

[VERSIÓN TESTADA]

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

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

ENTRE:

ARCHER DANIELS MIDLAND COMPANY

y

TATE & LYLE INGREDIENTS AMERICAS, INC.

Demandantes

c.

LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Demandado

---

**LAUDO**

---

Ante el Tribunal de Arbitraje establecido  
conforme al Capítulo 11 del Tratado de Libre  
Comercio de América del Norte, e integrado por  
las siguientes personas:

Sr. Bernardo M. Cremades, Presidente

Sr. Arthur W. Rovine

Sr. Eduardo Siqueiros T.

Secretario del Tribunal:

Sr. Gonzalo Flores

*Fecha de envío a las partes: 21 de noviembre de 2007*

## ÍNDICE

	<i>Párrafos</i>
I. Introducción	1 – 5
II. Las Partes	6 – 12
III. Historia procesal	13 – 38
IV. Antecedentes de hecho	39 – 99
a) Jarabe de maíz rico en fructosa.	39 – 43
b) Azúcar.	44 – 49
c) El mercado mexicano de edulcorantes de bebidas.	50 – 56
d) Azúcar, maíz y JMAF en las negociaciones del TLCAN.	57 – 62
e) El intercambio de correspondencia de 1993 entre los Estados Unidos y México con respecto a las disposiciones sobre el azúcar del TLCAN.	63 – 68
f) Los mercados mexicanos del azúcar y de edulcorantes de bebidas en los primeros años del TLCAN.	69 – 71
g) México aplica derechos antidumping y requisitos en materia de licencias de importación.	72 – 76
h) México inicia los Procedimientos previstos en el Capítulo XX del TLCAN para la solución de controversias entre Estados.	77 – 79
i) La modificación del impuesto especial sobre producción y servicios (IEPS).	80 – 84
j) Los procedimientos de solución de diferencias de la OMC.	85 – 96
k) El Entendimiento de julio de 2006 entre México y los Estados Unidos respecto del comercio bilateral de edulcorantes.	97 – 99
V. La posición jurídica de las Partes	100 – 109
VI. La defensa del Demandado basada en las contramedidas	110 – 180
a) Cuestiones jurisdiccionales generales.	111 – 112
b) <i>Lex specialis</i> .	113 – 123
c) Derecho internacional consuetudinario respecto de las contramedidas.	124 – 133
d) Determinación de si el impuesto se introdujo en respuesta a los presuntos incumplimientos de los Estados Unidos, y si tenía por finalidad inducir a los Estados Unidos a cumplir con sus obligaciones en virtud del TLCAN.	134 – 151
e) Proporcionalidad.	152 – 160
f) La cuestión de los derechos independientes.	161 – 180
VII. Solicitud de suspensión del procedimiento presentada por el Demandado	181 – 184
VIII. Las reclamaciones presentadas por las Demandantes al amparo	185 – 252

	del TLCAN	
	A) Trato nacional	185 – 213
	B) Requisitos de desempeño	214 – 227
	C) Expropiación	228 – 252
IX.	Daños y perjuicios	253 – 300
X.	Costas	301 – 303
XI.	Laudo	304

## I. INTRODUCCIÓN

- 1.- Las Demandantes en este arbitraje alegan que una modificación introducida por el Demandado en su legislación tributaria viola las disposiciones del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).
- 2.- El 30 de diciembre de 2001, con efectividad a partir del 1 de enero de 2002, el Congreso de México modificó los Artículos 1, 2, 3 y 8 de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (en adelante denominada la “**Modificación del IEPS**”) y aplicó un impuesto del 20% a los refrescos y jarabes, y el mismo impuesto a los servicios usados para la enajenación y distribución de refrescos y jarabes. Este impuesto sólo se aplicaba a los refrescos y jarabes en los que se usaba un edulcorante distinto del azúcar de caña, como el jarabe de maíz rico en fructosa, también denominado jarabe de maíz de alta fructosa (“**JMAF**” en lo sucesivo). Los refrescos y jarabes endulzados exclusivamente con azúcar de caña estaban exentos del impuesto. El impuesto se derogó el 1 de enero de 2007. A los fines del presente Laudo, las medidas tributarias relativas a los refrescos y el azúcar derivadas de la Modificación del IEPS se denominarán “**el Impuesto**”.
- 3.- Las Demandantes reclaman una indemnización por daños y perjuicios y medidas conexas de reparación, puesto que alegan que la Modificación del IEPS y la consiguiente aplicación del Impuesto tuvieron un efecto directo en la inversión de las Demandantes en las instalaciones para la producción y distribución de JMAF, lo que ocasionó a ALMEX pérdidas o daños sustanciales en violación de las siguientes disposiciones del Capítulo XI del TLCAN: i) Artículo 1102 (Trato nacional); ii) Artículo 1106 (Requisitos de desempeño), y iii) Artículo 1110 (Expropiación).
- 4.- México niega estos argumentos y sostiene que el Impuesto constituyó una contramedida legítima, acorde con el derecho internacional consuetudinario, porque los Estados Unidos supuestamente incurrieron en incumplimiento de sus obligaciones en virtud del TLCAN en lo que se refiere a: i) el acceso de las exportaciones de azúcar mexicano al mercado de Estados Unidos, y ii) las disposiciones del TLCAN para la solución de controversias entre Estados, al bloquear el nombramiento de panelistas según lo dispuesto en el Capítulo XX.
- 5.- México se defiende además sosteniendo que no incurrió en incumplimiento de ninguno de los Artículos 1102, 1106 ni 1110 del TLCAN.

## II. LAS PARTES

### A) LAS DEMANDANTES

6.- Las Demandantes en este arbitraje son ARCHER DANIELS MIDLAND COMPANY (en adelante denominada "ADM") y TATE & LYLE INGREDIENTS AMERICAS, INC (en adelante denominada "TLIA").

7.- ADM está constituida conforme a las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América, con su sede principal de negocios en 4666 Faries Parkway, Decatur, Illinois 62525, Estados Unidos de América. TLIA está constituida conforme a las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América, con su sede principal de negocios en 2200 E. Eldorado Street, Decatur, Illinois 62525, Estados Unidos de América.

8.- ALMIDONES MEXICANOS S.A. de C.V. (en adelante denominada "ALMEX") es una empresa constituida según las leyes de México e inscrita en el Estado de Jalisco. ALMEX es una empresa conjunta de propiedad y control total de ADM y TLIA. Las Demandantes presentan la demanda por cuenta propia de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1116 del TLCAN, y en representación de ALMEX de acuerdo con las disposiciones del Artículo 1117.

9.- En este procedimiento, las Demandantes están representadas por:

ARCHER DANIELS MIDLAND COMPANY  
Sr. Warren E. Connelly  
AKIN GUMP STRAUSS HAUER & FELD LLP, Washington, D.C.

y

TATE & LYLE INGREDIENTS AMERICAS, INC  
Sr. Stanimir A. Alexandrov  
SIDLEY AUSTIN BROWN & WOOD LLP, Washington, D.C.

### B) EL DEMANDADO

10.- El Demandado es el Gobierno de México. Está representado por:

Lic. Luis Alberto González y  
Lic. Alejandra G. Treviño y  
Secretaría de Economía  
México, D.F.

Sres. J. Christopher Thomas y  
J. Cameron Mowatt  
THOMAS & PARTNERS, Vancouver

y

Sr. Stephan E. Becker y  
Sr. Sanjay J. Mullick  
PILLSBURY WINTHROP SHAW PITTMAN LLP, Washington, D.C.

- 11.- A los fines del presente Laudo, las Demandantes y el Demandado se denominan en conjunto "las Partes".
- 12.- En la elaboración del presente Laudo, el Tribunal de Arbitraje ha tenido en cuenta, analizado y evaluado todos los argumentos de las Partes, incluidas todas sus reclamaciones y defensas, todos los documentos, declaraciones testimoniales, informes periciales y demás pruebas presentadas ante el Tribunal, y ha dictado su decisión sobre la base de la historia procesal, los antecedentes de hecho y la situación jurídica de las Partes que se presentan a continuación.

### III. HISTORIA PROCESAL

- 13.- El 14 de octubre de 2003, las Demandantes enviaron a México una Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1119 del TLCAN, iniciando de esa manera el procedimiento por cuenta propia de acuerdo con el Artículo 1116 del TLCAN, y en representación de ALMEX según el Artículo 1117. Con posterioridad, las Demandantes enviaron a México el consentimiento y renuncia por escrito según se dispone en el Artículo 1121.2 (a) y (b) del TLCAN.
- 14.- El 21 de octubre de 2003, Corn Products International ("CPI") presentó una solicitud de iniciación del procedimiento de arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante "CIADI" o "el Centro") bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI. El 24 de enero de 2004, el CIADI informó a las partes que había aprobado el acceso al Mecanismo Complementario e inscribió el caso con el número de referencia ARB(AF)/04/1.
- 15.- El 4 de agosto de 2004 y de conformidad con el Artículo 1120 del TLCAN, ADM y TLIA presentaron una solicitud de iniciación del procedimiento de arbitraje ante el

CIADI y solicitaron al Secretario General del CIADI que registrara su solicitud y autorizara el acceso al Mecanismo Complementario del CIADI. La solicitud de iniciación del procedimiento de arbitraje se presentó tras el vencimiento del plazo de seis meses mencionado en el Artículo 2103.6, sin que las autoridades competentes conviniesen que las medidas no eran constitutivas de expropiación en virtud del TLCAN.

- 16.- El 8 de septiembre de 2004, México presentó ante el CIADI, de conformidad con el Artículo 1126 del TLCAN, una solicitud de acumulación de las reclamaciones sometidas a arbitraje por CPI y las presentadas en forma conjunta por ADM y TLIA, y en consecuencia solicitó el nombramiento de un Tribunal de Arbitraje para determinar si las reclamaciones de CPI y ADM/TLIA deberían acumularse.
- 17.- El 29 de septiembre de 2004, el Secretario General del CIADI informó a las Partes que se habían cumplido los requisitos establecidos en el Artículo 4(2) del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI y que se aprobaba la solicitud de acceso al Mecanismo Complementario presentada por las Demandantes. El mismo día, el Secretario General emitió un certificado de inscripción de la solicitud de iniciación de un procedimiento de arbitraje.
- 18.- El 7 de enero de 2005, México informó al CIADI que las Partes y CPI habían llegado a un acuerdo acerca de la integración del Tribunal (en adelante denominado “**el Tribunal de Acumulación**”). Las Partes y CPI acordaron que el Tribunal de Acumulación estaría integrado por el Sr. Bernardo M. Cremades, nacional de España; el Sr. Arthur W. Rovine, nacional de los Estados Unidos, y del Sr. Eduardo Siqueiros, nacional de México.
- 19.- El 8 de abril de 2005, las Demandantes, el Demandado y CPI presentaron en forma conjunta la “Confirmación del acuerdo entre las partes en la diferencia con respecto a la acumulación” en lo que se refiere a la integración y el mandato del Tribunal de Acumulación, en el que establecía que todos los procedimientos del Tribunal de Acumulación se “...regirían por las Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI, según las modificaciones de las normas de procedimiento del Capítulo II de TLCAN”. Posteriormente, el Tribunal de Acumulación solicitó a las Partes que presentaran sus escritos sobre la cuestión de la acumulación.
- 20.- Las Partes y CPI presentaron sus escritos ante el Tribunal de Acumulación el 12 de abril de 2005, y los alegatos, por medio de sus abogados, en la audiencia celebrada en la sede del Centro en la ciudad de Washington el 18 de abril de 2005. También asistieron a la audiencia representantes de los Gobiernos de Canadá y de los Estados Unidos.

