

**Marvin Roy Feldman Karpa**

**c.**

**Estados Unidos Mexicanos**

**(Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1)**

**Decisión provisional acerca de  
cuestiones jurisdiccionales preliminares**

I. Antecedentes procesales

1. El 30 de abril de 1999, el Sr. Marvin Roy Feldman Karpa (la parte demandante o el demandante) presentó ante el Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro), una Notificación de arbitraje contra los Estados Unidos Mexicanos (la parte demandada o México) en virtud del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), y simultáneamente, solicitó se aprobara su sometimiento al Mecanismo Complementario del CIADI, según lo previsto en el Artículo 1120 del TLCAN.

2. Mediante dicha Notificación de arbitraje, el demandante, en su calidad de ciudadano de los Estados Unidos de América, sometió una reclamación a arbitraje en virtud del Artículo 1117 del TLCAN, en nombre de la Corporación de Exportaciones Mexicanas, S.A. de C.V. (CEMSA), una empresa constituida y organizada de conformidad con las leyes de los

Estados Unidos Mexicanos y que es de propiedad de la parte demandante, la que tiene su control.

3. El 27 de mayo de 1999, el Secretario General del CIADI notificó a las partes que en ese mismo día había aprobado el uso del Mecanismo Complementario y había registrado la Notificación de arbitraje.

4. Conforme a lo dispuesto por el Artículo 1123 del TLCAN, el Tribunal estaría integrado por tres árbitros designados, uno por cada parte, y el tercero, que presidiría el Tribunal, por acuerdo de las partes. A su debido tiempo, el demandante designó al Profesor David A. Gantz, nacional de los Estados Unidos de América, y la parte demandada designó al Sr. Jorge Covarrubias Bravo, nacional de los Estados Unidos Mexicanos. Al no haber logrado las partes un acuerdo en cuanto a la designación del tercer árbitro y Presidente del Tribunal Arbitral, la parte demandante solicitó al Secretario General del CIADI que lo nombrara, según lo dispuesto en el Artículo 1124 del TLCAN. Tras plena consulta con las partes, el Secretario General nombró al Profesor Konstantinos D. Kerameus, un nacional de Grecia que integra la Lista de Árbitros del CIADI, como árbitro y Presidente del Tribunal.

5. El 18 de enero de 2000, el Secretario General del CIADI anunció que, al haber aceptado cada árbitro su nombramiento, el Tribunal se consideraba constituido y el procedimiento iniciado en esa fecha. Se designó al Sr. Alejandro A. Escobar, consejero jurídico principal del CIADI, para actuar como Secretario del Tribunal. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 22 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario, el Tribunal celebró su primera sesión, con las partes, en la ciudad de Washington, el 10 de

marzo de 2000. En esa primera sesión las partes confirmaron que el Tribunal había sido debidamente constituido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario y el Capítulo XI del TLCAN.

6. Después de esa primera sesión, en la cual el Tribunal consultó plenamente a las partes acerca de las cuestiones de procedimiento, el Tribunal dictó su Resolución Procesal No. 1, del 3 de abril de 2000, respecto del lugar del arbitraje, y su Resolución Procesal No. 2, del 3 de mayo de 2000, con respecto a una solicitud de medidas provisionales y al calendario del procedimiento.

7. En su Resolución Procesal No. 2, el Tribunal invitó a las partes a intercambiar solicitudes para la producción de documentos, y previó que los documentos serían producidos por cada una de las partes a más tardar el 15 de julio de 2000. El demandante presentaría su memorial a más tardar el 1° de septiembre de 2000, y la parte demandada presentaría su memorial de contestación a más tardar el 1° de noviembre de 2000.

8. Mediante comunicaciones del 23 de mayo y 20 de junio de 2000, el demandante informó al Tribunal acerca de algunas cuestiones que habían surgido en relación con la solicitud del demandante para la producción de documentos por la parte demandada. A dichas comunicaciones siguió una comunicación del 30 de junio de 2000 de la parte demandada y otra del 11 julio de 2000 del demandante. Además, cada una de las partes presentó una carta, ambas de fecha 14 de julio de 2000, con respecto a las comunicaciones mencionadas.

9. En su Resolución Procesal No. 3, del 17 de julio de 2000, el Tribunal ha determinado que en las comunicaciones mencionadas “se plantean cuestiones jurisdiccionales que ambas partes desean que el Tribunal considere y decida antes del intercambio de los alegatos por escrito sobre el fondo” de la cuestión. En esa Resolución, el Tribunal anunció que “se debe brindar a ambas partes la oportunidad de presentar escritos acerca de dichas cuestiones plenamente”, además de las observaciones ya hechas por las partes, aunque anunció que el Tribunal no preveía celebrar una audiencia con respecto a dichas cuestiones jurisdiccionales. En la Resolución, el Tribunal invitó a las partes a intercambiar memoriales escritos acerca de todas esas cuestiones y suspendió los plazos establecidos en la Resolución Procesal No. 2, relativos a la producción de documentos y de los alegatos por escrito sobre el fondo de la cuestión.

10. Mediante la carta de la Secretaría de fecha 17 de julio de 2000, el Tribunal informó a los pertinentes funcionarios de Canadá y los Estados Unidos de América acerca de las directivas impartidas en la Resolución Procesal No. 3, e invitó a Canadá y los Estados Unidos de América a presentar las comunicaciones que quisieran efectuar en virtud de lo dispuesto en el Artículo 1128 del TLCAN, respecto de la interpretación de las pertinentes disposiciones de dicho tratado, dentro del plazo para la presentación del memorial de contestación de la parte demandada acerca de las cuestiones jurisdiccionales.

