



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

CARGILL, INC.
(DEMANDANTE)

C.

LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
(DEMANDADA)

CASO CIADI NO. ARB(AF)/04/05

ESCRITO DE DÚPLICA

Por los Estados Unidos Mexicanos:

Secretaría de Economía

Luis Alberto González García

Alejandra Treviño Solís

Consultores externos:

Thomas & Partners

J. Christopher Thomas, Q.C.

J. Cameron Mowatt

Alejandro Barragán

Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP

Stephan E. Becker

Sanjay Mullick

Consejero Especial:

Profesor James Crawford SC

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	OBJECIONES DE INCOMPETENCIA.....	1
III.	RESUMEN DE LOS HECHOS.....	2
	A. La controversia en materia de edulcorantes	2
	B. El reto que constituyó el programa azucarero de Estados Unidos	2
	C. Al replicar las barreras a la importación de Estados Unidos se creó un mercado nuevo en México para la fructosa	3
	D. La controversia resultante de las modificaciones al TLCAN exigidos por Estados Unidos	6
	E. Las consecuencias para México de la postura de Estados Unidos	7
	F. La existencia de una genuina disputa entre las Partes.....	8
	G. La postura de la industria estadounidense de edulcorantes en ese entonces.....	9
	1. El excedente de fructosa	10
	2. El excedente de azúcar refinado	11
	3. La posición de Estados Unidos de negociar en relación con México puede remontarse a la posición de ADM en la reunión del <i>Corn Refiners Association</i> en febrero de 2000	13
	H. Las pruebas que constan en el expediente contradicen la descripción de la industria de edulcorantes estadounidense que presenta Cargill	14
	I. Los procedimientos instaurados en contra de las cuotas antidumping	19
	J. Permiso de importación	23
	K. Acontecimientos recientes sobre la reclamación de México	24
IV.	ARGUMENTOS JURÍDICOS	26
	A. Trato Nacional	26
	1. La aplicación del capítulo XI tiene limitantes territoriales.....	26

2.	No hay pruebas de que se haya discriminado a Cargill como inversionista o a su inversión en razón de su nacionalidad.....	26
3.	El artículo 1102 es distinto por completo del artículo 301 y del artículo III del GATT.....	29
4.	Cargill de México y los productores azucareros mexicanos no estaban en circunstancias similares.....	31
B.	No hubo denegación de trato de nación más favorecida.....	34
C.	No hubo denegación de nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario.....	35
D.	No se ha establecido ningún requisito de desempeño a Cargill o su inversión.....	40
E.	No ha habido una expropiación	41
1.	La inversión de la demandante	42
2.	Los efectos reales de la medida(s) que se dice fueron equivalentes a una expropiación de la inversión de la demandante	43
3.	La jurisprudencia citada por la demandante	45
F.	Contramedidas	49
1.	Las Partes del TLCAN no pueden decidir cuando van a someterse al procedimiento de solución de controversias	49
2.	El capítulo XI no se encuentra aislado herméticamente del tratado de libre comercio del que forma parte.....	52
3.	México llegó a un “punto muerto” con Estados Unidos por más de un año después de que se solicitara que se estableciera un panel.....	52
4.	México adoptó las contramedidas tras concluir que las negociaciones no estaban dando resultados.....	54
5.	Es incorrecto afirmar que “no agotó todas las opciones”	55
6.	El argumento de Cargill sobre “partes esenciales” puede ser abordado de dos formas diferentes	56
7.	El argumento de Cargill sobre la defensa de contramedidas de México no la afecta carece de sustento.....	60

a.	La relación entre la protección diplomática y el capítulo XI	60
b.	Las contramedidas comerciales no están restringidas necesariamente a “procedimientos administrativos”	63
8.	Las contramedidas fueron proporcionales al daño sufrido y a los intereses que se vieron adversamente afectados.....	70
V.	DEFENSA A LA RECLAMACION DE DAÑOS.....	71
A.	Daños por los efectos negativos de las cuotas antidumping (57 millones)	72
B.	Daños reclamados por pérdidas presuntamente incurridas por Cargill como productor de fructosa	75
C.	Daños reclamados por la “expropiación temporal”	75
D.	Apoyo en una determinación especulativa de daños	77
E.	La estrategia de daños de la demandante.....	78
F.	La falacia del mundo “de no haber sido” de Navigant	79
G.	Contingencias negativas que afectan el tamaño del mercado.....	80
1.	Pruebas de la industria embotelladora de refrescos	81
2.	Las determinaciones del tribunal en el caso <i>GAMI</i>	82
H.	Contingencias negativas que afectan la participación del mercado y los precios	84
I.	El requisito del permiso y el TRQ “de no haber sido” por el impuesto.....	86
J.	Las observaciones de PRA sobre alternativa para determinar el monto de daños	87
K.	Observaciones finales.....	88
VI.	PETICIÓN	89

I. INTRODUCCIÓN

1. Tras dos rondas de escritos, la demandante presenta su reclamación de forma desvinculada de la controversia comercial en materia de edulcorantes entre México y Estados Unidos. La presente reclamación debe situarse en su debido contexto. Ello no debe ignorarse ya que es pertinente, por ejemplo, para la defensa de México a la reclamación del artículo 1102 así como para la defensa de contramedidas.

2. Al igual que las otras demandantes en los casos previos de fructosa al amparo del Capítulo XI, la demandante insta al Tribunal a ignorar todo el contexto fáctico y se enfoque solamente en su “rebanada” de una disputa más amplia ignorando: i) los derechos de México del TLCAN, cuyos esfuerzos de buena fe por encontrar una solución negociada a la disputa y que dio todos los pasos necesarios por establecer un panel a través de los mecanismos institucionales del Tratado, ambos esfuerzos se vieron constantemente frustrados; ii) los derechos de otros inversionistas, en el sector azucarero en México, que se vieron afectados por las acciones de Estados Unidos pero que no pueden presentar una reclamación conforme al capítulo XI en virtud de que no tienen una inversión en su territorio;¹ y iii) la afectación a cientos de miles de campesinos mexicanos y las pérdidas sufridas por muchos ingenios ante la precipitada crisis financiera que se dio por la incapacidad de encontrar una salida a los excedentes de azúcar en el 2000-2001 que les imposibilitó pagarles a los cañeros las cosechas.²

II. OBJECIONES DE INCOMPETENCIA

3. México reitera sus objeciones de incompetencia que presentó en su comunicación del 12 de julio de 2007. En lugar de repetir sus argumentos, los incorpora a este escrito a manera de referencia y presenta como apéndice A su comunicación del 12 de julio.

4. Basado en un malentendido de las instrucciones del Tribunal de fecha 7 de julio de 2001, el 12 de julio la demandante presentó una respuesta no autorizada a los comentarios de México sobre cuestiones de competencia. En su comunicación del 12 de julio, la demandante dijo poco respecto a las cuestiones presentadas por México. De hecho, la demandante ignoró el argumento de México de que *Cargill de México* puede ser considerado como inversión de Cargill conforme a lo dispuesto por el capítulo XI y pretende decir que México argumentó que Cargill no era un inversionista extranjero. El punto de México que se explica a detalle en los párrafos 13-30 de su comunicación del 12 de julio fue que las instalaciones de Cargill en Estados Unidos no son una inversión conforme los términos del tratado, que esta posición es compartida por el tribunal de *Bayview* y por la posición adoptada de forma unánime por las tres Partes del TLCAN en conexión con el caso *S.D. Myers* y que por tanto, las pérdidas que resulten de una disminución en las exportaciones de Estados Unidos a México no son compensables conforme al capítulo XI del TLCAN toda vez que no son daños sufridos por una entidad en su capacidad de inversionista en México.

5. Cargill señala que su reclamación debe considerarse como una solicitud de indemnización por la pérdida de sus “flujos de caja en México” – como si los “flujos de caja”

¹ Sus derechos sólo pueden ser defendidos por México en el procedimiento Estado – Estado.

² Asimismo, los cañeros no pueden presentar una reclamación directa en contra de Estados Unidos. Sus derechos solo pueden ser protegidos por la reclamación de México al amparo del capítulo XX del TLCAN.

fueran una inversión. En este sentido, es instructivo analizar la definición de inversión del artículo 1139 que establece:

... inversión no significa ... reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de 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

6. Por tanto, las reclamaciones pecuniarias de Cargill que derivan de sus contratos para la venta de fructosa a compradores mexicanos –incluido *Cargill de México* – son específicamente excluidos de la definición de “inversión” y no pueden ser sujetos a una reclamación del capítulo XI.

III. RESUMEN DE LOS HECHOS

7. México reitera la explicación detallada que presentó en su Escrito de Contestación a la Demanda de los hechos sobre la controversia en materia de edulcorantes y el daño que causó a México y a su sector azucarero. El Escrito de Réplica (aparte de negar la responsabilidad de Cargill) no presenta argumentos serios que la refuten. En esta sección, México considera apropiado enfatizar ciertos hechos básicos.

A. La controversia en materia de edulcorantes

8. México ya explicó el acuerdo comercial bilateral sectorial sobre el comercio de edulcorantes entre México y Estados Unidos.³ Este acuerdo fue resultado principalmente de la necesidad colectiva de los negociadores para hacer frente a la rigidez del sector azucarero en Estados Unidos resultado del programa azucarero y a la perceptible vulnerabilidad de la industria estadounidense ante el incremento de importaciones que competirían con ésta.⁴

B. El reto que constituyó el programa azucarero de Estados Unidos

9. Estados Unidos buscó un acuerdo amplio de libre comercio en agricultura con México. En contraste con su acuerdo con Canadá en materia de agricultura, Estados Unidos no tenía la intención de dejar fuera del alcance del TLCAN a ningún sector agrícola. Ello por supuesto implicaba que sectores agrícolas altamente protegidos de ambas Partes se sujetaran a una liberalización comercial.

10. La industria azucarera de Estados Unidos estaba protegida de la influencia de los mercados externos a través de un sistema arancelario que Estados Unidos mantuvo tras las negociaciones del GATT (y OMC).⁵ México aceptó el acuerdo amplio de libre comercio agropecuario y reconoció que para el comercio de azúcar debía encontrar un mecanismo para

³ Canadá, quién tiene un mercado libre para el comercio de azúcar y no utiliza el precio mundial del azúcar mascabada, no se le otorgó un mayor acceso al mercado azucarero de Estados Unidos (ya que el azúcar importada por Canadá a un precio menor perjudicaría el precio de apoyo al azúcar de Estados Unidos). Escrito de Contestación a la Demanda, ¶ 39, nota al pie 21.

⁴ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 41-43.

⁵ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 22-26.

acomodar las peculiaridades del mercado estadounidense de edulcorantes antes de que las barreras arancelarias se redujeran o se eliminaran entre las dos Partes del TLCAN.

11. La solución para México fue la de reproducir las restricciones comerciales de nación más favorecida de Estados Unidos para proteger a su mercado de la misma forma en que Estados Unidos protegía al suyo.⁶ El precio del azúcar se elevaría a los niveles del precio estadounidense. Posteriormente, ambos países progresivamente eliminarían *vis-à-vis* sus respectivos aranceles de nación más favorecida en un periodo de transición de 15 años.⁷

C. Al replicar las barreras a la importación de Estados Unidos se creó un mercado nuevo en México para la fructosa

12. Era evidente para todos los involucrados que al elevar el precio del azúcar nacional en México a los niveles estadounidenses, se creaba un nuevo mercado en México para la fructosa.⁸ Tal y como se señala en el Escrito de Contestación a la Demanda⁹, y la demandante lo admite (aunque a regañadientes), la fructosa se volvió comercialmente viable en Estados Unidos dado el alto precio del azúcar.¹⁰ Dado el poco conocimiento de la demandante respecto a este hecho, México remitirá al Tribunal a pruebas adicionales que demuestran por qué el programa azucarero de Estados Unidos beneficia a los productores de fructosa.

13. Establecer un precio de azúcar “paraguas” a través de restricciones a la importación fue el objetivo de *Archer Daniel Midland Company* (ADM), empresa productora de fructosa en Estados Unidos que a mediados de los setenta y principios de los ochentas fue el mayor productor. Por las razones que a continuación se explican, no hay duda que ese escenario fuera atractivo en ese momento para otros productores de fructosa.

⁶ Véase TLCAN, Anexo 703.2 (17).

⁷ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 42-43.

⁸ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 46, 107.

⁹ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 159-171.

¹⁰ El Sr. Jeffrey Alan Cotter admite que “Quizás en un momento el precio del azúcar representó un paraguas que permitió al volátil mercado del JMAF tener algún punto de apoyo” pero dado que los precios del azúcar en Estados Unidos están en el rango de 25-30 centavos y que la fructosa se vende en alrededor 18 centavos “han pasado años desde que el azúcar podía competir con el JMAF en Estados Unidos”. Testimonio, ¶ 12. El Sr. Cotter no hace intento alguno para responder las abrumadoras pruebas presentadas en el Escrito de Contestación a la Demanda, como por ejemplo las conclusiones de la Oficina de Finanzas de Estados Unidos que repetidamente efectuó investigaciones al programa azucarero y concluye que desde que “*the sugar program keeps domestic sugar prices higher than they would otherwise be, manufacturers of sugar’s main competitor -- HFCS – can keep their prices higher as well*” y que “*GAO estimates that manufacturers of HFCS receive an additional \$548 million annually as a result of the sugar program*”. Anexo R 56, citado en el Escrito de Contestación a la Demanda, ¶ 165. También ignora las declaraciones del competidor de Cargill que cotiza en la bolsa, *Corn Products International, Inc.*, es sus *SEC filings*, citado en el Escrito de Contestación a la Demanda, pie de página 123 (Anexo R 52) en donde reconoce que la fructosa “*compet[e]s] principally with cane and sugar beet products*” y que “[*f]luctuations in prices of these competing products may affect prices of, and profits derived from, the Company’s products*”. Por último, intenta hacer menos las repetidas declaraciones de la *American Sugar Alliance* que presenta México en relación con los intereses de los productores de azúcar y fructosa (al igual que las acciones de la ASA en el Congreso de Estados Unidos, la *U.S. International Trade Commission* y la *U.S. General Accounting Office*). El hecho es que el expediente cuenta con innumerables referencias a los intereses compartidos de los dos sectores de la industria de edulcorantes. Véase Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 152-170 y los anexos que se citan.

14. El precio “paraguas” se implementó a través del restablecimiento de los cupos de importación al azúcar de 1981 (establecidas posteriormente como arancel cuando Estados Unidos suscribió el acuerdo de la OMC¹¹). Un informe del *Cato Institute* publicado en 1995 señala:

The second federal trough that feeds ADM is the controversial sugar program, under which U.S. import quotas and price supports provide even more artificial profit for ADM than does the ethanol boondoggle. Although ADM does not directly produce sugar, Congress and the USDA have created a price umbrella under which ADM's production of high-fructose corn syrup--a sugar syrup--has become immensely profitable.

ADM got into corn fructose production very heavily around 1974, just as sugar prices peaked on world markets. After ADM invested heavily to increase its capacity to produce high-fructose corn syrup ninefold, sugar prices plummeted from 65 cents to 8 cents per pound. Andreas [Dwayne Andreas, ADM's then Chief Executive Officer and Chairman of the Board] told Business Week in 1976, "If it was a mistake, I'd say it was my mistake." Business Week noted, "One industry source suggests that 'Dwayne looks at this as sort of a waiting game, basing his unflappability on the predicted passage of a new sugar bill.' Such a bill is expected to provide an 'umbrella'--that is, to put supports under sugar at a level where high-fructose corn syrup will be at least reasonably profitable. Andreas contributed heavily to the 1968 and 1972 campaigns of Humphrey, Jackson and Nixon. With both parties covered, ADM may reasonably anticipate some legislative help." That help came in the form of a new sugar bill in 1981.

ADM is the driving force behind the sugar lobby in this year's battle over the future of the sugar program.¹² The American Sugar Alliance, heavily bankrolled by ADM, has spent lavishly for full-page newspaper ads showing how cheap sugar is in the United States...

The sugar program is a great inflationary success: sugar sold for 22 cents a pound in the United States when the world sugar price was only 4.5 cents a pound (world sugar prices are now about 10.5 cents a pound although domestic prices are still 22 cents per

¹¹ Los aranceles también se aplicaron a Canadá tras la entrada en vigor del TLCAN como parte de la respuesta de Estados Unidos a la decisión de Canadá de aplicar los aranceles de la OMC a los productos lácteos y avícolas originarios de Estados Unidos. Véase la discusión del panel del capítulo XX sobre este caso que se cita en el Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 440- 441.

¹² Como se señaló en el Escrito de Contestación a la Demanda, ¶ 165, el Vicepresidente de la ASA hasta 2005 fue Martin Andreas, vicepresidente de ADM y asesor del Consejo. El Sr. Andreas fue presidente de la división maíz de ADM de 1975-1986.

pound). Each 1 cent increase in the price of sugar adds between \$250 million and \$300 million to consumers' food bills. A 1988 Commerce Department study estimated that the sugar program was costing American consumers more than \$3 billion a year. That works out to more than \$60 a year for a family of four...

ADM's angle is therefore clear. As journalist John Barnes noted in a 1987 story for the New Republic,

*“Since ADM can manufacture corn sweetener for between 9 and 12 cents a pound and sell it for between 18 and 19 cents a pound, they easily undercut the price of domestic refined sugar and make a killing.”*¹³

Coke buys sweetener from Dwayne Andreas for around 18 cents, while peasants starve for lack of customers at six cents. In 1979 the entire corn sweetener industry produced just 1.7 million metric tons. Since the imposition of the sugar quota, industry production has soared to 5.5 million metric tons, more than 80 percent of it accounted for by ADM.

*There is no reason why the United States must produce its own sugar cane. Sugar is cheaper in Canada primarily because Canada has almost no sugar growers and thus no trade restrictions or government support programs...*¹⁴

[Énfasis propio; se omiten las notas al pie.]

15. El programa azucarero estadounidense de precios de apoyo y restricciones a la importación estableció, por tanto, una estructura de mercado que le permitió competir a la fructosa. Tal y como la *American Sugar Alliance* (ASA) informó a la Comisión de Comercio Internacional de Estados Unidos (*U.S. International Trade Commission*) sin las restricciones a la importación “*the U.S. market would be deluged with subsidized world dump market sugar, which has been priced for most of this past decade at less than half the world average cost of producing sugar*”.¹⁵

16. Desde el inicio, el programa ha beneficiado a los productores en los Estados donde se produce maíz y azúcar, y también ha creado un poderoso apoyo político a sus intereses en el Congreso estadounidense. Por ejemplo, el Comité (“*Caucus*”) de edulcorantes del Senado estadounidense ha tenido senadores tanto de los estados productores de azúcar y de fructosa.¹⁶

¹³ Entre paréntesis, este precio es el mismo al que se refiere el Sr. Cotter en su testimonio al señalar que “los precios del azúcar en los Estados Unidos están entre los 25 y los 30 centavos, y el JMAF se vende por alrededor de 18 centavos”. Testimonio, ¶ 12.

¹⁴ Véase Anexo R-60. “*ADM, A Case in Corporate Welfare*”, *Cato Institute*, 1995, pp.24-26.

¹⁵ Véase anexo R-72, p. 18.

¹⁶ El Comité (“*Cuacus*”) de edulcorantes del Senado de Estados Unidos de la 109th Legislatura: Daniel Akaka (HI) Max Baucus (MT) Robert Bennett (UT) Barbara Boxer (CA) Conrad Burns (MT) Hillary Clinton (NY) Norm

No es común que los senadores de los Estados productores de maíz participen en un Comité en el que predominen representantes de los Estados productores de caña de azúcar y remolacha a menos de que compartan la opinión de que la política azucarera de Estados Unidos promueva los intereses de los electores. De igual forma, el Servicio de Investigación del Congreso (*Congressional Research Service*) ha señalado el interés de los productores de maíz y de fructosa en el programa azucarero de Estados Unidos.¹⁷

17. Con la exigencia de Estados Unidos de que México replicara sus restricciones a la importación de azúcar, era del todo predecible que el incremento del precio del azúcar en el mercado mexicano crearía un nuevo mercado en México para la fructosa de la misma forma que se dio en Estados Unidos. Antes del TLCAN, en México no se vendían cantidades significativas de fructosa. Obviamente México no tenía inconveniente de que se diera una penetración de fructosa siempre y cuando el sector azucarero mexicano tuviera el mismo acceso al mercado estadounidense. El acuerdo se basaba en dos flujos comerciales balanceados.

D. La controversia resultante de las modificaciones al TLCAN exigidos por Estados Unidos

18. En el Escrito de Contestación a la Demanda México señala que tras la firma del TLCAN por los presidentes de los tres países, la recién electa nueva administración de Estados Unidos intentó modificar lo previamente acordado y suscrito por los tres mandatarios.¹⁸

19. El alcance de las modificaciones a la oferta original establecida en el tratado y el grado en que reflejaban el consenso genuino de los negociadores se convirtieron en objeto de una disputa.¹⁹ De hecho, aun después de la entrada en vigor del TLCAN, este acuerdo sectorial acarrea serios problemas.²⁰

20. La discrepancia se centraba en dos aspectos:

- Respecto a la manera en que las cartas paralelas trataban la fructosa en el cálculo del “excedente de producción neto” de azúcar de una Parte, Estados Unidos consideraba que sólo tomaría en cuenta el consumo de fructosa en México, por su

Coleman (MN) Kent Conrad (ND) Larry Craig (ID) Mark Dayton (MN) Byron Dorgan (ND) Richard Durbin (IL) Mike Enzi (WY) Chuck Grassley (IA) Chuck Hagel (NE) Tom Harkin (IA) Orrin Hatch (UT) Kay Bailey Hutchinson (TX) Daniel Inouye (HI) Tim Johnson (SD) Mary Landrieu (LA) Carl Levin (MI) Barbara Mikulski (MD) Patty Murray (WA) Ben Nelson (NE) Debbie Stabenow (MI) Craig Thomas (WY) Ron Wyden (OR) Mel Martinez (FL).

¹⁷ “Those with a direct financial stake in the debate on U.S. sugar policy include sugarcane and sugar beet farmers, processors ..., cane sugar refineries, ...foreign countries that export sugar to the U.S. market, corn producers and manufacturers of high-fructose corn syrup (HFCS)...” *CRS Issue Brief for Congress*, actualizado al 16 de mayo de 2005, p. CRS-2. Anexo R 10.

¹⁸ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 56-62.

¹⁹ Estos fueron los llamados acuerdos paralelos solicitados en 1993 por el representante comercial de Estados Unidos, el Embajador Michael Cantor.

²⁰ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 65-71.

parte la posición de México es que debían de ser considerados en el cálculo tanto el consumo como la producción de fructosa;²¹ y

- Estados Unidos adoptó la posición de que el párrafo 16 del Anexo 703.2 del TLCAN quedaba cancelado durante el periodo de transición de 15 años, interpretación que México rechazó vigorosamente.²²

21. Estos son los dos aspectos que México esperaba resolviese el panel del capítulo XX en agosto de 2000.

22. Como ya se señaló, no se trataba de aspectos hipotéticos. En opinión de México, el método de Estados Unidos para calcular el excedente de producción neto penalizaba a México al desplazar la fructosa al azúcar en el mercado de los refrescos. Bajo el enfoque de Estados Unidos, por cada venta de azúcar que se perdía en razón de la fructosa, Estados Unidos deduciría un monto igual del cupo de importación potencial de México. Es decir, cada ganancia de la penetración de la fructosa en México llevaría a una reducción igual en su derecho de exportar su excedente de azúcar a Estados Unidos.²³

23. Por lo que se refiere a la cancelación del párrafo 16, si la interpretación de Estados Unidos fuere correcta, México perdía el derecho de incrementar el monto de azúcar que podía exportar libremente a Estados Unidos durante el periodo de transición si experimentara excedentes en dos años comerciales consecutivos (lo cual de hecho ocurrió en repetidas ocasiones después de 1995).²⁴

E. Las consecuencias para México de la postura de Estados Unidos

24. El impacto comercial de estos dos puntos de desacuerdo fue dramático: si la interpretación de México era correcta, tenía derecho de exportar al mercado de Estados Unidos azúcar durante el periodo de transición en cantidades sustancialmente mayores y acomodar el aumento de consumo de fructosa en México sin necesidad de experimentar una crisis en el sector.²⁵

25. Lo anterior, por supuesto, hubiera significado que el azúcar mexicano penetrara al mercado estadounidense durante el periodo de transición con la posibilidad de ejercer presión en los precios del azúcar y fructosa estadounidense. Esto era una posibilidad que la industria de edulcorantes de Estados Unidos (la del azúcar y por lo menos algunos productores de fructosa) quería evitar dadas las condiciones precarias del mercado que prevalecían en los años noventa en Estados Unidos tanto para el azúcar como para la fructosa.

²¹ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶ 68.

²² Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 64-65.

²³ Como se señaló en el Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 148, 302-306, esta postura de Estados Unidos tuvo el efecto de poner los intereses en México del azúcar y la fructosa en posiciones adversas, una de las razones por las cuales los productores de azúcar y fructosa no están en México en iguales circunstancias.

²⁴ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶ 304.

²⁵ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 305-306.

26. México consideró que Estados Unidos no estaba respetando su parte de la oferta sectorial y que sus derechos estaban siendo afectados severamente. Las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de EE.UU. de acceso al mercado fueron: i) un incremento en la penetración de la fructosa en el mercado mexicano; ii) el efecto combinado de esa penetración más un incremento en la producción de azúcar provocó un aumento en el excedente de azúcar; iii) con la existencia de restricciones al comercio en otros países, el único mercado alternativo del excedente de azúcar era el mercado “mundial” residual (en un porcentaje muy bajo); iv) lo que significaba en la práctica que no hubiera un mercado para el excedente de azúcar: no podía venderse internamente ya que deprimiría los precios del azúcar.

F. La existencia de una genuina disputa entre las Partes

27. En 1998 existía, si no es que mucho antes de esa fecha, una diferencia en las interpretaciones y un conflicto de intereses que constituían una “disputa” de derecho internacional entre México y Estados Unidos.²⁶ México dio todos los pasos necesarios para establecer un panel del capítulo XX que considerara su agravio y emitiera una recomendación a las Partes para la solución de la controversia.²⁷

28. Cargill afirma que México no agotó los medios disponibles para el establecimiento del Panel. Con el debido respeto, las pruebas demuestran lo contrario: México llevó a cabo todos los pasos posibles para el establecimiento de un panel.²⁸

29. A lo largo de los dos años y medio en los que México intentó resolver la controversia ya fuere por medio de negociaciones o el mecanismo de solución de controversias del capítulo XX, el excedente de azúcar mexicano aumentó y una crisis financiera sumió a la industria azucarera. Para el 2000, la situación de la industria era crítica. La deuda combinada de los ingenios era de 2 mil millones de dólares aproximadamente. Muchos ingenios no pudieron pagar a los cañeros la liquidación de la zafra y estaba en riesgo la preliquidación de la zafra siguiente. Tampoco pudieron hacer frente a otras obligaciones crediticias. Los cañeros, por su parte, no tenían la capacidad de financiar el inicio de la zafra siguiente.²⁹

30. El séptimo año comercial inició en octubre de 2000. De acuerdo con la interpretación de México de las disposiciones del TLCAN, tenía derecho a exportar la totalidad de su excedente de producción neto, que en el año comercial 2000/2001 ascendió a cerca de 650,000 toneladas (aún si se hubiera aplicado la carta de México, el excedente ascendía a más de 400,000 toneladas). Estados Unidos le asignó únicamente 116,000 toneladas, mientras que en el mercado mexicano se consumieron cerca de 600,000 toneladas de fructosa (360,000 de producción nacional y 230,000 importadas, aproximadamente).

²⁶ Como lo definió la CIJ, una controversia existe cuando existe un “*disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between parties*”. *Case concerning East Timor*, 1995 Reportes e la CIJ 89, 99 y los casos citados.

²⁷ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 114-121, 126-143.

²⁸ Véase los testimonios de Hugo Perezcano Díaz, Anexo R 138 y de Ricardo Ramírez, Anexo R 139.

²⁹ De conformidad con el artículo 12(b) del Decreto Cañero (que entonces estaba vigente), el pago más importante que debían hacer a los ingenios a los cañeros era la preliquidación de la zafra, que es equivalente al 80% del azúcar de caña neto recibida por el ingenio. Sin embargo, al principio de la zafra, los ingenios no habían recibido todavía los ingresos provenientes de las ventas de azúcar. Véase Anexo R-143.

31. En mayo de 2001, el Departamento de Agricultura de Estados Unidos (“USDA” por sus siglas en inglés) comentó sobre la situación mexicana y sus proyecciones de un “crecimiento insignificante” del mercado mexicano:

...these projections indicate insignificant growth and are premised on the sugar industry's continuing financial crisis³⁰ (accumulated debt load of an estimated \$1.5 billion), low world sugar prices, and limits on exports into the U.S. market.³¹

32. El USDA reconoció que, además del incremento en la producción nacional de azúcar, otros factores que contribuyeron a lo que llamó “la crisis de 2001/02” fueron “[p]rimero, la cuota de EE.UU. para azúcar mexicano se mantuvo muy por debajo de las 250,000 toneladas mínimas que esperaban fueran negociadas” y “segundo, las importaciones de fructosa de EE.UU. en México crecieron rápidamente, desplazando el azúcar doméstico utilizada en los refrescos” (énfasis propio).³²

33. En un inicio funcionarios de Estados Unidos comunicaron a México que propondrían al presidente del panel (pero nunca lo hicieron). Posteriormente, indicaron que debería encontrarse una solución negociada en lugar de someter la controversia a un panel.³³ Sin embargo, no era posible llegar a una solución negociada ya que la industria de edulcorantes de Estados Unidos aprovechó la oportunidad que representaban las negociaciones para buscar restringir aun más el acceso de México al mercado con la anulación del proceso de liberalización del mercado acordado en el tratado.

G. La postura de la industria estadounidense de edulcorantes en ese entonces

34. México ya señaló en su Escrito de Contestación a la Demanda, que el rol que jugó la industria edulcorante estadounidense en el fracaso de una solución mutuamente satisfactoria a la disputa bajo el TLCAN y la presión que ejerció a su gobierno para no someterse al mecanismo del capítulo XX no son hechos que el Tribunal deba considerar en su análisis del derecho legítimo de México de adoptar contramedidas.³⁴ Sin embargo, proporcionan una guía de los antecedentes que explican el por qué el gobierno de Estados Unidos actuó de dicha manera.

35. Cargill argumenta que no apoyó los esfuerzos para restringir el acceso de México al mercado de Estados Unidos.³⁵ Sea cual fuere el caso, lo cierto es que permanece el hecho de que los principales actores de la industria estadounidense de edulcorantes no sólo no querían que no

³⁰ Para ilustrar la característica de la pérdida de ventas en el mercado mundial, el precio promedio del azúcar en el mercado mexicano en el 2001 fue de 22.7 centavos por libra. El precio mundial (precio del contrato No. 5) fue de 8.38 centavos en promedio por libra en ese mismo año. Las ventas al mercado mundial resultaban una pérdida significativa.

³¹ USDA Economic Research Service, *Sugar & Sweeteners Situation and Outlook Yearbook*, p. 9. Anexo R07.

³² Íd., p.2.

³³ Véase testimonios de Hugo Perezcano Díaz, ¶ 19, Anexo R-138 y de Ricardo Ramírez, Anexo R-139. Escrito de Contestación a la Demanda, ¶ 127 (en el que se cita el ¶ 47 del testimonio del Dr. de la Calle), ¶134 (en el que se cita el ¶ 50 del testimonio del Dr. de la Calle) y ¶¶ 136-137.

³⁴ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶ 149.

³⁵ Véase el testimonio de Jeffrey Alan Cotter que se presentó en el Escrito de Réplica.

se le diera a México acceso al mercado al cual pensaban tenía derecho en el periodo de transición de 15 años, sino que también perseguían que Estados Unidos impusiera restricciones adicionales al acceso de México al mercado que las previamente acordadas en el TLCAN.³⁶

36. Al igual que en México con el aumento de excedentes a partir de 1995, en Estados Unidos se dio un aumento similar en la industria azucarera y de fructosa. Aunque las condiciones del mercado estadounidense no justifican las restricciones impuestas por Estados Unidos a las exportaciones de azúcar mexicana o su negativa a someterse al mecanismo de solución de controversias, ayudan a entender la oposición de su industria de edulcorantes.

1. El excedente de fructosa

37. La sobrecapacidad del sector de fructosa de Estados Unidos se remonta como mínimo a la década de los ochentas.³⁷ En 1998, el *USDA* describía el mercado de fructosa en Estados Unidos como “plagado con exceso de capacidad” (“*been plagued with excess capacity*”).³⁸ Esa considerable sobrecapacidad redujo márgenes y precios durante la década de los noventa. (Algunos observadores consideran que los consumidores principales de fructosa también utilizaron la gran acción antimonopolio civil iniciada en contra los productores de fructosa (tema que se aborda más adelante) para obtener de los productores concesiones considerables de precios.³⁹)

38. Cargill está integrada en su totalidad por capital privado y, por tanto, no está obligada a proporcionar el tipo de información a la que está obligada a proporcionar una empresa pública. El exceso de fructosa se aborda en los *SEC filings* de uno de los competidores de Cargill, *Corn Products International, Inc.* (CPI).