- 21.- La cuestión planteada ante el Tribunal de Acumulación consistía en determinar si las reclamaciones en virtud del Artículo 1120 presentadas por CPI de una parte, y por ADM/TLIA de otra, debían acumularse total o parcialmente, teniendo en cuenta si las reclamaciones planteaban “cuestiones en común de hecho o de derecho”. De cumplirse con ese requisito, el Tribunal podría “en interés de su resolución justa y eficiente”, emitir una resolución de acumulación (Artículo 1126.2).
- 22.- El 20 de mayo de 2005, el Tribunal de Acumulación emitió una resolución por la que se deniega la solicitud de México respecto de la acumulación de las reclamaciones presentadas por CPI y las Demandantes. La resolución del Tribunal de Acumulación, en su parte dispositiva, dice lo siguiente:

5. La cuestión planteada ante este Tribunal es si las reclamaciones en virtud del Artículo 1120 presentadas por CPI de una parte, y por ADM/ Tate & Lyle de otra, deberían acumularse total o parcialmente. A fin de emitir una resolución de acumulación, el Tribunal de Acumulación primero debe “determinar” si las reclamaciones plantean “cuestiones en común de hecho y de derecho”. Cumplido este requisito, el Tribunal podrá, “en interés de su resolución justa y eficiente”, emitir una resolución de acumulación (Artículo 1126.2).

6. El Tribunal de Acumulación acepta que las reclamaciones sometidas a arbitraje sí plantean algunas cuestiones en común de hecho y de derecho a los fines del Artículo 1126.2. Por lo tanto el Tribunal debe considerar si, en interés de la resolución justa y eficiente de las reclamaciones, debe otorgar o denegar la resolución de acumulación.

7. Al respecto, el Tribunal señala principalmente que las partes no discuten que CPI y los accionistas de ALMEX sean “competidores feroces” (el texto precedente corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés) y directos. México ha sostenido que estas partes podrían coordinar sus respectivas reclamaciones contra México al amparo del Capítulo 11, pero no ha discutido que CPI y los accionistas de ALMEX sean competidores a nivel mundial. En tal carácter, cada una de las empresas hizo hincapié en que no puede poner en conocimiento de la otra, ya sea ante un tribunal arbitral o en otras circunstancias, pormenores acerca de la naturaleza de sus inversiones, estrategias comerciales, costos de producción, diseño de plantas, efectos del impuesto en sus inversores e inversiones ni ninguna otra información que deba presentarse ante un tribunal encargado de examinar si ha habido o no discriminación, requisitos ilegales de desempeño o una expropiación en el sentido del Capítulo 11.

8. La gran competencia directa entre las Demandantes, y la consiguiente necesidad de medidas complejas de confidencialidad en todo el proceso de arbitraje, harían extremadamente difícil la acumulación total o parcial en este caso. Las Partes no estarían en condiciones de colaborar e intercambiar información. El proceso, incluidos acuerdos esenciales de confidencialidad, descubrimientos, escritos y alegatos debería realizarse, en gran medida, por vías independientes. La acumulación de las reclamaciones de grandes competidores directos redundaría necesariamente en un procedimiento complejo y lento para proteger la confidencialidad de información sensible.

9. El Tribunal considera que la competencia entre las Demandantes afectará negativamente su capacidad para poder presentar cabalmente sus respectivos casos en un procedimiento acumulado. El debido proceso es fundamental en todo procedimiento de solución de controversias, y las partes no deberían tener que calibrar qué partes de información, pruebas, documentos y argumentos pueden compartir con sus competidores y cuáles no. El tribunal que entiende en las reclamaciones no debería tener que valerse de procedimientos independientes para acomodar la sensibilidad competitiva de las pruebas y presentaciones de las distintas Demandantes. En dichas circunstancias, una resolución de acumulación no puede ser en interés de la solución justa y eficiente de las reclamaciones. Dos tribunales pueden entender en dos casos independientes de manera más justa y eficiente que un solo tribunal en el que las dos Demandantes son grandes competidores directos, y las reclamaciones plantean cuestiones sensibles desde el punto de vista de la competencia y la naturaleza comercial. [...]

20. Por las razones expuestas, se deniega la solicitud de acumulación presentada por México.

- 23.- El 14 de junio de 2005, México envió una carta al CIADI en la que confirmaba que las Partes habían llegado un acuerdo respecto de la constitución del Tribunal de Arbitraje. Las Partes convinieron en que el Tribunal de Arbitraje estaría integrado por las mismas personas que integraban el Tribunal de Acumulación: Sr. Bernardo M. Cremades, en calidad de presidente del Tribunal de Arbitraje, y Sr. Arthur W. Rovine y Sr. Eduardo Siqueiros, en calidad de coárbitros. Después de la aceptación de su mandato por el Tribunal, de acuerdo con la Regla 13(1) de las Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI, el procedimiento se inició el 11 de agosto de 2005.
- 24.- La primera sesión del Tribunal con las Partes se celebró el 7 de octubre de 2005 en la sede del Centro en la ciudad de Washington. En esta sesión, las Partes confirmaron su acuerdo de que el Tribunal se había constituido debidamente, de conformidad con las disposiciones pertinentes de las Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI y del Capítulo XI del TLCAN. Se decidió que el lugar del arbitraje sería la ciudad de Toronto, en Ontario, Canadá, y que el lugar de celebración de cada audiencia sería determinado por el Tribunal en consulta con las Partes. Se acordó que los idiomas a ser usados en el procedimiento serían el inglés y el español. Las Demandantes presentarían sus escritos en inglés y el Demandado presentaría los suyos en español. Se decidió que el Tribunal dictaría su decisión en ambos idiomas. Las Partes y el Tribunal acordaron un cronograma para la presentación de los escritos.
- 25.- En cumplimiento del cronograma acordado en la audiencia celebrada por el Tribunal el 7 de octubre de 2005, el 21 de diciembre de 2005 las Demandantes presentaron un Memorial sobre el fondo del asunto junto con las pruebas documentales. Se envió una copia del Memorial y las pruebas documentales a cada uno de los miembros del Tribunal, al Centro y al Demandado.

- 26.- El 24 de enero de 2006, las Partes solicitaron al Tribunal de Arbitraje que emitiera una resolución en la que se dejara constancia del acuerdo de las Partes acerca de la protección de información confidencial que cada una de las parte podría incluir en los escritos que presentara ante el Tribunal.
- 27.- El 10 de abril de 2006, el Centro informó a las Partes la decisión del Tribunal de invitar a los Gobiernos de los Estados Unidos de América y Canadá a presentar comunicaciones al amparo del Artículo 1128, a más tardar el 9 de junio de 2006.
- 28.- En cumplimiento del cronograma acordado en la audiencia celebrada por el Tribunal el 7 de octubre de 2005, el Demandado presentó el 15 de mayo de 2006 un Memorial de contestación junto con las pruebas documentales. Se envió una copia del Memorial de contestación y la pruebas documentales a cada uno de los miembros del Tribunal, al Centro y a las Demandantes.
- 29.- El 19 de junio de 2006 las Partes informaron al Centro que habían acordado modificar el cronograma para la presentación de los escritos. Según el acuerdo, las Demandantes presentarían su Réplica el 10 de julio de 2007 y el Demandado presentaría su Dúplica el 25 de agosto de 2006.
- 30.- Mediante carta de fecha 7 de julio de 2006, el Centro informó a las Partes que el Departamento de Estado de los Estados Unidos y la Oficina de Derecho Comercial de Canadá habían declarado que en ese momento sus respectivos gobiernos no tenían intención de presentar comunicaciones al amparo del Artículo 1128 del TLCAN, pero que se reservaban el derecho de asistir a las audiencias.
- 31.- El 10 de julio de 2006, las Demandantes presentaron su Réplica sobre el fondo del asunto, con documentación anexa. Se envió una copia de la Réplica y las pruebas documentales a cada uno de los miembros del Tribunal, al Centro y al Demandado.
- 32.- El 21 de julio de 2006, el Tribunal de Arbitraje dictó la Orden de Procedimiento No. 1 "Respecto de la información confidencial" que podría incluirse en los escritos y las pruebas de las Partes. Los términos de la Orden de Procedimiento eran los siguientes:
1. Todo documento (incluidos los archivos electrónicos) presentado por las Partes en el curso del procedimiento que contenga Información Confidencial será señalado como confidencial por la parte que lo presente. Todos esos documentos (los "Documentos Confidenciales") y la información derivada de ellos, y no de alguna fuente independiente de los Documentos Confidenciales, deberán tratarse como confidenciales según los términos de la presente Orden. Los Documentos Confidenciales y la información derivada de ellos quedarán sujetos a esta

Resolución salvo que i) ya sean de dominio público al momento de designárselos como confidenciales; ii) lleguen a ser de dominio público con posterioridad por medios que no infrinjan los términos de esta Orden, o iii) sean revelados a la parte de los reciba por un tercero que no esté sujeto al deber de confidencialidad y que tenga derecho a dar a conocer esa información.