11. Mediante cartas de fechas 18, 19 y 21 de julio de 2000, el demandante solicitó la revisión de la Resolución Procesal No. 3. Dicha solicitud fue objetada por la parte demandada en una carta de fecha 20 julio de 2000. Después del cuidadoso estudio de esta correspondencia de las partes, el Tribunal, en su Resolución Procesal No. 4 de fecha 3 de

agosto de 2000, confirmó las directivas impartidas en la Resolución Procesal No. 3, incluida la presentación preliminar de escritos acerca de las cuestiones jurisdiccionales, la suspensión de los plazos relativos a la producción de documentos y alegatos sobre el fondo de la cuestión, y las secuencias en que se requirió a las partes que presentaran escritos acerca de las cuestiones jurisdiccionales. En su Resolución Procesal No. 4, el Tribunal estableció un calendario revisado para la presentación de escritos acerca de las cuestiones jurisdiccionales que consideraría de manera preliminar, y especificó que dichas cuestiones serían las siguientes:

- a. Si la parte demandante ha presentado una reclamación en este procedimiento arbitral con respecto a una supuesta violación del Artículo 1102 del TLCAN.
- b. Si la parte demandante puede presentar otras reclamaciones, de haberlas, o modificar su reclamación, sobre la base de una supuesta violación del Artículo 1102 del TLCAN.
- c. Si la parte demandada tiene derecho a oponer cualquier excepción sobre la base del plazo de prescripción establecido en el Artículo 1117(2) del TLCAN y, en particular, si dicho plazo de prescripción afecta la consideración por el Tribunal de los hechos pertinentes a la reclamación o a las reclamaciones, y si la parte demandada se ve impedida de oponer dicha excepción.
- d. Si las medidas supuestamente adoptadas por la parte demandada durante el período comprendido entre fines de 1992 y el 1° de enero de 1994, cuando el

TLCAN entró en vigor y que, según se alega, constituyen una violación del TLCAN, del derecho internacional o del derecho mexicano, son pertinentes para fundar la reclamación o las reclamaciones.

- e. Si la parte demandante, en su calidad de ciudadano de los Estados Unidos de América y residente permanente registrado en México, está legitimado para presentar una acción legal en virtud del Capítulo XI del TLCAN.

12. Mediante cartas simultáneas de fecha 15 de agosto de 2000, Canadá y los Estados Unidos de América, ambos solicitaron un plazo de 14 días, a partir del último alegato de las partes respecto de la jurisdicción, para presentar sus respectivas comunicaciones sobre las cuestiones jurisdiccionales, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 1128 del TLCAN.

13. Mediante carta de fecha 18 de agosto de 2000, la parte demandada se remitió a las cartas del 15 de agosto de 2000 de Canadá y los Estados Unidos de América, y solicitó la modificación del calendario para la presentación de los escritos estipulado en la Resolución Procesal No. 4. En su carta, la parte demandada solicitó un plazo adicional para formular comentarios acerca de las comunicaciones presentadas en virtud del Artículo 1128 del TLCAN, así como acerca de las observaciones adicionales de la parte demandante respecto de la jurisdicción. Mediante una carta del 21 de agosto de 2000, el demandante se opuso a la mencionada modificación del calendario para la presentación de los escritos.

14. Mediante carta del Secretario del 24 de agosto de 2000, el Tribunal informó a las partes que, después del estudio de la correspondencia mencionada, no consideraba necesario

modificar el calendario para la presentación de escritos estipulado en la Resolución Procesal No. 4, conforme al cual “se ha brindado a las partes la oportunidad de presentar una segunda ronda simultánea de alegatos por escrito acerca de las cuestiones preliminares a fin de abordar, en forma de explicaciones adicionales, los argumentos ya formulados. Por lo tanto no se ha considerado necesaria una respuesta a dichas explicaciones adicionales”. Además, en la carta del Secretario de fecha 24 de agosto de 2000, se informó a las partes que el Tribunal deseaba recibir las comunicaciones que podían presentar Canadá y los Estados Unidos de América en virtud de lo dispuesto en el Artículo 1128 del TLCAN a más tardar el 6 de octubre de 2000 (a tal efecto, el Secretario envió una carta por separado, de fecha 24 de agosto de 2000, a Canadá y los Estados Unidos de América), y que, si bien las partes aún podían presentar observaciones respecto de dichas comunicaciones si lo deseaban, el Tribunal planeaba empezar a considerar las presentaciones sobre las cuestiones jurisdiccionales inmediatamente después de dichas comunicaciones.

15. El 21 de agosto de 2000, el demandante, según lo decidido por el Tribunal, presentó su memorial sobre las cuestiones jurisdiccionales.

16. Mediante comunicación del 29 de agosto de 2000, y documentación adjunta, la parte demandada solicitó al Tribunal que ordenara al demandante la producción de los documentos relativos a las cuestiones preliminares respecto de las cuales las partes están presentando sus escritos. Mediante comunicación del 31 de agosto de 2000, y documentación adjunta, el demandante se opuso a dicha solicitud. Mediante carta del Secretario de fecha 1° de septiembre de 2000, el Tribunal informó a las partes que, habiendo tomado debida nota de la correspondencia mencionada, no asumiría una postura acerca de la admisibilidad o

pertinencia de dicha solicitud de producción de documentos y que, si el Tribunal determinara que necesita explicaciones o documentación adicionales sobre cualquier cuestión preliminar una vez que las partes hubieran hecho sus presentaciones, así lo indicaría a las partes. En la misma carta, el Tribunal ordenó a ambas partes “cumplir con prontitud con toda solicitud de producción de documentos que ellas consideraran, de buena fe y después de haber puesto el máximo empeño, como admisibles, pertinentes y de otro modo inaccesibles a la parte que así lo solicitara”. Mediante carta del 6 de septiembre de 2000, y documentación adjunta, el demandante señaló que cumplía con la mencionada solicitud de producción de documentos formulada por la parte demandada “de conformidad con la invitación y directiva del Tribunal” del 1° de septiembre de 2000.

17. El 8 de septiembre de 2000, la parte demandada presentó su memorial de contestación, en inglés, acerca de las cuestiones jurisdiccionales. El 11 de septiembre de 2000, la parte demandada presentó su memorial de contestación en idioma español. Mediante carta del 2 de septiembre de 2000, el demandante solicitó las traducciones al inglés del Apéndice 1 y el Anexo 2 del memorial de contestación de la parte demandada. Mediante carta del 13 de septiembre de 2000, la parte demandada presentó dichas traducciones al inglés.

