ Ídem, párrafo 157.

¹²¹ Ídem, párrafo 158.

¹²² Ídem, párrafo 163.

¹²³ Ídem, párrafo 166.

¹²⁴ Ídem, párrafo 173. Para respaldar esta conclusión, el tribunal del caso *ADM* citó 1.128 manifestaciones de los Estados parte, que interpretó en el sentido de que revelan “la opinión [de los Estados Parte] (...) de que los inversionistas no gozan de derechos individuales sustantivos en virtud del Capítulo XI, y que los derechos contemplados en la Sección A son por lo tanto de titularidad estatal en lugar de derechos individuales directamente otorgados a los inversionistas”. Ídem, párrafo 176, en que se cita lo manifestado por Estados Unidos en su respuesta al Memorial de Contestación de *Loewen Group* sobre jurisdicción, y lo manifestado por Canadá en los casos *Metalclad c. México* y *Methanex c. Estados Unidos*.

El tribunal explicó que “[e]l inversionista acepta la oferta del Estado receptor de someter la disputa a arbitraje una vez presentada la solicitud de arbitraje, pudiendo en este momento el inversionista renunciar a sus derechos procesales”¹²⁵. El tribunal diferenció esos derechos de las “obligaciones sustantivas” de la Sección A, que no pueden renunciarse¹²⁶. El inversionista y el Estado receptor, una vez aceptada por el inversionista la oferta de arbitraje del Estado receptor, “entran [en] una relación jurídica directa en forma de un convenio arbitral”¹²⁷. El tribunal concluyó que “[p]or ende, el único derecho individual del que gozan los inversionistas en virtud del Capítulo XI es el derecho procesal contemplado en la Sección B a invocar la responsabilidad del Estado receptor”¹²⁸.

417. El tribunal del caso *ADM* declaró, por lo tanto, que “la contramedida no afectó al derecho procesal de las Demandantes a plantear una reclamación contra el Estado mexicano, puesto que la contramedida no tenía relación alguna con la oferta del Estado demandado de someter la presente controversia a arbitraje”¹²⁹. El tribunal concluyó que, no obstante su conclusión de que los inversionistas “no gozan de derechos individuales o independientes en virtud de lo dispuesto en la Sección A del Capítulo XI”, el IEPS no fue una contramedida válida, porque “no se adoptó para inducir [a Estados Unidos] a cumplir con el TLCAN, ni [cumplía] en cualquier caso con los requisitos de proporcionalidad establecidos por la costumbre internacional”¹³⁰.
418. En su opinión concurrente, Arthur W. Rovine coincide con la decisión del tribunal, pero plantea una línea de razonamiento diferente. Alega que “los derechos del inversionista bajo el TLCAN a obtener resarcimiento legal por actos ilícitos cometidos son sustantivos” y “las contramedidas no pueden eliminar, prevalecer sobre o suspender [esos derechos] (...), en el evento que tales contramedidas constituyan una violación del Capítulo 11 (...)”¹³¹. Rovine comienza su argumentación con un análisis de los *Artículos sobre Responsabilidad del Estado* de la CDI, y específicamente del comentario al Artículo 49 de los Artículos de la CDI referente a la proposición de que

¹²⁵ Ídem, párrafo 174.

¹²⁶ Ídem.

¹²⁷ Ídem.

¹²⁸ Ídem, párrafo 179.

¹²⁹ Ídem.

¹³⁰ Ídem, párrafo 180.

¹³¹ *ADM*, Opinión concurrente de Arthur W. Rovine sobre cuestiones relativas a los derechos independientes de los inversionistas, protección diplomática y contramedidas, pág. 1 (21 de noviembre de 2007).

“en su calidad de terceros [las Demandantes] poseen derechos de inversionistas privados, emanados del TLCAN, que no pueden ser revocados ni suspendidos válidamente por contramedidas (...)”¹³². Señala que, en los Artículos de la CDI, “no se hace distinción alguna entre derechos procesales, que puedan ser desplazados por contramedidas, y derechos sustantivos, con los que no ocurra lo mismo”¹³³.

419. Rovine alega que “[a] menos que las disposiciones del Capítulo XI generen obligaciones frente a inversionistas, cuyo cumplimiento éstos tengan la potestad de exigir, dichas disposiciones carecen de sentido, aun en el caso de que los derechos a imponer ese cumplimiento sean ‘procesales’ y ‘derivados’”¹³⁴. Rovine cita lo manifestado por la demandante del caso *ADM*, que señala: “[e]n ninguna parte en la jurisprudencia —ni en el Capítulo 11 ni en los TBI— [se] encontrará una sugerencia de que los demandantes están haciendo cumplir los derechos de un Estado ni [de] que los inversionistas son asignados a actuar de parte de los derechos del Estado”¹³⁵.

Rovine reitera:

Resulta claro que el Capítulo XI, como señalan Brower y Steven, “crea mecanismos sustantivos de protección de inversiones que pueden activar mediante arbitraje las personas directamente afectadas por cualquier desconocimiento de esos mecanismos de protección”. A mi juicio, uno de los mecanismos sustantivos de protección de inversiones conferidos por tratado a los inversionistas del TLCAN es el derecho sustantivo de obtener una reparación por incumplimiento de la Sección A del Capítulo XI.

¿Por qué el derecho a obtener una reparación es sustantivo y no procesal? A mi juicio, el fundamento lógico del derecho —interno e internacional— implica necesariamente que un demandante que posee el derecho de promover una reclamación y de que si ésta prospera se le indemnicen los daños y perjuicios que haya experimentado en virtud del incumplimiento de una obligación por parte del demandado, posee un derecho individual, que se le reconoce en forma directa y subyace a su derecho de reclamar y obtener la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, a que el demandante no falte al cumplimiento de esa obligación. (...)

(...) Tener el derecho a plantear la reclamación y la posibilidad o realidad de que esa reclamación se satisfaga demuestra la existencia de un derecho que puede hacerse cumplir coercitivamente, y de un remedio. Cabe repetir que la reparación jurídicamente debida en virtud del acto ilícito cometido es un derecho sustantivo¹³⁶.

¹³² Ídem, párrafo 5.

¹³³ Ídem, párrafo 4.

¹³⁴ Ídem, párrafo 45.

¹³⁵ Ídem, en que se cita Transcripción del caso *ADM*, págs. 1013 y 1014.

¹³⁶ Ídem, párrafos 46 a 48 (cita interna omitida).

Rovine alega que esos “derechos de hacer cumplir las obligaciones asumidas por los Estados Partes” fueron otorgados directamente a las demandantes, “como beneficiarias de los gobiernos de los países del TLCAN (...)”¹³⁷. Por lo tanto, concluye que “aunque se admita que los Estados Partes sólo son partes en sus relaciones mutuas, un aspecto de lo que han acordado mutuamente es la obligación de reconocer a los inversionistas el derecho de obtener directamente una reparación jurídica en caso de incumplimiento del Capítulo XI. No podría existir un derecho individual más significativo para los inversionistas del TLCAN”¹³⁸.

Conclusión del Tribunal respecto de la defensa del Demandado en el sentido de que sus medidas constituyeron contramedidas legítimas que excluyen la ilicitud de sus actos

420. Conforme al derecho internacional consuetudinario, una contramedida puede constituir una circunstancia que excluya la ilicitud de un acto. Los Artículos de la CDI referentes a las contramedidas suministran un importante punto de partida para determinar con más precisión el contenido de esa costumbre. El Tribunal toma nota de que las Partes no discrepan entre sí en relación con ninguno de esos dos enunciados.
421. El Tribunal observa, asimismo, que en muchas circunstancias, si es que no en la mayoría de ellas, las contramedidas dirigidas a un Estado ofensor hacen recaer el efecto que a través de ellas se persigue sobre el Estado ofensor a través de su impacto en nacionales de ese Estado.
422. Además, el Tribunal observa que las contramedidas sólo pueden aplicarse para excluir la ilicitud de un acto que no esté en conformidad con una obligación frente al Estado ofensor. No pueden excluir la ilicitud de un acto cometido en infracción de obligaciones frente a terceros Estados. Análogamente, el Tribunal opina que las contramedidas no necesariamente suscitarán un efecto de ese género en relación con obligaciones específicas frente a *nacionales* del Estado ofensor, y no frente al propio Estado ofensor. Por lo tanto, considera excesivamente amplia la aseveración del Demandado de que “[una] contramedida que es legítima frente a Estados Unidos por

¹³⁷ Ídem, párrafo 67.

¹³⁸ Ídem, párrafo 77.

fuerza es legítima frente a las personas de Estados Unidos”. El hecho de que una contramedida legítima contra Estados Unidos probablemente afectará a nacionales de ese país no significa que necesariamente provoque efectos jurídicos sobre las obligaciones que se tienen directamente con nacionales de Estados Unidos en un foro destinado a abordar diferencias referentes a esos derechos.

423. Es en este contexto que las Partes han caracterizado la cuestión que tiene ante sí el Tribunal como la de si los inversionistas del Capítulo XI del TLCAN poseen no sólo derechos procesales de acceso, sino también derechos sustantivos.
424. Con el debido respeto a la mayoría en el caso *ADM* y al Demandado de este caso, el Tribunal no coincide con la afirmación de que los inversionistas del Capítulo XI sólo gozan de meros derechos procesales de acceso. El Tribunal coincide con el Demandado en que si un Estado, a través de mecanismos de protección diplomática, tuviera que respaldar las reclamaciones de sus nacionales perjudicados por una contramedida legítima, esa contramedida llevaría a excluir la ilicitud del acto que de lo contrario habría entrañado la responsabilidad del Estado, y las reclamaciones se rechazarían. En cambio, en el caso del respaldo diplomático, el titular de la reclamación es el Estado que otorga ese respaldo, que es la parte designada. Además, el párrafo operativo del laudo resultante, en que se enuncia la decisión del tribunal, menciona al Estado que respalda a su nacional, y no a este último.
425. Ésa no es la situación comprendida en el Capítulo XI del TLCAN. El Artículo 1116(1) prevé que es el inversionista, y no el Estado de ese inversionista, el que “podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta sección, una reclamación”. Del mismo modo, es el inversionista, y no el Estado del inversionista, la parte designada del procedimiento. Análogamente, es el inversionista el que se designa en el párrafo operativo o “dispositivo” del laudo.
426. El Demandado enfatiza, sin embargo, que “en virtud de que el TLCAN es un tratado internacional, las obligaciones establecidas en el capítulo XI (al igual que en el resto del TLCAN) son obligaciones de México para con Estados Unidos y *viceversa*”. Pero aquí el Demandado, a juicio del Tribunal, confunde el origen con los titulares de los derechos. El Tribunal admite que los derechos de los inversionistas, conforme al Capítulo XI, emanan del acuerdo de los Estados parte y que, en alguna medida, por lo

menos en la medida de lo previsto en el Capítulo XI, están supeditados a la continuación de ese acuerdo. Pero esa situación en nada difiere de la de los derechos de las personas en numerosos sistemas jurídicos municipales. El hecho de que el origen de derechos individuales pueda encontrarse en el acto de una entidad soberana o en un acto conjunto de entidades soberanas no elimina la existencia de los derechos conferidos. A juicio de este Tribunal, el Capítulo XI crea un marco dentro del cual es el inversionista el que actúa en función de las obligaciones enunciadas en el Capítulo XI y el que extrae de ellas los beneficios correspondientes. A juicio del Tribunal, a nada conduce caracterizar la cuestión señalando que consiste en establecer si los derechos conferidos al inversionista son sustantivos o meramente procesales. El hecho es que es el inversionista el que instituye la reclamación, el que hace nacer el tribunal y el que está designado como parte en todos los aspectos del procedimiento y el laudo resultantes.

427. El Demandado alega, asimismo, que la cláusula “sin perjuicio” del Artículo 1115 “[indica] que el capítulo XI tiene menor jerarquía dentro del tratado que el capítulo XX (...)”. El Tribunal considera que este argumento no es pertinente. El Artículo 1115 establece: “Sin perjuicio de los derechos y obligaciones de las Partes establecidos en el Capítulo XX, ‘Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias’, esta sección establece un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión (...)”. Por lo tanto, en ese artículo, la cláusula “sin perjuicio” indica que las disposiciones del Capítulo XI no “afectan” a los derechos o las obligaciones de los Estados parte conforme al Capítulo XX. La cuestión de si el reconocimiento, en esa cláusula, de que los derechos y las obligaciones de esos Estados conforme al Capítulo XX no están subordinados en cierto sentido al Capítulo XI implica también que el hecho de que el Capítulo XI esté subordinado en cierto sentido al Capítulo XX no es un tema sobre el que deba pronunciarse el Tribunal¹³⁹. Pero, aunque así fuera, el Tribunal no percibe por qué esa relación entre dos mecanismos diferentes indica que no sean los inversionistas los titulares de derechos cuando formulan una reclamación en virtud del Capítulo XI.

¹³⁹ La complejidad de la cuestión surge claramente del texto de las exclusiones del régimen de solución de diferencias invocadas por México y Canadá en el Artículo 1138.2. El contenido preciso de la relación entre los dos capítulos dependería, muy probablemente, de los hechos específicos del caso.

428. El Demandado sostiene que, si los derechos de los inversionistas no se conciben como derechos de los que sea titular, sustancialmente, el Estado del inversionista, el resultado, en el marco del TLCAN, es absurdo. Suponiendo que, en ese marco y en el del Capítulo XX, se permiten las contramedidas, es absurdo, según el Demandado, que éstas puedan excluir la ilicitud de un acto en relación con el Estado ofensor en general, en tanto que esas mismas contramedidas se verían “anuladas” por el hecho de que no surtirían un efecto similar sobre las reclamaciones de los inversionistas del Estado ofensor conforme al Capítulo XI. El Tribunal discrepa con la opinión del Demandado de que esa situación sea absurda. En la medida en que la existencia de reclamaciones en el marco del Capítulo XI limitaría la eficacia de las contramedidas, es necesario recordar que siempre existe una gama de posibles contramedidas admisibles. Además, el propio derecho internacional consuetudinario prohíbe ciertas contramedidas. No existe razón por la cual la gama de contramedidas pueda limitarse aún más —a través de la exclusión directa en un tratado de algunas de ellas o la creación de un proceso de reclamaciones directamente en manos de las personas— en forma de reducir en todo o en parte la eficacia de determinadas medidas.