39. El informe anual de CPI de 1997 abordó este problema:

Following several years of attractive growth, the Company's profits declined sharply in 1996 and 1997. The primary reason for the profit decline in 1997 was a significant expansion of high fructose corn syrup industry capacity in North America ahead of demand which has been growing at about 5% per year. The current supply/demand imbalance caused North American high fructose corn syrup prices to fall sharply and made this important product unprofitable for the Company in 1997. ⁴⁰ [Énfasis propio.]

³⁶ Un aspecto que los documentos contemporáneos de Cargill reconocen.

³⁷ Véase Anexo R 144, *American Crystal Sugar Company: Diversification in the Corn Sweetener Industry, which records the USDA's capacity and production statistics*, p. 7.

³⁸ *USDA, Economic Research Service, "U.S. -México Sweetener Trade Mired in Dispute", Economic Research Service, Agricultural Outlook/Septiembre 1999*, pp. 17-18. Anexo R 27.

³⁹ El *The New Farm* citó la opinión anónima de un observador de la industria de los alimentos: “*When ADM admitted to criminal price fixing in citric and lysine [both corn products] the spotlight was put on fructose. The pricing game that had been played in the past, however, pretty much stopped then and the fructose boys started playing by the rules... I bet they [Coke, Pepsi and other users] saved a lotta' money over the years compared to what they had been paying prior to the lawsuit.*” Anexo R 127.

⁴⁰ Reporte anual de fecha 31 de diciembre de 1997. Anexo R 145, p. 8.

40. De igual forma el informe anual de CPI para 1999 señala que el rendimiento de las acciones de la empresa no reflejaban su desempeño en el mercado:

*Our stock closed on December 31, 1999, at \$32.75, the price that represented a 1999 earnings multiple of 15. Then, in January 2000, with food stocks generally under pressure and news of flat to US high fructose corn syrup pricing in the corn-refining industry, our stock price rapidly fell to less than \$23.*⁴¹

41. El informe continua:

*The down cycle in HFCS prices, which hit a low in 1997, improved somewhat in 1998, but remained low versus historical levels. In Canada, lower pricing and lower exchange rates offset volume gains, resulting in a 9 percent reduction in net sales.*⁴²

2. El excedente de azúcar refinado

42. Así mismo en el mercado azucarero de Estados Unidos se dio un problema de sobrecapacidad. La debilidad en ambos segmentos del mercado significó presión adicional sobre precios y márgenes en los segmentos del mercado donde la fructosa y el azúcar competían directamente.⁴³

43. Los precios del azúcar refinado en Estados Unidos empezaron a caer en 1996 y después cayeron considerablemente a mediados de 1999. El excedente en 1999 causó que en el 2000 los precios en Estados Unidos bajaran a niveles no vistos en más de una década y media.⁴⁴

44. El tema sobre el excedente se discutió en el testimonio del Sr. Jack Roney, Director de Economía y Análisis Político de la *American Sugar Alliance*, ante el Comité de Agricultura del Senado de Estados Unidos en julio de 2001 (casi un año después de que México intentará por primera vez el establecimiento del panel). Su testimonio declara, en parte:

American sugar producers face economic, domestic policy and trade policy crises that profoundly threaten their existence.

Producer prices for sugar began falling in 1997 and 1998 and plummeted in 1999 and 2000. American sugar producers, both beet and cane, have been facing sugar prices at or near 22-year

⁴¹ Reporte Anual de CPI de 1999, p. 4. Anexo R 59.

⁴² Íd., p. 10.

⁴³ Como se señaló en el ¶ 159 del Escrito de Contestación a la Demanda, el precio del azúcar afecta el precio de la fructosa. Es decir, si el precio del azúcar baja, también lo hará el precio de la fructosa.

⁴⁴ *USDA Economic Research Service, S&SSO Yearbook*, p. 43. Anexo R 07. El excedente no se debió a un aumento de las importaciones ya que durante ese periodo éstas se encontraban bajo un estricto control. Por el contrario, como lo señaló la CRA, el incremento en la producción azucarera en Estados Unidos fue la causante del excedente. Las notas de la CRA para discusión con la ASA registran que “*Growth in U.S. sugar production is jeopardizing the future of the sugar program*”. Véase Anexo R- 63 y ¶ 173 del Escrito de Contestación a la Demanda.

lows for most of the past two years. Raw cane and refined beet sugar producers' lost income on the 1996 through 2000 crops, relative to 1995-crop prices, has been ruinous and will likely total more than \$2.2 billion...

*Last year, for the first time in nearly two decades, sugar producers forfeited a significant quantity of sugar to the government... Wholesale refined sugar prices remain well below forfeiture levels... raw cane prices are barely above the forfeiture range...*⁴⁵

45. Es necesario comentar acerca de las fluctuaciones en Estados Unidos de los precios de azúcar mascabado de caña y azúcar refinada durante este periodo. Ambos precios cayeron considerablemente entre 1996 y 2000, y particularmente a mediados de 1999. El precio del azúcar mascabado de caña del Contrato No. 14 cayó de un promedio de 22.56 centavos por libra en julio de 1999 a 17.24 centavos por libra en febrero de 2000 – una reducción del 24%. Los precios repuntaron al nivel de 19 centavos y media a mediados de junio de 1999 y después cayeron a 17-18 centavos a mediados de julio de 2000, aun cuando el *USDA* intervino en el mercado y compró 132,000 toneladas de azúcar refinada.⁴⁶ Resulta más importante aun el hecho de que el margen del refinador cayó casi 50%, de aproximadamente 6.34 centavos por libra a 3.50 centavos por libra.⁴⁷ En el primer trimestre de 2001, el margen de ganancia del refinador cayó a 1.5 centavos por libra.⁴⁸

46. Esta reducción en los márgenes de refinación y el desorden en el mercado azucarero de Estados Unidos llevan a las preocupaciones expresadas por el Sr. Roney de la ASA. Su testimonio ante el Comité del Senado indicó que por periodos breves en el 2000 y 2001, los precios de remolacha refinada cayeron por debajo de los precios del azúcar mascabado de caña. En tales circunstancias, los márgenes de los refinadores de azúcar estadounidense serían negativos.

47. La reducción en el precio del azúcar refinado estadounidense en 1996-2001 llevó a la industria de edulcorantes estadounidenses a aumentar su presión sobre la administración del Presidente Clinton de resistir los esfuerzos de México para clarificar sus derechos de acceso del mercado del TLCAN. La declaración de Sr. Roney es una de las típicas que se hicieron en julio de 2001:

The U.S. is abiding by its NAFTA sugar commitments. However, the U.S. sugar market is oversupplied, financially depressed, and does not need an additional pound of Mexican sugar...

⁴⁵ Testimonio del Sr. Roney, pp. 1-2. Anexo R 8.

⁴⁶ *USDA Economic Research Service, Agricultural Outlook*, Septiembre 2000, p. 8-9. Anexo R 130.

⁴⁷ *Ibíd.* Estas cifras se calcularon tras restar el promedio de los precios del azúcar mascabado al promedio de las ventas totales del azúcar de remolacha para los años 1996 – 2000.

⁴⁸ *Ibíd.*

*Unless the Mexican access problems are resolved, no long-term sugar policy that we propose here today could possibly be effective.*⁴⁹

[Énfasis en el original.]

48. Aunque México no está de acuerdo con muchos de los comentarios de la ASA sobre el sector azucarero mexicano, los comentarios de Sr. Roney revelan la fuerte oposición de la industria de edulcorantes estadounidense a la liberalización del mercado azucarero acordado por Estados Unidos y México. Esa oposición precedió la entrada en vigor del TLCAN y persiste hoy.

49. Los problemas que enfrentan ambas Partes del TLCAN subrayan la razón de ser del capítulo XX. El propósito del mecanismo es que el panel otorgara a las partes una solución de la controversia. Esto es lo que México buscó. La intransigencia de Estados Unidos sin embargo tenía el efecto de imponer toda la carga del arreglo a México. Estados Unidos (y sin duda, sus productores) se conformó con que México importara cantidades considerables de fructosa (aliviando así el excedente estadounidense) mientras permitía que México exportara cantidades pequeñas de azúcar. Sería obvio para cualquier observador que ninguna industria podría continuar en tales condiciones de mercado sin que se fuere a la quiebra. Si México hubiese dejado que el sector azucarero quebrase, se hubiesen dado múltiples salidas, un hecho que sin duda lo entendían muy bien los productores de edulcorantes de Estados Unidos involucrados en la relación bilateral comercial.

3. La posición de Estados Unidos de negociar en relación con México puede remontarse a la posición de ADM en la reunión del *Corn Refiners Association* en febrero de 2000

50. La posición defendida por ADM en la reunión de la *Corn Refiners Association* (CRA) celebrada el 2 de febrero de 2000⁵⁰ y la cual se refleja en la correspondencia de la CRA con la ASA,⁵¹ y que los propios documentos de Cargill reflejan, fue la utilizada por el gobierno de Estados Unidos en las negociaciones con México.⁵²

51. Es la opinión de México que dado el deterioro general de las condiciones del mercado tanto para el sector azucarero estadounidense como para el sector de fructosa a fines de los

⁴⁹ Testimonio del Sr. Roney, p. 15. Anexo R-08.

⁵⁰ En particular eran: (i) restringir el acceso de México al mercado del azúcar mascabada y no al mercado del azúcar refinado, y (ii) eliminar el calendario de reducción contemplado en la tarifa del Segundo Nivel (*Second tier*). Véase el correo electrónico de Gordon Adkins al personal de Cargill de fecha 4 de febrero de 2000, en relación con la reunión de la *Corn Refiners Association* celebrada el 2 de febrero 2000. Anexo R 61.

⁵¹ Véase el memorando de Dan Pearson de Cargill del 25 de febrero de 2000. Anexo R 67.

⁵² Véase la nota del Sr. Connor de la *Corn Refiners Association* del 16 de junio de 2000 respecto a lo que se le comentó era la posición de la *Sugar Alliance*. Anexo R 68. Véase también la posición presentada por el *USTR* tres años después. Véase Anexo R 62: en las notas preparadas por la *Corn Refiners Association* para una reunión con el entonces titular del *USTR*, Robert Zoellick, de fecha 9 Abril de 2003, se señala: “*Sugar is poised to get more than they did even in the NAFTA side letter in some respects (raw/refined requirements, raising the tariff on tier two imports, growth based on U.S. sugar consumption, potential limits on sugar post 2008, re-export controls, etc.) for a minimal price – roughly 50,000 metric tons above the side letter. Such an increase in Mexican sugar access into the U.S. market will not impact domestic sugar prices, given the size of the U.S. sugar market (10 million metric tons).*”

noventa, los productores de fructosa estaban conformes con la restricción del acceso de mercado de azúcar mexicano. Sólo después de que México adoptó su contramedida, los productores de fructosa empezaron a cuestionar la política estadounidense sobre las importaciones de azúcar mexicano.⁵³

H. Las pruebas que constan en el expediente contradicen la descripción de la industria de edulcorantes estadounidense que presenta Cargill

52. Cargill busca distanciarse del resto de la industria de edulcorantes estadounidense.⁵⁴ Afirma a través del testimonio del Sr. Jeffrey Alan Cotter que sólo ADM (el productor de fructosa más grande en Estados Unidos) era miembro de la ASA.⁵⁵ México no ha visto ningún documento que demuestre que esto fue así.⁵⁶

53. Posteriormente el Sr. Cotter sugiere que “[t]he sugar producers and HFCS industries are two distinct industries that compete with one another, so it is unlikely that they would partner up”⁵⁷. Lo cual se contradice directamente por el hecho de que ADM, cuyo vicepresidente presidió el comité ejecutivo de la ASA, participó de manera activa en la formulación de la posición de la ASA sobre la restricción del acceso de México al mercado (y persuadió al CRA a aceptarla en el 2000).⁵⁸

54. El testimonio del Sr. Cotter es incompatible con los documentos que demuestran la propiedad cruzada que ha existido en Estados Unidos y en otros lugares entre los productores de azúcar y fructosa y entre los productores mismos de fructosa:

- ADM, productor principalmente de fructosa en cuanto a su negocio de edulcorantes, también fue propietario de ingenios en Estados Unidos.⁵⁹

⁵³ El testimonio del Sr. Cotter presentado en el Escrito de Réplica identifica el rompimiento de las relaciones entre la *Corn Refiners Association* y la *American Sugar Alliance* que se dio en el 2006, seis años después de que la CRA asumiera la misma postura que el ASA respecto a la disputa sobre los edulcorantes.

⁵⁴ La división en la industria de los edulcorantes de Estados Unidos solo se dio después de que México tomara acción para proteger sus derechos. Se trata de una consecuencia natural de la adopción de contramedidas. El Sr. Jeffrey Alan Cotter testifica que Cargill “*opposition to the ASA’s approach reached a boiling point last year*” [i.e, en el 2006] y que la CRA “*released a statement on its website (which I co-authored) stating that the CRA opposes a U.S. sugar policy that interferes with the free flow of HFCS as envisioned under NAFTA*”. Testimonio de Cotter presentado en el Escrito de Réplica, ¶ 6.

⁵⁵ Testimonio del Sr. Jeffrey Alan Cotter presentado en el Escrito de Réplica, ¶¶ 1-11.

⁵⁶ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶ 171.

⁵⁷ Testimonio del Sr. Jeffrey Alan Cotter presentado en el Escrito de Réplica, ¶ 1.

⁵⁸ Testimonio del Sr. Jeffrey Alan Cotter presentado en el Escrito de Réplica ¶ 3, “*Any representations that the ASA has made with regard to the HFCS industry reflect only the views of the sole HFCS producer in that organization*” y “*ADM, the sole CRA member of the AFA (sic), did not disassociate itself from the ASA*”. Con respecto a la propuesta de la ASA y del gobierno de Estados Unidos sobre que la restricción a las exportaciones de azúcar moscabada de México en lugar de restringir las de azúcar refinado “*this proposed ‘solution’ is attributed to ADM*”, ¶ 9.

⁵⁹ Testimonio del Sr. Jeffrey Alan Cotter presentado en el Escrito de Réplica, ¶ 3. Esta propiedad cruzada se ve ejemplificada en la propiedad de *Tate & Lyle* del 49% de la participación accionaria de un productor mexicano de azúcar y en la participación de Cargill en Zucarmex. Véase Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 291-292.

- *Tate & Lyle, PLC* del Reino Unido, fue propietario del segundo productor más grande de fructosa en Estados Unidos, ahora conocido como *Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc.* (“TLIA”), y (hasta diciembre de 2001) del *American Sugar Refinery, Inc.* (conocido en la industria como Domino), el refinador azucarero más grande en Estados Unidos.⁶⁰
- ADM se convirtió en el accionista mayoritario de *Tate & Lyle PLC*.⁶¹ Es decir, ADM fue el accionista mayoritario de la empresa británica propietaria del refinador azucarero más grande en Estados Unidos en los noventas y el segundo productor más grande de fructosa en Estados Unidos.⁶²
- ADM y TLIA conjuntamente fueron dueños de ALMEX, el productor e importador de fructosa mexicana, además de otros negocios de fructosa.⁶³
- ADM también fue accionista de otro productor de fructosa en Estados Unidos en los noventas (*American Maize-Products Co.*).⁶⁴

55. El argumento del Sr. Cotter de que los competidores no cooperan entre sí no concuerda con las pruebas presentadas en un procedimiento civil antimonopolio entablado contra los productores de fructosa en Estados Unidos. Las pruebas de la existencia de una supuesta conspiración para fijar el precio de fructosa fue descubierto en investigaciones realizadas en contra de ADM y otros por la fijación de los precios en las industrias de lisina y ácido cítrico. Después de que un ejecutivo de ADM acordó cooperar con el FBI y el Ministerio de Justicia en la investigación sobre la fijación de los precios de lisina y ácido cítrico, se descubrieron extensas intervenciones telefónicas y grabación secreta de videos de varias reuniones a las que asistieron representantes de ADM y de otras empresas de las industrias relacionadas.

56. El procedimiento civil en contra de la conspiración por la fijación de los precios de la fructosa se desencadenó tras una intervención telefónica del FBI a un ejecutivo de alto rango, responsable de la división de procesamiento de maíz de ADM, Sr. Terrance Wilson, quién después fue encarcelado, declaró poco después de una redada del FBI a ADM que no sabía “*what other companies [the FBI hit] ... I don't know ... if they hit Staley or not.*”

57. Dado que Staley (ahora *Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc.*) no producía lisina ni ácido cítrico, pero sí fructosa, la Corte de Apelación del Séptimo Circuito señaló “*Wilson may*

⁶⁰ Escrito de Contestación a la Demanda, nota al pie 135.

⁶¹ Anexo R 146. *Order of the United States District Court, Central District of Illinois in In Re: High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, Master File No. 95-1477, pp. 6-7.

⁶² Íd. Véase también Anexo R 144. *American Crystal Sugar Company: Diversification in the Corn Sweetener Industry*, manuscrito en la página 11.

⁶³ Anexo R 146. *Order of the United States District Court, Central District of Illinois in In Re: High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, Master File No. 95-1477, p.10. Véase también discusión sobre el joint venture de ADM/Tate & Lyle citado en el Escrito de Contestación a la Demanda, ¶ 322.

⁶⁴ Id., p. 7.

have been expressing a concern that the FBI would uncover evidence of an HFCS price-fixing conspiracy as well".⁶⁵

58. Las pruebas presentadas por las demandantes en ese caso incluyó lo siguiente:

- Pruebas de que Michael Andreas, un vicepresidente de ADM, describió al presidente de Cargill como un *"friendly competitor"* y mencionó un *"understanding between the companies that ... causes us not to make irrational decisions."*⁶⁶
- Una nota escrita a mano por un gerente de planta de TLIA (en aquel entonces conocido como A. E. Staley) en el que señala: *"We have an understanding within the industry not to undercut each other's prices."*⁶⁷
- Un documento escrito a mano de Cargill con el título *"competitors"* que refirió a *"entry of new entrants (barriers) and will they play by the rules (discipline)."*⁶⁸
- Pruebas de que ciertos cambios en los precios de los mercados de fructosa y de jarabe de maíz se alteraron poco después de las reuniones de la CRA (la cual señalaron las demandantes fue utilizada como una fachada para que los ejecutivos de fructosa intercambiaran información sobre la fijación de los precios).⁶⁹

59. Para evitar una resolución judicial sobre la supuesta conspiración, las demandadas acordaron pagar las reclamaciones antimonopolio (ADM pagó a las demandantes \$400 millones de dólares⁷⁰, Tate & Lyle pagó \$100 millones de dólares⁷¹, Cargill y American Maize pagaron \$24 millones de dólares⁷² y CPC, la empresa antecesora de CPI, pagó \$6 millones de dólares). No obstante, la evidencia sugiere que la opinión del Sr. Cotter de que los competidores no cooperan entre sí no es necesariamente cierta.

60. Dejando a un lado el intento de Cargill de matizar los hechos, queda claro que:

- La ASA se opuso al aumento de las importaciones de azúcar mexicano y de hecho aprovechó la oportunidad causada por la disputa sobre el acceso al mercado para

⁶⁵ Anexo R-147. Corte de Apelación de Estados Unidos, Séptimo Circuito, *In Re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, Opinión de Posner, J.A., p. 18.

⁶⁶ Íd., p. 18.

⁶⁷ Íd., p. 17.

⁶⁸ Íd., p. 18.

⁶⁹ Anexo R-146. Orden de la Corte de Distrito de Estados Unidos, Distrito Central de Illinois en el caso *In Re: High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, Master File No. 95-1477, del 13 de mayo de 2003, pp. 11-12, 14.

⁷⁰ Anexo R 148. *Food USA*, 18 de junio de 2004: *"Sweetener settlement for ADM"*.

⁷¹ Anexo R 149. *Food Europe*, 28 de julio de 2004, *"Tate & Lyle makes sweetener settlement"*.

⁷² Anexo R 146. Orden de la Corte de Distrito de Estados Unidos, Distrito Central de Illinois en el caso *In Re: High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, Master File No. 95-1477 del 15 de marzo de 2004.

intentar restringir el acceso de México aún más y anular los términos del TLCAN.⁷³

- El productor más grande de fructosa en Estados Unidos, ADM, participó en la formulación de la política de la ASA y la promovió dentro de la CRA.⁷⁴
- La influencia de ADM en la industria de fructosa se extendió más allá de su propia producción de fructosa y azúcar (*i.e.*, a través de su participación accionaria en otros participantes importantes).
- En 2000, la CRA concordó con la propuesta de ADM de que la CRA debería apoyar la posición de la ASA de que el acceso de México al mercado de azúcar debería restringirse aún más.⁷⁵
- La CRA comunicó esa posición a la ASA.⁷⁶ (El hecho de que Cargill objetara o no esa posición es lo de menos. Lo cierto es que la CRA indicó a la ASA en 2000 que no negó su apoyo a las restricciones al azúcar mexicano.)
- En una reunión con la Oficina del *U.S. Trade Representative* el 10 de agosto de 2000, Dan Pearson de Cargill concluyó que el USTR “*clearly does not want México to request the formation of a panel under its NAFTA Chapter 20 case to clarify the meaning of the sugar side letter.*”⁷⁷
- El 17 de agosto de 2000, cuando México solicitó el establecimiento de un panel, la ASA protestó contra la acción de México.⁷⁸
- A partir de entonces el gobierno de Estados Unidos actuó consistentemente con las exigencias de la ASA, primero, al no coincidir con la propuesta de México sobre quién presidiría el panel o proponer su propio candidato entre 2000-2001,⁷⁹ y segundo, por buscar convencer a México a conceder los aumentos de acceso al

⁷³ En su testimonio el Sr. Jeffrey Alan Cotter argumenta que Cargill no estaba de acuerdo con la postura de la ASA. Véase testimonio del Sr. Cotter, ¶¶ 1-11.

⁷⁴ Véanse anexos R-62, 67 y 68.

⁷⁵ Anexo R-66. Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 180-184. Aun cuando, como lo testifica el Sr. Cotter, Cargill se hubiere opuesto a la postura de la CRA, el hecho es que en el 2000 la CRA, a pesar de la objeción del representante de Cargill, el Sr. Dan Pearson, envió en junio de 2000 una carta a la ASA en la que manifiesta estar de acuerdo con al menos algunos de sus objetivos: propugnar la anulación de la oferta comercial del azúcar en detrimento de México.

⁷⁶ Véase Anexo R-68. Memorando del 16 de junio de 2000 de Dan Pearson a varios empleados de Cargill.

⁷⁷ Memorando del 11 de agosto de 2000, Anexo R-69.

⁷⁸ Anexo R-70.

⁷⁹ Véase testimonio de Luis de la Calle, ¶ 47, Anexo R-01A. Véase también testimonios de Hugo Perezcano Díaz, Anexo R 138 y de Ricardo Ramírez, Anexo R-139.

mercado que Estados Unidos le había otorgado en las negociaciones del TLCAN en 1991-1992.⁸⁰

61. Por consiguiente la cuestión es, y ha sido, si México se vio imposibilitado para adoptar medidas de protección de sus intereses frente a la intransigencia de Estados Unidos. Como se vera más adelante en la sección de los argumentos jurídicos, la posición de México es que cumplió por completo con los requisitos establecidos en el derecho internacional para adoptar contramedidas:

- Estados Unidos documentó en diversas ocasiones el agravio de México, y por tanto reconoció la existencia de una controversia.
- México cumplió con todos los requisitos necesarios para establecer el panel.
- México en varias ocasiones solicitó a Estados Unidos permitiera que el panel operará de acuerdo a lo establecido en el capítulo XX.
- No fue culpa de México que no se estableciera el panel.
- Mientras la crisis del sector se intensificaba en México, funcionarios de alto rango del *USTR* advirtieron que México tomaría medidas para proteger sus intereses legales y económicos, en particular restringir el acceso al mercado de la fructosa.
- Por último, las medidas adoptadas por México fueron respuestas proporcionales a la negativa de Estados Unidos de abordar el agravio de México.⁸¹

62. Las contramedidas que restringen el comercio son una característica que ha prevalecido a lo largo del tiempo en las relaciones de comercio internacional entre Estados. La razón por la que los Estados adoptan contramedidas es que el sistema jurídico internacional carece de los medios de coacción que existen en los sistemas legales domésticos de los Estados. Al final del día, si el mecanismo de solución de controversias no está disponible y el Estado A no puede convencer al Estado B de abordar sus inquietudes legales, tiene que tener el derecho de reajustar sus

⁸⁰ Véase el testimonio del entonces Subsecretario Ángel Villalobos, Anexo-01D, ¶¶ 24-25. Véase también Anexo 62: Líneas discursivas preparadas por la CRA para una reunión del Embajador Robert Zoellick, del 9 de abril de 2003, en el que se señala: “*Sugar is poised to get more than they did even in the NAFTA side letter in some respects (raw/refined requirements, raising the tariff on tier two imports, growth based on U.S. sugar consumption, potential limits on sugar post 2008, re-export controls, etc.) for a minimal price – roughly 50,000 metric tons above the side letter. Such an increase in Mexican sugar access into the U.S. market will not impact domestic sugar prices, given the size of the U.S. sugar market (10 million metric tons)*”.

⁸¹ Los propios documentos de Cargill registran la opinión de su representante en Washington de que el gobierno de los Estados Unidos no quería someterse a la jurisdicción del panel. El Escrito de Contestación a la Demanda en el ¶ 193 cita el comentario de Dan Pearson: “[Ambassador] *Frazier clearly does not want México to request the formation of a panel under its NAFTA Chapter 20 case to clarify the meaning of the sugar side letter*” and “*Although there was no way to tell, Frazier’s concern about a Chapter 20 panel could be driven by doubts as to whether the U.S. position would prevail*”. Memorando del 11 de agosto de 2000, Anexo R-69. Incluso en 2006, el presidente de la CRA, Audrae Erickson, señaló que una acción amenazadora de México “*would force us to a NAFTA panel, which we clearly do not want. Nor does the U.S. administration want to litigate the validity of the NAFTA side letter in the remaining months of the President’s TPA [Trade Promotion Authority]. If México plays that card, it will result in severe political fallout between México and the United States*”. Anexo R-77, citado en el Escrito de Contestación a la Demanda, ¶ 204.

relaciones jurídicas para proteger sus propios intereses y para inducir que B resuelva la controversia.

63. Dieciséis meses después de que solicitara el establecimiento del panel, al no haberse resuelto la controversia, México adoptó medidas contra Estados Unidos. El propósito tanto de las medidas del Ejecutivo como las del Congreso fue la de restringir el acceso de fructosa al mercado de edulcorantes mexicanos y volver al *status quo ante* el TLCAN hasta que Estados Unidos tomara el agravio de México en serio y se sometiera al procedimiento del panel o negociara una resolución mutuamente satisfactoria de la controversia. México ya se refirió a las pruebas sobre esto en su Escrito de Contestación a la Demanda, y proporcionará pruebas adicionales con este escrito.

I. Los procedimientos instaurados en contra de las cuotas antidumping

64. La demandante dedica mucha atención al tema de la adopción de las cuotas antidumping – que caracteriza como “ilegales” 11 veces en su Escrito de Demanda y 12 veces en su Escrito de Réplica – primero, señala que fueron un medio de atribuir el móvil proteccionista a la subsiguiente imposición del IEPS y el establecimiento del permiso de importación – medidas a las que colectivamente se refiere como “medidas anti-fructosa” en 57 ocasiones en su Escrito de Demanda y 41 veces en el Escrito de Réplica – y en segundo lugar, como un medio para incrementar su reclamación de daños.

65. A pesar de que las cuotas antidumping no pueden formar parte de la reclamación de daños en el presente procedimiento, según lo reconoce la propia demandante, la demandada considera necesario disipar la impresión que la demandante busca dejar en la mente del Tribunal en el sentido de que existió una acción ilegal premeditada.

66. La imposición de cuotas antidumping en contra de importaciones en condiciones de dumping desleal que dañan o amenazan dañar a los productores nacionales de bienes similares es un recurso del comercio utilizado comúnmente por las Partes del TLCAN de conformidad con sus respectivas legislaciones aplicables.

67. Existen tres maneras para hacer frente a la imposición de dichas cuotas:

- la revisión judicial en los tribunales administrativos y locales de la Parte que impuso la cuota;
- la revisión ante un panel binacional constituido al amparo del capítulo XIX del TLCAN; y
- la impugnación ante la OMC.

68. La revisión judicial en los foros domésticos y la revisión por parte de panel binacional son recursos mutuamente excluyentes. En ambos casos el proceso puede ser invocado por los exportadores afectados; en los dos la revisión administrativa se realiza conforme a la legislación comercial de la Parte del TLCAN demandada. En la práctica, los exportadores afectados normalmente optan por la revisión ante un panel binacional. En cualquier caso, si el tribunal, corte o panel revisor determina que las autoridades no cumplieron con los requisitos técnicos estipulados en la legislación aplicable, el asunto puede ser remitido para su reconsideración o pueden cancelarse las cuotas antidumping. No se determina una “ilegalidad” o una “violación”.

El tribunal, la corte o el panel ordena a las autoridades comerciales poner la medida impugnada de conformidad a su interpretación y aplicación de la ley aplicable.

69. Desde la entrada en vigor del TLCAN, el recurso de un panel binacional ha sido invocado con éxito en contra de las autoridades comerciales de Estados Unidos en dieciséis ocasiones; en contra de las autoridades canadienses en cinco ocasiones; y en contra de las autoridades comerciales mexicanas en seis ocasiones, incluyendo la impugnación exitosa promovida por Cargill y otros exportadores norteamericanos de fructosa.⁸²

70. La impugnación de cuotas antidumping en la OMC puede invocarse como un remedio concurrente, que es exactamente lo que ocurrió en este caso. La conducción del procedimiento recae en el Miembro de la OMC cuyos exportadores se vieron afectados por las cuotas y su revisión está basada en el cumplimiento del Acuerdo Antidumping de la OMC. A partir de la entrada en vigor del Acuerdo Antidumping se han impugnado exitosamente cuotas impuestas por las autoridades comerciales de Estados Unidos en trece ocasiones, cuotas impuestas por autoridades comerciales mexicanas en tres ocasiones y cuotas impuestas por autoridades canadienses en cero ocasiones.⁸³

71. El procedimiento antidumping referido en este caso inició el 27 de febrero de 1997 cuando la Cámara Nacional de la Industria Azucarera y Alcohólica (la “Cámara Azucarera”) solicitó a SECOFI, la Autoridad Investigadora (“AI”), investigar el presunto “dumping” de fructosa grados 42 y 55 por parte de exportadores norteamericanos incluidos Cargill, ADM, Tate & Lyle y CPI. Una vez terminada la investigación preliminar el 25 de junio de 1997, la AI concluyó que existía evidencia *prima facie* de dumping y de amenaza de daño material a la industria azucarera local e impuso cuotas antidumping provisionales en contra de los exportadores norteamericanos como sigue:⁸⁴

Cuotas Compensatorias Preliminares

	<u>HFCS 42</u>	<u>HFCS 55</u>
Cargill Inc.	66.57	63.42
AE. Staley	125.3	95.58
Archer Daniels Midland	77.25	65.12
CPC	125.3	175.5
Others	125.3	175.5

* Todas las cuotas están expresadas en dólares americanos por tonelada métrica

72. Como puede observarse, Cargill tenía asignada la cuota más baja de todos los exportadores norteamericanos. Cargill pudo continuar el suministro de fructosa por lo menos a

⁸² Véase <http://www.nafta-sec-alena.org>.

⁸³ Ver <http://www.wto.org/>

⁸⁴ Anexo R-134. Resolución final de la investigación antidumping sobre las importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa, mercancía clasificada en las fracciones arancelarias 1702.40.99 y 1702.60.01 de la tarifa de la ley del impuesto general de importación, originarias de los Estados Unidos de América, independientemente del país de procedencia, proferida por la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales, SECOFI, publicada el 21 de enero de 1998, ¶ 19.

un cliente importante, Coca Azteca, con quien había llegado a un acuerdo para dividir el costo de las cuotas antidumping y repartir en partes iguales cualquier recuperación de las cuotas aplicadas a Cargill si dichas cuotas se rescindían como resultado de una impugnación.⁸⁵

73. Sin embargo, este arreglo no duró mucho tiempo. Durante la siguiente fase del procedimiento, que contemplaba la revisión de la información y documentos provistos por los exportadores y las visitas de verificación a las oficinas principales de los exportadores por parte de la AI, Cargill se negó a permitir la visita de verificación y por consecuencia la AI decidió determinar la cuota aplicable (como era su derecho) con base en la información disponible. El 23 de enero de 1998, una vez completada la fase de verificación, la AI asignó cuotas antidumping a exportadores estadounidenses como sigue:⁸⁶

Cuotas Compensatorias Definitivas

	<u>HFCS 42</u>	<u>HFCS 55</u>
Cargill Inc.	100.6	175.5
AE. Staley	100.6	90.26
Archer Daniels Midland	63.75	55.37
CPC	93.44	75.85
Others	100.6	175.5

* Todas las cuotas están expresadas en dólares americanos por tonelada métrica

74. Puede observarse que, tras la negativa de Cargill de permitir la visita de verificación, sus cuotas antidumping pasaron de ser las más bajas a ser las más altas de los exportadores estadounidenses. ADM fue el único exportador que continuó suministrando fructosa a clientes mexicanos tras la imposición de las cuotas definitivas. Entre 1997 y 2001, ADM importó cantidades importantes de fructosa 55 a México, el cual contaba con la cuota antidumping más baja.⁸⁷

75. La CRA y los exportadores norteamericanos iniciaron un procedimiento bajo el capítulo XIX del TLCAN para impugnar las cuotas antidumping provisionales. El panel binacional que atendió la reclamación determinó que la AI erróneamente concluyó que las importaciones de fructosa constituían una amenaza de daño material a la industria azucarera mexicana.

