

En el Procedimiento Arbitral conforme al Capítulo 11
del Tratado de Libre Comercio de América del Norte
y las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI
entre

CARGILL, INCORPORATED,

Demandante,

y

Estados Unidos Mexicanos,

Demandado / Parte.

CIADI Caso No. ARB(AF)/05/2

**MEMORIAL DEL DEMANDANTE
CARGILL, INCORPORATED**

Jeffrey W. Sarles
Mark W. Ryan
Richard D. Deutsch
Violeta I. Balan
MAYER, BROWN, ROWE & MAW LLP

ÍNDICE

	Página
I. INTRODUCCIÓN	1
II LAS PARTES Y ENTIDADES AFINES.....	4
III. LAS RECLAMACIONES DE CARGILL CUMPLEN CON LOS REQUISITOS JURISDICCIONALES DEL TLCAN	5
A. Las reclamaciones de Cargill caen en el ámbito del Capítulo 11	5
B. Las reclamaciones de Cargill cumplen con los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN	6
IV. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS.....	8
A. Jarabe de maíz de alto contenido de fructosa.....	8
B. El potencial del JMAF en México antes del TLCAN.....	10
C. Planes de Cargill de expandir su negocio de JMAF a México antes del TLCAN	13
D. El TLCAN y su promesa de abrir fronteras	16
E. El desarrollo del negocio de JMAF de Cargill en México después del TLCAN	18
F. Medidas adoptadas por México contra el JMAF	25
a. Derechos antidumping de México	28
(1) Los derechos	28
(2) Se declaran ilegales los derechos antidumping de México	30
(3) Efecto de los derechos antidumping de México	32
(4) Planes de reingreso de Cargill y campaña continua de México contra el JMAF	34
b. El impuesto IEPS	36
(1) El impuesto discriminatorio.....	36
(2) Efecto del impuesto IEPS	38
(3) Suspensión provisional del impuesto IEPS.....	40
(4) Reposición del impuesto IEPS.....	40
(5) Se declara ilegal el impuesto IEPS	42
c. El nuevo requisito de permiso para la importación de JMAF originario de los Estados Unidos	47
G. El efecto del impuesto IEPS y el nuevo requisito de permiso de importación sobre Cargill y la industria del JMAF	53

ÍNDICE
(continuación)

	Página
H. Gestiones de Cargill para atenuar el efecto de las medidas impuestas por México contra el JMAF	55
I. Acontecimientos recientes	57
V. LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR MÉXICO CONTRA EL JMAF CONSTITUYERON UNA VIOLACIÓN AL TLCAN	58
A. Derecho aplicable.....	58
B. Las medidas adoptadas por México contra el JMAF constituyeron una violación al Artículo 1102	59
a. En circunstancias similares	61
b. Trato no menos favorable	63
c. Con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de una inversión.....	68
C. Las medidas adoptadas por México contra el JMAF constituyeron una violación al Artículo 1103	68
D. Las medidas adoptadas por México contra el JMAF constituyeron una violación al Artículo 1105	72
a. Las medidas adoptadas por México contra el JMAF no permitieron un entorno estable y predecible para las inversiones e invalidaron las expectativas razonables de Cargill	75
b. Las medidas adoptadas por México contra el JMAF fueron arbitrarias, ambiguas y contradictorias	78
c. Las medidas adoptadas por México contra el JMAF no fueron transparentes	79
E. Las medidas adoptadas por México contra el JMAF constituyeron una violación al Artículo 1106	83
F. Las medidas adoptadas por México contra el JMAF constituyeron una violación al Artículo 1110	85
a. Las medidas adoptadas por México contra el JMAF tuvieron un efecto grave sobre el valor económico de la inversión de Cargill.....	88
b. Las medidas adoptadas por México contra el JMAF invalidaron las expectativas legítimas de Cargill.....	90

ÍNDICE
(continuación)

	Página
c. La larga duración de las medidas adoptadas por México contra el JMAF respaldan la reclamación de expropiación de Cargill.....	92
G. México no tiene justificación factible para las medidas que adoptó contra el JMAF	95
VI. CARGILL TIENE DERECHO A COBRAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS INCURRIDOS DEBIDO A LAS MEDIDAS ILEGALES ADOPTADAS POR MÉXICO, ASÍ COMO INTERESES, HONORARIOS Y COSTAS JUDICIALES	100
a. Daños y perjuicios por incumplimientos del TLCAN no expropiatorios por parte de México	100
b. Daños y perjuicios por la expropiación de la inversión de Cargill por parte de México	102
c. Intereses	103
d. Honorarios y costas judiciales	104
VII. REPARACIÓN SOLICITADA	106

MEMORIAL DE CLAIMANT CARGILL, INCORPORATED

I. INTRODUCCIÓN

1. Uno de los objetivos principales del TLCAN es “eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y servicios entre los territorios de las Partes.” Contrariamente a dicho objetivo y a las obligaciones del Demandado los Estados Unidos Mexicanos (en adelante México) conforme al TLCAN, México ha adoptado una serie de medidas dirigidas a crear obstáculos al comercio de jarabe de maíz de alto contenido de fructosa (en adelante JMAF) y evitar la circulación transfronteriza del JMAF desde los Estados Unidos a México.
2. El fin y efecto de estas medidas fueron promover el uso de azúcar de caña mexicana y amedrentar o evitar el uso de JMAF como edulcorante en los refrescos.
3. El azúcar de caña que usan las embotelladoras mexicanas de refrescos es producido por empresas nacionales. El JMAF, una alternativa de bajo costo ante el azúcar como edulcorante de refrescos, es producido por empresas de propiedad de los EUA. Por lo tanto, las medidas adoptadas por México contra el JMAF favorecieron a los productores nacionales sobre los productores de los EUA.
4. La campaña de México contra el JMAF procuró revertir el uso progresivo del JMAF como edulcorante por parte de las embotelladoras mexicanas de refrescos y otros productores de alimentos, y de ese modo favorecer a la industria azucarera nacional de México. El JMAF había previamente reemplazado completamente al azúcar como edulcorante de refrescos en Estados Unidos y Canadá. A partir de mediados de la década de los noventa, las embotelladoras mexicanas de refrescos también comenzaron a usar

1 Tratado de Libre Comercio de América del Norte, EUA-Can.-Méx., 17 de diciembre de 1992, 32 I.L.M. 289 (1993) [“TLCAN”], Art. 102(1)(a) (C-LA-3).

mayores proporciones de JMAF para edulcorar sus bebidas, motivados por los bajos costos y otras ventajas competitivas del JMAF en comparación con el azúcar. El consumo del JMAF en México aumentó más del 156% en 1996 desde el año anterior y otro 58% en 1997. México luego inició su campaña contra el JMAF, la cual implicó tres medidas principales adoptadas durante los años siguientes.

5. En primer lugar, a partir de fines de 1997, México impuso derechos antidumping para el JMAF importado desde los Estados Unidos. Estos derechos antidumping superaban en gran medida los derechos del JMAF permitidos por el TLCAN, los cuales comenzaron en un 15% en 1994 y luego bajaron 1.5% por año hasta quedar eliminado por completo en 2004. Los derechos antidumping de México aumentaron enormemente el costo del JMAF importado desde los Estados Unidos a México y por lo tanto impidieron artificialmente que compitiera con el azúcar por el negocio de los clientes mexicanos. Más adelante, tanto la Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC) como un panel conforme al Capítulo 19 del TLCAN declararon que los derechos antidumping de México eran ilegales, lo cual dio lugar a que México finalmente los revocara en la primavera de 2002.
6. Ante la inminencia de la revocación de sus derechos antidumping, en enero de 2002 México impuso una medida aún más drástica: un impuesto del 20% sobre las bebidas gaseosas y ciertos otros productos edulcorados con cualquier ingrediente que no fuera azúcar de caña. El efecto de este impuesto (el “Impuesto IEPS”) fue obligar a que las embotelladoras mexicanas de refrescos dejaran de usar el JMAF como edulcorante. El mercado próspero de suministro de JMAF a las embotelladoras mexicanas de refrescos se interrumpió de forma abrupta, dando lugar a un impacto repentino y devastador sobre los productores de JMAF. Al igual que los derechos antidumping, el Impuesto IEPS ha sido declarado ilegal por la OMC.

7. México también adoptó un nuevo requisito de permiso de importación en enero de 2002 que era aplicable sólo a las importaciones de JMAF originarias de los Estados Unidos. Conforme a esta medida, una empresa que importaba JMAF desde los Estados Unidos tenía que obtener un nuevo permiso de la Secretaría de Economía de México para poder pagar el bajo arancel del TLCAN sobre el JMAF (que había bajado a 3% para el 2002) y evitar pagar aranceles ajenos al TLCAN que llegaban hasta el 210%. México continuamente negó todas las solicitudes para obtener dicho permiso con el fundamento de que el solicitante no había cumplido con los requisitos para obtenerlo, requisitos que México inflexiblemente se negó a comunicar. Este requisito de permiso, imposible de obtener, se convirtió en algo especialmente oneroso una vez que las embotelladoras de refrescos comenzaron a obtener amparos en contra del Impuesto IEPS y nuevamente procuraron comprar JMAF. Las empresas que importaban JMAF a México no podían aprovechar dichas oportunidades sin el permiso, el cual México se negaba a expedir.

8. Particularmente, las medidas adoptadas por México contra el JMAF afectaron en gran medida al Demandante, Cargill, Inc. (en adelante Cargill). Cargill había invertido en gran escala en su negocio de JMAF en México. Cargill estructuró su negocio mediante la producción de JMAF en plantas en los Estados Unidos y el envío a su filial de propiedad absoluta Cargill de México, S.A. de C.V. (en adelante Cargill de México), quien comercializaba, vendía y distribuía el JMAF a los clientes mexicanos. Los exorbitantes e ilícitos derechos antidumping de México impidieron que Cargill enviara el JMAF a Cargill de México durante la vigencia de los derechos, el Impuesto IEPS impidió que Cargill de México vendiera y distribuyera el JMAF a las embotelladoras mexicanas de refrescos a partir de enero de 2002, y el requisito de permiso de JMAF impidió que Cargill enviara el JMAF a Cargill de México después de la revocación de los derechos y que aprovechara las oportunidades de venta de JMAF a embotelladoras mexicanas que habían obtenido el amparo en contra del Impuesto IEPS.

9. Como se demuestra a continuación, la campaña de México contra el JMAF violó los Artículos 1102, 1103, 1105, 1106 y 1110 del TLCAN y dio lugar a que la inversión de Cargill en el mercado mexicano sufriera daños considerables. En este procedimiento, Cargill busca recibir compensación por los daños y perjuicios en los que incurrió a consecuencia de las dos medidas que México adoptó contra el JMAF en enero de 2002 –el Impuesto IEPS y el requisito de permiso de importación del JMAF– que en conjunto expulsaron a Cargill del mercado mexicano de JMAF y deterioraron su inversión severamente.
10. Esta presentación consiste en (i) este Memorial, (ii) declaraciones testimoniales de Michael Urbanic, ex Presidente de la unidad comercial de Corn Milling North America, Jeffrey A. Cotter, Vicepresidente Auxiliar de Cargill a cargo de Fomento Comercial en su unidad comercial Corn Milling North America y Eduardo Ortega Jr., Director de Ventas de Cargill para México y Latinoamérica en su división Corn Milling, (iii) informes de peritos de Peter Meyer, Presidente de PMI Consulting y columnista de Milling and Baking News y Brent C. Kaczmarek, Director Administrativo de Navigant Consulting, Inc., (iv) pruebas documentales y (v) precedentes judiciales pertinentes a las reclamaciones de Cargill.
11. Las declaraciones testimoniales e informes de peritos se presentan en un archivo denominado “Declaraciones testimoniales e informes de peritos” y se citan por el nombre del testigo o perito. Las pruebas documentales se presentan en un archivo denominado “Pruebas” y se citan como “C-Ex.-__.” Los precedentes judiciales, incluyendo secciones pertinentes del tratado TLCAN y todos los casos citados, se presentan en un archivo denominado “Precedentes Judiciales” y se citan como “C-LA-__.”
12. En este Memorial, “\$” significa dólares de los EUA a menos que se indique de otro modo.

II. LAS PARTES Y ENTIDADES AFINES

13. El Demandante Cargill es una empresa de propiedad privada establecida conforme a las leyes del estado de Delaware, Estados Unidos, con domicilio central en Wayzata, Minnesota, Estados Unidos. Las reclamaciones de Cargill se presentan en representación propia y en representación de su “empresa” de propiedad absoluta (según se define en el Artículo 201 del TLCAN), Cargill de México.
14. Lo que se convirtió en Cargill de México fue establecido en 1967 bajo el nombre Carmex, S.A. de C.V. y comenzó sus operaciones en 1972. El nombre de la entidad se cambió a Cargill de México en agosto de 1989. Cargill de México está organizado conforme a las leyes de México y su sede central se encuentra en la Ciudad de México. Opera en diez estados mexicanos y cuenta con más de mil empleados.
15. El Demandado, México, es un estado soberano y Parte del TLCAN.

III. LAS RECLAMACIONES DE CARGILL CUMPLEN CON LOS REQUISITOS JURISDICCIONALES DEL TLCAN.

A. Las reclamaciones de Cargill caen en el ámbito del Capítulo 11.

16. El Capítulo 11 del TLCAN “se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a: (a) los inversionistas de otra Parte, (b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en el territorio de la Parte y (c) en lo relativo a los Artículos 1106 y 1114, todas las inversiones en el territorio de la Parte.”
17. Las reclamaciones de Cargill caen en el ámbito del Capítulo 11 debido a que comprenden medidas adoptadas o mantenidas por México con respecto a Cargill y a la inversión de Cargill en México.

2 Id., Art. 1101 (C-LA-3).

18. Las reclamaciones de Cargill comprenden “medidas” tomadas por México. El Artículo 201 del TLCAN define “medida” de modo de incluir “cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica.” Las reclamaciones de Cargill se relacionan con la adopción de leyes, reglamentos, procedimientos, requisitos y prácticas por parte de México, incluyendo la promulgación por parte de México de una ley impositiva que implementó el Impuesto IEPS sobre los refrescos y otros productos edulcorados con JMAF y con la adopción y aplicación por parte de México de un requisito de permiso de importación que impidió efectivamente la importación de JMAF desde los Estados Unidos a México.
19. Las reclamaciones de Cargill se relacionan con “inversionistas de otra Parte” del TLCAN. Cargill es un inversionista de otra Parte del TLCAN debido a que es nacional de los Estados Unidos que “[pretendió] realizar, realiza o ha realizado una inversión.”
20. Las reclamaciones de Cargill se relacionan con “inversiones de inversionistas de otra Parte en el territorio de la Parte.” La inversión de Cargill en México cumple con varias categorías de la definición de “inversión” del Artículo 1139 del TLCAN, incluyendo “una empresa” (Cargill de México), “acciones de una empresa”, una “participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa”, una “participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación”, “bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales” y “la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte.”

3 Id., Art. 1139.

21. Cargill de México es una “empresa” según se define en el Artículo 201 del TLCAN como “cualquier entidad constituida u organizada conforme al derecho aplicable”⁴. El Acta Constitutiva de Cargill de México, que se adjunta a la Solicitud de Procedimiento Arbitral de Cargill como Prueba 2 a Prueba A, demuestra que Cargill de México está organizado conforme a las leyes de México.
22. Las medidas en cuestión “se relacionan” con Cargill y la inversión de Cargill. Estas medidas, incluyendo el Impuesto IEPS y el requisito de permiso, procuraron impedir o restringir la importación, distribución y uso del JMAF en México. Por lo tanto, las medidas se relacionan con Cargill, su inversión en su negocio de JMAF en México y su empresa mexicana.⁵

B. Las reclamaciones de Cargill cumplen con los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN

23. El Artículo 1116 del TLCAN dispone que “el inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida en: (a) la Sección A. . . y que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella.”
24. Cargill tiene derecho a plantear reclamaciones en virtud del Capítulo 11 conforme al Artículo 116 debido a que Cargill es un inversionista de una Parte (los Estados Unidos) que reclama que otra Parte (México) ha violado sus obligaciones en virtud de diversas disposiciones de la Sección A, en particular los Artículos 1102, 1103, 1105, 1106 y 1110 y que Cargill ha sufrido daños en virtud de la violación de México de dichas obligaciones y a consecuencia de ellas.

4 Ver S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, Laudo parcial del 13 de noviembre de 2000, TLCAN/CNUDMI, ¶ 231 (concluyó que “Myers Canada era una ‘inversión’”) (C-LA-48).

5 Ver id. ¶ 234 (El requisito de “con relación a” se “cumplió fácilmente” cuando la prohibición de exportación de PCB por parte de Canadá había afectado al demandante y sus “planes de expandir sus operaciones canadienses”); Pope & Talbot, Inc. v. the Government of Canada, Laudo en “Medidas referentes a inversiones”, Pedimento de enero 6, 2000, TLCAN/CNUDMI, ¶ 33 (26 de enero de 2000) (una medida se refiere a una inversión “en la medida en que pueda afectar a una empresa de propiedad de un inversionista de una Parte.”) (C-LA-45).

25. El Artículo 1117 del TLCAN dispone que “el inversionista de una Parte, en representación de una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta Sección, una reclamación en el sentido de que la otra Parte ha violado una obligación establecida en: (a) la Sección A. . . y que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella.”
26. Cargill tiene derecho a presentar reclamaciones conforme al Capítulo 11 en representación de Cargill de México debido a que Cargill es un inversionista de una Parte (los Estados Unidos) y Cargill de México es una empresa de otra Parte (México) y una persona moral que se encuentra bajo el control de Cargill, quien es su propietario. Como se indica anteriormente, Cargill de México está constituido u organizado conforme a las leyes de México y es propiedad directa o indirecta de Cargill. Cargill reclama que México ha violado sus obligaciones conforme a diversas disposiciones de la Sección A, en particular los Artículos 1102, 1103, 1105, 1106 y 1110 y que Cargill de México ha sufrido daños que se originan a partir de las violaciones de México y a consecuencia de ellas.
27. Los Artículos 1116.2 y 1117.2 del TLCAN no permiten la presentación de una reclamación “si han transcurrido más de tres años” a partir de la fecha en la cual el inversionista o la empresa tuvieron conocimiento por primera vez o debieron haber tomado conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrieron pérdidas o daños. Las reclamaciones de Cargill son oportunas. Buscan recibir los daños y perjuicios incurridos después y a consecuencia de la adopción del impuesto IEPS y el requisito del permiso de importación de JMAF por parte de México en enero de 2002 y se presentaron durante los tres años siguientes a dicha fecha, específicamente, en diciembre de 2004.

IV. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS

A. Jarabe de maíz de alto contenido de fructosa

28. El JMAF es un edulcorante líquido y transparente que se deriva del maíz. Se utiliza para edulcorar refrescos y muchos otros productos alimenticios. Su nombre obedece a que el contenido de fructosa es "alto" en comparación con el jarabe de maíz común, que no contiene fructosa.⁶
29. El JMAF se produce por medio de un costoso y sofisticado proceso de varias etapas que requiere una inversión importante en tecnología de molienda húmeda, maquinaria y equipos especiales y costosos productos químicos y enzimas. El maíz se muele para producir la papilla de fécula y luego se refina para producir dextrosa. La dextrosa luego se procesa para producir JMAF.⁷
30. Existen tres grados de concentración de JMAF. El JMAF-42 que tiene 42% de fructosa, el JMAF-55 que tiene 55% de fructosa y el JMAF-90 que tiene 90% de fructosa.⁸ El JMAF-55 es la concentración más usada en los refrescos. Se produce mezclando JMAF-90 y JMAF-42. El JMAF-42 también se usa sólo para endulzar elementos horneados, aderezos de ensaladas y otros productos alimenticios.⁹ La cantidad de fécula producida con este proceso se expresa en *bushels*, los cuales expresan la cantidad de *bushels* de maíz convertidos para hacer libras comerciales de JMAF. Se necesitan 2.08 *bushels* de maíz para producir 100 libras comerciales de JMAF-42 y se necesitan 2.27 *bushels* para producir la misma cantidad de JMAF-55.¹⁰

⁶ Dictamen pericial de Meyer ¶ 7; Declaración testimonial de Cotter ¶ 30.

⁷ Dictamen pericial de Meyer ¶¶ 8-12; Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 29-30.

⁸ Dictamen pericial de Meyer ¶ 8; Declaración testimonial de Cotter ¶ 30.

⁹ Dictamen pericial de Meyer ¶¶ 9, 13, 15; Declaración testimonial de Urbanic ¶ 10; Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 29-32.

¹⁰ Declaración testimonial de Cotter ¶ 31.

31. En los años setenta, las refinerías de maíz de los EUA, que incluyen a A.E. Staley Co. (en adelante Staley), Archer Daniels Midland Co. (en adelante ADM), Corn Products Corporation y Cargill, desarrollaron la tecnología para producir JMAF en masa como sustituto económico del azúcar para endulzar refrescos, otras bebidas no alcohólicas y diversos productos alimenticios.¹¹
32. Antes de mediados de los años setenta, el azúcar era el único edulcorante usado en los refrescos no dietéticos. El desarrollo de tecnología redituable llevó a reemplazar rápidamente el azúcar por JMAF como principal edulcorante para refrescos en los Estados Unidos y Canadá. Entre 1977 y 1982, la producción estadounidense de JMAF-55 se multiplicó cien veces,¹² y entre 1980 y 1985 las ventas de JMAF de los EUA tuvieron un aumento promedio del 22% anual.¹³ En 1980 Coca-Cola comenzó a endulzar sus bebidas Coca con 25% de JMAF en los Estados Unidos y durante los años siguientes tanto Coca como Pepsi incrementaron progresivamente ese porcentaje hasta llegar al 100% en todos sus productos de cola.¹⁴ De esta manera, a fines de los años ochenta los productores de refrescos de los EUA dependían casi exclusivamente del JMAF como edulcorante.¹⁵
33. El JMAF reemplazó al azúcar principalmente debido a que su gusto es muy similar al del azúcar y su producción es mucho menos costosa. Su precio es por lo tanto más barato que una cantidad equivalente de azúcar.¹⁶ El JMAF también tiene otras ventajas competitivas en comparación con el azúcar. Se produce como un líquido altamente refinado que puede usarse para edulcorar bebidas sin ningún otro procesamiento ni modificación. En cambio, el azúcar

11 Dictamen pericial de Meyer ¶ 13.

12 U.S. Corn Sweetener Statistical Compendium, USDA, Economic Research Service, Tabla 19, en <http://usda.mannlib.cornell.edu/data-sets/specialty/94002/> (C-Ex.-17).

13 Dictamen pericial de Meyer ¶ 43; Dictamen pericial de Kaczmarek ¶ 22.

14 Dictamen pericial de Meyer ¶ 35; Declaración testimonial de Cotter ¶ 37.

15 Historia del jarabe de maíz de alto contenido de fructosa, 1996 Corn Annual, en 6 (C-Ex.-69).

16 Declaración testimonial de Urbanic ¶¶ 10-11; Dictamen pericial de Meyer ¶ 31.

requiere más inversión, gasto, tiempo y esfuerzo para convertirse a forma líquida y en muchos casos debe ser más refinada antes de que pueda usarse para endulzar bebidas. Asimismo, la calidad del JMAF es continuamente mejor que la del azúcar, el JMAF es más fácil de almacenar y de distribuir que el azúcar y las bebidas gaseosas edulcoradas con JMAF son menos perecederas que las endulzadas con azúcar.¹⁷

34. Cargill, así como ADM, Corn Products (más adelante Corn Products International) (en adelante Corn Products), Staley y algunas otras empresas producían el JMAF que se convirtió en el edulcorante por excelencia utilizado por los fabricantes de bebidas de los EUA y Canadá. En una empresa conjunta con Miles Laboratories, Cargill construyó una refinería de JMAF en Dayton, Ohio, que comenzó sus operaciones comerciales en 1977.¹⁸ Después de que Coca-Cola y Pepsi-Cola anunciaron que comenzarían a usar JMAF para edulcorar sus refrescos, Cargill firmó un contrato a largo plazo con Coca-Cola para ser su proveedor ██████ de JMAF en los Estados Unidos.¹⁹ A pesar de la ventaja inicial en la producción en masa de JMAF que percibían los competidores de Cargill, para 1993 Cargill tenía una participación del ██████ de todo el mercado de Norteamérica,²⁰ el cual se incrementó hasta el ██████ durante la década siguiente.²¹ Cargill producía su JMAF en plantas de Dayton en Ohio, Memphis en Tennessee y Eddyville en Iowa. Las operaciones de JMAF de Cargill son responsabilidad de su unidad comercial Corn Milling North America.²²

17 Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 36, 38; Declaración testimonial de Ortega ¶ 55; Dictamen pericial de Meyer ¶ 34.

18 Declaración testimonial de Cotter ¶ 35; Declaración testimonial de Urbanic ¶¶ 5, 14.

19 Declaración testimonial de Urbanic ¶ 12.

20 Dictamen pericial de Kaczmarek ¶¶ 23-24; Declaración testimonial de Urbanic ¶ 16.

21 Dictamen pericial de Kaczmarek ¶ 24.

22 Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 22-23, 43.

B. El potencial del JMAF en México antes del TLCAN

35. México es el segundo consumidor más grande de refrescos per cápita del mundo.²³ Consume más de 150 mil millones de litros y 149 litros por persona por año, y su consumo ha venido incrementándose de forma gradual.²⁴ Coca-Cola y Pepsi-Cola dominan el mercado mexicano de bebidas gaseosas, en el que Coca-Cola controla alrededor del 72 por ciento y Pepsi controla alrededor del 15 por ciento.²⁵ México tiene el segundo embotellador de Coca-Cola más grande del mundo, Coca-Cola FEMSA S.A. de C.V. (en adelante Coca-Cola FEMSA). (Debe advertirse que las embotelladoras mexicanas hacen más que simplemente embotellar: combinan numerosos ingredientes para producir el refresco como producto terminado antes de embotellarlo.)
36. Antes de la primera mitad de la década del noventa, los refrescos mexicanos se endulzaban exclusivamente con azúcar de caña. El azúcar era fundamental para la economía de México, y los productores de azúcar tradujeron su poder económico en influencia política.²⁶ El gobierno mexicano durante mucho tiempo había proporcionado a los productores mexicanos de azúcar importantes subsidios y otras formas de protección en el mercado, y el gobierno mismo era propietario de muchas empresas productoras de azúcar mexicanos.²⁷ En consecuencia, en la industria azucarera mexicana abundaban los equipos anticuados, la tecnología obsoleta y la ineficiencia, lo cual daba lugar a una producción costosa y rendimientos bajos de caña. El

23 Dictamen pericial de Meyer ¶ 68.

24 Mexicans are second-largest soft drink consumers in world, *Crónica* (4 de septiembre de 2003) (C-Ex.-196); *The Fruit Juice and Soft Drink Market in Mexico*, Government of Canada Agri-Food Trade Service, en 2 (julio 2003) (C-LA-194); *Annual Review of the World HFCS Industry, Sweetener Analysis*, Landell Mills Commodities Studies en 5 (noviembre 1993) (C-Ex.-40).

25 México – Tax Measures On Soft Drinks And Other Beverages, Informe del Panel, WT/DS308/R, octubre 7, 2005, ¶ 2.6 (C-LA-8); *Mexico a growing jewel in soft drink crown*, *Just-Drinks* (17 de mayo de 2004) (C-Ex.-205).

26 Dictamen pericial de Meyer ¶ 48.

27 U.S.–Mexico Sweetener Trade Mired in Dispute, *Agricultural Outlook*, USDA, Economic Research Service, en 17 (septiembre 1999) (C-Ex.-119).

gobierno sufrió importantes pérdidas en sus operaciones azucareras al comienzo y a mediados de la década de los ochenta.²⁸

37. Al final de la década de los ochenta y a comienzos de la década de los noventa, el gobierno mexicano comenzó a reducir su proteccionismo con respecto al azúcar, indicando que el sector de edulcorantes estaría más predispuesto a la competencia.²⁹ En particular, entre 1988 y 1993, el gobierno liquidó 60 de sus 64 ingenios azucareros a entidades privadas (cerró los otros cuatro).³⁰
38. México comenzó a importar el JMAF desde los Estados Unidos a comienzos de la década de los noventa. Entre 1990 y 1993, las importaciones de JMAF originarias de los EUA aumentaron el 507%.³¹ Mientras que el JMAF aún representaba sólo el 1.25% de todo el mercado de edulcorante industrial de México, los analistas de la industria estaban dando información del vasto potencial de México como mercado valioso de JMAF. *“México representa, potencialmente, el nuevo mercado más atractivo para el JMAF. Mantiene un gran sector de bebidas y sus relativamente altos precios de azúcar ofrecen una “pantalla” generosa tras la cual podría prosperar una nueva operación de JMAF.”* Las importaciones de JMAF comenzaron a aumentar a medida que los productores mexicanos de alimentos y bebidas aumentaron la proporción de JMAF con relación al azúcar en sus productos. Las importaciones de JMAF originarias de los Estados Unidos se multiplicaron

28 Election Over in Mexico, but sugar dispute with U.S. still unresolved, Milling & Baking News (30 de agosto de 1994) (C-Ex.-49).