Decisión final del Tribunal respecto de la defensa del Demandado en el sentido de que sus medidas constituyeron contramedidas legítimas que excluyen la ilicitud de sus actos

429. Por las razones que anteceden, el Tribunal sostiene que el argumento del Demandado de que las medidas que adoptó fueron contramedidas no puede tener como efecto excluir la ilicitud de esas medidas en relación con una reclamación formulada en virtud del Capítulo XI por un nacional del Estado al que se imputa la calidad de ofensor. Dada esa conclusión, el Tribunal concluye que no es necesario pronunciarse sobre las restantes objeciones de la Demandante a la defensa del Demandado basada en las contramedidas.

430. Finalmente, como ya se analizó en el párrafo 409, el Tribunal toma nota de la solicitud del Demandado de que, si este Tribunal concluye que no posee la competencia necesaria para pronunciarse sobre la validez o invalidez de la aseveración del Demandado de que las medidas que adoptó son, en realidad, contramedidas, lo que impide que sean ilícitas, el Tribunal suspenda los procedimientos hasta que el Demandado esté en condiciones de obtener una determinación definitiva de sus

derechos del TLCAN en relación con Estados Unidos¹⁴⁰. Como el Tribunal concluye que posee la competencia necesaria para pronunciarse al respecto, rechaza esa solicitud de suspensión.

XIII. DETERMINACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

431. Como el Tribunal ha concluido que el Demandado ha incumplido las obligaciones que le imponen los Artículos 1102, 1105 y 1106 del TLCAN, pasa a referirse al cálculo de la indemnización por daños y perjuicios que se debe a la Demandante. Comienza este análisis señalando que las Partes sostienen opiniones extraordinariamente dispares sobre la manera en que el Tribunal debe proceder a determinar los perjuicios y sobre los diversos supuestos que debería utilizar para su análisis. Para evaluar a esos argumentos y llegar a una determinación sólida y razonada de los daños y perjuicios, el Tribunal analizará cada uno de los siguientes factores:

- 1) medida de los daños y perjuicios;
- 2) el otro modelo de daños y perjuicios de la Demandante y, en particular, la ponderación que debe otorgarse a los derechos antidumping;
- 3) el período indemnizable de pérdidas;
- 4) la proyección del mercado mexicano de JMAF a lo largo del período indemnizable;
- 5) la proyección de la participación de la Demandante en el mercado mexicano de JMAF a lo largo del período indemnizable;
- 6) la proyección del precio del JMAF en el mercado mexicano a lo largo del período indemnizable;
- 7) el alcance de las pérdidas experimentadas por la Demandante que deben tenerse en cuenta para la determinación de los daños y perjuicios: si Cargill, Inc. y Cargill de México deben considerarse como una única inversión;
- 8) la consideración del efecto de los *Katrina Swaps*, y
- 9) la consideración del efecto de la inversión en Zucarmex.

¹⁴⁰ Memorial de Dúplica del Demandado, párrafo 196. El Demandado menciona cuatro fundamentos para la suspensión del procedimiento en el párrafo 199 de ese escrito.

Medida de los daños y perjuicios

432. La Demandante sostiene que un laudo debería reflejar adecuadamente “los daños y perjuicios generales ocasionados al éxito económico del inversionista provocados por las medidas adoptadas por el país anfitrión (...)”¹⁴¹. Por lo tanto, la Demandante pretende la indemnización de los perjuicios correspondientes a los flujos netos de efectivo perdidos que Cargill y Cargill de México “habrían percibido de las ventas de JMAF por parte de Cargill de México en México desde enero de 2002 hasta 2007 si no hubiera sido por la conducta ilegal de México”.
433. La Demandante calcula los flujos de efectivo brutos “de no haber sido por” como el producto de la cantidad de JMAF que CdM habría vendido en México y las ganancias por unidad que Cargill y CdM habrían obtenido en virtud de esas ventas. Este cálculo requiere elaborar proyecciones sobre el total de las ventas de JMAF en México, sobre la participación individual de CdM en el mercado, y sobre el precio del JMAF en México. La Demandante alega que, al elaborar esas proyecciones, se basa en el éxito que había alcanzado antes de la imposición de los derechos y en “evaluaciones realistas” sobre lo que habría alcanzado de no haber sido por las medidas adoptadas por México. Aunque admite que existe siempre cierto grado de incertidumbre en la determinación del lucro cesante, alega que una “metodología apropiada” como la del método de flujo de efectivo descontado puede producir un resultado que esté “justificado racionalmente”¹⁴². La Demandante alega que *indudablemente* se conocen numerosos factores: los niveles de consumo de JMAF en Estados Unidos, el consumo de JMAF en México entre 1992 y 1997, los precios reales del azúcar y el JMAF, la relación entre Estados Unidos y México, y “la trayectoria de larga data de Cargill”.
434. Para calcular el flujo neto de efectivo perdido a partir de ese flujo de efectivo bruto perdido “de no haber sido por”, la especialista financiera de la Demandante, Navigant Consulting, sustrae costos tales como los costos de planta, la depreciación, los costos de venta, generales y administrativos, los costos de pasta/alimentación y el costo neto del maíz que se derivan de los datos de las facturas de CdM de 1997 y 1998. También sustrae los costos de embarque y transporte tomados de listados de embarques de

¹⁴¹ *S.D. Myers*, Segundo Laudo parcial, párrafo 117 (21 de octubre de 2002).

¹⁴² *CMS c. Argentina*, Laudo, párrafo 420 (12 de mayo de 2005).

JMAF de Cargill a CdM en 1997 y 1998, así como los costos de mitigación y economizados del uso de exceso de capacidad de molienda correspondiente a ventas a otros mercados, y otros productos, tales como el etanol, así como los generados por negocios de comercio temporales entre Estados Unidos y México.

435. El resultado final se reduce luego al valor presente, considerando el valor tiempo y el costo de oportunidad del dinero, llegando a una reclamación total de US\$123,81 millones. El flujo neto de efectivo perdido total reclamado sobre la base de esas proyecciones asciende, por lo tanto, a US\$123.813.029, atribuyéndose el 46,77% (US\$57.906.525) a CdM y el 53,23% (US\$65.906.503) a Cargill¹⁴³.
436. Citando el caso *Feldman*, el Demandado a su vez alega que el TLCAN no proporciona orientación alguna para determinar la medida adecuada de los daños, salvo el alcance de una expropiación conforme al Artículo 1110. Por lo tanto, la determinación de los perjuicios correspondientes a la violación de otros artículos del Capítulo XI debe basarse en el monto de las pérdidas o daños “razonablemente vinculado a tal violación”¹⁴⁴.
437. El Demandado sostiene que los daños y perjuicios deben limitarse a las pérdidas que puedan vincularse causalmente con el incumplimiento de un artículo del Capítulo XI. Como respaldo de esa posición, cita el caso *S.D. Myers*:

[S]ólo puede condenarse a la indemnización de los perjuicios en la medida en que exista un nexo causal suficiente entre el incumplimiento de determinada disposición del TLCAN y la pérdida sufrida por el inversionista. Otras vías para expresar el mismo concepto podrían consistir en que el perjuicio no sea demasiado remoto, o que el incumplimiento de la disposición específica del TLCAN debe ser la causa *próxima* del perjuicio¹⁴⁵. (Traducción del Tribunal)

438. El Demandado sostiene que basar los perjuicios en los flujos netos de efectivo perdidos *podría ser* una técnica de valoración apropiada, pero que en el presente caso viola los principios arriba expresados, porque exige al Tribunal conjeturar sobre los

¹⁴³ El total de la indemnización de daños y perjuicios reclamada se calcula antes de impuestos, ya que la Demandante prevé que el monto del Laudo estará gravado.

¹⁴⁴ *Feldman*, Laudo, párrafo 194 (16 de diciembre de 2002).

¹⁴⁵ *S.D. Myers*, Segundo Laudo parcial, párrafo 140 (21 de octubre de 2002), en que se cita el caso referente a *Factory at Chorzów* (Reclamación de Indemnidad) (Fondo del Asunto), Fallo N.º 13 (13 de septiembre de 1928), Publicación de la Corte Permanente de Justicia Internacional, Collection of Judgments, Serie A. N.º 17 (énfasis en el original). El Demandado señala que este laudo está siendo objeto de revisión judicial sobre la base de que, *inter alia*, el tribunal rebasó los límites de su competencia al combinar pérdidas experimentadas por la demandante en su calidad de proveedor de servicios transfronterizos con perjuicios sufridos en su calidad de inversionista.

futuros flujos de efectivo. El Demandado menciona el caso *Metalclad*, cuyo laudo sostiene que si “una empresa no ha estado en actividad el tiempo suficiente para establecer su desempeño o no ha producido beneficios, las ganancias futuras no pueden utilizarse para determinar el valor corriente ni el valor justo de mercado”¹⁴⁶. El Demandado sostiene que los daños supuestamente causados por una competencia perjudicial “caerían bajo el encabezado de daños posibles, pero contingentes e indeterminados, los cuales, de acuerdo con la jurisprudencia de tribunales internacionales, no pueden tenerse en cuenta”¹⁴⁷ (traducción del Tribunal). El Demandado sostiene que, en el presente arbitraje, en la reclamación de daños y perjuicios de la Demandante, ésta pretende inadecuadamente que el Tribunal adopte supuestos fundamentales tales como 1) las proyecciones sobre la escala del mercado mexicano de JMAF; 2) las proyecciones sobre la participación de CdM en el mercado, y 3) las proyecciones sobre los precios del JMAF en el período pertinente.

439. El Demandado concuerda en que Cargill y CdM son “empresas experimentadas y rentables”, pero alega que se habían mantenido al margen del mercado mexicano durante cuatro años, por lo cual no existían antecedentes confiables en que pudieran basarse los supuestos de Navigant. Además de haber estado ausente del mercado, CdM estaba a punto de reingresar en un mercado dominado durante su ausencia por fuertes competidores, en un período en que existía un significativo exceso de oferta de azúcar y en que la “situación de la industria mexicana se había politizado”. Estos factores, según el Demandado, hacen “altamente especulativa” cualquier proyección sobre la participación en el mercado, la demanda, el precio y los supuestos referentes al futuro entorno regulatorio. Los especialistas financieros del Demandado, Pablo Rión y Asociados (PRA), sostienen que, “simplemente sustituyendo los supuestos que emplea el Reporte Navigant con supuestos más factibles” con respecto a la escala del mercado, la participación en el mercado y el precio, los perjuicios estimados por Navigant se reducirían en US\$81,8 millones, lo que llevaría a un total ajustado de aproximadamente US\$42 millones. PRA alega que ello ilustra no sólo que los perjuicios podrían ser considerablemente menores, sino también que es fácil manipular la metodología.

¹⁴⁶ *Metalclad*, Laudo, párrafo 120 (30 de agosto de 2000).

¹⁴⁷ *Factory at Chorzów*, Fallo N.º 13, pág. 57 (13 de septiembre de 1928).

440. PRA propone sustituir los cálculos de flujo de efectivo descontado de Navigant por aquéllos a los que se llega aplicando el método alternativo de calcular las pérdidas de la Demandante aplicando una tasa de retorno razonable de su inversión en México en el período en que los negocios de JMAF mexicano se vieron afectados por el IEPS y/o por el programa de permisos. PRA explica que utilizaría la metodología de flujo de efectivo descontado si poseyera “suficiente información sólida”, pero, a falta de ella, prefiere examinar las “ventas y ganancias reales obtenidas, y si se trata tan sólo de un potencial futuro, [examina] con mayor detenimiento los activos y las futuras posibilidades dotadas de mayor probabilidad de riesgo por no haber habido ventas o ganancias recientes”. Como el Demandado excluye toda inversión en la capacidad de producción en Estados Unidos basada en asesoramiento jurídico según el cual los perjuicios deben limitarse a las inversiones de la Demandante en México, consideró a CdM y en especial a la planta de Tula¹⁴⁸. (Las citas del presente párrafo son traducciones del Tribunal).
441. El Demandado sostiene que la única inversión realizada en México es la de la propia planta de distribución de Tula. PRA admite que parte de la tierra tiene otros usos comerciales, por lo cual valoró dicha planta en US\$2,732 millones¹⁴⁹. En esta valoración se supone que, habida cuenta de que otras divisiones de Cargill operaban fuera de la planta, sólo el 50% del total del predio de Tula se dedicaría al negocio de JMAF¹⁵⁰. Aunque la Demandante alega que había invertido más en un equipo de ventas y en relaciones con el cliente, el Demandado rechaza esa aseveración alegando que, antes del establecimiento del IEPS, la Demandante no tenía un equipo de ventas de JMAF ni un servicio de relaciones con el cliente activo porque había permanecido fuera del mercado durante cuatro años.
442. Utilizando esta valoración, PRA aplica la tasa de retorno esperado de la inversión del Demandante en México, del 22,8% anual, y obtiene una rentabilidad que, según las proyecciones, está comprendida entre los US\$6,654 millones y los US\$9,682 millones,

¹⁴⁸ PRA sostiene que la inversión en las plantas estadounidenses no debería incluirse, ya que se justificó por el crecimiento del mercado estadounidense, no del mexicano.

¹⁴⁹ Navigant calculó el total de la inversión de capital en Tula en la suma de US\$3,47 millones.

¹⁵⁰ Además, PRA valoró en US\$1.214.000 la planta de McAllen, Texas, llegándose así a un valor total de la inversión en activos destinados a atender el mercado mexicano de JMAF de US\$3,946 millones. No obstante, excluyó esa suma, siguiendo lo aconsejado por el abogado de México en el sentido de que calculara exclusivamente los perjuicios relacionados con las inversiones realizadas en el territorio de México.

según se adopte como fecha de comienzo enero o junio de 2002 y la fecha de finalización sea septiembre o diciembre de 2006. El Demandado alega que este método arroja un resultado similar al que trataba de lograr la Demandante cuando sus representantes se reunieron con autoridades mexicanas en Washington, D.C., en 2001, para discutir maneras de resolver la diferencia relativa al edulcorante. El Demandado sostiene que, en esa fecha, la Demandante estaba en favor de una cuota anual total de JMAF de 350.000 toneladas, de la cual se adjudicaría a la Demandante un total de 150.000 toneladas. Según PRA, utilizando el modelo de flujo de efectivo descontado de Navigant, con una proyección levemente menor de PRA sobre el precio y este límite de 150.000 toneladas, el modelo de flujo de efectivo descontado arroja daños y perjuicios por un total de apenas US\$11,1 millones.