76. Estados Unidos comenzó de manera concurrente un procedimiento ante la OMC. Las conclusiones principales de estos procedimientos son las siguientes:

- en ambos casos el punto central de la impugnación se centró en la metodología aplicada para determinar la existencia de la amenaza de daño material, no del

⁸⁵ Testimonio de Eduardo Ortega, ¶ 81.

⁸⁶ Anexo R-134. Resolución final de la investigación antidumping sobre las importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa, mercancía clasificada en las fracciones arancelarias 1702.40.99 y 1702.60.01 de la tarifa de la ley del impuesto general de importación, originarias de los Estados Unidos de América, independientemente del país de procedencia, proferida por la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales, SECOFI, publicada el 21 de enero de 1998, ¶ 558.

⁸⁷ Anexo R-164 y Anexo R-134.

tamaño del margen de dumping;

- en ambos casos la conclusión principal del panel revisor fue que la AI erró al examinar los efectos que las importaciones de fructosa tendrían sobre el consumo de azúcar en la industria de refrescos en lugar de examinar el efecto de las importaciones de fructosa en el consumo de edulcorantes (incluido el uso doméstico y otros usos comerciales) en el país entero;
- la primera decisión del Panel de la OMC emitida el 24 de febrero de 2000, remitió el tema a la AI con instrucciones para expedir una decisión antidumping revisada;⁸⁸
- la AI emitió una determinación revisada para cumplir con la decisión de la OMC el 20 de septiembre de 2001, misma que fue impugnada por Estados Unidos ante la OMC;⁸⁹
- el 22 de junio de 2001 el Panel de la OMC concluyó que la determinación antidumping revisada tampoco establecía la existencia de una amenaza de daño material congruente con el Acuerdo Antidumping y ordenó a las autoridades mexicanas poner su medida en conformidad con las obligaciones que le incumbían en virtud del Acuerdo Antidumping;
- el 24 de julio de 2001 México notificó su intención de apelar el fallo del panel ante el Órgano de Apelaciones de la OMC, quién emitió su decisión el 21 de noviembre de 2001 confirmando la decisión del panel de la OMC.⁹⁰
- la primera decisión del panel constituido al amparo del capítulo XIX del TLCAN emitida el 3 de agosto de 2001 otorgó un plazo de 90 días a la AI para revocar las cuotas compensatorias o para completar un nuevo procedimiento que determine su justificación y sea compatible con la decisión del grupo especial;⁹¹
- las cuotas antidumping fueron eliminadas el 20 mayo de 2002 para dar cumplimiento a la orden del Órgano de Apelación de la OMC.⁹²

77. No obstante que la AI no pudo establecer la existencia de una amenaza de daño material de tal forma que cumpliera con los requisitos del Acuerdo Antidumping de la OMC, dicha

⁸⁸ Anexo R-150. Informe del Grupo Especial, México — Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa procedente de los Estados Unidos, WT/DS132/R, adoptado el 24 de febrero de 2000.

⁸⁹ Anexo R-151. “Resolución final que revisa, con base en la conclusión y recomendación del Grupo Especial del Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio, la resolución final de la investigación antidumping sobre las importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa, mercancía clasificada en las fracciones arancelarias 1702.40.99 y 1702.60.01 de la Tarifa de la Ley del Impuesto General de Importación, originarias de los Estados Unidos de América, independientemente del país de procedencia”, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo 2002.

⁹⁰ Anexo R-152. Informe del Órgano de Apelación, México — Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa procedente de los Estados Unidos - Procedimiento conforme al artículo 21.5 del ESD, WT/DS132/AB/RM7, adoptado el 21 de noviembre de 2001.

⁹¹ Anexo R-153. Revisión a la Resolución Final de la Investigación antidumping sobre las importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa originarias de los Estados Unidos de América. Caso bajo el TLCAN: MEX-USA-98-1904-01, 3 de agosto 2001.

⁹² Anexo R-151.

amenaza se había manifestado ya para septiembre de 2001 cuando, debido al caos en mercado azucarero causado por la penetración de la fructosa y la falta de acceso al mercado norteamericano, el gobierno de México decidió expropiar aproximadamente la mitad de los ingenios azucareros del país para evitar incumplimientos generalizados de los ingenios con sus obligaciones ante los cañeros.

J. Permiso de importación

78. La demandante intenta desacreditar el argumento de México de que Cargill obtuvo los permisos de importación que solicitó al señalar que México “confunde” los permisos especiales del 2002 con otros permisos relacionados con los “swaps” de 2005 y 2006.⁹³ Al hacer esto, se basa en el segundo testimonio de Eduardo Ortega. Sin embargo, de hecho el Sr. Ortega reconoce que Cargill sí obtuvo un permiso de importación en 2002, como bien lo señaló México en su Escrito de Contestación a la Demanda.⁹⁴

79. En el Escrito de Demanda, la demandante categóricamente señala: “*the permits were unobtainable,*” y que “[*e*]ach time Cargill applied for HFCS permits, the applications were denied.”⁹⁵ Sin embargo, en su segundo testimonio, el Sr. Ortega clarifica que la posición de la demandante es que no pudo obtener los permisos de importación “durante el periodo de 2004-2005”.⁹⁶

80. Tras reconocer que se contó con permiso de importación en el 2002, el Sr. Ortega intenta restarle importancia a ese hecho. Señala que fue “*a very small import allotment*” y que Cargill solo vendió una pequeña cantidad de fructosa, cerca de “uno o dos camiones”.⁹⁷ Sin embargo, como lo demuestra México en los párrafos 271-273 de su Escrito de Contestación a la Demanda, al enterarse de la publicación de los permisos, el propio Sr. Ortega respondió emotivamente ““*great news !! let’s get orders asap and start shipping product*”.⁹⁸ La caracterización *post hoc* desde las pruebas contemporáneas de cómo veía Cargill sobre si el permiso era significativo.

81. La demandada señala que recibió un permiso de importación en el 2002 durante una “suspensión temporal” cuando se reemplazó el procedimiento de permisos de importación con un cupo de importación. A pesar de recibir el permiso de importación solicitado, Cargill caracteriza el cupo de importación como “mera ficción” ya que éste existía desde el ambiente del IEPS.⁹⁹ Sin embargo, la resolución del 22 de abril de 2002 que establece la cuota de importación señala:

The United States of America issued an import quota of 148,000 tons for Mexican sugar, for which the measure the Mexican government adopts

⁹³ Escrito de Réplica, ¶ 84.

⁹⁴ Segundo testimonio de Eduardo Ortega, anexo al Escrito de Réplica, ¶ 23.

⁹⁵ Escrito de Demanda, ¶¶ 153, 160. El argumento de Cargill de que era imposible obtener los permisos se encuentra en el párrafo que está inmediatamente después de su análisis de los hechos sucedidos “tres semanas” después del 1 de marzo de 2002, lo cual da la impresión de que se refiere a los hechos de ese momento.

⁹⁶ Testimonio de Eduardo Ortega presentado en el Escrito de Réplica, ¶ 17.

⁹⁷ Testimonio de Eduardo Ortega presentado en el Escrito de Réplica, ¶ 23.

⁹⁸ Anexo R-88.

⁹⁹ Testimonio de Eduardo Ortega presentado en el Escrito de Réplica, ¶ 22.

*should correspond to it, and with the objective of rebalancing the sweeteners sector and establishing favorable conditions for trade in Mexican sugar and high fructose corn syrup from the United States of America...*¹⁰⁰

El cupo de importación establecido por México fue una respuesta a las acciones de Estados Unidos. La demandante lo sabe bien que sólo sugerir que la política de México existió en el abstracto.

82. En relación con las solicitudes presentadas en el 2004 y 2005, Cargill señala que “*were denied on the grounds that the Ministry of Economy had not issued the criteria for obtaining them*”¹⁰¹. Sin embargo, la sugerencia de que México tenía un procedimiento sin reglas ignora el amplio contexto. El 20 de marzo de 2003, México publicó una resolución en que establecía los criterios para la emisión de los permisos de importación. La resolución contemplaba criterios específicos para ciertas fracciones arancelarias y para las importaciones temporales. Para otras fracciones, incluyendo las fracciones 1702.40.99 y 1702.60.01, se señalaba que los criterios se publicarían “de conformidad con los derechos y obligaciones internacionales de México y hasta que existan las condiciones necesarias para tal efecto”.¹⁰² El preámbulo de la resolución establece de donde se desprenden los derechos y obligaciones a los que se hace referencia, entre otros, en que Estados Unidos:

- “se han negado a dar cumplimiento a las condiciones de acceso para el azúcar mexicano en los términos establecidos en el Anexo 703 del TLCAN” y
- “se han negado a dirimir, a través de los canales apropiados previstos en el TLCAN, la controversia que se ha suscitado”.¹⁰³

La demandante sabe que las solicitudes de permiso de importación que le fueron negadas hacen referencia a la resolución que se basa en estas justificaciones.¹⁰⁴

83. Las pruebas presentadas sustentan el argumento de México de que las medidas de acceso al mercado adoptadas fueron recíprocas a las adoptadas por Estados Unidos. En la medida en que Estados Unidos proporcionara una cuota de acceso al azúcar mexicana, México otorgaría el mismo cupo a la fructosa de Estados Unidos. Sin embargo, en la medida en que Estados Unidos no cumplió con sus obligaciones conforme al TLCAN e impidió a México hacer valer sus derechos, México se vio forzado a adoptar las contramedidas apropiadas.

K. Acontecimientos recientes sobre la reclamación de México

84. El 24 de noviembre de 2006, después de años de que México presionara a las Partes para acordar la lista de panelistas del artículo 2009, los tres ministros de comercio de las Partes del

100 Anexo R-84.

101 Testimonio de Eduardo Ortega presentado en el Escrito de Réplica, ¶ 20.

102 Anexo C-LA-64.

103 *Ibíd.*

104 Véase por ejemplo el Anexo C-216.

TLCAN acordaron establecer una lista completa de 30 panelistas.¹⁰⁵ La lista de panelistas del artículo 2009 del capítulo XX, en vigor a partir del 1 de diciembre de 2006, fue establecida por un periodo de tres años. Ese mismo día se dio en México el cambio de Presidente. En enero de 2007, en discusiones con su contraparte estadounidense, el recién nombrado Secretario de Economía, Eduardo Sojo Garza Aldape, declaró la intención de México de revivir la reclamación de México (iniciar nuevas consultas conforme al artículo 2006 para que los términos de referencia del panel comprendieran no sólo la reclamación original sobre acceso al mercado sino también la obstrucción de la reclamación de resolución de controversias.)¹⁰⁶

85. Como se señala en la comunicación de la Subsecretaria de Economía, Beatriz Leycequi, al tribunal del caso *Archer Daniel Midlands Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, México aplazó el envío de la solicitud de consultas a Estados Unidos hasta después de la visita de Presidente Bush a México a mediados de marzo.¹⁰⁷ La Solicitud fue enviada el 15 de marzo de 2007.¹⁰⁸

86. Estados Unidos no respondió a la solicitud de consultas sino hasta después de ser presionado por México¹⁰⁹. En una comunicación del 25 de abril de 2007, Estados Unidos propuso el 25 de mayo de 2007 para celebrar las consultas en Washington, D.C.¹¹⁰

87. Se llevaron a cabo las consultas ese día y no se logró resolver la controversia.

88. Conforme al artículo 2007, mediante comunicación del 3 de julio de 2007, el Secretario Sojo solicitó una reunión de la Comisión de Libre Comercio.¹¹¹ El 13 de julio de 2007 se celebró una conferencia telefónica a nivel ministerial (la Subsecretaria Leycegui en representación de México, el Embajador John K. Veroneau por parte de Estados Unidos y Marie Lucie Morin en representación de Canadá). Tampoco se logró resolver la controversia aunque las dos Partes acordaron discutir un medio por el cual la controversia podría resolverse y evitar un panel. Ambos gobiernos intercambiaron un borrador de carta de arreglo para discusión.

89. México considera que existe la posibilidad de llegar a un arreglo que resuelva la controversia. En caso que no se llegue a un arreglo en los próximos días, México solicitará el establecimiento de un panel y proceder con el procedimiento de solución de controversias. México cumplirá con los resultados de dicho procedimiento.¹¹²

¹⁰⁵ Anexo R-154. Decisión de la Comisión de Libre Comercio sobre la Lista establecida conforme al artículo 2009 del TLCAN del 24 de noviembre de 2006.

¹⁰⁶ Anexo R-78. Comunicación del 20 de marzo de 2007 de la Subsecretaria Beatriz Leycequi al Tribunal en el caso *Archer Daniel Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos States*

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ Cartas de solicitud de consultas conforme al artículo 2006 del TLCAN. Anexo R-155.

¹⁰⁹ Anexo R-165.

¹¹⁰ Anexo R-166.

¹¹¹ Solicitud de reunión de la Comisión de Libre Comercio. Anexo R-157.

¹¹² México sometió al mecanismo de solución de controversias del capítulo XX otras dos medidas de Estados Unidos y prevaleció en ambas. Aun cuando todos los casos involucran riesgos, México confía en la solidez de su caso en contra de Estados Unidos.

IV. ARGUMENTOS JURÍDICOS

90. El escrito de Réplica no amerita que México ajuste los argumentos jurídicos que presentó en su Escrito de Contestación a la Demanda. México reitera que aun cuando el Tribunal determine que el impuesto era incompatible con el artículo III del GATT, y por ende *prima facie* incompatible con el artículo 301 del TLCAN (sujeto a la defensa de contramedidas de México), no viola ninguna disposición del capítulo XI que reclama la demandante. Por tanto, la defensa de contramedidas se presenta sólo como una alternativa, *i.e.*, en el caso de que el Tribunal disienta con la defensa principal de México.

A. Trato Nacional

91. En su Escrito de Réplica la demandante aborda la reclamación sobre trato nacional de una manera confusa al mezclar repetidamente conceptos que no están relacionados. A continuación México responde brevemente a sus argumentos.

1. La aplicación del capítulo XI tiene limitantes territoriales

92. Como ya se señaló en detalle en el Escrito de Contestación a la Demanda y en el escrito de México del 12 de julio sobre las cuestiones de incompetencia, es fundamental que las obligaciones del capítulo XI se extiendan solamente a los inversionistas de las Partes del TLCAN en relación con sus inversiones ubicadas en el territorio de las otras Partes del tratado, y a sus inversiones ubicadas en esas otras Partes del tratado. En los párrafos 62-64 del Escrito de Réplica, Cargill persiste en su argumento de que las empresas estadounidenses de Cargill fueron objeto de discriminación por parte de México. México reitera su argumento de que el capítulo XI sólo puede aplicarse al trato que México otorgue a *Cargill de México* y exclusivamente en relación con la calidad de Cargill como inversionista en *Cargill de México*. Cualquier pérdida que podría haber resultado de la disminución de las exportaciones de Cargill de Estados Unidos se reflejó en su calidad de exportador de bienes y no en su calidad inversionista en *Cargill de México*. No es posible considerar que México reguló de alguna forma las operaciones de Cargill en Estados Unidos. Por tanto, el Tribunal carece de competencia sobre ese aspecto de las reclamaciones.

2. No hay pruebas de que se haya discriminado a Cargill como inversionista o a su inversión en razón de su nacionalidad

93. En los párrafos 286-89 del Escrito de Contestación a la Demanda, México explicó a detalle que las tres Partes del TLCAN comparten la opinión de que la violación de la obligación de trato nacional del artículo 1102 requiere que la discriminación se dé en razón de la nacionalidad, interpretación que compartió el tribunal en el caso *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*. México también demostró que el impuesto no discriminó a las empresas en razón de la nacionalidad de su capital ya que existía inversión mexicana en *CPIngredients* e inversión estadounidense – incluyendo a Cargill – en el sector azucarero mexicano.¹¹³

94. La respuesta de la demandante al respecto parece tener dos partes fundamentales.

¹¹³ Escrito de Contestación a la Demanda ¶¶ 290-93.

95. Primero, la demandante brevemente argumenta que “México no niega ni puede negar que el impacto del Impuesto IEPS fue materialmente menos favorable para los inversionistas extranjeros que para los nacionales.”¹¹⁴ Por el contrario, México presentó pruebas sustanciales de que, en cuanto a las inversiones en México y a los inversionistas extranjeros con inversiones en México se refiere, el impuesto fue neutral en razón de la nacionalidad. El inversionista mexicano en CPIIngredientes recibió el mismo trato que el que se le dio a los inversionistas estadounidenses de esa empresa, y Cargill como inversionista en *Cargill de México* y los inversionistas extranjeros en el sector azucarero mexicano tales como Cargill recibieron el mismo trato que se otorgó a los inversionistas mexicanos en el sector azucarero. De hecho, mientras el impuesto estaba en vigor, Cargill adquirió el 15% de la propiedad del productor azucarero mexicano Zucarmex. Cargill no argumenta que la capacidad de Zucarmex de vender azúcar a los embotelladores de refrescos se haya visto afectada de algún modo por ser Cargill accionista de ésta, ya que la nacionalidad del capital social de Zucarmex simplemente no guarda relación con el desempeño de la empresa.¹¹⁵

96. Cargill afirma que la presencia de inversión de Estados Unidos en la industria azucarera y la inversión mexicana en la industria de fructosa es irrelevante para determinar si el impuesto discriminó en razón de la nacionalidad de los inversionistas. De acuerdo a Cargill:

La aceptación del argumento de México haría que el Artículo 1102 no tuviera importancia porque existe propiedad multinacional de virtualmente cada una de las sociedades de propiedad pública. Nadie podría llegar a la conclusión del hecho indudable de que personas físicas de nacionalidad suiza sean propietarios de acciones (inviertan capital) en General Motors para que General Motors no sea una sociedad de los Estados Unidos. Ciertamente, el TLCAN estipula que la nacionalidad de una empresa es el país en el que la misma es ciudadana. [Se omite nota al pie]¹¹⁶

97. El argumento de la demandante sobre este aspecto es confuso. Parece sugerir que todas las empresas constituidas en México, incluyendo *Cargill de México*, deben considerarse empresas mexicanas y que la nacionalidad de sus accionistas es irrelevante.¹¹⁷ No obstante que la interpretación de la demandante anularía su reclamación de artículo 1102, México no está de acuerdo con ésta. El enfoque del capítulo XI es de hecho la regulación y el trato a las inversiones extranjeras en las empresas nacionales.

¹¹⁴ Escrito de Réplica ¶ 74.

¹¹⁵ En su segundo testimonio Chad Jurgens señala que a la fecha Cargill no ha recibido ganancias de su inversión en Zucarmex. Lo anterior es irrelevante para el análisis legal de las circunstancias similares ya que nunca puede haber una garantía en donde cualquier inversionista en cualquier industria obtendrá ganancias. Más aun, si se hubiera permitido que la industria azucarera se desplomara, Cargill podría haber perdido completamente el valor de su inversión. El punto aquí es que *Cargill de México* vendía tanto azúcar como fructosa y tenía una participación en el capital de la misma producción de azúcar mexicana de la que se queja recibió una ventaja sobre las ventas de fructosa de *Cargill de México*.

¹¹⁶ Escrito de Réplica ¶ 76.

¹¹⁷ Además, puesto que ni Cargill ni Zucarmex (el productor azucarero mexicano en lo cual Cargill invirtió) cotizan en la Bolsa, no está claro porque Cargill cita un ejemplo de una empresa que sí cotiza en la Bolsa.

98. Este enfoque se ilustra en las excepciones (conocidas como “reservas”) del capítulo XI contenidas en los anexos del TLCAN. Por ejemplo, la reserva de Estados Unidos para el transporte aéreo en el Anexo I (página I-U-13) establece que “Únicamente empresas de transporte aéreo que sean ‘ciudadanas de Estados Unidos’ podrán operar aeronaves para prestar servicio aéreo doméstico (cabotaje) e internacional y prestar servicios internacionales de regulares y no regulares como empresas de transporte aéreo estadounidenses”. La reserva explica que conforme a la legislación competente estadounidense un “ciudadano de Estados Unidos” significa: (a) un individuo que sea ciudadano estadounidense; (b) una asociación en la cual cada miembro sea ciudadano estadounidense; y (c) una sociedad de Estados Unidos en la cual el presidente y por lo menos dos terceras partes de los miembros del consejo de administración y otros funcionarios de alta dirección sean ciudadanos de Estados Unidos, y por lo menos 75 por ciento de las acciones con derecho a voto en la sociedad sea propiedad o esté controlado por ciudadanos de Estados Unidos. Sin esta reserva, estas restricciones violarían el artículo 1102 (además del artículo 1107, que aborda las restricciones sobre los altos ejecutivos y los consejos de administración). Estas son el tipo de medidas que abarca el capítulo XI – limitantes sobre la nacionalidad de la inversión y restricciones relacionadas con la operación de negocios nacionales que derivan de esas limitantes en razón de la nacionalidad.¹¹⁸ En contraste, el IEPS se aplicó a los bienes, sin tomar en consideración la nacionalidad del productor (o del distribuidor) o a los inversionistas del productor (o del distribuidor). Fue una medida sobre el comercio de bienes.

99. Segundo, Cargill señala que la defensa de contramedidas de México se basa en su totalidad “en la premisa de su supuesto derecho de señalar a inversionistas de los Estados Unidos para darles un trato diferente”.¹¹⁹ Esa caracterización del impuesto no es correcta. Las medidas de Estados Unidos en cuestión – bloquear las importaciones de azúcar mexicano y el establecimiento de un panel para la solución de controversias – fueron dirigidas a un producto, y las contramedidas de México adoptadas en respuesta también fueron dirigidas a un producto, la fructosa, con el objetivo de reestablecer el *status quo ante* e incitar a Estados Unidos a someterse al mecanismo de solución de controversias. El impuesto no fue una medida adoptada en razón de la inversión.¹²⁰

100. Tal y como lo señaló México en su Escrito de Contestación a la Demanda, la Comisión de Derecho Internacional ha sostenido que las contramedidas dirigidas contra un Estado en particular pueden “incidentalmente afectar la posición de terceros Estados o de hecho de otros terceros” si:

²⁶⁷ Refleja el hecho de que el comercio de bienes se rige por el capítulo III, las excepciones a las obligaciones del artículo 301 (la disposición que incorpora el artículo III del GATT por referencia) se establecen en el anexo 301 del capítulo III.

²⁶⁸ Escrito de Réplica ¶ 74.

²⁶⁹ En el ¶ 77 del Escrito de Réplica, Cargill cita la expropiación de los ingenios azucareros insolventes por el gobierno de México como si eso fuera un hecho nuevo que no se hubiere presentado con anterioridad. Sin embargo, el Escrito de Contestación a la Demanda explica en detalle la crisis financiera que enfrentaba el sector azucarero mexicano y la decisión del gobierno de expropiar 27 ingenios para proteger los trabajos de miles de cañeros. (El Decreto por el que se expropiaron los ingenios azucareros se incluyó como Anexo R 121). Véanse ¶¶80-87 y 166 del Escrito de Contestación a la Demanda en los que se explica, entre otras cosas, que en el año 2000 la deuda combinada de los ingenios azucareros era aproximadamente de \$2 mil millones de dólares, y que la negativa de Estados Unidos de permitir importaciones de azúcar mexicano contribuyó en gran medida a la crisis. Las expropiaciones no fueron medidas de México con las que se buscaban ganancias, sino que se trató de un esfuerzo para prevenir los problemas económicos y sociales que habrían resultado de la quiebra del sector.

...como consecuencia de la suspensión del acuerdo comercial, se ve afectado el comercio con el Estado responsable y una o más sociedades ven reducido su volumen de negocios o incluso quiebran. Esos efectos indirectos o colaterales no pueden evitarse enteramente.¹²¹

101. Aun cuando *Cargill de México* o Cargill en su calidad de inversionista se vieron afectados por la medida dirigida a los Estados Unidos, no existió una medida dirigida en particular a éstas. Pareciere que Cargill quiere que se le considere un ciudadano estadounidense para estar legitimado para presentar una reclamación (como “un inversionista de la otra Parte) pero desvincularse de esa Parte cuando se trata de la explicación del contexto de la acción de México y para los propósitos de su defensa. Cargill no puede aplicarlo en ambos sentidos.

3. El artículo 1102 es distinto por completo del artículo 301 y del artículo III del GATT

102. No obstante que en el párrafo 57 del Escrito de Réplica la demandante niega que equipara el artículo 1102 del TLCAN con el artículo 301 y el artículo III del GATT, sí lo hace. Por ejemplo, en el párrafo 52 del Escrito de Réplica, la demandante cita a un comentarista para sostener que el TLCAN ha sido “complementado” con las decisiones de la OMC sobre el término “productos similares”, pero no reconoce que el término “producto similar” no está comprendido en el capítulo XI. Igualmente, en el párrafo 58 del Escrito de Réplica, la demandante sostiene que la decisión de la OMC sobre el impuesto a los refrescos es pertinente porque aborda la misma medida que reclama la demandante – de nuevo no toma en cuenta el hecho de que el caso de la OMC involucró el artículo III del GATT y no el artículo 1102 del TLCAN.

103. En el párrafo 59 del Escrito de Réplica, la demandante correctamente señala que México argumentó que el término “en circunstancias similares” es distinto al término “productos similares”, pero después pretende hacer creer que México sugirió que las interpretaciones del término “en circunstancias similares” utilizado en otros tratados de inversión son irrelevantes – algo que México nunca dijo. De hecho, la demandante no cita ningún tratado de inversión donde los términos “circunstancias similares” o “en situaciones similares” hayan sido interpretados como equivalentes al término “producto similar”. Por consiguiente, la cita de la demandante del caso *Servicios Transporte Transfronterizo de Carga*, en el que simplemente se señala que el término “en circunstancias similares” tiene un significado similar a utilizadas en el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos y en tratados bilaterales de inversión, no sostiene su argumento.

104. La otra cita de la demandante del caso *Servicios Transporte Transfronterizo de Carga* es engañosa. En el párrafo 59 del Escrito de Réplica señala:

el panel de Cross Border Trucking Services se basó en la “[d]octrina establecida con mucha anterioridad conforme al GATT y la OMC” al llegar a la conclusión de que las medidas en cuestión violaban el Artículo 1102 del TLCAN. [Se omite nota al pie]

¹²¹ Véase ¶¶ 451-52 del Escrito de Contestación a la Demanda. Véase también James Crawford, *Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos: Introducción, texto y comentarios*. Comentario al artículo 49, p. 363. Anexo R-112.

Dado que esta cita inicia con la frase “Más aun, *‘productos similares’ es ciertamente un componente importante de ‘circunstancias similares’*” (“*Moreover, ‘like goods’ is certainly an important component of ‘like circumstances’*”), pareciere que la demandante intenta sugerir que el panel apoyó esa opinión. De hecho, la cita completa del caso *Servicios Transporte Transfronterizo de Carga* que utiliza la demandante es:

La doctrina establecida desde hace tiempo conforme al GATT y a la OMC establece que cuando una medida es inconsistente con las obligaciones de una Parte, es innecesario demostrar que la medida ha tenido impacto en el comercio.¹²²

En la cita no se menciona el artículo III del GATT, y de hecho no era intención del panel del caso *Servicios de Transporte Transfronterizo* utilizar el artículo III del GATT para interpretar el término “circunstancias similares” del artículo 1202 (la obligación del trato nacional para comercio de servicios).

105. Es necesario aclarar que México no argumentó que los conceptos de la OMC no son pertinentes para interpretar el TLCAN. Por ejemplo, el artículo 301 del TLCAN incorpora el artículo III del GATT por referencia así que obviamente la jurisprudencia de la OMC sobre la interpretación del artículo III del GATT sería pertinente para interpretar el artículo 301. El argumento de México es distinto y más específico: el lenguaje del artículo 1102 es distinto al del artículo III del GATT porque no se centra en las características inherentes del beneficiario de la obligación (*i.e.* un bien) sino en la calidad en la que el beneficiario actúa (*i.e.* la inversión o el inversionista). Es decir, el artículo 1102 se centra en factores externos a la inversión o al inversionista, mientras que la obligación de bienes similares se centra en el bien solo. Por lo tanto, la jurisprudencia sobre el artículo III del GATT no puede utilizarse para interpretar el artículo 1102 del TLCAN.

106. La demandante hace un lado la pertinencia de la decisión del tribunal del caso *Methanex* sobre este tema, que es precisamente correcta. Es importante resaltar que las Partes del TLCAN expresaron su acuerdo en el sentido de que el artículo 1102 establece un estándar legal distinto al del artículo 301 del TLCAN y al del artículo III del GATT. En el caso *Methanex*, tanto Canadá como México presentaron comentarios en alcance al artículo 1128 en apoyo de la interpretación de Estados Unidos:

- El cuarto escrito conforme al artículo 1128 de Canadá al tribunal de *Methanex* señala: “*Canada disagrees with any interpretation that relies largely on authorities relating to Article III (national treatment) of the General Agreement on Tariffs and Trade. The GATT ‘like products’ test is not the same as the ‘in like circumstances’ test in Article 1102.*”¹²³
- El escrito conforme al artículo 1128 de México de fecha 30 de enero de 2004 señala: “*Where a breach of Article 1102 is alleged, it is less favorable treatment based on the Claimant’s Canadian nationality only that can give rise to a finding*

¹²² Véase Informe final del panel del capítulo XX en el caso *Servicios de Transporte Transfronterizo*, ¶ 289.

¹²³ *Fourth Submission Of The Government Of Canada Pursuant To NAFTA Article 1128, 30 Jan. 2004*, disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/28854.pdf>, p. 2.

of breach of Article 1102, and in this respect, Mexico agrees with the U.S. submissions at paragraphs 300-304 of the Amended Statement of Defense [se omite la nota a pie de página]. Discrimination based on other factors will not give rise to a claim of breach of the national treatment rule [se omite nota al pie].”¹²⁴

- Todos los párrafos del *U.S. Amended Statement of Defense* a los que México hizo referencia abordaron este tema. Por ejemplo, el párrafo 300 del *U.S. Amended Statement of Defense* señala:

300. There is no merit to Methanex’s argument based on GATT “like products” jurisprudence that it should be compared to investors and investments in a different industry on the ground that the industry produces a product that is “like” methanol. Article 1102, unlike the GATT, makes no reference to “like products.” Instead, it refers to treatment, “in like circumstances,” of “investors” and “investments.” [se omite la nota a pie de página] The ordinary meaning of treatment “in like circumstances” of “investors” and “investments” is not the same as that of treatment of “like products.” [se omite la nota a pie de página] The terms used in Article 1102 demonstrate an overriding concern with the activity of investment and the circumstances of the investment and the treatment. By contrast, the terms used in the GATT demonstrate a concern with the activity of importation of goods and their “sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use,” and whether the goods can be considered “like products.” [se omite la nota al pie].¹²⁵

107. Las reglas para la interpretación de tratados señaladas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados requieren que se considere “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones”.¹²⁶ El acuerdo de las tres Partes del TLCAN en este punto en concreto constituye una interpretación obligatoria del artículo 1102.

4. Cargill de México y los productores azucareros mexicanos no estaban en circunstancias similares

108. México señaló en los párrafos 294-308 de su Escrito de Contestación a la Demanda varios factores importantes para evaluar si las empresas objeto de comparación están en circunstancias similares. El hecho de que el impuesto impidió que *Cargill de México* vendiera uno de los muchos productos que distribuye en uno de los mercados en el cual se utiliza ese producto no proporciona la perspectiva completa que debe examinar el Tribunal cuando evalué si

¹²⁴ Cuarto escrito de México conforme al artículo 1128 del 30 de enero de 2004, disponible en http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/Casos_eua/Methanex/1128/cuarto_1128_mex_ico.pdf, p. 6.

¹²⁵ *U.S. Amended Statement of Defense*, 5 de diciembre de 2003, disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/27063.pdf>.

¹²⁶ Artículo 31(3)(a).

Cargill de México – la inversión de Cargill en cuestión – estaba en circunstancias similares a los productores azucareros mexicanos con quienes la demandante desea compararse.

109. La posición de la demandante es clara. El Escrito de Réplica señala “la reclamación completa de Cargill conforme al Artículo 1102 se basa totalmente en cómo las circunstancias relativas a “un producto” propiedad de ciudadanos mexicanos es comparable con las circunstancias relativas a “un producto” propiedad de ciudadanos de los Estados Unidos” y que “el punto relevante es que ambos productos compitieron por el negocio de los embotelladores de refrescos...”¹²⁷. Pero esas son declaraciones precisamente del examen del artículo III del GATT y del artículo 301 del TLCAN, obligaciones sobre las cuales este Tribunal no tiene competencia, y no del artículo 1102 del TLCAN, la obligación que está ante este Tribunal.