18. El 22 de septiembre de 2000, ambas partes presentaron simultáneamente sus respectivas observaciones adicionales, en idioma inglés, acerca de las cuestiones jurisdiccionales. El demandante y la parte demandada presentaron dichas observaciones adicionales, en español, el 27 y 28 de septiembre de 2000, respectivamente.



19. El 6 de octubre de 2000, Canadá y los Estados Unidos de América presentaron sus respectivas comunicaciones en virtud de lo dispuesto en el Artículo 1128 del TLCAN.

20. El mismo 6 de octubre de 2000, el demandante presentó una comunicación, con documentación adjunta, en la que indica que la presentación de la parte demandada del 22 de septiembre de 2000 incluía dos nuevas mociones, a saber, (1) una moción relativa a la producción de documentos e información, y (2) una moción relativa a la confidencialidad, incluida la realización de declaraciones públicas por las partes con respecto al procedimiento. En su comunicación del 6 de octubre de 2000, el demandante se opuso a ambas mociones.

21. Mediante comunicación del 20 de octubre de 2000, la parte demandada formuló observaciones acerca de las presentaciones de Canadá y los Estados Unidos de América, de la comunicación del demandante de fecha 6 de octubre de 2000 y de las observaciones adicionales del demandante del 22 de septiembre de 2000. La parte demandada concluye su comunicación del 20 octubre de 2000 con la solicitud de una audiencia respecto de las cuestiones preliminares acerca de las cuales las partes presentaron sus escritos. Mediante carta del 24 de octubre de 2000, el demandante indicó su oposición a la celebración de dicha audiencia acerca de las cuestiones preliminares.

## II. Cuestiones incidentales de procedimiento

22. El Tribunal ha dictado esta decisión sobre las cuestiones preliminares específicas enunciadas en la Resolución Procesal No. 4 y en el párrafo 11 precedente, sin celebrar una audiencia sobre el particular. En su Resolución Procesal No. 3, el Tribunal anunció que no

preveía celebrar una audiencia respecto de las cuestiones preliminares planteadas. Las partes han abordado plenamente por escrito las cuestiones especificadas en la Resolución Procesal No. 4, tanto en los alegatos previstos en esa misma Resolución como en sus respectivas comunicaciones posteriores. El Tribunal ha llegado a la conclusión de que las partes han esclarecido con creces las cuestiones preliminares en sus presentaciones por escrito y no ha visto la necesidad de celebrar una audiencia acerca de tales cuestiones preliminares.

23. Como se mencionó en el párrafo 20 anterior, se han planteado dos cuestiones procesales adicionales, una relativa a la producción de documentos y la otra relativa a una resolución acerca de la confidencialidad del procedimiento. El Tribunal ha estudiado estas cuestiones atentamente y ha decidido abordarlas en una resolución procesal por separado. Dicha resolución tratará además del reestablecimiento del calendario del procedimiento y las instrucciones conexas para las partes.

### III. Legitimación

24. La cuestión relativa a la legitimación del demandante en este caso (Resolución Procesal No. 4, párrafo 5 (e)) ha sido abordada extensamente por el demandante en su memorial, de fecha 21 de agosto de 2000, acerca de las cuestiones preliminares (párrafos 78-115), así como también en sus observaciones adicionales, del 22 de septiembre de 2000 (párrafos 3-17), y por la parte demandada en su memorial de contestación, de fecha 8 de septiembre de 2000, acerca de las cuestiones preliminares (párrafos 13-122), así como también en sus observaciones adicionales sobre las cuestiones preliminares, del 22 de septiembre de 2000 (párrafos 5-14). En virtud del Artículo 1128 del TLCAN, también se

invitó a los demás Estados parte del TLCAN a presentar comunicaciones al Tribunal acerca de las cuestiones preliminares en la medida en que constituyan cuestiones de interpretación del TLCAN. Los Gobiernos de Canadá y los Estados Unidos de América, ambos presentaron dichas comunicaciones el 6 de octubre de 2000, pero sólo los Estados Unidos de América incluyeron observaciones acerca de la cuestión de la legitimación (párrafos 2-12). La parte demandada contestó estas observaciones, así como las observaciones adicionales del demandante, en una comunicación del 20 octubre de 2000 (párrafos 5-39 y 57-66). La mayoría de los memoriales y observaciones de las partes se vieron acompañados de anexos referentes tanto a materias de derecho como de hecho.

25. El Artículo 1117 (1) (a) del TLCAN es la principal disposición aplicable respecto de la cuestión de la legitimación que se está analizando. Esta disposición figura en la Sección B (“Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte”) del Capítulo XI (“Inversión”) del TLCAN. En su parte pertinente, el Artículo 1117 (1) (a) establece lo siguiente:

“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 ...

“... ”

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

26. Además, el Artículo 1139 del TLCAN contiene la siguiente definición de “inversionista de una Parte”:

“**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”.

El Artículo 201 del TLCAN contiene la siguiente definición de “nacional”:

“**nacional** significa una persona física que es ciudadana o residente permanente de una Parte y cualquier otra persona física a que se refiera el Anexo 201.1”.

Por último, en el Anexo 201.1 del TLCAN se dispone en parte que “nacional” también incluye: “a) respecto a México, a los nacionales o ciudadanos conforme a los Artículos 30 y 34 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respectivamente”.

27. Habida cuenta de estos antecedentes las Partes en este caso al parecer están de acuerdo respecto de los siguientes hechos básicos, que también se ven respaldados por las pruebas por escrito presentadas al Tribunal: el demandante es un ciudadano de los Estados Unidos de América por nacimiento. No es ciudadano de ningún otro Estado. Vivió en los

Estados Unidos de América durante los 33 primeros años de su vida, en tanto que ha residido permanentemente en México durante los siguientes 27 años. Tiene pasaporte de los Estados Unidos de América y número de Seguridad Social de este país. Sigue estando registrado para votar en San Antonio, Texas. Se ha casado con ciudadanas de México en dos ocasiones, la primera en 1974, y otra vez en 1999. Es padre biológico de cuatro hijos, nacidos en 1974, 1986, 1981 y 1988, todos los cuales son ciudadanos tanto de México como de los Estados Unidos de América y habitualmente residen en la Ciudad de México.