443. Sobre la base de sus cálculos, el Demandado estima en US\$6,654 millones el flujo neto de efectivo perdido total de CdM entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006, menos toda deducción que correspondiera por mitigación que resultara posible “como consecuencia del IEPS y por [la] culpa concurrente [de la Demandante] (...)”. En la audiencia de octubre de 2007, PRA sostuvo que, tras la realización de esta deducción, el nivel de perjuicios apropiado era de US\$4,276 millones. El Demandado sostiene que esta estimación está más próxima a la de la inversión de US\$3,47 millones en plantas y equipos con respecto a la cual la Demandante presenta pruebas que a los US\$123,8 millones del total de daños y perjuicios reclamados, lo que implica una rentabilidad de la inversión del 3.467,7%. El Demandado reitera, sin embargo, que si el Tribunal admite sus argumentos de que no es competente para pronunciarse sobre las reclamaciones emanadas del requisito de permiso de importación, la indemnización de daños y perjuicios equivaldría a cero.

Conclusión del Tribunal con respecto a la medida de los daños y perjuicios

444. El Tribunal coincide con la Demandante en que el enfoque apropiado para calcular los daños y perjuicios en este procedimiento consiste en determinar el valor presente de los flujos netos de efectivo perdidos.
445. El Tribunal reconoce las preocupaciones del Demandado con respecto a las dificultades que implica elaborar proyecciones sobre el valor global del mercado de JMAF, la participación de la Demandante en el mercado, y el precio apropiado del

JMAF y la demanda por ese producto, dada la ausencia durante cuatro años de la Demandante de un mercado competitivo, pero no considera que esas proyecciones sean tan inusuales o difíciles de obtener que sea inapropiado utilizar ese método en este procedimiento.

446. El Tribunal observa que la Demandante participó en el mercado mexicano de JMAF desde principios de la década de 1990, y comenzó a vender JMAF a través de CdM en 1993. Además, ninguna de las dos Partes niega que CdM, junto con Cargill, lo esté haciendo nuevamente. Tal como lo explicó el Sr. Ortega, de Cargill de México, durante el contrainterrogatorio, ya a la fecha de la audiencia, CdM había regresado al mercado mexicano de JMAF en el marco de las cuotas preceptuadas por los *Katrina Swaps*. Explicó que CdM tenía entonces una división de JMAF, con 12 empleados.
447. En consecuencia, el Tribunal acepta la metodología utilizada por la Demandante para calcular los daños y perjuicios mediante la determinación del valor presente de los flujos netos de efectivo perdidos. Este cálculo, tal como lo acepta y utiliza el Tribunal en su propio análisis, determina los flujos netos de efectivo perdidos como equivalentes al volumen “de no haber sido por” de JMAF que la Demandante habría vendido, volumen que resulta de multiplicar la totalidad del mercado de JMAF por el porcentaje de la participación que, según las proyecciones, la Demandante tendría en ese mercado y por el precio del JMAF determinado a lo largo del período de pérdidas y llevado al valor presente mediante la utilización de la tasa de interés apropiada.
448. No obstante, como lo señala el Tribunal al considerar los factores pertinentes, varias de las cifras utilizadas por la Demandante en sus cálculos deben descontarse, pues algunas de ellas no están suficientemente probadas en el expediente; esos descuentos se detallan más abajo. En esos casos, el descuento realizado por el Tribunal refleja su cuidadosa evaluación de la prueba presentada por las Partes.

El otro modelo de daños y perjuicios de la Demandante: La ponderación que debe otorgarse a los derechos antidumping

449. La Demandante sostiene que, si bien no reclama la indemnización de perjuicios correspondientes a las pérdidas en que incurrió en virtud de los derechos antidumping, “[s]ería incongruente reducir los perjuicios sufridos por Cargill en virtud del IEPS y la

obligación de obtener permisos en virtud de que hayan sido precedidos por derechos antidumping ilegales” (traducción del Tribunal). Por lo tanto, en función de esa creencia, Navigant calcula los perjuicios basándose en el objetivo de restablecer para la Demandante la posición en que se habría encontrado si no hubiera existido ninguno de los actos ilegales, incluido el de establecimiento de los derechos antidumping.

450. La Demandante admite, sin embargo, que puedan o no incluirse los efectos de los derechos antidumping para el análisis de los perjuicios, se trata de una cuestión jurídica cuya resolución queda librada al Tribunal. Por lo tanto, proporciona un cálculo alternativo para el caso de que el Tribunal decida excluir los efectos del período de los derechos antidumping. Este cálculo alternativo arroja una cifra menor, pero más alta que la de los cálculos proporcionados por PRA, porque 1) Navigant prevé una demanda reprimida tras el levantamiento de los derechos, y por lo tanto un crecimiento acelerado del mercado tras la eliminación de los mismos, y 2) Navigant estima que al mercado de JMAF le llevaría tres años recuperarse hasta alcanzar el nivel que habría adquirido si no se hubieran establecido los derechos antidumping. Navigant coincide, sin embargo, en que, si se elimina el efecto de los derechos antidumping sobre sus cálculos, el comienzo del período de perjuicios pasa de enero a junio de 2002. Sobre la base de esos cálculos revisados, Navigant sostiene que los perjuicios de la Demandante totalizarían US\$100 millones si se eliminaran totalmente los efectos del período de derechos antidumping.

451. La Demandante sostiene además que, pese a los argumentos del Demandado de que la Demandante procura incluir en sus cálculos los efectos de los derechos antidumping, en realidad es el Demandado el que trata de extraer beneficios de los derechos antidumping. Primero, porque el Demandado supone, según la Demandante, que en enero de 2002 su participación en el mercado equivalía a la que la Demandante habría logrado antes de la imposición de los derechos, pero no tiene en cuenta la mayor participación que habría tenido si no hubieran existido los derechos. La Demandante alega que el Demandado toma una proporción de mercado de aproximadamente el %, y la baja a cero en virtud de los derechos antidumping ilegales. Segundo, el Demandado supone que en 2002 el mercado global de JMAF representaría tan sólo “una pequeña cantidad arriba del mercado anterior”. Tercero, calcula el crecimiento del mercado basándose en el supuesto de que la tasa de crecimiento del 13% del mercado

de JMAF en el período de los derechos antidumping fuera a persistir tras el levantamiento de los derechos. Finalmente, la Demandante alega que la fecha de comienzo del cálculo de los daños y perjuicios propuesta por el Demandado se demoró impropriadamente hasta el levantamiento de los derechos antidumping, al final de mayo 2002.

452. El Demandado alega que, en las proyecciones de Navigant, el consumo de JMAF y azúcar se inicia en 1998, lo que da lugar a proyecciones sobre consumo de JMAF en 2002 equivalentes al 275% del JMAF realmente consumido en 2001. Por esa razón, sostiene que Navigant ha eliminado en la práctica lo que describe como los efectos de restricción del mercado que producen los derechos antidumping.
453. Según el Demandado, Navigant calcula ventas de 1.028.000 toneladas métricas de JMAF para bebidas en 2001, año en que en realidad sólo se vendieron 450.000 toneladas métricas. En virtud de esta proyección, la Demandante tendría una participación estimada del mercado del [REDACTED] % a comienzos de 2002, inmediatamente antes del establecimiento del IEPS, fecha en que, según el Demandado, su proporción estaba próxima al 0,0%. El Demandado alega que una participación inmediata en el mercado del [REDACTED] % implica dejar de lado el hecho de que al reingresar en el mercado en 2002, tras la revocación de los derechos antidumping, la Demandante habría tenido que ofrecer una ventaja competitiva para ganarse clientes de su competidor o tratar de abastecer a nuevos clientes con los que tenía una ventaja competitiva, lo cual, según el Demandado, provocaría el deterioro de los precios para la Demandante. Este supuesto de que la Demandante carecía de una base de clientes suficiente en México se ve confirmado, según el Demandado, por el hecho de que la Demandante optó por vender a un competidor sus cuotas de 2005-06, razonando que obtendría una tasa de retorno más alta que si abastecía directamente al mercado mexicano.
454. Además de la diferencia con respecto a la participación en el mercado, el Demandado alega que, excluido el efecto de postergación en el cálculo de los derechos antidumping incluidos, el mercado real de JMAF inmediatamente antes del IEPS, en 2001, de 450.000 toneladas es más exacto que la proyección de Navigant, de 1.028.808 toneladas. PRA basa esta estimación de 450.000 toneladas en el supuesto de que, en un universo “de no haber sido por”, el mercado seguiría creciendo al mismo ritmo que el que había tenido durante el período de los derechos antidumping. El Demandado alega,

por lo tanto, que la reclamación de daños y perjuicios formulada por la Demandante por su imposibilidad de exportar entre el 1 de enero y el 20 de mayo de 2002, cuando se revocaron los derechos, desaparece si se eliminan, como corresponde, los efectos de los derechos antidumping. Según el Demandado, la diferencia entre esas proyecciones es de US\$55 millones, lo que representa una disminución del 44.4% del total reclamado como indemnización de daños y perjuicios.

Conclusión del Tribunal con respecto al otro modelo de daños y perjuicios de la Demandante: Ponderación que debe otorgarse a los derechos antidumping

455. Con respecto a los derechos antidumping que, como lo reconoce el Tribunal, fueron declarado ilegales y se revocaron tras la decisión del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, el Tribunal reconoce el atractivo del argumento de la Demandante de que no debió haberse permitido al Demandado aprovechar su propia conducta ilegal. Si bien ese argumento tiene cierta lógica, la OMC y el TLCAN han establecido sus propias consecuencias específicas frente a la imposición ilegal de derechos antidumping, y un tribunal del Capítulo XI del TLCAN no es competente para enmendar esos regímenes agregándoles consecuencias adicionales. Si México sólo hubiera establecido los derechos antidumping, sin hacerlos seguir por el IEPS ni por el requisito de permiso, la Demandante no podría ser compensada en daño alguno ni calcular un crecimiento “de no haber sido por” en el período en que regían esos derechos. El que éstos fueran seguidos, en cambio, por otras medidas, no puede modificar este tratamiento fundamental que debe dárseles. Sería incongruente que la Demandante perdiera su participación en el mercado y sus ganancias en el período de los derechos antidumping si ellos se hubieran aplicado sin medidas ulteriores, pero que recibiera ciertos beneficios basados en el que esos derechos fueron seguidos por otras medidas del Gobierno receptor.
456. El Tribunal concluye, por lo tanto, que inmediatamente después de considerar el levantamiento de los derechos antidumping, su análisis de las pérdidas de flujos netos de efectivo debería comenzar con la consideración de la participación que tenía la Demandante en el mercado en ese entonces.
457. Por lo tanto, para llevar a cabo su análisis, el Tribunal examinará los restantes supuestos y cálculos proporcionados por la Demandante en su modelo de daños y

perjuicios alternativo y a la luz de las objeciones formuladas por el Demandado a dicho cálculo.

El período indemnizable de pérdidas

458. Cuando se utilizó el modelo alternativo de daños y perjuicios de la Demandante, las Partes convinieron en que la fecha de comienzo apropiada para el período compensable de pérdidas fuera junio de 2002.
459. Con respecto a la fecha de finalización de ese período, la Demandante alega que, si bien México revocó el IEPS el 31 de diciembre de 2006, el impacto para la Demandante no cesó instantáneamente. La Demandante hace referencia al dictamen pericial de PRA, en que esta empresa presentada por el Demandado estima que a la Demandante le llevaría aproximadamente 18 meses recuperar su participación en el mercado y, por lo tanto, mitigar plenamente los efectos de las medidas.
460. La Demandante aduce, además, que el requisito de permiso siguió vigente hasta el final de 2007: el impuesto de NMF se restableció, en un nivel del 210%, en junio de 2007, y resultó imposible exportar volumen alguno que superara la cuota asignada a la Demandante conforme al Acuerdo de Intercambio más reciente. Como explicó el Sr. Ortega, “los embarques de Cargill a México se limita[ron] a los cupos establecidos en los Acuerdos de Intercambio de 2005 y 2006, y, aun en el marco de dichos acuerdos, los requisitos sobre permisos especiales [seguían] vigentes para las importaciones de JMAF que superaran los cupos” (traducción al español del traductor). La Demandante alega, por lo tanto, que los daños y perjuicios debieron haberse calculado hasta el 31 de diciembre de 2007.
461. Tal como se explica en el análisis de las reclamaciones emergentes del Artículo 1110, el Demandado alega que Cargill sólo puede sostener que el IEPS le haya impedido competir en procura de ventas a la industria embotelladora mexicana entre junio de 2002, inmediatamente después del levantamiento de los derechos antidumping (mayo de 2002), y principios de 2005, en que diversas embotelladoras obtuvieron resoluciones de amparo contra el IEPS. El efecto del programa de permisos podía comenzar a producirse en enero de 2005, en que la Demandante solicitó por primera vez, infructuosamente, un permiso, y prolongarse hasta septiembre de 2005, en que se

le otorgó una cuota conforme al *Katrina Swap*. Por lo tanto, según el Demandado, el efecto total combinado del IEPS y el programa de permisos no podía superar un período de tres años y cuatro meses. En resumen, una eventual indemnización de daños y perjuicios debe adjudicarse sólo entre junio de 2002 —fecha en que el IEPS sólo afectaba a la Demandante sin los derechos antidumping— y el 31 de diciembre de 2006, fecha en que se eliminó el IEPS.

Conclusión del Tribunal con respecto al período indemnizable de pérdidas

462. Sobre la base de la determinación que antecede acerca de que no pueden indemnizarse los efectos del período de derechos antidumping, el Tribunal sostiene que la fecha correcta en que comienza el período indemnizable debe ser junio de 2002. Independientemente de la superposición de las medidas, la Demandante recién fue afectada por las restantes medidas mexicanas, sin haber sido ya afectada por los derechos antidumping, en junio de 2002.
463. Con respecto a la fecha en que corresponde dar por finalizado el período compensable de pérdidas, el Tribunal se remite a su decisión, *infra*, de que la diferencia relativa a los edulcorantes no llegó a su conclusión final en virtud del *Katrina Swap*, por lo cual ésa no es la fecha en que debe darse por concluido el período de los daños.
464. Teniendo en cuenta esas conclusiones anteriores, el Tribunal determina que debe hacer lugar a la solicitud de indemnización de las pérdidas que ocurrieron entre junio de 2002 y diciembre de 2007.