110. La demandante aparentemente cree que el concepto de trato nacional de bienes es exactamente equivalente al concepto de trato nacional de inversión y descarta los otros factores identificados por México en los párrafos 294-308 del Escrito de Contestación de Demanda, incluyendo que:

- *Cargill de México*, a diferencia de los productores azucareros mexicanos, no produce nada en México, sino es solamente un distribuidor;
- según su propio sitio de Internet, *Cargill de México* distribuye además de la fructosa muchos otros productos – aceites y grasas comestibles, acidulantes, nutrición animal, azúcar, fertilizantes y granos – mientras que los productores azucareros mexicanos se limitan a la venta de azúcar;
- a diferencia del mercado de la fructosa, el mercado de azúcar estaba sumamente regulado – tanto por Estados Unidos como por México – y México adoptó sus restricciones a las importaciones de azúcar a instancias de Estados Unidos como una condición para obtener acceso al mercado azucarero de Estados Unidos, después de que Estados Unidos no cumplió con su compromiso; y
- que debido a las acciones del gobierno de Estados Unidos, los productores azucareros mexicanos experimentaron una grave crisis económica que amenazó el sustento de miles de cañeros, mientras que los productores de fructosa en México no se vieron afectados de manera significativa.

111. En respuesta a cada uno de estos argumentos, la demandante simplemente repite su mantra de que el único aspecto pertinente es que la fructosa compite con el azúcar en el mercado de refrescos.¹²⁸ La demandante no intenta siquiera abordar alguno de los factores descritos por México y aparentemente asume que el Tribunal debe aceptar la definición de la demandante sobre las circunstancias. Por el contrario, el Tribunal debe analizar todos los factores de una

¹²⁷ Escrito de Réplica ¶ 65.

¹²⁸ Véase, por ejemplo el Escrito de Réplica ¶ 64 (“*The relevant point of comparison is the distribution and sale of sweeteners to Mexican soft drink bottler.*”); ¶ 65 (“*The relevant point is that both products competed for the business of soft drink bottlers*”); y ¶ 66 (“*The relevant market for purposes of Cargill’s claim is the distribution and sale of sweeteners to Mexican soft drink companies.*”)

manera objetiva para determinar si *Cargill de México* y los productores azucareros mexicanos estaban en circunstancias similares conforme al artículo 1102.

112. Es necesario hacer dos comentarios adicionales sobre esta parte del Escrito de Réplica. Primero, la demandante señala que México “no ofrece un solo hecho” para sostener la afirmación de que el mercado de azúcar estaba sumamente regulado.¹²⁹ México dirige al Tribunal a los párrafos 38-44, 122-125 y 301-306 del Escrito de Contestación a la Demanda en los que demuestra de manera concluyente que el comercio del azúcar estaba sujeto a un alto grado de regulación. En particular, es revelador que la demandante no aborde el argumento de México de que debido a la interpretación unilateral de Estados Unidos de sus compromisos conforme al TLCAN, los productores azucareros mexicanos perdieron dos ventas por cada venta de fructosa realizada en México – una venta en México, y la misma cantidad que Estados Unidos descontó de su cuota para el azúcar mexicano.¹³⁰

113. Segundo, los esfuerzos de la demandante para distinguir los precedentes citados por México son superficiales. La demandante afirma que su caso es distinto al de *GAMI* porque “ninguno de los proveedores de fructosa...era nacional”.¹³¹ Al contrario, *CPIngredientes* y *ALMEX* son de hecho empresas mexicanas. *CPIngredientes* era al inicio una empresa con capital 100% mexicano y estaba en vías de ser transmitido a *CPI* cuando el impuesto se promulgó. Además, las instalaciones de producción de *Cargill* en Estados Unidos no están dentro del ámbito de aplicación del artículo 1102. Muy a su conveniencia la demandante evita los elementos fundamentales de la conclusión sobre trato nacional a la que arribó el tribunal de *GAMI*:

El Tribunal arbitral no ha sido persuadido de que las circunstancias que incumben a *GAM* fueran demostrablemente tan “parecidas” a las de los propietarios de los ingenios expropiados y que por lo tanto fuera incorrecto tratar a *GAM* de manera diferente.¹³²

y:

El Tribunal Arbitral en definitiva acepta...que *GAMI* ha fracasado en demostrar que las medidas que invoca fueron el resultado de o están relacionadas con la participación de *GAMI* en *GAM*; ni estaban dirigidas para tratar a *GAM* de manera diferente por la participación de *GAMI* en su capital social.”¹³³

GAMI es un claro ejemplo de que competidores en la misma industria, aún cuando produzcan el mismo bien, no están necesariamente “en circunstancias similares” conforme al artículo 1102.

¹²⁹ Escrito de Réplica ¶ 66.

¹³⁰ Según se explicó en el ¶ 303 del Escrito de Contestación a la Demanda esa situación se debió a que Estados Unidos adoptó la posición de que los excedentes de producción neto de azúcar de México – la base para fijar la cuota – se reducirían conforme a la cantidad de fructosa consumida en México.

¹³¹ Escrito de Réplica, ¶ 70.

¹³² *GAMI*, ¶ 114.

¹³³ *GAMI*, ¶ 115.

114. Respecto al caso *Pope & Talbot*, México señaló en el Escrito de Contestación a la Demanda que este caso se trató de trato diferencial que resultó de una controversia intergubernamental entre Canadá y Estados Unidos, en donde el tribunal reconoció que en esa situación el demandante no estaba en circunstancias similares con las otras empresas del mismo sector. Por ejemplo, en el párrafo 102 el tribunal concluyó:

The second basis for possibly considering the Investment to be disadvantaged is the settlement's more onerous effects on producers, like the Investment, that used LFB [Lower Base Fee] and UFB [Upper Base Fee] extensively. In effect, Canada chose to settle the dispute with the United States by burdening only users of LFB and UFB, rather than the entirety of those producers benefiting from the B.C. stumpage reductions. Applying the legal considerations discussed above, the Tribunal finds that the choice made by Canada to resolve the B.C. stumpage fee controversy in this manner bears a reasonable relationship to the rational choice of remedies aimed at avoiding a threat to the SLA [U.S.-Canada Softwood Lumber Agreement].

De nuevo, el hecho de las empresas sean competidoras del mismo producto no determina que se encuentren “en circunstancias similares”.

B. No hubo denegación de trato de nación más favorecida

115. La discusión de la demandante sobre la presunta violación al artículo 1103 refleja su gran malentendido sobre el ámbito de aplicación territorial del capítulo XI al cual se refiere México en su escrito del 12 de julio sobre las cuestiones de incompetencia. México ya señaló que la demandante no ha argumentado que la inversión de cualquier empresa canadiense en México ha recibido mejor trato que *Cargill de México*. Por el contrario, la demandante alega que Casco, una empresa canadiense, exportó fructosa a México y que la fructosa canadiense recibió mejor trato que la fructosa exportada de Estados Unidos por Cargill.

116. De hecho, la demandante resume su posición de la siguiente forma:

En resumen, al permitir a Casco, un proveedor canadiense de fructosa, enviar fructosa a México y no permitir a Cargill hacer lo mismo, México trató a un inversionista de una Parte del TLCAN en forma menos favorable que a un inversionista de otra Parte del TLCAN. Ese trato diferente violó el Artículo 1103.¹³⁴

Como se señala en el Escrito de Contestación a la Demanda, ni siquiera el capítulo III del TLCAN contempla el trato de nación más favorecida para los bienes, y por lo tanto resulta extraño que Cargill sugiera que el trato discriminatorio de bienes puede convertirse de alguna manera en una violación del capítulo XI.

117. Por supuesto el problema fundamental del argumento de la demandante es el asumir que México puede “otorgar un trato” a la inversión de Cargill en Estados Unidos y a la inversión de Casco en Canadá conforme al artículo 1103 cuando ambas se encuentran fuera del territorio mexicano y, por tanto, del control de la demandada.

¹³⁴

Escrito de Réplica, ¶ 83.

C. No hubo denegación de nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario

118. En el párrafo 86 del Escrito de Réplica, la demandante reitera su argumento de que se pueden incluir medidas que reconoce exceden la competencia del Tribunal para establecer una base para una reclamación de violación al artículo 1105. Por tanto, que por el simple hecho que tiene una reclamación del artículo 1105, puede apoyarse en el IEPS (el cual de conformidad con el artículo 2103 no puede ser violatorio del artículo 1105) y en las medidas antidumping previas (que escapan por completo la competencia del Tribunal). México explicó en los párrafos 310 y 311 de su Escrito de Contestación a la Demanda el por qué se trata de un argumento absurdo y no repetirá en este escrito su explicación.

119. Cargill cita el caso *PSEG Global Inc. v. Republic of Turkey* para justificar el que un tribunal pueda considerar las “situaciones agregadas” (“*aggregate of the situations*”) pero en ese caso el tribunal no consideró las medidas que se encontraban fuera de su competencia. Por ende, dicho caso no sustenta el argumento de la demandante.

120. Respecto al estándar aplicable conforme al artículo 1105, la demandante ahora reconoce que el caso *Tecmed* no interpreta el TLCAN, pero no obstante continúa apoyándose en éste y otros casos recientes, que de igual forma no son casos en el marco del TLCAN.

121. Antes de abordar el TLCAN, México hace notar que el intento de la demandante de basarse en laudos que adoptaron *Tecmed* no concuerda con el hecho de que el comentario sobre *Tecmed* en *MTD* con autoridad más reciente (por un comité de anulación presidido por el ex-Presidente de la Corte de Justicia Internacional) lo criticó como una expresión incorrecta del estándar de nivel mínimo de trato.

122. En el pasaje relevante de su decisión, el Comité noto:

67. *The Committee can appreciate some aspects of these criticisms [of Tecmed]. For example the TECMED Tribunal’s apparent reliance on the foreign investor’s expectations as the source of the host State’s obligations (such as the obligation to compensate for expropriation) is questionable. The obligations of the host State towards foreign investors derive from the terms of the applicable investment treaty and not from any set of expectations investors may have or claim to have. A tribunal which sought to generate from such expectations a set of rights different from those contained in or enforceable under the BIT might well exceed its powers, and if the difference were material might do so manifestly.*¹³⁵

123. Al final, el laudo del tribunal *MTD* escapó se ser anulado debido a que formuló un estándar distinto del nivel mínimo de trato que el expresado en *Tecmed*, y que fue citado simplemente “*in support of this standard, not in substitution for it.*”¹³⁶ La implicación es que si el tribunal sujeto a revisión se basó en *Tecmed* como el estándar internacional aplicable, hubiera excedido su competencia para aplicar la ley gobernante y su laudo hubiera sido anulado.

¹³⁵ Vease *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. c República de Chile* Caso CIADI No. ARB/01/7, Decisión del Comité de Anulación, emitido el 21 de marzo del 2007, ¶ 67.

¹³⁶ *Id.*, ¶ 70.

124. Por lo que se refiere al TLCAN, resulta crucial examinar detenidamente el artículo 1105 y su contexto.

125. El artículo 1131(2) establece que:

La interpretación que formule la Comisión sobre una disposición del Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección.

126. El 31 de julio de 2001 la Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió una nota interpretativa del artículo 1105. La nota señala que el artículo 1105 contempla un estándar de derecho internacional consuetudinario; en particular “[l]os conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridad plenas’ no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste”.¹³⁷ El tribunal debe apoyarse en el derecho internacional consuetudinario al aplicar el artículo 1105.¹³⁸

¹³⁷ Nota de Interpretación de la Comisión de Libre Comercio del 31 de Julio de 2001, ¶ 2.

¹³⁸ Aún y cuando un tribunal (de *Pope & Talbot*) menospreció esta Nota Interpretativa al tratarla como una posible modificación (al final la aplicó, véase laudo en ¶¶ 53-54), otros tribunales que le siguieron sin dilación y debidamente aplicaron la Nota Interpretativa de la CLC. Véase por ejemplo el comentario del tribunal de *ADF*:

“We have noted that the Investor does not dispute the binding character of the FTC Interpretation of 31 July 2001. At the same time, however, the Investor urges that the Tribunal, in the course of determining the governing law of a particular dispute, is authorized to determine whether an FTC Interpretation is a ‘true interpretation’ or an ‘amendment.’ We observe in this connection that the FTC Interpretation of 31 July 2001 expressly purports to be an interpretation of several NAFTA provisions, including Article 1105(1), and not an ‘amendment,’ or anything else. No document purporting to be an amendment has been submitted by either the Respondent or the other NAFTA Parties. There is, therefore, no need to embark upon an inquiry into the distinction between an ‘interpretation’ and an ‘amendment’ of Article 1105(1). But whether a document submitted to a Chapter 11 Tribunal purports to be an amendatory agreement in respect of which the Parties’ respective internal constitutional procedures necessary for the entry into force in the amending agreement have been taken, or an interpretation rendered by the FTC under Article 1131(2), we have the Parties themselves - all the Parties - speaking to the Tribunal. No more authentic and authoritative source of instruction on what the Parties intended to convey in a particular provision of NAFTA, is possible. Nothing in NAFTA suggests that a Chapter 11 tribunal may determine for itself whether a document submitted to it as an interpretation by the Parties acting through the FTC is in fact an “amendment” which presumably may be disregarded until ratified by all the Parties under their respective internal law. We do not find persuasive the Investor’s submission that a tribunal is impliedly authorized to do that as part of its duty to determine the governing law of a dispute. A principal difficulty with the Investor’s submission is that such a theory of implied or incidental authority, fairly promptly, will tend to degrade and set at naught the binding and overriding character of FTC interpretations. Such a theory also overlooks the systemic need not only for a mechanism for correcting what the Parties themselves become convinced are interpretative errors but also for consistency and continuity of interpretation, which multiple ad hoc arbitral tribunals are not well-suited to achieve and maintain.”

[Énfasis propio] (¶ 177.) De forma similar, el tribunal de *Mondev* aplicó la Nota Interpretativa. Después de discutir el contenido del texto del artículo 1105, el tribunal observó: “To this the FTC has added to clarifications which are relevant for present purposes. First, it makes clear that Article 1105(1) refers to a standard existing under customary international law, and not to standards established by other treaties of the three NAFTA Parties... Secondly, the FTC Interpretation makes clear that in Article 1105(1) the terms ‘fair and equitable treatment’ and ‘full protection and security’ are, in the view of the NAFTA Parties, references to existing elements of the customary international law standard and are not intended to add novel elements to that standard.” (laudo ¶¶ 121-122.)

127. El estándar de trato justo y equitativo que la demandante sugiere es el aplicable en otros tratados y no en el TLCAN. La importancia de esta diferencia se pone de manifiesto en la más reciente decisión citada por Cargill: *Enron Corp. and Ponderosa Assets L.P. c. la República Argentina* (de ahora en adelante *Enron*) al amparo del tratado bilateral de inversión entre Estados Unidos y Argentina. El tribunal (cuyo presidente fue el mismo que en el caso *PSEG Global*, en el cual también se basa la demandante para el mismo estándar) señaló:

258. It might well be that in some circumstances where the international minimum standard is sufficiently elaborate and clear, fair and equitable treatment might be equated with it. But in other more vague circumstances, the fair and equitable standard may be more precise than its customary international law forefathers. This is why the Tribunal concludes that the fair and equitable standard, at least in the context of the Treaty applicable to this case, can also require a treatment additional to, or beyond that of, customary law. The very fact that recent FTC [NAFTA Free Trade Commission] interpretations or investment treaties have purported to change the meaning or extent of the standard only confirms that those specific instruments aside, the standard is or might be a broader one.

Por lo tanto, el tribunal del caso *Enron* reconoció que el estándar que aplicó era distinto y de hecho más amplio que el aplicable en el artículo 1105 del TLCAN.

128. El hecho de que el estándar del artículo 1105 se limite al derecho internacional consuetudinario responde al argumento de la demandante de que el trato justo y equitativo incorpora una obligación de transparencia administrativa. Este no es el caso bajo el TLCAN. Como lo explicó México en su Escrito de Contestación a la Demanda en los párrafos 324 a 326 es una regla del derecho comercial internacional *convencional* el que los Estados tengan la obligación de publicar información relativa a sus leyes y reglamentos. El artículo X del GATT de 1947 (reproducido en el GATT de 1994) establece la regla general que requiere que los miembros de la OMC publiquen sus leyes, reglamentos, decisiones judiciales y reglas administrativas de aplicación general relativas a materias cubiertas por el Acuerdo. Esta disposición la recoge el artículo 1802 del TLCAN. México también explicó que la porción del laudo del caso *Metalclad* que se apoya en el artículo 1802 para determinar una violación al artículo 1105 fue desechada por la Corte de Colombia Británica. La demandante afirma que los tribunales subsiguientes confirmaron que el estándar de trato justo y equitativo incorpora una obligación de transparencia, pero no cita (y de hecho no puede) laudos del capítulo XI del TLCAN que apoyen su argumento y no puede evitar el hecho de que cuando los negociadores del TLCAN decidieron incorporar una obligación de transparencia lo hicieron expresamente (cosa que no hicieron evidentemente en la sección A del capítulo XI). La demandante, igualmente, no se puede escapar del hecho que las disposiciones generales del capítulo XVIII sobre transparencia que aplican al tratado generalmente no caen en el ámbito de competencia de un tribunal conforme el capítulo XI (en lugar de la competencia de un panel del capítulo XX).

129. México reitera que en cualquier caso el argumento en el caso *Tecmed* y en los casos subsiguientes que lo citan, es incorrecto. México explicó en detalle en los párrafos 313-319 de su

Escrito de Contestación a la Demanda los defectos de la interpretación en el laudo de *Tecmed* y cómo fue criticado en el comité de anulación del caso *MTD*.¹³⁹

130. El enfoque del comité de anulación del caso *MTD* recientemente se aplicó y amplió en el laudo del caso *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. c. Republica de Ecuador*, caso CIADI No. ARB/03/6 (laudo del 31 de julio 2007). El tribunal de este caso desarrolló el estándar de la siguiente forma:

278. Las expectativas del inversor respecto a la exigencia de un trato justo y equitativo y de buena fe, de conformidad con el TBI, debe tener un correlativo de legitimidad objetivo. La legitimidad de las expectativas del trato debido por parte del inversor extranjero protegido por el TBI no dependen de la mera intencionalidad de las partes, sino de la certeza sobre el contenido de las obligaciones exigibles. [NP]

[NP] Véase *MTD Equity Snd. Bhd. y MTD Chile S.A. v. República de Chile*—Procedimiento de Anulación (Caso CIADI No. ARB/01/7), Decisión sobre Anulación del Comité *ad-hoc* del 21 de marzo de 2007, ..., para. 67: “En principio, las obligaciones del Estado receptor hacia los inversionistas extranjeros derivan de los términos del tratado de inversión aplicable y no de algún conjunto de expectativas que los inversionistas puedan tener o reclamar. Un tribunal que busca deducir a partir de dichas expectativas un conjunto de derechos distintos de aquellos contenidos en, o que pueden hacerse cumplir bajo, el TBI bien podría extralimitar sus facultades y, si la diferencia fuese sustancial, podría excederlos manifiestamente”]

El tribunal añadió:

369. El Tribunal observa que el trato justo y equitativo obliga convencionalmente a los Estados parte del TBI a respetar los estándares de tratamiento requeridos por el derecho internacional. El derecho internacional mencionado por el Artículo II del TBI se refiere al derecho internacional consuetudinario, es decir, a la práctica reiterada, general y constante de los Estados respetada por éstos con conciencia de su obligatoriedad. El trato justo y equitativo es entonces la expresión de una norma de derecho.

370. En este sentido, el trato justo y equitativo no puede confundirse con la aplicación de la regla *ex aequo et bono* que presupone un ejercicio amplio de la discrecionalidad de los árbitros en la búsqueda de una solución a la controversia planteada. En el caso *Mondev* el tribunal sostuvo que:

...Article 1105(1) did not give a NAFTA tribunal an unfettered discretion to decide for itself, on a subjective basis, what was ‘fair’ or ‘equitable’

¹³⁹ De manera extraña, Cargill caracteriza el comité de anulación de *MTD* como habiendo sostenido que era permitido para el tribunal de *MTD* adoptar como aplicable el estándar de *Tecmed*. Escrito de Réplica ¶ 91. El comité de anulación de *MTD* sostuvo lo contrario; determinó que el tribunal no había adoptado *Tecmed*.

in the circumstances of each particular case.... The Tribunal is bound by the minimum standard as established in State practice and in the jurisprudence of arbitral tribunals. It may not simply adopt its own idiosyncratic standard of what is 'fair' or 'equitable,' without reference to established sources of law. [Se omiten notas al pie].

131. Respecto a sus “expectativas legítimas”, la demandante argumenta que las pruebas presentadas por México de que Cargill conocía de sobra que los riesgos políticos que representaba el participar en el mercado de edulcorantes mexicano era sólo una parte del “análisis de riesgo rutinario” al que no se le debía dar mucho peso.¹⁴⁰ Sin embargo, los argumentos y documentos que presenta México en los párrafos 320 – 323 de su Escrito de Contestación a la Demanda – la mayoría documentos elaborados por Cargill – demuestra ésta que estaba plenamente consiente del riesgo significativo que representaba la agitación política en el mercado de fructosa. Por ejemplo, México cita un memorando de la CRA a su consejo (en el que figura Jeff Cotter de Cargill) en relación al estado del procedimiento conforme al capítulo XIX del TLCAN seguido en relación a la medida antidumping del 28 de agosto de 2000¹⁴¹ en el que se señala:

If we reject any settlement offer and then lose on the key elements of our NAFTA challenge, can we expect to gain any additional access in the foreseeable future?

If CRA successfully ends the duties with our NAFTA case, what kind of civil unrest against corn sweeteners can be anticipated in Mexico? Will this unrest be any different than what we are likely to face if limited additional access is obtained through a negotiated settlement?

132. En el Escrito de Réplica, la demandante insiste en que “el requisito de permiso especial, impidió que existiera un ambiente estable y predecible de inversión, derrotó las expectativas razonables de Cargill, fue arbitraria, ambigua e inconsistente y careció de transparencia”,¹⁴² México ya explicó a detalle en su Escrito de Contestación a la Demanda que Cargill tenía conciencia plena de la posibilidad de que se establecieran restricciones a las importaciones de fructosa. El permiso de importación y los criterios para otorgarlo no los tomó por sorpresa. El propio Acuerdo que establece los criterios para otorgar los permisos de fecha 10 de marzo de 2003 (al igual que los de acuerdos de 2005 y 2006) hace especial referencia en sus “considerandos” al incumplimiento de Estados Unidos a otorgar acceso para el azúcar mexicano y que “en tales circunstancias permite a las autoridades mexicanas adoptar las medidas necesarias para hacer frente a la situación [negativa de Estados Unidos de otorgar acceso al azúcar mexicano y de someter la disputa a un panel]”. Y que la publicación de los criterios para aplicar los permisos de importación se establecerán cuando existan “las condiciones necesarias”, ello “de conformidad con los derechos y obligaciones internacionales de México.” Fue así que sólo cuando existieron condiciones necesarias i.e. un mayor acceso otorgado por Estados Unidos al azúcar mexicano, fue que la Secretaría otorgó los permisos respectivos.

¹⁴⁰ Escrito de Réplica ¶ 96-97.

¹⁴¹ Anexo R-102.

¹⁴² Escrito de Réplica ¶ 85.

133. La demandante estaba plenamente consciente de que existía la posibilidad de restricciones a la importación de fructosa en México. Es más, Cargill mismo anticipó este hecho. Específicamente, en el 2001 Cargill participó en una reunión en la embajada de México en Washington donde México y los Estados Unidos propusieron establecer una cuota de importación de 350,000 toneladas anuales de edulcorantes calóricos. De este monto, se estimó que 150,000 toneladas le corresponderían a Cargill.¹⁴³ Lo significativo de este acuerdo propuesto es que muestra que Cargill reconocía que – al pesar del IEPS y de los requisitos de permisos de importación – todavía iba a existir restricciones en el mercado de edulcorantes y que se iba a manejar con una cuota recíproca. De hecho, su expectativa legítima siempre era tener un acceso al mercado limitado.

134. Esto demuestra –así como con los propios documentos de Cargill- que nunca hubo una expectativa legítima de que México garantizaría el éxito comercial de Cargill.

135. Resulta significativo el hecho de que la demandante no presente comentario alguno respecto a las expectativas legítimas de México, que incluían el hecho de que Estados Unidos cumpliría con su obligación de dar acceso a su mercado al azúcar mexicano y se sometería al mecanismo de solución de controversias si es que se presentase una controversia sobre la interpretación de dichas obligaciones. La demandante no ofrece explicación alguna de cómo México podría haber sabido de los extremos a los que llegaría Estados Unidos a mediados de los años noventa para no cumplir con el tratado, incumplimiento que otorgó a Cargill el acceso al mercado del cual ahora reclama tiene un derecho de propiedad inviolable.

D. No se ha establecido ningún requisito de desempeño a Cargill o su inversión

136. Cargill no aborda con seriedad los argumentos de México respecto al ámbito de aplicación del artículo 1106. Por el contrario, simplemente repite que el IEPS dañó su “negocio de fructosa” y que por tanto existe una violación al artículo 1106.

137. En el párrafo 339 de su Escrito de Contestación a la Demanda, México señala que el argumento de la demandante requeriría que se modificara el artículo 1106(3) para quedar como sigue:

Ninguna de las Partes podrá condicionar la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo la misma, [se borraría “en relación con” y se insertaría “por cualquier persona que compre bienes producidos por o tenga negocios 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

Cargill ni siquiera hace referencia a este argumento. Cargill carece de legitimidad para reclamar una violación al artículo 1106.

138. Cargill tampoco hace referencia al hecho de que el artículo 1106(3) no establece una prohibición de discriminar un producto nacional (azúcar) en contra de otro producto nacional (fructosa producida por ALMEX y por CPIIngredients). De hecho, el impuesto desalentó el

¹⁴³ Reporte de PRA ¶¶ 139-143.

utilizar fructosa ya fuere importada o producida en México. Así que si Estados Unidos hubiese iniciado un caso al amparo del capítulo XX argumentando una violación al artículo 1106, el caso hubiese creado una nueva interrogante respecto de si una medida dirigida a un producto en particular, sin importar el país de origen, podría considerarse un requisito de desempeño conforme al artículo 1106. En efecto la demandante argumenta que el impuesto es equivalente a un requisito de desempeño debido a la manera en la que afectó un sector del negocio de *Cargill de México*. Pero el artículo 1106 no aplica a las supuestas medidas equivalentes a un requisito de desempeño o bien a un requisito de desempeño indirecto. El artículo 1106 aplica sólo a los requisitos de desempeño establecidos en el TLCAN.

E. No ha habido una expropiación

139. La demandante evita responder en su Escrito de Réplica a la defensa central de México a su reclamación de expropiación insistiendo en que su “negocio de fructosa” fue indirectamente expropiado como consecuencia de las “medidas anti-fructosa” adoptadas por México, en lugar de abordar los efectos del impuesto IEPS y el requisito de contar con un permiso de importación sobre una “inversión” (conforme a la definición del artículo 1139) que sea propiedad de la demandante o controlada por ella en territorio mexicano (tal y como lo requieren los artículos 1101 y 1110).¹⁴⁴

140. La demandante no desea admitir que el IEPS y el requisito de contar con el permiso de importación sobre la “inversión” de *Cargill en México* constituyeron, en el mejor de los casos, una interferencia con la oportunidad de competir en el mercado de fructosa por un periodo de tiempo y no una expropiación de la inversión conforme al artículo 1110. Ninguna de esas medidas impidieron que *Cargill de México* compitiera en el mercado de la fructosa en México antes de mayo de 2002, cuando se eliminaron las cuotas antidumping, o después de septiembre de 2005, cuando se suscribió el primero de una serie de acuerdos “*swap*” entre México y Estados Unidos que permitieron el intercambio comercial de cantidades equivalentes de fructosa de Estados Unidos y azúcar de México.

141. La demandada reafirma los argumentos presentados en su Escrito de Contestación a la Demanda y los reitera en el presente escrito. El propósito de los siguientes argumentos es simplemente esclarecer o responder a ciertos argumentos que se presentan en el Escrito de Réplica.

142. Tras dos rondas de escritos, los siguientes hechos no pueden disputarse seriamente:

- la “inversión” de la demandante en México es la tenencia de 100% de las acciones de *Cargill de México*, quién ha mantenido en todo momento la propiedad y control de las instalaciones de distribución de Tula;
- *Cargill de México*, quien vende y distribuye diversos productos en México, no distribuyó fructosa a clientes mexicanos en los cuatro años anteriores al 1 de enero de 2002 y por tanto, en esos años no tenía una división de ventas dedicada a la fructosa, ni clientes activos para este producto, ni una cadena de distribución de fructosa de la cual que se le hubiese podido despojar, o se hubiese podido destruir o rendir inservible o incluso afectar considerablemente ya sea por el impuesto o por el

¹⁴⁴ Escrito de Réplica, ¶¶ 112, 121.

requisito de contar con un permiso de importación;

- *Cargill de México* no habría podido reanudar su participación en el mercado de la fructosa en México antes de que se eliminaran las cuotas antidumping en mayo de 2002, aun en caso de que el impuesto o el permiso de importación no se hubiesen instaurado;
- Cargill de México mantuvo la posesión y control de las instalaciones de distribución de Tula y continuó operaciones en México como comercializador y distribuidor de otros productos, incluidos el azúcar, una vez que el impuesto y el requisito del permiso se instauraron;
- ni Cargill ni *Cargill de México* han afirmado haber abandonado o cerrado permanentemente las instalaciones de distribución de fructosa de Tula.

143. De acuerdo con los testimonios presentados con el Escrito de Réplica:

- las instalaciones de distribución de fructosa de Tula han permanecido ociosas desde que se impusieron las cuotas antidumping definitivas en 1998 a pesar de que Cargill y *Cargill de México* han llevado a cabo otras actividades de negocios de en ese mismo sitio;¹⁴⁵
- *Cargill de México* solicitó sin éxito un permiso para importar fructosa por primera vez en enero de 2005;¹⁴⁶
- las instalaciones de distribución de fructosa en Tula permanecieron ociosas después de que Cargill recibiera una cuota de importación de fructosa en septiembre de 2005 a raíz de los acuerdos firmados tras el huracán Katrina porque Cargill consideró más oportuno vender su cuota a un competidor que intentar reactivar sus instalaciones en Tula;¹⁴⁷
- la estación de distribución de Tula permaneció ociosa después de que Cargill comenzara a recibir una cuota de importación para fructosa conforme el acuerdo de azúcar y fructosa de 2006 porque Cargill consideró más oportuno limitar sus exportaciones a la parte norte de México, utilizando las estaciones de distribución de su propiedad en McAllen, Texas y Lynwood, California, así como una estación de distribución de “un tercero” ubicada en Las Cruces, Nuevo México;¹⁴⁸
- Cargill se encuentra actualmente “estudiando” la posibilidad de reabrir sus instalaciones de distribución de Tula en el 2008;¹⁴⁹
- Cargill paga a *Cargill de México* una comisión de .50 por cwt de fructosa que ésta vende a clientes mexicanos.

1. La inversión de la demandante

145 Segunda declaración testimonial de Eduardo Ortega Jr., ¶¶ 14-16.

146 Íd., ¶ 21, nota al pie 23.

147 Íd., ¶ 42.

148 Íd., ¶ 44.

149 Íd., ¶ 39.

144. El artículo 1110 prohíbe la expropiación directa o indirecta de una “inversión de un inversionista de otra Parte” que no cumplan con ciertos requisitos que incluyen el pago de un monto equivalente al valor justo de mercado de la inversión.

145. El artículo 1110(1) limita el ámbito y aplicación del capítulo XI a una “inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio”. Debido a que tanto el término “inversión” como el de “inversión de un inversionista de otra Parte” están definidos en el artículo 1139, el Tribunal debe convencerse de que una “inversión” propiedad o bajo el control directo o indirecto de *Cargill en México* ha sido expropiada directa o indirectamente por una medida (o medidas) tomada por México.

146. Como se explicó en los párrafos 350 y 354 del Escrito de Contestación a la Demanda, la inversión de la demandante en México sólo puede consistir en las acciones que detenta en la empresa *Cargill de México* o alguna otra forma de inversión en una empresa, como por ejemplo, un interés que le de el derecho a participar en las utilidades de *Cargill de México*.¹⁵⁰

147. El terreno, la planta y el equipo que integran las instalaciones de distribución de fructosa de Tula también puede constituir una “inversión”, porque se trata de “bienes raíces u otra propiedad... adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico...” que indirectamente son propiedad de Cargill o se encuentran bajo su control.