28. Después de trasladarse a México en 1973, el demandante estableció en este país el centro de su actividad comercial. Primero obtuvo la calidad de “inmigrante”, la que se transformó en 1991 en la de “inmigrado”. Conforme a la Ley General de Población (LGP) de México, “inmigrado” es un residente permanente que ha adquirido el derecho de residencia definitiva en el país (véase la información proporcionada por el Dr. Sergio López Ayllón, Anexo 1 del memorial de contestación de la parte demandada, pág. 2, Sección II (2) (5)). El demandante nunca obtuvo la ciudadanía mexicana ni hay señal alguna de que jamás la haya solicitado.

29. Cabe agregar que, después de surgidas las controversias entre el demandante y las autoridades mexicanas acerca de si se debían otorgar también devoluciones fiscales para la exportación a CEMSA en su calidad de exportador, aunque no de fabricante, de tabaco procesado, la embajada de los Estados Unidos de América en México intervino varias veces a favor del demandante y escribió al Secretario de Hacienda y Crédito Público de México (véanse las cartas del 29 marzo de 1995; 17 de diciembre de 1997 y 6 de abril de 1999, Anexos G, H, I del memorial del demandante). Dicha representación diplomática siempre se

basó en la calidad de ciudadano de los Estados Unidos de América del demandante. No hay señales de que dicha representación fuera denegada por falta de legitimación. Lo mismo se aplica a la determinación por las pertinentes autoridades competentes acerca de si algunas medidas supuestamente tomadas por el gobierno de México y objeto de queja por el demandante constituyeron una expropiación en virtud de los Artículos 1110 y 2103 (6) del TLCAN. Véase la carta del 17 de febrero de 1999 enviada por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de América a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de México, Anexo 6 del memorial de contestación de la parte demandada.

30. Habida cuenta de los antecedentes jurídicos y de hecho de este caso, el Tribunal considera adecuado recordar que, en virtud del derecho internacional general, la ciudadanía, más que la residencia o cualquier otra relación geográfica, es el principal factor vinculante entre el Estado y una persona física. La residencia, aún cuando sea permanente o de otro modo autorizada o certificada oficialmente, sólo cumple una función subsidiaria que, como cuestión de principio, no constituye, ni entra en pugna con la ciudadanía. En especial, en cuestiones de legitimación en procedimientos judiciales o arbitrales internacionales u otras formas de protección diplomática, se considera que la ciudadanía, más que la residencia, determina la vinculación pertinente, con sujeción a reglas específicas.

31. En consecuencia, los problemas de doble nacionalidad, incluida la determinación de la “nacionalidad dominante o efectiva”, suponen la existencia de una ciudadanía doble, que vincule al mismo individuo a dos Estados con el vínculo legal de la ciudadanía en su acepción generalmente aceptada. A fin de evitar malos entendidos, el Tribunal señala que, con respecto a las cuestiones analizadas aquí, en esta decisión provisional no resulta

pertinente ni se atiende a ninguna distinción entre ciudadanía y nacionalidad. Mientras que la ciudadanía puede estar más relacionada con los aspectos internos, y la nacionalidad más con los aspectos internacionales del vínculo jurídico entre un Estado y una persona física, dicha distinción, aunque útil para otros fines, no es pertinente en este caso. En consecuencia, las dos expresiones se utilizarán indistintamente en los párrafos siguientes.

32. Por iguales motivos, la opinión *Nottebohm* de la Corte Internacional de Justicia (Liechtenstein c. Guatemala, [1995] I.C.J. Reports 4), que se ha mencionado reiteradamente no es precisamente relevante. En *Nottebohm* la cuestión era si la nacionalidad de Liechtenstein otorgada a Nottebohm “en circunstancias excepcionales de celeridad y gracia”, y sin ningún vínculo sustancial, podría prevalecer contra Guatemala, país con el cual Nottebohm tenía un estrecho vínculo de larga data, como justificación del procedimiento entablado por Liechtenstein ante la Corte Internacional de Justicia. En cambio, aquí no hay duda alguna acerca del otorgamiento genuino y ordinario por nacimiento de la ciudadanía estadounidense al demandante. Por lo tanto, no estamos, en términos de la relación Estado-individuo, ante un conflicto entre, por una parte, la residencia permanente y, por la otra, el otorgamiento superficial o artificial de la ciudadanía, sino entre la primera y una ciudadanía que fue concedida en circunstancias normales en primer lugar y no sufrió posteriormente un corte total de la relación. En estas circunstancias, la ciudadanía debe, como cuestión de principio, prevalecer por sobre la residencia permanente, en lo que a la cuestión de legitimación se refiere.

33. Este resultado, obtenido conforme a los principios generales del derecho internacional, ahora debe cotejarse con el marco jurídico del TLCAN. Como ya se indicó

(véase el párrafo 24 anterior), el Artículo 201 del TLCAN en su parte pertinente define a “nacional” como a “una persona física que es ciudadana o residente permanente de una Parte”. En consecuencia se ha aducido que este Artículo equipara la residencia permanente con la nacionalidad a todos los fines y, por lo tanto, en el presente caso surge un caso de doble nacionalidad que exigiría la determinación de la nacionalidad dominante o efectiva.