La proyección del mercado mexicano de JMAF resultante del modelo, a lo largo del período indemnizable

465. Habiendo determinado que el Demandado no es responsable de los daños y perjuicios ocurridos en el período en que estaban vigentes los derechos antidumping, el Tribunal sigue utilizando para su análisis el modelo alternativo de cálculo de los daños y perjuicios propuesto por la Demandante. Para evaluar la proyección de crecimiento del mercado mexicano de JMAF resultante de ese modelo, el Tribunal comenzará por considerar el segmento de las bebidas de este mercado, y luego el segmento restante.

La proyección del mercado mexicano de JMAF resultante del modelo, a lo largo del período indemnizable para el sector de las bebidas

466. Para establecer la tasa de adopción de JMAF en el mercado mexicano de bebidas, Navigant utiliza como guía la experiencia de Estados Unidos, explicando que, pese a algunas “diferencias fundamentales” entre el mercado estadounidense y el mexicano, en ambos mercados de JMAF predomina la industria de las bebidas: Estados Unidos es el mayor país consumidor de refrescos, y le sigue México. Además, ambos países han regulado fuertemente sus industrias azucareras internas, y en ellos los precios internos de ese producto son altos en relación con los del mundo en general, por lo cual ambos ofrecen oportunidades de competencia con un edulcorante de costo más bajo.
467. La Demandante sostiene que, en 2001, la tasa de adopción de JMAF en la industria de bebidas de México era del 28,11%¹⁵¹. Análogamente, esa tasa, en la industria estadounidense de bebidas en 1980, también estaba próxima al 28%¹⁵², y tuvieron que transcurrir cuatro años —1980 a 1984— para que llegara al 75%¹⁵³. Navigant sostiene, sin embargo, que es razonable suponer que el consumo se haya acelerado en México tras la eliminación de los derechos en virtud de la demanda reprimida que se desarrolló en el período 1998-2001, por lo cual la tasa de adopción de JMAF habría llegado al 75% en México en tan sólo tres años¹⁵⁴, lo que a lo largo de ese período equivale a una tasa media anual de crecimiento del 43,5%.
468. La Demandante alega que, en reconocimiento de las diferencias entre Estados Unidos y México —la producción de azúcar de Estados Unidos era insuficiente, en tanto que la de México era superavitaria; el producto de reemplazo en Estados Unidos era de producción nacional, en tanto que para México era un producto de importación; existía una diferencia significativa en cuanto a los factores socioeconómicos, incluido el papel tradicional del azúcar en México, y el hecho de que Pepsi era una gran inversionista en la industria azucarera mexicana—, limitó sus proyecciones sobre la penetración última

¹⁵¹ Dictamen pericial de refutación de Brent C. Kaczmarek, CFA (junio de 2007), Apéndice 26: “Hipótesis alternativa de daños y perjuicios, Cálculo del mercado mexicano de JMAF ‘de no haber sido por’” (traducción del Tribunal).

¹⁵² Ídem. El porcentaje exacto indicado para el mercado de edulcorantes para bebidas de JMAF de Estados Unidos en 1980 es del 29,76%.

¹⁵³ Ídem.

¹⁵⁴ Ídem.

en el mercado mexicano de bebidas al 80%, en comparación con el 95,41% en el mismo segmento en Estados Unidos¹⁵⁵.

469. Por su parte, el Demandado considera insostenible trazar una curva de crecimiento del mercado mexicano de JMAF basada en la de Estados Unidos. Sostiene que no es razonable suponer que grandes embotelladoras de refrescos, que “sin duda atribuían un gran valor a la imagen pública de sus marcas”, optarían por pasar por alto las consideraciones sociales y tomar como base exclusivamente el precio para sustituir el azúcar por JMAF. Como respaldo de esa aseveración, el Demandado menciona el hecho de que las embotelladoras de Coca-Cola y Pepsi de México, que en 2001 representaban el 100% del mercado de refrescos cola, aplicaron restricciones voluntarias y nunca pasaron de un nivel máximo de adopción de JMAF del 50%, pese a haber obtenido resoluciones de amparo contra el IEPS.
470. Según PRA, el mercado mexicano de JMAF para bebidas creció aproximadamente un 14,38% entre 1997 y 2001. De 1998 en adelante, dicha tasa, según el Demandado, habría sido del 13,6%. PRA calcula este porcentaje sobre la base de la cifra real de 450.000 toneladas métricas de JMAF consumidas en México en 2001, lo cual, según PRA, implica una tasa anual de crecimiento del 13,6% desde 1998.
471. El Demandado sostiene, además, que el máximo mercado mexicano de JMAF para refrescos equivalió tan sólo al 65,81% del total del mercado¹⁵⁶. Esas cifras se basan en un cálculo de que, en 2001, correspondía a los refrescos carbonatados no dietéticos de cola el 68,37% del mercado mexicano; si ese sector adoptara un 50% de JMAF, el límite máximo de utilización de JMAF en la industria de los refrescos sería del 65,81%¹⁵⁷. El Demandado alega que esa proporción máxima del mercado se mantendría también después de 2001, pues no existen pruebas de que Coca-Cola o Pepsi-Cola hayan modificado sus políticas de adopción entre 2002 y 2004. El Demandado sostiene que, sin embargo, el mercado real sería aún menor, ya que algunos compradores, incluido el Grupo de Embotelladoras Unidas, S.A. de C.V. (“GEUPEC”) —la segunda en magnitud de las embotelladoras de Pepsi en México, a

¹⁵⁵ Ídem.

¹⁵⁶ Comentarios y análisis del Dictamen pericial de Brent C. Kaczmarek, CFA, fechado el 21 de diciembre de 2006, preparado por Navigant Consulting, Pablo Rión y Asociados (abril de 2007), párrafo 61.

¹⁵⁷ Ídem. $65,81\% = 1 - (0,5 \times 68,37\%)$.

la que correspondió aproximadamente el 28,5% del volumen de Pepsi-Cola vendido en México en 2004— habían optado por no utilizar en ninguna medida JMAF.

472. El Demandado alega que ese máximo se vio limitado, además, por las cuotas vigentes en 2005 y 2006, y sostiene que, si bien la Demandante sustrae el volumen de las cuotas como factor de mitigación, no reconoce el hecho de que la Demandante no estaría en condiciones de importar un volumen mayor que el de la participación que le corresponde en virtud de las cuotas. Por lo tanto, según el Demandado, independientemente de los efectos que tenga el IEPS o el programa de permisos, el mercado de JMAF no podía superar el establecido por las cuotas.
473. En respuesta a los argumentos del Demandado, la Demandante sostiene que el cálculo del mercado mexicano de JMAF efectuado por el Demandado se basa erróneamente en el crecimiento medio anual ocurrido entre 1998 y 2001, período en que estaban vigentes los derechos antidumping, con lo cual el JMAF estaba fuera del mercado. La Demandante alega que esta política de las embotelladoras de refrescos de limitar al 50% su utilización del JMAF se basó, por lo menos en parte, en una falta de abastecimiento de JMAF que se corregiría con el tiempo, con la consiguiente elevación de esos límites. Según la Demandante, habría sido “económicamente irracional” que las embotelladoras mexicanas mantuvieran su adhesión a un edulcorante de mayor precio en el mercado subsiguiente exento de restricciones. Según la Demandante, el hecho de que las embotelladoras se vieran obligadas a utilizar JMAF se ve respaldado, ante todo, por el hecho de que *en efecto* aceptaron el JMAF, que es lo que provocó la diferencia internacional y creó la necesidad de los derechos antidumping y del IEPS.
474. La Demandante alega asimismo que, aunque el supuesto del Demandado de que las embotelladoras de refrescos mexicanas hubieran adoptado el JMAF con un límite máximo del 50%, el cálculo del Demandado presenta un grave error, pues supone que los productores de bebidas carbonatadas son los únicos usuarios potenciales de JMAF en la industria de las bebidas, siendo que esta industria comprende en realidad bebidas con jugos de frutas, bebidas para deportistas, concentrados líquidos y en polvo para bebidas, etc. Si PRA hubiera incluido los tipos de bebidas no carbonatadas que se tienen en cuenta para el 32% del mercado de bebidas que, según México, pudo haber sustituido el azúcar por JMAF a una tasa del 100%, la tasa máxima de adopción del

JMAF habría sido del 74,3%, cifra que no dista mucho de la proyección de la propia Navigant¹⁵⁸.

475. La Demandante rechaza, finalmente, la propuesta del Demandado de limitar a las cuotas (los *Katrina Swaps*) del potencial de mercado del JMAF, alegando que esa interpretación es incorrecta, ya que las cuotas no habrían existido si México no hubiera dictado las “medidas contra el JMAF”. La Demandante explica que es por esa razón que trata a las cuotas como factores de mitigación.

La proyección del mercado mexicano de JMAF, resultante del modelo, a lo largo del período indemnizable, para el sector de productos distintos de las bebidas

476. Para determinar la magnitud del mercado de JMAF en México para productos distintos de las bebidas, Navigant vuelve a basar su proyección en la curva de adopción del JMAF en Estados Unidos. Señala, sin embargo, que la tasa de adopción de JMAF en el segmento de productos distintos de las bebidas es diferente de la del segmento de las bebidas, ya que en algunos productos el JMAF no es un sustituto viable del azúcar. Dadas esas diferencias, Navigant elabora una curva del ritmo de adopción para el sector distinto de las bebidas en Estados Unidos, independiente del sector de las bebidas, y lo aplica al mercado mexicano para el sector distinto de las bebidas.
477. Para elaborar proyecciones sobre la adopción del JMAF en el sector de productos distintos de las bebidas en el mercado mexicano, Navigant adopta un desfase de 21 años entre las tasas de adopción de Estados Unidos y México. Para respaldar ese supuesto se basa en su conclusión de que la tasa real de adopción del JMAF correspondiente al segmento de productos mexicanos distintos de las bebidas fue del 10,30% en 1997, en tanto que en Estados Unidos, en 1976, había sido del 10,36%. En

¹⁵⁸ Dictamen pericial de refutación de Brent C. Kaczmarek, CFA (junio de 2007), párrafo 63, pág. 25, Cuadro 1 y Apéndice 34. Navigant originalmente calculó una tasa de adopción ajustada basada en cálculos de PRA del 75,5%, pero la Demandante ajustó a la baja ese nivel, llevándolo al 74,3%, en respuesta a errores planteados por PRA con respecto al hecho de que una parte del mercado de bebidas que no son cola, para el cual Navigant supuso una tasa de adopción del 100%, comprende bebidas dietéticas que no utilizan edulcorantes calóricos, como el JMAF. Esa reducción representa una modificación del argumento del Demandado de que la proporción máxima del mercado calculada por Navigant debió haberse reducido a 73,5% con la eliminación de los volúmenes de los productos en polvo Clight y BeLight (que no contienen edulcorantes calóricos). Comentarios y análisis al informe de réplica “Dictamen pericial de refutación de Brent C. Kaczmarek. CFA”, fechado el 30 de junio de 2007, preparado por Navigant Consulting, Inc., Pablo Rión y Asociados (agosto de 2007), párrafos 108 a 111 y pág. 20, Cuadro 5.

su modelo alternativo de daños y perjuicios, Navigant prevé un incremento abrupto que lleva la tasa de adopción real del 13,54% en 2001 al 25% en 2002. Luego sus proyecciones muestran un crecimiento moderado, pero constante, de la tasa de adopción del JMAF, que pasaría del 25% en 2002 al 27% en 2007¹⁵⁹.

478. Aunque (por las razones arriba expresadas) el Demandado considera insostenible una curva de crecimiento del mercado mexicano para el JMAF basada en la de Estados Unidos, el Demandado no ofrece un cálculo alternativo para la tasa de crecimiento del JMAF en el sector del mercado de productos distintos de las bebidas.

Conclusión del Tribunal con respecto a la proyección, resultante del modelo, del mercado mexicano de JMAF a lo largo del período indemnizable

479. Sobre la decisión del Tribunal referente a la proyección apropiada de la escala del mercado mexicano influyen tanto los argumentos referentes al precio como los sociales. En primer lugar, el Tribunal toma nota del persuasivo argumento de que, en todos los casos en que existe una diferencia significativa de precios entre productos sustituibles, en general se da una curva pronunciada de sustitución a favor del más barato de los dos bienes. Segundo, tiene muy presentes las muy publicitadas consideraciones sociales que influyen sobre las embotelladoras de refrescos mexicanas, que deben tratar de vender sus productos a algunos de los mismos trabajadores que podrían desplazar mediante la sustitución de azúcar por JMAF, y que ciertamente tienen presentes las consecuencias de potenciales protestas y boicots.
480. Teniendo en cuenta esos factores, el Tribunal considera, en primer término, la tasa de crecimiento del mercado mexicano de JMAF. Específicamente, con respecto a la afirmación del Demandado de que ese mercado seguiría creciendo a una tasa anual *sostenida*, concluye que esa proyección es improbable a la luz de la variación de las circunstancias económicas a lo largo de los períodos en cuestión. Además, considera inapropiado basar la proyección sobre un continuo crecimiento del mercado mexicano de JMAF en lo observado en los períodos de restricción de la importación de JMAF. El Tribunal opina, en cambio, que ciertamente existiría un período inicial, como el

¹⁵⁹ Dictamen pericial de refutación de Brent C. Kaczmarek, CFA (junio de 2007), Apéndice 26: “Hipótesis alternativa de daños y perjuicios, Cálculo del mercado mexicano de JMAF ‘de no haber sido por’” (traducción al español del traductor).

aducido por la Demandante, en que, debido al diferencial de precios entre el JMAF y el azúcar y la falta de disponibilidad del producto, la adopción de JMAF aumentaría en forma bastante acelerada. Al cabo de cierto tiempo, sin embargo, ese incremento se nivelaría y se llegaría a un crecimiento anual más sostenido.