148. La demandante insiste en caracterizar su inversión como el “negocio de fructosa en México”, y señala en su Escrito de Réplica que este punto ha sido suficientemente explorado en la Parte II.A del Escrito de Réplica y la Parte III del Escrito de Demanda.¹⁵¹ Pero ninguno de esos alegatos aborda directamente las cuestiones que México abordó en su Escrito de Contestación a la Demanda. En su lugar, el Escrito de Réplica intenta caracterizar la “comercialización, fuerza de ventas, contactos comerciales y servicios al cliente en México” como parte de su inversión.¹⁵² No hace ningún intento por abordar el argumento de México en el sentido de que no obstante que la participación de mercado y los contactos comerciales pueden formar parte del valor de una empresa (parte de su crédito mercantil), no pueden ser considerados en sí mismos una “inversión” que sea susceptible de ser expropiada, tal y como lo señaló el tribunal en el caso *Methanex*.¹⁵³

149. El Tribunal debe poder identificar exactamente qué es lo que la demandante posee o controla como “inversión” en México y entonces determinar si los efectos de cualquiera de las medidas de las que se queja la demandante, que se encuentre debidamente sometida a este arbitraje conforme a la sección B del capítulo XI, fueron suficientemente significativos como para arribar a la conclusión de que la inversión fue expropiada.

2. Los efectos reales de la medida(s) que se dice fueron equivalentes a una expropiación de la inversión de la demandante

¹⁵⁰ El artículo 1139 contiene una definición exhaustiva, no ilustrativa, de inversión para fines del capítulo XX.

¹⁵¹ Escrito de Réplica, ¶ 115

¹⁵² Íd., ¶ 23.

¹⁵³ Escrito de Contestación, ¶¶ 353-354.

150. La demandante se refiere repetidamente a los supuestos efectos globales de las “medidas anti-fructosa” (incluyendo las cuotas antidumping que no son competencia de este Tribunal), en lugar de abordar los efectos, si es que los hubo, del impuesto IEPS y el permiso de importación (si el Tribunal determina que es competente para ello) sobre la capacidad de *Cargill de México* para importar y distribuir fructosa.

151. Los siguientes hechos no pueden disputarse:

- Cargill había estado fuera del mercado de fructosa en México desde hacía cuatro años cuando el impuesto y el requisito de contar con un permiso de importación se hicieron efectivos;
- Cargill no habría podido reanudar las exportaciones de fructosa a México sino hasta que las cuotas antidumping se eliminaran en mayo de 2002;
- *Cargill de México* solicitó por primera vez un permiso sin que tuviera éxito para importar fructosa sino hasta enero de 2005 cuando ciertos embotelladores obtuvieron amparos en contra de la aplicación del impuesto;
- Cargill obtuvo una asignación (cuota) para exportar fructosa a México en septiembre de 2005 bajo el primer acuerdo de comercio administrado entre los dos gobiernos (misma que vendió a un competidor);
- Cargill obtuvo una asignación adicional para exportar fructosa a México en 2006 bajo el segundo acuerdo intergubernamental, que ha utilizado para atender a sus clientes en la región norte de México utilizando sus instalaciones en Estados Unidos;
- el IEPS fue abrogado el 31 de diciembre de 2006.

152. Por lo tanto:

- el efecto que tuvo el IEPS fue, a lo mucho, impedir a Cargill competir por ventas de fructosa a la industria de refrescos mexicana entre mayo de 2002, cuando las cuotas antidumping se eliminaron y principios de 2005, cuando varios embotelladores de refrescos obtuvieron amparos en contra del impuesto;
- el efecto del requisito de contar con un permiso de importación fue, a lo mucho, impedir que *Cargill de México* pudiera importar fructosa de Estados Unidos de enero de 2005, cuando solicitó por primera vez el permiso sin tener éxito, a septiembre de 2005 cuando se otorgó a Cargill una cuota al amparo del llamado *Katrina Swap*;
- el efecto combinado del IEPS y el permiso de importación es, cuando mucho, haber impedido que Cargill compitiera por las ventas de fructosa a embotelladores mexicanos entre mayo de 2002 y septiembre de 2005, es decir, un periodo de tres años y cuatro meses;
- después de septiembre de 2005, el efecto combinado del IEPS y el permiso de importación fue limitar la cantidad de fructosa que Cargill podía exportar a México;
- el requisito de contar con el permiso de importación dejó de tener efectos en octubre

de 2006 cuando un nuevo régimen de importación de fructosa entró en vigor;¹⁵⁴

- el IEPS no tuvo ningún efecto sobre Cargill con posterioridad al 31 de diciembre de 2006.

153. El Escrito de Contestación a la Demanda de México provee una reseña completa de la jurisprudencia del TLCAN que consistentemente reconoce la necesidad de que existan efectos equivalentes a una expropiación y con ello, la existencia de una privación permanente del valor económico de la “inversión” cuando se alega la existencia de una expropiación indirecta. El Escrito de Réplica no aborda este punto. En su lugar, argumenta que el “impuesto y el permiso de importación cerraron por completo el negocio de fructosa de *Cargill en México* por cinco años” (“*the IEPS tax and the permit requirement completely shut down Cargill’s business for five years.*”)¹⁵⁵ Como se demostró anteriormente, Cargill estuvo fuera del negocio de la fructosa en México cuatro años antes de la entrada en vigor del IEPS y de que se implementara el requisito de importación, y el efecto combinado de ambas medidas fue, cuando mucho, impedir que Cargill reentrara al mercado por un periodo de tres años y cuatro meses.

154. La reclamación en este caso está simplemente basado en una supuesta expropiación temporal. De hecho, esto se reconoce tanto en el Escrito de Demanda que señala que “Cargill busca compensación por una expropiación temporal que comenzó en enero de 2002” (“*Cargill seeks to be compensated for a temporary expropriation beginning in January 2002*”)¹⁵⁶ y en el Escrito de Réplica en donde se señala “el equivalente del valor justo de mercado en casos de una privación temporal es el valor presente de la renta, es decir, el valor presente de los flujos de efecto perdidos durante la privación temporal” (“*the equivalent of fair market value in a temporary takings case is the lost rental value, that is, the present value of the cash flows lost due to the temporary taking.*”)¹⁵⁷

3. La jurisprudencia citada por la demandante

155. La demandante se apoya *obiter dicta* en el laudo del caso *S.D. Myers* para su argumento de que una expropiación temporal es susceptible a compensación bajo el artículo 1110. En el párrafo 124 del Escrito de Réplica, la demandante señala que el tribunal de *Myers* reconoció que “una privación puede llegar a considerarse una expropiación, incluso si es ‘parcial o temporal’” (“*that a deprivation may amount to an expropriation, even if ‘partial or temporary.’*”)¹⁵⁸ Lo que el tribunal en el caso *Myers* dijo en realidad fue:

An expropriation usually amounts to a lasting removal of the ability of an owner to make use of its economic rights although it may be that, in some contexts and circumstances, it would be appropriate to view a

¹⁵⁴ Véase Decreto que modifica el diverso por el que se establece la Tasa Aplicable durante 2003, del Impuesto General de Importación, para las mercancías originarias de América del Norte, de fecha 29 de septiembre de 2006. Anexo R 169. Véase también Acuerdo por el que se da a conocer el cupo para importar fructosa originaria de los Estados Unidos de América y sus criterios, del 5 de octubre de 2006. Anexo R-168.

¹⁵⁵ Escrito de Réplica, ¶ 123.

¹⁵⁶ Escrito de Demanda, ¶ 305.

¹⁵⁷ Escrito de Réplica, ¶ 231.

¹⁵⁸ Íd., ¶ 124.

*deprivation as amounting to an expropriation, even if it were partial or temporary.*¹⁵⁹

156. El contexto y las circunstancias particulares del caso *Myers* deben ser consideradas para poder comprender la declaración anterior. La demandante en ese caso había recibido, a través de su subsidiaria canadiense, varias ofertas y cotizaciones y había obtenido un número reducido de órdenes para la remoción y confinamiento de desechos de PCB que estaban en manos de potenciales clientes canadienses. El Ministro de Medio Ambiente de Canadá impuso entonces una prohibición “temporal” a la exportación de desechos de PCB para proteger la naciente industria de desechos de PCB en Canadá.

157. La prohibición tuvo el efecto de retardar la entrada de S.D. Myers al mercado por 18 meses y erosionó su ventaja competitiva como “pionero de mercado” (“*first mover*”).¹⁶⁰ Una vez que la prohibición fue eliminada, S.D. Myers compitió con otras empresas canadienses y estadounidenses de desechos peligrosos para remover y disponer de lo que quedó del inventario de desechos de PCB en Canadá por un periodo de cinco meses hasta que la frontera se cerró a las exportaciones de PCB una vez más, en esta ocasión debido a una acción judicial por parte de Estados Unidos.¹⁶¹ El tribunal le otorgó daños por poco más de 6 millones de dólares canadienses a la empresa sobre la base del negocio potencial (que comprendía las ofertas, cotizaciones y órdenes recibidas previo a la prohibición) que ascendía a más de 104 millones de dólares.¹⁶²

158. Es crucial notar que el tribunal no determinó que hubiese habido una expropiación, no obstante el hecho de que la inversión S.D. Myers comprendía una oportunidad de negocios estrictamente limitada que sufrió una interferencia significativa como consecuencia de la prohibición a la exportación.¹⁶³ En contraste con lo anterior, la inversión de Cargill es una empresa comercializadora que continuó comerciando con otros productos desde que se implementaron las medidas que son objeto de esta disputa. Por otra parte, cuando dichas medidas entraron en vigor, Cargill llevaba cuatro años fuera del mercado mexicano de fructosa – las instalaciones en Tula estuvieron ociosas y no tenía una fuerza de ventas ni una red de distribución y clientes – pero ha reanudado ahora la distribución de fructosa en México en cantidades sustanciales y continuará haciéndolo indefinidamente. En términos simples, no hay nada en el laudo del caso *Myers* que asista la reclamación de expropiación presentado por Cargill. Como en el caso *Myers*, la oportunidad de negocio pudo haber sido pospuesta, pero no existió una expropiación.

159. La demandante también cita el caso *Azurix*, en apoyo a su argumento de que “una medida no es efímera cuando la propiedad está fuera del control del inversionista por un año (*Wena*) y o cuando una licencia de exportación se suspende por cuatro meses (*Middle East Cement*)” (“*a measure is not ephemeral when the property is out of the control of the investor for a year*”).

¹⁵⁹ *S.D. Myers*, laudo parcial, ¶ 283, C-LA-48.

¹⁶⁰ *Íd.*, ¶¶ 127, 128. Véase también el segundo laudo parcial, ¶¶ 171, 185 C-LA-49.

¹⁶¹ *Íd.*, ¶¶ 90-93 y el capítulo VI en lo general.

¹⁶² *Íd.*, ¶¶ 230, 300, 301.

¹⁶³ *S.D. Myers*, laudo parcial, ¶ 288. La responsabilidad se basó en una violación al artículo 1102 y, por mayoría, en una violación al artículo 1105. ¶¶ 256, 258.

(Wena) and or an export license was suspended for four months (Middle East Cement)".¹⁶⁴ Una revisión de cada uno de esos casos revela que ninguno apoya el argumento de la demandada de que el IEPS aunado con el permiso de importación se eleva a una expropiación susceptible a indemnización conforme al artículo 1110.

160. Al considerar si las medidas en disputa pueden considerarse una expropiación sucesiva (i.e., "*creeping expropriation*") el tribunal en *Azurix* consideró, entre otras cosas, la duración de la medida e hizo notar que "no existe un término específico conforme al derecho internacional para que las medidas constituyan una expropiación por etapas o tengan ese efecto. Ello dependerá de las circunstancias específicas del caso." ("*[t]here is no specific time set under international law for measures constituting creeping expropriation to produce that effect. It will depend on the specific circumstances of the case.*")¹⁶⁵ El tribunal observó más tarde que otros tribunales (a decir, *Wena* y *Middle East Cement*) consideraron que la medida no es efímera cuando la propiedad estuvo fuera del control del inversionista por un año y cuando la licencia de exportación se suspende por cuatro meses. El tribunal en *Azurix* desechó entonces la reclamación de expropiación sucesiva tras determinar que el impacto acumulativo de las distintas medidas que conformaban la reclamación no se elevaban al grado de una expropiación que, como en el presente caso, la propiedad y el control del inversionista nunca se perdió.¹⁶⁶

161. El comentario en el caso *Wena Hotels* se comprende mejor cuando se lee a la luz de la interpretación subsiguiente del laudo arbitral. La interpretación del tribunal señaló:

119. Thus, taking into account (i) the fact that Egypt allowed EHC to forcibly seize the Hotels on April 1, 1991 (which were not restored to Wena until nearly a year later), (ii) the vandalization of the Hotels and the removal and auction of much of the Nile Hotel's fixtures and furniture and (iii) the denial of a permanent operating license for the Luxor Hotel and withdrawal of the operating license for the Nile Hotel by the Ministry of Tourism, the Original Tribunal concluded that Egypt had deprived Wena of its "fundamental rights of ownership", i.e., in the given case where, as the Tribunal has stated, no tangible property rights but rather leasehold rights are at stake, Wena's right to make use of its investments made under the Hotel Leases and to enjoy the benefits thereof in accordance with the Leases.

120. It is true that the Original Tribunal did not explicitly state that such expropriation totally and permanently deprived Wena of its fundamental rights of ownership. However, in assessing the weight of the actions described above, there was no doubt in the Tribunal's mind

¹⁶⁴ Escrito de Réplica, ¶ 124.

¹⁶⁵ Escrito de Demanda, ¶¶ 280-85.

¹⁶⁵ *Azurix Corp. c. La República Argentina*, laudo, 14 de julio de 2006, ¶ 313 (C-LA-25).

¹⁶⁶ Íd., ¶ 322.

*that the deprivation of Wena's rights of ownership was so profound that the expropriation was indeed a total and permanent one.*¹⁶⁷

[Énfasis propio]

162. En el caso *Middle East Cement*, no hubo argumentos en el sentido de que el permiso de exportación hubiese sido “suspendido” por cuatro meses y no se discutió si ello fue o no “efímero”. La disputa se centró en la prohibición a la importación de cemento Portland que, según lo reconoció la demandada, tuvo el efecto de extinguir los derechos de la demandante conforme una licencia de inversión que la demandada incorrectamente creyó que tenía sólo cuatro meses de vigencia antes de que expirara conforme a sus propios términos.¹⁶⁸ Sin embargo, la demandante argumentó exitosamente que, de acuerdo con los términos de la licencia de inversión, tenía el derecho de continuar con su negocio por un periodo de 10 años, y solicitó una indemnización basada en las utilidades perdidas derivadas de los contratos de suministro de cemento sobre el periodo residual.¹⁶⁹ Esta decisión no asiste a la demandante en este caso.

163. Finalmente, la demandante cita el párrafo 389 del Laudo de *ADC Affiliate Limited et al v. The Republic of Hungary* con el fin de apoyar su argumento de que se dio una expropiación “a pesar de la falta de ‘cualquier efecto de permanencia’ en las medidas tomadas por Hungría que han sido objetadas” (“*despite the lack of ‘any permanence in the effect’ of Hungary’s challenged measures*”).¹⁷⁰ De hecho, esta cita registra los argumentos de la demandada sobre este tema, ya que la demandante no invocó ciertos recursos contractuales “cualquier privación que hubiera podido presentarse no es permanente y carece de sustancia” (“*any deprivation which might have taken place is neither substantial nor permanent*”). Sin embargo, el Tribunal concluyó lo siguiente respecto a los hechos:

*It is also clear beyond any doubt that as at the date of the Decree, the rights of the Claimants ceased to exist ... and that the Decree resulted in the total loss of the Claimant's investment in the Airport Project.*¹⁷¹

[Énfasis propio.]

164. La jurisprudencia del TLCAN consistentemente apunta a la necesidad de que exista una expropiación o que la medida tenga efectos equivalentes a una expropiación. El laudo más reciente que aborda los requisitos para establecer una expropiación bajo el artículo 1110, es el del caso *Fireman's Fund*¹⁷² incluye los siguientes:

- La privación debe ser sustancial y completa del uso económico y goce de los

¹⁶⁷ *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, Decisión sobre la solicitud de *Wena Hotels* sobre la interpretación del laudo arbitral de fecha 8 de diciembre de 2000, emitida el 31 de octubre de 2005, ¶¶ 119-120, disponible en: <http://www.asil.org/pdfs/ilib/ilib0512011.pdf>

¹⁶⁸ *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, Laudo, 12 de abril de 2002, ¶¶ 107-108, disponible en: http://www.worldbank.org/icsid/cases/me_cement-award.pdf

¹⁶⁹ Íd., ¶ 121.

¹⁷⁰ Escrito de Réplica, ¶ 124.

¹⁷¹ *ADC Affiliate Limited et al v. The Republic of Hungary*, Laudo del 2 de octubre de 2006, ¶266. (C-LA-23.)

¹⁷² Anexo R 159. *Fireman's Fund Insurance Company c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Laudo (versión pública), 17 de julio de 2006.

derechos de propiedad, o partes identificables de la misma (*i.e.*, debe aproximarse a una privación total); y

- la privación debe ser permanente, y no efímera o temporal.

165. La demandante no cumple con estos requisitos respecto de cualquier “inversión” que posee o controla en México. Por consiguiente su reclamación debe ser desechada.

F. Contramedidas

166. El cumplimiento de la mayoría de los compromisos bilaterales y trilaterales conforme al TLCAN se hacen efectivos a través del mecanismo de solución de controversias entre Estados. Su objetivo es auto evidente: los Estados Parte a un tratado tan importante deben contar con los medios para asegurarse que las diferencias entre ellos puedan resolverse de la manera más expedita y efectiva posible.

167. Al mismo tiempo, el capítulo XX evidencia la preferencia (añeja en la regulación comercial internacional) de que las Partes a una disputa tengan una amplia oportunidad para intentar resolver sus diferencias por medio de consultas y la negociación.¹⁷³ Sin embargo, si dichos esfuerzos fallan, el Estado reclamante debe tener el derecho de que su agravio sea escuchado. Esto no fue permitido en la disputa de azúcar.

168. La demandante se refiere a una determinación del Órgano de Apelación de la OMC que conforme al Entendimiento sobre Solución de Diferencias, un Miembro no puede adoptar medidas incompatibles con la OMC sobre la base de una determinación unilateral de que otro Miembro ha violado sus obligaciones dentro de la OMC.¹⁷⁴ El sistema de la OMC requiere que tanto el Miembro demandante como el Miembro demandado se sometan al mecanismo de solución de controversias. No hay forma de que un Miembro demandado recalcitrante pueda bloquear el establecimiento de un panel. Esa automaticidad del mecanismo de solución de controversias de la OMC le ha faltado al capítulo XX del TLCAN. México enfrentó ese problema en 2001 cuando, tras años de discusiones y negociaciones con Estados Unidos, no se pudo llegar a una solución satisfactoria en el caso del azúcar y Estados Unidos hizo saber a México, en términos muy claros, que no obstante sus obligaciones del capítulo XX, no se sometería al panel.

1. Las Partes del TLCAN no pueden decidir cuando van a someterse al procedimiento de solución de controversias

¹⁷³ TLCAN, artículos 2003 (Cooperación), 2004 (Recurso al procedimiento de solución de controversias), 2006 (Consultas), y 2018 (Cumplimiento del informe final).

¹⁷⁴ Escrito de Réplica ¶ 133. El Órgano de Apelación hizo su comentario en el contexto de que el Órgano de Solución de Disputas (el DSU por sus siglas en inglés) que es un mecanismo auto contenido de solución de controversias que opera exitosamente. El comentario fue plenamente consistente con el artículo 23 del DSU que impide determinaciones unilaterales de violación por parte de un Miembro de las medidas de otro Miembro. Sin embargo, de manera crucial, el DSU de la OMC (que está gobernado por una ley diferente a la que gobierna el artículo 1131 del TLCAN) también cuenta con un mecanismo para el establecimiento automático de paneles, y es así como el bloqueo del tipo que ha plagado al GATT y ahora al TLCAN, no ocurre bajo el sistema de la OMC. Ver artículos 6 y 23 del DSU.

169. Tal y como lo demuestra la disputa en materia de edulcorantes entre México y Estados Unidos, las disputas comerciales no son cuestiones teóricas. Involucran intereses importantes del orden comercial, legal y de políticas públicas que pueden dar cabida a asuntos complicados relativos a la interpretación y aplicación de tratados. De ahí la necesidad de que exista un procedimiento independiente e imparcial de solución de controversias.

170. México se ha sometido debidamente a la jurisdicción internacional cuando Estados Unidos ha considerado pertinente impugnar las medidas de México como demandante en defensa de sus intereses (procedimiento en la OMC contra las cuotas compensatorias de fructosa y el IEPS), o cuando sus nacionales han decidido iniciar procedimientos conforme al capítulo XIX contra México (una impugnación diferente de las cuotas compensatorias de fructosa) o conforme al capítulo XI (cuatro empresas de fructosa estadounidenses han presentado casos como éste).

171. Ahora que, por el contrario, la situación se invierte y es México la parte demandante en la disputa de edulcorantes, Estados Unidos adopta la posición de que es a él a quien le corresponde decidir si se somete o no a la jurisdicción internacional. Ha adoptado esa posición aún sobre el lenguaje claro del artículo 2004 que deja claro que “las disposiciones para la solución de controversias de este capítulo [capítulo XX], se aplicarán a la prevención o a la solución de todas las controversias entre las Partes relativas a la aplicación o a la interpretación de este Tratado.”¹⁷⁵

172. Parece ser que la demandante está de acuerdo con México en la interpretación del artículo 2004.¹⁷⁶ En el caso donde las partes, sin embargo, difieren en lo que respecta a la reclamación de la demandante en el sentido de que México pudo haber hecho más antes de actuar.¹⁷⁷

173. La posición de México es que actuó con suficiente paciencia mientras su sector azucarero se sumió en una pronunciada crisis financiera con sus respectivas consecuencias sociales debido a lo extendido del cultivo de la caña de azúcar a lo largo de las zonas menos desarrolladas del país.¹⁷⁸

174. México informalmente llevó a cabo consultas entre noviembre de 1993 y marzo de 1998 sobre el desacuerdo relacionado con la negociación de las cartas paralelas.¹⁷⁹ Las consultas formales e informales sobre el comercio de azúcar-fructosa abarcaron virtualmente la totalidad de la administración Clinton a nivel de presidentes hacia abajo. Las consultas se intensificaron por un periodo de dos años después de que México las solicitara formalmente el 13 de marzo de 1998. La solicitud de establecimiento del panel fue finalmente hecha en agosto de 2000. Se hicieron grandes esfuerzos es ese entonces para convencer a la administración Clinton de designar a los panelistas.¹⁸⁰ Después de que no se logró una solución negociada y el mecanismo

¹⁷⁵ Artículo 2004 del TLCAN, Recurso al procedimiento de solución de controversias.

¹⁷⁶ Escrito de Réplica, ¶ 138: “*Mexico properly recognizes that the NAFTA Parties sought to establish an effective dispute settlement mechanism that would resolve disputes between NAFTA Parties even if one of the Parties objected or was reluctant to participate.*”

¹⁷⁷ Escrito de Réplica, ¶ 144: “*As explained below, Mexico did not exhaust that process before launching its purported countermeasures.*”

¹⁷⁸ Escrito de Contestación, ¶¶ 122-125. Las autoridades de agricultura de Estados Unidos estaban plenamente conscientes de la magnitud de la crisis. [Véase también los Anexos R-07, R-09, R-32 y R-162.

¹⁷⁹ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 64-66, 69, 112 y 113.

¹⁸⁰ Testimonio de Ricardo Ramírez, Anexo R-139; y de Hugo Perezcano Díaz, ¶¶ 14-25. Anexo R-138.

de solución de controversias fue rechazado por la administración Clinton en los últimos meses de su gestión, México buscó trabajar con la administración Bush.¹⁸¹

175. Cuando se hizo evidente que el poder del cabildeo en edulcorantes no era menos poderoso con esa administración que con su antecesora y sin una posibilidad seria de resolver la disputa, México entonces decidió tomar acciones.¹⁸²

176. No lo hizo sin antes advertir a Estados Unidos que dada la asimetría entre los flujos comerciales de fructosa y azúcar, la falta de solución a la controversia a través de la negociación o el mecanismo de solución de controversias, significaría que la fructosa estaría sujeta a restricciones en México.¹⁸³ La demandada también hizo esfuerzos importantes para señalar que a partir de la negativa de Estados Unidos a someterse al mecanismo de solución de controversias surgían serias preocupaciones institucionales.¹⁸⁴ En suma, existían preocupaciones tanto sectoriales como sistémicas.

177. Tener acceso al capítulo XX es particularmente importante por la siguiente razón: el TLCAN al igual que el Acuerdo de la OMC y antes de éste el GATT, emplea el concepto de remedios prospectivos. Es decir, si una Parte incumple una o más obligaciones, para cumplir sólo necesita modificar las medidas incompatibles para que cumplan con las disposiciones pertinentes. Con la excepción del capítulo XI, no existe recurso alguno para obtener compensación monetaria por los daños sufridos en el pasado por una violación al tratado. Por lo que respecta a la mayoría de las disposiciones del tratado, tales como las que contemplan el comercio de bienes, las Partes decidieron no requerir el pago de daños monetarios en caso de incumplimiento.

178. Dicho de otra manera, las partes decidieron libremente aceptar que la Parte reclamante (y sus productores y proveedores) sufrirían daños no compensables hasta que la medida violatoria del tratado se modificara para ser compatible con los términos del mismo. Los flujos de comercio se verían interrumpidos y las relaciones comerciales afectadas hasta que se diera el cumplimiento. Este es un hecho aceptado.

179. Esto también pone de relieve la importancia de tener acceso libre a la jurisdicción internacional del capítulo XX cuando la parte demandante decide que no es de su interés continuar las negociaciones. De lo contrario, la posible Parte demandada podría demorar indefinidamente en detrimento de la demandante.

180. Existe una segunda característica distintiva del mecanismo de solución de controversias entre Estados que vale la pena mencionar: a diferencia del capítulo XI que contempla la restitución o un laudo por daños monetarios, exigible conforme a la convenciones de Nueva York y Panamá¹⁸⁵, el capítulo XX contempla que las Partes en disputa acuerden los términos de

¹⁸¹ Segundo testimonio de Luis de la Calle, ¶ 6. Anexo R-140.

¹⁸² Escrito de Contestación, ¶¶ 210-211

¹⁸³ Testimonio de Hugo Perezcano Díaz, ¶¶ 40, 46.

¹⁸⁴ Íd., ¶ 38.

¹⁸⁵ Véase el artículo 1135 del TLCAN, Laudo definitivo, párrafos 1(a) y 9(b). El cumplimiento esta también sujeto a la revisión de las cortes del lugar de arbitraje o por la Convención del CIADI en caso de que se rija por dicha Convención.

la resolución de la disputa “por lo regular [aunque no siempre], se ajustará a las determinaciones y recomendaciones de dicho panel”.¹⁸⁶ En otras palabras, el capítulo XX contempla que el panel asistirá a los dos Estados a encontrar una salida a su disputa. Esto plantea pues una relación de cooperación entre las Partes en disputa fuera del panel que no existe en el contexto del arbitraje. Esta característica distintiva tiene implicaciones importantes de cómo una Parte pequeña, *i.e.* México trata con alguien mucho más poderoso, *i.e.* Estados Unidos.

2. El capítulo XI no se encuentra aislado herméticamente del tratado de libre comercio del que forma parte

181. Cargill, como otros productores norteamericanos de fructosa, presenta una concepción del capítulo de inversión conforme a la cual éste se encuentra herméticamente aislado del resto del tratado del cual forma parte, e implícitamente se sitúa en una posición jurídica superior al aparato institucional del tratado.¹⁸⁷ El texto del artículo 1115 confirma que la intención de las partes era la opuesta:

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...¹⁸⁸
[Énfasis propio]

182. La cláusula “sin perjuicio” del artículo 1115 está respaldada por otras disposiciones que indican que el capítulo XI tiene menor jerarquía dentro del tratado que el capítulo XX que, por su diseño, es esencial para la operación del tratado.¹⁸⁹

3. México llegó a un “punto muerto” con Estados Unidos por más de un año después de que se solicitara que se estableciera un panel

183. En su Escrito de Contestación a la Demanda, México se refirió al testimonio del Dr. Luis de la Calle en lo que respecta a varias discusiones con su contraparte estadounidense durante los años 2000–2001.¹⁹⁰ En su testimonio se refirió específicamente a una reunión con el Embajador Allen Johnson de la Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos celebrada el 24 agosto de 2001. El Sr. Hugo Perezcano Díaz, quien en ese entonces era el Consultor Jurídico de

¹⁸⁶ Artículo 2018 del TLCAN, Cumplimiento del Informe Final.

¹⁸⁷ Esto se manifiesta en sus argumentos de que cualquiera que haya sido el estado de las relaciones entre el Estado al cual es nacional y el otro Estado, nada puede hacerse que pueda afectarlo y más aún, sus derechos conforme al capítulo XI son esencialmente intocables.

¹⁸⁸ Artículo 1115 del TLCAN.

¹⁸⁹ Particularmente el Artículo 1112, Relación con otros capítulos, que dispone que en caso de incompatibilidad prevalecerá cualquier otro capítulo sobre el capítulo XI y que el artículo 1136 (5) que permite que la parte del inversionista contendiente bajo el capítulo XI y que obtuvo un laudo final para comenzar un procedimiento bajo el capítulo XX busque una recomendación para que la parte demandada se ajuste y observe el laudo definitivo.

¹⁹⁰ Testimonio de Luis de la Calle. Anexo R 01A.

la Secretaría, estuvo presente en la reunión y tomó notas. Su testimonio y sus anexos confirman el primer testimonio del Dr. de la Calle.

Durante la reunión el Dr. de la Calle afirmó:

LdC: Desde el punto de vista de Mx., el problema es de Estados Unidos:
--inhabilidad de exportar el excedente
-- el excedente es causado por importaciones de fructosa.
A menos de que podamos alcanzar un acuerdo, se impondrán restricciones sobre la fructosa.¹⁹¹ [Énfasis propio]

184. Cuando México mencionó el tema de la solicitud de establecimiento de un panel que aun se encontraba pendiente, el Embajador Johnson respondió:

Panel:

U.S. No positive news on this front. Under a lot of pressure, so cannot expect anything there soon. Have a better chance of solving the difficult issues.

LdC (1) Serious concerns on dispute settlement beyond sugar.

(2) D.S. = to resolve these issues where P'ties have been unable

(3) From Mx. view, it's all one sided because there have been fructose panels on different fronts U.S. (A.J.) Prefer to concentrate on finding a solution than on d. s. [dispute settlement]

Possible deal:

Mx. has been forthcoming, has submitted proposals. Have yet to hear back from U.S.

Mx. has doubts about the US willingness/sincerity about solving this issue in the past.

LdC: Hope would be to negotiate a deal that we could then sell to our industry; it will be more difficult if we seek industry support at every step.

We'll need a peace clause because there is a lot of litigation.

There are 2 ways to solve the issue:

- free trade for both sugar and fructose

¹⁹¹ Anexo 2 al testimonio de Hugo Perezcano Díaz. Anexo R 138.

- *managed trade*

*Both are feasible.*¹⁹²

4. México adoptó las contramedidas tras concluir que las negociaciones no estaban dando resultados

185. Vale la pena notar que uno de los comentarios al margen en las notas del Sr. Perezcano de la reunión del 24 de agosto de 2001 señala la posibilidad de adoptar contramedidas conforme al derecho internacional ante los comentarios del Embajador Johnson sobre la posición de Estados Unidos sobre el panel.¹⁹³

186. También vale la pena hacer notar que coincidentemente el día anterior a la reunión entre el Embajador Johnson y el Subsecretario de la Calle, el Subsecretario y sus colegas se reunieron con representantes de Cargill en Washington, D.C. El tema fue el punto muerto (*impasse*) entre las Partes respecto de cómo resolver el problema. Los registros de México de las conversaciones señalan que el Dr. de la Calle específicamente señaló:

If no deal, we'll litigate to death:

-- *Ch. [Chapter] 20*

-- *Resist fructose imports. Responsible*

thing is to settle the case.

*There is an asymmetry to correct partially (100 sugar exp. [exported] v. 600 fructose consumption) and we're willing to go pound for pound.*¹⁹⁴

[Énfasis propio]

187. El sector del azúcar Mexicano había estado en crisis por más de dos años cuando el Dr. de la Calle se reunió con el Embajador Johnson, y la crisis se agudizaba cada vez más. Una semana después, el 1 de septiembre de 2001, el gobierno federal decidió que era necesario expropiar formalmente aproximadamente la mitad de la industria refinadora de azúcar ya que se encontraba en tal dificultad financiera que era incapaz de pagarle a los cañeros la cosecha anterior y no podía tampoco financiar la cosecha del año próximo.¹⁹⁵

188. A lo largo del otoño de 2001, el Ejecutivo mexicano sostuvo consultas con el Congreso y recibió quejas de los legisladores acerca de la intransigencia de Estados Unidos en cuanto a las

¹⁹² Ibíd.

¹⁹³ Ibíd.

¹⁹⁴ Íd. Un acuerdo comercial administrado libra por libra es finalmente lo que acordaron México y Estados Unidos en septiembre de 2005 (lo que se conoce como el “*Katrina Swap*”) y julio de 2006 (el Memorando de Entendimiento).