2. Todos los Documentos Confidenciales y la información derivada de ellos será utilizada únicamente en el contexto del presente arbitraje y no se la usará para ningún otro fin.
3. Antes de recibir los Documentos Confidenciales o cualquier información derivada de ellos, cualquiera de las personas autorizadas en virtud del párrafo 4 b), c) y d) a continuación, presentará una declaración que se ajuste sustancialmente a la declaración anexa a la presente Orden como Prueba Documental A.
4. Los Documentos Confidenciales o la información contenida en ellos sólo pueden revelarse o describirse a las siguientes personas:
  - a) El Tribunal y su personal, incluido el personal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI");
  - b) Apoderados, abogados, personal paralegal y demás personal de asesoría de cada una de las Partes;
  - c) Representantes de las Partes (incluidos, en el caso del Demandado, funcionarios del gobierno y empleados públicos) que participen activamente en el presente arbitraje, o sean responsables de la toma de decisiones al respecto, y
  - d) Testigos y peritos consultores o que presenten testimonio por las Partes.
5. En cada página de los Documentos Confidenciales deberá inscribirse claramente la leyenda: "CONFIDENCIAL". La Información Confidencial contenida en los documentos presentados ante el Tribunal deberá consignarse entre paréntesis.
6. Las Partes designarán a la información como confidencial de buena fe y no de manera arbitraria. Información Confidencial es toda: i) información comercial confidencial de las Demandantes que esté protegida del acceso público en virtud de las leyes de los Estados Unidos, como las leyes antimonopolio y de regulación del comercio (por ejemplo, derechos antidumping y derechos compensatorios), y ii) información en poder del gobierno mexicano que esté protegida del acceso público por la Ley Federal de México de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y por las leyes aplicables de información confidencial. Los argumentos legales que se presenten ante el Tribunal no constituyen Información Confidencial. Cuando una de las Partes no esté de acuerdo con que la designación de la información como Información Confidencial que haya hecho la otra Parte cumpla con estos criterios, podrá solicitar al Tribunal que decida si la información en cuestión está amparada por esta Orden.
7. Cada una de las partes será responsable de preparar una versión pública de sus documentos que contengan Información Confidencial, de la que se habrá eliminado dicha información.
8. Todos los Documentos Confidenciales y toda información derivada de ellos serán mantenidos a buen resguardo por las personas autorizadas según lo previsto en el párrafo 4 de la presente Orden cuando no se encuentren en pleno

uso, de manera de resguardar su confidencialidad y asegurar que sólo esas personas tengan acceso a ellos.

9. Si el Tribunal utiliza los Documentos Confidenciales o información derivada de ellos en cualquier decisión, incluido un laudo arbitral, deberá designar como confidenciales las partes relativas a dicho documento o información, y colocará entre paréntesis; las partes así designadas no deberán ser reveladas por ninguna de las partes ni ninguna persona autorizada en virtud del párrafo 4 de la presente Orden.
  10. Dentro de los 30 días posteriores a la conclusión final de la diferencia (incluidas las apelaciones o arreglos), los abogados de cada Parte deberán destruir todos los Documentos Confidenciales y sus copias (y certificar por escrito que lo han hecho a los abogados de la otra Parte), así como toda información derivada de ellos, en cualquier forma, y de manera que ninguna persona autorizada en virtud del párrafo 4 b), c) y d) de la presente Orden permanezca en poder de dichos documentos o información. El Tribunal y su personal (excluido el personal del CIADI), deberán destruir dichos documentos e información dentro del mismo plazo, sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 7.
- 33.- El 25 de agosto de 2006, el Demandado solicitó una semana de prórroga del plazo para la presentación de su Dúplica sobre el fondo del asunto, hasta el 1 de septiembre de 2006. El 29 de agosto de 2006, el Centro informó a las Partes que el Tribunal había acordado la prórroga solicitada. Posteriormente, el 1 de septiembre de 2006, el Demandado presentó su Dúplica y documentación anexa.
- 34.- El 11 de septiembre de 2006, el Tribunal de Arbitraje consultó a las Partes acerca de sus propuestas para la celebración de la audiencia, incluida la cuestión de si en la audiencia debería tratarse tanto la responsabilidad como los daños y perjuicios o solamente la responsabilidad. El 22 de septiembre de 2006, el Tribunal dictó Orden de Procedimiento No. 2, y programó la celebración de la audiencia del 9 al 16 de octubre de 2006, que luego se postergó para celebrarse del 19 al 26 de marzo de 2007. El Tribunal informó a las Partes que en la Audiencia se tratarían todos los asuntos en cuestión, incluidas las cuestiones relativas a la responsabilidad y los daños y perjuicios, y que la Audiencia y la transcripción de las reuniones se registrarían por las disposiciones de la Resolución Procesal No. 1 de fecha 21 de julio de 2006, con respecto a la protección de la información comercial confidencial.
- 35.- CPI, una Demandante independiente contra México en relación con el Impuesto, solicitó permiso del Tribunal de Arbitraje para asistir a la audiencia, pero las Demandantes impugnaron la solicitud. El Tribunal señaló que la competencia entre CPI y las Demandantes, la naturaleza sensible desde el punto de vista comercial de las pruebas presentadas en el arbitraje y las dificultades para proteger la información comercial confidencial eran parte de los fundamentos para rechazar la acumulación del presente procedimiento con el arbitraje de CPI. En consecuencia, el Tribunal de Arbitraje denegó la solicitud de CPI para asistir a la audiencia.

- 36.- La audiencia se celebró durante seis días en el Banco Mundial, en la ciudad de Washington, del lunes 19 de marzo al sábado 24 de marzo de 2007. Las partes estuvieron representadas por las siguientes personas:

Asistieron por cuenta de la Demandante ADM:

Sr. Warren E. Connelly, Akin Gump Strauss Hauer & Feld, L.L.P.

También asistieron por cuenta de la Demandante ADM:

Sr. James Shafter  
Sr. Dennis Riddle  
Sra. Shannon Herzfeld  
Sr. David Smith

Asistieron por cuenta de la Demandante TLIA:

Sr. Daniel M. Price  
Sr. Stanimir A. Alexandrov  
Sra. Marinn Carlson  
Sra. Amelia Porges  
Sr. Patricio Grane,  
Sidley Austin Brown & Wood, L.L.P.

También asistieron por cuenta de la Demandante TLIA:

Sr. J. Patrick Mohan

Por cuenta de ALMEX:

Sr. Jaime Hermosillo  
Sr. Luis Casillas

Asistieron por cuenta del Demandado:

Lic. Florinda Pasquel Peart  
Lic. Luis Alberto González  
Dirección General de Consultoría Jurídica de Negociaciones  
Secretaría de Economía

Prof. James Crawford

Sr. J. Christopher Thomas  
Sr. J. Cameron Mowatt  
THOMAS & PARTNERS

Sr. Stephan E. Becker  
Sr. Sanjay Mullick  
Sr. Jonathan Mann,  
PILLSBURY WINTHROP SHAW PITTMAN, L.L.P.

Lic. Salvador Behar  
Embajada de México en Washington D.C.

Sra. Yannick Mondy, que asistió por parte del Gobierno de Canadá.

- 37.- El Tribunal de Arbitraje escuchó el testimonio de los siguientes testigos y/o peritos, todos los cuales fueron sometidos a examen y conainterrogatorio:

Por cuenta de la Demandante:

Sr. John Nichols  
Sr. Edward Harjehausen  
Sr. Lynn Grider  
Sr. James Fry  
Sr. M. Alexis Maniatis

Por cuenta del Demandado:

Sr. Luis de la Calle Pardo  
Sr. Ildelfonso Guajardo Villareal  
Sr. Ángel Villalobos Rodríguez  
Sr. José Ignacio Huerta  
Sr. Gabriel Ramírez Nambo  
Sr. Jorge Mario Soto Romero  
Sr. Pablo Rión Santisteban

- 38.- Se prepararon y distribuyeron a las Partes y miembros del Tribunal transcripciones de la Audiencia en inglés y español.

#### IV. ANTECEDENTES DE HECHO

a) **Jarabe de maíz rico en fructosa (JMAF)**

- 39.- Las Demandantes y ALMEX fabrican y distribuyen JMAF, un jarabe de fructosa hecho con maíz amarillo, el que primero se muele para producir pasta de almidón y luego se refina y se sigue procesando para producir fructosa. Se trata de un proceso de producción de uso intensivo de capital en varias etapas. El JMAF se usa ampliamente en la industria de las bebidas como sustituto del azúcar. Un tipo especial de JMAF, denominado *JMAF-55*, se elaboró para reemplazar en la medida de lo posible al azúcar en la producción de refrescos. El JMAF-55 se concibió con un gusto neutro, tan dulce como el azúcar, para que pudiera emplearse en fórmulas complicadas como las de Coca-Cola y Pepsi-Cola.
- 40.- La industria de los refrescos de los Estados Unidos pasó a utilizar JMAF como edulcorante durante la década de los setenta y los años ochenta. En los Estados Unidos, el JMAF siempre ha estado disponible a un precio considerablemente inferior al del azúcar. El JMAF también tiene ventajas con respecto al azúcar puesto que se suministra a los embotelladores en forma líquida, y los embotelladores que utilizan JMAF pueden evitar los costos de almacenamiento para la licuefacción del azúcar, como así también los de mantenimiento extraordinario de los equipos que hace falta para evitar la contaminación microbiológica cuando se embotella con azúcar.
- 41.- Las Demandantes fueron precursoras de la elaboración de JMAF como edulcorante alternativo en la década de los setenta y ochenta, y en la actualidad son dos de las principales empresas de refinería de maíz del mundo. La Demandante ADM tiene varias molinerías de maíz en húmedo y es una de las principales productoras de jarabe de maíz rico en fructosa de los Estados Unidos. La Demandante TLIA fabrica JMAF en sus molinerías en húmedo de los Estados Unidos.
- 42.- La Demandante TLIA invirtió por primera vez en ALMEX en 1968. ALMEX era propietaria de una molinería de maíz en húmedo en Guadalajara, México, que producía almidones básicos y modificados. TLIA adquirió la propiedad del 100% de ALMEX en 1990. Más adelante, TLIA vendió el 50% de sus acciones en ALMEX a ADM en 1993. La fructosa producida en la molinería de maíz en húmedo de ALMEX (JMAF-42) se mezcla con una fructosa importada (JMAF-90) para producir JMAF, para su venta a los embotelladores de refrescos.
- 43.- El JMAF se obtiene fundamentalmente a partir del maíz amarillo. En México predomina el maíz blanco, que se usa principalmente para consumo humano y es

menos apto para la producción de JMAF. En consecuencia, el JMAF se produce en México a partir del maíz amarillo importado de Estados Unidos.