29 The Mexican Sweetener Industry: Opportunities and Risks, Landell Mills Commodities Studies Special Reports Series, Informe N° 1, en 8 (abril de 1992) (C-Ex.-28).

30 Dictamen pericial de Meyer ¶ 54.

31 Dictamen pericial de Kaczmarek ¶ 30.

32 Id. ¶ 28.

33 The Mexican Sweetener Industry: Opportunities and Risks, Landell Mills Commodities Studies Special Reports Series, *supra* n. 29, en 43 (C-Ex.-28); Annual Review of the World HFCS Industry, Sweetener Analysis, Landell Mills Commodities Studies, *supra* n. 24, en 4 (C-Ex.-40).

por diez entre 1990 y 1994, de 8100 toneladas métricas a 81 mil toneladas métricas.

39. La transmisión de propuestas iniciales de lo que luego fue el TLCAN hicieron que México fuera aun más atractivo como destino de inversiones en JMAF. Ya en 1992, los expertos de la industria comenzaron a señalar al TLCAN como un factor clave que debería influenciar las decisiones sobre inversiones con respecto al sector mexicano de edulcorantes. Los funcionarios del Departamento de Agricultura de los EUA (en adelante USDA) predijeron que “el uso del JMAF podría captar una parte considerable del mercado mexicano de refrescos”, y las importaciones de JMAF originarias de los Estados Unidos “probablemente continuar siendo una fuente clave de suministro.” La promesa del TLCAN dio lugar a que las empresas de procesamiento de alimentos aceleraran sus planes de invertir en el suministro de JMAF a los fabricantes mexicanos de bebidas.

C. Planes de Cargill de expandir su negocio de JMAF a México antes del TLCAN

40. Cargill es un productor internacional de alimentos y otros productos que se enorgullece de ser un líder de mercado en cuanto sector comercial ingrese. Con su valiosa experiencia en mercados internacionales y su sólida relación con Coca-Cola en los Estados Unidos y en otros lugares, Cargill consideró que era totalmente capaz de lograr una posición de liderazgo en el potencialmente enorme mercado de JMAF en México.

34 The Mexican Sweetener Industry: Opportunities and Risks, Landell Mills Commodities Studies Special Reports Series, *supra* n. 29, en 43 (C-Ex.-28); Annual Review of the World HFCS Industry, Sweetener Analysis, Landell Mills Commodities Studies, *supra* n. 24, en 4 (C-Ex.-40).

35 The Mexican Sweetener Industry: Opportunities and Risks, *supra* n. 29, en i, 60-63 (C-Ex.-28).

36 Corn Sweeteners: Recent Developments and Future Prospects, *supra* n. 34, en 10-11 (C-Ex.-64).

37 Ver, e.g., Tate & Lyle beats forecasts y Exchange rates help Tate & Lyle, Financial Times (25 de noviembre de 1993) (C-Ex.-41).

38 Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 15-16.

39 Id. ¶¶ 58-59, 79.

41. Cargill comenzó a considerar invertir en el negocio de JMAF en México al final de la década de los ochenta. Dado que Coca-Cola y Pepsi-Cola habían comenzado a usar JMAF como edulcorante para el 100% de sus productos de cola en los Estados Unidos y en Canadá, Cargill consideró que sus filiales mexicanas probablemente harían lo mismo.
42. En 1991, Cargill comenzó una relación con Arancia S.A. de C.V. (en adelante Arancia), un productor mexicano de moliendas de maíz. Cargill enviaba JMAF desde su planta de Memphis por ferrocarril a Arancia, quien después lo vendía a embotelladoras. Cargill envió alrededor de 41 millones de libras de JMAF a Arancia en 1991, 66 millones de libras en 1992 y 80 millones de libras en 1993. (Cargill de México vendió por separado casi 21 millones de libras de JMAF a procesadores mexicanos de alimentos en 1993.) El acuerdo con Arancia quedó sin efecto, y Corn Products adquirió un interés minoritario en Arancia (que finalmente adquirió por completo). En 1994, Corn Products y Arancia formaron una empresa conjunta conocida como Arancia Corn Products, S.A. de C.V. (en adelante Arancia CP).
43. Cargill reconoció que la próxima implementación del TLCAN estimularía el incremento del uso de JMAF en México. Cargill también consideró que el TLCAN lo protegería contra interferencias gubernamentales en sus inversiones en México y contra interferencias del poderoso cabildo por azúcar de México. Por lo tanto estableció una división de molienda de maíz de Cargill de México en 1993 para vender y distribuir el JMAF dentro de

40 Declaración testimonial de Urbanic ¶ 18; Declaración testimonial de Ortega ¶ 12.

41 Declaración testimonial de Ortega ¶ 13.

42 Id. ¶ 13; Dictamen pericial de Kaczmarek ¶¶ 43, 47.

43 Dictamen pericial de Kaczmarek ¶ 47.

44 Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 47, 67; Declaración testimonial de Ortega ¶ 18; Dictamen pericial de Meyer ¶ 88.

45 Comité de Planificación de Largo Alcance, North American Corn Milling (26 de abril de 1994) (C-Ex.-47).

46 Declaración testimonial de Urbanic ¶¶ 28-32.

México, en particular con miras a Coca-Cola y Pepsi-Cola. Envió a Eduardo Ortega a analizar el mercado mexicano y trabajar con Cargill de México a fin de elaborar una estrategia para establecer un negocio de JMAF en México. Una vez que el negocio de JMAF de Cargill en México comenzó sus operaciones, Cargill de México era principalmente responsable de encontrar clientes, negociar contratos de venta, entregar el producto y prestar servicios a los clientes.

44. La inversión de Cargill en México, incluyendo el establecimiento de la división de molienda de maíz de Cargill de México, fue motivada por lo que Cargill (y toda la industria de JMAF) vio como una oportunidad excelente. Como se indica anteriormente, la superioridad del JMAF sobre el azúcar como edulcorante de bebidas había dado lugar a un cambio total del azúcar por JMAF por parte de productores más importantes de refrescos en los EUA. Todo indicaba que las embotelladoras mexicanas seguirían el mismo camino. Importantes productores de refrescos de los EUA, incluyendo Coca-Cola y Pepsi-Cola, tenían participación de titularidad en embotelladoras mexicanas y expresaban su interés en adoptar al JMAF como edulcorante también en sus plantas de México. Cargill tenía una relación muy estrecha con Coca-Cola en los Estados Unidos que consideraba podría impulsar una relación estrecha con las embotelladoras de Coca-Cola en México. México era un mercado enorme de edulcorantes y era muy accesible por ferrocarril, y el TLCAN prometía una reducción –y eventualmente el final– de obstáculos para el comercio. Según lo indicaron los funcionarios de Cargill en ese momento:

*Existe un importante y nuevo factor de posible demanda
asomándose en el horizonte, que es México. El reemplazo de*

47 Declaración testimonial de Cotter ¶ 48; Declaración testimonial de Ortega ¶¶ 30, 32.

48 Declaración testimonial de Ortega ¶ 32.

49 Id. ¶¶ 37-38.

50 Declaración testimonial de Urbanic ¶¶ 18, 21, 25, 34; Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 50-52, 54, 79.

JMAF por sacarosa en la industria de refrescos de México encabezada por Coca-Cola podría comenzar para el cuarto trimestre [de 1993]. Esto añadiría una considerable demanda de mercado y afectaría los márgenes de forma favorable.

Consideramos que Coca-Cola comenzará a usar el JMAF en 1993 y que para el 2000 estará usando únicamente 55 JMAF. Sumado a otra demanda en México, esto representa un potencial total de más de cinco mil millones de libras para fines de siglo.

Procuramos obtener participación de un tercio del mercado emergente mexicano.

45. El desafío para Cargill era responder a la esperada demanda multiplicándose en México y también continuar pudiendo responder a la demanda nacional en los Estados Unidos. Siguiendo su modelo comercial establecido, Cargill decidió enfrentar el desafío con el aumento de la producción de JMAF en los Estados Unidos y construir terminales de distribución en México y en todo Norteamérica. (Antes de establecer sus propias terminales de distribución, Cargill de México había estado arrendando servicios de distribución de Arancia CP de modo de poder entregar el JMAF a sus clientes.) Cargill procuró aumentar su participación en el mercado de JMAF norteamericano del [REDACTED] al [REDACTED] en parte obteniendo una participación del [REDACTED] en el mercado emergente mexicano. Con este fin, y en particular para responder a la creciente demanda mexicana, el Comité de Planificación de Largo Alcance de Cargill calculó que tendría que añadir alrededor de 250 millones de

51 Plan de Operaciones de North American Corn Milling 1993/94, en 1 (20 de abril de 1993) (C-Ex.-32).

52 Id.

53 Id. en 7.

54 Declaración testimonial de Urbanic ¶¶ 21, 43; Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 56, 72-73, 76-77.

55 Declaración testimonial de Ortega ¶¶ 13, 36-37.

56 Declaración testimonial de Urbanic ¶¶ 25, 42; Declaración testimonial de Cotter ¶ 79.

bushels por día de capacidad de molienda entre 1993 y 1996, y alrededor de 320 millones de *bushels* por día entre 1997 y 2001.

46. Dicha estrategia se observa en documentos contemporáneos de Cargill, en los que se reconoce que Cargill enfrentó una “plazo muy demarcado” y respaldó una propuesta para construir una planta de JMAF en Blair, Nebraska y un centro de distribución en McAllen, Texas dirigido a México. Cargill también comenzó a planificar la construcción de un centro de distribución en México en Tula, Hidalgo durante este período.

D. El TLCAN y su promesa de abrir fronteras

47. El TLCAN entró en vigor el 1 de enero de 1994. Al convertirse en Parte del TLCAN, el gobierno mexicano se comprometió a reducir o eliminar aranceles y contingentes, abrir mercados y crear un ambiente favorable para inversionistas de sus aliados del TLCAN.
48. El TLCAN dispuso la eliminación inmediata de obstáculos para el comercio en algunos sectores y la eliminación gradual en sectores más sensibles como por ejemplo edulcorantes, incluyendo un período de transición de quince años para la eliminación de obstáculos en el comercio del azúcar y JMAF entre México y los Estados Unidos. El TLCAN especificó una clasificación arancelaria de alta diferenciación para el azúcar mascabada y refinada, con una disminución del arancel del azúcar mascabada de alrededor del 1.5 por ciento por año y una disminución del arancel del azúcar refinada de alrededor

57 Declaración testimonial de Urbanic ¶ 27.

58 Plan de Operaciones 1993/94, *supra* n. 51, Presentación sobre la Expansión, en 1 (C-Ex.-32); ver también Encuesta del mercado de México (julio de 1994) (C-Ex.-48).

59 Declaración testimonial de Urbanic ¶¶ 36-37, 43.

60 Id. ¶ 43; Declaración testimonial de Cotter ¶ 76; Declaración testimonial de Ortega ¶ 45.

del 1.6 por ciento por año, ambos quedando eliminados por completo en 2008.

49. Las disposiciones originales del TLCAN impusieron condiciones para las exportaciones de azúcar de México a los Estados Unidos: Durante el período de transición de quince años, las exportaciones de México estarían limitadas a no más del excedente de producción neto de azúcar de México (la producción nacional de azúcar menos el consumo nacional de azúcar). México podría enviar por lo menos 7258 toneladas métricas de azúcar de caña mascabada sin pagar aranceles aduaneros. Durante los primeros seis años del TLCAN, el acceso sin el pago de aranceles aduaneros estuvo limitado a no más de 25 mil toneladas métricas. En el séptimo año, la cantidad máxima de acceso sin el pago de aranceles aduaneros tendría que convertirse a 150 mil toneladas métricas, y cada año subsiguiente tendría que aumentar el diez por ciento hasta eliminar los límites en 2008.
50. El TLCAN dispuso que estos máximos podrían superarse si se cumplía una de dos condiciones. La primera condición era que México lograra una situación de excedente de producción neto durante dos años consecutivos de comercialización. La segunda condición era que México fuera un productor superavitario neto durante el primer año y tuviera proyecciones de convertirse en productor superavitario neto en el segundo año a menos que luego se determinara, en oposición a la proyección, que México no había sido un productor superavitario neto durante ese año. Si se cumplían estas condiciones, el azúcar originaria de México tendría acceso ilimitado a los Estados Unidos.

61 Dictamen pericial de Meyer ¶ 74.

62 Id. ¶ 76.

63 Id. ¶ 77.

51. El TLCAN dispuso el trato de pago único de arancel de las exportaciones de JMAF originarias de los EUA hacia México, comenzando en un 15% y disminuyendo hasta llegar a cero para 2004.
52. Los productores de azúcar de los EUA temieron que con el desplazamiento del azúcar por el JMAF en México, éste exportaría grandes cantidades de azúcar a los Estados Unidos. A fin de lograr el respaldo del TLCAN por parte del Congreso de los EUA, los gobiernos de los Estados Unidos y de México negociaron una carta adjunta que modificaba las disposiciones del texto original del TLCAN con respecto al azúcar. México luego disputó la validez del acuerdo de la carta adjunta, pero los Estados Unidos sostuvieron que las disposiciones de la carta adjunta se impusieron sobre las del Tratado TLCAN original. Este desacuerdo dio lugar a una controversia entre México y los Estados Unidos sobre el contingente adecuado de importaciones de azúcar originarias de México a los Estados Unidos.
53. El acuerdo de la carta adjunta modificaba disposiciones fundamentales del TLCAN con respecto al azúcar, por lo cual para México era más difícil exportar azúcar a los Estados Unidos sin pagar aranceles aduaneros. Estipulaba que la producción de azúcar proyectada en México tendría que superar el consumo mexicano de azúcar y de JMAF para que México pudiera ser considerado productor superavitario neto.

E. El desarrollo del negocio de JMAF de Cargill en México después del TLCAN

54. Si bien el consumo de JMAF en México aumentó más del 160% en 1994, aún representaba sólo escasamente más del 3% de todo el mercado de edulcorante industrial de México. Sin embargo, la implementación del TLCAN, en consideración del costo y otras ventajas competitivas del JMAF sobre el azúcar,

64 Id. ¶ 74.

65 Id. ¶¶ 78-80.

66 Id. ¶¶ 79-80.

67 Dictamen pericial de Kaczmarek, Figura 3.

marcó un momento decisivo en la competencia entre estos dos edulcorantes. Para 1996, el uso de JMAF como edulcorante de bebidas estaba acelerando con rapidez en México.

55. Las importaciones mexicanas de JMAF aumentaron con avidez. De acuerdo con cifras del gobierno de México, las importaciones de JMAF alcanzaron su punto más alto en 1997 a alrededor de 270 mil toneladas métricas antes de quedar bloqueadas por los derechos antidumping que México impusiera ese año.
56. Cargill decidió aprovechar al máximo las oportunidades que el TLCAN creó en México con la expansión de la capacidad de producción, utilizando la sólida presencia comercial de Cargill de México y construyendo terminales de distribución destinadas a zonas de México donde se encontraban los productores principales de refrescos.
57. Para 1995-1996, Cargill de México contaba con un equipo de personal de tecnología y ventas, conducido por Eduardo Ortega. Ortega y su equipo comenzaron a reunirse con embotelladoras para explicar el costo y otras ventajas del JMAF sobre el azúcar y el cambio de equipo necesario para llevar a cabo una conversión al uso de JMAF. Con el fin de consolidar la relación, en algunos casos Cargill acordó financiar el despliegue del sistema de tanques necesario.
58. Cargill consideró construir una planta de JMAF en México y adquirió terreno sobre el cual construir, pero decidió que la manera más económicamente eficaz de suministrar JMAF a los productores mexicanos era fabricar el

68 Dictamen pericial de Meyer ¶ 103; Declaración testimonial de Ortega ¶¶ 55, 77; Declaración testimonial de Urbanic ¶¶ 42, 47.

69 Importaciones de México de jarabe de maíz de alto contenido de fructosa originarias de los Estados Unidos, Secretaría de Economía de México (C-Ex.-13).

70 Declaración testimonial de Urbanic ¶¶ 36-43; Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 59-77; Declaración testimonial de Ortega ¶¶ 37, 44, 48, 51.

71 Declaración testimonial de Ortega ¶ 33.

JMAF en plantas de los EUA y enviarlo a Cargill de México para su venta y distribución a los productores mexicanos de bebidas y otros clientes que habían celebrado contratos con Cargill de México. Aumentar la capacidad de las plantas de los Estados Unidos concordaba con la estrategia comercial general de Cargill de crear una capacidad en gran escala en la fuente de materia prima y construir terminales de distribución cerca de sus clientes. El maíz amarillo, el ingrediente principal del JMAF, no está disponible en cantidades considerables en México, y Cargill concluyó que sería mucho más eficaz enviar el JMAF en vez de maíz amarillo a México.

59. Los competidores de Cargill se valieron de otra estrategia. Como se indica anteriormente, Corn Products creó una empresa conjunta con Arancia para elaborar JMAF-55 en México para los productores mexicanos de refrescos. Casco, una subsidiaria de Corn Products, también produce JMAF en Canadá, el cual exporta a México a través de otra subsidiaria de Corn Products, Bebidas y Algo Más. En 1994, ADM y Staley establecieron una empresa conjunta, Almidones Mexicanos, S.A. de C.V. (en adelante Almex) para producir JMAF en México, y las empresas de los Estados Unidos también enviaban JMAF elaborado en EUA a Almex para su distribución en México. No existen productores nacionales de JMAF en México.
60. Para 1995, Cargill tenía un plan específico para el suministro de JMAF a los productores mexicanos de refrescos a través de Cargill de México. Calculando que México representaba una posible demanda de cerca de 4.8 mil millones de libras, Cargill se propuso establecer una “cabeza de playa en México” y luego alcanzar una participación del mercado del 38% agregando

72 Declaración testimonial de Cotter ¶ 73; Declaración testimonial de Ortega ¶ 44.

73 Declaración testimonial de Cotter ¶ 45; Declaración testimonial de Ortega ¶ 44.

74 Dictamen pericial de Meyer ¶ 88.

75 Solicitud de Procedimiento Arbitral de ADM/Staley ¶¶ 45, 46, 49 (ICSID Caso N° ARB(AF)/04/5 (agosto 4, 2004) (C-Ex.-210).

76 Ver Dictamen pericial de Meyer ¶¶ 82-91.

70 mil *bushels* por día de capacidad, lo cual parecía realista dada su relación con Coca-Cola y Pepsi-Cola.

61. A fin de poner en práctica esta estrategia y continuar prestando servicios a sus clientes de JMAF en los Estados Unidos y en Canadá, Cargill necesitaba aumentar su capacidad de producción de JMAF en Norteamérica. Cargill determinó que necesitaba aumentar la capacidad en alrededor de 950 millones de libras para responder a la creciente demanda de Norteamérica, aproximadamente lo que podría producir una planta de tamaño mediano.
62. En 1993, Cargill comenzó la construcción de una nueva planta en Blair, Nebraska, para producir JMAF. Comenzó sus operaciones en 1995 con una capacidad anual de 810 millones de libras.
63. Sin embargo, Cargill subestimó considerablemente el crecimiento de la demanda norteamericana de JMAF y en particular el explosivo crecimiento de la demanda mexicana, que superó la capacidad de Blair. Esto significaba que Cargill necesitaba más JMAF para cumplir con sus obligaciones contractuales. Por lo tanto, Cargill necesitaba más capacidad de abastecimiento que la que había calculado en un comienzo.
64. Cargill comenzó la expansión de su nueva planta de Blair casi de inmediato, añadiendo una capacidad anual de JMAF de 810 millones de libras para fines de 1996. En 1995, Cargill comenzó la expansión de su planta de Eddyville en Iowa y la finalizó en 1997, con lo cual añadió 132 millones de libras de capacidad anual, 30% de la cual se asignaba a JMAF. A fines de 1995,

77 Crecimiento del JMAF, Panorama, notas manuscritas de Cargill (17 de febrero de 1995) (C-Ex.-57).

78 Declaración testimonial de Cotter ¶ 58.

79 Id. ¶ 61.

80 Declaración testimonial de Urbanic ¶ 42; Declaración testimonial de Cotter ¶ 63.

81 Declaración testimonial de Urbanic ¶ 42.

82 Declaración testimonial de Cotter ¶ 63; Declaración testimonial de Urbanic ¶ 42.

83 Declaración testimonial de Cotter ¶ 62; Declaración testimonial de Urbanic ¶ 40.

Cargill comenzó la expansión de su planta de Memphis en Tennessee. Cuando finalizó la expansión, Memphis producía alrededor de 423 millones de libras de JMAF por año.

65. Por lo tanto, entre 1993 y 1998 Cargill agregó en total 2.1 mil millones de libras de capacidad de JMAF, estimulado en gran medida por las oportunidades que el TLCAN ofrecía para la distribución de JMAF en México a través de Cargill de México. Esta expansión del abastecimiento hacía necesaria una inversión de \$360 millones en costos de construcción únicamente y casi 500 millones de dólares incluyendo el capital y los arrendamientos de explotación.
66. El modelo comercial de Cargill para su negocio de JMAF en México también necesitaba establecimientos de distribución para prestar servicios a los clientes de México. Cargill entonces adquirió bienes raíces para construir establecimientos de distribución en Tula, Hidalgo, México y en McAllen, Texas, cerca de la frontera de México.
67. Cargill comenzó a planificar su centro de distribución de Tula en 1993 y lo finalizó el año siguiente. Cargill recibió un apoyo considerable del gobierno estatal de Hidalgo, quien le brindó a Cargill la confianza de que su negocio de JMAF en México no sería obstaculizado con oposición gubernamental. Tula está situada alrededor de treinta millas al norte de la Ciudad de México y su ubicación es favorable para recibir cargamentos por ferrocarril y prestar servicios a los productores de bebidas situados en la zona de la Ciudad de México.
68. Cargill también finalizó un nuevo centro de distribución de JMAF en McAllen, Texas para prestar servicios al noreste de México, incluyendo

84 Declaración testimonial de Cotter ¶ 64; Declaración testimonial de Urbanic ¶ 41.

85 Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 65-66; Declaración testimonial de Urbanic ¶¶ 37-43.

86 Declaración testimonial de Ortega ¶ 47.

87 Id. ¶ 48.

Monterrey. Se había planeado ya en 1993 anticipando el anuncio de Coca-Cola del primer trimestre de 1994 de que conforme al advenimiento del TLCAN, comenzaría a usar una fórmula de partes iguales de JMAF y azúcar para endulzar sus refrescos en México. Al construir esta terminal, Cargill podría lograr una ventaja competitiva siendo la primera empresa procesadora que estableció un servicio de distribución en la zona” y obtener “una participación conservadora del 33% del mercado.”

69. Cargill invirtió casi \$5 millones en sus centros de distribución de Tula y McAllen solamente. Para comienzos de 1995, Cargill había invertido millones de dólares en su negocio de JMAF en México, y cientos de millones más en la expansión de su capacidad norteamericana para responder al esperado crecimiento de la demanda mexicana.
70. Si bien una devaluación del peso en 1995 ocasionó un retraso temporal en el incremento de JMAF, importantes embotelladoras de México comenzaron a advertir el costo y otros beneficios del JMAF sobre el azúcar, en parte debido a una campaña informativa de Cargill de México.⁹³ En 1996, según habían predicho los participantes de la industria (incluyendo Cargill), Coca-Cola-México comenzó a usar una mezcla de JMAF y azúcar en sus refrescos.⁹⁴ Al igual que en los Estados Unidos, el anuncio de Coca-Cola motivó una conversión generalizada al JMAF por parte de las embotelladoras mexicanas de refrescos.⁹⁵ El consumo de JMAF en México aumentó más del 156%

88 Id. ¶ 51.

89 Id.

90 Id.

91 Declaración testimonial de Cotter ¶ 76; Dictamen pericial de Kaczmarek ¶ 36.

92 Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 65-66.

⁹³ Ortega Witness Statement ¶ 35.

⁹⁴ *Id.* ¶ 28.

⁹⁵ *Id.* ¶ 55.

desde 1995, y el porcentaje de JMAF utilizado en edulcorantes industriales aumentó más del doble a casi el 11%.

71. Ante este acontecimiento, en 1996 Cargill proyectó que la demanda de JMAF en México aumentaría a 1.7 mil millones de libras para 2000 y que los envíos de JMAF de Cargill a México serían de 309 millones de libras en 1997, 345 millones en 1998, 425 millones en 1999, 559 millones en 2000 y 704 millones en 2001.
72. Estas proyecciones coincidían con la aceptación cada vez mayor de JMAF en México. Conforme a un documento de Cargill de fines de 1997, Cargill suministró 103 millones de libras de JMAF a México en 1996, lo cual representó el 30% del total de 346 millones de libras de JMAF exportadas a México ese año y 305 millones de libras en 1997, lo cual representó el 43% del total de exportaciones de ese año. 1997 fue un año de grandes adelantos para Cargill y Cargill de México en cuanto a la cantidad de JMAF que se envió a México, las ventas a clientes de México y las utilidades recibidas de ventas de JMAF a clientes mexicanos.
73. La participación de Cargill de México en las ventas de JMAF aumentó del 3.56% en 1995 al 12.94% en 1996 y al 24.84% en 1997. La gran calidad del JMAF de Cargill, su fiabilidad y sus comprobados antecedentes como de proveedor de JMAF en los Estados Unidos sumado al fiable desempeño de

96 Dictamen pericial de Kaczmarek ¶ 50.

97 Grupo Internacional NACM, Plan Comercial de México 1997, en 1, 5 (21 de octubre de 1996) (C-Ex.-76).

98 Resumen de envíos de JMAF a México por parte de Cargill (28 de diciembre de 2004) (C-Ex.-213).

99 Id.; Declaración testimonial de Cotter ¶ 80.

100 Dictamen pericial de Kaczmarek ¶ 54, Figura 4.

Cargill de México en ventas y distribución contribuyó con el adelanto de este éxito y las expectativas de un éxito aún mayor.

74. Estas expectativas se confirmaron con el éxito de Cargill de México al celebrar contratos a largo plazo con nuevos clientes. Por ejemplo, en junio de 1996, Cargill de México celebró un acuerdo de abastecimiento exclusivo de JMAF de varios años con Refrescos del Bajío Azteca, S.A. de C.V. (en adelante Coca-Cola Azteca), la mayor franquicia de Coca-Cola en México (quien luego se unió a otras dos empresas para convertirse en subsidiario de Panamerican Beverages, Inc., luego adquirido por Coca-Cola FEMSA que a su vez fue adquirido por Panamco). Conforme a dicho acuerdo, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Para posibilitar este acuerdo, Cargill de México acordó invertir [REDACTED] millones para instalar tanques de almacenamiento y capacidad de descarga de líquidos en las plantas de Coca-Cola Azteca. “El contrato con Coca-Cola Azteca puso a CdM en el mapa mexicano de JMAF.” Cargill de México también obtuvo compromisos de abastecimiento de varios años de otros importantes clientes mexicanos, incluyendo un embotellador de Pepsi-Cola en Mexicali, a pesar de los estrechos vínculos de Pepsi-Cola con la industria azucarera mexicana.
75. A consecuencia de sus decisivas gestiones de ventas, las ventas de JMAF de Cargill de México aumentaron el 806% en 1996 en comparación con 1995 y

101 Ver mensaje electrónico de E. Ortega a P. Bowe, et al. ref.: 55 hfcs DATA-shipments to mex (13 de noviembre de 1998) (C-Ex.-112).

102 Declaración testimonial de Cotter ¶ 84; Declaración testimonial de Ortega ¶ 59; Acuerdo de compra y abastecimiento de fructosa entre Refrescos del Bajío Azteca, S.A. de C.V. y Cargill de México, S.A. de C.V. (10 de junio de 1996) (C-Ex.-73); Mensaje electrónico de E. Ortega a P. Boynton, et al. ref.: AZTECA F/UP (11 de julio de 1997) (C-Ex.-92); Mensaje electrónico de P. Boynton a A. Weil ref.: azteca adnl remaks (21 de julio de 1997) (C-Ex.-94).

103 Declaración testimonial de Ortega ¶ 61; Declaración testimonial de Cotter ¶ 84.

104 Declaración testimonial de Ortega ¶ 62.

105 Id. ¶ 63.

aumentaron 203% más en 1997. Dado que el total de ventas de JMAF en México había aumentado sólo el 58% en 1997, Cargill no tenía motivo alguno para no anticipar que continuaría el aumento de la participación del 25% del JMAF mexicano que había logrado hasta ese momento. Como lo advierte Michael Urbanic: *“Estábamos en un muy buen camino. Habíamos alcanzado todas nuestras metas y volúmenes. Considerábamos con optimismo que nuestro negocio de JMAF en México continuaría creciendo. Nos habíamos establecido en el mercado y estábamos creciendo a la par del mercado de México. En todos mis años en Cargill, nunca había presenciado un crecimiento de mercado como éste.”*

76. Sin embargo, México invalidó dichas expectativas razonables. En respuesta a la presión ejercida por sus productores de azúcar, México inició lo que se convirtió en una serie de medidas para impulsar la industria azucarera mexicana haciendo que para el JMAF no fuera factible competir con relación al azúcar.