34. El Tribunal no puede aceptar dicha interpretación por dos razones. La primera se vincula con la estructura misma del Artículo 1117 (1) (a) del TLCAN, que es la disposición aplicable en este caso con respecto a la legitimación de un inversionista de un Estado Parte (compárese con el párrafo 23 anterior). Esta definición se ve complementada por la definición contenida en el Artículo 1139 del TLCAN, de acuerdo con la cual “inversionista de una Parte” significa, entre otras personas, “un nacional o empresa de dicha Parte, que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión” (compárese con el párrafo 24 anterior). En el marco de las disposiciones mencionadas y transcritas, al parecer el concepto de “nacional” según se define en el Artículo 201 del TLCAN sólo es pertinente en este caso con respecto a un Estado Parte distinto de aquel en que se realiza la inversión. De hecho, el Artículo 1117 (1) se refiere literalmente a “[el] inversionista de una Parte, en representación de una empresa de otra Parte”. Por lo tanto, la definición de “nacional” como “una persona física que es ciudadana o residente permanente de una Parte” es necesaria en este contexto para complementar la definición contenida en el Artículo 1139 de “inversionista de una Parte” que, en el marco de la aplicación del Artículo 1117 (1), se refiere a un inversionista de una Parte distinta de aquella en la que se realiza la inversión. Dicha interpretación contextual del trato igual de nacionales y residentes permanentes lleva a que los residentes permanentes



sean tratados como nacionales en un determinado Estado Parte sólo si ese Estado es diferente del Estado donde se realiza la inversión.

35. Este resultado se ve además corroborado por los mismo fines del TLCAN. Se han señalado las disposiciones del Artículo 102 (1) (c) y (e), conforme a las cuales: “Los objetivos del presente Tratado, desarrollados de manera más específica a través de sus principios y reglas”, son “aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes” y “crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias”. Dicho aumento tanto de las oportunidades de inversión como de su protección efectiva también se ven respaldadas por la ampliación del círculo de inversionistas que habrán de protegerse, a fin de abarcar también, además de los nacionales de otro Estado Parte, a los residentes permanentes en éste. En consecuencia, por ejemplo, un inversionista de una Parte, habilitado para procurar el arbitraje en virtud de lo dispuesto en el Capítulo XI no sólo puede ser un ciudadano de los Estados Unidos de América, sino también un ciudadano francés, siempre que sea un residente permanente en los Estados Unidos de América. Este es, en opinión del Tribunal, el significado y la función debidos de la definición de “nacional[es]” contenida en el Artículo 201 del TLCAN.

36. Según la interpretación anteriormente explicitada (párrafos 33-35), que concuerda con los principios generales del derecho internacional (véanse los párrafos 30-32 precedentes), el demandante en este caso, que es ciudadano de los Estados Unidos de América y únicamente de los Estados Unidos de América, y a pesar de su residencia permanente (calidad de *inmigrado*) en México, está legitimado para entablar una acción legal en el presente arbitraje

de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo XI del TLCAN. En efecto, el demandante, en su calidad de ciudadano de los Estados Unidos de América no debe ser excluido de la protección dispuesta por el Capítulo XI por el sólo hecho de que también es un residente permanente en México.

37. En consecuencia, el Tribunal rechaza la excepción preliminar de la parte demandada relativa a la falta de legitimación del demandante debido a su residencia permanente en México.

38. Al haber llegado a la conclusión inmediatamente precedente (párrafo 37), el Tribunal no considera necesario referirse a la alegación del demandante de que la excepción de la parte demandada acerca de la legitimación del demandante no es oportuna (memorial del demandante, párrafos 111-115).

#### IV. Plazo de prescripción

39. La cuestión del plazo de prescripción establecido en el Artículo 1117 (2) del TLCAN (Resolución Procesal No. 4, párrafo 5 (c)) fue tratada extensamente por el demandante en su memorial (párrafos 26-66), así como también en sus observaciones adicionales (párrafos 40-60), y por la parte demandada en su memorial de contestación (párrafos 189-222) y en sus observaciones adicionales (párrafos 38-43). La cuestión también fue abordada por los gobiernos de Canadá y los Estados Unidos de América en sus comunicaciones (párrafos 10-15 y 13-18, respectivamente).

40. El Artículo 1117 (2) del TLCAN dispone lo siguiente:

“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”.

41. Si bien es evidente que la disposición adopta, como es costumbre tanto en los procesos litigiosos como arbitrales, un plazo de prescripción, y lo fija en tres años, la disposición debe interpretarse teniendo en cuenta otros dos conjuntos más de disposiciones incluidas en la misma Sección B del Capítulo XI. Por otra parte, el significado de “presentar una reclamación” no está claro, puesto que el TLCAN también se refiere a la notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje (Artículo 1119), al sometimiento de la reclamación al arbitraje (Artículo 1120 (1)), y al momento en que la reclamación se considera sometida al procedimiento arbitral (Artículo 1137 (1)).

42. Por otra parte, el mismo TLCAN dispone otras restricciones en cuanto a los plazos a fin de permitir que proceda el arbitraje. Es así que, según lo dispuesto en el Artículo 1118, “Las partes contendientes intentarán primero dirimir la controversia por vía de consulta o negociación”, y en este artículo no se pone ningún plazo. Además, según el Artículo 1119, la notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje deberá enviarse a la parte contendiente “cuando menos 90 días antes de que se presente formalmente la reclamación”. Asimismo, según lo previsto en el Artículo 1120 (1) un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje “siempre que hayan transcurrido seis meses desde que

tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación”. Por último, si bien el TLCAN no se aplica en principio a las medidas impositivas (Artículo 2103 (1)), hay varias excepciones. Entre ellas, el Artículo 1110 sobre la expropiación e indemnización se aplicará a las medidas impositivas y el arbitraje es procedente a menos que se haya determinado que la medida no es una expropiación. Si las autoridades competentes no llegaran a un acuerdo en cuanto a que la medida no es una expropiación dentro de un período de seis meses después de que la cuestión les hubiera sido sometida , podrá someterse a arbitraje la reclamación correspondiente a las medidas impositivas que se alega constituyen una expropiación (Artículo 2103 (6)).