**b) Azúcar**

- 44.- En el mundo hay más de 120 naciones productoras de azúcar. El azúcar se vende a nivel internacional ya sea como azúcar no refinado, azúcar refinado, o como azúcar semirrefinado, el que se denomina azúcar estándar. El azúcar es un producto muy protegido. Muchas naciones, incluidos los Estados Unidos y México, restringen el acceso al azúcar a sus mercados nacionales a fin de sostener los precios internos. Los precios internacionales del azúcar pueden fluctuar de manera extraordinaria.
- 45.- La industria del azúcar se caracteriza por un elevado grado de interdependencia entre los agricultores y los ingenios azucareros que refinan el azúcar. Las utilidades del ingenio azucarero se basan en el 'margen de refinera', o sea la diferencia entre el precio de venta del azúcar refinado y el costo del azúcar no refinado. El elevado costo de inversión de capital de las refineras, y los prolongados ciclos de producción del azúcar de caña, llevan a que la industria del azúcar no pueda responder con flexibilidad a la variación del precio del azúcar o de los cultivos que compiten con este producto.
- 46.- La producción de los Estados Unidos y México satisface una proporción importante de las necesidades de azúcar. México es el tercer productor más importante de azúcar de América, después de Brasil y los Estados Unidos. El azúcar es muy importante, desde los puntos de vista tanto económico como social, y todas las decisiones del gobierno que afectan a la industria del azúcar han tenido un impacto social importante en las zonas rurales de México. La producción de azúcar en México se destina fundamentalmente al consumo interno, a diferencia de otros países que dependen del mercado internacional. La importancia del azúcar para el mercado interno ha llevado al compromiso del Gobierno con esta industria por razones sociales y políticas. Este compromiso se ha puesto de manifiesto en varias políticas con las que se procura regular el mercado en beneficio de los ingenios azucareros y los productores de caña. Estas políticas llevaron a la administración directa a partir de los años setenta, y a la expropiación de los ingenios azucareros el 3 de septiembre de 2001, cuando por decreto del poder ejecutivo se nacionalizaron 27 de los 60 ingenios azucareros de México, que representan más del 55% de la industria del azúcar de ese país. Estas medidas se dictaron en respuesta a la probabilidad de que los ingenios azucareros no pudieran cumplir con sus obligaciones de pago a los productores de caña de azúcar ni financiar la siembra del año de la zafra que estaba por comenzar. El azúcar también desempeña una función importante en la economía agrícola de los Estados Unidos y ha encarado problemas en los últimos años.

- 47.- Tanto en los Estados Unidos como en México el precio recibido por los productores nacionales de azúcar está sostenido directa o indirectamente por sus respectivos gobiernos y existen obstáculos a la competencia internacional. Las Demandantes en este arbitraje han llamado la atención a la influencia política de la industria del azúcar de México y el Demandado ha señalado las estrechas relaciones existentes entre la industria del azúcar y los legisladores de los Estados Unidos.
- 48.- El JMAF puede reemplazar al azúcar en diversos usos, pero no en todos. Tanto el JMAF como el azúcar de caña son edulcorantes nutritivos o edulcorantes con contenido calórico (a diferencia de los edulcorantes no nutritivos o sin contenido calórico, como la sacarina) compuestos por una combinación de fructosa y glucosa. Ambos tienen una apariencia semejante cuando se los disuelve para su uso en el embotellado, y casi la misma composición química. En calidad de tales, ambos son totalmente intercambiables y pueden utilizarse, por medio de un proceso industrial, para endulzar productos como refrescos y jarabes. El JMAF y el azúcar de caña son semejantes en lo que se refiere a aroma y color: ambos son inodoros y, en forma líquida, incoloros. El sabor, color y otras características físicas de los refrescos y jarabes edulcorados con JMAF y azúcar de caña son imperceptibles.
- 49.- Cuando el jarabe de maíz rico en fructosa pudo utilizarse en México como edulcorante alternativo y eficiente en función de los costos, los productores mexicanos de refrescos y jarabes empezaron a reemplazar el azúcar de caña por el JMAF. Las Demandantes estiman que de una participación inexistente en el mercado como edulcorante en la industria de los refrescos de México en 1991, el JMAF había adquirido una participación del 25% del mercado en el año 1997.
- c) El mercado mexicano de edulcorantes de bebidas**
- 50.- México es el país de consumo más alto per cápita de refrescos carbonatados del mundo, y el de consumo más alto per cápita de Coca-Cola. El mercado mexicano de refrescos carbonatados se valuó en casi US\$15.000 millones en 2001, y según los pronósticos alcanzaría un valor de US\$19.000 millones en 2006.
- 51.- La industria mexicana de embotellado de refrescos está integrada básicamente por tres grupos: i) los embotelladores de Coca Cola representan más del 70% del mercado mexicano de refrescos, y sus tres principales embotelladores mexicanos son Fensa, Arca y Continental Panamco; ii) los embotelladores de Pepsi-Cola, que representan cerca del 15% del mercado, cuyos principales embotelladores son Pepsi Bottling Group y Geusa, y iii) otras marcas nacionales e internacionales de refrescos.

- 52.- La producción mexicana de edulcorantes para refrescos y jarabes se concentra en el azúcar de caña. Comúnmente, la industria mexicana de refrescos, de marcas tanto nacionales como internacionales, utilizaba exclusivamente el azúcar como edulcorante (salvo en el caso de sus productos dietéticos). Cuando la industria de la refinera del azúcar se privatizó durante la década de los ochenta, muchos embotelladores adquirieron directa o indirectamente acciones en los ingenios azucareros, e integraron verticalmente un aspecto importante del mercado de edulcorantes de bebidas. Hay estimaciones que indican que en 2000 la industria de los refrescos consumió el 33% del suministro anual de azúcar de México.
- 53.- ALMEX comenzó a vender JMAF en México en 1994 y a producirlo a nivel nacional en diciembre de 1995. El JMAF llegó a convertirse en el producto más importante de ALMEX, representando el [REDACTED] de sus ventas en 2001 y el [REDACTED] de sus utilidades.
- 54.- Desde la perspectiva de la industria mexicana de los refrescos, el JMAF tenía ventajas de costos respecto del precio del azúcar sostenido por el Estado. Hubo una inversión inicial de capital a fin de obtener el edulcorante en forma líquida, lo que exigía tanques de almacenamiento, cambios de tuberías y modificaciones en los procesos de producción. Las marcas menores tenían más flexibilidad para elegir entre el azúcar y el JMAF, y se veían más influidas por la diferencia entre los precios. Los embotelladores de Coca-Cola y Pepsi avanzaron más lentamente, debido a la importancia de mantener un sabor uniforme y a sus participaciones en los ingenios azucareros. Por ejemplo, entre los embotelladores de productos de Coca-Cola, se observaban tres enfoques distintos, a saber: primero, persistir en el uso exclusivo del azúcar debido a la propiedad directa de ingenios azucareros por parte del embotellador en cuestión; segundo, persistir en el uso exclusivo del azúcar debido a las dudas acerca de la reacción de los consumidores ante el cambio por el JMAF y los costos de capital del cambio y, tercero, usar una combinación de azúcar y JMAF en las proporciones autorizadas por la casa matriz de Coca-Cola. Finalmente, Coca-Cola optó por una combinación de azúcar y JMAF, la que se consideraba un buen equilibrio entre los dos edulcorantes en competencia, que representaba un ahorro de costos, ejercía una presión a la baja en el precio del azúcar, y evitaba la dependencia de una sola industria para el abastecimiento de este insumo vital para la industria de los refrescos.
- 55.- Desde la perspectiva del comercio bilateral de edulcorantes entre los Estados Unidos y México, la penetración del JMAF en el mercado mexicano de edulcorantes de refrescos comprendió tres productos básicos distintos: a) JMAF, que México importaba de los Estados Unidos (y que también se fabricaba a nivel local); b) maíz amarillo, que México importaba de los Estados Unidos como materia prima para la fabricación en México de JMAF, y c) azúcar, que encaraba una gran presión en el

mercado mexicano de refrescos por la competencia del JMAF. Tanto en México como en los Estados Unidos el azúcar tenía un precio sostenido por el Estado, constituía una industria políticamente activa y de importancia social considerable en algunas partes de cada uno de esos países.

- 56.- El JMAF representaba una agresiva competencia para el azúcar en México (y los Estados Unidos). Sin embargo, el JMAF también se beneficiaba indirectamente de los programas de sostén del precio del azúcar. Estos programas mantenían elevado el precio del azúcar en los Estados Unidos y México, lo que permitía que el JMAF compitiera en el sector de refrescos sobre la base del precio. El precio del JMAF tanto en México como en los Estados Unidos siempre estaba por encima del precio internacional del azúcar refinado, aunque por debajo del precio interno. Por lo tanto, los fabricantes de JMAF tenían un incentivo para apoyar la protección (y por lo tanto el precio interno más alto) del azúcar. El Demandado alega que las Demandantes eran miembros activos de la *American Sugar Alliance* (Alianza Americana del Azúcar), el grupo de presión de la industria del azúcar en los Estados Unidos.

**d) Azúcar, maíz y JMAF en las negociaciones del TLCAN**

- 57.- Las negociaciones formales del TLCAN empezaron en diciembre de 1991 y terminaron oficialmente en agosto de 1992. El TLCAN fue firmado por los Jefes de Estado de Canadá, Estados Unidos y México el 17 de diciembre de 1992, y después aprobado por los poderes legislativos de las tres Partes.
- 58.- El Tratado de Libre Comercio de América del Norte crea una zona de libre comercio de conformidad con las disposiciones del Artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (en adelante denominado el "GATT")<sup>1</sup>. El Capítulo III del TLCAN se titula *Trato nacional y acceso de bienes al mercado*, y trata de los principios del acceso al mercado en general. Algunos sectores están sujetos a un trato independiente en el TLCAN. Las reglas especiales relativas al sector agropecuario constan en el Capítulo VII.A.
- 59.- En el Artículo 302 del TLCAN (Desgravación arancelaria) dispone en términos generales lo siguiente:
1. Salvo que se disponga otra cosa en este Tratado, ninguna de las Partes podrá incrementar ningún arancel aduanero vigente, ni adoptar ningún arancel nuevo, sobre bienes originarios.

---

<sup>1</sup> En el Artículo XXIV.5 del GATT se establece: "5. Por consiguiente, las disposiciones del presente Acuerdo no impedirán, entre los territorios de las partes contratantes, el establecimiento de una unión aduanera ni el de una zona de libre comercio...".

2. Salvo que se disponga otra cosa en este Tratado, cada una de las Partes eliminará progresivamente sus aranceles aduaneros sobre bienes originarios, en concordancia con sus listas de desgravación incluidas en el Anexo 302.2.

3. A solicitud de cualquiera de ellas, las Partes realizarán consultas para examinar la posibilidad de acelerar la eliminación de aranceles aduaneros prevista en sus listas de desgravación. Cuando dos o más de las Partes, de conformidad con sus procedimientos legales aplicables, aprueben un acuerdo sobre la eliminación acelerada del arancel aduanero sobre un bien, ese acuerdo prevalecerá sobre cualquier arancel aduanero o periodo de desgravación señalado de conformidad con sus listas para ese bien.