F. Medidas adoptadas por México contra el JMAF

77. Las medidas que impuso México contra el JMAF fueron estimulados por graves problemas de la industria azucarera de México. A pesar de la privatización, los ingenios azucareros continuaron reportando pérdidas de muchos millones de dólares y bajas en la producción. A partir de mediados de 1991, un “Decreto para la Caña” regulaba el precio de la caña de azúcar con una fórmula fija sin autorización de ajuste según la calidad de la caña. La cosecha de azúcar de 1993-1994 bajó 3.6 millones de toneladas (o el 13%) en comparación con el año anterior, y los ingenios azucareros de México perdieron \$300 millones, según la

106 Dictamen pericial de Kaczmarek ¶¶ 53-54.

107 Id. ¶ 54.

108 Id. ¶¶ 80-81.

109 Declaración testimonial de Urbanic ¶ 48.

110 Sugar Production in FY 2007 to Increase 800,000 tons, USDA, Sugar and Sweeteners Outlook, en 22 (30 de mayo de 2006) (C-Ex.-249).

Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcohólica (en adelante Cámara Azucarera). Según lo indica un analista industrial:

Los ingenios recientemente privatizados hicieron un gran esfuerzo por cubrir los costos. Enfrentaron la competencia de importaciones a precios competitivos pero se vieron obligados a continuar pagando los comparativamente altos precios oficiales de la caña. Muchos de los ingenios requirieron inversión y una considerable reestructuración, y la mayoría tenían un exceso de personal, sin embargo las redundancias presentaron un conflicto muy sensible en zonas rurales donde gran parte de la población económicamente activa obtenía empleos en el sector azucarero. Muchos propietarios de ingenios carecían de experiencia en comercialización directa y les fue difícil obtener mercados para su azúcar; el movimiento de efectivo sufrió a consecuencia y los costos de inventario aumentaron dado que el azúcar seguía sin venderse.

78. Las importaciones en gran escala a precios más bajos que el precio de referencia de México agravaron las dificultades económicas de los nuevos propietarios de ingenios. Para 1994, México se había convertido en un importador neto de azúcar.
79. Contra este trasfondo, los productores mexicanos de azúcar –inundados de crecientes deudas, decrecientes rendimientos de caña, equipos obsoletos e ineficiencia– procuraron bloquear el progresivo éxito del JMAF. Sus

111 Election over in Mexico, but sugar dispute with U.S. still unresolved, *supra* n. 28 (C-Ex.-49).

112 The Mexican Sweetener Industry: Opportunities and Risks, Landell Mills Commodities Studies Special Reports Series, *supra* n.29, en 59 (C-Ex.-28); Dictamen pericial de Meyer ¶ 55.

113 Section IX: Sugar Trade Among the U.S., Mexico and Canada, in the U.S. Sweetener Market, Business Trend Analysts, en 224 (1994) (C-Ex.-42).

primeras tentativas no fueron demasiado eficaces pero ayudaron a preparar el camino para medidas más drásticas.

80. En 1994, el propietario del embotellador más grande de Pepsi-Cola en México, Enrique C. Molina, adquirió cinco grandes fábricas de azúcar del gobierno mexicano y conspiró con otros productores de azúcar para presionar a las embotelladoras mexicanas de refrescos para que boicotearan el JMAF. Intentaron lograr que las embotelladoras acordaran pagar una multa por usar JMAF equivalente al 25% del precio del azúcar desplazado por el JMAF. El conjunto de firmas del acuerdo incluía el nombre de Jaime Serra Puche, el Secretario de Comercio y Fomento Industrial de México. El boicot prácticamente no tuvo éxito, pero en una ocasión los conspiradores impidieron que un embotellador pusiera en práctica un plan para usar JMAF mediante amenazas de que periodistas difamarían a su marca diciendo que contenía jarabe de maíz “gringo” que dejaba sin trabajo a los granjeros mexicanos. El gobierno mexicano negó el apoyo al boicot pero no procesó a los conspiradores.
81. En septiembre de 1997, los productores mexicanos de azúcar celebraron un acuerdo informal con las embotelladoras mexicanas de refrescos según el cual las embotelladoras limitarían el uso de JMAF a niveles de 1997 (350 mil toneladas) durante tres años a cambio de que se mantuviera el precio del azúcar en los niveles de 1997. Este acuerdo, que tenía como objetivo la reducción de las utilidades competitivas que recibían los productores de JMAF, estaba virtualmente respaldado por el gobierno mexicano. Sin

114 Dictamen pericial de Meyer ¶¶ 57-58.

115 Election Over in Mexico, but sugar dispute with U.S. still unresolved, *supra* n. 28 (C-Ex.-49); Dictamen pericial de Meyer ¶¶ 57-58.

116 U.S.–Mexico Sweetener Trade Mired in Dispute, *Agricultural Outlook*, *supra* n. 27, en 19 (C-Ex.-119); Declaración testimonial de Ortega ¶ 72.

117 Mexico sugar companies near deal to limit U.S. Corn Fructose, Dow Jones (9 de septiembre de 1997) (C-Ex.-97); Mexico sugar industry near deal with soda makers, Reuters (9 de septiembre de 1997) (C-Ex.-98). Ver también Revisión de la Resolución Final de la Investigación antidumping de importaciones de

embargo, al final no fue ejecutable debido a la carencia de un mecanismo de control y la incapacidad de controlar el creciente precio del azúcar.

82. También en 1997, México redujo la asignación de importaciones de maíz amarillo sin aranceles aduaneros para la industria de la molienda húmeda de maíz, que había sido garantizada conforme a un acuerdo por escrito de 1994. Esta medida redujo la producción de JMAF en México. Si bien no afectó a Cargill directamente, quien vendía y distribuía JMAF importado a través de Cargill de México, ejemplifica la campaña proteccionista para discriminar al JMAF que estaba ganando impulso en el país.
83. Estos acontecimientos no pudieron impedir que gracias a sus numerosas ventajas competitivas, el JMAF desplazara al azúcar. México entonces procuró poner en práctica una solución más rigurosa.

a. Derechos antidumping de México

(1) Los derechos

84. En enero de 1997, la Cámara Azucarera de México solicitó que la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (en adelante SECOFI) de México iniciara una investigación de antidumping con respecto al JMAF importado. La SECOFI estuvo de acuerdo e inició la investigación solicitada en febrero de 1997. (En diciembre de 2000, el nombre de la SECOFI se cambió a Secretaría de Economía.)

jarabe de maíz de alto contenido de fructosa procedente de los Estados Unidos de América, Decisión final del 3 de agosto de 2001, Caso MEX-USA-98-1904-01 del TLCAN, ¶¶ 771-775 (C-LA-55) (“El objetivo del supuesto acuerdo de restricción debe entenderse como protección de la industria azucarera”).

118 Declaración testimonial de Ortega ¶ 72.

119 Id. ¶ 71.

120 México—Investigación antidumping del jarabe de maíz de alto contenido de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos, Informe del Panel, WT/DS132/R, enero 28, 2000, ¶ 2.2 (C-LA-10).

85. En junio de 1997, la SECOFI expidió una orden preliminar que imponía derechos antidumping provisionales a las importaciones de JMAF originarias de los Estados Unidos.
86. En enero de 1998, la SECOFI expidió una orden definitiva que imponía derechos antidumping permanentes. Los derechos antidumping de Cargill para el JMAF-55 eran \$175.50 y \$100.60 para el JMAF-42, mucho más altos que los derechos del 9% dispuestos por el TLCAN para 1998. En septiembre de 1998, la SECOFI impuso también derechos antidumping para el JMAF-90.
87. Con la intención de justificar estos derechos, la SECOFI reconoció que el JMAF y el azúcar eran comercialmente intercambiables y constituían un “producto similar” conforme al Artículo 2.6 del Acuerdo Antidumping de la OMC y al Artículo 37 de la Ley de Comercio Exterior de México.
88. Estos onerosos derechos antidumping necesariamente elevaron los precios que Cargill de México debía cobrar por el JMAF y por lo tanto causaron la pérdida de clientes. De hecho, los nuevos derechos representaban el 34% y 54% del precio promedio de Cargill de México para el JMAF-42 y JMAF-55, respectivamente. Mientras tanto, tanto Corn Products como ADM continuaron produciendo JMAF en México con maíz importado, sobre el cual no se aplicaban los derechos antidumping. Puesto que Cargill tenía una

121 Id.

122 Declaración testimonial de Cotter ¶ 86; Declaración testimonial de Ortega ¶¶ 78-80.

123 Dictamen pericial de Meyer ¶ 107.

124 México—Investigación antidumping del jarabe de maíz de alto contenido de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos, Informe del Panel, *supra* n. 120, ¶ 5.498 (C-LA-10).

125 Declaración testimonial de Ortega ¶¶ 80, 83, 85-86.

126 Dictamen pericial de Kaczmarek ¶ 57.

127 Declaración testimonial de Ortega ¶¶ 78, 80, 88.

participación del 43% en las importaciones de JMAF a México en 1997, su participación en 1998 bajó a menos del 14% debido a los derechos.

89. En un esfuerzo desesperado por mantener una presencia en el mercado mexicano ante estos derechos prohibitivos, Cargill de México procuró que los clientes acordaran absorber parte de los derechos más altos a través de precios más altos de JMAF. A cambio, Cargill de México acordó reembolsar a los clientes luego de recibir el reembolso del gobierno al resolverse la controversia sobre los derechos. Por ejemplo, Cargill de México y Coca-Cola Azteca estuvieron de acuerdo en el aumento del precio por el costo de los derechos, donde Coca-Cola Azteca cubriría alrededor de un tercio del costo y Cargill de México absorbería el resto, y Coca-Cola Azteca recibiría un reembolso cuando los derechos se reembolsaran, y si así fuera. Desde el 31 de agosto de 1997 hasta el 31 de enero de 1998, Cargill de México envió alrededor de 55 mil toneladas métricas de JMAF a Coca-Cola Azteca. Después de recibir más tarde el reembolso de los derechos, Cargill de México de hecho reembolsó las cantidades excedentes a Panamco (que desde entonces había adquirido Coca-Cola Azteca). Cargill de México hizo arreglos similares con otros clientes, proveedores y transportistas.
90. No obstante, estos acuerdos fueron efímeros debido a que los clientes de Cargill de México no podían permitirse compartir el peso de los exorbitantes derechos por mucho tiempo. Por ejemplo, Cargill de México perdió su

128 Declaración testimonial de Cotter ¶ 94; Dictamen pericial de Meyer ¶ 109.

129 Convenio de Reconocimiento de Adeudo entre Cargill de México, Panamco Bajío, S.A. de C.V. y Panamco México, S.A. de C.V. (octubre 1999) (C-Ex.-120); Declaración testimonial de Cotter ¶ 89; Declaración testimonial de Ortega ¶ 81.

130 Mensaje electrónico de S. Bennett a D. Rene ref.: Panamco invoices with attached letter of the amounts to refund Panamco, Panamco's estimated HFCS consumption and Panamco invoices (18 de junio de 2001) (C-Ex.-132).

131 Convenio de Reconocimiento de Adeudo entre Cargill de México, Panamco Bajío, S.A. de C.V. y Panamco México, S.A. de C.V., *supra* n. 129 (octubre 1999) (C-Ex.-120); ver también mensaje electrónico de Eddie Ortega titulado "Panamco rebate amount—FINAL" (junio 11, 2001) (C-Ex.-131).

132 Declaración testimonial de Cotter ¶ 89; Declaración testimonial de Ortega ¶ 81.

contrato con Coca-Cola Azteca: “Azteca ha optado por no continuar con Cargill hasta que podamos obtener un análisis y tengamos un derecho competitivo.”

91. Durante todo este período, Cargill reiteradamente solicitó que México revocara sus derechos antidumping, solicitudes que México reiteradamente negó.

(2) Se declaran ilegales los derechos antidumping de México

92. En septiembre de 1997 y nuevamente en mayo de 1998, los Estados Unidos solicitaron consultas con México de conformidad con GATT con relación a los derechos antidumping de México sobre el JMAF importado de los Estados Unidos. Después de que las consultas no resolvieron la cuestión, en octubre de 1998 los Estados Unidos solicitaron que se creara un panel de la OMC para evaluar sus alegatos de que los derechos impuestos por México eran ilícitos.
93. Se creó el panel de la OMC. Después de expedir un informe provisional en octubre de 1999, expidió un informe definitivo en enero de 2000 en el cual falló que los derechos antidumping de México violaban el Acuerdo Antidumping de GATT y recomendó que se derogaran.
94. En febrero de 2000, el Órgano de Solución de Diferencias (en adelante OSD) de la OMC adoptó el informe del panel y recomendó que México cumpliera

133 Mensaje electrónico de E. Ortega a D. Linder (1 de abril de 1998) (C-Ex.-104).

134 Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 108-110.

135 México— Investigación antidumping del jarabe de maíz de alto contenido de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos, Informe del Panel, *supra* n. 120, ¶¶ 1.1-1.2, 3.1 (C-LA-10).

136 *Id.* ¶ 8.2.

con sus medidas en conformidad con el mismo. México entonces le indicó al OSD que cumpliría en septiembre de 2000.

95. Sin embargo, en septiembre de 2000 México expidió una “nueva determinación” que nuevamente intentaba justificar sus derechos antidumping. En octubre de 2000, los Estados Unidos solicitaron que se derivara al panel original el incumplimiento de México, y el OSD accedió a dicha solicitud.
96. En junio de 2001, el panel de la OMC expidió un nuevo informe, en el que nuevamente falló que los derechos impuestos por México no cumplían con los requisitos de GATT. Después de la apelación de México, el Órgano de Apelación de la OMC ratificó el fallo del panel, una decisión confirmada por el OSD en noviembre de 2001.
97. Mientras tanto, en febrero de 1998 Cargill, Cargill de México y otros proveedores de JMAF habían solicitado que el TLCAN iniciara un procedimiento conforme al Capítulo 19 para investigar los derechos

137 México—Investigación antidumping del jarabe de maíz de alto contenido de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos, Acción del Órgano de Solución de Diferencias, Informe del Panel, WT/DS132/4, 29 de febrero de 2000 (C-LA-11).

138 México—Investigación antidumping del jarabe de maíz de alto contenido de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos, Acuerdo en virtud del Artículo 21.3(b) del ESD, WT/DS132/5, 26 de abril de 2000 (C-LA-12).

139 México—Investigación antidumping del jarabe de maíz de alto contenido de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos, Recurso de los Estados Unidos al Artículo 21.5 del ESD, WT/DS132/6, 13 de Octubre de 2000 (C-LA-13).

140 Id.

141 México—Investigación antidumping del jarabe de maíz de alto contenido de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos, Recurso de los Estados Unidos al Artículo 21.5 del ESD, Formación del Panel, WT/DS132/7, 16 de Noviembre de 2000 (C-LA-14).

142 México—Investigación antidumping del jarabe de maíz de alto contenido de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos, Acuerdo conforme al Artículo 21.5 del ESD, Informe del Panel, WT/DS132/RW, 22 de junio de 2001, ¶ 7.1 (C-LA-15).

143 México—Investigación antidumping del jarabe de maíz de alto contenido de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos, Recurso de los Estados Unidos al Artículo 21.5 del ESD, Informe del Órgano de Apelaciones, WT/DS132/AB/RW, 22 de octubre de 2001 (C-LA-16).

antidumping de México. Así se creó un panel binacional conforme al Artículo 19.

98. En agosto de 2001, el panel del TLCAN conforme al Artículo 19 expidió una decisión definitiva en la que rechazó las justificaciones de México para sus derechos, a saber, que las importaciones de JMAF amenazaban la salud económica de su industria azucarera. Le dio a México noventa días para revocar los derechos o realizar un nuevo procedimiento para determinar si tenían justificación. En abril de 2002, el panel expidió una segunda decisión definitiva, en la que nuevamente falló que los derechos impuestos por México eran ilegales y dispuso su revocación en un plazo de treinta días. El panel advirtió que México había “en dos ocasiones no logrado demostrar. . . que las importaciones de JMAF originarias de los Estados Unidos representaban una amenaza de perjuicio para el mercado azucarero mexicano” o que los derechos antidumping impuestos por México eran de otro modo “incompatibles con disposiciones internacionales y leyes aplicables.”
99. El presidente de la Cámara Azucarera de México respondió a dicho fallo con una queja pública de que pondría al azúcar en “una posición insostenible para competir con el jarabe de maíz de alto contenido de fructosa de precio más bajo” originario de los Estados Unidos y que “acabaría con la industria azucarera (mexicana) en dos a tres meses.”

144 Ver Revisión de la Resolución Final de la Investigación antidumping de importaciones de jarabe de maíz de alto contenido de fructosa procedente de los Estados Unidos de América, Decisión final del 3 de agosto de 2001, *supra* n. 117, ¶¶ 58-59 (C-LA-55).

145 Ver Id.

146 Revisión de la Resolución Final de la Investigación antidumping de importaciones de jarabe de maíz de alto contenido de fructosa procedente de los Estados Unidos de América, Decisión final de 15 de abril de 2002, Caso MEX-USA-98-1904-01 del TLCAN (C-LA-56; C-LA 69).

147 Id., Orden ¶¶ 2, 5.

148 Mexican industry rejects NAFTA corn syrup ruling, Reuters (15 de abril de 2002) (C-Ex.-165).

100. En mayo de 2002, México finalmente revocó sus derechos antidumping, que pare ese entonces habían sido declarados ilegales tanto por la OMC como por el panel del TLCAN. México reembolsó los derechos antidumping que Cargill había pagado en septiembre de 2002.

(3) Efecto de los derechos antidumping de México

101. Los derechos antidumping ilegales impuestos por México expulsaron a Cargill y a Cargill de México del negocio de JMAF desde 1998 hasta fines de 2001, cuando entraron en vigor las medidas de impuestos y permisos que se exponen a continuación y continuaron manteniendo al negocio al margen. Los competidores de JMAF de Cargill, Corn Products y Almex, fueron los beneficiarios de este acontecimiento y se apropiaron de su participación en el mercado.
102. Las importaciones de Cargill de México durante ese período disminuyeron a 3010 toneladas métricas en 1998, 4053 toneladas métricas en 1999, 4223 toneladas métricas en 2000 y 2241 toneladas métricas en 2001, cuyas ventas fueron insignificantes dada la magnitud del mercado.
103. En 1997, antes de los derechos antidumping, la mayor parte del JMAF que Cargill distribuía en México pasaba a través de Tula. Sin embargo, para enero de 1998 la incapacidad de Cargill de México de importar JMAF debido a los derechos le obligó a cerrar su establecimiento de distribución de Tula. Cargill mantuvo abierto su establecimiento de McAllen con un personal

149 Declaración testimonial de Cotter ¶ 90.

150 Declaración testimonial de Cotter ¶ 95; Declaración testimonial de Ortega ¶ 93.

151 Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 87-88; Declaración testimonial de Ortega ¶ 94.

152 Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 94-95.

153 Declaración testimonial de Ortega ¶ 59.

154 Declaración testimonial de Ortega ¶ 87; Declaración testimonial de Cotter ¶ 97.

mínimo (dos empleados) de modo de poder proceder con rapidez una vez que su negocio de JMAF en México volviera a estar en marcha.

104. La pérdida de su negocio de JMAF en México dio lugar a que Cargill se enfrentara con un exceso de oferta de JMAF en Norteamérica lo cual ocasionó precios más bajos de JMAF. Evaluó lo que consideraba como las únicas dos opciones realistas: operar todas sus plantas al 75% de su capacidad e incurrir en costos en toda su empresa norteamericana, o inactivar un establecimiento de alto costo. Cargill optó por la segunda medida.
105. En marzo de 1998, Cargill cerró su planta de Dayton. La planta de Dayton había estado padeciendo los efectos de dos años consecutivos de precios altos de maíz debido a las sequías locales consecutivas. Dayton producía alrededor de 1.2 mil millones de libras de JMAF por año. Cargill había invertido \$500 millones (incluidos en capital de explotación y construcción) para aumentar la capacidad, en gran medida basado en el creciente mercado mexicano. Cargill decidió que la mejor manera de atenuar el perjuicio de la situación referente a los derechos antidumping era concentrar todo su exceso de capacidad de JMAF en el establecimiento de Dayton e inactivar dicha planta. Esta medida atenuaría sus daños empresariales al permitir que sus otras plantas, que tenían costos más bajos de maíz, operaran a un mayor grado de capacidad. También sirvió para reducir el costo general de producción de JMAF en el resto de sus establecimientos, lo cual atenuó aun más los daños causados por los derechos antidumping.

(4) *Planes de reingreso de Cargill y campaña continua de México contra el JMAF*

106. Al expedirse el informe del panel de la OMC de enero de 2000 y la confirmación del OSD de febrero de 2000, Cargill comenzó activamente sus

155 Id. ¶ 91.

156 Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 96-97; Declaración testimonial de Ortega ¶ 88.

157 Declaración testimonial de Cotter ¶ 97; Declaración testimonial de Ortega ¶¶ 88-89.

planes de lograr que su negocio de JMAF en México volviera a operar una vez revocados los derechos.

107. Al continuar considerando a México como un mercado muy atractivo para el JMAF, Cargill planeo un nuevo ingreso decidido a México para recuperar y ampliar la participación del 25% en el mercado que tenía en 1997 antes de los derechos antidumping. Este plan implicaba nuevas inversiones en plantas para responder al aumento anticipado de la demanda. Al planificar el aumento de su capacidad de oferta en una situación de fronteras abiertas, Cargill proyectó un crecimiento de utilización de capacidad del 81% en 2000 al 92% para 2003 para el JMAF-42, y de 79% en 2000 al 90% en 2003 para el JMAF-55.
108. Cargill de México también estaba trabajando incesantemente para obtener clientes en México, donde el crecimiento proyectado de la demanda de JMAF era “astronómico.” Cargill de México obtuvo la renovación de un compromiso de cliente de Panamco y trató de entablar comunicaciones con posibles clientes como por ejemplo Proeza, Ravi, Gardenia, Procor, Arma, Tampico, Jordan, Argos y Fersinsa.
109. Estos clientes tenían claro conocimiento de las ventajas competitivas del JMAF sobre el azúcar. Para 2001, el consumo de JMAF en México había llegado a 60 mil toneladas métricas.

158 Declaración testimonial de Ortega ¶ 92.

159 North American Sweeteners 1999-2000 Strategic Planning: Platform Round Table, en 77 (24 de marzo de 2000) (C-Ex.-122).

160 Id.

161 Id. en 98.

162 Declaración testimonial de Cotter ¶ 114.

163 Id. ¶ 114; Mensaje electrónico de J. Cotter a S. Bennett, et al. ref.: Mexico presentation (14 de marzo de 2001) (C-Ex.-128).

164 Dictamen pericial de Kaczmarek, Figura 6.

110. Una vez que los fallos de la OMC y del TLCAN conforme al Capítulo 19 en 2000-2001 establecieron claramente para México que ya no podría mantener sus derechos antidumping, México comenzó a tramitar otros medios para discriminar a los productores de JMAF de los EUA a favor de sus productores nacionales de azúcar. Según la advertencia del funcionario mexicano Javier Mancera a los representantes de Cargill en noviembre de 2001, otras medidas contra el JMAF sucederían a los derechos debido a que los funcionarios mexicanos tenían una “enorme presión para poner fin a las importaciones de JMAF.”
111. México entonces continuó con su campaña contra el JMAF a fin de proteger a su industria azucarera, que se abría paso con dificultad, contra la amenaza competitiva que representaba el JMAF. La industria azucarera mexicana ahora estaba padeciendo de precios bajos sumados a un exceso de oferta nacional e internacional de azúcar. México estaba produciendo más azúcar que en 1999-2000, y el problema de exceso de oferta se vio agravado por una incursión de azúcar proveniente de otras regiones. La situación se volvió tan abrumadora que en septiembre de 2001 México expropió 27 ingenios azucareros de propietarios privados quienes los habían adquirido en la privatización de 1988-93, lo cual le concedía al gobierno alrededor del 50% de la industria azucarera. Se trató de un intento desesperado por rescatar la industria azucarera después de que los propietarios de los ingenios incurrieron en deudas de miles de millones con el gobierno y con prestamistas privados y cultivadores de caña de azúcar. Sin embargo, no pudo hacer nada para superar el hecho de que el JMAF representaba una alternativa de menor precio para el azúcar.

165 Ver Declaración testimonial de Cotter ¶ 110; Mensaje electrónico de J. OMara a J. Cotter, et al. ref.: Meeting with Javier Mancera and Follow-Up (6 de noviembre de 2001) (C-Ex.-135).

166 Mexico seizes 27 sugar mills in salvation bid, Reuters (3 de septiembre de 2001) (C-Ex.-134); Per Capita Deliveries of Sweeteners Decrease for Fourth Straight Year, USDA, Sugar and Sweeteners Outlook, en 21 (27 de mayo de 2004) (C-Ex.-206).

167 Mexico seizes 27 sugar mills in salvation bid, *supra* n. 166 (C-Ex.-134).

112. En octubre de 2001, México aumentó sus aranceles de NMF (es decir, aranceles no correspondientes al TLCAN) para el JMAF del 15% al 156% para el JMAF-42 y al 210% para el JMAF-55. El impacto de este cambio para Cargill fue grave debido a que, como se indica a continuación, la adopción posterior de un requisito de permiso de importación para el JMAF originario de los Estados Unidos por parte de México y sus negativas a las solicitudes de Cargill para obtener dichos permisos dio lugar a la imposición de este exorbitante arancel de NMF para Cargill en vez de el arancel mucho más bajo del TLCAN (que había bajado al 3% para 2002 y quedaría eliminado por completo para 2004).
113. México entonces adoptó dos medidas drásticas contra el JMAF a fines de 2001: un impuesto sobre los refrescos edulcorados con JMAF y un requisito riguroso de permiso para las importaciones de JMAF originarias de los Estados Unidos. Como se elabora a continuación, estas medidas discriminaron a productores de JMAF de los EUA como Cargill y favorecieron a los productores azucareros mexicanos. Para Cargill, el efecto fue catastrófico. Justo cuando los derechos antidumping estaban por ser eliminados, Cargill y Cargill de México nuevamente se vieron imposibilitados de volver a lanzar el negocio de JMAF en México en el cual habían invertido con tanta magnitud durante la década anterior.

b. El impuesto IEPS

(1) *El impuesto discriminatorio*

114. El 31 de diciembre de 2001, la Cámara de Diputados de México promulgó una enmienda de la previa *Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios*, una ley que imponía tributos internos sobre ciertos bienes y servicios. Esta medida quedó sin vigor al día siguiente. La enmienda imponía un tributo del 20% sobre la importación o transferencia interna de

168 Decreto por el que se modifican diversos aranceles de la Tarifa de la Ley del Impuesto General de Importación (11 de octubre de 2001). (C-LA-74).

bebidas gaseosas y otras bebidas, jarabes, polvos y concentrados. El Impuesto IEPS se aplicaba a todos dichos productos “que usaran edulcorantes que no fueran azúcar de caña.” Dado que sólo los productos endulzados exclusivamente con azúcar de caña estaban exentos del impuesto, la presencia de JMAF en una bebida era suficiente para dar lugar al pago de impuesto.

115. El Impuesto IEPS fue una sacudida para Cargill. Cuando tan solo tres semanas antes los funcionarios de Cargill se reunieron con el Secretario de Economía de México Ernesto Derbez el 10 de diciembre de 2001, él no mencionó el inminente impuesto, y en cambio se concentró en encontrar una solución para el continuo conflicto por el azúcar entre México y los Estados Unidos.
116. Quedaba manifiesto el fin proteccionista del Impuesto IEPS. De acuerdo con Felipe Calderón Hinojosa, Coordinador del Partido de Acción Nacional en la Cámara de Diputados de México, el Impuesto IEPS fue respaldado por legisladores de varios estados que habían sido especialmente afectados por las dificultades económicas de la industria azucarera mexicana, y tenía como objetivo “resolver el problema de exceso de azúcar en México.”
117. También quedaban manifiestos el fin y el efecto discriminatorios del impuesto. Puesto que el JMAF era producido y distribuido totalmente por empresas de los EUA, el azúcar de caña era producido por empresas mexicanas y por el gobierno mexicano, que era propietario de numerosos ingenios azucareros mexicanos después de la expropiación de septiembre de 2001.

169 Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, Art. 2.I.G (31 de diciembre de 2001) (C-LA-80).

170 Id. Art. 8.1(f).

171 Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 111-112.