481. Con respecto al argumento de la Demandante de que en México el mercado de JMAF crecería un 75% en tres años, el Tribunal sostiene que las condiciones económicas y sociales existentes hacen improbable una sustitución tan rápida de azúcar por JMAF. El Tribunal cree que existiría cierto grado de autolimitación entre las embotelladoras locales, en virtud de las consecuencias sociales, pese al beneficio económico que implica utilizar un edulcorante más barato. De hecho, no tiene importancia lo que economicen las embotelladoras en ingredientes si, por razones sociales, los consumidores no adquieren sus productos.
482. Asimismo, con respecto a lo argumentado por la Demandante sobre las proyecciones de crecimiento del mercado mexicano de JMAF, el Tribunal toma nota de que, aun coincidiendo en que el período de cálculo de los perjuicios debería iniciarse en junio de 2002, Navigant, a juicio del Tribunal, calcula el crecimiento del mercado mexicano de JMAF basándose en un año calendario completo en 2002. El Tribunal hace esa constatación basándose en una comparación del Apéndice 26 del dictamen pericial complementario de Navigant y el Apéndice 9 del dictamen pericial primario de Navigant¹⁶⁰, a lo que se agregan las manifestaciones de Navigant de que el mercado mexicano de JMAF crecería un 75% en el trienio 2002-04, registrándose una tasa media de crecimiento del 43,5%.
483. Por lo tanto, el Tribunal cree que en su modelo alternativo de daños y perjuicios Navigant no elaboró proyecciones de la aceleración trienal de la adopción del JMAF entre junio de 2002 y junio de 2005, sino que basó esa proyección en años calendario completos. No obstante, el Tribunal opina que la aceleración del incremento de la tasa

¹⁶⁰ Dictamen pericial de Brent C. Kaczmarek, CFA (diciembre de 2006), Apéndice 9: “Cálculo del mercado mexicano del JMAF ‘de no haber sido por’” (traducción del Tribunal); Dictamen pericial de refutación de Brent C. Kaczmarek, CFA (junio de 2007), Apéndice 26: “Hipótesis alternativa de daños y perjuicios, Cálculo del mercado mexicano de JMAF ‘de no haber sido por’” (traducción del Tribunal). Específicamente, el Tribunal toma nota de que los cálculos [C], [G] y [K] —sobre edulcorantes correspondientes al total de las bebidas, al total de los productos distintos de las bebidas y al total del sector— no varían de un gráfico a otro; por el contrario, la tasa de adopción del JMAF o la tasa de sustitución de azúcar por JMAF simplemente varían, y un mayor volumen de azúcar toma el lugar del JMAF desplazado en el modelo alternativo de daños y perjuicios.

de adopción de JMAF en el mercado mexicano de bebidas en realidad se inició en junio de 2002, y no a comienzos de ese año.

484. Basándose en esa conclusión, en su determinación de que en lugar de un crecimiento lineal a lo largo de los años era más probable una curva de crecimiento en dos partes, y en su creencia de que en virtud de las numerosas consideraciones sociales existentes habría habido cierta resistencia entre las embotelladoras mexicanas a sustituir completamente el azúcar por JMAF, el Tribunal concluye que la tasa de crecimiento correcta del mercado mexicano de JMAF debería seguir una trayectoria de dos partes, llegando al 60% del total del mercado de bebidas en junio de 2005 y siendo seguida por una tasa anual lineal que llevara las cifras al 74,3% del total del mercado de bebidas a más tardar el 31 de diciembre de 2007.
485. Con respecto a la tasa máxima de adopción del JMAF que se habría alcanzado en México al final del período indemnizable de pérdidas, el 31 de diciembre de 2007, el Tribunal considera probable una proporción de mercado máxima del 74,3% del total del mercado de bebidas, conclusión que se basa en las revisiones enmendadas por Navigant de las estimaciones propias de PRA arriba mencionadas (nota 158 supra). El Tribunal considera razonable esa estimación, pues, si bien la Demandante se ha propuesto reconocer las diferencias entre la economía estadounidense y la economía mexicana en su tasa máxima de adopción del 80%, en comparación con la tasa del 95% de Estados Unidos, ese reconocimiento de las diferencias numéricas entre los dos países no basta para captar plenamente las extraordinarias diferencias entre las condiciones económicas y sociales imperantes en México y en Estados Unidos en los períodos pertinentes.
486. Con respecto a la proyección de la escala y la trayectoria de crecimiento del mercado para el sector de productos distintos de las bebidas del mercado mexicano de JMAF para los años comprendidos entre 2002 y 2007, el Tribunal acepta las cifras de escala del mercado calculadas en el modelo alternativo de daños y perjuicios de Navigant, que aparecen en el Apéndice 26. Nuevamente, sin embargo, el Tribunal comienza su análisis del modelo tomando como fecha inicial junio de 2002, e introduce el consiguiente ajuste en las proyecciones sobre escala y trayectoria de crecimiento del mercado correspondientes al sector de productos distintos de las bebidas.

487. El Tribunal hace una constatación adicional con respecto a la escala del mercado de JMAF, que afectará el cálculo final de los daños y perjuicios. Además de calcular sobre una base anual la tasa de crecimiento del mercado en 2002, Navigant parece haber utilizado esos cálculos para determinar los perjuicios, tomando, por lo tanto, el 6,63% como participación de la Demandante en el mercado mexicano de JMAF en todo el año calendario de 2002¹⁶¹. Habiendo concluido que la reclamación de perjuicios para el período que va de enero a mayo de 2002 es improcedente, el Tribunal, en su cálculo final de los perjuicios, introduce un ajuste adicional al modelo alternativo de daños y perjuicios de Navigant correspondiente a 2002: específicamente, aplica un ajuste a los perjuicios reclamados para 2002 utilizando en sus cálculos el 7/12 de las cifras de las proyecciones del mercado de JMAF para 2002.

La proyección, resultante del modelo, de la participación de la Demandante en el mercado mexicano de JMAF a lo largo del período indemnizable

Argumentaciones de las Partes

488. Según las proyecciones de Navigant, la Demandante captaría aproximadamente el [REDACTED] % del mercado mexicano de JMAF, incluidas todas las ventas de JMAF de CdM, así como una pequeña proporción de las ventas directas de Cargill, Inc., lo que representa cerca del [REDACTED] % de la participación en el mercado de que gozó CdM en 1997, antes de las medidas impugnadas¹⁶². De hecho, la participación total de Cargill en el mercado mexicano de JMAF —incluidas las ventas de CdM y las ventas directas de Cargill— constituía el [REDACTED] % en 1997¹⁶³. Para predecir la futura participación en el mercado de la Demandante, Navigant mantiene constante ese porcentaje, lo que, según afirma, es un supuesto prudente, ya que la participación en el mercado de CdM había

¹⁶¹ Dictamen pericial de refutación de Brent C. Kaczmarek, CFA (junio de 2007), Apéndice 27: “Hipótesis alternativa de daños y perjuicios, Cálculo del mercado mexicano de JMAF ‘de no haber sido por’”. Téngase presente el cálculo [A] que aparece en el Apéndice 27, que se toma del apéndice 26. Esas cifras se trasladan luego a los Apéndices 29 a 32 en los cálculos de los daños y perjuicios elaborados por Navigant.

¹⁶² *Profitability on Mexico Sales, 1996-2004* (Rentabilidad de las ventas en México, 1996-2004), Cargill, Inc., 2004; *Mexican Sweetener Consumption by Use, 1992-2007* (Consumo de edulcorantes mexicanos, por uso, 1992-2007), Departamento de Agricultura de los Estados Unidos, 2006.

¹⁶³ Dictamen pericial de Brent C. Kaczmarek, CFA (diciembre de 2006), Apéndice 16: “Cálculo de la participación total de Cargill en el mercado mexicano de JMAF en 1997” (traducción del Tribunal).

crecido del [REDACTED]% en 1994 al [REDACTED]% en 1997, y la participación de Cargill en el mercado estadounidense había crecido del [REDACTED]% en 1998 al [REDACTED]% en 2002¹⁶⁴.

489. PRA, los expertos utilizados por el Demandado, no cuestionan la afirmación de la Demandante en cuanto a que su participación histórica en el mercado, del 26,53%, es su participación probable en el mercado, pero sostiene que la recuperación de esa participación sería gradual. Sin confirmar esa proyección, PRA alega que sería “un escenario plausible (aunque optimista)” que la Demandante, en cambio, recuperara esa participación en el mercado en 18 meses, aunque la competencia podría retrasar ese proceso.

490. La Demandante cree que podría haber recuperado su participación en el mercado, del [REDACTED]%, en no más de un año, pero acepta como razonable ese crecimiento a lo largo de 18 meses de su participación en el mercado tomada como objetivo, por lo cual las Partes parecen coincidir en que, si no se hubiera establecido el IEPS, a CdM le habría llevado aproximadamente 18 meses, contados a partir de junio de 2002, recuperar una participación en el mercado del [REDACTED]%.

Conclusión del Tribunal con respecto a la proyección, resultante del modelo, de la participación de la Demandante en el mercado mexicano de JMAF a lo largo del período indemnizable

491. El Tribunal comienza su análisis de la proyección de la participación de la Demandante en el mercado mexicano de JMAF a lo largo del período indemnizable a partir de su decisión, arriba expresada, de que, debiendo excluirse de la consideración de los daños y perjuicios los efectos de los derechos antidumping, la participación de la Demandante en el mercado a partir de la eliminación de esos derechos debe ser cero. Por lo tanto, todos los cálculos del crecimiento de la participación de la Demandante en el mercado del JMAF en México deben partir de la base de que esa participación era cero el 1 de junio de 2002.

492. El Tribunal cree, con respecto al crecimiento de esa participación desde su punto de partida de cero el 1 de junio de 2002, que las Partes aparentemente coinciden, aunque

¹⁶⁴ Chapter 11 NAFTA Information, HFCS Shipments for Cargill & Industry. Veris Consulting. 20 de enero de 2006.

quizá tácitamente, en que a Cargill de México le habría llevado aproximadamente 18 meses recuperar una participación en el mercado de hasta el [REDACTED]%¹⁶⁵. Las Partes incluso coinciden en que esa participación sería del [REDACTED]% en 2002, del [REDACTED]% en 2003, y del [REDACTED]% en los años subsiguientes¹⁶⁶. Basándose en su conclusión de que la fecha en que corresponde iniciar el período indemnizable de daños y perjuicios es junio de 2002, el Tribunal, en sus cálculos, supone que cada uno de los porcentajes anuales deberá comenzar a regir en junio de cada año y abarcar 12 meses calendario.

La proyección, resultante del modelo, del precio del JMAF en el mercado mexicano a lo largo del período indemnizable

493. Ambos peritos calculan sus proyecciones del precio del JMAF mexicano partiendo de un porcentaje del precio del azúcar en México en un año representativo. Específicamente, Navigant sostiene que, como a su juicio el mercado mexicano de JMAF evolucionaría en forma similar al de Estados Unidos y el precio del JMAF evolucionaría del mismo modo: como porcentaje del precio del azúcar, su cálculo del precio de 2002 del JMAF se basa en el precio de ese año del azúcar refinada en México, y ajusta ese precio de referencia para seguir la evolución del mercado de Estados Unidos.
494. El principal ámbito de contienda entre ambas Partes consiste en establecer si el año representativo para el cálculo del precio original del JMAF debe ser 2001 ó 2002. El Demandado critica también el supuesto de Navigant de que la trayectoria del mercado mexicano debía seguir la del mercado de Estados Unidos, y el hecho de que, en su cálculo del precio del JMAF en México, Navigant haya incorporado una prima que no explica.
495. Para presentar y evaluar más fácilmente los diversos argumentos de las Partes referentes al año representativo que corresponde y, por lo tanto, el precio del JMAF, se dividen los temas sobre los que versan las argumentaciones de las Partes en cuatro

¹⁶⁵ Dictamen pericial de refutación de Brent C. Kaczmarek, CFA (junio de 2007), Apéndice 27: “Ventas potenciales de Cargill en el mercado mexicano de JMAF ‘de no haber sido por’” (traducción al español del traductor); Comentarios y análisis del Dictamen pericial de Brent C. Kaczmarek, CFA, fechado el 21 de diciembre de 2006, preparado por Navigant Consulting, Inc., Pablo Rión y Asociados (agosto de 2007), pág. 21, Cuadro. 4.

¹⁶⁶ Ídem. Si bien el cuadro del Demandado finaliza en 2006 —fecha en que, según el Demandado concluye el período indemnizable de pérdidas—, los datos del Apéndice 27 presentado por la Demandante continúan a lo largo de 2007 (siendo aún del 26,53%) hasta la fecha en que, según sostiene, finaliza el período indemnizable de pérdidas.

subcategorías: 1) utilización por parte de Navigant del precio del azúcar en México en 2002 como precio de referencia para su proyección de los precios del JMAF en México; 2) utilización por parte de PRA del precio del azúcar en México en 2001 como precio de referencia para su proyección de los precios del JMAF; 3) comprobación por parte de Navigant de su proyección a través de la comparación de sus proyecciones sobre el JMAF con las relativas al JMAF en Estados Unidos, y crítica de PRA sobre esa comprobación, y 4) proyección de Navigant sobre el incremento del precio del JMAF entre 2003 y 2007, y crítica de PRA.

Argumentaciones de las Partes

Utilización, por parte de Navigant del precio del azúcar en México en 2002 como precio de referencia para su proyección de los precios del JMAF en México

496. Para elaborar las proyecciones del precio anual del JMAF, Navigant parte del precio registrado en 2002 y elabora proyecciones hacia el futuro basadas en la evolución del mercado estadounidense. Su proyección del precio del JMAF-55 para 2002 consiste en un porcentaje del precio del azúcar mexicano en 2002. Para encontrar el porcentaje apropiado, Navigant utiliza como guía el descuento entre los precios del JMAF y del azúcar en Estados Unidos. Supone, específicamente, que el precio del JMAF-55 equivaldría al 73% del precio del azúcar, porque, a lo largo de varios años en torno al punto de madurez del mercado en Estados Unidos (fines de la década de 1980), los precios del JMAF-55 representaron, en promedio, aproximadamente el 73% del precio del azúcar en Estados Unidos¹⁶⁷. Navigant alega que ese porcentaje es análogo al del mercado en México, señalando que, históricamente, la Demandante mantuvo contratos de venta de JMAF a un precio equivalente al 78% del precio del azúcar mexicano¹⁶⁸. En lo que describe como un esfuerzo para elaborar proyecciones prudentes, Navigant adopta un porcentaje del 70% (y no del 73% ni del 78%) del precio del azúcar,

¹⁶⁷ Navigant sostiene que, de no haber sido por las medidas adoptadas por el Gobierno mexicano, 2002 habría sido el primer año de madurez del mercado del JMAF en México, situación similar a la del mercado estadounidense a fines de la década de 1980. Justifica esa aseveración sosteniendo que tanto la tasa de penetración prevista en las proyecciones como la tasa de crecimiento del JMAF en México de las proyecciones son similares a las tasas respectivas registradas en Estados Unidos en la década de 1980. Ulteriormente, sin embargo, Navigant sostiene que la cuestión de si el mercado es o no maduro es poco significativa.