4. Cada una de las Partes podrá adoptar o mantener medidas sobre las importaciones con el fin de asignar el cupo de importaciones realizadas bajo un arancel cuota establecido en el Anexo 302.2, siempre y cuando tales medidas no tengan efectos restrictivos sobre las importaciones adicionales a los derivados de la imposición del arancel cuota.

5. A petición escrita de cualquiera de las Partes, la Parte que aplique o se proponga aplicar medidas sobre las importaciones de acuerdo con el párrafo 4 realizará consultas para revisar la administración de dichas medidas.

Además, en el Anexo 302 dispone la eliminación progresiva de los aranceles vigentes entre las Partes:

1. Salvo disposición en contrario en la Lista de cualquiera de las Partes adjunta de este Anexo, rigen las siguientes categorías de desgravación progresiva de aranceles aduaneros por cada una de las Partes de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 302(2):

a) los aranceles aplicables a bienes estipulados en las partidas de la categoría progresiva A en la lista de cualquiera de las Partes serán eliminados totalmente y dichos bienes estarán libres de derechos de aduana con efectividad al 1° de enero de 1994;

b) los aranceles aplicables a bienes estipulados en las partidas de la categoría progresiva B en la lista de cualquiera de las Partes serán eliminados en cinco etapas anuales iguales a partir del 1° de enero de 1994, y dichos bienes estarán libres de derechos de aduana con efectividad al 1° de enero de 1998;

c) los aranceles aplicables a bienes estipulados en las partidas de la categoría progresiva C en la lista de cualquiera de las Partes serán eliminados en 10 etapas anuales iguales a partir del 1° de enero de 1994, y dichos bienes estarán libres de derechos de aduana con efectividad al 1° de enero de 2003;

d) los aranceles aplicables a bienes estipulados en las partidas de la categoría progresiva C+ en la lista de cualquiera de las Partes serán eliminados en 15 etapas anuales iguales a partir del 1° de enero de 1994, y dichos bienes estarán libres de derechos de aduana con efectividad al 1° de enero de 2008, y

e) los bienes comprendidos en las partidas de la categoría progresiva D en la lista de cualquiera de las Partes continuarán exentos de derechos de aduana.

México y los Estados Unidos acordaron que el azúcar estaría sujeto a un periodo de desgravación arancelaria de 15 años.

El Anexo 703.2 del Capítulo VII contiene disposiciones especiales relativas al comercio bilateral de productos agropecuarios entre México y los Estados Unidos. El Anexo 703.2.A.13-22 trata del comercio de azúcar y jarabes. El texto del Anexo 703.2.A.13-18 es el siguiente:

13. Las Partes consultarán entre ellas a más tardar el 1° de julio de cada uno de los primeros 14 años a partir de 1994, para determinar, conjuntamente, de acuerdo con el Apéndice 703.2.A.13 si, y en qué cantidad, cada una de las Partes:

- (a) se estima que será un productor superavitario de azúcar en el próximo año comercial; y
- (b) ha sido productor superavitario en cualquiera de los años comerciales a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado, incluyendo el año comercial corriente.

14. Por cada uno de los primeros 14 años comerciales a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado, cada una de las Partes otorgará trato libre de impuestos a una cantidad de azúcares y jarabes que sean productos calificados, no menor a la mayor entre:

- (a) 7.258 toneladas métricas en valor crudo;
- (b) la cuota asignada por Estados Unidos a un país que no es Parte, dentro de la categoría designada como "otros países y áreas específicas" conforme al párrafo (b)(i) de la nota estadounidense adicional 3 al Capítulo 17 del Sistema Armonizado de Clasificación Arancelaria de Estados Unidos;
- y (c) la estimación de producción de excedente neto de la otra Parte para ese año comercial, sujetándose a lo establecido en el párrafo 15 y como se determine tal estimación conforme al párrafo 13 y ajustada de acuerdo con el Apéndice 703.2.A.13.

15. Salvo lo dispuesto por el párrafo 16, la cantidad de azúcares y jarabes libre de impuestos conforme al párrafo 14(c) no excederá los siguientes límites: (a) por cada uno de los primeros seis años comerciales, 25.000 toneladas métricas valor crudo; (b) para el séptimo año comercial, 150.000 toneladas métricas valor crudo; y (c) para cada uno de los años comerciales del octavo al decimocuarto, 110 % del límite máximo correspondiente al año comercial anterior.

16. Comenzando con el séptimo año comercial, el párrafo 15 no se aplicará cuando, de acuerdo con el párrafo 13, las Partes hayan determinado que la Parte exportadora es un productor superavitario:

- (a) por dos años comerciales consecutivos a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado;
- (b) para el año comercial previo y el que esté corriendo; o
- (c) en el año comercial que corre y estimen que en el año comercial siguiente será un productor superavitario, a menos que subsecuentemente las Partes determinen que, contrario a la estimación, la Parte exportadora no fue un productor superavitario para ese año.

17. Comenzando a más tardar seis años después de la entrada en vigor de este Tratado, México aplicará, sobre la base de nación más favorecida, un arancel-cuota para azúcares y jarabes, consistente en tasas arancelarias no inferiores que la menor de las correspondientes a las:

- (a) tasas de nación más favorecida de Estados Unidos en vigor en la fecha en que México comience a aplicar el arancel-cuota; y
- (b) tasas de nación más favorecida prevalecientes en Estados Unidos.

18. Cuando México aplique un arancel-cuota conforme al párrafo 17, no aplicará al azúcar o jarabe que sea un producto calificado de Estados Unidos una tasa de arancel aduanero mayor que la aplicada por Estados Unidos a dicho producto.

En el Anexo 703.2.A.26 se define el término “excedente de producción neto” como “...la cantidad de la producción nacional de azúcar de una de las Partes que excede su consumo total de azúcar durante un año comercial, calculado de acuerdo con esta sección...”, y ‘azúcar’ como “...azúcar mascabado o azúcar refinada derivada directa o indirectamente de caña de azúcar o remolacha, incluyendo azúcar líquida refinada”. En el Anexo 703.2.A no hay ninguna definición de ‘jarabes’.

Además de estas disposiciones bilaterales, México y los Estados Unidos establecieron una unión aduanera respecto del azúcar, al aplicar el mismo arancel a las importaciones de cualquier otro país. Este arancel se fijó en un nivel alto (aproximadamente US\$0,36 por kilo).

- 60.- El plan del TLCAN para el comercio azucarero entre México y los Estados Unidos puede resumirse de la siguiente manera: i) desgravación arancelaria progresiva entre México y los Estados Unidos en el curso de 15 años; ii) una cuota mínima anual libre de derechos arancelarios; iii) un aumento de la cuota exenta de derechos de aduana si alguna de las Partes tuviera un ‘excedente de producción neto’, y iv) un arancel común de nivel alto para las importaciones de azúcar provenientes de otros países.
- 61.- Al momento de firmarse el TLCAN tanto los Estados Unidos como México eran importadores netos de azúcar, de modo que no tenían ningún ‘excedente de producción neto’ con el significado que tiene el término en la definición del TLCAN.
- 62.- El JMAF y el maíz están sujetos a acuerdos bilaterales menos complejos entre México y los Estados Unidos según el TLCAN. El JMAF estaba sujeto a un período de desgravación arancelaria de 10 años, con reducciones anuales iguales a partir de una tasa base de 15%, lo que significa que el arancel se eliminó totalmente a partir del 1 de enero de 2004. Las importaciones de maíz de los Estados Unidos con destino a México están sujetas a un período de desgravación arancelaria de 15 años, y una cuota exenta de derechos de aduana de 2,5 millones de toneladas, que se incrementaba a razón de 3% anual.
- e) **El intercambio de correspondencia de 1993 entre los Estados Unidos y México con respecto a las disposiciones sobre el azúcar del TLCAN**
- 63.- Durante el año 1993, los Estados Unidos plantearon a México la cuestión de las ‘ambigüedades’ de las disposiciones del TLCAN relativas al azúcar. Mediante carta de fecha 26 de julio de 1993, el Representante de los Estados Unidos para Asuntos

Comerciales (Michael Kantor) escribió al Secretario de Comercio y Fomento Industrial de México (Jaime Serra Puche) en los siguientes términos:

Estimado Jaime:

Fue un placer verlo la semana pasada en México...

Una de las cuestiones que planteé fue la ambigüedad de las disposiciones del TLCAN relativas al azúcar. Esta cuestión ha adquirido una importancia extraordinaria. En respuesta a mis inquietudes, usted me solicitó que expusiera por escrito la naturaleza de la ambigüedad y la manera en que creemos que podría resolverse.

En síntesis, en el Anexo 703.2.A.13 del TLCAN se define al azúcar para el consumo interno como "todos los azúcares y jarabes", definición que incluiría acertadamente al jarabe de maíz rico en fructosa. Este jarabe es un jarabe de azúcar que evidentemente constituye un sustituto cabal del jarabe de sucrosa, particularmente para su uso, por ejemplo, en refrescos. Sin embargo, la ambigüedad surge porque en el anexo se considera al azúcar de producción como "todos los azúcares y jarabes derivados de la caña de azúcar o la remolacha producidos en el territorio de una de las Partes". En la Sección C del Anexo 703.2 se dispone una definición igualmente estricta del azúcar "para importaciones" con destino a cada uno de los países, "aplicable a este Anexo".

Con el fin de aclarar esta ambigüedad y contar con una definición común y equitativa del término azúcar, propongo que intercambiamos cartas complementarias a fin de aclarar que, al determinar la existencia de "excedente de producción neto" en cualquiera de las partes, se considerará que el término azúcar comprende el azúcar tanto no refinado como refinado derivado directa o indirectamente de la caña de azúcar o la remolacha, el azúcar líquido refinado, y el edulcorante de maíz rico en fructosa.

Con esta aclaración, el TLCAN continuará proveyendo a la eliminación acelerada de restricciones en caso de que cualquiera de las partes tuviera un excedente de producción neto de azúcar. La aclaración evitaría resultados inequitativos si se emplearan muchas definiciones o si se considerara que alguna de las partes ha pasado a tener un excedente de producción neto de azúcar sin que se registre un aumento efectivo de la producción de azúcar.

Le agradecería que me hiciera conocer su opinión sobre esta propuesta con la mayor brevedad posible.

Los funcionarios encargados de los asuntos comerciales de los Estados Unidos y México, así como también los representantes de las industrias azucareras de ambos países, discutieron este tema con posterioridad.