172 Ver Comunicado de Z. Furst y P. Scott a L. del Aguila (7 de febrero de 2002) (C-Ex.-157).

118. Los motivos discriminatorios de México para adoptar el Impuesto IEPS son de conocimiento público. Al presentar el proyecto de ley del impuesto en representación del comité que lo redactara (el Comité de Finanzas y Crédito Público de la Cámara de Diputados), el diputado Francisco Raúl Ramírez Avila indicó:

Nosotros, los legisladores, estamos comprometidos sin embargo a proteger la industria azucarera nacional debido a que el sustento de una gran cantidad de mexicanos depende de ella. Con ese fin, se propone aplicar el impuesto sobre los refrescos sólo a aquellos [refrescos] que para su producción utilizan fructosa en vez de azúcar de caña.

119. El Dictamen del Comité confirmó que el motivo por el cual el impuesto se aplicaba sólo a los refrescos que “utilizaran fructosa para sustituir el azúcar de caña” era “para no causar un daño muy profundo a la industria azucarera.”
120. Los funcionarios mexicanos confirmaron el “fin ajeno a lo fiscal” del Impuesto IEPS nuevamente en vigor diciendo que tendría un efecto distorsionante en el mercado y que tenía “fines fuera de lo fiscal y de la recaudación de ingresos.”

(2) *Efecto del impuesto IEPS*

121. El efecto del Impuesto IEPS fue inmediato. Los productores mexicanos de bebidas, incluyendo Coca-Cola y Pepsi-Cola, de inmediato cancelaron sus

173 Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, N° 911-IV (30 de diciembre de 2001) (30 de diciembre de 2001) (C-LA-87).

174 Id., at 3.

175 México exentaría a refrescos de dieta de nuevo impuesto, Reuters (17 de enero de 2002) (C-Ex.-151); ver también Legisladores Impuesto Fructosa, Servicio Universal de Noticias (18 de enero de 2002) (C-Ex.-152); Priista Impuesto Fructosa, Servicio Universal de Noticias (18 de enero de 2002) (C-Ex.-153).

pedidos de JMAF y volvieron a utilizar azúcar. Arancia CP reportó que en un período de tres días poco tiempo después de que el impuesto cobró vigencia treinta plantas embotelladoras cancelaron todos los pedidos pendientes de JMAF. Arancia CP dejó de producir JMAF después de la cancelación del 85% de sus pedidos. El 7 de enero de 2002, Almex también canceló su producción de JMAF 55. Finalmente, todas las plantas embotelladoras cancelaron sus pedidos de JMAF.

122. Esta reacción era inevitable. El impuesto del 20% hizo que el uso del JMAF fuera prohibitivamente costoso para las embotelladoras mexicanas de refrescos. Debe advertirse que el impuesto era del 20% del precio del refresco y no del precio del JMAF, lo cual representaba aproximadamente un impuesto del 400% sobre el JMAF incluido en un refresco. Asimismo, la unión de productores de azúcar amenazó con boicotear a todo embotellador que solicitó un amparo contra el impuesto del JMAF. Un amparo es una solicitud que impugna la constitucionalidad de leyes y procura obtener un interdicto judicial que se aplique sólo al solicitante individual.
123. Dado que alrededor del 75% de todas las ventas de JMAF en México se destinaba a embotelladoras de refrescos, el Impuesto IEPS tuvo un efecto dramático para los proveedores de JMAF. Los ingresos provenientes de JMAF disminuyeron un 80% durante los primeros tres días de vigencia del

176 Embotelladores Coca-Cola México abandonan fructuosa por azúcar, Reuters – Noticias Latinoamericanas (11 de enero de 2002) (C-Ex.-148); Mexico Soft Drink Bottlers Seen Switching Fructose with Sugar, Dow Jones Commodities Service (10 de enero de 2002) (C-Ex.-146).

177 Tron IEPS Afectaciones Servicio Universal de Noticias (27 de febrero de 2002) (C-Ex.-159).

178 Informe GAIN N° MX3046, Mexico Sugar Annual - 2003, USDA, Foreign Agricultural Service, en 4 (10 de abril de 2003) (C-Ex.-188); Dictamen pericial de Meyer ¶ 114; Declaración testimonial de Cotter ¶ 121.

179 México – Tax Measures On Soft Drinks And Other Beverages, Informe del Panel, *supra* n. 25, ¶ 4.50 (C-LA-8).

180 Cañeros Impuesto Fructosa, Servicio Universal de Noticias (10 de enero de 2002) (C-Ex.-145).

181 Stephen Zamora et al., Mexican Law (Oxford Univ. Press 2006), en 268-69 (C-LA-93).

impuesto debido a la cancelación de pedidos de embotelladoras mexicanas. Los productores de los EUA de inmediato comenzaron a reducir la producción de JMAF después de anunciarse el Impuesto IEPS. Las importaciones de JMAF provenientes de los Estados Unidos disminuyeron un 90% en 2002 desde el año anterior y luego prácticamente cesaron.

(3) Suspensión provisional del impuesto IEPS

124. Se dio un alivio provisional cuando el 5 de marzo de 2002 el presidente Vicente Fox Quesada anunció que el Impuesto IEPS se suspendería hasta el 30 de septiembre de 2002. El presidente Fox invocó una disposición del Código Fiscal que autorizaba al Presidente a otorgar un amparo impositivo provisional a sectores necesitados de la economía.
125. El anuncio de la suspensión del impuesto tuvo un efecto dramático. Al día siguiente, el 6 de marzo de 2002, Coca-Cola anunció que volvería a endulzar sus refrescos con un 30% de JMAF. El mismo día, Arancia CP anunció que había reactivado su producción de JMAF y que algunos de sus clientes ya habían presentado pedidos. Estas reacciones demostraron que existía una demanda considerable de JMAF en México que el Impuesto IEPS procuró suprimir por medios artificiales.

(4) Reposición del impuesto IEPS

126. Pero el alivio no duró mucho tiempo. El 2 de abril de 2002, la Cámara de Diputados de México votó a favor de iniciar una impugnación constitucional

182 Sweetener Perspectives, en 1 (9 de enero de 2002) (C-Ex.-144).

183 Mexico Soft Drink Bottlers Seen Switching Fructose with Sugar, *supra* n. 176 (C-Ex.-146).

184 Dictamen pericial de Meyer ¶¶ 119-120; Dictamen pericial de Kaczmarek ¶ 65, Figura 6.

185 Decreto por el que se exime del pago de los impuestos que se indican y se amplía el estímulo fiscal que se menciona (5 de marzo de 2002) (C-LA-73).

186 Estudian refresqueras volver a usar el endulzante, *El Economista* (6 de marzo de 2002) (C-Ex.-161).

187 Dictamen pericial de Meyer ¶ 115.

contra la suspensión del impuesto. Los opositores de la suspensión argumentaron que eliminaría al azúcar mexicano del mercado y dañaría al gobierno mexicano mismo, que era propietario de la mitad de la capacidad de producción de azúcar de México debido a la expropiación que efectuara de los ingenios en 2001. De hecho, el senador Herrera Beltrán, presidente del Comité Especial para la Industria Azucarera del Senado, había estado argumentando con ese fin desde que el presidente Fox enviara su propuesta en febrero de 2002.

127. El 12 de julio de 2002, la Corte Suprema de México falló por unanimidad que la suspensión del impuesto por parte del presidente Fox era ilegal y lo restableció con vigencia del 16 de julio. Sin embargo, al restablecer el Impuesto IEPS, la corte confirmó su fin proteccionista. Al evaluar los antecedentes legislativos, la Corte falló que la “intención” del Congreso de México era “proteger la industria azucarera.” La Corte concluyó que el Impuesto IEPS tenía un “fin ajeno a lo fiscal”, a saber, “proteger la industria azucarera mexicana.”
128. La Corte Suprema de México más adelante reconfirmó su interpretación del fin discriminatorio y proteccionista del IEPS. Al rechazar un amparo el 7 de febrero de 2003, la Corte explicó que era claro que el impuesto del JMAF establecía un trato distinto para los refrescos y jarabes que dependía del uso o

188 Aprueba pleno de la Cámara de Diputados controversia por fructosa, Notimex (2 de abril de 2002) (C-Ex.-163).

189 Priista Impuesto Fructosa, Servicio Universal de Noticias (23 de febrero de 2002) (C-Ex.-158).

190 Sentencia Relativa a la Controversia Constitucional 32/2002, promovida por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra del Titular del Poder Ejecutivo Federal (17 de julio de 2002) (C-LA-89).

191 Id., en 7.

192 Id., at 9.

no uso del azúcar de caña, y que la legislatura procuraba con el mismo proteger y no afectar la industria azucarera nacional.”

129. El Secretario de Economía de México, Ernesto Derbez, también confirmó el fin discriminatorio y proteccionista del Impuesto IEPS, al indicar en respuesta a la decisión de la Corte Suprema que se trataba de un impuesto que “ningún otro negocio mexicano tenía que padecer” y que distorsionaría el proceso de producción.
130. Hasta septiembre de 2002, el Impuesto IEPS generó sólo \$17 millones, bastante menos que la proyección pública de \$137.2 millones, lo cual confirmó que se imponía para perjudicar a los proveedores de JMAF y no para generar ingresos. De hecho, México tenía un déficit de azúcar durante este período (es decir, la demanda nacional de azúcar superaba la producción nacional). En vez de resolver este déficit mediante la derogación del Impuesto del JMAF, México procuró fomentar las importaciones de azúcar (por primera vez en la historia) reduciendo el derecho de importación de 40 centavos por kg a 3 centavos por kg en 2003.
131. A fines de 2002, el Congreso de México renovó el Impuesto IEPS para 2003, con la única modificación de eximir a las bebidas que contenían más del 20%

193 Jurisprudencia 57/2004, (XX/2003) Suprema Corte de Justicia de La Nación (7 de febrero de 2003) (C-LA-88).

194 Distorsiona al mercado el impuesto a la alta fructosa – Derbez , Notimex. (C-Ex.-173).

195 Tax on beverages with corn syrup brings in just 200 million pesos, Crónica (9 de diciembre de 2002) (C-Ex.-180).

196 Dictamen pericial de Meyer ¶ 60.

197 Ver Decreto por el que se crean, modifican y suprimen diversos aranceles de la Tarifa de la Ley de los Impuestos Generales de Importación y de Exportación, Art. 2 (26 de septiembre de 2003) (C-LA-70).

de jugo de fruta, lo cual no afectaba a los refrescos. La administración de Fox intentó otras veces revocar el Impuesto IEPS, pero nunca tuvo éxito.

(5) *Se declara ilegal el Impuesto IEPS*

132. Al igual que con los derechos antidumping, las objeciones legales al Impuesto IEPS de México dieron lugar a que un órgano jurisdiccional internacional lo declarara ilegal.
133. El 10 de junio de 2004, los Estados Unidos solicitaron la formación de un panel de la OMC para investigar el cumplimiento del Impuesto IEPS con las obligaciones de México en virtud de GATT.
134. En octubre de 2005, después de una extensa indagación, el panel de la OMC falló que el impuesto violaba las disposiciones de trato antinacional de GATT. El panel emitió numerosos fallos pertinentes a este procedimiento en respaldo de su conclusión de que el impuesto era discriminatorio e ilegal.
135. El panel de la OMC falló que “el JMAF y el azúcar de caña eran ‘productos directamente competitivos o sustituibles’ para producir refrescos y jarabes”, así como “productos similares.”
136. El panel falló que “tanto el JMAF como el azúcar son edulcorantes y, más precisamente, edulcorantes nutritivos o edulcorantes de contenido calórico (a diferencia de edulcorantes no nutritivos o no calóricos, como por ejemplo la sacarina).

198 Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (30 de diciembre de 2002) (C-LA-76).

199 Dictamen pericial de Meyer ¶ 116.

200 México – Tax Measures On Soft Drinks And Other Beverages, Informe del Panel, *supra* n. 25, ¶ 1.4 (C-LA-8).

201 Id. ¶ 9.2.

202 Id. ¶¶ 8.78, 8.136.

203 Id. ¶ 8.69.

137. El panel falló que las características físicas del azúcar y del JMAF eran “prácticamente idénticas.” Son “prácticamente indistinguibles por el cuerpo humano” y tienen “casi la misma composición química.” De hecho, “el JMAF se elabora con el fin de imitar al azúcar en la mayor medida posible para que se pueda usar como edulcorante industrial alternativo.”
138. El panel falló que el JMAF y el azúcar tenían exactamente el mismo uso final, ambos se usaban como “edulcorantes en la producción de refrescos y jarabes” y “el JMAF se elaboró principalmente como alternativa redituable para el azúcar para la producción de refrescos.”
139. El panel falló que los productores decidían qué edulcorante usar “en gran medida conforme a sus precios relativos” y que algunos productores usaban “mezclas de azúcar y JMAF.” Asimismo, no hay “diferencias en las vías de distribución que se usan para estos productos.” Los productores de bebidas “consideran que el JMAF y el azúcar de caña son completamente intercambiables y pueden reemplazar el JMAF por azúcar de caña con el fin de reducir costos.”
140. El panel falló que “cuando hubo disponibilidad de JMAF y antes de imponerse las medidas impositivas, los productores mexicanos de refrescos y jarabes comenzaron a sustituirlo por azúcar de caña.” Cuando el gobierno mexicano impuso sus derechos antidumping e impuestos sobre el JMAF, “los productores volvieron a usar azúcar de caña.”

204 Id. ¶ 8.131.

205 Id.

206 Id. ¶ 8.70.

207 Id. ¶ 8.71.

208 Id.

209 Id. ¶ 8.133.

210 Id. ¶ 8.72.

211 Id. ¶ 8.73.

141. En cuanto a los consumidores finales, “los consumidores de refrescos y jarabes no advierten diferencia alguna entre los productos endulzados con azúcar de caña y los edulcorados con JMAF.” Las encuestas indican que no existe un “patrón constante de preferencia por los refrescos endulzados con azúcar sobre los refrescos edulcorados con JMAF.”
142. El panel falló que los reglamentos de etiquetas de México no distinguían entre estos edulcorantes, lo cual permitía a las embotelladoras “alternar entre diferentes mezclas de JMAF y azúcar de caña sin modificar las etiquetas.” Las clasificaciones arancelarias de México tampoco “hacen distinciones entre los refrescos y jarabes según el tipo de edulcorante que se use.”
143. Conforme al panel, México mismo había reconocido que el azúcar y el JMAF operaban en el mismo mercado de edulcorantes. El panel citó un boletín de 2003 de la Secretaría de Economía de México, en el cual se indicaba que el impuesto sobre los refrescos “creaba una sustitución de la fructosa por azúcar en el mercado de edulcorantes de alrededor de 500 mil toneladas.”
144. El panel de la OMC luego determinó que el JMAF y el azúcar de caña “no tenían los mismos impuestos.” El panel advirtió que México no contendía que los Estados Unidos demostraran que el IEPS efectivamente sometiera al JMAF a un impuesto “de tanto como el 400 por ciento.”
145. El panel también falló que el Impuesto IEPS había sido creado e implementado para “otorgar protección a la producción mexicana de azúcar

212 Id. ¶ 8.74.

213 Id. ¶ 8.134.

214 Id. ¶ 8.74.

215 Id. ¶ 8.135.

216 Id. ¶ 8.76.

217 Id. ¶ 8.83.

218 Id. ¶ 8.82.

de caña.” El panel explicó que “las medidas impugnadas mayormente afectaban a los edulcorantes importados en vez de a los productos nacionales similares.” El panel también determinó que “la magnitud del diferencial impositivo entre los productos importados y nacionales”, en particular un efectivo “impuesto sobre el JMAF como ingrediente [de] considerablemente más del 20 por ciento” era “otra prueba del efecto protector de la medida sobre la producción mexicana nacional de azúcar.”

146. Asimismo, el panel determinó que este “efecto protector” era “coincidente con las características generales de las medidas adoptadas por México en los últimos años en el sector azucarero.” Estas medidas habían “permitido que México mantuviera precios nacionales relativamente altos para el azúcar en comparación con precios nacionales” lo cual beneficiaba a los productores mexicanos porque “México importa cantidades muy bajas de azúcar.”
147. El panel advirtió que México “reconoce que el IEPS fue una de varias medidas adoptadas por las autoridades mexicanas para mejorar la situación económica adversa por la que atravesaba su industria azucarera nacional.” El panel también determinó que este “efecto protector” del impuesto era “un objetivo intencional.”
148. Finalmente, y de gran importancia, el panel falló que el Impuesto IEPS otorgaba un “*trato menos favorable*” al JMAF importado que el trato “*otorgado a productos similares de origen nacional.*” Como explicó el panel, las medidas impositivas tenían “el efecto de penalizar el consumo de

219 Id. ¶ 8.86.

220 Id.

221 Id. ¶ 8.87.

222 Id. ¶ 8.88.

223 Id.

224 Id. ¶ 8.89.

225 Id. ¶ 8.91.

226 Id. ¶ 8.122 (énfasis propio).

edulcorantes distintos del azúcar de caña por parte de productores industriales de refrescos y jarabes.” En particular, los productores de refrescos que optaban por usar JMAF estaban “supeditados al pago de impuestos y el cumplimiento de requisitos que no se exigían a los productores que en cambio usaban azúcar de caña”, el Impuesto IEPS creaba “un incentivo económico” para que los fabricantes de refrescos usaran azúcar de caña en vez de JMAF y de ese modo “modificaba considerablemente las condiciones de la competencia” entre el azúcar de caña y el JMAF, y la imposición del tributo “revertía la tendencia que aparentemente existía en el mercado mexicano hacia la sustitución del azúcar de caña como edulcorante industrial en la producción de refrescos y jarabes por edulcorantes distintos del azúcar de caña, como por ejemplo el JMAF.”

149. El panel rechazó las defensas de México, incluyendo su argumento de que el impuesto se aplicaba sólo a las bebidas, no al JMAF. Asimismo, aunque la ley impositiva a primera vista no “distinguía entre edulcorantes importados y nacionales”, el panel reconoció que *la distinción de la ley entre el azúcar de caña y el JMAF, “de hecho, diferenciaba entre los edulcorantes importados y los nacionales.”* Visto que “los edulcorantes de producción nacional en México consistían en su gran mayoría en azúcar de caña” antes del IEPS “los edulcorantes importados en México eran en su gran mayoría edulcorantes distintos del azúcar de caña”, que eran “casi totalmente JMAF.” Por lo tanto, “en realidad las medidas impugnadas afectaron de forma perjudicial la situación competitiva de edulcorantes importados que los productores de refrescos y jarabes podrían haber elegido (principalmente JMAF) en

227 Id. ¶ 8.116.

228 Id. ¶ 8.117.

229 Id. ¶ 8.80.

230 Id. ¶ 8.119 (énfasis propio).

231 Id. ¶¶ 8.119-120.

comparación con el edulcorante nacional de mayor disponibilidad (es decir, el azúcar de caña).”

150. El Órgano de Apelación de la OMC luego ratificó el fallo del panel en cuanto que el Impuesto IEPS era ilegal.

c. **El nuevo requisito de permiso para la importación de JMAF originario de los Estados Unidos**

151. Además del nuevo Impuesto IEPS, México también adoptó un nuevo requisito de permiso para las importaciones de JMAF originarias de los Estados Unidos. En un decreto publicado el 31 de diciembre de 2001, México anunció que para las importaciones de JMAF originarias de los Estados Unidos sería requisito obtener un permiso especial expedido por la Secretaría de Economía a fin de poder pagar el arancel del TLCAN. De otro modo, dichas importaciones tendrían que pagar el arancel de NMF. El arancel del TLCAN era 3% para 2002 y 1.5% para 2003, mientras que los aranceles de NMF adoptados en octubre de 2001 iban del 156% al 210%. El nuevo requisito de permiso se aplicaba sólo a las importaciones de JMAF originarias de los Estados Unidos y no a las importaciones de JMAF de Canadá. El decreto de México establecía que el nuevo permiso se expediría

232 Id. ¶ 8.121.

233 México – Tax Measures On Soft Drinks And Other Beverages, Informe del Órgano de Apelación, WT/DS308/AB/R, 6 de marzo de 2006 (C-LA-9).

234 Decreto por el que se establece la Tasa Aplicable para el 2002 del Impuesto General de Importación para las Mercancías Originarias de América del Norte, la Comunidad Europea, los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio, el Estado de Israel, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Colombia, Venezuela, Bolivia, Chile y la República Oriental del Uruguay, Art. 49, Anexo en 98-99 (31 de diciembre de 2001) (C-LA-72); Declaración testimonial de Ortega ¶ 103.

235 Declaración testimonial de Ortega ¶ 103; Dictamen pericial de Meyer ¶¶ 123-27; Informe GAIN N° MX2013, Mexico Sugar New Requirement to Import U.S. HFCS - 2002, USDA, Foreign Agricultural Service (29 de enero de 2002) (C-Ex.-155); Acuerdo que establece la clasificación y codificación de mercancías cuya importación y exportación está sujeta al requisito de permiso previo por parte de la Secretaría de Economía (26 de marzo de 2002) (C-LA-62); Acuerdo que establece los criterios para otorgar permisos previos por parte de la Secretaría de Economía, a las importaciones definitivas de fructosa originarias de los Estados Unidos de América (20 de marzo de 2003) (C-LA-64); Acuerdo que modifica el diverso que establece los criterios para otorgar permisos previos por parte de la Secretaría de Economía, a las importaciones definitivas de fructosa originarias de los Estados Unidos de América (30

“automáticamente” de acuerdo con sus obligaciones internacionales, una promesa que, como se describe a continuación, no fue cumplida.

152. El 1 de marzo de 2002, México anunció que su nuevo requisito de permiso de importación para JMAF se había establecido formalmente como parte del derecho mexicano. Tres semanas más tarde, México publicó una lista de productos para los que se requerían permisos de importación, incluyendo el JMAF originario de los Estados Unidos.
153. Cargill necesitaba el permiso porque de otro modo habría tenido que pagar un arancel más de cien veces mayor que el arancel del TLCAN, lo cual elevaría el precio del JMAF demasiado como para competir por el negocio de las embotelladoras de México. En la práctica, el requisito de permiso impidió las importaciones de JMAF originarias de los Estados Unidos por completo debido a que los permisos eran imposibles de obtener. A pesar de la promesa de México de que los nuevos permisos se expedirían “automáticamente”, México se reservó “la opción de limitar o suspender el otorgamiento de

de septiembre de 2005) (C-LA-65); Acuerdo que modifica el diverso que establece los criterios para otorgar permisos previos por parte de la Secretaría de Economía, a las importaciones definitivas de fructosa originarias de los Estados Unidos de América (11 de noviembre de 2005) (C-LA-66); Acuerdo que modifica el similar que establece la clasificación y codificación de mercancías cuya importación y exportación está sujeta al requisito de permiso previo por parte de la Secretaría de Economía (1 de marzo de 2002) (C-LA-67); Decreto por el que se establece la Tasa Aplicable para el 2002 del Impuesto General de Importación para las Mercancías Originarias de América del Norte, la Comunidad Europea, los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio, el Estado de Israel, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Colombia, Venezuela, Bolivia, Chile y la República Oriental del Uruguay (31 de diciembre de 2001) (C-LA-72).

236 Decreto por el que se establece la Tasa Aplicable para el 2002 del Impuesto General de Importación para las Mercancías Originarias de América del Norte, *supra* n. 235, Art. 49 (C-LA-72).

237 Acuerdo que modifica el similar que establece la clasificación y codificación de mercancías cuya importación y exportación está sujeta al requisito de permiso previo por parte de la Secretaría de Economía, *supra* n. 235, Art. 2o. Bis (1 de marzo de 2002) (C-LA-67).

238 Acuerdo que establece la clasificación y codificación de mercancías cuya importación y exportación está sujeta al requisito de permiso previo por parte de la Secretaría de Economía, *supra* n. 235, (26 de marzo de 2002) (C-LA-62).

permisos de importación de JMAF” y, de mayor importancia, no estableció ningún criterio para obtener dicho permiso.

154. De hecho, un año entero más tarde, un decreto expedido por el Secretario de Economía de México que describía el proceso para obtener un permiso indicaba que publicaría el criterio para obtener permisos de importación para el JMAF-42, JMAF-55 y JMAF-90 sólo “cuando existieran las condiciones necesarias.”
155. La manifestación pública de México de que obtener sus permisos sería “automático” tuvo la llana intención de defenderse de la acusación de que violaba el Artículo 309 del TLCAN, el cual dispone:

Salvo que se disponga otra cosa en este Tratado, ninguna de las Partes podrá adoptar o mantener ninguna prohibición ni restricción a la importación de cualquier bien de otra Parte o a la exportación o venta para exportación de cualquier bien destinado a territorio de otra Parte, excepto lo previsto en el Artículo XI del GATT, incluidas sus notas interpretativas. Para tal efecto, el Artículo XI del GATT y sus notas interpretativas o cualquier otra disposición equivalente de un acuerdo sucesor del cual formen parte todas las Partes, se incorporan en este Tratado y son parte integrante del mismo.

A su vez, el Artículo XI de GATT al cual se hace referencia indica en el apartado 1:

Ninguna Parte contratante impondrá ni mantendrá –aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas– prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra

239 Informe GAIN N° MX2013, *supra* n. 235 (C-Ex.-155).

240 Ver Informe GAIN N° MX3034, Mexico Sugar Import Criteria to Import HFCS into Mexico - 2003, USDA, Foreign Agricultural Service, en 2 (25 de marzo de 2003) (C-Ex.-187).

Parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra Parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación o por medio de otras medidas.

156. Cargill intentó sin éxito obtener pautas de México acerca del modo de obtener un permiso de importación para el JMAF. Cargill continuó reuniéndose con funcionarios mexicanos con respecto al requisito de permiso y al Impuesto IEPS, considerando que la ruta más factible para lograr la cancelación de dichas medidas no era por vías judiciales sino llegando a acuerdo mutuamente satisfactorio con funcionarios mexicanos.
157. Dicha consideración se confirmó en mayo de 2003 cuando Almex obtuvo un amparo contra el requisito del permiso de importación. El tribunal de Guadalajara, Jalisco, falló que el requisito de permiso de importación violaba el Artículo 309 del TLCAN, que consideró incorporado al derecho mexicano. Sin embargo, dada la continua imposición del Impuesto IEPS, el amparo de Almex no le brindó oportunidad de vender JMAF en México ni de importar JMAF originario de los Estados Unidos.
158. El efecto de no contar con el permiso fue especialmente evidente una vez que las embotelladoras comenzaron a obtener amparos contra el impuesto y nuevamente volvieron a usar JMAF como edulcorante. La carencia de permiso impidió que Cargill prestara servicios a dichas embotelladoras.
159. Coca-Cola FEMSA obtuvo amparos contra el Impuesto IEPS en noviembre de 2003 y nuevamente en febrero de 2004 y comenzó a usar grandes

241 Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Geneva, octubre 30, 1947) [“GATT”], 55 U.N.T.S. 187 (C-LA-2).

242 Declaración testimonial de Cotter ¶ 134.

243 Id.

244 Amparo de Almex 279/2003-3 (28 de mayo de 2003) (C-Ex.-190).

245 Declaración testimonial de Ortega ¶ 100; Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 130-135.

cantidades de JMAF. Como se indica anteriormente, un amparo se aplica únicamente al solicitante en particular, pero finalmente muchas embotelladoras importantes de Coca y Pepsi –Coca-Cola FEMSA, Cadbury Schweppes, Pepsi Bottling Group, Grupo FAM y B. Cola– obtuvieron amparos contra el impuesto, al igual que otras embotelladoras. Estos amparos comenzaron a abrir el mercado de JMAF en México al dar lugar a que el JMAF volviera a competir como ingrediente de refrescos y por ende beneficiando a los productores nacionales y canadienses, ninguno de los cuales necesitaba un permiso. Por ejemplo, Corn Products, que produce JMAF en Canadá a través de su subsidiaria Casco, comenzó a enviar JMAF canadiense a México para responder a la demanda de Coca-Cola FEMSA. Cargill no pudo aprovechar este acontecimiento debido al requisito de permiso de importación.

160. Cada vez que Cargill solicitó permisos para JMAF, las solicitudes se negaron. Por ejemplo, Cargill presentó dos solicitudes para obtener permisos de importación el 7 de enero de 2005, que fueron negadas el 25 de enero. Cargill también presentó solicitudes el 15 de marzo de 2005, el 15 de abril de 2005, el 15 de julio de 2005 y el 18 de julio. Todas estas solicitudes fueron negadas.

246 Dictamen pericial de Meyer ¶ 122; Declaración testimonial de Ortega ¶ 101; Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 130-131.

247 Declaración testimonial de Ortega ¶ 100.

248 Id. ¶ 101.

249 Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 130-132.