43. Teniendo en cuenta estos antecedentes jurídicos, en el expediente consta que la notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje fue enviada el 16 de febrero de 1998, en tanto que la notificación de arbitraje fue recibida por el Secretario General el 30 de abril de 1999, es decir, más de 14 meses después. Por otra parte, las medidas objeto de queja por el demandante prácticamente se extienden durante todo período a partir de 1990 o 1991. Por lo tanto, adquiere relevancia la cuestión del momento de interrupción del plazo de prescripción: según que este efecto lo produzca la notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje o la notificación del arbitraje, el plazo de prescripción de tres años puede afectar las medidas que se alega han sido tomado antes del 16 de febrero de 1995, o del 30 de abril de 1996, respectivamente, es decir, tres años contados hacia atrás a partir de cada notificación.

44. La terminología del TLCAN con respecto al inicio del arbitraje no siempre es coherente. En particular no está claro si el Artículo 1117 (3) hace la distinción entre

“presentar una reclamación” y “someter una reclamación a arbitraje”, como alega el Gobierno de los Estados Unidos de América (párrafo 16) con respecto a la situación especial de México en virtud del Anexo 1120.1. Sin embargo, sin perjuicio de esta discrepancia, el Tribunal opina que el Artículo 1117 utiliza la expresión “presentar una reclamación” en sentido general y no vinculado con el tiempo o centrado en el tiempo. “Presentar una reclamación” se utiliza para referirse a la activación definitiva de un procedimiento arbitral, y no para indicar con precisión el momento de inicio de un arbitraje (véase también el Artículo 1117 (4): “Una inversión no podrá presentar una reclamación conforme a esta sección”). La disposición pertinente se encontrará en el Artículo 1137 (1) (b) donde, bajo el título de “Disposiciones generales” del artículo, y aquel de “Momento en que la reclamación se considera sometida al procedimiento arbitral” del primer párrafo, se establece lo siguiente:

- “ 1. Una reclamación se considera sometida a arbitraje en los términos de esta sección cuando:
- (a) ...
  - (b) la notificación de arbitraje de conformidad con el Artículo 2 de la Parte C de las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI ha sido recibida por el Secretario General; o
  - (c) ...”

En consecuencia, es el momento en que la notificación de arbitraje fue recibida por el Secretario General, más que el momento de envío de la notificación de intención de someter

la reclamación a arbitraje, el que puede interrumpir el transcurso del plazo de prescripción en virtud de lo dispuesto en el Artículo 1117 (2) del TLCAN.

45. Naturalmente hay sistemas en virtud de los cuales el solo hecho de tomar medidas preparatorias para iniciar un litigio o arbitraje puede tener el efecto de interrumpir el transcurso del plazo de prescripción (véanse, por ejemplo, el Código Civil Alemán, Artículos 210 y 220 (1), y el Código Civil Griego, Artículos 262 y 269). Pero en dichos casos normalmente se establece un período adicional después de tomadas las medidas preparatorias dentro del cual el (posible) demandante debe presentar definitivamente la reclamación. En el TLCAN dichos plazos adicionales no existen. Tanto el período de 90 días establecido en el Artículo 1119 y el período de espera de seis meses previsto en el Artículo 1120 (1), así como el posterior período de seis meses previsto en el Artículo 2103 (6) (véase el párrafo 44 precedente), son tan sólo plazos mínimos y no máximos. Por lo tanto es coherente afirmar que el TLCAN ha adoptado la recepción de la notificación de arbitraje, en lugar de cualquier medida anterior, como momento crítico que detiene el transcurso del plazo de prescripción.

46. Por otra parte, aún teniendo en cuenta todos los períodos preparatorios, al parecer todavía le quedan al demandante unos 30 meses de plazo “puro” de prescripción para proceder en definitiva al arbitraje. En verdad, el Artículo 1120 (1) dispone un período de espera de seis meses entre el momento en que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación y el sometimiento de la reclamación al arbitraje. Este período bien puede transcurrir al mismo tiempo que el período de seis meses para determinar que una medida impositiva no es una expropiación, puesto que con posterioridad el inversionista puede presentar su reclamación a arbitraje (Artículo 2103 (6)). Tampoco se excluye la concurrencia

respecto del período de 90 días posteriores al envío de la notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje, puesto que con posterioridad el inversionista también puede presentar su reclamación a arbitraje (Artículo 1119). En síntesis, entonces, estos tres períodos preparatorios son concurrentes, en lugar de consecutivos, y bien pueden reducirse a un período único de seis meses. Es así que el período de prescripción de tres años previsto en el Artículo 1117 (2) podría reducirse a unos 30 meses de tiempo disponible.

47. Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes (párrafos 39-46), el Tribunal llega a la conclusión de que la fecha límite del plazo de prescripción de tres años en virtud del Artículo 1117 del TLCAN (2) es el 30 de abril de 1996, y no el 16 de febrero de 1995.

48. Sin embargo, éste no es el fin de la cuestión. De hecho, el demandante alega que (a) las Partes el 1° de junio de 1995, o aproximadamente en esa fecha, llegaron a un acuerdo con respecto al derecho de CEMSA (la empresa mexicana del demandante) a exportar cigarrillos y recibir devoluciones fiscales para dichas exportaciones; la parte demandada se apartó de este acuerdo en noviembre-diciembre de 1997 y confirmó formalmente este apartamiento en febrero de 1998; por lo tanto, el plazo de prescripción previsto en el Artículo 1117 (2) se suspendió por unos 32,5 meses, es decir, a partir del 1° de junio de 1995 hasta mediados de febrero de 1998 (memorial del demandante, párrafos 52-55; observaciones adicionales del demandante, párrafos 53-60), y (b) la parte demandada se ve impedida conforme a principios de equidad de invocar plazo de prescripción alguno en este caso debido a que la parte demandada dio al demandante la seguridad de que las exportaciones serían permitidas y de que las devoluciones serían pagadas a CEMSA (memorial del demandante, párrafos 56-59; observaciones adicionales del demandante, párrafos 45-60). Ambas alegaciones son negadas

en derecho y en especial en los hechos por la parte demandada (memorial de contestación de la parte demandada, párrafos 209-222).

49. Como ambas alegaciones exigen un análisis sustancial de los hechos, el Tribunal decide unir estos dos aspectos de la cuestión relativa a la prescripción (párrafo 48 anterior) al examen del fondo de la diferencia.