- 64.- El 3 de noviembre de 1993, un día antes de que el Presidente Clinton presentara formalmente el TLCAN al Congreso de los Estados Unidos para su aprobación, representantes de la industria azucarera mexicana (Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcohólica) informaron a los funcionarios mexicanos

encargados de los asuntos comerciales que se había llegado a un acuerdo con la industria azucarera de los Estados Unidos.

Respetable Señor Secretario:

Me permito informarle que los representantes de la Industria Azucarera Mexicana hemos llegado a un acuerdo con nuestra contraparte estadounidense, en dos sentidos:

1.- Ha quedado debidamente clarificada la ambigüedad pre-existente en la definición de autosuficiencia en endulzantes, para determinar los excedentes de exportación. Es decir, que el concepto de autosuficiencia involucra, sumatoriamente, azúcares de caña y remolacha y alta fructosa de maíz.

2.- También hemos decidido solicitar a nuestros respectivos gobiernos que se amplie la cuota de exportación de 150.000 a 250.000 toneladas el primer año en que se obtenga la autosuficiencia, a partir del séptimo año de entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio. Esto, con el principal propósito de ampliar las posibilidades de exportación de azúcares mexicanos.

Todo lo anterior en confirmación y abundancia de lo que hoy le expresamos verbalmente los representantes industriales que nos entrevistamos con usted.

En la misma fecha, se prepararon en inglés y español borradores de cartas para dejar sentado el acuerdo de las Partes. La intención era que estas cartas fueran suscriptas por los respectivos Ministros (Jaime Serra Puche por parte de México, y Michael Kantor por parte de los Estados Unidos). Sin embargo, en la noche del 3 de noviembre de 1993, los textos en español e inglés, ambos declarados auténticos, fueron firmados con las iniciales de los principales negociadores de comercio de cada país (Dr. Herminio Blanco por parte de México, y embajador Rufus Yerxa por parte de los Estados Unidos). El texto en inglés y español de estas cartas es el siguiente:

The Honorable Jaime Serra Puche  
Secretary of Commerce and Industrial Development  
Alfonso Reyes 30, Piso 10  
Colonia Condesa  
06140 Mexico D.F.

Dear Dr. Serra:

I have the honor to confirm the following understanding reached between the delegations of the United States of America and the United Mexican States with respect to the implementation of Annex 703.2 of the North American Free Trade Agreement ("NAFTA").

Section A of Annex 703.2 of the NAFTA provides in part for market access between the United States of America and the United Mexican States with respect to "trade in sugar and syrup goods". The text generally provides, reciprocally for the United States and Mexico, that market access in sugar and syrup goods depends to a certain extent on whether the two countries have determined whether either has been or is projected to be a net surplus producer. "Net surplus producer" is defined as a Party that has a net production surplus.

“Net production surplus”, in turn, is defined as “the quantity by which a Party’s domestic production of sugar exceeds its total consumption of sugar during a marketing year, determined in accordance with [Section A of Annex 703.2]”

High fructose corn syrup is readily substitutable for sucrose sugar syrups, particularly in such uses as soft drinks. Such substitution could result in effects not intended by either Party. Accordingly, the United States of America and the United Mexican States agree that the determination of “net production surplus” for purposes of Section A of Annex 703.2 shall include consumption of high fructose corn syrup provided for in Harmonized System subheadings 1702.40, 1702.50 and 1702.60.

In addition, notwithstanding the provisions of paragraph 15(b) and (c) of Section A of Annex 703.2, the ceiling for each of the seventh through 14th marketing years shall be 250,000 metric tons, raw value, and paragraph 16 of Section A of Annex 703.2 shall not apply.

I would also like to take this opportunity to affirm the provisions in paragraph 6 of Section A of Annex 703.2 which provide that each Party may count the in-quota quantity under a NAFTA tariff rate quota toward the satisfaction of in-quota quantity commitments undertaken by the Party as a result of the Uruguay Round of multilateral trade negotiations under the General Agreement on Tariffs and Trade.

I have the honor to propose that this letter, which is authentic in English, and your letter of confirmation in reply, constitute an agreement between our two governments, to enter into effect upon the entry into force of the NAFTA for the United States and Mexico and to remain in effect through the fourteenth marketing year for such time as they remain parties to the NAFTA.

Sincerely,

Michael A. Kantor

Embajador Michael A. Kantor  
Representante Comercial de los  
Estados Unidos de América  
600 Seventeenth Street, N.W.  
Washington, D.C. 20006

Estimado Embajador Kantor:

Tengo el honor de confirmar el siguiente entendimiento alcanzado entre las delegaciones de los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América en relación con la aplicación del Anexo 703.2 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLC”).

La Sección A del Anexo 703.2 del TLC establece algunas disposiciones en materia de acceso a mercado entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América con respecto al “comercio de azúcares y jarabes”. En general, el texto dispone, de manera recíproca para México y Estados Unidos, que el acceso al mercado de azúcares o jarabes depende, en cierta medida, de que los dos países determinen que uno de ellos ha sido o estima

que será un productor superavitario. Productor superavitario significa que una Parte tiene un excedente de producción neto.

“Excedente de producción neto”, a su vez, está definido como “la cantidad de la producción nacional de azúcar de una de las Partes que excede a su consumo total de azúcar durante un año comercial”, calculado de acuerdo con la Sección A del Anexo 703.2.

La fructosa de maíz puede fácilmente sustituir a los azúcares, particularmente para la elaboración de refrescos. Dicha sustitución podría tener resultados no deseados por las Partes. En consecuencia, los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, acuerdan que la determinación de “excedente de producción neto” incluirá, para efectos de la Sección A del Anexo 703.2, fructosa de maíz, descrita en las subpartidas 1702.40 y 1702.60 del Sistema Armonizado.

Además, no obstante lo dispuesto en el párrafo 15(b) y (c) de la Sección A del Anexo 703.2, el límite para cada uno de los años comerciales del séptimo al décimo cuarto, será de 250.000 toneladas métricas valor crudo, y no aplicará el párrafo 16 de la Sección A del Anexo 703.2.

Quisiera también aprovechar esta oportunidad para confirmar lo dispuesto en el párrafo 6 de la Sección A del Anexo 703.2, que establece que cada Parte puede contar la cantidad dentro de la cuota de un arancel cuota del TLC para satisfacer los compromisos sobre cantidades dentro de las cuotas adoptados por la Parte como resultado de las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio.

Tengo el honor de proponer que esta carta, que es auténtica en español, y su carta de respuesta que la confirme, constituyan un entendimiento entre nuestros dos gobiernos, con efectos a partir de la entrada en vigor del TLC para México y Estados Unidos, y que permanezca en vigor hasta que concluya el décimo cuarto año comercial, mientras México y Estados Unidos sean Partes del TLC.

Atentamente

Dr. Jaime Serra Puche  
Secretario de Comercio y  
Fomento Industrial

La referencia a la subpartida Sistema Armonizado ‘1702.50’ fue agregada a mano en el cuarto párrafo del texto escrito a máquina en inglés.

- 65.- Estos borradores de cartas afectaron las disposiciones del Anexo 703.2.A del TLCAN relativas al comercio de azúcares y jarabes en los siguientes aspectos: i) La definición de ‘excedente de producción neto’ (Anexo 703.2.A.26); ii) La cifra del tope de la cantidad de azúcar exenta de derechos de aduana en el séptimo año comercial (Anexo 703.2.A.15(b), y iii) La eliminación del tope de la cantidad de azúcar exenta de derechos arancelarios a partir del séptimo año comercial en caso de que una de las parte fuera un productor superavitario (Anexo 703.2.A.16).

- 66.- Los textos en inglés y español contienen una definición distinta de 'excedente de producción neto'. La modificación de la definición del TLCAN del término 'excedente de producción neto' en la carta en inglés ("for the purposes of section A of Annex 703.2 shall include consumption of high fructose corn syrup...") es diferente de la que aparece en el texto en español ("...incluirá, para efectos de la Sección A del Anexo 703.2, fructosa de maíz...") puesto que el texto en inglés incluye en la definición únicamente al consumo de JMAF. El efecto de esta diferencia en la definición del TLCAN de 'excedente de producción neto' ("la cantidad de la producción nacional de azúcar de una de las Partes que excede a su consumo total de azúcar durante un año comercial, calculado de acuerdo con esta sección") es que el texto en inglés incluye a la fructosa sólo en el cálculo del consumo, en tanto que en el texto en español se incluye a la fructosa en el cálculo tanto del consumo como de la producción.

Asimismo, una vez firmadas con las iniciales estos borradores de cartas el 3 de noviembre de 1993, México denunció que la cláusula –tanto en su versión en lengua española como en inglesa– dejaba inoperativo el Anexo 703.2.A.16, que no formaba parte del acuerdo entre las Partes. Los Estados Unidos contestaron, en los siguientes términos a México, mediante carta de fecha 8 de diciembre de 1993:

Excelentísimo Sr. Jaime Serra Puche  
Secretario de Comercio y Fomento Industrial  
Alfonso Reyes 30, Piso 10  
Colonia Condesa  
06140 México D.F.

Estimado Dr. Serra:

Como usted sabe, necesitamos concretar antes del 1 de enero el intercambio formal de cartas para confirmar los entendimientos alcanzados el 3 de noviembre relativos a las disposiciones sobre el azúcar y el jugo concentrado de naranja congelado del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. En consecuencia, le adjunto las cartas originales firmadas en nombre de los Estados Unidos. Su respuesta constituirá el intercambio formal de cartas.

En su fax de fecha 29 de noviembre, había una nota en la que se planteaba una pregunta con respecto al párrafo 16 de la Sección A del Anexo 703.2 del TLCAN. Mi recuerdo, que se vio confirmado cuando cotejé los textos inicialados por Herminio Blanco y Rufus Yerxa, es que el texto era en efecto parte de nuestro entendimiento del 3 de noviembre. También adjuntó copia de las cartas firmadas con iniciales, que también se enviaron al Congreso como parte del conjunto del TLCAN.

Como se señalaba en su fax, la disposición acerca del párrafo 16 no se encontraba en la propuesta que le enviamos el 26 de octubre. Sin embargo, durante la reunión que tuvimos en el aeropuerto Dulles el 28 de octubre, usted rechazó las propuestas que le habíamos solicitado que considerara, relativas tanto al jugo de naranja como al azúcar. Después de la reunión, redactamos nuevas propuestas tanto para el azúcar como para el jugo de naranja. Ésas fueron las que consideramos y que constituyeron la base del acuerdo a que llegamos en definitiva el 3 de noviembre.

Espero que esto sirva para aclarar cualquier confusión que pueda quedar respecto de esta cuestión.