¹⁹⁵ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶ 121. La expropiación dio cabida a un reclamo aparte en contra de México, *GAMI Investments, Inc .c. los Estados Unidos Mexicanos*.

preocupaciones de México así como propuestas para tomar acciones legislativas en el caso de que no se llegara a nada.¹⁹⁶

189. Durante este periodo, México le advirtió una vez más a Estados Unidos que adoptaría medidas para proteger sus intereses. En octubre de 2001, el Representante Comercial de Estados Unidos, el Embajador Robert Zoellick, se refirió a las discusiones entre los legisladores mexicanos sobre la posibilidad de imponer un impuesto al uso de la fructosa. El Secretario Derbéz afirmó que sin una solución negociada o el sometimiento de Estados Unidos al mecanismo de solución de controversias, él no tenía nada que negociar con el Congreso.¹⁹⁷ En diciembre 2001, después de que fracasaran las negociaciones con Estados Unidos para resolver la disputa, el gobierno federal le comunicó al Congreso que no se habían logrado avances en la designación de panelistas ni en la obtención de una solución negociada.¹⁹⁸

5. Es incorrecto afirmar que “no agotó todas las opciones”

190. Cargill dedica una parte de su Réplica (párrafos 146-170) para argumentar que México no tomó ventaja de los mecanismos que provee el TLCAN para resolver el *impasse* de designar un panel. Al respecto señala lo siguiente:

170. Parece ser, entonces, que el Secretario de Economía de México engañó al Congreso Mexicano en diciembre del 2001, al reportar que conforme al Capítulo 20 del TLCAN “no había medios legales para obligar a la designación de panelistas. El Congreso respondió con la promulgación del impuesto IEPS poco tiempo después. Por lo tanto, mientras el Congreso de México pensó que estaba adoptando contramedidas legítimas, estaba actuando con base en información incorrecta.¹⁹⁹

191. La notificación del Secretario al Congreso en diciembre 2001 fue correcta. La afirmación se hizo en un momento en el que no existía la lista a la que se refiere el artículo 2009.²⁰⁰ Por otra parte, incluso de haber existido una lista, el Secretario de Economía sabía, por su experiencia en el caso *Transporte Tranfronterizo de Carga* y las comunicaciones con el

¹⁹⁶ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 131-132 citado en la iniciativa enviada al Congreso el 18 de septiembre de 2001 (Anexo R 43) que indica que “el mercado del azúcar en nuestro país se ha visto afectado por el incumplimiento del TLCAN por parte de los EE.UU.”. Véase también los testimonios del Dr. de la Calle y de Ildefonso Guajardo. Anexos R 01A y R 01C. Un número de declaraciones hechas en el Congreso reflejan la frustración de México con la conducta Estados Unidos en relación con el azúcar y con el transporte transfronterizo (donde, después de largas demoras en lograr establecer un panel, y México prevaleciendo en los meritos el caso, Estados Unidos no cumplirían con las recomendaciones del panel; México resolvió dicha disputa de manera temporal al recurrir a la adopción de contramedidas a Estados Unidos). Véase también Acuerdo económico del Congreso del Estado de Jalisco donde se solicita al Congreso de la Unión a fin de que “se dé estricto y puntual cumplimiento a los puntos establecidos en el TLC de América del Norte” de fecha 14 de diciembre de 2001. Anexo R-167.

¹⁹⁷ Testimonio del Dr. de la Calle, ¶ 8. Anexo R-140.

¹⁹⁸ En ese entonces, tanto el Congreso como el Ejecutivo estaban de acuerdo en que se tenían que tomar medidas. El desacuerdo entre ellos sobrevino no por los méritos de las contramedidas sino por quién controlaría la política de comercio internacional y cómo debía restringirse el consumo de fructosa en México (*e.g.*, a través de un impuesto o a través de restricciones a la importación de fructosa y maíz amarillo.)

¹⁹⁹ Escrito de Réplica, ¶170 [se omiten notas al pie].

²⁰⁰ Testimonio de Hugo Perezcano Díaz, ¶ 46. Anexo R-138.

Secretariado del TLCAN específicamente relacionadas con el panel de *azúcar*, que la posición de Estados Unidos era que la sección nacional de la parte demandada era la responsable de llevar a cabo todas las medidas relacionadas con la designación de los panelistas una vez que se hubieran seleccionado por ambas partes del TLCAN.²⁰¹ Estados Unidos dejó claro que no estaba preparado para someterse al mecanismo de solución de controversias.

192. Sobre este punto, en opinión de México no era posible aplicar la *lex specialis* del capítulo XX respecto al impedimento para adoptar contramedidas hasta en tanto un panel no hubiese rendido su reporte final y la parte demandada hubiese incumplido su obligación de conformar sus medidas a las disposiciones del tratado.²⁰² Tal como se señaló en el Escrito de Contestación a la Demanda, una *lex specialis* no puede obligar a un Estado si la *lex specialis* no está disponible.²⁰³

6. El argumento de Cargill sobre “partes esenciales” puede ser abordado de dos formas diferentes

193. Cargill sostiene que aun en el caso de que TLCAN no proveyera mecanismos específicos para resolver la disputa entre México y Estados Unidos, la adopción de contramedidas por parte de México no tiene respaldo bajo el derecho internacional consuetudinario. Argumenta que las contramedidas de México se basan en la premisa de que la política de Estados Unidos relacionada con la importación de azúcar de México constituye una violación del TLCAN y que este Tribunal no tiene competencia para resolver.²⁰⁴

194. La respuesta principal de México a este argumento es la siguiente:

- Primero, está de acuerdo con que una determinación de incumplimiento de las reglas de acceso al mercado conforme al capítulo VII cae bajo la competencia de un panel establecido conforme al capítulo XX. Ésta ha sido la posición de México desde el principio. Sin embargo, aun bajo esta distribución de competencias conforme al TLCAN, el derecho de México a adoptar contramedidas no depende de que pueda probar de manera definitiva que va a prevalecer en la disputa subyacente ante el panel del capítulo XX. Lo que México debe demostrarle a este Tribunal es que ha tenido y continúa teniendo una disputa legítima con Estados Unidos, que de buena fe ha tratado de resolverla, que esos esfuerzos han sido frustrados y esto es lo que ha

²⁰¹ Íd., 23. Esto da lugar a la posibilidad de tener que activar el mecanismo de solución de controversias del capítulo XX respecto de si la sección nacional del Secretariado del TLCAN tiene la facultad, o no, sobre todos los aspectos del proceso de administración del panel, resolución que luego determinaría si un panel puede establecerse para resolver el fondo de la disputa.

²⁰² Por consiguiente, los argumentos de la demandante acerca de la *lex specialis* en el Escrito de Réplica, ¶¶ 135-145 carecen de mérito. México también observa que la afirmación de la Demandante en el ¶ 138 que “México no ofrece ejemplo de algún país que haya recurrido a contramedidas con base en una controversia sujeta al TLCAN.” es un error. En los ¶¶ 442-444 del Escrito de Contestación a la Demanda, México citó ejemplos de Canadá y Estados Unidos acordando en su MDE en Trigo que “...durante este periodo ambas Partes acordaron que no adoptarían contramedidas incompatibles con el TLCAN o el GATT.” México también citó el ajuste de Estados Unidos de sus relaciones legales con Canadá bajo el TLCAN al imponer aranceles nuevos (sobre azúcar importada entre otros artículos) como respuesta a la imposición de nuevos aranceles por parte de Canadá en algunos productos agrícolas. Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 439-441.

²⁰³ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶ 145.

²⁰⁴ Escrito de Réplica, ¶ 172.

evitado que lograr una solución a la disputa, y que su respuesta a esta situación no ha sido desproporcionada. El Tribunal es competente sobre esos hechos.

- Segundo, México nota que el artículo 1131 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. En otras palabras, cuando se deciden los “temas,” que incluyen las defensas de México, el Tribunal tiene competencia para aplicar la integridad del TLCAN. México señala, por tanto, que el Tribunal tiene competencia incidental para determinar que, independientemente del fondo de la reclamación contra Estados Unidos conforme al capítulo VII, existió, de hecho, i) una disputa legal y genuina entre las dos Partes al TLCAN; y ii) en cuanto a las pruebas, Estados Unidos no se sometió al mecanismo de solución de controversias del capítulo XX.
- Tercero, el deber del Tribunal de emplear las “normas aplicables del derecho internacional” es una referencia al derecho internacional consuetudinario. Tal como se discute más adelante, esto es materia de un acuerdo entre México y Estados Unidos. El tribunal en el caso *Loewen* decidió de manera acertada que un tribunal del TLCAN debe tener en cuenta las normas del derecho internacional consuetudinario las cuales se siguen aplicando a las relaciones jurídicas entre los Estados, salvo que se acuerde lo contrario en un tratado.²⁰⁵ Nada en el TLCAN modifica las normas del derecho internacional consuetudinario en cuanto a las contramedidas en el caso en que haya un colapso del aparato institucional del tratado.
- Cuarto, conforme al derecho de contramedidas, un Estado debe llegar a la posición de que la conducta del otro Estado es ilegal con anterioridad a su sometimiento a la resolución de la disputa. Esto es lo que Estados Unidos hizo cuando determinó (unilateralmente) que Francia había violado un tratado bilateral de aviación civil. Impulsó contramedidas con la finalidad de inducir a Francia a someterse al mecanismo de solución de controversias. Del mismo modo, los artículos de la CDI sobre la Responsabilidad Internacional del Estado claramente contemplan la posibilidad de tomar contramedidas previo a cualquier determinación de su legalidad por parte de un tribunal.²⁰⁶ De hecho, es completamente posible que una

²⁰⁵ *The Loewen Group Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo Final, ¶¶ 160, 226 y Laudo sobre jurisdicción y competencia en el caso *Loewen*, para. 73. Un laudo reciente del capítulo XI del TLCAN determinó que la referencia a “las normas de derecho internacional aplicables” en el Artículo 1131(1) incluye las leyes de derecho internacional consuetudinario. *Fireman’s Fund Insurance Company c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/02/01, Laudo Final, ¶ 171. Versión pública. Anexo R 159.

²⁰⁶ Véase los Artículos en Responsabilidad del Estado, Artículo 50(2) que dice: “El Estado que tome contramedidas no quedará exento del cumplimiento de las obligaciones que le incumban: a) En virtud de cualquier procedimiento de solución de controversias aplicable entre dicho Estado y el Estado responsable”. Véase también el artículo 52(3) que dice: “Las contramedidas no podrán tomarse y, en caso de haberse tomado, deberán suspenderse sin retardo injustificado, si: a) El hecho internacionalmente ilícito ha cesado; y b) La controversia está sometida a una corte o un tribunal facultados para dictar decisiones vinculantes para las partes.” Sin embargo, el párrafo 4 continúa diciendo que: “No se aplicará el párrafo 3 si el Estado responsable no aplica de buena fe los procedimientos de solución de controversias.” Estas disposiciones dejan muy claro como la adopción de contramedidas en el plano internacional puede anteceder una resolución de controversias y una decisión acerca de su legalidad, esto es precisamente lo que ocurre en el arbitraje de *Air Services Agreement*.

contramedida sea adoptada sin que se evalúe nunca su congruencia con el derecho internacional, si ello conduce a una resolución de la disputa sin que existan determinaciones hechas por un tribunal al respecto.

195. Por lo tanto, el argumento central de México al respecto es que el Tribunal tiene competencia y pruebas amplias (incluyendo aquella presentada por Cargill²⁰⁷) para considerar la defensa de contramedidas.

196. Si el Tribunal considera que para poder resolver si México tenía el derecho de adoptar contramedidas es necesario que exista una determinación definitiva de violación al tratado (o un reconocimiento en ese sentido por parte de Estados Unidos), la postura alternativa de México es la siguiente:

- En tales circunstancias, el Tribunal puede escuchar el caso sobre el fondo pero debe suspender el procedimiento para permitir a México obtener una determinación definitiva sobre sus derechos *vis-á-vis* Estados Unidos conforme al TLCAN. Como se señaló anteriormente, en vista de que ya existe una lista de panelista oficial, México ha notificado su intención de someter su reclamación ampliada expandido ante un panel constituido conforme al capítulo XX. Se han llevado a cabo ya las consultas entre las partes y la reunión de la Comisión de Libre Comercio. Se ha puesto a consideración de Estados Unidos una propuesta de solución y está actualmente a la espera de una respuesta. México ha mantenido informado a los otros dos tribunales constituidos conforme al capítulo XI sobre los acontecimientos recientes relacionados a la renovación del procedimiento de solución de controversias y lo hará también ante este Tribunal.

197. Si el Tribunal decidiera suspender este procedimiento hasta que concluya el procedimiento conforme al capítulo XX, México tendría una determinación del panel sobre el fondo de la disputa que sería una interpretación de peso sobre sus derechos conforme al TLCAN o, en caso de que Estados Unidos obstruya dicho proceso, tendría pruebas adicionales de que no se permitió el establecimiento del panel conforme al capítulo XX. Cualquiera de las dos sería suficiente para apoyar la defensa de contramedidas.

198. Si el Tribunal es de la opinión de que no puede pronunciarse sobre la defensa de contramedidas sin una determinación del foro apropiado, como elemento fundamental de justicia procesal y en interés de la justicia, se debe permitir a México obtener la determinación requerida para presentar su caso. De lo contrario, si el Tribunal decidiera sobre la responsabilidad del Estado y rechazara la defensa de contramedidas, a México se le estaría negado la oportunidad de presentar su defensa.

199. Existen cuatro razones para adoptar este enfoque:

- Primera, el Tribunal tiene la facultad para hacerlo. Conforme al artículo 27 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI el tribunal puede: “dictar los autos necesarios para la sustanciación del procedimiento”.

²⁰⁷ Por ejemplo, el memorando del Sr. Pearson del 11 de agosto de 2000 recordando que Estados Unidos claramente no quería que México solicitara el establecimiento de un panel conforme al capítulo XX en el tema de azúcar. Anexo R 69.

Además, el artículo 35, “Lagunas del Reglamento”, dispone que el Tribunal podrá decidir cualquier cuestión de procedimiento que no esté contemplada en el Reglamento o en cualesquier normas acordadas por las partes.

- Segunda, esta facultad ha sido ejercida anteriormente. En un caso similar, *Société Générale de Surveillance, S.A. (SGS) c. La República de las Filipinas*, en el cual aun quedaba por establecerse el fundamento jurídico para resolver la reclamación internacional el tribunal hizo precisamente eso. En ese caso se reclamaba una deuda contractual cuyo monto estaba en disputa y que tenía que resolverse en el foro estipulado en el contrato. El tribunal suspendió el procedimiento hasta que concluyó el procedimiento judicial.²⁰⁸
- Tercero, la ley aplicable en el lugar del arbitraje (Toronto, Ontario) que gobierna este arbitraje, establece ciertos requisitos básicos para la conducción del procedimiento arbitral. En particular, requiere que se otorgue a cada parte la oportunidad de presentar su caso completo.²⁰⁹ El artículo 18 de la ley aplicable en Ontario establece: “Se tratará a las partes con igualdad y se dará a cada parte una oportunidad plena de presentar su caso” (“*The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting its case.*”) El artículo 34(2)(a)(ii) prevé que “podrá anularse un laudo arbitral” (“*an arbitral award may be set aside*”) en ciertas circunstancias, incluida cuando “la parte que presenta la solicitud... no pudo presentar su caso” (“*the party making the application... was unable to present his case*”). En opinión de México un laudo en el que no se haya considerado o, en su caso, se haya rechazado la defensa en materia de contramedidas por no poder el Tribunal emitir una decisión sobre la ilegalidad de las acciones de Estados Unidos, impediría a México presentar su caso completo, en particular si, como en el presente caso, México ha podido demostrar a la corte revisora que no es por su culpa o negligencia que un panel del capítulo XX no haya resuelto sobre los derechos y obligaciones de México y Estados Unidos, especialmente cuando otro tribunal internacional aceptó la caracterización de las medidas adoptadas como contramedidas.
- Cuarto, podría ser vergonzoso que el Tribunal rechazara la defensa de México sobre contramedidas y decidiera que México es responsable internacionalmente, y posteriormente México obtuviere una decisión favorable en un foro en el cual Estados Unidos y México fueren parte. Independientemente de los problemas que pudieren surgir para la ejecución del laudo, la administración de justicia conforme al TLCAN se vería desacreditada. Por ejemplo, los resultados diametralmente opuestos en los casos *CME-Lauder* han sido calificados de desafortunados en extremo.²¹⁰ En este caso, por contraste, el Tribunal estaría negándose a conocer de una defensa que, de acuerdo con las reglas firmes del derecho internacional, puede ser una respuesta

²⁰⁸ *Société Générale de Surveillance (SGS) c. la República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/06. Véase también la Orden No. 3, *Suspension of Proceedings on Jurisdiction and Merits and Request for Further Provisional Measures of the Permanent Court of Arbitration Tribunal created pursuant to the United Nations Convention on the Law of the Sea to hear the Mox Plant Case*, 24 de junio de 2003.

²⁰⁹ *Ontario International Commercial Arbitration Act* el cual se anexa al *UNCITRAL Model Law*.

²¹⁰ Ver los comentarios de Estados Unidos sobre los escritos de México and Canadá conforme al artículo 1128 en *Loewen*, 7 diciembre 2001 en la página 4, disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/6926.pdf>.

total a la reclamación.

200. Por consiguiente, como alternativa a su postura principal, México presenta la siguiente postura como una solicitud de suspensión del procedimiento en los términos especificados anteriormente.

7. El argumento de Cargill sobre la defensa de contramedidas de México no la afecta carece de sustento

201. La demandante sostiene que la defensa de contramedidas de México no la afecta porque México no “las dirigió correctamente”.²¹¹ En primer lugar el argumento es que “es una ficción arcaica pretender que los derechos de los inversionistas conforme al Capítulo 11 sean en derecho los derechos del Estado nacional del inversionista” (“*it is an archaic fiction to pretend that investors’ rights under Chapter 11 are in law the rights of the investor’s national State*”)²¹² Más adelante sostiene que México no podía tomar contramedidas que afectaran los intereses de personas como Cargill. La demandante admite que la Comisión de Derecho Internacional ha reconocido que las contramedidas dirigidas a un Estado en particular pueden incidentalmente afectar la posición de terceros.²¹³ No obstante, sostiene más adelante que “la disputa de México sobre importaciones de azúcar y el capítulo XX es con Estados Unidos” y, por consiguiente, México no debió haber tomado acciones que afectaran a Cargill.²¹⁴ México abordará ambos argumentos a continuación.

a. La relación entre la protección diplomática y el capítulo XI

202. Respecto del punto calificado por la demandante como una “ficción arcaica” (“*archaic fiction*”), antes de que surgiera la presente reclamación, México ejerció su derecho a intervenir y pronunciarse sobre este aspecto de la relación entre la protección diplomática y el capítulo XI durante el caso *Loewen*. En su escrito México señaló:

E. The Relationship Between Diplomatic Protection and the Right of Direct Access to an International Tribunal

25. During the hearing, considerable argument was directed at the relationship between diplomatic protection and the investor’s right of direct access to an international tribunal. Lord Mustill raised this in his exchange with counsel for the United States on the approach taken by John and Baxter in their Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens. Mexico wishes to comment on this issue because there is a real danger of unintended and perhaps profound consequences if the established rules and principles of diplomatic protection are jettisoned on the rationale that they are “old” and investor-State arbitration is “new”. (In fact, mixed arbitration with rights of direct access is not new; it dates back to tribunals established after World War I.)

²¹¹ Escrito de Réplica, ¶ 184.

²¹² Íd., ¶ 185.

²¹³ Íd., ¶ 188.

²¹⁴ Íd., ¶ 188- 190.

26. Mexico observes that leading international law treatises do not distinguish between the “international law of investment” and State responsibility:

- *Brownlie deals with the treatment of investors and their investments under the general discussion of treatment of aliens in Chapter XXIV: Injury to the Persons and Property of Aliens on State Territory.*
- *Oppenheim’s does likewise in Chapter 4: Responsibility of states.*

27. *Neither treatise even lists “investment” as a separate topic in its index. The issue is treated simply as part of the law of State responsibility regarding the treatment of aliens and as part of the law of diplomatic protection.*

28. *In Mexico’s submission, the right of direct access conferred by Section B of the NAFTA does not in any way alter the interpretation of the Treaty’s substantive rights and obligations, which exist at the international plane between the States inter se.*

29. *Although the point is so fundamental as to hardly require mention, given the nature of the issues that are presently before the Tribunal, it warrants noting that the form and expression of the legal obligations set out in Section A of Chapter Eleven does not differ from the rest of the Treaty (which, in general, is subject only to State-to-State dispute settlement). Four points arise:*

- *First, the vast majority of the rights and obligations set out in Section A are conventional international law and accrue to the States party to the NAFTA solely as a result of the NAFTA negotiations (the balance are the expression in treaty text of customary international law obligations).*
- *Second, the rights and obligations are held by the Parties alone.*
- *Third, no legal obligations are imposed upon a would-be claimant by Section A of Chapter Eleven. Would-be and current claimants are not parties to the Treaty.*²¹⁵

30. *In the absence of Section B, both under Chapter Twenty and at customary international law, were a NAFTA Party to breach an obligation owed to another Party, it would be the latter that would have the legal right to assert a claim for redress. The point was made by the ICJ, citing established authority, in the Nottebohm Case:*

Diplomatic protection and protection by means of international judicial proceedings constitute measures for the defence of the rights of the State.

²¹⁵

Nota: el texto dice “four points arise”, cuando debería decir “three points arise”.

As the Permanent Court of International Justice has said and has repeated, “by taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on its behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law”.

(P.C.I.J., Series A, No. 2. p. 12, and Series A/B, Nos. 20-21, p. 17.)

31. All that Section B does, as noted in Article 1115, is create a special right of action (that would not otherwise exist at international law) that can be invoked by the investor of a Party where it alleges that another Party has breached the obligations of Section A. A Chapter Eleven claim, although enforceable by a private party, is based exclusively upon a legal duty owed by one NAFTA Party to another Party.²¹⁶

[Se omiten las notas al pie de página.]

203. Posteriormente, Estados Unidos declaró que estaba de acuerdo con los argumentos de México sobre este punto:

III. AS MEXICO DEMONSTRATES, THE ESTABLISHED RULES OF DIPLOMATIC PROTECTION APPLY TO INVESTOR-STATE ARBITRATIONS UNDER THE NAFTA

Finally, the United States agrees with Mexico that there is no basis for Loewen’s attempt to “jettison” “the established rules and principles of diplomatic protection...on the rationale that they are ‘old’ and investor-State arbitration is ‘new’.” Mex. Submission ¶ 25. Mexico is correct that “the right of direct access conferred by Section B of the NAFTA does not in any way alter the interpretation of the Treaty’s substantive rights and obligations, which exist at the international plane between the States inter se.” Id. ¶ 28. The principles of international law applicable to claims between states based on those rights and obligations – including the rule of continuous nationality of claims – remain fully applicable to claims under Section B of Chapter Eleven. See id. ¶ 31. In addition, the United States agrees with Mexico that the principles that are the foundation for the continuous nationality rule are, and remain, “settled rules of customary international law.”²¹⁷

[Énfasis propio.]

²¹⁶ Tercer escrito de México conforme al artículo 1128, par el caso *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c Estados Unidos de América*. Disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/11749.pdf>

²¹⁷ Respuesta de Estados Unidos a los escritos presentados conforme al artículo 1128, ¶ 52. Disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/12127.pdf>

204. Por ende, cualquiera que sea la postura conforme a cualquier otro régimen de tratados, en lo que concierne a este tratado, las dos Partes relevantes del TLCAN han expresado su acuerdo sobre este punto fundamental.²¹⁸

205. No sólo México y Estados Unidos estuvieron de acuerdo en este punto, el propio tribunal en *Loewen* específicamente consideró lo que las Partes del TLCAN hicieron al establecer derechos de acceso a favor de particulares para presentar reclamaciones al amparo del tratado. Coincidió con México y Estados Unidos que la sección B sólo es un desarrollo procesal que permite a un demandante particular presentar una reclamación por sí mismo.²¹⁹ Procedió entonces a describir que la demandante sólo reclama lo que en esencia son derechos de los Estados:

*...rights of action under private law arise from personal obligations (albeit they may be owed by or to a State) brought into existence by domestic law and enforceable through domestic tribunals and courts. NAFTA claims have a quite different character, stemming from a corner of public international law in which, by treaty, the power of States under that law to take international measures for the correction of wrongs done to its nationals has been replaced by an ad hoc definition of certain kinds of wrong, coupled with specialist means of compensation. These means are both distinct from and exclusive of the remedies for wrongful acts under private law: see Articles 1121, 1131, 2021 and 2022. It is true that some aspects of the resolution of disputes arising in relation to private international commerce are imported into the NAFTA system via Article 1120.1(c), and that the handling of disputes within that system by professionals experienced in the handling of major international arbitrations has tended in practice to make a NAFTA arbitration look like the more familiar kind of process. But this apparent resemblance is misleading. The two forms of process, and the rights which they enforce, have nothing in common. There is no warrant for transferring rules derived from private law into a field of international law where claimants are permitted for convenience to enforce what are in origin the rights of Party states...*²²⁰

[Énfasis propio.]

206. El argumento de la demandante es, por tanto, rechazado conforme al laudo del caso *Loewen* y por los escritos presentados por Estados Unidos y México ante ese tribunal.

b. Las contramedidas comerciales no están restringidas necesariamente a “procedimientos administrativos”

²¹⁸ Por consiguiente los comentarios de la *English Court of Appeal* en *Occidental Exploration and Production Co. c. Ecuador*, Decisión del 9 de septiembre de 2005, [2005] EWCA Civ. 1116, ¶ 17 (C-LA-126) no apoyan a la demandante en el contexto del TLCAN.

²¹⁹ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen c Estados Unidos de América.*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, ¶¶ 222-223.

²²⁰ *Íd.*, ¶ 233.

207. Como se señaló, la segunda vertiente del argumento de Cargill es que “la controversia de México es con los Estados Unidos por las importaciones de azúcar y el capítulo XX”.²²¹⁾ Por consiguiente, en su escrito:

Lo que México pudo y debió haber hecho, si hubiera verdaderamente tenido derecho de aplicar contramedidas, era aplicar las medidas directamente al Gobierno de los Estados Unidos, por ejemplo, rehusándose a cooperar en ciertos procedimientos administrativos conforme al TLCAN.²²²
[Énfasis propio]

208. Con el debido respeto, esta es una visión extraordinariamente ingenua y desinformada de las realidades que existen en las relaciones comerciales internacionales entre Estados. La contradice la práctica de Estados Unidos, la práctica de la Unión Europea, por el ejemplo en el acuerdo entre Canadá y Estados Unidos de no adoptar “contramedidas incompatibles con el TLCAN o el GATT”²²³⁾ y los términos propios del TLCAN.²²⁴

209. Dejando a un lado por el momento muchos de los ejemplos en los que los Estados han impuesto restricciones al comercio como contramedidas (como en el caso *Hormonas*, por ejemplo), el punto se puede ilustrar con el texto del propio TLCAN.

(1) El texto del TLCAN contempla expresamente la toma de acciones que afectan a otros productores

210. Los tratados comerciales internacionales, por ejemplo el TLCAN, se negocian para beneficio general de las economías de las partes involucradas a nivel macro, al otorgar ventajas específicas a las industrias privadas y los consumidores. Aunque los Estados participan directamente en algunas actividades comerciales a través de empresas estatales, son en su gran mayoría particulares los que realizan las actividades que los tratados de libre comercio contemplan.

211. Por tales motivos, cuando surgen controversias sobre los términos de tales tratados, es casi inevitable que estén en juego los intereses de los particulares. Tal fue el caso de las controversias suscitadas por la salvaguardia adoptada por Estados Unidos contra las escobas de mijo mexicanas²²⁵⁾, o la prohibición de Estados Unidos para que transportistas mexicanos

221 Escrito de Réplica, ¶ 188.

222 Escrito de Réplica, ¶ 190.

223 Escrito de Contestación a la Demanda, ¶ 443.

224 También fue rechazado de manera implícita por el Grupo Especial de la OMC en su decisión en el caso de *Refrescos y otras bebidas*, en el que aceptó la caracterización de México acerca del IEPS como una “contramedida internacional.” El Grupo Especial dedicó 20 párrafos para explicar que la “contramedida adoptada por México” tenía justificación bajo los términos del Artículo XX(d), pero no estuvo en desacuerdo con el concepto de que un impuesto interno no puede ser considerado una contramedida porque afecta el comercio. Encontró que “[t]he context of Mexico’s action is essentially international.” Reporte del Grupo Especial, ¶ 8.178. después de que el Panel reveló sus conclusiones sobre este punto en su Informe Preliminar a las partes, los Estados Unidos propusieron cambios a la sección de Conclusiones con el fin de sacar la parte relacionada con la manera en que el Panel trató el tema de las medidas como “medidas internacionales”. México objetó esta táctica y el Grupo Especial se negó a modificar sus conclusiones en su Reporte Final.

225 Salvaguardia impuesta por Estados Unidos de América a escobas de mijo mexicanas, USA-97-2008-01, disponible en: http://www.nafta-sec-lena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_20/USA/ub97010e.pdf

prestaran servicios o invirtieran en su territorio²²⁶. En el caso del azúcar, el Escrito de Contestación a la Demanda documentó cómo las medidas de Estados Unidos afectaron de manera adversa a los productores de azúcar mexicanos y cómo México buscó representar sus intereses a través de un procedimiento conforme al capítulo XX.²²⁷

212. Asumiendo sin conceder que México presentó sus agravios y el panel estuviera de acuerdo en que Estados Unidos no otorgó a México el acceso a su mercado al que tenía derecho, de conformidad con el artículo 2019, México tendría el derecho a adoptar contramedidas suspendiendo beneficios otorgados conforme al tratado.²²⁸ Tal como los particulares se verían adversamente afectados tanto por la medida violatoria del tratado²²⁹ como por la suspensión de beneficios. Sería extraordinario que la suspensión de beneficios no afectara intereses de los particulares (igualmente extraordinario sería que no hubiese particulares que se beneficiaran de lo pactado en tratados comerciales internacionales).

213. La controversia entre México y Estados Unidos en materia de transporte sirve para ilustrar este punto. Estados Unidos prohibió que transportistas mexicanos entraran a su territorio, en violación a las disposiciones del TLCAN. Un panel del capítulo XX así lo determinó. A la fecha, Estados Unidos todavía no ha cumplido con el fallo del panel y por tanto, México ha suspendido beneficios en el mismo sector, prohibiendo legítimamente la entrada a su territorio de transportistas estadounidenses.²³⁰

214. El TLCAN permite a las Partes adoptar contramedidas, a través del concepto conocido como “suspensión de beneficios”. El Artículo 2019, Incumplimiento - suspensión de beneficios, establece:

1. 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,

²²⁶ *Servicios de transporte transfronterizo*, USA-MEX-98-2008-01, disponible en: http://www.nafta-sec-alena.org/app/DocRepository/1/Dispute/english/NAFTA_Chapter_20/USA/ub98010e.pdf

²²⁷ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 160-171.

²²⁸ Cargill admite esto en ¶ 143 de su Escrito de Réplica.

²²⁹ En el caso del azúcar, no hay duda que la negación por parte de Estados Unidos a permitir el ingreso de mayores cantidades de azúcar Mexicano al mercado de Estados Unidos afectó tanto al gobierno Mexicano, como a los particulares.

²³⁰ Así en el caso *Salvaguardia impuesta por Estados Unidos de América a escobas de mijo mexicanas* sea un poco diferente por que el tratado permite que la parte afectada por la salvaguardia sea compensada así la medida sea o no ilegal (no lo era en este caso), el mecanismo de compensación es muy similar y vale ponerlo de manifiesto. En ese caso, Estados Unidos, por medio de una salvaguardia, incrementaron los aranceles aplicables a las escobas de mijo. México compensó al aumentar los aranceles en varios productos de Estados Unidos. como por ejemplo vinos, muebles de madera y cuadernos de papel entre otros. Véase Decreto por medio del cual se aumenta la tarifa a las mercancías provenientes de Estados Unidos, 12 de diciembre de 1996. Anexo R 92.

hasta el momento en que alcancen un acuerdo sobre la resolución de la controversia.

[Énfasis propio]

215. Si una Parte incumple con la resolución del panel, la Parte lesionada puede suspender “beneficios de efecto equivalente”, es decir, de manera proporcional. La suspensión de beneficios es una medida temporal: puede mantenerse mientras la Parte responsable no cumpla con sus obligaciones o hasta que ambas Partes alcancen un acuerdo que resuelva la controversia. El artículo 2019 recoge los principios de las contramedidas en derecho internacional consuetudinario.

216. El TLCAN no define el término “beneficios”; pero claramente se extiende a cualquier beneficio del tratado independientemente del capítulo conforme al cual se otorga el beneficio, y esto por supuesto incluye al capítulo XI. El artículo 2019 no establece limitante alguna al respecto. En efecto, el artículo 2019(2) dispone:

2. Al examinar los beneficios que habrán de suspenderse de conformidad con el párrafo 1:

(a) una Parte reclamante procurará primero suspender los beneficios dentro del mismo sector o sectores que se vean afectados por la medida, o por otro asunto que el panel haya considerado incompatible con las obligaciones derivadas de este Tratado, o que haya sido causa de anulación o menoscabo en el sentido del Anexo 2004; y

(b) una Parte reclamante que considere que no es factible ni eficaz suspender beneficios en el mismo sector o sectores, podrá suspender beneficios en otros sectores.

[Énfasis propio.]