250 Negativa de licencia de importación N° 9999NE05400012, Solicitud N° 000021 (25 de enero de 2005) (C-Ex.-216); Negativa de licencia de importación N° 9999NE05400013, Solicitud N° 000022 (25 de enero de 2005) (C-Ex.-217); Negativa de licencia de importación N° 9901NE05400104, Solicitud N° 000057 (18 de marzo de 2005) (C-Ex.-219); Negativa de licencia de importación N° 9901NE05400105, Solicitud N° 000059 (18 de marzo de 2005) (C-Ex.-220); Negativa de licencia de importación N° 9901NE05400157, Solicitud N° 000086 (22 de abril de 2005) (C-Ex.-221); Negativa de licencia de importación N° 9901NE05400167, Solicitud N° 000090 (27 de abril de 2005) (C-Ex.-222); Negativa de licencia de importación N° 9901NE05400356, Solicitud N° 000187 (27 de julio de 2005) (C-Ex.-227); Negativa de licencia de importación N° 9901NE05400357, Solicitud N° 000185 (27 de julio de 2005) (C-

161. Después de la primera negativa, Cargill se reunió con funcionarios del Secretario de Economía el 2 de marzo de 2005 para averiguar el motivo de las negativas a su solicitud y lo que podía hacer para poder obtener un permiso. Cargill explicó que los éxitos del amparo estaban logrando satisfactoriamente restablecer la demanda de JMAF a la que Cargill no podía responder debido al obstáculo del permiso. Los funcionarios mexicanos respondieron que “no había parámetros establecidos por el Congreso de México cuando establecieron la necesidad de contar con un permiso” y que los funcionarios no podían autorizar permisos sin un criterio. Cuando los funcionarios de Cargill expresaron su frustración ante este callejón sin salida la funcionaria mexicana Rocío Ruiz abiertamente respondió que incluso si Cargill demandara a México, México “siempre encontraría la manera de bloquear las importaciones de JMAF.”
162. En la misma reunión, uno de los funcionarios mexicanos divulgó a Cargill que se permitían envíos de JMAF originarios de Canadá hacia México sin un permiso y con el arancel bajo del TLCAN. De hecho, las importaciones de JMAF originarias de Canadá hacia México aumentaron tremendamente en 2005 y 2006.
163. En septiembre de 2005, Cargill de México presentó un recurso de revocación procurando obtener la revocación de las negativas de los permisos. La autoridad administrativa no respondió (lo que según el derecho mexicano se

Ex.-228); Declaración testimonial de Ortega ¶¶ 106, 109-110; Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 135, 141.

251 Declaración testimonial de Cotter ¶ 138.

252 Id. ¶ 139.

253 Id. ¶ 140.

254 The United States and Mexico Resolve Sweetener Dispute, USDA, Sugar and Sweeteners Outlook, en 17, Figura 7 (28 de septiembre de 2006) (C-Ex.-264).

considera una negativa implícita) lo cual llevó a Cargill de México a iniciar un procedimiento de “anulación” en abril de 2006 que continúa pendiente.

G. El efecto del impuesto IEPS y el nuevo requisito de permiso de importación sobre Cargill y la industria del JMAF

164. El Impuesto IEPS y el requisito de permiso transformaron la industria de edulcorante de México por completo. Antes de las medidas, el JMAF se usaba para edulcorar la mayor parte de los refrescos de México y para 2003 estaba prácticamente excluido. Sin los requisitos de impuestos y permisos de importación, el JMAF habría constituido el 80% de los edulcorantes usados por fabricantes mexicanos de refrescos en 2002 y más del 54% de edulcorantes usados por la industria alimenticia mexicana en general. Las importaciones de JMAF de México originarias de los Estados Unidos disminuyeron precipitosamente, de más de 219 mil toneladas métricas en 2001 a un poco más de 84 mil en 2002, a un poco más de 11 mil en 2003 y a un poco más de 10 mil en 2004, recuperándose en parte en 2005 a casi 75 mil toneladas métricas debido al intercambio Katrina (según se describe a continuación). Cargill quedó prácticamente fuera hasta de estas decrecientes cantidades. Por ejemplo, en 2002 envió sólo 700 toneladas métricas de JMAF a México.
165. Los productores de JMAF perdieron alrededor de \$250 millones en ventas de JMAF en México en 2002 debido al Impuesto IEPS. Para 2003, las medidas que México adoptara contra el JMAF he habían costado a los productores estadounidenses de JMAF alrededor de \$620 millones por año, más cientos de millones más en pérdidas de inversiones debido a la capacidad ociosa de

255 Declaración testimonial de Ortega ¶ 112.

256 Id. ¶ 96.

257 Dictamen pericial de Kaczmarek ¶¶ 77, 79.

258 The United States and Mexico Resolve Sweetener Dispute, *supra* n. 254, en 16, Tabla 5 (C-Ex.-__); Dictamen pericial de Meyer ¶ 128.

259 Declaración testimonial de Cotter ¶ 121.

260 Reaction to the Beverage Tax, Reuters (22 de enero de 2002) (C-Ex.-154).

planta. Para 2006, los productores estadounidenses de JMAF habían sufrido una pérdida anual de alrededor de \$944 millones por la pérdida de ventas anuales de JMAF debido a las medidas impuestas por México.

166. Como le escribió el Senado de los EUA al presidente Bush:

La industria de la refinación de maíz y los cultivadores de maíz que los abastecen han sufrido un duro golpe, en particular en el último año, por las acciones del gobierno mexicano para expulsarlos por completo del mercado mexicano de JMAF. Este año México ha ido de ser sin duda el mayor mercado de exportación para el JMAF de los EUA a no tener prácticamente exportaciones. La industria del jarabe de maíz está sufriendo un daño económico grave en consecuencia. . . . México es un mercado de más de un millón de toneladas métricas de potencial anual, y ahora es un mercado prácticamente inexistente lo cual ha significado el cierre de establecimientos, capacidad ociosa, pérdida monetaria y pérdida de empleos.

167. Esta determinación fue reiterada por el embajador Allen F. Johnson de la Oficina del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales en testimonio de 2003 ante el Comité de Finanzas del Senado de los Estados Unidos:

Ningún producto básico ha recibido un trato tan injusto por parte de México como nuestros productores de jarabe de maíz de alto contenido de fructosa (JMAF). Primero sujetos a una orden de

261 A decade after the U.S. and Mexico signed the landmark North American Free Trade Agreement, trade relations between the two neighbors are turning increasingly frigid, *The Wall Street Journal* (2003) (C-Ex.-183); ver Dictamen pericial de Meyer ¶ 133.

262 Sugar Production in FY 2007 to Increase 800,000 tons, USDA, *Sugar and Sweeteners Outlook*, en 22 (30 de mayo de 2006) (C-Ex.-249); ver Dictamen pericial de Meyer ¶ 120.

263 Carta del Senado referente al comercio de edulcorante, del presidente T. Harkin et al. a George W. Bush (16 de diciembre de 2002) (C-Ex.-182).

dumping luego declarada ilegal por la OMC, luego sujetos a un contingente arbitrario y ahora efectivamente prohibida por un impuesto discriminatorio en su mayor uso final, los refrescos, el JMAF no está obteniendo los beneficios del TLCAN. Poner fin a esta lamentable situación ha sido mi prioridad durante mucho tiempo con México.

168. Cargill en particular recibió un gran golpe con las medidas adoptadas por México contra el JMAF. El exceso de capacidad inicialmente causado por los derechos antidumping continuó durante el período del Impuesto IEPS y del requisito de permiso de importación. Como se describe anteriormente, Cargill se vio obligado a cerrar su planta de Dayton y luego a cerrar otras plantas de JMAF. (Estas plantas se volvieron a abrir en 2006 a consecuencia de posibilidades emergentes de JMAF en México, que se describen a continuación.)
169. El Impuesto IEPS y el requisito de permiso de importación impuestos por México también obligaron a Cargill a mantener cerrado su centro de distribución de Tula y su establecimiento de McAllen en gran medida inactivo.
170. Cargill también sufrió por inversiones que no dieron fruto, como por ejemplo arrendamientos de vagones de tren de los que ya no podía hacer uso.
171. Estas pérdidas han sido detalladas y analizadas en presentaciones de asesores de la industria.

264 Declaración del embajador Allen F. Johnson, Negociador Principal de Agricultura, Oficina del Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales, ante el Comité de Finanzas del Senado de los EUA (23 de septiembre de 2003) (C-Ex.-197).

265 Declaración testimonial de Cotter ¶ 145; Declaración testimonial de Ortega ¶ 88.

266 Declaración testimonial de Cotter ¶ 145; Declaración testimonial de Ortega ¶ 89.

267 Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 145, 147; Declaración testimonial de Ortega ¶ 91.

268 Declaración testimonial de Cotter ¶ 147.

H. Gestiones de Cargill para atenuar el efecto de las medidas impuestas por México contra el JMAF.

172. Cargill no aceptó este golpe contundente con indiferencia. Cargill hizo todo lo que razonablemente pudo para mantener a flote su negocio de JMAF en México frente a las medidas que éste adoptara contra el JMAF. Cuando se impusieron los derechos, volvió a negociar con sus clientes para compartir el perjuicio hasta que se tornó económicamente imposible. En lo sucesivo se mantuvo en contacto con sus previos y posibles clientes a fin de asegurar que las relaciones se conservaran una vez que las medidas impuestas por México contra el JMAF se derogaran. Cuando los amparos nuevamente comenzaron a establecer vías de ingreso para el JMAF en México, Cargill solicitó permisos y se reunió con funcionarios en toda oportunidad posible.
173. A partir de abril de 2002 y periódicamente en lo sucesivo, Cargill se reunió de manera regular con funcionarios mexicanos para intentar encontrar la manera de volver a poner en marcha su negocio de JMAF en México. Ninguna de estas reuniones dio lugar a una desviación de las medidas proteccionistas de México.
174. Cargill también intentó atenuar sus daños procurando nuevas salidas para el JMAF fuera de México. Sin embargo, no pudo compensar la pérdida del gigante mercado mexicano.
175. En otoño de 2005, México y los Estados Unidos acordaron mutuamente (en lo que se conoce como “Acuerdo Katrina”) permitir que se importaran sin

269 Mensaje electrónico de D. Pederson a J. Cotter, et al. ref.: CRA - Mexican HFCS Calculations Survey – Please return by Wednesday, November 5 at noon with attached Excel spreadsheets “Mexico HFCS Calculations Survey.” (17 de enero de 2006) (C-Ex.-240); Domestic Sugar & Corn Sweetener Outlook, presentación de S. Vuilleumier al Coloquio Internacional de Edulcorantes (6 de febrero de 2006) (C-Ex.-243).

270 Declaración testimonial de Cotter ¶¶ 124-128, 136-140; Declaración testimonial de Ortega ¶ 113; Cronología de reuniones pertinentes al Capítulo 11 del TLCAN - Cotter, sin fecha (C-Ex.-11).

271 Declaración testimonial de Cotter ¶ 127.

aranceles aduaneros 250 mil toneladas métricas de productos del otro. A Cargill se le asignó el [REDACTED] de la asignación (u [REDACTED] toneladas métricas). Estas asignaciones deberían haber sido valiosas cuando los amparos comenzaron a encontrar maneras de evitar la aplicación del Impuesto IEPS. Sin embargo, dado que Cargill había sido expulsado del mercado, no las pudo aprovechar por completo y le resultó más redituable vender sus cupones de asignación a competidores que no habían sido obstaculizados por el requisito de permiso de importación, en particular Corn Products.

176. Cargill también formó un panel para trazar una estrategia de reingreso a México que comenzó sus operaciones durante el período de derechos antidumping y continuó en lo sucesivo. Redactó un documento denominado Plan de Reingreso a México que se actualizó con regularidad.

I. Acontecimientos recientes

177. En 2006, la Corte Suprema de México declaró inconstitucional la expropiación de los ingenios azucareros de 2001 por parte del gobierno y ordenó que se restituyeran a sus propietarios originales.
178. El 17 de julio de 2006, México y los Estados Unidos anunciaron un acuerdo para resolver sus controversias por el edulcorante y reabrir el mercado de JMAF en México. Como parte del acuerdo, se cancelaría el Impuesto IEPS a partir del 1 de enero de 2007. El acuerdo también disponía contingentes recíprocos sin aranceles aduaneros para importaciones de edulcorantes desde el 1 de octubre de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2007 y libre comercio en

272 Declaración testimonial de Ortega ¶ 125; Dictamen pericial de Meyer ¶ 128; Acuerdo que modifica el diverso que establece los criterios para otorgar permisos previos por parte de la Secretaría de Economía, a las importaciones definitivas de fructosa originarias de los Estados Unidos de América (30 de septiembre de 2005) (C-LA-65).

273 Declaración testimonial de Cotter ¶ 154; Comunicado a J. Cotter ref.: Mexican TRQ on HFCS: Contains Confidential Information (3 de agosto de 2006) (C-Ex.-256).

274 Declaración testimonial de Cotter ¶ 154; Declaración testimonial de Ortega ¶ 126.

275 Declaración testimonial de Ortega ¶ 114.

276 Dictamen pericial de Meyer ¶ 62.

lo sucesivo. Durante el período de aranceles, los Estados Unidos otorgarán acceso sin aranceles aduaneros a medio millón de toneladas de azúcar proveniente de México, y México hará lo mismo con medio millón de toneladas de JMAF originario de los Estados Unidos. Como antes, se espera que la asignación de Cargill sea de [REDACTED]

179. Ante la expectativa de que el acuerdo entre México y los EUA seguirá en vigor y el Impuesto IEPS no volverá a tener vigencia, Cargill tiene planes de renovar su terminal de distribución de Tula y espera reabrirlo en un plazo de un año. Ante la reapertura del mercado de JMAF en México, Cargill de México ha estado aumentando su personal y formalizando contratos con clientes decididamente. Estos acontecimientos destacan la magnitud del posible crecimiento del negocio de JMAF de Cargill en México que fue paralizado por las medidas impuestas por México contra el JMAF.

V. LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR MÉXICO CONTRA EL JMAF CONSTITUYERON UNA VIOLACIÓN AL TLCAN

A. Derecho aplicable

180. El TLCAN dispone que un Tribunal establecido conforme al Artículo 11 “decid[a] las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional.” Por lo tanto, las reclamaciones de Cargill se deben resolver conforme al TLCAN y al derecho internacional.
181. El TLCAN dispone sus propias pautas para su interpretación. El Preámbulo indica la resolución de las Partes de “*crear un mercado más extenso y seguro*

277 Carta del embajador Richard Crowder, Negociador Principal de Agricultura, a Angel Villalobos Rodriguez, Subsecretario en las Negociaciones de Comercio Internacional del Secretariado de Economía, publicada en “Text of U.S.-Mexico Sweetener Deal,” Trade Observatory (27 de julio de 2006) (C-Ex.-253).

278 Ver Declaración testimonial de Cotter ¶ 155.

279 Declaración testimonial de Ortega ¶ 128.

280 Id. ¶¶ 123-128.

281 TLCAN, *supra* n. 1, Art. 1131(1) (C-LA-3).

para los bienes y servicios producidos en sus territorios” y “asegurar un marco comercial previsible para la planeación de las actividades productivas y de la inversión.” Asimismo, el Artículo 102(1) especifica objetivos mutuos como por ejemplo “eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes entre los territorios de las Partes”, “promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio” y “aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes.”

182. Asimismo, recientemente un Tribunal establecido conforme al TLCAN explicó que “los principios generales deben encontrarse en el TLCAN”, entre ellos: *“(1) eliminar los aranceles aduaneros, (2) no imponer aranceles nuevos, (3) no imponer contingencias (4) compatibilidad del TLCAN con el derecho de GATT y OMC y (5) la prioridad del TLCAN sobre GATT/OMC en caso de existir un conflicto directo.”*
183. Las “reglas aplicables del derecho internacional” que se mencionan en el Artículo 1131(1) del TLCAN se establecen en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual dispone que las disposiciones del tratado se interpreten de buena fe de acuerdo con su significado común, según el contexto y en consideración del objetivo y fin del tratado.
184. Una y otra vez los tribunales del TLCAN han interpretado y aplicado las disposiciones del TLCAN en consideración de su objetivo y su fin.

B. Las medidas adoptadas por México contra el JMAF constituyeron una violación al Artículo 1102.

185. El Artículo 1102 del TLCAN obliga a sus Partes a tratar a los inversionistas de

282 Canfor Corp. v. United States of America, Decisión sobre cuestión preliminar del 6 de junio de 2006, TLCAN/CNUDMI, ¶ 183 (C-LA-26).

283 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969) 1155 U.N.T.S. 331, Art. 31(1) (C-LA-4); ver también Canfor, *supra* n. 282 ¶ 179 (C-LA-26).

284 E.g., Ethyl Corp. v. The Government of Canada, Laudo por jurisdicción de 24 de junio de 1998, TLCAN/CNUDMI, ¶ 55 (C-LA-31); S.D. Myers v. Canada, *supra* n. 4, ¶ 196 (C-LA-48).

otras Partes del TLCAN y a sus inversiones tan favorablemente como a los inversionistas nacionales en situaciones similares y a sus inversiones. El Artículo 1102 dispone que:

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

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

186. El TLCAN especifica el trato nacional como uno de sus objetivos fundamentales, y los paneles del TLCAN han reconocido el trato nacional como “una obligación fundamental del Capítulo 11.”
187. El Preámbulo del TLCAN declara la resolución de las Partes de “desarrollar sus respectivos derechos y obligaciones derivados del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.” Por lo tanto, los tribunales del TLCAN con frecuencia se basan en decisiones de GATT/OMC al interpretar y aplicar el Artículo 1102 del TLCAN. Un caso análogo de GATT es *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, en el que un panel de la OMC falló que las medidas adoptadas por Indonesia que dieron lugar a

285 Ver, por ej., TLCAN, *supra* n. 1, Art. 102(1) (C-LA-3).

286 Marvin Feldman v. Mexico, Laudo de diciembre 16, 2002, ICSID Caso N° ARB(AF)/99/1, 18 ICSID Rev. – FILJ 488 (2003), ¶ 165 (C-LA-37).

287 E.g., S.D. Myers v. Canada, *supra* n. 4, ¶ 244 (C-LA-48); Feldman v. Mexico, *supra* n. 286, ¶ 165 (C-LA-37).

impuestos más altos sobre los productos importados que sobre los productos nacionales violaban las obligaciones de trato nacional dispuestas por GATT.

188. Sin embargo, la garantía de trato nacional del Artículo 1102 es en realidad más amplia que la garantía similar del Artículo III:4 de GATT, el cual dispone que *“los productos del territorio de toda Parte contratante importados en el territorio de cualquier otra Parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior.”* En tanto que la disposición de GATT se refiere a “productos similares”, el Artículo 1102 del TLCAN se refiere más ampliamente a “circunstancias similares.”
189. La mayor amplitud de la disposición de trato nacional del TLCAN coincide con el enfoque de inversión del Capítulo 11. Como ha reconocido la Conferencia de Comercio y Fomento de las Naciones Unidas (en adelante UNCTAD), *“puede haber categorías más amplias de transacciones económicas supeditadas a disciplinas de trato nacional en los acuerdos nacionales que en los acuerdos de comercio.”*
190. Según especifica el texto del Artículo 1102, existen tres elementos en una reclamación conforme a dicho artículo. En primer lugar, el demandante o su inversión deben estar en circunstancias similares a los inversionistas o las inversiones nacionales. En segundo lugar, el estado anfitrión debe otorgar al demandante o a su inversión un trato menos favorable que el que otorga a los inversionistas o inversiones nacionales. En tercer lugar, dicho trato debe ser

288 Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry, Informe del Panel, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, 2 de julio de 1998, ¶14.116 (C-LA-7).

289 GATT, *supra* n. 241, Art. III.4 (C-LA-2).

290 UNCTAD, Trato nacional, UNCTAD/ITE/IIT/11, Vol. IV, en 9 (N.Y. 1999). (C-LA-22).

con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de inversiones. La reclamación de Cargill reúne estos tres elementos.

a. En circunstancias similares

191. En virtud del Artículo 1102, el trato que el estado anfitrión brinde a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones no debe ser menos favorable que el trato que brinde a los inversionistas nacionales y a sus inversiones en circunstancias similares. Los inversionistas y las inversiones están en circunstancias similares si compiten, es decir, si operan “en el mismo negocio o sector económico.”
192. Por ejemplo, en *S. D. Myers* el tribunal falló que un inversionista de los EUA en Canadá y los inversionistas canadienses estaban en circunstancias similares a pesar de las diferencias de sus operaciones comerciales debido a que todos estaban en el mismo sector, es decir, servicios de recuperación de residuos de PCB. El factor decisivo fundamental fue que los negocios de los Estados Unidos y Canadá estaban “en posición de apoderarse del negocio” del otro conforme a “precios más favorables” y otros factores competitivos.
193. Conforme a este criterio, Cargill y los productores mexicanos de azúcar están en circunstancias similares. Cargill y los productores mexicanos de azúcar operan en el mismo negocio o sector económico debido a que ambos proveen edulcorantes nutritivos a las embotelladoras mexicanas de refrescos y a otras empresas de productos alimenticios. De hecho, compiten exactamente por

291 *Pope & Talbot, Inc. v. the Government of Canada*, Laudo por méritos de la fase 2 de 10 de abril de 2001, TLCAN/CNUDMI, ¶ 78 (C-LA-46); acuerdo *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, *supra* n. 4, ¶ 250 (C-LA-48).

292 *S.D. Myers v. Canada*, *supra* n. 4, ¶ 251 (C-LA-48).

293 *Id.* De modo similar, al aplicar GATT, el Órgano de Apelación de la OMC sostuvo en el caso EC-Asbestos que los productos son “similares” si “están –o podrían estar– en una relación de competencia en el mercado.” *Comunidades Europeas – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products*, Informe del Órgano de Apelación, WT/DS135/AB/R, marzo 12, 2001, ¶ 103 (12 de marzo de 2001) (C-LA-6).

los mismos clientes. Están en posición de apoderarse del negocio del otro conforme a precios más favorables y a otros factores competitivos debido a que sus productos –el JMAF y el azúcar de caña– son efectivamente intercambiables.

194. La sensibilidad de las embotelladoras mexicanas de refrescos ante los cambios en los diferenciales de precios entre el JMAF y el azúcar demuestra la competitiva calidad de intercambiables del JMAF y el azúcar. Como se describe anteriormente, las embotelladoras mexicanas de refrescos comenzaron a sustituir el JMAF por azúcar debido al bajo precio y a otras ventajas competitivas del JMAF. Cuando el Impuesto IEPS hizo que el JMAF fuera prohibitivamente costoso, las embotelladoras de refrescos volvieron a usar azúcar. Cuando el presidente Fox suspendió el impuesto, las embotelladoras volvieron a usar el JMAF. Cuando la Corte Suprema de México invalidó la suspensión, las embotelladoras volvieron a usar azúcar. Cuando los amparos comenzaron a otorgar exenciones de impuestos, las embotelladoras principales volvieron a usar JMAF. Ahora que se dispone la eliminación total del Impuesto IEPS y de otras restricciones, las embotelladoras nuevamente están procurando adquirir JMAF de Cargill y de otros productores de JMAF. Sería difícil encontrar pruebas más contundentes de “circunstancias similares.”
195. Asimismo, este Tribunal no opera sobre una tabla rasa. Como se detalla anteriormente, después de una extensa investigación del Impuesto IEPS, la OMC falló que “el JMAF y el azúcar de caña son ‘productos directamente competitivos o sustituibles”, que “el JMAF fue creado principalmente como alternativa redituable ante el azúcar para la producción de refrescos”, y que comparten “usos finales idénticos.” Asimismo, “México admitió que el

294 Ver Dictamen pericial de Meyer ¶¶ 21-26.

295 México – Tax Measures On Soft Drinks And Other Beverages, Informe del Panel, *supra* n. 25, ¶¶ 8.71, 8.78, 8.132 (C-LA-8).

JMAF y el azúcar de caña son productos sustituibles en ciertas aplicaciones.” Dicha admisión coincidió con el reconocimiento previo de la SECOFI cuando intentaba justificar los derechos antidumping, que el JMAF y el azúcar son comercialmente intercambiables y constituyen un “producto similar.”

196. En breve, las circunstancias que enfrentaban Cargill y su inversión en su negocio de JMAF en México y los inversionistas mexicanos en su negocio nacional de azúcar eran similares. Cada uno procuraba suministrar un producto funcionalmente intercambiable a los mismos clientes en el mismo sector de la economía con el mismo fin comercial.

b. Trato no menos favorable

197. El elemento de “trato no menos favorable” de una reclamación conforme al Artículo 1102 impide la discriminación de inversionistas extranjeros. México demostró dicha discriminación al tratar a Cargill y a su inversión en su negocio de JMAF en México de forma menos favorable que a inversionistas nacionales en circunstancias similares con respecto a sus inversiones azucareras.
198. Como se describe anteriormente, el Impuesto IEPS se impuso sobre todos los refrescos que contenían JMAF, todo el cual era suministrado por empresas de propiedad de los EUA. El tributo no se impuso sobre los refrescos endulzados exclusivamente con azúcar de caña, todo el cual era suministrado por productores nacionales de azúcar. Esta diferencia en la aplicación impositiva hizo que el JMAF fuera un ingrediente mucho más costoso para los refrescos que el azúcar y obligó a las embotelladoras de refrescos a dejar de comprar el JMAF y en cambio endulzar sus bebidas únicamente con azúcar de caña. En consecuencia, los inversionistas de los EUA y sus

296 Id. ¶ 4.113.

297 Id. ¶ 4.29.

inversiones en el sector de edulcorantes de México recibieron un trato menos favorable que los inversionistas mexicanos y sus inversiones en circunstancias similares en ese sector.

199. Esa fue la conclusión a la que llegó la OMC en su investigación del Impuesto IEPS. El panel de la OMC falló que el Impuesto IEPS otorgaba un “trato menos favorable” al JMAF importado que el trato “otorgado a productos similares de origen nacional.” En particular, los productores de refrescos que usaban JMAF estaban “supeditados al pago de impuestos y al cumplimiento de requisitos que no se exigían a los productores que en cambio usaban azúcar de caña.” Este trato dispar creaba “un incentivo económico” para que los fabricantes de refrescos usaran azúcar de caña en vez de JMAF y por lo tanto “modificaba considerablemente las condiciones de competencia” entre el azúcar de caña y el JMAF.
200. Asimismo, el nuevo requisito de permiso de importación de México y su negativa a expedirle dicho permiso a Cargill dio lugar a que éste perdiera su derecho a pagar los aranceles favorables del TLCAN y en cambio quedara supeditado a pagar los aranceles prohibitivamente altos de NMF. El requisito de permiso de importación entonces perjudicó gravemente a Cargill para beneficiar a los productores nacionales de azúcar de México en la competencia por pedidos de edulcorantes provenientes de embotelladoras de refrescos después de que los amparos comenzaron a otorgar a las principales embotelladoras exenciones del Impuesto IEPS.
201. México puede argumentar que el Impuesto IEPS no nombraba explícitamente al JMAF ni particularizaba a los inversionistas extranjeros. Pero está bien establecido que la obligación de no discriminar a inversionistas extranjeros ni

298 Id. ¶ 8.122.

299 Id. ¶ 8.116.

300 Id. ¶ 8.117.

a sus inversiones se aplica *de facto* así como *de jure*. Al aplicar este principio, el tribunal en *S.D. Myers* rechazó el argumento de Canadá de que su prohibición de las exportaciones de residuos de PCB no era discriminatoria porque impedía que los las empresas de recuperación de residuos de PCB tanto canadienses como extranjeras exportaran residuos de PCB. El tribunal explicó que dicho argumento es “unidimensional” debido a que “no considera la base sobre la cual se organizan los diferentes intereses de la industria para emprender su negocio.” Del mismo modo que el único exportador de residuos de PCB en *S.D. Myers* era un inversionista extranjero, en este caso los únicos productores de JMAF son propiedad de los EUA. Al igual que en *S.D. Myers*, donde el “efecto práctico” de las medidas de Canadá era que el inversionista extranjero “no pudiera desempeñar el negocio que planeaba desempeñar, que era una clara desventaja en comparación con sus competidores canadienses”, Cargill tenía una desventaja similar al impedirle desempeñar su negocios proyectado de JMAF en México.

202. En muchas maneras *S.D. Myers* es la imagen exacta de este caso. El demandante era una sociedad de los EUA dedicada a la recuperación de PCB, con sede central en Ohio. Al ver una oportunidad de expandir su negocio a Canadá, consideró pero rechazó una opción de construir un establecimiento de recuperación en Canadá. En cambio, procuró obtener residuos de PCB para su tratamiento en su establecimiento de Ohio. Con este fin, estableció una subsidiaria canadiense. Canadá prohibió la exportación comercial de residuos de PCB durante dieciséis meses, y el tribunal falló que esto violaba

301 *Feldman v. Mexico*, *supra* n. 286, ¶ 169 (C-LA-37); *Pope & Talbot v. Canada*, *supra* n. 291, ¶ 70 (C-LA-46).

302 *S.D. Myers v. Canada*, *supra* n. 4, ¶ 242 (C-LA-48).

303 *Id.* ¶ 193.

304 *Id.* ¶¶ 1-2.

305 *Id.* ¶ 93.