¹⁶⁸ Véase Acuerdo de compra y abastecimiento de fructosa entre Cargill de México y Refrescos del Bajío Azteca. Cargill de México. 10 de junio de 1996. [NAV-28], [C-Ex.-73].

obteniendo un precio en México en 2002 de US\$14,73 para el JMAF-55 (US\$/cwt, húmedo)¹⁶⁹, que es la base para su modelo de cálculo de los daños y perjuicios¹⁷⁰.

497. El Demandado critica la utilización, por parte de Navigant, del precio real del azúcar refinado en México en 2002 como fundamento de su proyección sobre los precios del JMAF, alegando que Navigant incorpora un precio del azúcar que se incrementó como consecuencia del IEPS, lo que dio lugar a un desplazamiento de la fructosa y, por lo tanto, una mayor demanda de azúcar, que a su vez provocó considerables reducciones de existencias y aumentos de precios. El Demandado alega que este supuesto surge de una sobreestimación de los precios del azúcar, no sólo para 2002, sino para cada uno de los años siguientes. Según el Demandado, en un verdadero escenario “de no haber sido por”, el valor del azúcar ciertamente habría disminuido, en lugar de incrementarse, debido al exceso de oferta, con lo cual el azúcar sería más competitivo con respecto al JMAF.
498. Navigant reconoce la probabilidad de que el IEPS haya mejorado los precios del azúcar en 2002, pero defiende su utilización de esos precios sosteniendo que México habría tenido que adoptar alguna medida para mejorar los precios del azúcar. Sostiene, por lo tanto, que en su escenario “de no haber sido por” se presume que México habría adoptado alguna medida apropiada para incrementar los precios del azúcar, lo que justifica la utilización, por parte de Navigant, del precio real que tuvo el azúcar en 2002.

**Utilización por parte de PRA del precio del azúcar en México en 2001
como precio de referencia para su proyección de los precios del JMAF**

499. El Demandado, utilizando la metodología de Navigant, sin que ello implique validarla, realiza proyecciones que arrojan un precio medio del JMAF de US\$14,01. Para realizar derivaciones de esa estimación, PRA utiliza el precio medio del azúcar en México en 2001 (US\$26 por cwt) en lugar del precio medio en México del año

¹⁶⁹ Un “cwt” equivale a 100 libras.

¹⁷⁰ El precio del JMAF-42 está adaptado del precio del JMAF-55 basado en la estimación de que el precio del JMAF-42 equivaldría al 90% del precio del JMAF-55. Navigant fundamenta esa relación señalando que se trata del mismo descuento medio que existió entre los dos productos en Estados Unidos a fines de la década de 1980, y entre los dos productos de CdM a mediados del decenio siguiente. El precio del JMAF-42 en 2002 según las proyecciones de Navigant es, por lo tanto, de US\$13,26/cwt, húmedo.

siguiente (US\$27,33 por cwt) usado por la Demandante. El Demandado sostiene que esa diferencia representa un desnivel de más de US\$50 millones entre ambas valoraciones.

500. El Demandado respalda su decisión de utilizar 2001 como año de referencia señalando que la Demandante en realidad, pese a los derechos antidumping, pudo vender pequeños volúmenes tanto de JMAF-55 como de JMAF-42 en México en 2001. Alega, en consecuencia, que se dispone de precios reales del JMAF —anteriores a la sanción del IEPS— y que los mismos deben utilizarse como base para el análisis. Los precios medios reales derivados de las ventas de 2001 en México son de US\$12,90 para el JMAF-55 y US\$10,80 para el JMAF-42. Por lo tanto, según el Demandado, la cifra de US\$14,73 “carece de sustento”.
501. La Demandante discrepa con la utilización, por parte del Demandado, de los precios del azúcar en 2001, por considerarlos insosteniblemente bajos, siendo ése uno de los principales factores que llevaron al Gobierno mexicano a expropiar casi la mitad de los ingenios azucareros del país. Sostiene que, si bien pudo vender pequeños volúmenes de JMAF en México en 2001, esas ventas insignificantes, realizadas exclusivamente para mantener las relaciones con los clientes, no pueden utilizarse adecuadamente para realizar proyecciones de precios “de no haber sido por” para 2001.
502. El Demandado, en cambio, considera ilógico suponer que la Demandante habría realizado ventas por debajo del precio de mercado, incurriendo así en pérdidas aún mayores.

Comprobación por parte de Navigant de sus proyecciones de precios del JMAF a través de la comparación de sus proyecciones con los precios del JMAF en Estados Unidos, y crítica de PRA sobre esa comprobación

503. Navigant pone a prueba su proyección del precio del JMAF-55 de US\$14,73 comparando el precio resultante de las proyecciones del JMAF-55 en México con el precio del JMAF-55 en Estados Unidos en 2002, y añade una prima al precio del JMAF-55 en Estados Unidos en 2002 para cubrir los costos de transporte, distribución y aranceles en México. Si se agrega la prima por costos adicionales en México y se

tiene en cuenta la depresión experimentada por los precios el JMAF en Estados Unidos en 2002 (basada en el exceso de capacidad generado en parte, según afirma, por las medidas adoptadas en México), el precio de US\$14,73, arriba calculado, sería, según Navigant “bastante razonable”¹⁷¹.

504. El Demandado critica la conclusión a la que llega Navigant a partir de sus proyecciones. Sostiene que el precio alcanzado por el JMAF-55 en 2002 supera en un 143,09% el precio del JMAF-55 en los Estados Unidos (que estima en un US\$10,30 por cwt), o que el producto se negocia con una prima de 43,09% por encima del precio registrado en Estados Unidos. Aunque Navigant agrega US\$2,27/cwt al precio del JMAF-55 en Estados Unidos por concepto de costos adicionales, como los de transporte, distribución y derechos de aduana, deja subsistir una prima adicional del 17,18%, que no explica. El Demandado sostiene que esa prima resulta aún más injustificada si se tiene en cuenta la competencia de otros productores estadounidenses de JMAF.
505. Según el Demandado, un distribuidor promedio cobra una prima del 3% al 10%, y Cargill y CdM habían acordado una prima de US\$ [REDACTED], que, basándose en el precio de US\$ [REDACTED] en Estados Unidos, equivale a apenas un [REDACTED] %.
506. Navigant responde que el Demandado no tiene en cuenta que los precios del JMAF en Estados Unidos se vieron deprimidos en parte por el IEPS establecido por México. Así, la prima del [REDACTED] % obedece a la disminución de los precios en Estados Unidos. El Demandado rechaza este argumento sosteniendo que los bajos precios del JMAF registrados en Estados Unidos obedecieron a previsiones sobre el aumento de la demanda en ese país, lo que dio lugar a un incremento y a un ulterior exceso de la capacidad de producción de JMAF.
507. La Demandante, sin embargo, proporciona explicaciones adicionales con respecto a la prima, sosteniendo que históricamente el JMAF mexicano se vendió a una prima significativa con respecto a los precios del JMAF en Estados Unidos, comprendida entre un [REDACTED] % a un [REDACTED] % por encima de los precios del JMAF-55 en Estados Unidos.

¹⁷¹ Dictamen pericial de Brent C. Kaczmarek, CFA (diciembre de 2006), párrafo 94 y pág. 47, Cuadro. 7.

Además, tener en cuenta costos adicionales “en México” del JMAF¹⁷² reduce la prima al [REDACTED]%, cifra comprendida en la gama del [REDACTED]% al [REDACTED]% sugerida por PRA como razonable. Finalmente, Navigant sostiene que el Demandado calculó erróneamente la prima a partir del Acuerdo de Corretaje de Ventas mutuamente celebrado por Cargill y Cargill de México, ya que se trata tan sólo de una cifra interna.

Proyección de Navigant sobre el incremento del precio del JMAF entre 2003 y 2007, y crítica de PRA

508. Para realizar proyecciones sobre la variación de las proyecciones sobre los precios en el resto del período indemnizable —2003 a 2007—, Navigant toma nota de que el TLCAN hacía probable que los mercados mexicano y estadounidense convergieran en virtud de los mecanismos de facilitación de cooperación e integración establecidos, lo que hacía probable que los precios del JMAF en México acompañaran la trayectoria de los de Estados Unidos, aunque siguieran incluyendo una prima por los mayores costos que suponía llevar al mercado el producto terminado¹⁷³. Navigant sostiene, por lo tanto, que los precios del JMAF en México, después de 2002, mostrarían un comportamiento idéntico al de los precios del JMAF en Estados Unidos, aumentando y disminuyendo en porcentajes idénticos a los de los incrementos o disminuciones de los precios del JMAF-42 en Estados Unidos. Navigant, por lo tanto, elabora proyecciones del crecimiento de su precio de referencia del JMAF-55 de 2002 (US\$ [REDACTED]) de modo que acompañen la evolución del precio del JMAF-42 en el mercado estadounidense¹⁷⁴. Para respaldar más firmemente este supuesto, calcula también los precios del JMAF en México como equivalentes al 70% de los precios reales del azúcar en México, sin que sigan la evolución de los precios del JMAF en Estados Unidos, y demuestra que con ese cálculo alternativo se llega a resultados casi idénticos¹⁷⁵.

¹⁷² La Demandante indica como costos de ese tipo “en México” los de transporte, aduanas, comisiones de corredores, aranceles de importación, distribución, ventas y actividad administrativa en general.

¹⁷³ Como el JMAF-55 ya no se comercializaba en el mercado de productos básicos de Estados Unidos entre 2002 y 2007, la Demandante basó sus proyecciones del JMAF-55 mexicano en la curva del JMAF-42 de Estados Unidos (en que el valor del JMAF-42 se estimaba en el 90% del valor del JMAF-55).

¹⁷⁴ Dictamen pericial de Brent C. Kaczmarek, CFA (diciembre de 2006), Apéndice 10: “Cálculo de los precios del JMAF-42 y el JMAF-55 en el mercado mexicano” (traducción del Tribunal).

¹⁷⁵ Dictamen pericial de refutación de Brent C. Kaczmarek, CFA (junio de 2007), Apéndice 37: “Descuento de los precios proyectados del JMAF mexicano frente a los precios reales del azúcar mexicano” (traducción del Tribunal).

509. El Demandado rechaza como insostenible el supuesto de Navigant de que el incremento de los precios del JMAF acompañara la evolución de los registrados en el mercado estadounidense, dadas las diferencias fundamentales entre los dos mercados. Señala que, como más arriba se explica¹⁷⁶, México es un productor superavitario neto de azúcar, en tanto que Estados Unidos es un importador neto, y, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, en México algunas embotelladoras de refrescos están integradas con ingenios azucareros. Pese a esos argumentos, y por razones de simplicidad, el Demandado vuelve a calcular las proyecciones de Navigant sobre los precios del JMAF utilizando el mecanismo aplicado por Navigant y se limita a modificar el precio de referencia, que pasa a ser de US\$14,01¹⁷⁷.

Conclusión del Tribunal acerca de los precios del JMAF entre 2002 y 2007 que han de usarse en el cálculo de los daños y perjuicios

510. El primer precio que debe determinarse es el del JMAF-55 mexicano en 2002. El Tribunal toma nota de que PRA no cuestiona la afirmación de Navigant de que el precio del JMAF-42 equivalga al 90% del precio del JMAF-55.

511. La diferencia entre las estimaciones de Navigant y de PRA con respecto al precio del JMAF en 2002 depende de que la estimación se realice en relación con el precio del azúcar mexicano en 2002 o en 2001. Utilizar uno u otro año presenta problemas. Aunque 2002 es el año que es lógico utilizar, el Tribunal considera persuasivo el argumento del Demandado de que ese año el precio del azúcar fue artificialmente elevado, debido al IEPS. También considera persuasivo el argumento de la Demandante de que en 2001 el precio era insosteniblemente bajo y que ése fue un período de perturbaciones en el mercado. Las Partes no sostienen que algún otro año sea una base pertinente para este cálculo.

512. Dadas las distorsiones que se dieron en cierta medida en ambos años, el Tribunal concluye que debe utilizar como base para las proyecciones del precio del JMAF en 2002 el precio del azúcar mexicano en la totalidad del período 2001-02, con lo cual se

¹⁷⁶ Véase el párrafo 82, supra.

¹⁷⁷ Comentarios y análisis del Dictamen pericial de Brent C. Kaczmarek, CFA, fechado el 21 de diciembre de 2006, preparado por Navigant Consulting, Inc., Pablo Rión y Asociados, párrafo 102 (abril de 2007) (en que se hace referencia al Apéndice 10 revisado).

reducen esas distorsiones. Sobre esa base, el Tribunal concluye que la proyección del precio del JMAF-55 en 2002 es US\$14,37.

513. El Tribunal reconoce que los mercados del azúcar de México y Estados Unidos tienen características diferentes. Simultáneamente, observa la existencia de fuertes vínculos entre los mercados de JMAF de ambos países. Además, coincide con la Demandante y con la compañía especializada que ésta utiliza en cuanto a que los mercados —sin la distorsión provocada por las medidas en cuestión— habrían seguido aproximadamente una misma evolución como consecuencia del TLCAN. El Tribunal adopta, por lo tanto, el método de cálculo del precio para los años subsiguientes de 2003 a 2007 aplicado por la compañía especializada utilizada por la Demandante ajustando el precio de 2002 (US\$14,37) de modo que acompañe la evolución del mercado estadounidense.
514. En relación con el precio del JMAF-42, las Partes parecen coincidir en que el mismo equivale al 90% del precio del JMAF-55. Por lo tanto, el Tribunal utiliza ese coeficiente para calcular el precio del JMAF-42 en el período 2002-07.

El alcance de las pérdidas de la Demandante que deben tenerse en cuenta en el modelo: si la pérdida de ventas de Cargill, Inc. a Cargill de México constituye una pérdida de exportaciones independiente o forma parte de la inversión

515. Navigant calcula el total de los daños y perjuicios que, según sus proyecciones, experimentaron Cargill y Cargill de México para estimar lo que sería necesario para que esas entidades alcanzaran la posición en que se habrían encontrado de no haber sido por las medidas adoptadas por México. La Demandante manifiesta que no pretende la recuperación de pérdidas experimentadas fuera de México, pero sí la indemnización de los perjuicios experimentados tanto por Cargill de México como por Cargill, Inc., y sostiene:

[T]oda asignación que Cargill, Inc. pueda haber efectuado entre ella misma y su subsidiaria por concepto de impuestos o a otros fines contables sencillamente no es pertinente, ya que el TLCAN autoriza expresamente a un inversionista extranjero a formular reclamaciones y obtener indemnizaciones de daños y perjuicios a nombre propio y de su subsidiaria en el país receptor. Por lo tanto, Cargill tiene derecho a efectuar una reclamación por la totalidad de las pérdidas experimentadas por ella y su subsidiaria en virtud de las medidas adoptadas por México. (Traducción del Tribunal)

Por lo tanto, la Demandante establece su reclamación de daños y perjuicios como el monto de los beneficios de su inversión en Cargill de México, la planta de Tula y el desarrollo del mercado mexicano de JMAF, del que, según aduce, se vio privada. Sostiene que “hizo la inversión como parte integral de la distribución y venta de la fructosa que fabrica. Y por lo tanto, aquellas ventas directamente relacionadas con su inversión, es decir, en su instalación o entidad de distribución en México, todo forma parte de los daños que puede recuperar bajo el TLCAN”. No reclama, en cambio, una indemnización por pérdidas directas de ventas de Cargill, Inc. a clientes mexicanos.