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

50. La cuestión planteada aquí es si la parte demandante ha presentado o puede presentar otras reclamaciones, o modificar sus reclamaciones, sobre la base de una supuesta violación del Artículo 1102 del TLCAN con respecto a la denegación del trato nacional. La cuestión (Resolución Procesal No. 4, párrafo 5 (b)) fue tratada extensamente por el demandante en su memorial (párrafos 8-25) así como también en sus observaciones adicionales (párrafos 25-39), y por la parte demandada en su memorial de contestación (párrafos 179-188) así como en sus observaciones adicionales (párrafos 27-37). La cuestión también fue abordada por el Gobierno de Canadá en su comentario (párrafos 7-9).

51. Del expediente parece surgir que el demandante en su notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje en virtud del Artículo 1119 del TLCAN anunció una reclamación basada en la supuesta violación de los Artículos 1102, 1104, 1105, 1106 y 1100. Sin embargo, en su posterior notificación de arbitraje, la parte demandante omitió valerse nuevamente de una supuesta violación del Artículo 1102. Por lo tanto, el Tribunal propuso considerar, entre otras cosas, las siguientes cuestiones preliminares:



- a. Si la parte demandante ha presentado una reclamación en este procedimiento arbitral con respecto a una supuesta violación del Artículo 1102 del TLCAN.
  
- b. Si la parte demandante puede presentar otras reclamaciones, de haberlas, o modificar su reclamación, sobre la base de una supuesta violación del Artículo 1102 del TLCAN.

El Tribunal pasará ahora a considerar las dos cuestiones conjuntamente.

52. El Artículo 48 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario (el Reglamento de Arbitraje) dispone lo siguiente bajo el título de “Reclamaciones subsidiarias”:

“1) Salvo que las partes acuerden otra cosa, cualquiera de ellas podrá presentar una reclamación incidental o adicional o una reconvencción, siempre que tal reclamación subsidiaria esté comprendida en el alcance de la cláusula compromisoria estipulada por las partes.

“2) Cualquier reclamación incidental o adicional se presentará a más tardar en la réplica y una reconvencción a más tardar en la contestación de la demanda a menos que el tribunal, previa justificación de la parte que presente la reclamación subsidiaria y luego de considerar cualquier excepción de la otra parte, autorice la presentación de la reclamación en una etapa posterior del procedimiento”.

53. Al respecto, la parte demandada se vale del Artículo 1120 (2) del TLCAN, en virtud del cual: “Las reglas aplicables al procedimiento arbitral seguirán ese procedimiento salvo en la medida de lo modificado en esta sección”. La parte demandada aduce que la Sección B del Capítulo XI, y precisamente los Artículos 1119, 1120 y 1121 del TLCAN han modificado el Artículo 48 del Reglamento de Arbitraje (véase el memorial de contestación de la parte demandada, párrafos 181, y las observaciones adicionales, párrafos 27-37). El Gobierno de Canadá en su comunicación (párrafos 8-9) adopta la misma opinión.

54. El Tribunal no puede aceptar este enfoque. Considera que, para que la excepción contenida en el Artículo 1120 (2) del TLCAN sea efectiva, debe existir una regla en la Sección B del Capítulo XI que se refiera específicamente a la cuestión de las reclamaciones subsidiarias. Dicha regla al parecer no existe. Por lo tanto, la cuestión de las reclamaciones subsidiarias sigue sin ser tratada en la Sección B del Capítulo XI y se rige por el Artículo 48 del Reglamento de Arbitraje. En cuanto a lo demás, la referencia contenida en el Artículo 1120 (2) a “Las reglas aplicables al procedimiento arbitral” se justifica plenamente por el hecho de que en el párrafo 1 del mismo artículo se enumeran tres cuerpos alternativos de sistemas de arbitraje que en definitiva pueden aplicarse.

55. El Tribunal observa que otros tribunales arbitrales han adoptado la misma opinión en virtud del Capítulo XI del TLCAN, ya sea conforme al Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI (*Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, laudo del 30 de agosto de 2000, Anexo 1 de las observaciones adicionales del demandante, párrafos 67-69) o conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (*Ethyl Corporation c. Gobierno de Canadá*, laudo del 24 de junio de 1998, 38 I.L.M. 708, 729-730,

párrafos 93-95 [1999]; véase también *Pope & Talbot c. Gobierno de Canadá*, laudo del 7 agosto de 2000, Anexo 3 de las observaciones adicionales del demandante, párrafos 22-29).

56. En la medida en que el punto de vista de la parte demandada se basa en la necesidad de cumplir con el requisito estipulado en el Artículo 1119 del TLCAN (véase el memorial de contestación de la parte demandada, párrafos 180, 181 y 183), es decir, en que deben haberse especificado las disposiciones del TLCAN supuestamente violadas y cualquier otra disposición pertinente, cabe señalar que dicha especificación ya ha tenido lugar *in casu* puesto que en la notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje enviada por el demandante se ha mencionado el Artículo 1102 acerca del trato nacional. Por lo tanto, el Tribunal es del parecer de que, aun sin perjuicio de la debida interpretación del Artículo 1120 (2) del TLCAN (párrafos 51-56 anteriores), la principal preocupación de la parte demandada ya se ha tenido en cuenta aquí.

57. Naturalmente que también deben cumplirse otros requisitos establecidos en el Artículo 48 del Reglamento de Arbitraje. En particular: (a) la reclamación subsidiaria debería estar comprendida en el alcance de la cláusula compromisoria estipulada por las partes (Artículo 48 (1)), y (b) dicha reclamación subsidiaria en principio debería presentarse a más tardar en la réplica (Artículo 48 (2)).