306 *Id.* ¶ 111.

los Artículos 1102 y 1105 del TLCAN. En particular, el tribunal falló que la política de Canadá era discriminatoria porque “estaba estructurada en gran medida por el deseo e intención de proteger y promover la participación en el mercado de empresas que llevarían a cabo la destrucción de PCB en Canadá y que eran propiedad de nacionales canadienses.” De modo similar, en este caso Cargill invirtió en un negocio de JMAF en México y en vez de construir un establecimiento de producción en México, produjo su JMAF en los Estados Unidos y lo transportó a su subsidiaria mexicana para la venta y distribución a los clientes mexicanos. Dicho plan comercial, que se estaba poniendo en práctica de forma satisfactoria, fue detenido repentinamente por medidas que reflejaban el deseo de México de “proteger y promover la participación en el mercado” de competidores nacionales.

203. Asimismo, el tribunal en *S.D. Myers* respaldó su conclusión de que Canadá había violado el Artículo 1102 al señalar las manifestaciones proteccionistas de los propios funcionarios de Canadá. También en este caso, las manifestaciones de funcionarios mexicanos demostraron que las medidas que impuso México contra el JMAF estaban motivadas por un proteccionismo nacionalista. Como resultado, por ejemplo, México manifestó a la OMC que sus derechos antidumping se basaban en el impacto del JMAF importado “sobre la industria azucarera nacional.” También que tanto el patrocinador legislador del Impuesto IEPS como la Corte Suprema del mismo México habían indicado que su fin era “proteger la industria azucarera.”

307 Id. ¶¶ 126-127.

308 Id. ¶ 162.

309 E.g., id. ¶ 169.

310 México—Investigación antidumping del jarabe de maíz de alto contenido de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos, Informe del Panel, *supra* n. 120, ¶ 7.116 (C-LA-10).

311 Cámara de Diputados - Volumen IV - Continuación de la Sesión del 30 de diciembre de 2001 del Diario No. 6 (C-LA-85); Sentencia Relativa a la Controversia Constitucional 32/2002, promovida por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra del Titular del Poder Ejecutivo Federal, (17 de julio de 2002) (C-LA-89).

204. Otro caso pertinente al Capítulo 11 del TLCAN es *Feldman v. México*. En *Feldman*, el tribunal falló que la negativa de México de desgravar impuestos internos gravados a un exportador extranjero de cigarrillos de reventa violaba el Artículo 1102 al darle un trato menos favorable que a los exportadores nacionales de cigarrillos. *Feldman* demuestra que un trato menos favorable con respecto a impuestos y requisitos de importación y exportación gravado a inversionistas extranjeros en circunstancias similares viola el Artículo 1102. En este caso, tanto el Impuesto IEPS como el requisito de permiso de importación otorgaron a Cargill un trato menos favorable que a los productores mexicanos de azúcar en circunstancias similares y por lo tanto violaron el Artículo 1102.
205. *Feldman* también deja en claro que las medidas pueden violar requisitos de trato nacional incluso si la discriminación del gobierno no fue intencional. Como explicó el tribunal en *Feldman*, no es “necesario demostrar que la discriminación es un resultado de la nacionalidad del inversionista.” En cambio, “es suficiente demostrar un trato menos favorable hacia el inversionista extranjero que hacia inversionistas nacionales en circunstancias similares.” De hecho, “requerir que un inversionista extranjero demuestre que la discriminación se basa en su nacionalidad puede ser una carga insuperable para el Demandante, dado que dicha información puede estar disponible sólo para el gobierno.”
206. De modo similar, el tribunal en *Occidental Exploration* falló que el exportador demandante recibió un trato menos favorable que los exportadores nacionales cuando Ecuador no reintegró pagos de IVA al demandante pero sí

312 *Feldman v. Mexico*, *supra* n. 286, ¶¶ 1, 210 (C-LA-37).

313 *Id.* ¶ 181 (C-LA-37); ver también *Pope & Talbot v. Canada*, *supra* n. 291, ¶ 78 (C-LA-46).

314 *Feldman v. Mexico*, *supra* n. 286, ¶ 183 (C-LA-37).

los reintegró a exportadores nacionales, aunque el gobierno no lo hizo “con la intención de discriminar a las empresas extranjeras.”

207. De todos modos, en este caso existen pruebas abundantes de que México efectivamente tuvo la intención de discriminar a inversionistas extranjeros, incluyendo la declaración de un patrocinador principal del Impuesto IEPS de que había sido adoptado “para proteger la industria azucarera nacional.” Asimismo, el hecho de que el impuesto no produjo ingresos destaca los motivos ulteriores que lo subyacen. Del mismo modo que la ausencia de “toda justificación racional” para el “trato menos favorable *de facto*” otorgado al inversionista extranjero en *Feldman* era prueba de su fin discriminatorio, en este caso también el Impuesto IEPS (así como la adopción de un requisito de permiso de importación sin criterio para obtenerlo) puede explicarse de forma procedente sólo por la hostilidad de México hacia los productores de JMAF de los EUA y su favoritismo hacia los productores nacionales de azúcar (muchos de los cuales eran propiedad del gobierno).

c. **Con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de una inversión.**

208. El elemento final de la demanda de Cargill en virtud del Artículo 1102 queda claramente cumplido. Si bien el negocio de JMAF de Cargill en México estaba *establecido* antes de las medidas que México adoptó contra el JMAF, dichas medidas impidieron que Cargill *adquiriera* otros clientes o conservara los existentes, que *expandiera* sus operaciones de Cargill de México con respecto a su negocio de JMAF en México, que *administrara, condujera* u *operara* su negocio de JMAF en México o que *vendiera* o de otro modo *dispusiera* de una inversión que se consideró efectivamente improductiva

315 Occidental Exploration and Production Co. v. Republic of Ecuador, Laudo final del 1 de julio de 2004, Caso N° UN 3467 administrado por LCIA, ¶ 177 (C-LA-42).

316 Ver *supra* ¶ 118.

317 Ver *supra* ¶ 130.

318 Feldman v. Mexico, *supra* n. 286, ¶ 182 (C-LA-37).

mientras las medidas tuvieron vigor. Finalmente, como se demuestra en la Parte III.A, *supra*, el negocio de JMAF de Cargill en México sin lugar a dudas constituía una “inversión” según el significado del TLCAN.

C. Las medidas adoptadas por México contra el JMAF constituyeron una violación al Artículo 1103

209. México violó el Artículo 1103, la disposición de nación más favorecida (en adelante NMF) porque su requisito de permiso de importación de JMAF sólo se aplicaba al JMAF importado de los Estados Unidos y no al JMAF importado de Canadá.
210. El Artículo 1103 dispone la protección de NMF a inversionistas de otra Parte del TLCAN y sus inversiones. Dispone:

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

2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea

319 La solicitud de procedimiento arbitral por parte de Cargill no planteó una reclamación en virtud de la NMF en virtud del Artículo 1103. Conforme al Artículo 47 de las Reglas de Mecanismo Complementario del CIADI, una Parte puede presentar otra reclamación siempre que sea “dentro del alcance del acuerdo de procedimiento arbitral de las partes” y se presente “no más tarde que en la respuesta.” La reclamación de Cargill conforme a la NMF cumple con ambos requisitos. Ver *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, Fallo provisional sobre casos de jurisdicción preliminar del 6 de diciembre de 2000, Caso de ICSID N° ARB(AF)/99/1, 18 ICSID Enmendado – FILJ 469 (2003), ¶¶ 53-59, (C-LA-38); *ADF Group Inc. v. United States of America*, Laudo del 9 de enero de 2003, Caso N° -ARB(AF)/00/1, 18 ICSID Enmendado – FILJ 195 (2003), ¶¶ 127-139 (C-LA-24). Ver también, en el contexto de la Regla 20 de CNUDMI, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. v. United States of America*, Fallo sobre objeciones a la jurisdicción del 20 de julio de 2006, TLCAN/CNUDMI, 98-102 (C-LA-35).

320 Ver *supra* ¶ 151.

Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.

211. El Artículo 1103 coincide con la resolución de las Partes del TLCAN de “reducir las distorsiones en el comercio” y con su especificación de “trato de nación más favorecida” como uno de los objetivos principales del TLCAN. Dichas cláusulas referentes a la NMF son habituales en tratados de inversiones para garantizar que los inversionistas extranjeros supeditados al tratado reciban un trato que sea por lo menos igual de favorable que el que reciben otros inversionistas extranjeros en circunstancias similares.
212. El texto del Artículo 1103 es muy similar al texto del Artículo 1102, pero difiere en cuanto a los comparadores correspondientes. Mientras que la obligación de trato nacional prohíbe otorgar un mejor trato a inversionistas nacionales en circunstancias similares, la obligación referente a NMF prohíbe otorgar un mejor trato a los inversionistas de otros países en circunstancias similares.
213. De modo muy similar al Artículo 1102, el Artículo 1103 especifica tres elementos para una reclamación con referencia a la NMF: En primer lugar, el demandante o su inversión deben estar en circunstancias similares a un inversionista de otra Parte o su inversión. En segundo lugar, el estado anfitrión debe otorgar al demandante o a su inversión un trato menos favorable que el que otorga al inversionista o inversión de la otra Parte. En tercer lugar, dicho trato debe ser con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de inversiones. La reclamación de Cargill reúne estos tres elementos.

321 TLCAN, *supra* n. 1, Preámbulo (C-LA-3).

322 Id., Art. 1102(1) (C-LA-3).

323 Ver OECD, Most-Favored Nation Treatment in International Investment Law, Documento de Trabajo N° 2004/2 (C-LA-19).

214. La reclamación de Cargill cumple con el primer elemento debido a que Cargill se encuentra en circunstancias similares a las de los productores canadienses de JMAF. Cargill invirtió en un negocio de JMAF en México que implica el envío de JMAF a México desde los Estados Unidos para su venta y distribución por parte de su subsidiaria mexicana a clientes mexicanos. De modo similar, Corn Products invirtió en un negocio de JMAF en México que implica el envío de JMAF a México desde Canadá para su venta y distribución por parte de su subsidiaria mexicana. Tanto Cargill como Corn Products procuraban importar el mismo producto y competir por las ventas a los mismos clientes. Sus circunstancias no podrían ser más “similares.”
215. La reclamación de Cargill cumple con el segundo elemento debido a que el requisito de permiso de importación de México otorgó a Cargill un trato menos favorable que a Corn Products. Mientras que Cargill debía obtener un permiso para importar su JMAF desde los Estados Unidos o de otro modo pagar aranceles perjudicialmente altos no pertenecientes al TLCAN, Corn Products no tenía la obligación de obtener dicho permiso para importar su JMAF desde Canadá y evitar dichos aranceles. En consecuencia, Corn Products podía importar el JMAF desde Canadá y pagar únicamente el arancel nominal del TLCAN (el cual quedó eliminado por completo 2004). Este trato más favorable hacia el JMAF canadiense comenzó a tener efecto una vez que los amparos contra el Impuesto IEPS abrieron oportunidades para vender el JMAF en México. Las importaciones de JMAF desde Canadá hacia México aumentaron considerablemente en 2005 y 2006. Corn Products aprovechó estas oportunidades y comenzó a enviar JMAF de Canadá a México, en particular para responder a la demanda de Coca-Cola FEMSA.

324 Ver Dictamen pericial de Meyer ¶ 88; Declaración testimonial de Ortega ¶ 101; Declaración testimonial de Cotter ¶ 68.

325 Ver Dictamen pericial de Meyer ¶¶ 126-127.

326 The United States and Mexico Resolve Sweetener Dispute, *supra* n. 254, en 17, Figura 7 (C-Ex.-264).

Por otro lado, Cargill se vio obligado a permanecer al margen debido al requisito discriminatorio de permiso de importación.

216. México tenía pleno conocimiento del trato menos favorable otorgado al JMAF de Cargill comparado con el otorgado al JMAF de Canadá. Un funcionario del Secretario de Economía confirmó esta discriminación en una reunión del 2 de marzo de 2005 con representantes de Cargill, diciéndoles que se autorizaban envíos de JMAF de Canadá a México sin el permiso y con el bajo arancel del TLCAN. La negativa de México de anunciar un criterio para obtener el permiso requerido y sus habituales negativas a las solicitudes de permisos de Cargill simplemente destacaron el objetivo de esta medida: poner fin a las importaciones de JMAF originarias de los Estados Unidos a toda costa.
217. Finalmente, la reclamación de Cargill cumple con el tercer elemento debido a que el requisito de permiso de importación impuesto por México impidió que Cargill condujera u operara su negocio de JMAF en México. El Artículo 1103 se dispuso con el fin de impedir que una Parte del TLCAN impusiera un efecto de este tipo sobre inversionistas de otra Parte del TLCAN y permitiera que inversionistas de la tercera Parte del TLCAN (o de cualquier otro país) escaparan ilesos.
218. El caso más análogo en el contexto del TLCAN es *Cross Border Trucking Services*, una decisión conforme al Artículo 12 con referencia al comercio de servicios. La disputa concernía restricciones de los EUA para servicios transfronterizos de transporte por carretera y para inversiones de México en la industria de transporte por carretera de los Estados Unidos. Específicamente, los Estados Unidos impidieron que las empresas mexicanas de transporte por carretera operaran empresas de transporte por carretera en

327 Declaración testimonial de Cotter ¶ 140; Declaración testimonial de Ortega ¶ 108.

328 Ver *Cross Border Trucking Services*, Informe Final del Panel, N° USA-Mex-98-2008-01, 6 de febrero de 2001 (C-LA-29)

los Estados Unidos y se negó a permitir inversiones mexicanas en empresas que proporcionaban transporte de cargas internacionales a los Estados Unidos. Por el otro lado, las empresas canadienses no tuvieron restricciones para tener acceso al mercado de servicios de transporte por carretera de los EUA. Asimismo, como explicó el panel, si bien las solicitudes de transportistas de los Estados Unidos y de Canadá recibieron igual consideración, los transportistas de México estaban supeditados a una prohibición general. El panel concluyó que dicho trato desigual violaba las obligaciones de NMF de los Estados Unidos en virtud del TLCAN.

219. El trato dispar de México hacia el JMAF importado desde los Estados Unidos y el JMAF importado desde Canadá lleva a la misma conclusión que en *Cross Border Trucking Services*: dicha discriminación viola los requisitos del TLCAN en cuanto a la NMF.

D. Las medidas adoptadas por México contra el JMAF constituyeron una violación al Artículo 1105

220. No obstante si las medidas de un estado anfitrión violan el Artículo 1102 o el 1103, pueden presentar un conflicto con los requisitos del derecho internacional, incluyendo un trato justo y equitativo. El Artículo 1105(1) del TLCAN dispone:

Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho

329 Id. ¶ 1.

330 Id. ¶ 146.

331 Id. 278, 295.

332 Id. ¶ 295.

333 La exclusión impositiva aplicable a reclamaciones conforme al Artículo 1105 establecidas en el Artículo 2103 del TLCAN no impide la reclamación de Cargill en virtud del Artículo 1105. Si la reclamación de Cargill se basara únicamente en el Impuesto IEPS, quedaría excluida. Sin embargo, como se detalla a continuación, la reclamación de Cargill en virtud del Artículo 1105 se basa en la campaña diversificada de México contra el JMAF, de la cual el Impuesto IEPS era sólo un componente. Asimismo, el requisito de permiso de importación de JMAF adoptado por México (otro elemento de la campaña) solamente habría sido suficiente como para constituir una violación al Artículo 1105.

internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

221. En julio de 2001, la Comisión de Libre Comercio (en adelante CLC), en virtud del Artículo 1131 del TLCAN, aclaró que el Artículo 1105 “*dispone la norma mínima de trato conforme al derecho internacional habitual de extranjeros como la norma mínima de trato que debe otorgarse a inversiones de inversionistas de otra Parte*” y “*no requiere trato adicional ni más allá del que requiere la norma mínima conforme al derecho internacional habitual de trato de extranjeros.*”
222. Esta interpretación coincide con la perspectiva del tribunal en *S.D. Myers*, que explicó que la “norma mínima” es la base debajo de la cual no debe llegar el trato de inversionistas extranjeros”, y que un incumplimiento del Artículo 1105 ocurre cuando “un inversionista ha recibido un trato tan injusto o arbitrario que llega a un nivel que es inaceptable desde la perspectiva [de derecho] internacional.”
223. En consecuencia, el Artículo 1105 expresa la obligación conforme al derecho internacional de una Parte del TLCAN de otorgar a los inversionistas extranjeros un trato justo y equitativo. El significado de “justo y equitativo” del derecho internacional concuerda con su “significado común”: “imparcial”, “parejo”, “neutral” y “legítimo.”
224. El significado de “justo y equitativo” del derecho internacional ha evolucionado con los años. Como concluyó el tribunal en *Pope & Talbot* al aplicar la interpretación de CLC, la norma de trato a la que tienen derecho los inversionistas extranjeros en virtud del derecho internacional ya no es tan

334 Aclaraciones de la Comisión de Libre Comercio con referencia al Capítulo 11 del TLCAN (31 de julio de 2001) (C-LA-1).

335 *S.D. Myers v. Canada*, *supra* n. 4, ¶¶ 259, 263 (C-LA-48).

336 *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, Laudo de julio 14, 2006, ICSID Caso N° ARB/01/12, ¶ 360 (C-LA-25).

limitada como lo era en la época del fallo de *Neer* en 1926. La Organización de Cooperación y Fomento Económico (en adelante OECD) también ha concluido que “la norma mínima se refiere a un derecho habitual internacional en evolución que no está ‘congelado’ en el tiempo sino que puede evolucionar con el tiempo según la práctica general y uniforme de los estados y *opinio juris* según se refleje en la jurisprudencia relacionada con la interpretación y aplicación de estos tratados.”

225. De hecho, las tres Partes del TLCAN han acordado que la norma de derecho internacional en cuanto a lo que constituye un trato injusto y desigual ha estado evolucionando. México, por ejemplo, ha declarado “que la norma es relativa y bien se puede considerar que la conducta que pueda no haber violado el derecho internacional en la década del veinte ofende hoy principios de aceptación internacional.”

226. En años recientes, un volumen considerable de derecho jurisprudencial ha concedido significado y contenido específicos a la norma de “trato justo y equitativo.” Patrones reiterativos de hechos y similitudes periódicos entre los casos han dado lugar a que tribunales y autoridades internacionales en la materia expresen categorías de conducta que claramente viola la norma. El resultado es un consenso incipiente de que la norma de “trato justo y equitativo” está compuesta por varios elementos, cada uno de los cuales marca un nivel mínimo de protección que tiene derecho a recibir un inversionista extranjero.

337 Ver *Pope & Talbot Inc. v. the Government of Canada*, Laudo con respecto a daños y perjuicios del 31 de mayo de 2002, TLCAN/CNUDMI, ¶¶ 63-65 (C-LA-44); acuerdo *Azurix v. Argentina*, *supra* n. 336, ¶ 368 (“Los tribunales arbitrales conforme al TLCAN han fallado, después de la interpretación de la CLC, que el derecho internacional usual que debe aplicarse es el derecho internacional en vigor en 1944 y no en 1927.”) (C-LA-25).

338 OECD, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, Documento de Trabajo N° 2004/3, en 40 (2004) (C-LA-18).

339 *Id.*, en 11-12.

340 *Id.*, en 12, que cita la segunda presentación de los Estados Unidos Mexicanos en *ADF v. United States*, *supra* n. 319, en 15 (C-LA-24).

227. Como explicó el panel del TLCAN en *Tecmed*, el Artículo 1105(1)

requiere que las Partes Contratantes otorguen un trato a las inversiones internacionales que no afecte las expectativas básicas que tomaron en cuenta los inversionistas extranjeros para efectuar la inversión. El inversionista extranjero espera que el Estado anfitrión actúe de manera coincidente, sin ambigüedad y con total transparencia en sus relaciones con el inversionista extranjero.

228. De modo similar, después de examinar el análisis de numerosos tribunales internacionales incluyendo tribunales del TLCAN, en un caso reciente un tribunal concluyó que

la norma del trato justo y equitativo consiste en la conducta uniforme y transparente del Estado anfitrión, sin ambigüedad que implique la obligación de otorgar y mantener un marco legal estable y previsible necesario para cumplir las expectativas justificadas del inversionista extranjero.

229. Como se demuestra a continuación, México ha violado el Artículo 1105 debido a que sus medidas contra el JMAF se han desviado en gran medida de estas normas. Las medidas impuestas por México eliminaron un entorno estable y previsible para las inversiones, invalidaron las expectativas razonables de Cargill y fueron arbitrarias, ambiguas, discordantes y para nada transparentes.

d. **Las medidas adoptadas por México contra el JMAF no permitieron un entorno estable y predecible para las inversiones e invalidaron las expectativas razonables de Cargill**

341 *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. the United Mexican States*, Laudo del 29 de mayo de 2003, ICSID Caso N° ARB(AF)/00/2, 19 ICSID Rev.-FILJ 158 (2004), ¶ 154 (C-LA-52).

342 *LG & E Energy Corp. v. The Argentine Republic*, Fallo sobre responsabilidad civil del 3 de octubre de 2006, ICSID Caso N° ARB/02/1, ¶ 131 (C-LA-36).

230. En vista del Preámbulo del TLCAN que dispone “un marco comercial previsible para la planeación de las actividades productivas y de la inversión”, los tribunales consideran que un marco comercial previsible es un elemento esencial del trato justo y equitativo. En consecuencia, las medidas de un país anfitrión que invalidan las expectativas de dicho marco violan el Artículo 1105.
231. Los negocios no pueden prosperar en un entorno inestable e imprevisible. Por lo tanto, como explicó el tribunal en *Tecmed*, la inclusión de un texto referente a un trato “justo y equitativo” en un tratado exige que las partes “otorguen un trato a las inversiones internacionales que no afecte las expectativas básicas que el inversionista extranjero tomó en cuenta para efectuar la inversión.”
232. Las principales autoridades en la materia están de acuerdo. En las palabras de Vaughn Lowe, “ahora se considera ‘injusto’ o ‘desigual’ que un estado efectúe cambios sustanciales en el entorno comercial que predominaba cuando el inversionista se comprometió a su inversión.”
233. Al firmar el TLCAN en 1994, México manifestó que cumpliría con las disposiciones del tratado y abriría sus mercados a inversionistas de los Estados Unidos y de Canadá. Cargill esperó razonablemente que México no tomara medidas especiales para perjudicar su inversión en un negocio de JMAF en México. México sin embargo procedió a modificar las reglas en las que Cargill basó sus expectativas legítimas y sus decisiones respecto de las inversiones, y por lo tanto no otorgó un trato justo y equitativo a la inversión de Cargill. Al igual que en *Occidental Petroleum*, donde el tribunal falló que

343 E.g., *Tecmed v. Mexico*, *supra* n. 341, ¶ 154 (C-LA-52).

344 Id. Ver también *LG&E v. Argentina*, *supra* n. 342, ¶ 127 (C-LA-36); *Azurix v. Argentina*, *supra* n. 336, ¶¶ 345, 371 (C-LA-25); *Occidental v. Ecuador*, *supra* n. 315, ¶ 183 (el derecho internacional reconoce que “la estabilidad del marco legal y comercial [es] un elemento esencial del trato justo y equitativo”) (C-LA-42).

345 Vaughn Lowe, *Regulation or Expropriation?*, en 55 *Current Legal Problems* 447, 455 (Oxford U. Press 2002) (C-LA-94).

Ecuador había brindado un trato injusto y desigual a un inversionista extranjero al cesar el reembolso de pagos VAT como lo había hecho anteriormente, aquí también las medidas impuestas por México contra el JMAF anularon las aplicaciones previas de impuestos e importación en los que Cargill se había basado razonablemente cuando efectuó sus inversiones.

234. La previsibilidad y la estabilidad eran de suma importancia para Cargill cuando decidió invertir en la industria de edulcorantes en México. Como explicó Michael Urbanic, ex Presidente de la unidad comercial Corn Milling North America de Cargill, Cargill nunca habría aumentado su capacidad para responder a la creciente demanda mexicana si no hubiera sido por la estabilidad que disponía el TLCAN:

Después de la firma del TLCAN, siempre esperé que nuestros tratos con México se dieran sin problemas y recibir un trato justo y equitativo. Estas expectativas habían influido sobre mi decisión de efectuar una importante inversión en el mercado de edulcorante de México, inversión que según me habían hecho creer estaría respaldada por el gobierno mexicano.

235. Durante los primeros años del TLCAN, México proporcionó un marco legal y comercial estable: su mercado de edulcorantes funcionaba como se esperara razonablemente, supeditaba las importaciones de JMAF al bajo y decreciente arancel del TLCAN y la capacidad de JMAF se aumentó para responder a la creciente demanda de México. Pero las medidas contra el JMAF adoptadas por México desequilibraron dicho marco, imposibilitaron el éxito de las inversiones en JMAF y transformaron las inversiones de Cargill en un mayor suministro en un desperdicio de recursos. La estabilidad, previsibilidad y expectativas razonables de Cargill fueron invalidadas por parte de México con los derechos antidumping, el Impuesto IEPS, los requisitos de un permiso

346 Occidental v. Ecuador, *supra* n. 315, ¶¶ 185-86 (C-LA-42).

347 Declaración testimonial de Urbanic ¶ 31.

de importación imposible de obtener y la decisión del gobierno de eliminar la amenaza competitiva del JMAF a toda costa. Al igual que el demandado en *CME v. Czech Republic*, México “no cumplió con su obligación de otorgar un trato justo y equitativo debido al destripamiento de los acuerdos sobre los cuales se indujo al inversionista extranjero a invertir.”

236. En consecuencia, las embotelladoras mexicanas que querían usar el JMAF de costo más bajo se vieron obligadas a apartarse de Cargill de México hacia el azúcar de costo más alto que ofrecían los productores nacionales. Los contratos de Cargill de México con clientes importantes como Coca-Cola Azteca se convirtieron en papeles inservibles. Lo que había sido una oportunidad redituable de responder a la creciente demanda mexicana de JMAF se convirtió en un desierto improductivo en el que las inversiones de JMAF se secaron y quedaron moribundas. Esta información del panorama de inversiones no puede considerarse un riesgo comercial legítimo porque no fue consecuencia de factores económicos naturales, como por ejemplo la inflación. Se debió exclusivamente a medidas hostiles adoptadas por el gobierno anfitrión.
237. La irregularidad de las medidas adoptadas por México se confirman con su sentido de la oportunidad. Cuando se estaban por revocar los derechos antidumping después de que los tribunales de la OMC y del TLCAN los declararon ilegales, México de pronto impuso el Impuesto IEPS. Cuando el Impuesto IEPS fue susceptible de ser evadido después de que las embotelladoras comenzaron a prevalecer con sus amparos, México retuvo el criterio para obtener un permiso de importación a fin de asegurar que Cargill no recibiera uno. Esta es la conducta de un gobierno comprometido a socavar e invalidar un entorno comercial estable y las expectativas razonables de los inversionistas. Como tal, violó la garantía del TLCAN con referencia al trato justo y equitativo.

348 *CME Czech Rep. B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, Laudo parcial del 13 de septiembre de 2001, CNUDMI, ¶ 611 (C-LA-28).

e. **Las medidas adoptadas por México contra el JMAF fueron arbitrarias, ambiguas y contradictorias**

238. Según lo explicó el tribunal del TLCAN en *Tecmed*, un inversionista extranjero “*espera que el Estado anfitrión actúe de forma coincidente, es decir, sin revocar de forma arbitraria ninguna decisión o permiso preexistente expedido por el Estado en los que el inversionista se basó para asumir sus compromisos así como para planear y lanzar sus actividades comerciales y empresariales.*” México no se atuvo a esta expectativa.
239. Las medidas impuestas por México fueron arbitrarias. Como se demuestra anteriormente, el Impuesto IEPS no se proponía generar ingresos sino que se impuso únicamente en respuesta a la presión política y proteccionista nacional. Su único fin fue expulsar al JMAF del mercado de edulcorantes de refrescos al elevar el costo del suministro de JMAF a embotelladoras mexicanas a un nivel prohibitivo. El requisito del permiso de importación tampoco se relacionó razonablemente con ningún fin ajeno a mantener al JMAF proveniente de los Estados Unidos fuera de México. Su arbitrariedad se destacó al no anunciar México nunca un criterio para obtener el permiso.
240. Las medidas impuestas por México también fueron ambiguas. Lo que supuestamente era un impuesto a los refrescos era en realidad un impuesto al JMAF. Al aplicar el impuesto a los refrescos y luego eximir a los refrescos endulzados únicamente con azúcar de caña, México no estaba realmente aplicando un impuesto en absoluto sino en cambio un impedimento para que los proveedores de JMAF consiguieran o conservaran a los clientes de refrescos. Bajo la apariencia de un impuesto “neutral”, México estaba entonces particularizando a los productores de JMAF y ejerciendo una conducta puramente anticompetitiva.
241. Finalmente, as medidas impuestas por México fueron contradictorias. Lejos de actuar con uniformidad, México en un comienzo dio el mismo trato

349 *Tecmed v. Mexico*, *supra* n. 341 ¶ 154 (C-LA-52).

impositivo al azúcar y al JMAF, sólo para cambiar de rumbo y aplicar un impuesto del 20% sobre los refrescos que contuvieran JMAF (que como se explicó anteriormente representaba un impuesto del 400% sobre el mismo JMAF), y de modo similar cambió de rumbo al imponer el requisito de permiso de importación imposible de obtener para las importaciones de JMAF ocho años después de que el TLCAN cobrara vigencia. Como indicó el tribunal del TLCAN en *Gami Investments*: “La imposición de un nuevo requisito de licencia puede por ejemplo percibirse de forma bastante diferente si aparece sobre una tabla rasa o si se trata de una repudiación arbitraria de una aplicación de permisos preexistente sobre el cual se demuestre que se basó un inversionista extranjero.” Al igual que en el caso *Occidental Petroleum* se consideró que Ecuador había otorgado a un inversionista extranjero un trato injusto y desigual al dejar de rembolsar los pagos de VAT que había efectuado anteriormente, estos cambios de rumbo por parte de México violaron su obligación de brindar un trato justo y equitativo.

f. Las medidas adoptadas por México contra el JMAF no fueron transparentes

242. La transparencia es una protección vital para los inversionistas extranjeros. El Artículo 102 del TLCAN incluye la “transparencia” entre sus objetivos principales, y existen requisitos de transparencia también en otros artículos del TLCAN.
243. El TLCAN también “*requiere que ‘cada una de las Partes se asegurará de que sus leyes, reglamentos, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general que se refieran a cualquier asunto comprendido en este*

350 GAMI Investments, Inc. v. the Government of the United Mexican States, Laudo final del 15 de noviembre de 2004, TLCAN/CNUDMI, ¶ 91 (C-LA-33).