516. “Para fines de presentar el movimiento de efectivo no percibido de acuerdo con el modelo económico real establecido por Cargill para vender JMAF en México”, Navigant divide el lucro cesante entre Cargill de México y Cargill en un 46,77% y un 53,23%, respectivamente. Navigant reconoce que esa división depende de un precio de transferencia del JMAF, que no pudo definir con absoluta certeza, pero que calcula en US\$9,42 sobre la base de un análisis de rentabilidad para determinar una división razonable de las ganancias entre las entidades en cuestión.
517. El Demandado alega que el valor de Cargill de México, y todos los efectos sobre ese valor en virtud de las medidas mexicanas, no puede incluir el valor de ganancias perdidas que Cargill habría obtenido a través de ventas a CdM. Según el Demandado, US\$65,9 millones del total de los daños y perjuicios que reclama la Demandante se atribuyen a supuestas pérdidas de exportaciones y ventas de JMAF que, según la Demandante, se habrían producido en Estados Unidos y vendido a CdM, y por lo tanto deberían excluirse.
518. El Demandado cuestiona, además, el precio de transferencia utilizado por la compañía especializada Navigant Consulting, utilizada por la Demandante, señalando que, como el precio de transferencia de US\$ [REDACTED] utilizado por Navigant era inferior al precio de mercado del JMAF-55 en Estados Unidos y al precio de venta neto de la División de Molienda de Maíz de América del Norte, Navigant incrementa artificialmente las proyecciones sobre ganancias de CdM. Según el Demandado, el efecto del precio de transferencia elegido es que la rentabilidad de la inversión es del [REDACTED]% para Cargill de México y sólo del [REDACTED]% anual para Cargill, Inc. No obstante, PRA no realiza un análisis detallado de los precios de transferencia, pues sostiene que careció de la información necesaria.

Conclusión del Tribunal con respecto al alcance de las pérdidas de la Demandante que deben incluirse en el modelo: si la pérdida de ventas de Cargill, Inc. a Cargill de México constituye una pérdida de exportaciones independiente o forma parte de la inversión

519. Para evaluar los perjuicios que se reclaman, el Tribunal ha considerado útil examinar el lucro cesante que se reclama como dividido en la frontera Estados Unidos-México, con el atribuido a la imposibilidad de Cargill de vender JMAF a CdM como “pérdida inicial” y el que corresponde directamente a pérdidas de CdM como “pérdidas de comercialización”.
520. Según el Artículo 1139 y las conclusiones anteriores del Tribunal, las pérdidas de la segunda de esas categorías son evidentemente indemnizables, dadas las violaciones de los Artículos 1102, 1105, y 1106 del TLCAN. Se trata, por lo tanto, de establecer si también lo son esos perjuicios iniciales que reclama la Demandante y que el Demandado objeta.
521. Con respecto a esta discrepancia, el Tribunal tiene presente que el Capítulo XI se aplica exclusivamente a medidas relacionadas con inversiones que se encuentren en el territorio del Estado Parte que sanciona dichas medidas¹⁷⁸. Fue por esa razón que el tribunal del caso *ADM* se declaró incompetente para adjudicar una indemnización por “el lucro cesante, derivado de una pérdida de ventas del JMAF que hubiesen producido en los Estados Unidos y posteriormente exportado a México ‘de no haber sido por’ la adopción del Impuesto, ya que no sufrieron dichas pérdidas en su calidad de inversionistas en México”¹⁷⁹.
522. Este Tribunal constata, sin embargo, que tal como señaló en los párrafos 147 y 352, que anteceden, la definición de inversión que da el Artículo 1139 es “amplia e inclusiva”, por lo cual le resulta poco difícil concluir que los ingresos de negocios, especialmente los estrechamente vinculados con un activo físico en el país receptor, y no con el mero comercio de bienes, forman parte de una inversión mayor y son una inversión en sí mismos. (*Véase* párrafo 353, *supra*).

¹⁷⁸ *ADM*, Laudo, párrafo 273 (21 de noviembre de 2007).

¹⁷⁹ *Ídem*, párrafo 274.

523. Con respecto a los hechos específicos del presente caso, el Tribunal concluye que las ganancias generadas por las ventas de JMAF de Cargill a su subsidiaria, Cargill de México, por concepto de comercialización, distribución y reventa de ese JMAF por parte de CdM estaban tan estrechamente vinculadas con la supuesta inversión, CdM, como para que sean indemnizables en el marco del TLCAN. La inversión de Cargill en México consistía en la importación y posterior reventa de JMAF a los usuarios internos, especialmente a la industria de refrescos. Por lo tanto, el suministro de JMAF a Cargill de México era una parte inextricablemente ligada a la inversión de Cargill. En consecuencia, en opinión del Tribunal, las pérdidas resultantes de la imposibilidad de Cargill de suministrar JMAF a su inversión Cargill de México constituyen pérdidas para Cargill en relación con su inversión en México en la misma medida que las pérdidas resultantes de la imposibilidad de Cargill de México de vender JMAF en México.
524. La situación en que se da esta diferencia se distingue, por ende, de la que tuvo ante sí el tribunal del caso *ADM*. ADM y Tate & Lyle crearon una empresa conjunta, ALMEX, que comenzó a vender JMAF en México en 1994, y, en diciembre de 1995, comenzó a producir por sí misma JMAF, actividad que se incrementó hasta que el JMAF se convirtió en su “producto más importante”¹⁸⁰. Cargill de México, por otra parte, no era una productora de JMAF, por lo cual su negocio de JMAF dependía del JMAF que le vendía su compañía madre.
525. La Demandante tenía la intención de ingresar en el mercado mexicano de JMAF y obtener una proporción importante del mismo, por lo cual su inversión incluía todo lo necesario para alcanzar ese resultado. En una perspectiva integral se impidió a la Demandante operar una inversión que implicaba la venta y distribución de JMAF dentro del mercado mexicano. La imposibilidad de la compañía madre de exportar el producto a su inversión no es más que la otra cara de la moneda de la imposibilidad de la inversión, Cargill de México, de operar en la forma deseada para importar JMAF a México.

¹⁸⁰ Ídem, párrafos 8, 53.

526. En consecuencia, el Tribunal concluye que corresponde indemnizar a la Demandante por el lucro cesante correspondiente a ventas no obtenidas de Cargill de México al mercado mexicano y de Cargill, Inc. a Cargill de México.

Consideración del efecto de los *Katrina Swaps*

Argumentaciones de las Partes

527. Como consecuencia de los significativos perjuicios causados a la producción de azúcar estadounidense por el huracán Katrina, Estados Unidos y México negociaron un comercio limitado de azúcar y JMAF entre los dos países. Del JMAF cuyo ingreso a México se permitió, la Demandante recibió el 34,52% del total de la cuota para los ejercicios de 2005-06, 2006-07 y 2007-08¹⁸¹. El Demandado alega que esas cuotas representan las cantidades máximas permisibles de importación en esos períodos, por lo cual no es factible realizar proyecciones sobre la posibilidad de la importación de un volumen mayor de JMAF.
528. El Demandado alega asimismo que, cuando Estados Unidos y México acordaron el Intercambio de Compensación de julio de 2006, ese acuerdo “anuló y reemplazó” por un nuevo régimen el requisito de obtención de permiso. El Demandado alega que “[e]l acuerdo sobre edulcorantes es un convenio entre dos Partes del TLCAN que sustituye los compromisos que cada Parte asumió respecto de esos productos para el periodo de septiembre de 2006 a diciembre de 2007, antes de la eliminación de las barreras a ambos productos el 1 de enero de 2008”. El Demandado alega que, en consecuencia, la Demandante no puede reclamar indemnización de daños y perjuicios por falta de acceso al mercado de JMAF de México después de septiembre de 2006, ya que, una vez negociado el Intercambio de Compensación, la Demandante no tenía derecho de exportar a México un volumen de JMAF mayor que la proporción que le correspondía en el intercambio negociado.
529. La Demandante rechaza ese argumento sosteniendo que el Demandado confunde la hipótesis “de no haber sido por” con la hipótesis real, y que en la primera habría sido innecesario negociar el Intercambio, ya que el propio TLCAN prevé un comercio irrestricto de JMAF con México. Por lo tanto, es inexacto lo manifestado por el Demandado en el sentido de que el límite máximo de importación sería el de los

¹⁸¹ Ello equivalió a 16.613 toneladas métricas (tm) secas en 2005, 71.413 tm en 2006, y 151.025 tm en 2007.

intercambios, ya que en “un mundo sin estos impuestos y estas medidas, se podría suponer que las importaciones de la fructosa hubiesen estado determinadas por la demanda en México y no los acuerdos de intercambio”. La Demandante tiene en cuenta, en cambio, el volumen cuya importación se autorizó en virtud del Acuerdo de Intercambio como mitigación contra el total de su reclamación de indemnización de perjuicios¹⁸².

Conclusión del Tribunal con respecto a la consideración del efecto de los *Katrina Swaps*

530. Para iniciar su análisis sobre el tratamiento que corresponde dar a las cuotas establecidas en virtud de los *Katrina Swaps* —de mitigación o de anulación y reemplazo por un nuevo régimen del requisito de los permisos—, el Tribunal acude al *Texto del Acuerdo entre los Estados Unidos y México sobre Edulcorantes*, publicado el 27 de julio de 2006 (proporcionado por la Demandante como Prueba documental 253), que estableció el sistema de cuotas conocido como *Katrina Swap*, o Intercambio de Compensación. En especial, el Tribunal toma nota del texto del párrafo 8:

Consultas y solución de controversias. México y los Estados Unidos reconocen que existen diferencias pendientes de solución con respecto al comercio de edulcorantes, y que este acuerdo contribuye a encontrar una solución a esas controversias. México y los Estados Unidos admiten además que este acuerdo facilitará la transición ordenada a la plena eliminación, el 1.º de enero de 2008, de los aranceles sobre los azúcares y jarabes y el jarabe de maíz rico en fructosa. México y los Estados Unidos seguirán celebrando consultas acerca del comercio de edulcorantes con mira a facilitar esta transición, liberalizarán más el comercio de esos bienes y continuarán avanzando en lo que respecta a las cuestiones en que se basan esas diferencias.

531. El Tribunal toma nota del texto de la cita que antecede, que está lejos de indicar que se haya llegado a una conclusión definitiva de la diferencia, ya que establece: “este acuerdo *contribuye* a encontrar una solución” y “*facilitará* la transición ordenada”. Además, México y Estados Unidos expresan su intención de proseguir las consultas con la finalidad de “[continuar] avanzando en lo que respecta a las cuestiones en que se basan esas diferencias”.

¹⁸² Dictamen pericial de refutación de Brent C. Kaczmarek, CFA (junio de 2007), Apéndice 27: “Ventas potenciales de Cargill en el mercado mexicano de JMAF ‘de no haber sido por’” (traducción del Tribunal).

532. El Tribunal constata, además, al examinar las cuotas mismas, que ellas no parecen poner fin a la diferencia en el marco del TLCAN. Llama la atención del Tribunal el hecho de que, si los *Katrina Swaps* hubieran puesto fin definitivamente a la diferencia básica del TLCAN, las restantes medidas habrían sido innecesarias, y por lo tanto se habrían levantado.
533. El Tribunal concluye, por lo tanto, que el Demandado no ha probado que los *Katrina Swaps* hayan sido “anulados y reemplazados” por un nuevo régimen que haya puesto fin definitivamente a la diferencia sobre los edulcorantes, y por lo tanto concluye que los volúmenes de la cuota proporcionada a la Demandante en virtud de este acuerdo deben tratarse como un mecanismo de mitigación de los perjuicios reclamados por la Demandante, tal como ésta en realidad los ha tratado.

Consideración del efecto de la inversión en Zucarmex

534. En octubre de 2002, la Demandante invirtió US\$ [REDACTED] en la sociedad de inversiones de Zucarmex, Impulsora Azucarera del Noroeste, S.A. de C.V. (“Zucarmex”), que es la tercera en volumen de las productoras de azúcar en México. Con esa inversión, la Demandante obtuvo el [REDACTED]% de la compañía y logró un acuerdo de comercialización de [REDACTED] años de duración con Zucarmex.
535. El Demandado alega que esa inversión y las ganancias que ella produjo deben sustraerse de la suma en que se avalúa el total de los daños y perjuicios experimentados por la Demandante, para determinar la posición de ésta antes del IEPS. Según el Demandado, la inversión de la Demandante en Zucarmex no habría sido valorable de no haber sido por el IEPS. Aunque sostiene que no podría valorarse el beneficio económico que la Demandante obtuvo de la inversión en Zucarmex a partir de los documentos proporcionados por la Demandante, toma nota que la propia Demandante estimó en una suma comprendida entre US\$ [REDACTED] y US\$ [REDACTED] por año el beneficio que implicaba el acuerdo de distribución, y en US\$ [REDACTED] el valor total del acuerdo.
536. La Demandante rechaza las afirmaciones del Demandado, alegando que su inversión en Zucarmex se realizó en junio de 2003, casi 18 meses después de la sanción de la ley del IEPS. Todo beneficio del IEPS se habría tenido en cuenta, por lo tanto, en el precio

de la inversión, que fue de US\$20 millones, ya que todos los que negociaron la inversión tuvieron muy en cuenta el IEPS y los beneficios que él proporcionaba a los productores de azúcar en México. La Demandante sostiene que toda compensación adicional de esa inversión significaría que la Demandante habría pagado una suma excesiva por la inversión. La Demandante sostiene también que [REDACTED]

[REDACTED]⁸³.