Atentamente,

Michael A. Kantor

A esta carta, los Estados Unidos adjuntaron una carta, firmada por el Embajador Michael Kantor y de fecha 8 de diciembre de 1993, que contenía exactamente los mismos términos del proyecto inicializado el 3 de noviembre de 1999 (salvo que la referencia manuscrita a la subpartida 1702.50 en el cuarto párrafo no estaba escrita a máquina como parte del texto).

En nombre de México, el Dr. Jaime Serra Puche firmó y devolvió una carta en español de fecha 4 de noviembre de 1993 que era distinta del borrador previamente firmado con iniciales en el sentido de que se había borrado la declaración contenida en el quinto párrafo con respecto a que no se aplicaría el párrafo 16 del Anexo 1703.2.A (“y no aplicará el párrafo 16 de la Sección A del Anexo 703.2”). (El texto en español firmado por el Dr. Serra Puche, sin embargo, sí incluía una referencia al subtítulo 1702.50 en el cuarto párrafo, con lo que los textos en inglés y español coincidían al respecto).

- 67.- El resultado fue que hubo dos incertidumbres sustanciales en el intercambio final de cartas entre México y los Estados Unidos, que consistían en: i) si el Anexo 703.2.A.16 (relativo a la eliminación del límite máximo en la cantidad de azúcar exenta de derechos de aduana a partir del séptimo año comercial en caso de que una de las Partes fuera un ‘productor superavitario’), no era operativo, y ii) si la definición de ‘excedente de producción neto’ contenida en el Anexo 703.2.A.26 incluía el consumo y la producción de JMAF, o simplemente el consumo.
- 68.- El TLCAN entró en vigor el 1 de enero de 1994.
- f) Los mercados mexicanos del azúcar y de edulcorantes de bebidas en los primeros años del TLCAN**
- 69.- Entre 1989 y 1994 México fue un importador neto de azúcar. En 1995 México pasó a ser un productor superavitario. Las disposiciones del Anexo 703.2.A.13 exigían que los Estados Unidos y México celebraran consultas para el 1 de junio de cada año con respecto a si cada una de las Partes era un ‘productor superavitario’ según se define este término en el TLCAN. A partir de 1995 los Estados Unidos y México convinieron que México era un productor superavitario, aunque no compartían el mismo cálculo del superávit. México efectuó su cálculo del excedente de producción neto sobre la base de las definiciones del Anexo 703.2.A.26 y sin tener en cuenta el intercambio de cartas de 1993. México asumió la posición de que las Partes no

habían llegado a ningún acuerdo en este intercambio de cartas, y por lo tanto los términos del TLCAN resultaban aplicables sin modificación alguna. Los Estados Unidos calcularon el excedente de producción neto teniendo en cuenta el texto en inglés de la carta enviada por el Embajador Kantor al Dr. Serra Puche.

- 70.- La producción mexicana de azúcar aumentó entre 1994/1995 y 2000/2001. Al mismo tiempo, las importaciones y la producción interna de JMAF aumentaron considerablemente. El JMAF reemplazó al azúcar, sobre todo en la industria de refrescos, con lo que se restringió el consumo interno de azúcar.
- 71.- El superávit mexicano de azúcar en el período tuvo efectos negativos en la industria azucarera de México. Los productores mexicanos consideraban la exportación libre de derechos de aduana de los superávit a los Estados Unidos como fundamentales para su rentabilidad, sobre todo teniendo en cuenta el impacto que tenían en el mercado mexicano de edulcorantes las importaciones de JMAF provenientes de los Estados Unidos o el JMAF fabricado localmente a partir de maíz de los Estados Unidos. Los productores mexicanos de azúcar se consideraban perjudicados por el desequilibrio de los flujos comerciales de azúcar por un lado y, por el otro, de JMAF y de maíz. El acceso del azúcar mexicano a los Estados Unidos se convirtió en una cuestión política de gran importancia que México planteó a todos los niveles de las negociaciones comerciales, incluso al de Jefes de Estado. El presidente Zedillo de México le escribió al Presidente Clinton de los Estados Unidos el 14 de julio de 1997. Los siguientes son algunos de los párrafos de esta carta:

Las importaciones de fructosa de maíz en México han aumentado más del 250 por ciento durante los últimos 12 meses. El cien por ciento de estas importaciones proviene de EE.UU. En contraste, México solamente ha participado marginalmente en los cupos de importación de azúcar de su país, a pesar de sus crecientes necesidades (las importaciones de azúcar mexicana representaron menos del 1.5 por ciento de las importaciones totales de EE.UU. en el ciclo 96-97). Incluso, en marzo y mayo de este año, su país asignó cuotas adicionales por un total de 400.000 toneladas sin que México resultara beneficiado por esta asignación. Las reducidas posibilidades de acceso del azúcar mexicano al mercado de EE.UU. aunado a las crecientes importaciones de fructosa de maíz, podrían traducirse en fuertes excedentes que afectarían seriamente a cientos de miles de campesinos mexicanos.

Estoy seguro que, considerando que la fructosa de los Estados Unidos tiene ya un acceso sin restricciones cuantitativas al mercado mexicano, si trabajamos juntos, se podrán encontrar formas de que el azúcar mexicana pueda beneficiarse de los crecientes cupos de importación de azúcar que viene otorgando su país. Se trata de una oportunidad más para continuar promoviendo la rica relación bilateral entre nuestros países.

- g) México aplica derechos antidumping y requisitos en materia de licencias de importación.**
- 72.- El 14 de enero de 1997 la Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcohólica solicitó una investigación antidumping sobre el JMAF proveniente de los Estados Unidos. La investigación fue llevada a cabo por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial ("SECOFI") y terminó en una decisión final de fecha 23 de enero de 1998 por la que se aplicaron derechos antidumping al JMAF proveniente de los Estados Unidos.
- 73.- Los derechos antidumping mexicanos impuestos al JMAF fueron impugnados en dos procedimientos distintos. Primero, los Estados Unidos impugnaron estos derechos conforme a los procedimientos de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio (OMC). El 24 de febrero de 2000 un Grupo Especial de la OMC llegó a la conclusión de que los derechos antidumping fijados por México violaban varios aspectos del Acuerdo Antidumping de la OMC.
- 74.- El 20 de septiembre de 2000 la SECOFI dictó un ajuste de los derechos antidumping fijados antes. Los Estados Unidos también impugnaron este ajuste ante la OMC. Un Grupo Especial de la OMC llegó a la conclusión de que el ajuste dictado por México era incompatible con sus obligaciones en virtud del Acuerdo Antidumping de la OMC, y esta resolución fue mantenida por el Órgano de Apelación de la OMC en una resolución de fecha 5 de octubre de 2001: véase el informe titulado *México - Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos. Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del Artículo 21 del ESD (AB-2001-5; WT/DS 132/AB/RW, 22 de octubre de 2001).*
- 75.- Segundo, las partes involucradas (los exportadores de los Estados Unidos y los importadores de México) impugnaron los derechos antidumping de la SECOFI según lo dispuesto en el Capítulo 19 del TLCAN ('Revisión y solución de controversias en materia de antidumping y cuotas compensatorias'). El Panel del Capítulo 19 en su resolución definitiva de fecha 3 de agosto de 2001 (titulada *Revisión de la resolución final de la investigación antidumping sobre las importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa, originarias de los Estados Unidos de América, Caso MEX-USA-98-1904-01*) exigió a México dejar de aplicar los derechos antidumping y reembolsar derechos cobrados desde el momento en que empezaron a aplicarse.
- 76.- En 2001 México también empezó a aplicar varias restricciones a la importación de JMAF. ALMEX impugnó en los tribunales administrativos de México la exigencia de diciembre de 2002 de un permiso para la importación de JMAF, que resultó ser inconstitucional, ya que se consideró contraria a las obligaciones de México en

virtud del TLCAN. En consecuencia, ALMEX actualmente goza del beneficio de una resolución de amparo que la exime de la exigencia de un permiso para la importación de JMAF.

**h) México inicia los Procedimientos previstos en el Capítulo XX del TLCAN para la solución de controversias entre Estados.**

77.- Según la interpretación hecha por México de los efectos del intercambio de cartas de 1993 (es decir, que no hubo acuerdo en el intercambio de cartas de 1993 y que en consecuencia el TLCAN continuó aplicándose en sus términos originales) los productores mexicanos de azúcar tendrían un derecho irrestricto a las exportaciones exentas de aranceles de exportación con destino a los Estados Unidos de conformidad con las disposiciones del Anexo 703.2.A, y en particular del párrafo 16, desde octubre de 2000. Antes de esa fecha, México inició los procedimientos previstos en el Capítulo XX del TLCAN para la solución de controversias entre Estados. En abril de 1998, los Estados Unidos y México celebraron consultas de conformidad con lo previsto en el Artículo 2006 del TLCAN. En noviembre de 1999 se celebró una reunión de la Comisión de Libre Comercio según las disposiciones del Artículo 2007, a solicitud de México, pero no se llegó a ninguna solución satisfactoria. A medida que se acercaba el 'séptimo año comercial', México pasó a la siguiente etapa del procedimiento del TLCAN para la solución de controversias entre Estados. El 17 de agosto de 2000 México solicitó el establecimiento de un panel arbitral en virtud del Artículo 2008 del TLCAN.

78.- En septiembre de 2000 los Estados Unidos informaron que la cuota exenta de derechos de aduana de azúcar mexicano para el año comercial 2000/2001 sería de 116.000 toneladas, que era el volumen del superávit mexicano calculado de acuerdo con el texto en inglés de la carta de 1993. México consideró que su superávit era de aproximadamente 500.000 toneladas. En septiembre de 2001 los Estados Unidos anunciaron las cuotas de importación libres de derechos de aduana para el azúcar mexicano en 2001/2002. Teniendo en cuenta su carta de 1993, los Estados Unidos otorgaron una cuota de 148.000 toneladas para el azúcar mexicano. México consideró que su superávit era de aproximadamente 650.000 toneladas.

79.- Hubo más negociaciones que no llevaron a ninguna resolución. El panel de arbitraje previsto en el Artículo 2008 aún no se había constituido cuando México sancionó la Modificación del IEPS.

**i) La modificación del impuesto especial sobre producción y servicios (IEPS)**

80.- La Modificación del IEPS se originó como propuesta de algunos miembros del Congreso de México para proteger a la industria nacional del azúcar de caña frente al JMAF. En un informe de la Comisión de Hacienda y Crédito Público del

Congreso de México —presentado por las Demandantes— se describe al plan para sancionar el Impuesto "...con el objeto de no ocasionar una afectación mayor a la industria azucarera..." (Cámara de los Diputados, año II, No. 6, 31 de diciembre de 2002, pág. 692). Al presentar la propuesta del Impuesto, el representante Raúl Ramírez Ávila señaló:

Tenemos los legisladores, sin embargo, el compromiso de proteger a la industria azucarera nacional ya que de ella depende la subsistencia de gran número de mexicanos. Para tal efecto se propone que el impuesto a los refrescos se aplique solamente a aquéllos que para su producción utilicen la fructosa en substitución del azúcar de caña (Memorial de las Demandantes sobre el fondo del asunto, párrafo 52, donde se cita el acta del debate legislativo del 31 de diciembre de 2001, págs. 711-712).