58. El Tribunal ha determinado que se han cumplido ambos requisitos. En primer lugar, el consentimiento dado por ambas partes al arbitraje depende, según el Artículo 1122 (2) (a) del TLCAN, de “las Reglas del Mecanismo Complementario que exigen el consentimiento por escrito de las partes”. Además, según el Artículo 3 (1) (d) del Reglamento de Arbitraje,

la notificación de arbitraje “contendrá información relativa a las cuestiones controvertidas y una indicación de la cantidad de que se trate, si la hubiere”. Este artículo no exige asimismo la enumeración de las disposiciones supuestamente violadas por el Estado parte demandado; de acuerdo con dicho artículo, basta la identificación de las cuestiones controvertidas. Las mencionadas cuestiones se han identificado en la notificación de arbitraje que se analiza, incluida la alegación explícita y reiterada de discriminación, aunque no exista una referencia especial al Artículo 1102 del TLCAN (véanse las páginas 4, 5, 6, 8 y 9). En consecuencia, al parecer el demandante ha presentado una reclamación respecto de la supuesta violación del trato nacional, que es otra expresión para indicar la discriminación, es decir, una supuesta violación del Artículo 1102. Además, no obstante, dicha reclamación subsidiaria está comprendida en el alcance de la cláusula compromisoria estipulada por las partes y, por lo tanto, es admisible en el presente procedimiento arbitral. Por otra parte, esta reclamación subsidiaria ha sido presentada oportunamente, puesto que el plazo estipulado en el Artículo 48 (2) del Reglamento de Arbitraje es el de la presentación de la réplica, en tanto que en el presente caso ni siquiera se han presentado los memoriales principales. Por lo demás, las reclamaciones comprendidas en el Artículo 1102 (así como en el 1103) pueden someterse a arbitraje en virtud del Artículo 2103 (4) (b) sin hacer referencia a las autoridades competentes conforme al Artículo 2103 (6), referencia que se limita sólo a la expropiación.

59. Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas (párrafos 27-35), el Tribunal ha llegado a la conclusión de que la reclamación relativa a la supuesta violación del trato nacional o la violación del Artículo 1102 del TLCAN se ha presentado debidamente ante el Tribunal puesto que ha sido materialmente incluida en la notificación de arbitraje. Además,

en la medida en que se presentó posteriormente como reclamación subsidiaria, el Tribunal acepta dicha reclamación incidental o adicional.

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

60. Esta cuestión (Resolución Procesal No. 4, párrafo 5 (d)) se relaciona con el hecho de si las medidas supuestamente adoptadas por la parte demandada durante el período comprendido entre fines de 1992 y el 1° de enero de 1994, cuando el TLCAN entró en vigor y que, según se alega, constituyen una violación del TLCAN, del derecho internacional o del derecho mexicano, son pertinentes para fundar la reclamación o las reclamaciones. La cuestión fue tratada por el demandante en su memorial (párrafos 67-77), así como en sus observaciones adicionales (párrafos 61 y 62), y por la parte demandada en su memorial de contestación (párrafos 223-266), así como en sus observaciones adicionales (párrafos 44-51). La cuestión también fue abordada por el Gobierno de Canadá en su comentario (párrafos 16-19).

61. El Tribunal ha tomado debido conocimiento de las respectivas alegaciones de las partes y observa que su jurisdicción en virtud del Artículo 1117 del TLCAN (1) (a), en el que se basa este arbitraje, sólo se limita a las reclamaciones que surgen de una supuesta violación de una obligación en virtud de la Sección A del Capítulo XI del TLCAN. Por lo tanto, el Tribunal no tiene, en principio, jurisdicción para decidir las reclamaciones originadas en una supuesta violación del derecho internacional o del derecho mexicano. Ambos sistemas jurídicos mencionados (el derecho internacional y el derecho mexicano) pueden resultar relevantes en la medida en que una disposición pertinente contenida en la Sección A del

Capítulo XI se refiera expresamente a ellos, o en que se cumpla con los requisitos del Artículo 1131 (1) en el sentido de que: “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”. Fuera de ello, el Tribunal no está autorizado para investigar supuestas violaciones del derecho internacional ni del derecho mexicano.

62. La subordinación del Tribunal a la supuestas violaciones de la Sección A del Capítulo XI del TLCAN también entraña que la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal se convierte asimismo en jurisdicción *ratione temporis*. Como el TLCAN, y en especial una parte particular del TLCAN, proporciona el único marco normativo en el cual el Tribunal puede ejercer su autoridad jurisdiccional, el ámbito de aplicación del TLCAN en función del tiempo determina también la jurisdicción del Tribunal *ratione temporis*. Habida cuenta de que el TLCAN entró en vigor el 1° de enero de 1994, no existían obligaciones contraídas en virtud del TLCAN con anterioridad a esa fecha, y la jurisdicción del Tribunal en consecuencia no las abarca. La intención del mismo TLCAN no es tener efecto retroactivo alguno. En consecuencia, este Tribunal no puede tratar actos u omisiones ocurridos antes del 1° de enero de 1994. Sin embargo, esto también significa que si ha habido un curso permanente de acción de la parte demandada iniciado antes del 1° de enero de 1994 y continuado después de esa fecha y que, por lo tanto, “se convirtieron en violaciones” de la Sección A del Capítulo XI del TLCAN en esa fecha (1° de enero de 1994), esa parte posterior al 1° de enero de 1994 de la supuesta actividad de la parte demandada *sí está* sujeta a la jurisdicción del Tribunal, como lo señala el Gobierno de Canadá (párrafos 18 y 19), lo

que también reconoce la parte demandada (memorial de contestación, párrafo 232). Toda actividad anterior a esa fecha, aunque de otro modo fuera idéntica a su continuación después de la entrada en vigor del TLCAN, no está sujeta a la jurisdicción del Tribunal en función del tiempo.

63. Sobre la base de las consideraciones anteriores (párrafos 60-61), el Tribunal determina que únicamente las medidas supuestamente tomadas por la parte demandada con posterioridad al 1° de enero de 1994, cuando el TLCAN entró en vigor y que, según se alega, constituyen una violación del TLCAN, son pertinentes para respaldar la reclamación o reclamaciones que se analizan.

6 de diciembre de 2000

---

Jorge Covarrubias Bravo  
Árbitro

---

David A. Gantz  
Árbitro

---

Konstantinos D. Kerameus  
Presidente