217. Es así que queda a consideración de la Parte lesionada identificar qué beneficios suspender. El Tribunal debe advertir que el inciso (a) utiliza el término “procurará” y no un término obligatorio como “suspenderá”, lo cual indica que queda a discreción de la Parte lesionada; el inciso (b) deja claro que es la Parte lesionada la que decide si no es práctico o efectivo suspender beneficios dentro del mismo sector. Los términos empleados fueron cuidadosamente considerados por los negociadores del tratado. Pudiera no ser práctico, por ejemplo, porque la Parte lesionada sin importar el producto que se trate (en el caso de *Escobas de Mijo*, México no importaba escobas de Estados Unidos), o porque lo requiera como insumo en su cadena productiva; y pudiera no ser efectivo para inducir a la Parte responsable a cumplir con sus obligaciones. Cualquiera que sea el caso, la Parte lesionada puede optar por suspender beneficios en otros sectores.

218. La Parte responsable sólo tiene un derecho limitado de impugnar la suspensión de beneficios ante un panel. El artículo 2019(3) dispone:

A solicitud escrita de cualquiera de las Partes contendientes, misma que deberá entregarse a las otras Partes y a su sección del Secretariado, la Comisión instalará un panel que determine si es manifiestamente

excesivo el nivel de los beneficios que una Parte haya suspendido de conformidad con el [artículo 2019] párrafo 1.

[Énfasis propio.]

219. La Parte responsable sólo puede impugnar el monto de los beneficios suspendidos (si éste es manifiestamente excesivo, lo cual es congruente con las reglas del derecho internacional consuetudinario); pero no puede impugnar el que se haya suspendido beneficios o el sector en el que se suspenden.²³¹

220. Por consiguiente, el argumento de la demandante a este respecto es opuesto no sólo a la práctica de los Estados sino a los términos del TLCAN relativos a la suspensión de beneficios. Nada en el TLCAN habría impedido a México apuntar hacia el comercio de fructosa. De hecho, el artículo 2019 expresamente señala que es preferible que la suspensión de beneficios esté dirigida al mismo sector afectado por la medida objeto de la disputa.

(2) Las reglas del derecho internacional consuetudinario reconocen la discrecionalidad al adoptar contramedidas

221. Asimismo, nada impide a una Parte ejercer su derecho a adoptar contramedidas conforme al derecho internacional en caso de que exista una descomposición del tratado o una parte del mismo; y así como nada en el TLCAN que impida afectar a nacionales afectados de la parte responsable cuando se suspenden beneficios, no existe prohibición alguna en contra de adoptar contramedidas conforme al derecho internacional que puedan afectarlos. Las reglas de derecho internacional continúan aplicándose a menos que sean expresamente modificadas o abrogadas. En la *Advisory Opinion on South West Africa* de 1971, la CIJ confirmó la terminación de un tratado por violación (en ese caso, el Mandato para África Sur Occidental) y determinó que ese derecho no era aplicable al Mandato:

*...it would be necessary to show that the mandates system... excluded the application of the general principle of law that a right of termination on account of breach must be presumed to exist in respect of all treaties... The silence of a treaty as to the existence of such a right cannot be interpreted as implying the exclusion of a right which has its source outside of the treaty, in general international law.*²³²

[Énfasis propio.]

222. De manera similar, en el caso *ELSI*, la Cámara de la CIJ, al discutir si las partes del tratado en cuestión habían modificado la regla de remedio local, determinó:

No doubt the parties to a treaty can therein either agree that the local remedies rule shall not apply to claims based on alleged breaches of that treaty; or confirm that it shall apply. Yet, the Chamber finds itself

²³¹ El ESD de la OMC regula el uso de contramedidas de manera similar, aunque la llama “suspensión de concesiones u otras obligaciones”. Véase el artículo 22(6) y (7), ESD.

²³² *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, at 16, ¶ 96.

*unable to accept that an important principle of customary international law should be held to have been tacitly dispensed with, in the absence of any words making clear an intention to do so*²³³.

[Énfasis propio.]

223. El silencio de las Partes al TLCAN sobre la posibilidad de que una Parte ejerza su derecho a adoptar contramedidas de conformidad con el derecho internacional si otra Parte se rehúsa a cumplir con el tratado o a someterse al mecanismo de solución de controversias no puede interpretarse como una renuncia o modificación a dicho derecho. Por el contrario, su silencio confirma que este derecho continúa aplicando entre ellas.

224. El derecho internacional no tiene un manual que especifique el procedimiento que debe utilizarse para imponer contramedidas y tampoco prescribe trámites precisos. En el laudo sobre responsabilidad en el caso *United States Diplomatic And Consular Staff In Tehran (United States of America v. Iran)*, la Corte Internacional de Justicia se refirió a un número de medidas adoptadas por Estados Unidos en respuesta a las acciones de Irán, que incluían el congelamiento de los activos de Irán en Estados Unidos, la cancelación de visas de individuos de nacionalidad iraní y la prohibición de exportaciones de Estados Unidos a Irán.

*The point has also been raised whether, having regard to certain counter-measures taken by the United States vis-à-vis Iran, it is open to the United States to rely on the Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights in the present proceedings. However, all the measures in question were taken by the United States after the seizure of its Embassy by an armed group and subsequent detention of its diplomatic and consular staff as hostages. They were measures taken in response to what the United States believed to be grave and manifest violations of international law by Iran, including violations of the 1955 Treaty itself.*²³⁴

225. Los instrumentos legales de Estados Unidos bajo los cuales se adoptaron las sanciones en contra de Irán no describieron las sanciones como “contramedidas”. En lugar de ello, el Presidente de Estados Unidos señaló que las medidas habían sido tomadas en respuesta a la amenaza a la seguridad nacional, política exterior y economía de Estados Unidos.²³⁵

226. Durante los argumentos orales ante la CIJ, el Juez Morozov hizo la siguiente pregunta al representante legal de Estados Unidos (Abogado Roberts B. Owen):

How would the U.S. Government explain such well-known acts on its part as the freezing of Iranian investments in the United States and

²³³ ICJ Reports 1989, p. 42, ¶ 50. En el contexto del TLCAN véase el laudo del caso *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v United States of America*, Caso CIADI No. ARB(AF)98/3, ¶ 160 por lo que se refiere a una aprobación expresa y uso de esta declaración.

²³⁴ Íd., ¶ 53.

²³⁵ Véase el anuncio del Presidente (7 de abril de 1980), Orden del Ejecutivo del 7 de abril de 1980 Memorando del Secretario del Tesoro, 7 de abril de 1980 mensaje al Congreso, y 8 de abril de 1980 Nota de prensa del Departamento de Estado 8, reproducido en el Boletín del Departamento de Estado (mayo de 1980) en 1-3. Anexo R 160.

abroad which, according to the press and broadcast reports, amount to some \$12 billion?

227. El señor Owen respondió en la parte pertinente como sigue:

The facts are that for many years the Iranian Government has maintained very large deposits in U.S. banks, both in the United States and abroad. ...[S]hortly after the seizure of the American Embassy, Iranian Government officials threatened suddenly to withdraw all Iranian funds from U.S. banks, to refuse to accept payment in dollars for oil, and to repudiate obligations owed to the United States and to U.S. nationals. [T]he threat by the Iranian Government to repudiate all of the loans made by U.S. banks and other institutions constituted a totally unlawful threat and placed in jeopardy billions of dollars of U.S. claims against the Government of Iran.

For these reasons the United States came forward with a peaceful response which we considered totally appropriate under accepted principles of international law and comity among nations. In response to Iran's efforts to harm the U.S. economy and the dollar, and having in mind Iran's unlawful detention of American hostages, the President of the United States simply froze all Iranian assets in U.S. control for the time being, in part simply to make it possible for U.S. claimants to be made whole if the Government of Iran carried through with its threat to repudiate all of its obligations to such claimants. At the same time the U.S. Government has made it clear that once the hostages have been released the United States will be willing to open negotiations looking toward a mutual settlement of claims, which in turn will lead to the lifting of the freeze. In the meantime, the United States regards the freeze of Iranian assets as a justified, prudent, and proportional measure of restraint in the circumstances.²³⁶

[Emphasis added].

228. Por lo tanto, no obstante que las medidas locales por medio de las cuales se implementaron las sanciones no indicaban expresamente el hecho de que se trataban de contramedidas, la CIJ se apoyó en la caracterización que Estados Unidos hizo respecto de dichas medidas durante la audiencia y su contexto fáctico para concluir que las medidas eran de hecho contramedidas conforme al derecho internacional, y que la adopción de contramedidas no menoscababan el derecho de Estados Unidos a declarar que Irán había violado el *U.S.-Iran Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights*.

229. En cualquier caso, las pruebas en el expediente contradicen cualquier sugerencia de que Estados Unidos no estaba consciente de la posibilidad de México para llevar a cabo acciones para proteger sus propios intereses, incluso mediante la adopción del impuesto. México se ha referido ya al testimonio del Dr. de la Calle en lo que se refiere a las reiteradas solicitudes de México a Estados Unidos y las respuestas a ellas. No es necesario repetir las.²³⁷

²³⁶ Boletín del Departamento de Estado (mayo de 1980) en 56. Anexo R 161.

²³⁷ Véase *supra*, ¶ 8.

8. Las contramedidas fueron proporcionales al daño sufrido y a los intereses que se vieron adversamente afectados

230. El último argumento de la demandante en respuesta al Escrito de Contestación a la Demanda es que las medidas de México fueron desproporcionadas al daño sufrido.²³⁸ Para mayor claridad, el laudo en el caso *Air Services Agreement* establece que las contramedidas no deben ser desproporcionadas y que la ley requiere “algún grado de equivalencia”. El tribunal en el caso *Naulilaa* de manera similar reconoció que existe un margen de apreciación al tomar contramedidas:

*...even if one were to admit that the law of nations does not require that the reprisal should be approximately in keeping with the offence, one should certainly consider as excessive and therefore unlawful reprisals out of all proportion to the act motivating them.*²³⁹

[Énfasis propio.]

231. Es así como una contramedida puede resultar ilegal si está “fuera de toda proporción con el acto que la motivó”. Esto claramente le confiere un margen de apreciación al Estado.

232. La razón para ello es que las contramedidas no se establecen simplemente para remediar el daño sufrido. Tal y como lo señalan los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado:

*Countermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question.*²⁴⁰

[Énfasis propio.]

233. Además del daño efectivamente sufrido existen otros intereses que pueden verse afectados. Esto fue reconocido por el tribunal en el caso *Air Services Agreement*²⁴¹ y en el caso *Gabikovo-Nagymaros Project* la Corte consideró del mismo modo la calidad o el carácter de los derechos en cuestión y no determinó la proporcionalidad en términos cuantitativos.²⁴² Uno de los intereses sistémicos de México es la correcta operación del mecanismo de solución de controversias del TLCAN y, en el presente caso, el sometimiento de Estados Unidos al mecanismo de solución de controversias.

²³⁸ Escrito de Réplica, ¶¶ 192-198.

²³⁹ “*Naulilaa*” (*Responsibility of Germany for damage caused in the Portuguese colonies in the south of Africa*), R.I.A.A., vol. II, página. 1013 (1928), p. 1028.

²⁴⁰ La decisión de la CIJ en el caso *Gabčikovo-Nagymaros Project* mantuvo en términos generales la siguiente línea: “...countermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking account of the rights in question.” I.C.J. Reports 1997, p. 448.

²⁴¹ *Air Services Arbitration*, Laudo, ¶ 83.

²⁴² Véase el comentario al artículo 51 de los Artículos de la Sobre Responsabilidad del Estado, p. 295.

234. Las contramedidas de México no pueden considerarse desproporcionadas. Primero, tanto el impuesto como el arancel cupo (TRQ, en sus siglas en inglés) específicamente siguen la forma preferida del TLCAN de suspensión de beneficios al tratar con el mismo sector que dio lugar al agravio original. La demandante se enfoca sobre el impacto en sus exportaciones y ventas en México, lo cual es comprensible. Sin embargo, no hace ningún intento por tomar en cuenta el profundo impacto que tuvo en el gobierno mexicano, el sector azucarero, sus trabajadores y el sector cañero, la negativa de Estados Unidos del derecho de México a exportar excedentes de azúcar. La demandante también pasa por alto el hecho de que fue Estados Unidos, no México, quien vinculó el azúcar y la fructosa desde un comienzo y quien más tarde obstaculizó repetidamente los esfuerzos de México por obtener una interpretación del TLCAN a través del mecanismo de solución de controversias.

235. La posición de la demandante es también incompatible con varias declaraciones contenidas en sus propios documentos, en donde uno de sus empleados predice, en febrero de 2000, que la aceptación de la posición de la ASA por parte de la *Corn Refiners Association*, que posteriormente adoptara el gobierno de Estados Unidos, agravaría las relaciones comerciales con México:

*I'm particularly irritated about including provisions that are sure to irritate the Mexicans: limiting their TRQ imports to raws instead of whites, and cutting off access for Tier II sugar... I don't think it helps our cause to tick off the Mexicans, too. If CRA can't think of ways to help increase Mexico's sugar access into the United States, then it should probably stay out of the debate...*²⁴³

236. En conclusión, la posición de México es que incluso en el caso de que haya violado alguna obligación hacia Cargill conforme a la sección A del capítulo XI, ante los hechos de este caso no puede determinarse la responsabilidad del Estado en contra de México.

V. DEFENSA A LA RECLAMACION DE DAÑOS

237. La reclamación de daños se mantiene esencialmente inalterada en el Escrito de Réplica. La demandante solicita daños sobre la base de:

- La supuesta eliminación de los efectos de las cuotas antidumping;²⁴⁴
- la pérdida que presuntamente incurrió como productor, por las exportaciones de fructosa que habría realizado desde sus instalaciones ubicadas en Estados Unidos “de no haber sido” por las llamadas “medidas anti-fructosa”;²⁴⁵
- la “expropiación temporal” de su negocio de fructosa consistente en el “el valor de renta perdido, es decir, el valor presente de los flujos de efectivo perdidos debido a la toma provisional”;²⁴⁶

²⁴³ Anexo R-67, Memorando del 25 de febrero de 2000, de Dan Pearson de Cargill.

²⁴⁴ Escrito de Réplica, ¶¶ 223, 224, 236, 237.

²⁴⁵ Íd., ¶ 220.

²⁴⁶ Íd., ¶ 231.

- un modelo especulativo de flujos descontados para determinar los presuntos daños, sin ofrecer ningún método alternativo para determinar los daños;²⁴⁷
238. El Escrito de Réplica presenta los siguientes alegatos por primera vez:
- la crisis en el sector azucarero pudo haberse evitado si México hubiera administrado correctamente el programa azucarero;²⁴⁸
 - México es responsable por los efectos de las cuotas antidumping porque éstas eran “ilegales”;²⁴⁹
 - “de no haber sido” por el requisito del permiso de importación, Cargill habría suministrado una cantidad superior de fructosa a clientes mexicanos de la que se le asignó bajo el acuerdo bilateral de edulcorantes de 2006;²⁵⁰
 - que no obstante que el IEPS y el permiso de importación habían sido eliminados para el 31 de diciembre de 2006, el periodo de daños se extiende hasta finales de 2007.²⁵¹

A. Daños por los efectos negativos de las cuotas antidumping (57 millones)

239. El Escrito de Demanda y el Reporte Navigant ocultan el hecho de que la reclamación de daños se ajustó para eliminar los presuntos efectos negativos de las cuotas antidumping. Esto le permitió a Navigant casi triplicar el tamaño del mercado de fructosa en México (de 450,000 a 1,028,808 toneladas métricas) y asignar a Cargill una participación de mercado de ██████ de manera instantánea a partir de 2002, es decir, cinco meses antes de que las cuotas antidumping fueran eliminadas, no obstante que Cargill había estado fuera del mercado desde hacía cuatro años. Como se explica en los párrafos 484 a 486 del Escrito de Contestación a la Demanda, esto fue detectado sólo después de haber revisado cuidadosamente las letras pequeñas del Anexo 9 del Reporte Navigant.

240. El reporte de réplica de Navigant ahora concede este hecho:

41. Efectivamente, PRA tiene razón con respecto a ambos puntos. Los Abogados de Cargill nos informaron que Cargill no podía hacer un reclamo por pérdidas directas que ocurrieron antes del Impuesto sobre los Refrescos, o sea, Cargill no podía reclamar los propios aranceles en sí ni ningún otro daño que hubiere ocurrido antes de la implementación del Impuesto sobre los Refrescos. Sin embargo, los Abogados también nos instruyeron que estableciéramos una situación “hipotética” que eliminara todos los actos ilegales de México relativos al mercado de JMAF en México, de tal forma que México no se beneficiara de tales actos.⁵¹ Los aranceles antidumping de JMAF de México fueron declarados ilegales tanto por la Organización Mundial de Comercio como por un panel del Capítulo 19 del TLCAN.⁵² Por lo tanto, establecimos un pronóstico “hipotético” del mercado de JMAF en México (así como del porcentaje

247 Íd., ¶¶ 225-229.

248 Anexo C-Ex-5. Segundo reporte de Navigant, ¶ 14.

249 Íd., ¶¶ 41-43.

250 Íd., ¶ 37

251 Íd., ¶¶ 35-36.

de participación de Cargill en ese mercado), el cual eliminó los efectos tanto del Impuesto sobre los Refrescos como de los aranceles antidumping.

42. A fin de eliminar los efectos de los actos ilegales de México, establecimos un mercado “hipotético” de JMAF mexicano a partir de 1998 (cuando se impusieron los aranceles antidumping). A finales de 1997, el porcentaje de participación en el mercado de JMAF mexicano que le correspondía a Cargill era de 26.53 por ciento.⁵³ Proyectamos que Cargill mantendría este porcentaje de participación en el mercado en la medida en que sus inversiones en la producción de JMAF pudieran satisfacer la demanda correspondiente. [Se omiten las notas al pie]

241. El Escrito de Réplica reitera la posición de las demandantes en el sentido de que:

“México trata de obtener un *beneficio* del impacto de los derechos a pesar de haber sido considerados *ilícitos* conforme tanto a la OMC y al TLCAN por tribunales internacionales debidamente constituidos”.²⁵² (Itálicas en el original.)

242. Este argumento es especioso. Al “eliminar los efectos de las cuotas anti-dumping”, Navigant incluye una reclamación de daños que surge de dichas cuotas que tiene tres componentes:

- una reclamación por el retraso en el crecimiento del mercado de fructosa en México a consecuencia de las cuotas antidumping (de ahí que Navigant pronostique un mercado de fructosa en México de 1,028,808 toneladas inmediatamente antes de que el impuesto entrara en vigor en lugar del nivel observado de 450,000 toneladas);
- una reclamación por la pérdida de participación de mercado de *Cargill de México* debido a la imposición de las cuotas antidumping (de ahí que Navigant tome la participación de mercado de ■% que tuvo *Cargill de México* en 1997 como punto de partida el 1 de enero de 2002 en lugar de utilizar la participación de mercado que efectivamente tuvo: 0%);
- una reclamación por el impedimento que enfrentó Cargill para exportar fructosa entre el 1 de enero de 2002 y el 20 de mayo de 2002, cuando se eliminaron las cuotas (de ahí la insistencia de Navigant de comenzar su cálculo en la fecha en que entró en vigor el impuesto en lugar de la fecha en que Cargill pudo haber reanudado sus exportaciones en ausencia del impuesto).

243. En términos simples, a pesar de que se reconoce que las cuotas antidumping escapan la competencia del Tribunal, la demandante busca utilizar los efectos negativos de las cuotas antidumping para potenciar su reclamación de daños surgidos a raíz del impuesto IEPS. Sin embargo, este Tribunal no tiene competencia para otorgar una indemnización en conexión con, o surgida de, las cuotas antidumping, un punto que la propia demandante se vio forzada a admitir. El recurso contra cuotas antidumping en el caso de Cargill era solicitar a su gobierno que impugnara la medida ante la OMC, y unir filas con su organización industrial y otros exportadores de fructosa para impugnar la medida conforme al capítulo XIX del TLCAN. Cargill tomó los dos caminos y tuvo éxito en ambos. No puede, adicionalmente, presentar una

²⁵²

Escrito de Réplica, ¶ 233.

reclamación por daños conforme al capítulo XI del TLCAN ya sea directa o indirectamente. Cualquier laudo en cuestión de daños basado total o parcialmente en la eliminación de los efectos de las cuotas antidumping excedería la competencia del Tribunal.

244. La justificación que da la demandante para eliminar los efectos de las cuotas antidumping – la posición infundada de que México no tiene derecho a beneficiarse de su conducta “ilegal” – también es especiosa. En primer lugar, es la demandante la que busca el beneficio de dicha conducta al presentar lo que equivale a una reclamación basada en las cuotas antidumping. En segundo lugar, la presunta conducta “ilegal” en la que se apoya no es tipo de conducta que puede utilizarse para establecer un *estoppel*.

245. Como se explica en la sección III.I anterior, los procedimientos en contra de las cuotas antidumping son procedimientos administrativos y actos cuasi-judiciales que involucran la aplicación de complejos requisitos técnicos para establecer la existencia de dumping y daño material (o amenaza de daño material) conforme al derecho local. Estos actos administrativos o cuasi-judiciales están sujetos a la revisión judicial por los tribunales nacionales o al amparo del capítulo XIX del TLCAN y pueden ser impugnados de conformidad con el Acuerdo Antidumping de la OMC. Como puede observarse, estos recursos se emplean frecuentemente con éxito. Las decisiones de las autoridades de Estados Unidos se han impugnado con éxito en 16 ocasiones conforme al capítulo XIX del TLCAN y 13 conforme a la OMC, con mucha más frecuencia que las decisiones de las autoridades canadienses y mexicanas tomadas conjuntamente.

246. En este caso, la UPCI (autoridad investigadora mexicana) inició una investigación antidumping, determinó cuotas provisionales, llevó a cabo la verificación y finalmente determinó imponer cuotas definitivas, todo ello de conformidad con las atribuciones establecidas en la Ley de Comercio Exterior y demás regulaciones pertinentes. Actuó de manera similar conforme a su mandato en cumplimiento de las órdenes de la OMC para emitir una resolución revisada y en última instancia al revocar las cuotas y rembolsar aquellas que fueron pagadas. Su manera de proceder no fue diferente de la de cualquier autoridad administrativa o cuasi-judicial que cumple con el mandato que le impone la ley. Puede haber errado en la aplicación de las leyes antidumping mexicanas, pero no hubo nada ilegal acerca de su conducta.

247. También cabe mencionar que la demandante es parcialmente responsable de su propio predicamento en relación a la manera en que se desarrolló el procedimiento de determinación de las cuotas. Como se explica en la sección III.I, cuando se impusieron las cuotas provisionales, Cargill tenía asignada la más baja de todos los exportadores de fructosa y pudo continuar suministrando fructosa a sus clientes. Sin embargo, Cargill se rehusó a participar en la fase de verificación y como consecuencia de ello su cuota se incrementó al nivel más alto sobre la base de la información disponible. Esto es una práctica común en el ámbito internacional cuando un exportador se rehúsa a permitir la verificación de las respuestas y está expresamente autorizado conforme al artículo 6.8 del Anexo II del Acuerdo Antidumping de la OMC.²⁵³

²⁵³ El artículo 6.8 del Acuerdo Antidumping de la OMC prescribe: “En los casos en que una parte interesada niegue el acceso a la información necesaria o no la facilite dentro de un plazo prudencial o entorpezca significativamente la investigación, podrán formularse determinaciones preliminares o definitivas, positivas o negativas, sobre la base de los hechos de que se tenga conocimiento. Al aplicar el presente párrafo se observará lo dispuesto en el Anexo II.”

248. En contraste, ADM, quien se sometió a la verificación, obtuvo una cuota final que fue incluso más baja que la cuota provisional de Cargill. ADM continuó exportando fructosa a México y le fueron rembolsadas todas las cuotas que pagó.²⁵⁴

249. Como se explica en el segundo reporte de Pablo Rión y Asociados (PRA), 55 de los 123.8 millones de dólares que reclama la demandante se obtienen de “eliminar los efectos de las cuotas antidumping”, es decir, el 44.4% del total del monto reclamado.

B. Daños reclamados por pérdidas presuntamente incurridas por Cargill como productor de fructosa

250. El reporte de réplica de Navigant reconoce que la reclamación de daños incluye el flujo de caja presuntamente perdido por Cargill Inc. por las exportaciones y ventas de fructosa producida en Dayton, Ohio, Memphis, Tennessee y Eddyville, Iowa que *Cargill de México* habría llevado a cabo. Navigant reconoce correctamente que la cuestión de si dichos daños pueden ser reclamados en este procedimiento es de índole legal y por lo tanto, le corresponde al Tribunal resolver.

251. Como puede observarse en el primer reporte de PRA, \$65.9 millones de dólares del total de daños conforme al cálculo de Navigant corresponden a presuntas pérdidas por la exportación y venta de fructosa (a *Cargill de México*) que Cargill dice habría producido en sus instalaciones ubicadas en Estados Unidos.²⁵⁵

C. Daños reclamados por la “expropiación temporal”

252. El Escrito de Contestación a la Demanda explica detenidamente que el artículo 1110(2) se refiere a la indemnización a pagar por una violación al artículo 1110. En breve, “la indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo” y “[l]os criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.”²⁵⁶

253. Ni la demandante ni Navigant hacen intento alguno por abordar el estándar prescrito para determinar la indemnización. En lugar de ello, la demandante simplemente sostiene que “el equivalente de valor justo en el mercado en un caso de toma provisional es el valor de renta perdido, es decir, el valor presente de los flujos de efectivo perdidos debido a la toma provisional”. El caso *ADC Affiliate Limited et al v. The Republic of Hungary* se cita en apoyo a dos argumentos: i) una privación temporal es sujeta a indemnización conforme al artículo 1110; y ii) la pérdida de flujos de caja que, según la demandante, el tribunal *ADC* caracterizó como un “análisis de restitución”, era acorde con el derecho internacional.²⁵⁷

254. Navigant toma un camino diferente. Rechaza la proposición de que el valor justo de mercado es el estándar que debe ser utilizado para determinar el monto de daños por una expropiación. Sostiene que el análisis de flujos de caja perdidos, tanto pasados como futuros, que

²⁵⁴ Oficio No 2592 del 17 de agosto de 2007 de Rodrigo Dueñas a Luis Alberto González. Anexo R-164.

²⁵⁵ Anexo R-02, Primer reporte de PRA ¶ 10.

²⁵⁶ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶ 379.

²⁵⁷ Escrito de réplica ¶ 124, 234.

el tribunal *ADC* caracterizó como un análisis de “restitución”, está acorde con el derecho internacional.²⁵⁸

255. Puede demostrarse que tanto la demandante como Navigant están equivocados en su apreciación e interpretación del laudo en el caso *ADC*.

256. En primer lugar, como se explica en la sección IV.E.3, la percepción de la demandante de que el caso *ADC* tenía que ver con una expropiación temporal aparentemente surge de un error de lectura. La demandante cita el párrafo 389 del laudo, que de hecho se refiere a los alegatos de la parte demandada sobre el punto, que señala que debido a que la demandada no invocó ciertos recursos contractuales “*any deprivation which might have taken place is neither substantial nor permanent*”. Sin embargo, el tribunal determinó de manera expresa que “mas allá de cualquier duda” (“*clear beyond any doubt*”) la medida en cuestión “*resulted in the total loss of the Claimant’s investment in the Airport Project*” [Énfasis propio].²⁵⁹

257. En segundo lugar, la creencia de Navigant de que un análisis de restitución puede sustituir el estándar de valor justo de mercado en un caso de expropiación conforme al TLCAN aparentemente surge de su falta de entendimiento sobre el significado de ciertas diferencias entre el lenguaje del Tratado Bilateral de Inversión (APPRI) aplicable en *ADC* y el artículo 1110 del TLCAN. El tribunal en el caso *ADC* señaló que el APPRI contemplaba únicamente el pago de “*just compensation*” (que debía corresponder al valor de mercado de la inversión expropiada al momento de expropiación). Más adelante señala que debido a que el APPRI no contiene reglas de *lex specialis* que gobiernen el estándar aplicable para determinar daños, era necesario aplicar el estándar utilizado en el derecho internacional que, según determinó, era el estándar descrito en el caso *Chorzów Factory*.²⁶⁰

258. Sin embargo, el artículo 1110(2) sí contiene el estándar que debe utilizarse para determinar la indemnización – el valor justo de mercado determinado de conformidad con los criterios de valuación que están expresamente indicados y otros criterios que se consideren apropiados. La jurisprudencia relevante del TLCAN, incluyendo el caso *Metalclad*, confirma que el estándar que debe utilizarse para determinar la indemnización en caso de una expropiación conforme al artículo 1110 es el valor justo de mercado, tal y como se prevé en el artículo 1110(2).²⁶¹

259. Finalmente, como se explica en la sección IV.E. de este escrito, el problema real de la demandante es que una expropiación temporal no es compensable conforme el artículo 1110. Por consiguiente, el estándar de indemnización contenido en el artículo 1110(2) no se presta para algo distinto al valor justo de mercado de la inversión expropiada, determinado de la manera en que se señala. No existe disposición alguna que permita a las demandantes recuperar el valor de la “renta” de su inversión por el periodo en el que no fue utilizado.

²⁵⁸ Anexo C-Ex-5. Reporte de réplica de Navigant, ¶ 31..

²⁵⁹ Véase sección IV.E.3, ¶ 163 de este escrito.

²⁶⁰ *ADC Affiliate Limited et al v. The Republic of Hungary*, laudo de fecha 2 de octubre de. 2006, ¶¶ 482-485 (C-LA-23.)

²⁶¹ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶ 379, nota al pie 292.

D. Apoyo en una determinación especulativa de daños

260. El Escrito de Réplica no aborda la jurisprudencia de derecho internacional que advierte en contra de un laudo de daños especulativos o inciertos o el uso de valuaciones DCF en ausencia de un historial confiable de operaciones rentables que se analiza en los párrafos 469-480 del Escrito de Contestación a la Demanda. En lugar de ello, la demandante tergiversa un número de puntos abordados por la demandada y posteriormente argumenta que Cargill tenía un historial suficiente en el cual apoyar su valuación DCF y que la estimación DCF de Navigant no es indebidamente especulativa.

261. México desea corregir tres puntos que se tergiversan en el Escrito de Réplica

- el párrafo 222 tergiversa la posición de México sobre los daños – PRA opinó que la determinación de los daños mediante la metodología DCF, pero empleando supuestos realistas sobre el tamaño de mercado, participación de mercado y precios durante el periodo de tiempo en el que Cargill estuvo impedido de participar en el mercado mexicano fue de \$6.75 millones de dólares y no los \$14.4 millones de dólares que incluye la reclamación de daños de *Cargill Inc.* por presuntas pérdidas ocasionadas por ventas de fructosa que habría sido producida en Estados Unidos y vendida a *Cargill de México*;²⁶²
- el párrafo 223 incorrectamente dice que PRA señaló que las expansiones en las plantas de Cargill en Estados Unidos y en las estaciones de distribución de McAllen y Tula “no tuvo nada que ver con el mercado mexicano de fructosa” – PRA, de hecho, señaló que la aprobación del consejo para dichas expansiones fue otorgada sobre la base de que la inversión se justificaba en incrementos anticipados en la demanda interna (sin contar México) y que el terreno adquirido para la terminal de Tula tenía otros usos diferentes a la distribución de fructosa (un hecho que ahora se admite);²⁶³
- El párrafo 229 incorrectamente señala que “México trata de distinguir entre la situación de Cargill y la del Demandante en S.D. Myers, con base en el “excelente registro de rentabilidad” de esta última” – el punto que se hizo es que *Myers* (al igual que Cargill) era un experimentado operador con un excelente historial, pero el tribunal otorgó sólo una pequeña fracción del monto reclamado (\$6 millones en daños de ingresos potenciales de \$106 millones) para eliminar los elementos especulativos de la reclamación de daños por utilidades perdidas, incluyendo una reducción por la disminución de precios como consecuencia de la competencia.

262. El problema clave del uso de la metodología DCF para determinar el monto de daños en el presente caso es el siguiente:

- a pesar de que Cargill y *Cargill de México* eran empresas experimentadas y rentables, habían estado fuera del mercado mexicano de fructosa desde hacía 4 años cuando el impuesto IEPS y el permiso de importación entraron en vigor – por tanto, no existe un historial, como lo requiere la jurisprudencia aplicable, que sirva de base para aplicar la metodología DCF;

²⁶² Anexo R-02, Primer reporte de PRA, ¶ 106.

²⁶³ Íd., ¶ 122. Véase también el anexo R-142 Segundo Reporte de PRA, sección G.

- cualquier estimación sobre la demanda, precio, la participación en el mercado de Cargill y cualquier otro supuesto sobre la regulación será altamente especulativa si se considera el hecho de que *Cargill de México* estaba a punto de intentar reentrar a un mercado que había sido dominado, desde hacía cuatro años, por competidores bien establecidos (Almex, que es una copropiedad de ADM y TLIA y CPIngredientes que es propiedad de CPI), en un momento en que existía un exceso de oferta muy significativo en el mercado mexicano y la situación de la industria mexicana se había politizado.