351 Occidental v. Ecuador, *supra* n. 315, ¶¶ 185-86 (C-LA-42).

352 Ver LG&E v. Argentina, *supra* n. 342, ¶ 128 (C-LA-36).

353 TLCAN, *supra* n. 1, Artículos 1306, 1411 (C-LA-3).

Tratado se publiquen a la brevedad o se pongan a disposición para conocimiento de las personas o Partes interesadas’.” El TLCAN también requiere que “*en la medida de lo posible, cada una de las Partes: (a) publicará por adelantado cualquier medida que se proponga adoptar, y (b) brindará a las personas y Partes interesadas oportunidad razonable para formular observaciones sobre las medidas propuestas.*”

244. El tribunal de *Tecmed* destacó que una Parte del TLCAN debe actuar

con total transparencia en sus relaciones con el inversionista extranjero, de modo que pueda conocer por adelantado cualquier y toda regla y reglamento que regirá sus inversiones, así como los objetivos de las normas y procedimientos o directrices administrativos pertinentes a fin de poder planear su inversión y cumplir con dichos reglamentos. Cualquier y toda acción del Estado que cumpla con dicho criterio debe corresponder no sólo con las pautas, directrices o requisitos expedidos, o las resoluciones adoptadas en virtud de ellos, sino también con los objetivos que subyacen dichos reglamentos.

245. Con la aplicación de la norma, el tribunal en *Tecmed* determinó una ausencia de transparencia por parte de México, en parte debido a que México no “inició ninguna forma de diálogo” con el inversionista acerca de la “medida drástica” que estaba a punto de poner en práctica sin aviso previo.

246. De modo similar, en *Pope & Talbot*, el tribunal determinó una violación al Artículo 1105 basándose en el manejo que Canadá hizo de un proceso de “revisión de verificación” administrativa. Falló que la entidad canadiense en cuestión se negó a explicar el motivo por el cual era necesaria la verificación

354 Id., Art. 1802(1).

355 Id., Art. 1802(2).

356 *Tecmed v. Mexico*, *supra* n. 341, ¶ 154 (C-LA-52).

357 Id. ¶ 173.

“basándose en cambio en meras declaraciones positivas de autoridad y en amenazas de que la asignación [del demandante] podría cancelarse, reducirse o suspenderse en caso de no aceptar la verificación.” El tribunal también estaba “perturbado por el tenor y ausencia de franqueza” de parte de la entidad. El tribunal concluyó que la conducta de la entidad iba “mucho más allá de fallas y errores inocentes” inherentes al reglamento administrativo y en cambio representaban “nada menos que una negativa del trato justo que exige el Artículo 1105 del TLCAN.”

247. La UNCTAD ha proporcionado una útil descripción de dos maneras en las cuales la transparencia cumple una función esencial al otorgar un trato justo y equitativo a inversionistas:

El concepto de transparencia concuerda con el trato justo y equitativo por lo menos de dos maneras significativas. En primer lugar, el concepto de trato justo y equitativo puede requerir transparencia por rutina . Si un Estado anfitrión debe imponer leyes, decisiones administrativas y otras decisiones vinculantes a un inversionista extranjero, entonces la justicia exige que se informe al inversionista acerca de dichas decisiones antes de que sean impuestas. . . . En segundo lugar, cuando un inversionista extranjero desea establecer si una determinada acción de un Estado es justa y equitativa, en la práctica, el inversionista deberá determinar las reglas pertinentes con respecto a la acción del Estado. El grado de transparencia del entorno reglamentario por lo tanto afectará la capacidad del inversionista de determinar si se ha otorgado un trato justo y equitativo en cualquier caso dado.

358 Pope & Talbot v. Canada, *supra* n. 291, ¶¶ 174, 177, 181 (C-LA-46).

359 CNUDMI, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, UNCTAD/ITE/IIT/11, Vol. III, en 51 (1999) (C-LA-20).

248. México violó el requisito de transparencia al adoptar el Impuesto IEPS y el requisito de permiso de importación poco tiempo después de que los funcionarios mexicanos se habían reunido con Cargill para conversar de temas referentes a edulcorantes sin mencionar una palabra acerca de estas futuras medidas.
249. La falta de transparencia por parte de México es especialmente evidente con respecto a los permisos. México nunca anunció el criterio para otorgar dichos permisos ni respondió a las reiteradas preguntas de Cargill con ninguna información referente al modo de obtener un permiso. En cambio, como se describe anteriormente, México anunció –más de un año después de adoptar el requisito del permiso de importación– que publicaría un criterio “cuando existieran las condiciones necesarias para dicho fin” y continuó negando repetidamente todas las solicitudes de dichos permisos.

* * * * *

250. Otro elemento del análisis de “justo y equitativo” es la discriminación. En vez de repetir la prueba de la discriminación de México, por medio del presente Cargill incorpora su manifestación de la discriminación de México de sus alegatos referentes a los Artículos 1102 y 1103, *supra*.
251. La injusticia y desigualdad de la conducta de México no puede atribuirse a ninguna medida en particular. Al igual que el tribunal en Tecmed no se concentró únicamente en la negativa por parte de México de renovar el permiso de aterrizaje que era central para la reclamación del demandante sino en cambio en “el marco más amplio de conducta general” adoptado por México hacia el inversionista y su inversión, aquí también el Tribunal debe

360 Ver *supra* ¶ 154.

361 Ver S.D. Myers v. Canada, *supra* n. 4, ¶ 266 (C-LA-48); Eureka B.V. v. Republic of Poland, Laudo parcial de 18 de agosto de 2005, CNUDMI, ¶¶ 231-34 (C-LA-32); Saluka Investments BV (The Netherlands) v. The Czech Republic, Laudo parcial de 17 de marzo de 2006, CNUDMI, Permanent Court of Arbitration, ¶¶ 312-26 (17 de marzo de 2006) (C-LA-51).

362 Tecmed v. Mexico, *supra* n. 341, ¶ 165 (C-LA-52).

concentrarse en la campaña prolongada e inflexible para expulsar fuera del mercado a los productores de JMAF de los EUA y sus inversiones de JMAF en México.

252. En el fondo, las palabras “injusto y desigual” se ajustan a la conducta de México como anillo al dedo. Con los productores azucareros de México inundados de dificultades económicas debido a continuas ineficiencias e incapaces de competir eficazmente contra el JMAF más económico, el gobierno mexicano se apoderó de los ingenios de azúcar y procuró atenuar sus propias pérdidas al imponer poco después el Impuesto IEPS y el requisito de permiso de importación a los productores de JMAF. El Artículo 1105 del TLCAN fue adoptado a fin de impedir dicha conducta y de garantizar un recurso para los inversionistas que cayeran víctimas de la misma en caso de que suceda de todos modos.

E. Las medidas adoptadas por México contra el JMAF constituyeron una violación al Artículo 1106.

253. El Artículo 1106 del TLCAN prohíbe que una de las Partes favorezca a su proveedores de servicios o productos nacionales al imponer requisitos de desempeño que probablemente tengan dicho efecto. Como es especialmente pertinente en este caso, el Artículo 1106(3) dispone:

*Ninguna de las Partes podrá condicionar la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo la misma, en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista de un país Parte o no Parte, al cumplimiento de cualquiera de los siguientes requisitos * * * (b) comprar, utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos en su territorio, o a comprar bienes de productores en su territorio.*

254. Como han advertido los comentaristas, el Artículo 1106 tiene una amplia aplicación destinada a asegurar “iguales oportunidades de participación para

363 Ver *supra* ¶¶ 111, 113.

inversionistas” y evitar que los países del TLCAN “usen requisitos de desempeño para distorsionar decisiones referentes a inversiones a su favor.” El Artículo 1106 por lo tanto ayuda a poner en práctica la resolución de las Partes del TLCAN de “reducir distorsiones en el comercio.”

255. Al aplicar los claros términos del Artículo 1106(3)(b), el Impuesto IEPS aplicado por México violó dicha disposición al condicionar el recibo de una ventaja impositiva al uso del azúcar de caña de producción nacional como edulcorante por parte de las embotelladoras de refrescos. Como se describe anteriormente, dicha condición dio lugar a que las embotelladoras abandonaran al JMAF como edulcorante y expulsaran al JMAF fuera del mercado mexicano, causando un daño grave a Cargill y a Cargill de México.
256. Las reclamaciones en virtud del Artículo 1106 del TLCAN no han sido frecuentes hasta la fecha. Los tribunales en *Pope & Talbot* y en *S.D. Myers* abordaron reclamaciones iniciadas en virtud del Artículo 1106(1)(a) que se refiere sólo a *exportaciones* desde el país anfitrión y por lo tanto no tiene relevancia aquí. El caso más análogo que se refiere al Artículo 1106 es *ADF Group*.
257. En *ADF Group*, el inversionista era una empresa canadiense de acero con inversiones en los Estados Unidos. La licitación de ADF para producir el acero para un proyecto de carreteras estatales fue rechazado debido a la regla del gobierno de los EUA de “Buy America” que condicionaba el financiamiento federal para proyectos estatales al uso de acero de origen estadounidense. ADF reclamó que esta medida violaba el Artículo 1106(1)(b) y (c). El tribunal concedió que el requisito “Buy America” habría

364 Meg N. Kinnear et al., *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, § 1106, en 11 (2006) (C-LA-92).

365 TLCAN, *supra* n. 1, Preámbulo (C-LA-3).

366 *ADF v. United States*, *supra* n. 319 (9 de enero de 2003) (C-LA-24).

367 *Id.* ¶¶ 81-82.

violado el Artículo 1106 de no ser por una exención para adquisiciones del gobierno.

258. Del mismo modo que la condición de financiamiento federal en *ADF Group* efectivamente requería que los estados favorecieran a los productores de acero nacionales sobre los extranjeros, en este caso el Impuesto IEPS efectivamente requería que las embotelladoras mexicanas favorecieran a los productores de edulcorantes nacionales sobre los extranjeros. Sin embargo, a diferencia de *ADF Group*, en este caso no se aplica ninguna adquisición ni otra exención del Artículo 1106. En conformidad, el tribunal debe fallar que el Impuesto IEPS violó el Artículo 1106 del mismo modo que el tribunal lo habría hecho en *ADF Group* si no hubiera sido por la exención de la adquisición.
259. Fuera del contexto del TLCAN, los requisitos de desempeño fueron el punto litigioso en un procedimiento en virtud de GATT, *Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act*. El panel concluyó que el requisito de Canadá de que ciertos inversionistas extranjeros compraran bienes de origen canadiense representó un requisito de desempeño en violación de la obligación de trato nacional de Canadá en virtud del Artículo III 4 de GATT. De modo similar, en *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, un panel de la OMC falló que los incentivos impositivos y arancelarios de Indonesia para que los productores de vehículos motorizados utilizaran cantidades específicas de partes fabricadas en Indonesia violaba el

368 Id. ¶ 174.

369 Las exenciones de la prohibición de requisitos de desempeño se incluyen en el texto del Artículo 1106 y en anexos correspondientes. Ver TLCAN, *supra* n. 1, Art. 1106(4), 1106(6) y 1108 y Anexos I y III (C-LA-3).

370 Canadá – Administration of the Foreign Investment Review Act, Informe del Panel, L/5504-30S/140, 7 de febrero de 1984 (C-LA-5).

371 Id. ¶¶ 5.8-5.10.

GATT y otros acuerdos de comercio. Los paneles llegaron a estas conclusiones no obstante cualquier prohibición específica de requisitos de rendimiento en el GATT.

260. Al igual que en estos casos, el Impuesto IEPS de México efectivamente condicionó los beneficios de las compras de edulcorantes nacionales en perjuicio de inversionistas extranjeros, incluyendo a Cargill. De ese modo México impuso un requisito prohibido de desempeño y violó el Artículo 1106 del TLCAN.

F. Las medidas adoptadas por México contra el JMAF constituyeron una violación al Artículo 1110.

261. El Artículo 1110(1) del TLCAN prohíbe que una de las Partes efectúe una expropiación directa o indirecta o que tome medidas equivalentes a una expropiación a menos que proporcione una indemnización justa. El Artículo 1110(1) dispone que:

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

(a) por causa de utilidad pública

(b) sobre bases no discriminatorias

(c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1) y

(d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.

262. Las medidas impuestas por México contra el JMAF fueron una expropiación indirecta o equivalentes a una expropiación. Una expropiación indirecta ocurre cuando medidas del gobierno que no afectan la apropiación física de la

372 Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry, Informe del Panel, *supra* n. 288 (C-LA-7).

inversión de todos modos dan lugar a “una depreciación considerable del valor [de] los bienes del inversionista extranjero.” En la actualidad “la mayor parte de los analistas concuerdan [en] el ‘método de evaluación de la equidad de baremos utilizados en la calificación de solicitudes de créditos o préstamos’: una expropiación indirecta ocurre cuando las medidas del gobierno tienen el efecto de privar al inversionista de toda o casi toda su inversión.” El término “equivalente a una expropiación” del Artículo 1110(1) se refiere a “acciones o conducta que no expresan explícitamente el fin de privar de derechos o bienes, pero en realidad tienen ese efecto.” Por lo tanto, una medida es equivalente a una expropiación si el inversionista “fue privado radicalmente de el uso y usufructo económico de sus inversiones, y si los derechos relacionados a los mismos –como por ejemplo los ingresos o beneficios relacionados con la [inversión]– han dejado de existir.”

263. Las medidas adoptadas por México contra el JMAF corresponden a dichas definiciones. Tuvieron el efecto de privar a Cargill del ingreso y otros beneficios de su inversión en su negocio de JMAF en México desde el momento en que dichas medidas fueron adoptadas hasta el presente. Al igual que el demandante en *CME v. The Czech Republic*, donde el tribunal determinó que existía una expropiación indirecta, Cargill quedó “como empresa con bienes pero sin negocio” debido a las medidas impuestas por México.

264. Dicha conclusión concuerda con el establecido principio de derecho internacional de que una expropiación puede ocurrir en ausencia de un

373 CNUDMI, Acuerdos de Inversiones Internacionales: Puntos Fundamentales en 259 (2004) (C-LA-21); acuerdo Schreuer, Christoph Schreuer, *The Concept of Expropriation Under the ETC and Other Investment Protection Treaties*, 2 *Transnational Dispute Management* 1, ¶¶ 28-29 (mayo de 2005) (C-LA-96).

374 Meg N. Kinnear et al., *Investment Disputes under NAFTA*, *supra* n.364, § 1110, en 15 (C-LA-92).

375 *Tecmed v. Mexico*, *supra* n. 341, ¶ 114 (C-LA-52).

376 *Id.* ¶ 115.

377 *CME*, *supra* n. 348, ¶ 591 (C-LA-28).

decreto expropiatorio o de la confiscación efectiva de propiedad. Lo que determina si ha ocurrido o no una expropiación es la índole y el impacto de las medidas en cuestión y no su categorización.

265. Por lo tanto, en las palabras del tribunal del Capítulo 11 del TLCAN, un tribunal “no debe ‘limitarse a evaluar si ha ocurrido una expropiación o enajenación formal sino que debe ver más allá de las apariencias y determinar la situación verdadera tras la situación que fue denunciada.”
266. Sobre todo, los tribunales que adjudican reclamaciones de expropiaciones deben determinar si las medidas en cuestión constituyeron o no reglamentos estrictamente legítimos y habituales o si en cambio fueron lo suficientemente extraordinarias y atroces como para constituir una expropiación. Por lo tanto, por ejemplo, un tribunal de ICSID recientemente rechazó la posición de Hungría de que sus medidas impugnadas, que dieron lugar a que el demandante se viera privado de su inversión en la operación del aeropuerto de Budapest, “fueron puramente un ejercicio de sus derechos en virtud del derecho internacional para regular sus asuntos económicos y legales nacionales.” El tribunal explicó que “el ejercicio de dichos derechos no es ilimitado y debe tener sus límites.”
267. Existen tres factores que cumplen una función esencial en la distinción entre reglamentos habituales y expropiación: el grado de impacto económico sobre

378 Id. ¶¶ 115-116; Reisman & Sloane, *Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation*, 74 *Brit. Y.B. Int'l Law* 9, 15 (2003) (C-LA-101); Charles N. Brower, *Current Developments in the Law of Expropriation and Compensation: A Preliminary Survey of Awards of the Iran-United States Claims Tribunal*, 21 *Int'l Lawyer* 639, § 2A (1987) (C-LA-95).

379 *Tecmed v. Mexico*, *supra* n. 341, ¶ 116 (C-LA-52).

380 *ADC Affiliate Ltd. and ADC & ADMC Management Ltd. v. the Republic of Hungary*, *Laudo del 2 de octubre de 2006*, ICSID Caso N° ARB/03/16, ¶ 423 (C-LA-23).

la inversión, el grado en que la medida interfirió con las expectativas razonables del inversionista y la duración de la medida.

g. Las medidas adoptadas por México contra el JMAF tuvieron un efecto grave sobre el valor económico de la inversión de Cargill

268. Según el derecho y procedimiento internacionales, “la gravedad del efecto económico es el criterio decisivo cuando se trata de determinar si ha ocurrido una expropiación indirecta o una medida equivalente a una expropiación.” Una expropiación ocurre “si la interferencia es considerable y priva al inversionista de todos o la mayor parte de los beneficios de la inversión.”
269. El grado del efecto económico ayuda a distinguir una expropiación de un estricto ejercicio de autoridad reguladora. Por cuanto medida reguladora “es una expresión común del ejercicio de la facultad política del estado que conlleva una disminución de bienes o derechos”, una expropiación “priva a dichos bienes y derechos de toda esencia verdadera.” Para distinguir entre ambos, un tribunal debe determinar “el grado en que el inversionista está privado de sus bienes o derechos.”
270. En *Tecmed*, el tribunal falló que el hecho de que México no renovara un permiso para un terreno de residuos peligrosos “neutralizó o destruyó” el “valor económico del uso, usufructo o disposición” de la inversión del demandante y que estos “efectos reales” determinaban que la acción

381 Ver Schreuer, *The Concept of Expropriation Under the ETC and other Investment Protection Treaties*, *supra* n. 373, ¶¶ 80, 82-83 (C-LA-96); Jack Coe and Noah Rubins, *Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions*, in *International Investment Law And Arbitration: Leading Cases From The ICSID, NAFTA, BILATERAL TREATIES AND CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW*, en 597, 605 (Todd Weiler ed., 2005) (C-LA-90).

382 Schreuer, *The Concept of Expropriation Under the ETC and other Investment Protection Treaties*, *supra* n. 373, ¶ 81 (C-LA-96).

383 *Id.*

384 *Tecmed v. Mexico*, *supra* n. 341, ¶ 115 (C-LA-52).

385 *Id.*

administrativa era una expropiación. Al advertir que “la destrucción del valor económico del terreno debería determinarse desde el punto de vista del inversionista en el momento en que efectuó dicha inversión”, el tribunal se concentró en la incapacidad del demandante de rescatar el valor de la inversión por otros medios (como por ejemplo la venta).

271. Nuevamente, en *Middle East Cement*, el tribunal falló que Egipto había violado la disposición de expropiación del BIT de Egipto y Grecia al prohibir la importación de ciertos tipos de cemento durante cuatro meses. Conforme al tribunal, esta medida que aparentemente no afectaba la licencia de diez años del demandante para importar cemento, de todos modos paralizó las operaciones del inversionista y efectivamente lo privó “del uso y beneficio de su inversión.”
272. De modo similar, como se describe anteriormente, el Impuesto IEPS y el requisito de permiso de importación impuestos por México privaron a la inversión de Cargill de “toda esencia verdadera” al impedir que Cargill obtuviera ningún beneficio económico de la misma. En efecto, el negocio de JMAF de Cargill en México se consideró improductivo desde el momento en que se pusieron en práctica las medidas que México adoptara contra el JMAF.
273. Este caso no es como *Pope & Talbot*, en el que el tribunal no determinó una expropiación porque las medidas en cuestión resultaban sólo en una “mera interferencia” y un valor *reducido* de la inversión del demandante. En este

386 Id. ¶ 116.

387 Id. ¶ 117. El tribunal en *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, Laudo del 30 de agosto de 2000, TLCAN/ICSID Caso N° ARB(AF)/97/1, 16 ICSID Enmendado – FILJ 168 (2001), ¶ 183 también determinó la existencia de una expropiación basado en hechos similares (C-LA-39).

388 *Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt*, Laudo del 12 de abril de 2002, ICSID Caso N° ARB/99/6, 18 ICSID Enmendado – FILJ 602 (2003). (C-LA-40).

389 Id. ¶ 107.

390 *Pope & Talbot, Inc. v. the Government of Canada*, Laudo provisional por méritos del 26 de junio de 2000, TLCAN/CNUDMI, ¶¶ 96-98 (C-LA-47).

caso, las medidas impuestas por México efectivamente exiliaron a Cargill del mercado mexicano de JMAF y lo mantuvieron fuera hasta el presente. Cargill no pudo atenuar significativamente el efecto del Impuesto IEPS y el requisito de permiso adoptados por México debido a que toda la industria de JMAF estaba inundada de un exceso de capacidad debido al agotamiento del mercado mexicano. Como se describe anteriormente, Cargill hizo lo que pudo por atenuar el daño cerrando plantas de JMAF y su centro de distribución de Tula, pero no tuvo modo de compensar las ventas de JMAF que éste y Cargill de México perdieron con clientes mexicanos.

h. Las medidas adoptadas por México contra el JMAF invalidaron las expectativas legítimas de Cargill

274. Otro indicador bien establecido de una expropiación es la interferencia en las expectativas legítimas de un inversionista. En *Tecmed*, por ejemplo, el demandante adquirió bienes en México para operar un vertedero de residuos peligrosos que tenía un permiso de operación con renovación indefinida. De acuerdo con el tribunal establecido conforme al Capítulo 11, “la expectativa de los demandantes era de una inversión a largo plazo basándose en la recuperación de sus inversiones y el rendimiento calculado a través de la operación del vertedero durante toda su vida útil.” Por lo tanto, el tribunal concluyó, la negativa de las autoridades mexicanas a renovar el permiso dos años después constituyó una expropiación conforme al significado del Artículo 1110 del TLCAN.
275. De modo similar, el tribunal en *Goetz v. Burundi* falló que Burundi había expropiado una inversión extranjera en una empresa local al revocar una licencia de zona de libre comercio en la cual se había basado el demandante,

391 *Tecmed v. Mexico*, *supra* n. 341, ¶ 36.

392 *Id.* ¶ 151.

393 *Goetz v. Burundi*, Laudo del 10 de febrero de 1999, ICSID Caso N° ARB/95/3, 15 ICSID Enmendado – FILJ 457, 457 (2000) (C-LA-34).

advirtiéndole que la revocación privaba al demandante “*del beneficio que podría haber esperado*” de sus inversiones.”

276. Nuevamente, en un caso reciente de *ADC*, el tribunal falló que la transferencia por parte de Hungría a una entidad del gobierno del derecho del demandante de operar una terminal de aeropuerto y cobrar aranceles afines representaba “el caso más claro de expropiación” en parte debido a que las “legítimas expectativas del demandante fueron de ese modo impedidas.”
277. En este caso, las medidas impuestas por México contra el JMAF invalidaron flagrantemente las expectativas legítimas de Cargill. Como se detalla en los alegatos referentes a la violación al Artículo 1105 por parte de México, *supra*, Cargill esperaba razonablemente que México cumpliera con sus obligaciones conforme al TLCAN y permitiera que la creciente competencia entre el JMAF y el azúcar para endulzar los refrescos de México se decidiera por sus méritos. Al poner en práctica en cambio medidas especiales con el fin y efecto de dar al azúcar nacional una ventaja insuperable en esa contienda competitiva, México invalidó las expectativas legítimas de Cargill por medios artificiales e ilegales. El hecho de que México lo hizo con la adopción y aplicación de leyes destinadas específicamente a poner fin a la venta e importación del JMAF demuestra que no se trataba de un reglamento como era habitual sino de una campaña destinada a destruir una inversión extranjera en particular. En vista del TLCAN, ningún inversionista esperaría razonablemente dicha conducta de parte de un estado anfitrión. Por lo tanto, la conducta de México justifica en gran medida un fallo de expropiación.
278. Este no es un caso en el que Cargill simplemente asumió un riesgo comercial y no pudo prevalecer. Como explicó el tribunal en *ADC* cuando rechazó el alegato de Hungría de que un inversionista debe asumir “el ‘riesgo’ relacionado con el sistema regulador del Estado”, los inversionistas asumen

394 Id. ¶ 124 (énfasis propio).

395 *ADC v. Hungary*, *supra* n. 380, ¶ 304 (C-LA-23).

el riesgo de una inversión “con la expectativa legítima y razonable de que recibirán un trato justo y compensación justa y no lo contrario.”

279. En este caso, Cargill estaba totalmente preparado para los riesgos del mercado. Pero no esperaba razonablemente –ni el derecho requiere que espere- que México apuntaría a su inversión y la agotaría efectivamente durante años sin una indemnización justa.

i. **La larga duración de las medidas adoptadas por México contra el JMAF respaldan la reclamación de expropiación de Cargill**

280. Como se explica anteriormente, las medidas impuestas por México contra el JMAF expropiaron la inversión de Cargill en su negocio de JMAF en México al privarla de valor económico e invalidar las expectativas razonables de Cargill. México puede responder que no puede haber expropiación a menos que la privación sea permanente, y que la inversión de Cargill pronto se restablecerá cuando México anule el Impuesto IEPS y el requisito de permiso de importación conforme al acuerdo reciente entre los Estados Unidos y México. Sin embargo, las medidas que son expropiatorias de otro modo no son menos punibles simplemente porque su duración no es permanente. En cambio, la prueba adecuada sostiene que dichas medidas constituyen una expropiación siempre que sean más que “puramente efímeras.”

281. En *ADC*, el tribunal rechazó el alegato de Hungría de que no había habido expropiación debido a la ausencia de “permanencia en el efecto” de las medidas impugnadas adoptadas por Hungría. El tribunal en *S.D. Myers* reconoció que “en algunos contextos y circunstancias, sería adecuado considerar una privación como equivalente a una expropiación, incluso si

396 Id. ¶ 424.

397 *Tippetts, Abnett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Eng’rs of Iran*, Laudo N° 141-7-2, 6 Iran-US CTR 219, 225 (1984) (C-LA-53); *Phillips Petroleum Co. Iran v. Iran*, Laudo N° 425-39-2,21 Iran-U.S. C.T.R. 79, ¶ 97 (1989) (C-LA-43); American Law Institute, *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, § 712 cmt. G (C-LA-61) (privar a un extranjero de bienes “puede convertirse en una apropiación si tiene una duración prolongada.”)

398 *ADC v. Hungary*, *supra* n. 380, ¶ 389 (C-LA-23).

fuera parcial o *temporal*.” Si bien el tribunal en *S.D. Myers* no determinó la existencia de una expropiación en ese caso, esto se debió principalmente a que “Canadá no obtuvo beneficio alguno de la medida” y no otorgó beneficios directamente a nadie más. En cambio, en este caso el gobierno mexicano, propietario de numerosos ingenios azucareros, sí obtuvo beneficios del paro de un proveedor de edulcorante en competencia y otros proveedores mexicanos de azúcar también se beneficiaron.