Conclusión del Tribunal con respecto a la consideración del efecto de la inversión en Zucarmex

537. El Tribunal concluye que Zucarmex es una inversión claramente diferenciada, independiente de la efectuada por la Demandante en Cargill de México, por lo cual no es pertinente tenerla en cuenta en esta consideración de los perjuicios que se generaron. Además, toma nota de que el cálculo del Demandado, según el cual la Demandante obtuvo un beneficio de US\$ [REDACTED] a través de la inversión en Zucarmex, parece surgir de la Solicitud de Compromiso de Zucarmex (10 de octubre de 2002), que en realidad establece que la Demandante esperaba obtener una “*participación global* [de] alrededor de US\$ [REDACTED]”⁸⁴ (traducción del Tribunal). Basándose en esto y en otras pruebas presentadas por la Demandante, el Tribunal concluye que no existen pruebas de que la inversión haya sido en alguna medida rentable, por lo cual no hay manera de determinar cómo podría tenerse en cuenta como factor de mitigación.

Decisión final del Tribunal con respecto a los daños y perjuicios

538. En consecuencia, el Tribunal toma como base de su cálculo de los daños y perjuicios que deben indemnizarse a la Demandante la hipótesis alternativa de daños y perjuicios de Navigant que aparece en los Apéndices 26 a 32 de su Dictamen de refutación de junio de 2007, aunque ajusta ciertos insumos según lo detallado más arriba.
539. Específicamente, el Tribunal establece que todos los efectos de los derechos antidumping se eliminaron adecuadamente, por lo cual el período indemnizable de

¹⁸³ Declaración refutativa de testigo de Jurgens, párrafos 19 a 27.

¹⁸⁴ Solicitud de Compromiso de Zucarmex (10 de octubre de 2002) [C-EX-299] (énfasis agregado).

pérdidas está comprendido entre junio de 2002 y diciembre de 2007. Además, el Tribunal sustituye las proyecciones de Navigant correspondientes a la tasa de crecimiento del mercado mexicano de JMAF por una curva de crecimiento en dos partes, que llega al 60% del total del mercado de bebidas en junio de 2005, y continúa con una tasa lineal anual, hasta llegar en 2007 a una tasa máxima de adopción equivalente al 74,3% del total del mercado de bebidas. El Tribunal no modifica las proyecciones de la participación anual del mercado que la Demandante habría logrado, con las que ambas partes están de acuerdo, salvo en cuanto a que esos porcentajes se inician en junio, y no en enero de 2002. El Tribunal adopta también el método de la empresa especializada utilizada por la Demandante, consistente en calcular el precio para los años comprendidos entre 2003 y 2007 ajustando la base de precios para seguir la evolución del mercado estadounidense, pero concluye que el precio de referencia apropiado del JMAF-55 es de US\$ [REDACTED]

540. Volviendo a calcular el modelo alternativo de daños y perjuicios de la Demandante tal como se deriva en los Apéndices 26 a 32 del Dictamen de refutación de sus peritos y sustituyendo en él esos insumos, el Tribunal concluye que se debe a la Demandante la suma de US\$77.329.240 por concepto de indemnización de daños y perjuicios causados por las violaciones, por parte del Demandado, de las obligaciones que le imponían los Artículos 1102, 1105 y 1106 del TLCAN.

XIV. COSTAS E INTERESES

Argumentaciones de las Partes

541. Con respecto a los intereses que corresponde aplicar al presente Laudo, el Tribunal toma nota del argumento de la Demandante de que tiene derecho a los “intereses correspondientes” conforme al Artículo 1135(1)(a), y de que la mayoría de los tribunales del Capítulo XI adjudican intereses compuestos, y no simples¹⁸⁵. Además, la Demandante presenta como prueba de esta práctica los laudos de los casos *Metalclad*, *S.D. Myers* y *Pope & Talbot*¹⁸⁶. Con respecto a la tasa de interés apropiada, la Demandante sostiene que es el tipo preferencial de Estados Unidos.

¹⁸⁵ Véase MEG N. KINNEAR Y COLS., INVESTMENT DISPUTES UNDER NAFTA: AN ANNOTATED GUIDE TO NAFTA CHAPTER 11, § 1135, 40.

¹⁸⁶ *Metalclad*, Laudo, párrafo 128 (30 de agosto de 2000); *S.D. Myers*, Segundo Laudo parcial, párrafos 302 a 307 (21 de octubre de 2002); *Pope & Talbot*, Laudo provisional sobre daños y perjuicios, párrafo 90, nota de pie de página 66 (31 de mayo de 2002).

542. El Demandado sostiene que sólo corresponde aplicar intereses simples basados en la tasa de interés de las letras del Tesoro de Estados Unidos que, según sostiene, “es una tasa razonable para un laudo denominado en dólares estadounidenses”. El Demandado alega que esa tasa es más razonable que el tipo preferencial activo que recomienda la Demandante, pues es la que obtendría un prestamista comercial al otorgar un préstamo.
543. Ambas Partes reclaman también todos los honorarios y gastos en que incurrieron en relación con estos procedimientos. Citando el caso *S.D. Myers*, la Demandante alega que la distribución de los costos judiciales puede basarse en la evaluación, por parte del Tribunal, del éxito relativo obtenido por las Partes con respecto al fondo del asunto¹⁸⁷. En el presente caso, según la Demandante, la adjudicación de honorarios se “[justifica] especialmente”, porque “Cargill brindó a México numerosas oportunidades para evitar este procedimiento arbitral y porque México continuó con su campaña contra el JMAF después de reiterados fallos de tribunales internacionales que establecieron que sus medidas eran ilegales”.

Conclusión del Tribunal con respecto a las costas e intereses

544. Con respecto a los intereses, el Tribunal cree que la Demandante tiene derecho a percibir intereses en virtud del presente Laudo, basados en el tipo preferencial activo mensual aplicado por los bancos en Estados Unidos, ya que la Demandante en la práctica prestó esa suma al Demandado durante el período de duración de la presente diferencia. Esos intereses deben componerse anualmente y pagarse a partir del 1 de enero de 2008 y hasta la fecha del presente Laudo y ulteriormente, hasta que se haya recibido la totalidad del pago.
545. Con respecto a las costas, el Tribunal observa que el Artículo 58 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI establece que, “salvo 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. A tal efecto, el Tribunal encuentra orientación en los principios establecidos por el Artículo 40(1) y (2) del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, que establece:

¹⁸⁷ *S.D. Myers*, Laudo final, párrafos 53 y 54 (30 de diciembre de 2002).

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2, en principio, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. Respecto del costo de representación y de asistencia de letrados a que se refiere el inciso e) del artículo 38, el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, qué parte deberá pagar dicho costo o podrá prorratearlo entre las partes si decide que el prorrateo es razonable.

El Artículo 40(1), por una parte, adopta el principio general de que las costas relacionadas con el arbitraje deben recaer sobre la parte vencida, aunque el tribunal puede prorratearlas a la luz de las circunstancias del caso. El Artículo 40(2), por otra parte, concede al Tribunal absoluta discrecionalidad para prorratear los costos de la representación de letrados, también teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

546. En el presente caso, el Tribunal toma nota de que ambas Partes han expuesto adecuadamente sus argumentos en un caso arduo y complicado. La Demandante logró probar su reclamación sobre la base de varios artículos del Capítulo XI, aunque no sobre otras bases; a saber, los Artículos 1103 y 1110. Además, aunque logró probar el incumplimiento del Artículo 1105, no presentó argumentos persuasivos para probar que para el cálculo de los perjuicios deban tenerse en cuenta los efectos de los derechos antidumping. Simultáneamente, aunque no prosperaron los esfuerzos del Demandado tendientes a demostrar que la ilicitud de esos incumplimientos fuera excluida por el hecho de que los actos cuestionados hayan sido contramedidas legítimas, los argumentos de esa parte versaron sobre temas sin precedentes y se basaron en exposiciones jurídicas serias y razonables.
547. Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Tribunal concluye que deben recaer sobre el Demandado todas las costas del presente arbitraje y la mitad de los costos de representación y asistencia de letrados de la Demandante. Ésta, a su vez, será responsable de la mitad restante de sus costos.

XV. DECISIÓN FINAL DEL TRIBUNAL

548. El Tribunal declara que el Demandado violó el Artículo 1102 porque, en relación tanto con el IEPS como con el requisito de permiso de importación, Cargill de México estaba en “circunstancias similares” a las de los proveedores nacionales de azúcar de caña a la industria de los refrescos, y que el tratamiento que se le acordó fue menos favorable que el acordado a los inversionistas nacionales o a las inversiones efectuadas por éstos.
549. El Tribunal rechaza las reclamaciones de la Demandante sobre violación del Artículo 1103 del TLCAN. A los efectos de la reclamación basada en el Capítulo XI de ese

tratado, la inversión debe estar ubicada en el territorio del Estado contra el que se dirige la reclamación. Casco, la reclamante subsidiaria de CPI que, según la Demandante, está en “circunstancias similares” a las de Cargill de México, es una inversión de CPI en Canadá, no una inversión de CPI en México, y por lo tanto no puede tomarse como base de comparación a los efectos de la reclamación basada en el Artículo 1103 que formula la Demandante.

550. Con respecto al Artículo 1105, el Tribunal concluye que el Demandado, tratando de alcanzar sus objetivos en relación con la política de comercio de Estados Unidos, tomó como objetivo a unos pocos proveedores de JMAF, aniquilando casi enteramente una serie de inversiones en el período en que estaba vigente el programa de permisos, y que esa actitud deliberada infringió la obligación de conceder a la Demandante un trato justo y equitativo.
551. El Tribunal rechaza las reclamaciones de la Demandante relativas a una expropiación conforme al Artículo 1110 del TLCAN. El Tribunal concluye que el ingreso de los negocios, especialmente cuando está vinculado con un activo físico en el país receptor, es una inversión en la acepción dada a ese término por el Artículo 1139, tanto en su calidad de componente de una inversión mayor que abarca al activo físico como en su carácter de inversión en sí misma. El Tribunal concluye además, sin embargo, que la Demandante no logró probar que los perjuicios causados por las medidas mexicanas a su negocio de JMAF hayan provocado a Cargill de México un detrimento tan sustancial que equivaliera a una privación radical de la inversión global de la Demandante, y que ésta no ha logrado probar una evolución del derecho internacional consuetudinario que haga admisible una reclamación por expropiación temporal.
552. Finalmente, el Tribunal declara que el Demandado ha violado las obligaciones que le impone el Artículo 1106, porque, si bien el IEPS se aplicó a las embotelladoras de refrescos, y no directamente a Cargill de México, ese IEPS, por sus propios objetivos y estructura, implicaba un requisito de desempeño en la acepción dada a ese término por el Artículo 1106(3). Condicionó una ventaja fiscal al uso de azúcar de caña de producción nacional con el propósito mismo de afectar la venta de JMAF, por lo cual condicionó una ventaja “en relación con” la operación de la inversión de la Demandante que proporcionaba JMAF a la industria de embotelladoras de refrescos.

553. Finalmente, el Tribunal declara que esas violaciones de las obligaciones del Demandado conforme al Capítulo XI del TLCAN no dejan de ser ilícitas por el hecho de que el Demandado sostenga que sus actos fueron contramedidas legítimas. El Tribunal concluye que las contramedidas sólo excluyen la ilicitud de un acto que no esté en conformidad con una obligación frente al Estado ofensor; no con obligaciones frente a un tercer Estado ni, como aquí, frente a nacionales del Estado ofensor. El Tribunal concluye además que, conforme al TLCAN, los inversionistas tienen derechos sustantivos y procesales, por lo cual gozan de protección, conforme al Capítulo XI, frente a medidas adoptadas directamente contra ellos por un Estado receptor. Así ocurre aunque esas mismas medidas pudieran constituir contramedidas válidas si se adoptaran, en cambio, contra el Estado ofensor, y aun cuando esas contramedidas válidas en realidad generaran efectos secundarios que recayeran sobre nacionales del Estado ofensor.

XVI. LAUDO Y ORDEN

Por las razones que anteceden, EL TRIBUNAL DISPONE Y ORDENA CUANTO SIGUE:

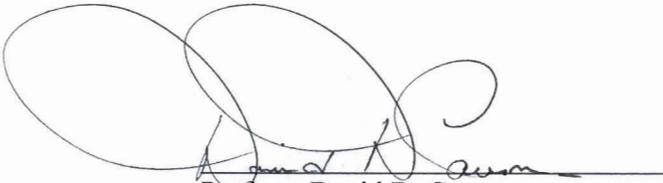
554. Declara que el Demandado ha actuado en contravención de las obligaciones que le impone el Artículo 1102 del TLCAN;
555. Rechaza la reclamación de daños y perjuicios por violación del Artículo 1103 del TLCAN formulada por la Demandante;
556. Declara que el Demandado ha actuado en contravención de las obligaciones que le impone el Artículo 1105 del TLCAN;
557. Declara que el Demandado ha actuado en contravención de las obligaciones que le impone el Artículo 1106 del TLCAN;
558. Rechaza la reclamación de daños y perjuicios por violación del Artículo 1110 del TLCAN formulada por la Demandante;
559. Ordena al Demandado pagar inmediatamente a la Demandante la suma de US\$77.329.240;
560. Ordena el pago de intereses correspondientes al presente Laudo a partir del 1 de enero de 2008, hasta que el pago se haya efectuado en su totalidad a un tipo de interés igual al tipo preferencial activo mensual aplicado por los bancos en Estados Unidos, compuesto anualmente;
561. Ordena al Demandado pagar en su totalidad las costas del presente arbitraje y la mitad de los costos de representación y asistencia de letrados de la Demandante, además de sus propios costos de representación, lo que hace un total de US\$3.296.140, subsistiendo la responsabilidad de la Demandante por la mitad restante de sus costos de representación y asistencia de letrados, lo que asciende a US\$1.675.473. Teniendo en cuenta las sumas ya gastadas, lo anterior equivale, en el caso del Demandado, a la obligación de pagar a la Demandante la suma de US\$2.085.473 por concepto de reembolso de costos;

562. Rechaza todas las restantes reclamaciones de indemnización.



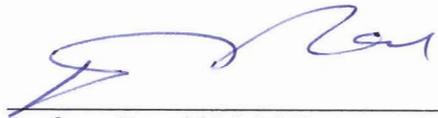
Doctor Michael C. Pyles
Presidente

Fecha: 13 de agosto de 2009



Profesor David D. Caron
Árbitro

Fecha: July 29, 2009



Profesor Donald M. McRae
Árbitro

Fecha: July 29, 2009