263. Cargill critica el cálculo DCF más conservador que hace PRA, señalando que el resultado “no pasa la prueba de “estar rojo de vergüenza” porque es mucho menor al monto reclamado. Sin embargo, tal y como sucedió en el caso *Myers*, es fácil demostrar que supuestos más conservadores sobre los ingresos de la empresa resultarán en un resultado drásticamente menor.

264. Un buen ejemplo en este caso es el supuesto sobre el precio de la fructosa que utiliza Navigant. Dicho precio está vinculado al precio observado del azúcar refinado después de que el IEPS entró en vigor, no obstante que la demandante correctamente reconoce que el precio del azúcar se incrementó significativamente como resultado del impuesto. (De hecho es la única proyección que no está basada en el escenario “*but for*”.) El supuesto sobre el precio que utiliza PRA, que es sólo 5% menor, por sí mismo reduce el monto reclamado por Cargill en 50 millones de dólares²⁶⁴ (\$23.5 millones si se excluyen las pérdidas de *Cargill Inc.*)

265. Como puede observarse en el reporte de PRA, al sustituir las proyecciones de Navigant con proyecciones más realistas – basadas en datos observados sobre el tamaño de mercado y los precios – el resultado de PRA es aproximadamente 10.48% del resultado obtenido por Navigant con el mismo modelo DCF. Pero el reporte de réplica de Navigant no hace ningún esfuerzo por emplear proyecciones sobre volumen y precios menos especulativos. En su lugar, reitera el monto reclamado – alegando que sus proyecciones especulativas son “conservadoras” y extiende el periodo de daños por un año hasta el final del año 2007 argumentando que el impacto del impuesto sobre Cargill no habría terminado de manera instantánea y que las cuotas se aplican sobre la cantidad de fructosa que Cargill puede importar a México, que no habría existido de no ser por el impuesto, se mantendrán en vigor hasta el 31 de diciembre de 2007.²⁶⁵

E. La estrategia de daños de la demandante

266. La estrategia de daños de la demandante es congruente con una desafortunada tendencia en los arbitrajes inversionista-Estado:

- la demandante típicamente contrata un experimentado consultor de “apoyo en litigio” quien invariablemente produce una estimación de daños con base en el método DCF basada en proyecciones especulativas de los ingresos y costos;
(En este caso, el experto en daños de la demandante ha presentado un modelo DCF que emplea supuestos generosos sobre el crecimiento del mercado y la participación de mercado de Cargill que exceden por mucho el tamaño del mercado y la participación de mercado observado, y precios artificialmente inflados como consecuencia de un mercado de edulcorantes cerrado.)

²⁶⁴ Anexo R-142. Segundo reporte de PRA, ¶ 49.

²⁶⁵ Escrito de Réplica, ¶ 238.

- el consultor de apoyo en litigio usualmente tiene poca o nula experiencia en valuación de empresas en el sector relevante del país correspondiente;
(En este caso, el experto en daños de la demandante enumera su considerable experiencia y resultados asistiendo a clientes en probar sus daños en procedimientos legales, pero no indica tener ninguna experiencia en valuación de empresas o brindar consultoría de inversión en México o en la industria mexicana de edulcorantes.)
- el modelo DCF del consultor de apoyo en litigio típicamente produce un resultado que, analizado a la luz del retorno anual del monto invertido, excede de manera importante incluso las expectativas más optimistas que el inversionista razonablemente pudo haber tenido;
(En este caso, la demandante ha presentado pruebas de una inversión de \$3.47 millones de dólares en planta y equipo en México, pero presenta una reclamación de 123.8 millones de dólares por la pérdida de flujos de caja que representaría un retorno de 3,467.7% sobre la inversión realizada.)
- Los abogados de la demandante típicamente reiteran repetidamente el monto reclamado en sus escritos y en la audiencia con la esperanza de que el tribunal se fije la idea de que es una “reclamación grande” que merece un laudo significativo.
(En este caso, los escritos repetidamente propugnan una reclamación de \$123.8 millones de dólares, y no admiten que pudiera ser efectivamente menor. En lugar de ello, la demandante critica las cifras de la demandada por no pasar la llamada “prueba de estar rojo de vergüenza” por la sencilla razón de que es drásticamente inferior que el monto que reclama.)

267. La demandante espera que el Tribunal decida que alguna fracción del monto reclamado, incluso el 50%, compensará adecuadamente a la demandante por sus pérdidas. Sin embargo, este razonamiento no toma en cuenta el hecho de que \$55 millones de dólares del monto reclamado corresponde al intento de Navigant de “eliminar los efectos de las cuotas antidumping” y 53% del monto restante corresponde a daños presuntamente sufridos por Cargill Inc. por ventas de fructosa producida en Estados Unidos que, según sostiene, habría exportado a *Cargill de México*.

268. El monto remanente (\$32.34 millones de dólares) está basado aún en un modelo DCF que es altamente especulativo. El Tribunal tiene la tarea de determinar si el modelo DCF debe ser rechazado en su totalidad (como la jurisprudencia aplicable lo manda) y reemplazarlo con algún otro método para determinar los daños, o si debe ser recalculado usando supuestos más realistas sobre el tamaño del mercado, la participación de mercado de Cargill y los precios.

269. Como lo demostrará la demandada a continuación, la determinación justa de daños en cualquier caso caería en un rango de entre 6.55 y 9.68 millones de dólares.

F. La falacia del mundo “de no haber sido” de Navigant

270. La premisa fundamental del modelo DCF de Navigant es lo que describe como el mundo “*but-for*”: el mercado de fructosa que predice habría existido “de no haber sido” (“*but-for*”) por las llamadas “medidas anti-fructosa” (que incluyen las cuotas antidumping.)²⁶⁶

²⁶⁶ Anexo C-Ex-5. Reporte de réplica de Navigant, ¶ 41.

271. Sin embargo, tras revisar cuidadosamente el mundo “*but-for*” de Navigant puede observarse que lo que Navigant concibe podría describirse mejor como un mundo perfecto “*but-for*”, que ignora la existencia de la disputa entre México y Estados Unidos sobre el acceso del azúcar mexicana a ese mercado y los predecibles efectos de la competencia entre Cargill y sus bien establecidos competidores que habrían existido de haber habido una oferta irrestricta de fructosa.

272. El párrafo 515 del Escrito de Contestación a la Demanda identifica un número de contingencias negativas que habrían surgido si el IEPS no hubiese sido promulgado, incluyendo: tácticas disruptivas por parte de los cañeros y/o los trabajadores de los ingenios, un boicot potencial al consumo de productos que contienen fructosa, la restricción voluntaria por parte de la industria embotelladora de refrescos y medidas adicionales del gobierno que restringirían la oferta de fructosa. El Escrito de Réplica no aborda estos alegatos.

G. Contingencias negativas que afectan el tamaño del mercado

273. El reporte de réplica de Navigant mantiene el punto de vista de que el mercado mexicano de fructosa habría replicado la “curva de adopción” del mercado estadounidense en los años setenta y ochenta, incluyendo el uso de 100% fructosa en Coca-Cola y Pepsi-Cola, que resultaría en una penetración de 28.11% en 2001 a 75% en el mercado en tan sólo 3 años y llegando a 80% para 2006.²⁶⁷

274. México respondió que las condiciones socio-económicas relacionadas con el mercado de edulcorantes en México previo a la adopción del impuesto eran muy diferentes a las que prevalecían en el mercado de Estados Unidos veinte o treinta años atrás. Más importante aún, México experimentaba una seria y cada vez más pronunciada crisis socio-económica en el sector azucarero, ocasionada en gran medida por la negativa de Estados Unidos de cumplir con sus obligaciones conforme el TLCAN. México señaló además que no podía presumirse que los embotelladores bajo licencia de Coca-Cola y Pepsi-Cola (que conjuntamente representan 87% del mercado de refrescos no dietéticos en México²⁶⁸) actuarían exclusivamente sobre la base del precio para sustituir azúcar con fructosa, si eso significaba un desplazamiento de gran escala de trabajadores mexicanos y un malestar social generalizado.²⁶⁹

275. México aduce pruebas de lo contrario. FEMSA, el más grande embotellador de Coca-Cola del país ha indicado (y como se verá más adelante, lo reitera en este Escrito de Dúplica) que mantiene aún la política de no exceder 50% de fructosa en sus refrescos de cola en parte por la importancia de la industria azucarera y el número de personas que dependen de ella. GEUSA, el segundo productor de Pepsi en el país ha señalado que no usa fructosa y no tiene planes de hacerlo también parte por consideraciones socio-políticas. En términos simples, dos de los embotelladores principales en México quienes además contaban con amparos en contra del impuesto, voluntariamente han restringido el uso de fructosa por razones socio-económicas.²⁷⁰

276. La respuesta de la demandante en el Escrito de Réplica es doble:

- la segunda declaración testimonial del Sr. Eduardo Ortega desdeña la evidencia

²⁷⁰ Anexo R-142, Segundo reporte de PRA, ¶ 82.

²⁷¹ Escrito de Demanda, para 35.

²⁷² Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 490, 491.

²⁷³ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 492, 493. Véase también el Anexo R-118 y 158.

presentada por FEMSA y GEUSA;²⁷¹

- el reporte de réplica de Navigant sostiene que la crisis del sector azucarero pudo haberse evitado si México hubiese administrado correctamente el programa azucarero;²⁷²

1. Pruebas de la industria embotelladora de refrescos

277. La única prueba directa de la industria de refrescos mexicana relativa al uso de fructosa – pasada, presente o futura – ha sido presentada por México.

278. Una carta de FEMSA, el más grande embotellador de Coca-Cola en México que produce el 30% de los refrescos que se consumen en México,²⁷³ se presentó como anexo al Escrito de Contestación a la Demanda. Una segunda comunicación se presenta como anexo a este escrito.

²⁷⁴ La nueva carta explica que FEMSA mantiene aún su política de utilizar fructosa y azúcar en una proporción de 50/50 en Coca-Cola y que no espera cambiar esta política en el futuro próximo. Las razones que ofrece también son las mismas: “(i) está consciente de la importancia del sector primario en el desarrollo y la estabilidad social, particularmente en el sector azucarero; (ii) preocupaciones en las preferencias respecto al gusto del consumidor, y (iii) por razones de abasto.”²⁷⁵

279. El testimonio de Gabriel Ramírez Nambo de GEUSA, el segundo embotellador de Pepsi que produce el 4.13% de los refrescos consumidos en México se presentó como anexo al Escrito de Contestación a la Demanda. El Sr. Ramírez explicó que GEUSA ha decidido no utilizar fructosa en parte debido a preocupaciones relacionadas con el sabor y el prospecto de atraer publicidad negativa para las marcas que la empresa representa.²⁷⁶

280. En su segundo testimonio, el Sr. Ortega pretende interpretar la primera carta de FEMSA en el sentido de que ésta habría convertido a 100% fructosa si no hubiera sido por políticas proteccionistas a favor del azúcar.²⁷⁷ . Aparentemente desecha la validez de las otras dos razones que se ofrecen: consideraciones socio-económicas y preferencias de sabor del consumidor. El Sr. Ortega, de la misma manera, desecha el testimonio del Sr. Ramírez señalando que GEUSA sólo usa azúcar porque uno de sus accionistas principales posee ingenios azucareros.²⁷⁸

281. A pesar de que el Sr. Ortega y otros testigos presentados por la demandante testifican sobre su cercana relación con las oficinas centrales de Coca-Cola y Pepsi-Cola y los buenos contactos de *Cargill de México* con clientes mexicanos de la industria de refrescos, incluyendo embotelladores de Coca-Cola y Pepsi-Cola,²⁷⁹ la demandante no ha aducido ninguna prueba de

²⁷¹ Anexo C-Ex-3. Segunda declaración del Sr. Eduardo Ortega, ¶¶ 49-55, 58-61.

²⁷² Anexo C-Ex-5. Segundo reporte de Navigant, ¶ 14.

²⁷³ Anexo R-118.

²⁷⁴ Anexo R-158.

²⁷⁵ Anexo R-158. Carta de Jorge Juraidini Rumilla (FEMSA) a Luis Alberto González García del 15 de agosto de 2007.

²⁷⁶ Anexo R-01B. Testimonio del Sr. Gabriel Ramírez Nambo.

²⁷⁷ Anexo C-Ex-3. Segunda declaración del Sr. Eduardo Ortega, ¶ 54.

²⁷⁸ Íd., ¶ 50.

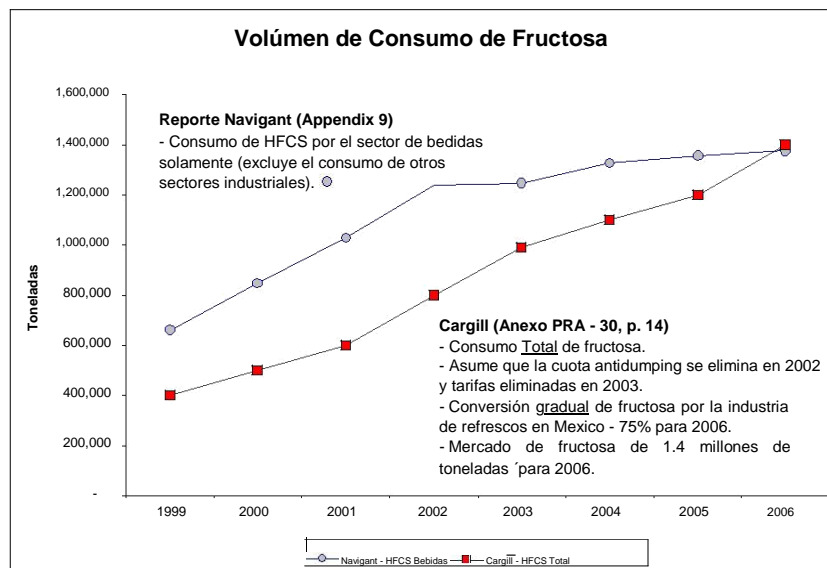
²⁷⁹ Íd., ¶¶ 54, 60, 61

algún participante en la industria de refrescos en Estados Unidos o México que apoye su postura de que los embotelladores habrían convertido rápidamente al uso de 100% fructosa “de no haber sido” por el IEPS y el permiso de importación.

282. En lugar de ello, las pruebas que han sido presentadas por la demandante o presentadas en respuesta a la solicitud de documentos de México es contradictoria con esa posición. En particular:

- el testimonio del Sr. Ortega y los documentos proporcionados por la demandante confirman que los embotelladores de Coca-Cola tenían la política de no exceder el 50% de fructosa en sus productos y que pocos embotelladores de Pepsi-Cola estaban interesados en utilizar fructosa;²⁸⁰
- un documento aparentemente elaborado por la demandante en 2001 predice un crecimiento gradual del mercado después de la eliminación de las cuotas antidumping a un nivel de 1.4 millones de toneladas en 5 años (para el año 2006).²⁸¹

283. Es ilustrativo comparar las proyecciones sobre el consumo de fructosa en el mercado mexicano de Cargill con las proyecciones de Navigant sobre el consumo de fructosa en el mercado de bebidas exclusivamente.



284. El Tribunal debe rechazar las proyecciones de crecimiento del mercado de Navigant en ausencia de pruebas directas de la industria embotelladora de refrescos en México en el sentido de que la mayoría de los embotelladores habrían sustituido rápidamente el azúcar con la fructosa.,. La única prueba de la industria de refrescos de que dispone el Tribunal le impide determinar que habría habido una sustitución repentina y completa del azúcar por fructosa “de no haber sido” por el impuesto IEPS y el permiso de importación.

2. Las determinaciones del tribunal en el caso *GAMI*

280 Anexo R-02, Primer reporte de PRA, ¶ 59.

281 Anexo R-142, Segundo reporte de PRA, anexo PRA-30, p. 14.

285. Navigant sostiene que “*es posible que se haya podido evitar del todo la crisis si se hubieran implementado más eficazmente ciertos aspectos del programa azucarero de México*”

²⁸². En particular Navigant alega que México no hizo valer las disposiciones de los Acuerdos que contemplaban que cada ingenio exportara anualmente una parte del exceso de producción nacional.

286. Navigant selectivamente cita partes del laudo en el caso *GAMI* con objeto de apoyar su aseveración, pero al hacerlo omite otras partes que dejan claro que el tribunal determinó que los presuntos daños incurridos por *GAMI* no fueron provocados por faltas atribuibles a México en relación con la administración de los Acuerdos.

- Navigant cita el párrafo 78 del laudo de *GAMI*:
“Lo que *GAMI* ha logrado demostrar es que México fracasó en hacer que el Acuerdo de 1997 se hiciera realidad”
- Las dos oraciones anteriores del párrafo 78 que omitió Navigant señalan:
“Pero consta que México ha buscado la solución del problema de exceso de producción de muchas maneras y durante muchos años. No se ha establecido en lo absoluto que México repudiara o de manera arbitraria ignorara su propia legislación.”
- Navigant cita el párrafo 108 del laudo de *GAMI*:
- “Los registros muestran que México no implementó partes clave de su Programa Azucarero...”
- Sin embargo la determinación del tribunal del párrafo 110 indica:
“Para un tribunal internacional la conclusión relevante es simplemente que *GAMI* no ha probado que el deber impuesto por el Gobierno a sí mismo en el régimen reglamentario era simple e inequívoco. Es imposible concluir que el fracaso del Programa del Azúcar es directamente atribuible al Gobierno ni que haya causado directamente los daños alegados por *GAMI*.”

287. El Sr. Kaczmarek, el autor del reporte Navigant en este caso tampoco reveló que la teoría de daños de “todo o nada” que propuso fue rechazada porque no pudo establecer causalidad:

²⁸² Segundo reporte de Navigant, 30 de junio del 2007, ¶ 14.

“El enfoque de GAMI aparenta ser todo o nada. Pero ningún análisis creíble de causalidad puede imputar la totalidad de las decepciones de GAMI como inversor al Gobierno mexicano. Ambas partes están de acuerdo en que la economía del azúcar esta muy distorsionada y es objeto de poderosas fuerzas del mercado internacional. Nadie ha sugerido que el TLCAN faculte a un inversionista para actuar en base a que el régimen regulatorio constituya una garantía de éxito económico. GAMI sólo puede afirmar que la mala administración del Programa Azucarero le causó algún perjuicio. Pero el perjuicio debe ser particularizado y cuantificado. GAMI no lo ha hecho. El Tribunal no sabe si en estas circunstancias tal demostración podría siquiera ser posible debido al problema del tiempo. Hay años en que el sol brilla sobre la industria azucarera. Particularmente en México la industria ha tenido sus altos y bajos. Los últimos acontecimientos han sido aparentemente positivos. GAMI presumiblemente se ha beneficiado de ellos. A falta de la destrucción total de su inversión GAMI no ha identificado el momento en que la instantánea metafórica de su perjuicio deber ser tomada. Puede ser que tal demostración sea imposible en este caso. En todo caso el Tribunal no habría estado en posición de otorgar daños aun si hubiera concluido que hubo violación del Artículo 1105. Aun así el Tribunal explicará su conclusión de que GAMI tampoco pudo en principio fundar su demanda bajo el artículo 1105.”
Contingencias negativas que afectan la participación de mercado y los precios.

H. Contingencias negativas que afectan la participación del mercado y los precios

288. Navigant presta poca atención al hecho de que en mayo de 2002, cuando las cuotas antidumping se eliminaron, *Cargill de México* enfrentaría la competencia de dos competidores bien establecidos que tenían una capacidad de producción significativa en México y la capacidad de importar fructosa a gran escala de sus compañías en Estados Unidos.

289. CPIngredientes es propiedad de CPI, el cuarto productor de fructosa en Estados Unidos. Cuenta con una planta de producción y distribución de fructosa en la región central de México, no muy lejos de la estación de distribución de Tula de Cargill. CPIngredientes publicó poco después de la entrada en vigor del IEPS que cancelaría una inversión por 100 millones de dólares destinada a incrementar su capacidad productiva.²⁸³

290. Almex es propiedad de ADM y TLIA, el primer y segundo productores de fructosa en Estados Unidos. Almex posee una planta y estación de distribución de fructosa en Guadalajara y una estación de distribución en la región central de México. Cuando las cuotas antidumping estuvieron vigentes Almex pudo continuar importando cantidades importantes de fructosa de ADM porque le fue asignada una cuota antidumping baja comparada con otras empresas.²⁸⁴

291. El Tribunal apreciará que durante la ausencia por 4 años de Cargill en el mercado mexicano previa a la imposición del IEPS, sus competidores fueron capaces de establecerse como los únicos proveedores de fructosa a clientes comerciales, incluyendo a los embotelladores de refrescos. Al reentrar al mercado en 2002, Cargill habría tenido que ofrecer un precio muy competitivo para arrebatar clientes a sus competidores o enfocarse a suministrar clientes en

²⁸³ Anexo R-163. Suspenden inversiones por el IEPS, Reforma, 11 de enero de 2002. Véase también el Anexo R-144, p. 4.

²⁸⁴ Anexo R-144, p. 4. Véase también la sección III.I

donde tuviera una ventaja competitiva. Se sigue que habría habido una degradación en el precio para ganar mercado y/o un largo periodo de tiempo para construir una base nueva de clientes.

292. Para propósitos de asignar al modelo de Navigant un flujo de ingresos más realista, PRA asumió un precio 5% más bajo que el proyectado por Navigant y un periodo de 18 meses para recuperar la participación de mercado de ■■■% que Cargill y *Cargill de México* aparentemente tenían en 1997. Navigant objeta la reducción de 5% en el precio aun cuando admite que su propia proyección está basada en los precios del azúcar que se incrementaron dramáticamente como resultado del impuesto. Navigant considera que el periodo de recuperación de 18 meses es razonable, sin embargo, para propósitos de su modelo DCF lo compensa extendiendo el periodo de daños a 2007 a pesar de que la pérdida de mercado de Cargill y *Cargill de México* no fue una consecuencia ni del IEPS ni del permiso de exportación.

293. No es posible afirmar con certeza que “de no haber sido” por el IEPS el precio de la fructosa – en un entorno de robusta competencia por parte productores de azúcar mexicanos y dos empresas mexicanas productoras de fructosa afiliadas a tres de los mayores productores de fructosa en Estados Unidos – habría resultado en algo más que un retorno modesto sobre los costos de producción y distribución. Tampoco puede afirmarse que Cargill habría disfrutado de una participación específica de mercado. Pudo haber sacrificado precio por volumen para recuperar clientes o pudo haber conseguido que sus competidores redujeran el precio para retener a sus clientes. Cargill misma proyectaba una participación de mercado de sólo ■■■% en 2001 cuando se preparaba para la eliminación de las cuotas antidumping.²⁸⁵

294. Resulta ilustrativo también examinar los pasos que Cargill tomó para recuperar su negocio tras recibir la cuota de importación bajo el llamado *Katrina Swap* en septiembre de 2005 y el acuerdo bilateral de edulcorantes del 27 de julio de 2006.

295. Cargill eligió vender la cuota que se le asignó en 2005-2006 a un competidor, razonando que obtendría una tasa de rendimiento mayor que si intentara vender esa cuota por sí misma a clientes en México. Puede inferirse de ello que Cargill, al menos, no tenía una base de clientes en México que pudiera resucitar rápidamente.

296. Cargill utilizó la mayor parte de la cuota que recibió en 2006 – que se mantendrá vigente hasta 2007 – para vender a nuevos clientes principalmente embotelladores de Coca-Cola ubicados en la parte norte de México. Cargill está haciendo uso de lo que percibe como una ventaja competitiva al suministrar fructosa a esos clientes desde tres centros de distribución en Estados Unidos, incluido uno que es propiedad de un tercero y el de McAllen, Texas que ha sido expandido. En contraste, la posibilidad de reabrir el centro de distribución de Tula no está siendo “estudiado”.

297. Lo anterior sugiere la siguiente pregunta: ¿si el IEPS no hubiera sido adoptado, Cargill habría reentrado al mercado como proveedor regional como lo ha hecho a partir del acuerdo bilateral de edulcorantes, o habría optado por convertirse en un proveedor nacional, como lo postula Navigant? Cargill sostiene que podría suministrar mucha más fructosa de la que hoy en día provee bajo el cupo que se le asignó conforme al acuerdo de edulcorantes de 2006. Pero, no puede afirmarse con certeza que el requisito de contar con un permiso de importación y el TRQ (o alguna otra medida que restringiera la importación de fructosa) no la habría confinado a un mercado regional.

²⁸⁵

Anexo R-142.Segundo reporte de PRA, ¶ 95.

I. El requisito del permiso y el TRQ “de no haber sido” por el impuesto.

298. El requisito de contar con un permiso de importación estaba vinculado a un sistema TRQ (arancel cupo) que habría gobernado la importación de fructosa en ausencia del IEPS. La intención del gobierno era otorgar una cuota a la fructosa proveniente de Estados Unidos equivalente, en términos de volumen, a la cuota que otorgara anualmente Estados Unidos a las importaciones de azúcar mexicana.²⁸⁶

299. El TRQ era congruente con las obligaciones de México ante la OMC porque la sobre-tasa era equivalente al arancel de nación más favorecida (NMF) de México. La necesidad de contar con un permiso de importación para importar fructosa originaria de Estados Unidos era *prima facie* incompatible con las obligaciones de México conforme al TLCAN, pero el único remedio de Estados Unidos habría sido recurrir al mecanismo de solución de controversias del capítulo XX, en cuyo caso, la violación de su obligación de otorgar acceso al azúcar mexicana y su renuencia previa a someterse a dicho mecanismo para resolver ese asunto habrían sido presentadas como defensas por parte de México. La estrategia era compeler a Estados Unidos a negociar de buena fe una solución o a que se sometiera a la solución de controversias conforme al capítulo XX.²⁸⁷

300. Cuando Estados Unidos y México suscribieron el acuerdo sobre edulcorantes en julio de 2006, el requisito del permiso de importación y el TRQ fueron anulados y remplazados por un nuevo régimen que contemplaba importaciones de fructosa estadounidense a México en cantidades iguales a las importaciones de azúcar mexicana a Estados Unidos. El 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 2008.²⁸⁸

301. La instrumentación del permiso de importación, el TRQ y su eliminación posterior a raíz del acuerdo bilateral tiene dos consecuencias jurídica. En primer lugar, Cargill no puede alegar, como una cuestión de seguridad jurídica, que habría podido exportar cantidades ilimitadas de fructosa a México de no haber sido por el impuesto. El requisito del permiso de importación y el TRQ habrían restringido las importaciones de Cargill a la cuota de fructosa otorgada a Estados Unidos que hubiese sido equivalente a la cuota que Estados Unidos otorgara al azúcar mexicana hasta en tanto no se resolviera la disputa en materia de edulcorantes. En segundo lugar, Cargill no puede reclamar daños por falta de acceso al mercado mexicano después del septiembre de 2006, cuando se implementó el acuerdo bilateral sobre edulcorantes, porque no tenía derecho a exportar fructosa a México en cantidades mayores a la parte que le correspondiera de la cuota que su propio gobierno aceptó para lo que restaba del periodo de transición de 15 años.

302. La pregunta abierta de qué es lo que hubiera ocurrido bajo el régimen TRQ si el impuesto no hubiese sido promulgado añade otro nivel más de especulación al cálculo de daños por medio de un análisis DCF y otro argumento en contra de su uso.

303. El hecho de que no puede haber ninguna reclamación posterior a [mes] de 2006 invalida el cálculo de Navigant de su reporte de réplica, ya que incluye daños hasta el final de 2007.

²⁸⁶ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶ 213. Escrito de Dúplica ¶¶ 82 y 83.

²⁸⁷ Anexo R-138. Testimonio de Hugo Perezcano, ¶ 40.

²⁸⁸ Íd. ¶ 50.

J. Las observaciones de PRA sobre alternativa para determinar el monto de daños

304. Dadas las circunstancias de este caso, una determinación de daños mediante la metodología DCF es particularmente poco confiable. Tal y como ha sido demostrado, incluso ajustes menores en los supuestos sobre precios y volúmenes en el modelo DCF de la demandante, resultan en diferencias drásticas. La cuestión de qué es lo que hubiera ocurrido en el mercado mexicano de edulcorantes “de no haber sido” por el IEPS y/o el requisito del permiso de importación sólo da pie a más dudas cuyas respuestas son inherentemente especulativas:

- ¿Habría continuado la industria azucarera mexicana suministrando azúcar a precios deprimidos para conservar a sus clientes embotelladores de refrescos?
- ¿Habrían reducido sus precios los competidores de Cargill para mantener a sus clientes?
- ¿Habrían incrementado los competidores de Cargill su capacidad productiva y/o recurrido a la capacidad productiva inutilizada en Estados Unidos para suministrar fructosa a nuevos clientes?
- ¿Habrían restringido voluntariamente los embotelladores el uso de fructosa hasta en tanto el desplazamiento del azúcar dejara de ser una amenaza para las personas que dependen de la industria azucarera?
- ¿Habría el gobierno de México establecido una cuota de importación para la fructosa equivalente a la cuota que Estados Unidos otorgara al azúcar mexicana?
- ¿Habrían llegado Estados Unidos y México a un acuerdo para limitar el comercio de fructosa de Estados Unidos y azúcar mexicana durante lo que quedaba del periodo de transición?

305. La demandante repetidamente sostiene que invirtió “cientos de millones de dólares” para el “mercado de [fructosa] en México” La única prueba de una inversión en México se refiere a la inversión en el centro de distribución en Tula. Con la excepción de \$1.47 millones de dólares aparentemente invertidos en la estación de distribución de McAllen, Texas, no se ofrecen cifras para las presuntas inversiones de Cargill en planta y equipo en Estados Unidos.

306. PRA explica que un método alternativo para determinar los daños en este caso sería otorgar a la demandante un retorno razonable sobre su inversión en México durante el periodo en que no pudo desarrollar su actividad como consecuencia del impuesto o el permiso de importación.²⁸⁹ La inversión en la estación de Tula (considerando que parte del terreno tiene otros usos comerciales) se estima en \$2.732 millones de dólares. La demandante alega que tenía más inversiones en los departamentos de ventas y relaciones con el cliente a través de la “Unidad de fructosa de Cargill de México”, pero cuando el IEPS entró en vigor no tenía un departamento de ventas de fructosa activo o departamento de relación con el cliente porque había estado fuera del mercado por cuatro años.

307. PRA emplea la tasa de retorno esperado utilizada por Cargill sobre su inversión en México (■% anual), lo que resulta en un monto entre \$6.654 y \$9.682 millones de dólares,

²⁸⁹

Anexo R-142. Segundo reporte de PRA, sección D.

dependiendo de si el periodo relevante empieza en enero o junio de 2002 y termina en septiembre o diciembre de 2006.²⁹⁰

308. El método anterior ofrece un resultado que no difiere mucho del resultado que Cargill esperaba obtener cuando sus representantes se reunieron con funcionarios mexicanos en Washington en 2001 para discutir posibles maneras de resolver la disputa en materia de edulcorantes. Los representantes de Cargill estaban a favor de establecer un TRQ a la fructosa de 350,000 toneladas por año, de las cuales recibiría una cuota de 150,000 toneladas. PRA explica que bajo este escenario y utilizando su proyección de precio (ligeramente inferior a la de Navigant), el modelo DCF de Navigant daría como resultado \$11.1 millones de dólares.²⁹¹

K. Observaciones finales

309. PRA ofrece el siguiente rango de resultados:

Metodología	Millones de Dólares
DCF ajustado ¹	6.75
Retorno sobre la inversión ²	6.654 - 9.682
DCF con TRQ ³	11.1

(1) Anexo R-02. Primer Reporte PRA, ¶ 106

(2) Anexo R-142. Segundo Reporte PRA, Tabla 2, ¶ 64

(3) Anexo R-142. Segundo Reporte PRA, ¶¶ 145 - 146

310. La demandada mantiene la posición de que si el Tribunal concuerda en que los reclamos que surgen del requerimiento del permiso de importación no caen dentro de su jurisdicción, entonces el Tribunal no puede predecir con certeza que Cargill de México hubiera podido importar cantidad alguna de fructosa de Estados Unidos y, por consiguiente, el monto de daños sería cero.²⁹²

311. Alternativamente la demandada sostiene que el monto apropiado de daños sería \$6.654 millones, menos cualquier deducción que resulte apropiada para mitigar cualquier beneficio que Cargill pudiera haber obtenido como consecuencia del IEPS y por su culpa concurrente, temas que serán explorados con mayor detalle durante el interrogatorio a los testigos de la demandante.

312. La demandada mantiene su posición sobre la cuestión del interés. La tasa “prime” (que propone la demandante) es una tasa comercial que un prestatario comercial obtendría al hacer un préstamo. La tasa de los bonos del tesoro (los *U.S. Treasury Bills*) es una tasa de interés razonable para un laudo denominado en dólares.

²⁹⁰ Íd., Tabla 2, ¶ 64.

²⁹¹ Íd., sección F.6.

²⁹² Escrito de Contestación, ¶¶ 510, 511.

VI. PETICIÓN

313. Por lo antes expuesto, el gobierno de México sostiene que el Tribunal debe desechar la reclamación de la demandante en su totalidad, con la correspondiente condena en costas.

Todo lo cual se somete respetuosamente a
su consideración;

(firma en original)

Luis A. González García Director
de Consultoría Jurídica de
Negociaciones
20 de agosto de 2007