282. El tribunal en *Azurix* recientemente confirmó que la privación no necesita ser permanente para constituir una expropiación siempre que no sea efímera, basándose en diversos fallos en casos internacionales. “Los tribunales arbitrales han considerado que una medida no es efímera si la propiedad estuvo fuera del control del inversionista durante un año (*Wena*) o una licencia de exportación estuvo suspendida durante cuatro meses (*Middle East Cement*).” El tribunal también explicó que dichos casos comprendían exclusivamente “una sola medida”, mientras que la multiplicidad de medidas debe evaluarse según “la duración de su efecto acumulativo.”
283. En este caso, el Impuesto IEPS y el requisito de permiso de importación cobraron vigencia en enero de 2002 y permanecen vigentes en el momento de esta presentación. Incluso si están a punto de ser revocados conforme al acuerdo entre México y los Estados Unidos, habrán conservado su vigencia durante cinco años. Conforme a la norma de un año en *Wena*, la norma de cuatro meses en *Middle East Cement* o de hecho cualquier norma razonable,

399 *S.D. Myers v. Canada*, *supra* n. 4, ¶ 283 (C-LA-48) (énfasis propio).

400 *Id.* ¶ 287.

401 *Azurix v. Argentina*, *supra* n.336, ¶ 313 (C-LA-25).

402 *Id.*

403 *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, Laudo del 8 de diciembre de 2000, ICSID Caso N° ARB/98/4, 41 ILM 896 (2002), ¶ 99 (la apropiación de un hotel durante un año no fue “efímera” sino que representaba una expropiación) (C-LA-54).

404 *Middle East Cement v. Egypt*, *supra* n. 388, ¶ 107 (una prohibición de importación de cuatro meses constituyó una expropiación) (C-LA-40).

una privación de cinco años de una inversión no puede considerarse “efímera” sino que debe considerarse importante y atroz. Asimismo, si bien las reclamaciones de Cargill para obtener daños y perjuicios se limitan al Impuesto IEPS y al requisito de permiso de importación, la campaña de México contra el JMAF en realidad comenzó varios años antes cuando impuso los derechos antidumping.

284. Para cerciorarse, algunos tribunales han sugerido que una expropiación exige una privación “permanente” de los beneficios de una inversión. Pero eso no puede ser correcto porque las consecuencias de dicha limitación sobre las reclamaciones de expropiación serían intolerables. Si se excluyeran las privaciones que son duraderas pero no permanentes del universo de posibles expropiaciones, los gobiernos podrían adoptar medidas sin riesgos que privarían a las inversiones de su valor económico durante años y luego evitar la responsabilidad de la expropiación simplemente revocando las medidas. De hecho, no habría recurso incluso si la misma revocación fuera provisional. La inversión extranjera no podría prosperar si las garantías contra la expropiación tuvieran tan poca eficacia.
285. Es con el objeto de evitar esta burla intolerable de derecho internacional que socavaría los objetivos y fines de los tratados bilaterales y multilaterales de inversiones como por ejemplo el TLCAN que los tribunales que se citan anteriormente han llegado a reconocer que las medidas pueden ser expropiatorias incluso si son temporales siempre que su duración sea más que efímera. También explica por qué la jurisprudencia de “apropiaciones” en los Estados Unidos, donde la Cláusula de Apropiedades de la Constitución de los EUA ha generado un extenso volumen de derecho jurisprudencial ha adoptado y aplicado con firmeza el concepto de “apropiaciones temporales.” Como lo ha indicado la Corte Suprema de los EUA, “las apropiaciones

temporales que, como aquí, niegan a un propietario todo el uso de su propiedad, no difieren del mismo modo de las apropiaciones permanentes.”

* * * * *

286. Cargill efectuó una inversión considerable en un negocio de JMAF en México que logró un éxito inicial considerable y tenía todos los signos de un éxito continuo. México adoptó medidas destinadas a los proveedores de JMAF de propiedad de los EUA en México y a las importaciones de JMAF originarias de los Estados Unidos que invalidaron la inversión de Cargill durante años. Las disposiciones de expropiación de los tratados internacionales, entre ellas el Artículo 1110 del TLCAN, se resolvieron con el fin de impedir dicha conducta o de garantizar que el estado anfitrión indemnice debidamente al inversionista afectado en caso de que ocurra. México no ha indemnizado a Cargill por la pérdida de su capacidad de obtener valor económico de su inversión durante el extenso período en el que las medidas impuestas por México han tenido vigencia. En consecuencia, el Tribunal debe determinar la existencia de una violación al Artículo 1110 por parte de México y ordenar que México le pague a Cargill una indemnización justa.

G. México no tiene justificación factible para las medidas que adoptara contra el JMAF

287. Como lo intentó sin éxito en el procedimiento impositivo de la OMC, México probablemente intentará justificar sus medidas contra el JMAF como una represalia legítima para el trato que los Estados Unidos le dieran a las importaciones de azúcar originarias de México. En otras palabras, México alegará que una *supuesta* violación al TLCAN por parte de los Estados Unidos, basándose en la posición de los Estados Unidos en el conflicto de la carta adjunta, autoriza a México a su vez a *efectivamente* violar el TLCAN. Esta defensa no tiene mérito, por varios motivos.

405 First English Evangelical Lutheran Church v. County of Los Angeles, 482 U.S. 304, 318 (1987) (C-LA-57).

288. El TLCAN no autoriza en ninguna circunstancia que una Parte viole el TLCAN basándose en su consideración unilateral de que otra Parte ha violado el TLCAN. De hecho, la aceptación de dicha noción implicaría poner a riesgo todo el marco del TLCAN, el cual depende del cumplimiento de sus mecanismos de resolución de controversias. El Capítulo 20 del TLCAN, que contiene el mecanismo pertinente de resolución de controversias entre las Partes, dispone que

las disposiciones para la solución de controversias de este capítulo 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, o en toda circunstancia en que una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte, es o podría ser incompatible con las obligaciones de este Tratado.

289. Como explicó el tribunal en *Canfor*, un “principio general para la interpretación del TLCAN es el requisito de la disponibilidad de una resolución de controversias obligatoria para todas las partes del texto.”

290. México probablemente alegue, como lo ha hecho en otras partes, que procuró resolver su controversia con los Estados Unidos conforme al Capítulo 20 del TLCAN pero que los Estados Unidos no cooperaron en el proceso de selección de árbitros y por lo tanto impidieron que procediera un proceso conforme al Capítulo 20. Este alegato no puede fundamentarse. En primer lugar, México no solicitó la formación de un panel arbitral conforme al Capítulo 20 hasta agosto de 2000. Eso fue casi tres años después de que México inicialmente impusiera sus derechos antidumping ilegales sobre las importaciones de JMAF originarias de los Estados Unidos. En otras palabras, México lanzó su campaña contra el JMAF mucho tiempo antes de toda

406 TLCAN, *supra* n. 1, Art. 2004 (énfasis propio) (C-LA-3).

407 *Canfor v. United States*, *supra* n. 282, ¶ 184 (C-LA-26).

supuesta ausencia de cooperación por parte de los Estados Unidos con el procedimiento conforme al Capítulo 20. Por lo tanto, cualquier falta de cooperación no podría haber sido el fundamento de las medidas impuestas por México contra el JMAF.

291. Asimismo, México aplicó el Impuesto IEPS y el requisito de permiso de importación para el JMAF de los EUA sólo cuatro meses y medio después de solicitar la formación del panel arbitral conforme al Capítulo 20. Una demora de cuatro meses y medio, incluso si México tuviera razón y que fuera culpa de los Estados Unidos, no puede justificar medidas tan extremas.
292. Dicha conclusión es particularmente evidente debido a que México no aprovechó los mecanismos establecidos en el Capítulo 20 mismo para resolver cualquier dificultad insuperable en la selección de árbitros. El Capítulo 20 explícitamente ofrece una solución para toda vez que una de las Partes no seleccione a un panelista: *Si una Parte contendiente no selecciona a sus panelistas dentro de ese lapso [de quince días], estos se seleccionarán por sorteo de entre los miembros de la lista que sean ciudadanos de la otra Parte contendiente.* Asimismo, el Capítulo 20 establece que la CLC “deberá formar un panel arbitral.” La CLC también tiene la responsabilidad de “supervisar la puesta en práctica” del TLCAN, “resolver las controversias que pudiesen surgir respecto de su interpretación o aplicación” y “considerar cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento del Tratado.” En consecuencia, el TLCAN claramente contempla que una Parte recurrirá al CLC o a la selección por sorteo descrita en el caso de que otra Parte no coopere en la selección de un panel conforme al Capítulo 20, y no que se dedicará a cometer sus propias violaciones unilaterales del TLCAN.

408 TLCAN, *supra* n. 1, Art. 2011(1)(d) (C-LA-3).

409 Id., Art. 2008(2).

410 Id., Art. 2001(2).

293. El TLCAN autoriza a que una Parte tome contramedidas en sólo una circunstancia: después de que un panel conforme al Capítulo 20 haya expedido un informe final y las Partes no hayan llegado a una resolución mutuamente satisfactoria para su controversia. Al imponer de forma unilateral sus medidas contra el JMAF antes de obtener un informe de un panel conforme al Capítulo 20 ó de otro modo disponer de sus recursos dispuestos por el Capítulo 20, México ha hecho caso omiso flagrantemente de sus obligaciones en virtud del TLCAN y el marco de resolución de controversias del TLCAN.
294. Asimismo, la supuesta justificación de México no coincide con sus propias manifestaciones previas. En el procedimiento referente a los derechos antidumping de la OMC, México no alega que había impuesto sus derechos como represalia por el trato que los EUA dieran a las importaciones de azúcar originarias de México. Al contrario, sostuvo que las importaciones de JMAF creaban una “amenaza de daño” que “se basaba en una determinación del impacto de las importaciones de JMAF vertidas sobre la industria azucarera nacional.” De modo similar, en el procedimiento en virtud del Capítulo 19 del TLCAN referente a los derechos antidumping de México, éste no alegó que sus derechos estaban justificados por nada que estuvieran haciendo los Estados Unidos con respecto a las importaciones de azúcar originarias de México. Incluso todavía en el segundo procedimiento ante el panel en virtud del Capítulo 19 –que emitió su decisión en abril de 2005, quince meses después de que México adoptara el Impuesto IEPS y el requisito de permiso de importación– México no procuró justificar los derechos que impusiera sobre el JMAF basándose en ninguna imposibilidad de exportar azúcar a los

411 Id., Art. 2019(1).

412 México—Investigación antidumping del jarabe de maíz de alto contenido de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos, Informe del Panel, *supra* n. 120, ¶ 7.116 (C-LA-10).

413 Ver Revisión de la Resolución Final de la Investigación antidumping de importaciones de jarabe de maíz de alto contenido de fructosa procedente de los Estados Unidos de América, *supra* n. 117 (C-LA-55).

Estados Unidos. Por el contrario, México continuó justificando dichos derechos basándose en una prevista “reducción de precios y volúmenes de venta de azúcar” a consecuencia de las importaciones de JMAF. Dicha justificación proteccionista es la misma justificación que ofrecieron los legisladores mexicanos que adoptaron el Impuesto IEPS.

295. México ofreció otra justificación en el procedimiento de la OMC con respecto al Impuesto IEPS. Allí México alegó que el Impuesto IEPS se justificaba porque era necesario para lograr el cumplimiento de los Estados Unidos con sus obligaciones en virtud del TLCAN. El panel, al declarar la ilegalidad del Impuesto IEPS, explícitamente rechazó la defensa de “obtener cumplimiento” de México. Dado que el impuesto se aplicaba a todos los refrescos y jarabes que no contuvieran edulcorantes de azúcar de caña “de todo origen”, el panel concluyó que el impuesto no podría haberse dirigido únicamente a influenciar la conducta de los Estados Unidos sino que estaba dirigido a “otorgar protección a la producción nacional mexicana.” Dicho análisis también es cierto en este procedimiento. El Impuesto IEPS se aplicaba a todos los refrescos edulcorados con JMAF, incluyendo el JMAF importado de Canadá (o de cualquier otra parte). En sus términos, entonces, no puede considerarse que el Impuesto IEPS es una medida dirigida únicamente a los Estados Unidos.
296. Asimismo, al eximir sólo a las bebidas endulzadas totalmente con azúcar de caña, el Impuesto IEPS también se aplicaba a bebidas endulzadas parcial o totalmente con azúcar de remolacha. La Comunidad Europea señaló esto en el procedimiento de la OMC referente al Impuesto IEPS, explicando que la medida del Impuesto IEPS no podría haber estado dirigida a “obtener

414 Ver Id.

415 Ver *supra* ¶ 239.

416 México – Tax Measures On Soft Drinks And Other Beverages, Informe del Panel, *supra* n. 25, ¶ 8.190 (énfasis propio) (C-LA-8).

417 Id. ¶ 8.189.

cumplimiento conde obligaciones del TLCAN” debido a que “la medida de México no se aplica únicamente a bebidas edulcoradas con JMAF importado de los Estados Unidos sino que también se aplicaría por ejemplo a bebidas endulzadas con azúcar de remolacha importada de cualquier otro miembro de la OMC, incluyendo la CE. El gran alcance del Impuesto IEPS impugna toda defensa de represalias contra los EUA que ofrezca México.

297. Finalmente, la aceptación de una justificación de “contramedidas” de ese tipo exigiría que este Tribunal determinara si los Estados Unidos violaron el TLCAN cuando aplicaron las disposiciones de la disputada carta adjunta para fijar contingentes para las importaciones de azúcar de México. La determinación unilateral de México a ese fin no puede aceptarse nominalmente porque México y los Estados Unidos tienen un desacuerdo legítimo en cuanto a ese punto basados en sus diferentes consideraciones con respecto al efecto de la carta adjunta sobre los contingentes de importación de azúcar conforme al TLCAN. Este Tribunal tampoco tiene jurisdicción para efectuar dicha determinación. Los Estados Unidos no son parte en este procedimiento, y sólo un panel formado en virtud del Capítulo 20 tendría la autoridad de otorgar un fallo en una reclamación de ese tipo. Asimismo, incluso si tuviera jurisdicción, este Tribunal no estaría en posición de evaluar dicha reclamación. Según explicó el Órgano de Apelación de la OMC al rechazar la defensa de contramedidas adoptadas por México en el procedimiento referente al Impuesto IEPS, “la interpretación de México implicaría que a fin de resolver el caso los paneles y el Órgano de Apelación de la OMC habrían tenido que suponer que existe una violación al acuerdo internacional pertinente (como por ejemplo el TLCAN) por parte de la Parte reclamante, o tendrían que determinar si se ha violado el acuerdo internacional pertinente.” El Órgano de Apelación sostuvo que “no era la

418 Id. ¶ 5.53.

419 México – Tax Measures On Soft Drinks And Other Beverages, Informe del Órgano de Apelación, *supra* n. 233, ¶ 78 (C-LA-9).

función de los paneles y del Órgano de Apelación” efectuar dichas suposiciones o determinaciones, y lo mismo es verdad para este Tribunal.

298. Por todos estos motivos, debería rechazarse toda defensa de “contramedidas legítimas” que ofreciera México. Pero sobre todo, debería rechazarse porque su aceptación representaría un retroceso gigante del marco cooperativo de resolución de controversias establecido por el TLCAN y un retorno al ciclo destructivo de medidas de represalias que el TLCAN se propuso sustituir.

VI. CARGILL TIENE DERECHO A COBRAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS INCURRIDOS DEBIDO A LAS MEDIDAS ILEGALES IMPUESTAS POR MÉXICO, ASÍ COMO INTERESES, HONORARIOS Y COSTAS JUDICIALES

j. Daños y perjuicios por incumplimientos del TLCAN no expropiatorios por parte de México

299. El Artículo 1135 del TLCAN dispone que un tribunal puede otorgar “daños y perjuicios pecuniarios y los intereses correspondientes” por un incumplimiento del Capítulo 11. Excepto para casos de expropiación, sin embargo, el texto del TLCAN no dispone norma alguna según la cual determinar los daños y perjuicios.
300. En referencia a las violaciones no expropiatorias del TLCAN, la norma aplicable de indemnización se dispone por principios habituales de derecho internacional. Como concluyó el tribunal en *S.D. Myers*, la ausencia de norma de indemnización en el TLCAN para las violaciones no expropiatorias refleja la intención de las Partes de conferir el criterio a los tribunales establecidos conforme al Capítulo 11 para otorgar daños y perjuicios basados en las circunstancias del caso en consideración de principios de derecho internacional.

420 Id.

421 Ver *Canfor v. United States*, *supra* n. 282, ¶ 347 (Determinación de un tribunal conforme al Capítulo 11 de que no tenía jurisdicción para adjudicar una reclamación referente a derechos antidumping de una parte privada debido a que dichas reclamaciones deben adjudicarse en virtud del Capítulo 19 del TLCAN) (C-LA-26).

422 *S.D. Myers v. Canada*, *supra* n. 4, ¶ 309 (C-LA-48).

301. El tribunal en *S.D. Myers* se basó en particular en la regla general de indemnización para agravios en el fuero internacional establecida por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Chorzów Factory*: “*En la mayor medida posible, la reparación debe eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que habría existido con toda probabilidad si el acto no hubiera sido cometido.*” Otros tribunales internacionales también han periódicamente aplicado el principio de *Chorzów Factory* al otorgar daños y perjuicios por violaciones de tratados de inversiones. Dicho principio también se ha incorporado al Artículo 36 de *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado* de la Comisión de Derecho Internacional, que dispone el “resarcimiento total por los daños sufridos.” En particular, el Artículo 36 dispone que el “Estado responsable del acto ilegal internacional tiene la obligación de indemnizar por el daño causado por el mismo” y que dicha indemnización “deberá cubrir todo daño factible de determinación económica incluyendo la pérdida de ganancias en la medida en que se determinen.”
302. Basándose en estos precedentes, el tribunal en *S.D. Myers* concluyó que su fallo debía adecuadamente reflejar “el daño general del éxito económico del inversionista que surgiera de la medida adoptada por el estado anfitrión.” Esta es precisamente la norma por la cual Cargill ha determinado los daños en los que ha incurrido debido a las violaciones de los Artículos 1102, 1103,

423 Id. ¶ 311, que cita Case Concerning the Factory at Chorzow (Germany v. Poland), Méritos, 13 de septiembre de 1928, P.C.I.J. Series A, No. 17, en 47 (C-LA-27).

424 E.g., *Metalclad v. Mexico*, *supra* n. 387, ¶ 122 (C-LA-39); *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Laudo de 25 de mayo de 2004, ICSID Caso N° ARB/01/7, ¶ 238 (C-LA-41); *CME*, *supra* n. 348, ¶ 624 (C-LA-28); *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, Laudo de 13 de noviembre de 2000, ICSID Caso N° ARB/97/7, 16 ICSID Enmendado – FILJ 248 (2001), ¶ 83 (C-LA-30).

425 James Crawford, *THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION’S ARTICLES ON STATE RESPONSIBILITY: INTRODUCTION, TEXT AND COMMENTARIES*, en 218 (2002) (C-LA-91).

426 Id.

427 *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Segundo laudo parcial de 21 de octubre de 2002, TLCAN/CNUDMI, ¶ 117 (C-LA-49).

1105 y 1106 por parte de México. Cargill procura que se ordene a México rembolsar a Cargill por las pérdidas netas en las que incurrió debido al incumplimiento de dichas disposiciones por parte de México.

303. Como se establece en el dictamen del perito en daños y perjuicios Brent C. Kaczmarek, Cargill procura obtener daños y perjuicios por la pérdida de movimientos de efectivo neto que Cargill y Cargill de México habrían percibido de las ventas de JMAF por parte de Cargill de México en México desde enero de 2002 hasta 2007 si no hubiera sido por la conducta ilegal de México. En otras palabras, los daños y perjuicios de Cargill representan el valor actual de la diferencia entre los movimientos de efectivo neto que Cargill y Cargill de México habrían recibido en el mundo “si no fuera por” más allá de los recibidos en el mundo real. Los movimientos de efectivo del mundo “si no fuera por” de Cargill y Cargill de México se calculan como el producto de la cantidad de JMAF que Cargill y Cargill de México habrían vendido en México y las ganancias por unidad que Cargill y Cargill de México habrían recibido de dichas ventas si no hubiera sido por las medidas impuestas por México. Este método, que emplea suposiciones conservadoras y da cuenta de todos los factores atenuantes, coincide con el enfoque adoptado por el tribunal en *S.D. Myers* al determinar los daños y perjuicios, el cual se concentró en el potencial del inversionista de adquirir un flujo de utilidades durante el marco temporal correspondiente. Pone a Cargill en la misma posición en la que habría estado en ausencia de las medidas adoptadas por México contra el JMAF.

k. Daños y perjuicios por la expropiación de la inversión de Cargill por parte de México

304. Con respecto a la reclamación de expropiación de Cargill, el Artículo 1110(2) dispone:

428 Id. ¶¶ 97-100.

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 (en adelante fecha de expropiación) y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los 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.

305. En las circunstancias de este caso, la aplicación de la norma de “valor justo de mercado” que se establece en el Artículo 1110 es prácticamente lo mismo que la norma de daños por “pérdida neta” aplicable a las otras reclamaciones de Cargill. Como se explica anteriormente, Cargill procura recibir indemnización por una expropiación temporal a partir de enero de 2002. La norma de valuación establecida para expropiaciones temporales es la pérdida neta por la privación de uso de la propiedad o inversión expropiada durante el período de expropiación, que en general equivale al valor actual del flujo de ingresos perdido durante ese período.
306. Esa norma coincide con el procedimiento adoptado por tribunales internacionales al otorgar indemnización por expropiaciones de este tipo. De hecho, “el método de valuación utilizado con más frecuencia en casos de expropiación es el análisis de recursos generados descontados (DCF).” Dicho análisis de valor actual se utiliza principalmente al valuar pérdidas de un negocio en marcha expropiado, como por ejemplo el negocio de JMAF de Cargill en México. En consecuencia, el valor de mercado de la inversión de

429 Ver David Schultz, *The Price is Right: Property Valuation for Temporary Takings*, 22 *Hamline L. Rev.* 281 (1998) (C-LA-97); *Kimball Laundry Co. v. United States*, 338 U.S. 1, 6 (1979) (C-LA-58); *Yuba Natural Res., Inc. v. United States*, 904 F.2d 1577, 1580-1581 (Fed. Cir. 1990) (C-LA-59).

430 Meg N. Kinnear et al., *Investment Disputes under NAFTA*, *supra* n. 364, § 1110, en 45 (C-LA-92).

431 *Id.*

Cargill en enero de 2002, de no haber sido expropiado, habría sido equivalente al valor actual del flujo de movimientos de efectivo neto que Cargill y Cargill de México habrían percibido de la inversión de Cargill de no haber sido por las medidas ilegales adoptadas por México.

* * * * *

307. Basándose en estos principios y en las circunstancias de este caso, los daños y perjuicios de Cargill por las violaciones de los Artículos 1102, 1103, 1105 y 1106 por parte de México y la indemnización justa adeudada por la violación al Artículo 1110 por parte de México son equivalentes. Ambos se basan en los movimientos de efectivo neto que perdieron Cargill y Cargill de México a consecuencia de las medidas que México tomara contra el JMAF.
308. Al aplicar estos principios de daños y perjuicios establecidos anteriormente, según se detallan en el dictamen del perito Kaczmarek, el valor actual de los daños y perjuicios incurridos por Cargill y Cargill de México por los incumplimientos del TLCAN por parte de México –en particular el Impuesto IEPS y el requisito de permiso de importación del JMAF– es de \$123.81 millones al 22 de diciembre de 2006.

I. Intereses

309. Asimismo, Cargill tiene derecho a cobrar “intereses correspondientes” sobre sus daños y perjuicios otorgados hasta que se pague el laudo.
310. La mayor parte de los fallos en virtud del Capítulo 11 han ordenado el pago de interés compuesto en vez de interés simple. Los comentaristas concuerdan en que “tribunales internacionales pueden otorgar intereses compuestos al demandante como daños y perjuicios, y en ausencia de

432 TLCAN, *supra* n. 1, Art. 1135(1)(a) (C-LA-3).

433 Meg N. Kinnear et al., *Investment Disputes under NAFTA*, *supra* n. 364, § 1135, en 40 (C-LA-92).

circunstancias especiales, deberían ser otorgados.” Por lo tanto, los tribunales establecidos conforme al Capítulo 11 del TLCAN en *Metalclad, S.D. Myers* y en *Pope & Talbot* otorgaron intereses compuestos a los demandantes predominantes. El fundamento para otorgar intereses compuestos es simple: “Si el demandante podría haber recibido intereses compuestos simplemente al colocar su dinero en un vehículo de inversión disponible sin demora y de uso común, no es lógico ni equitativo otorgar al demandante solamente intereses simples.”

311. Por los motivos establecidos en el dictamen del perito Kaczmarek (¶ 110), la tasa de interés adecuada es la tasa preferencial de los EUA.
312. Al aplicar estos principios, Cargill tiene derecho a recibir intereses compuestos trimestralmente a la tasa preferencial de los EUA a partir del 22 de diciembre de 2006 hasta la fecha en que el laudo se pague en su totalidad.

m. Honorarios y costas judiciales

313. Cargill también tiene derecho a cobrar los honorarios y costas judiciales en los que incurra en este procedimiento arbitral. La Regla 58 del Mecanismo Complementario del CIADI confiere el criterio al Tribunal para asignar “los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal, los gastos y cargos del Secretariado y los gastos incurridos por las partes con relación al procedimiento.”
314. Por lo tanto, el tribunal en *S.D. Myers* otorgó CDN\$350,000 (*trescientos cincuenta mil*) en costas arbitrales y \$500,000 (*quinientos mil*) en costas

434 F.A. Mann, Compound Interest as an Item of Damage in International Law, 21 U.C. Davis L. R. 577, 586 (1988) (C-LA-100).

435 *Metalclad v. Mexico*, *supra* n. 387, ¶ 128 (C-LA-39); *S.D. Myers v. Canada*, *supra* n. 427, ¶¶ 302-07 (C-LA-49); *Pope & Talbot v. Canada*, *supra* n. 337, ¶ 90 n.66 (C-LA-44).

436 John Y. Gotanda, Awarding Interest in International Arbitration, 90 Am. J. Int'l L. 40, 61 (1996) (C-LA-99).

judiciales al inversionista predominante basándose en su determinación del éxito relativo de las partes en el procedimiento arbitral.

315. Los honorarios y las costas se justifican especialmente en este caso debido a que Cargill brindó a México numerosas oportunidades para evitar este procedimiento arbitral y porque México continuó con su campaña contra el JMAF después de reiterados fallos de tribunales internacionales que establecieron que sus medidas eran ilegales. Como se describe anteriormente y en las declaraciones de los testigos Jeffrey Cotter y Eduardo Ortega, los representantes de Cargill se reunieron reiteradamente con funcionarios mexicanos para explicar el efecto devastador que el Impuesto IEPS y el requisito de permiso de importación de JMAF tuvieron sobre la inversión de Cargill en su negocio de JMAF en México. La negativa inflexible de México de eliminar o siquiera modificar dichas medidas no debe quedar sin sanción. Asimismo, México mantuvo la vigencia del Impuesto IEPS después de que la OMC lo considerara ilegal, al igual que mantuvo la vigencia de los derechos antidumping previos mucho tiempo después de que un panel de la OMC los declarara ilegales. Por lo tanto, la negativa de México a mejorar el impacto sobre Cargill no puede considerarse el resultado de una simple diferencia de opiniones. Cargill no debe correr con las costas de un procedimiento arbitral que no habría sido nunca necesario de no ser por la conducta ilegal de México y su tenaz negativa a ajustar su conducta a fallos de órganos jurisdiccionales internacionales.

316. Con la venia del Tribunal, Cargill detallará sus honorarios y costas al finalizar este procedimiento.

VII. REPARACIÓN SOLICITADA

317. Cargill respetuosamente solicita que el Tribunal emita un fallo que:

437 S.D. Myers, Inc. v. Canada, Laudo final de 30 de diciembre de 2002 (distribución de costas), NAFTA-CNUDMI ¶¶ 53-54 (C-LA-50).

- a. Declare que las medidas que México adoptara contra el JMAF, en particular su Impuesto IEPS y requisito de permiso de importación de JMAF, violaron los Artículos 1102, 1103, 1105, 1106 y 1110 del TLCAN,
- b. Ordene que México indemnice a Cargill por los daños y perjuicios incurridos debido a dichas violaciones, cuyo valor actual es de \$123.81 millones al 22 de diciembre de 2006,
- c. Ordene que México le pague a Cargill intereses compuestos sobre dichos daños y perjuicios a la tasa preferencial de los EUA a partir del 22 de diciembre de 2006 hasta que los daños y perjuicios otorgados se paguen en su totalidad a Cargill y
- d. Ordene que México le pague a Cargill los honorarios de abogados y de procedimiento arbitral, costas judiciales y gastos en los que incurrió Cargill con relación a este procedimiento.

Fecha: 21 de diciembre de 2006

Respetuosamente suyo,

Jeffrey W. Sarles
Mark W. Ryan
Richard D. Deutsch
Violeta I. Balan
MAYER, BROWN, ROWE & MAW LLP
71 South Wacker Drive
Chicago, IL 60606 USA
(312) 782-0600