81.- El Impuesto se aprobó el 31 de diciembre de 2001 y entró en vigor el 1 de enero de 2002. El siguiente es el texto de los Artículos 1, 2, 3 y 8 de la Modificación del IEPS:

**LEY del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios.**

«Artículo 1°. Están obligadas al pago del impuesto establecido en esta Ley, las personas físicas y las morales que realicen los actos o actividades siguientes:

- I. La enajenación en territorio nacional o, en su caso, la importación, definitiva, de los bienes señalados en esta Ley.
- II. La prestación de los servicios señalados en esta Ley.

El impuesto se calculará aplicando a los valores a que se refiriere este ordenamiento, la tasa que para cada bien o servicio establece el artículo 2° del mismo.

...

Artículo 2°. Al valor de los actos o actividades que a continuación se señalan, se aplicarán las tasas siguientes:

- I. En la enajenación o, en su caso, en la importación de los siguientes bienes:

...

G) Aguas gasificadas o minerales; refrescos; bebidas hidratantes o rehidratantes; concentrados, polvos, jarabes, esencias o extractos de sabores, que al diluirse permitan obtener refrescos, bebidas hidratantes o rehidratantes que utilicen edulcorantes distintos del azúcar de caña..... 20%

H) Jarabes o concentrados para preparar refrescos que se expendan en envases abiertos utilizando aparatos automáticos, eléctricos o mecánicos, que utilicen edulcorantes distintos del azúcar de caña..... 20%

- II. En la prestación de los siguientes servicios:

- A) Comisión, mediación, agencia, representación, correduría, consignación y distribución, con motivo de la enajenación de los bienes señalados en los incisos A), B), C), G) y H) de la fracción I de este artículo. En estos casos, la tasa aplicable será la que le corresponda a la enajenación en territorio nacional del bien de que se trate en los términos que para tal efecto dispone esta Ley. No se pagará el impuesto cuando los servicios a que se refiere este inciso, sean con motivo de las enajenaciones de bienes por los que no se esté obligado al pago de este impuesto en los términos del artículo 8° de la misma.

...

Artículo 3°. Para los efectos de esta Ley se entiende por:

I. ...

XV. Refrescos, las bebidas no fermentadas, elaboradas con agua, agua carbonatada, extractos o esencias de frutas, saborizantes o con cualquier otra materia prima, gasificados o sin gas, pudiendo contener ácido cítrico, ácido benzoico o ácido sórbico o sus sales como conservadores, siempre que contengan fructosa.

XVI. Bebidas hidratantes o rehidratantes, las bebidas o soluciones que contienen agua y cantidades variables de carbohidratos o de electrolitos.

...

Artículo 8°. No se pagará el impuesto establecido en esta Ley:

I. Por las enajenaciones siguientes:...

(d) Las de cerveza, bebidas refrescantes, puros y otros tabacos labrados, así como las de los bienes a que se refieren los incisos G) y H) de la fracción I del artículo 2° de esta Ley, que se efectúen al público en general, salvo que el enajenante sea fabricante, productor, envasador, distribuidor o importador de los bienes que enajene.

...

(f) Las de los bienes a que se refieren los incisos G) y H) de la fracción I del artículo 2° de esta Ley siempre que utilicen como edulcorante únicamente azúcar de caña.»

[Traducción al inglés:

**LAW on the Special Tax on Production and Services.**

**Article 1.** Physical and legal persons engaged in the following actions or activities are required to pay the tax established in this Law:

- I. The final transfer in national territory or, as applicable, the final importation, of goods identified in this Law.
- II. The provision of services indicated in this Law.

The tax shall be calculated by applying the rate established in Article 2 herein to the value of each good or service.

...

**Article 2.** The rates given below shall apply to the value of the actions or activities indicated:

I. On the transfer or, as applicable, importation of the following goods:

...

G) Carbonated or mineral waters; soft drinks; hydrating or rehydrating drinks; concentrates, powders, syrups, essences or extracts that can be diluted to produce soft drinks, hydrating or rehydrating drinks that use sweeteners other than cane sugar: 20%

H) Syrups or concentrates for preparing soft drinks sold in open containers, prepared using automatic, electric or mechanical equipment and containing sweeteners other than cane sugar: 20%

II. On the provision of the following services:

A) Commissions, dealers, agencies, representation, brokering, consignment, and distribution, for the purpose of transferring goods indicated in subsections A), B), C), G) and H) of this Article's Section I. In these cases, the applicable rate shall be the rate for domestic transfer of the good in question under terms provided by this Law. The tax is not payable when services referred to in this section are for the transfer of goods not required to pay this tax in accordance with Article 8 herein.

...

**Article 3.** For purposes of this Law, the following definitions apply:

I. ...

XV. Soft drinks are unfermented beverages, prepared with water, carbonated water, fruit extracts or essences, flavourings or any other raw material, carbonated and uncarbonated, and may contain citric acid, benzoic acid or sorbic acid or their salts as preservatives, provided they contain fructose.

XVI. Hydrating or rehydrating drinks are beverages or solutions containing water and variable amounts of carbohydrates or electrolytes.

...

**Article 8.** The tax established in this law shall not be paid:

I. On the following transfers:

...

(d) Those of beer, coolers, cigars and other processed tobaccos, as well as those of the goods referred to in Article 2(I)(G) and (H) of this Law, to the general public, unless the transferor is the manufacturer, producer, bottler, distributor or importer of the transferred goods.

...

- (f) Those for goods referred to in Article 2(I)(G) and (H) of this Law, provided only cane sugar is used as a sweetener.]

82.- Las medidas tributarias comprendían: i) un impuesto del 20% sobre la enajenación e importación de refrescos y otras bebidas en las que se usara cualquier edulcorante distinto del azúcar de caña; ii) un impuesto del 20% sobre servicios específicos (comisión, mediación, agencia, representación, correduría, consignación y distribución), cuando dichos servicios se prestaran a los fines de la enajenación de productos como refrescos y otras bebidas en las que se usara cualquier edulcorante distinto del azúcar de caña, y iii) varias prescripciones impuestas a los contribuyentes sujetos al pago del impuesto a los refrescos y el impuesto de distribución.

En consecuencia, el Impuesto se aplicaba sólo a los refrescos en que se usaban edulcorantes distintos del azúcar de caña (Artículos 2G y 2H). La definición contenida en el Artículo 3. XV exige que, a fin de estar sujetos el impuesto del 20%, los refrescos contengan fructosa. Por último, en el Artículo 8.I.f. se exime del impuesto a los refrescos en los que se use sólo azúcar de caña como edulcorante.

83.- La Modificación del IEPS se suspendió temporalmente en México mediante Decreto presidencial; pero el 12 de julio de 2002 el Tribunal Supremo de México declaró inconstitucional esta suspensión y restableció la Modificación del IEPS. La Modificación del IEPS también fue objeto de una opinión consultiva de la Comisión Federal de Competencia de México, así como de una impugnación constitucional presentada por los distintos contribuyentes en los tribunales mexicanos, como consecuencia de la cual algunos embotelladores de refrescos, aunque no todos, están exentos del impuesto en razón de haber ganado juicios de amparo.

84.- Aparte del presente procedimiento de arbitraje al amparo del Capítulo XI del TLCAN, la Modificación del IEPS fue impugnada por los Estados Unidos en la OMC, y también fue objeto de procedimientos ante los tribunales mexicanos.

**j) Los procedimientos de solución de diferencias de la OMC**

85.- El 16 de marzo de 2004 los Estados Unidos solicitaron la celebración de consultas con México con respecto a la Modificación del IEPS en virtud de las disposiciones de los Artículos 1 y 4 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC. Estas consultas se celebraron en mayo de 2004. Las Partes no llegaron a una solución satisfactoria y el 10 de junio de 2004 los Estados Unidos solicitaron el establecimiento de un Grupo Especial al amparo del Artículo 6 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias.

86.- Los Estados Unidos sostuvieron que los impuestos eran incompatibles con las obligaciones de trato nacional de México en virtud del Artículo III del GATT. Sobre todo, parecían ser incompatibles con el Artículo III.2 del GATT, primera y segunda oraciones, y con el Artículo III.4 del GATT. En las partes pertinentes del Artículo III del GATT se dispone lo siguiente:

1. Las partes contratantes reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos en cantidades o en proporciones determinadas, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional.

2. Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el de cualquier otra parte contratante no estarán sujetos, directa ni indirectamente, a impuestos interiores u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean, superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares. Además, ninguna parte contratante aplicará, de cualquier otro modo, impuestos u otras cargas interiores a los productos importados o nacionales, en forma contraria a los principios enunciados en el párrafo 1.

3. En lo que concierne a todo impuesto interior vigente que sea incompatible con las disposiciones del párrafo 2, pero que esté expresamente autorizado por un acuerdo comercial en vigor el 10 de abril de 1947 y en el que se consolidaba contra aumento el derecho de importación sobre el producto gravado, la parte contratante que aplique el impuesto podrá diferir, en lo que se refiere a dicho impuesto, la aplicación de las disposiciones del párrafo 2, hasta que pueda obtener la exoneración de las obligaciones contraídas en virtud de dicho acuerdo comercial y recobrar así la facultad de aumentar ese derecho en la medida necesaria para compensar la supresión del elemento de protección de dicho impuesto.

4. 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. Las disposiciones de este párrafo no impedirán la aplicación de tarifas diferentes en los transportes interiores, basadas exclusivamente en la utilización económica de los medios de transporte y no en el origen del producto.

87.- La diferencia planteada ante el Grupo Especial era en los hechos similar al presente arbitraje. La diferencia de la OMC se refería a las mismas medidas tributarias —impuestas a través de la Modificación del IEPS—, incluidas las siguientes:

i) un impuesto del 20 por ciento sobre la enajenación o, en su caso, la importación de refrescos y otras bebidas para los que se utiliza cualquier

edulcorante distinto del azúcar de caña (“impuesto sobre los refrescos”); ii) un impuesto del 20 por ciento sobre servicios específicos (comisión, mediación, agencia, representación, correduría, consignación y distribución), cuando se suministran con motivo de la enajenación de productos como refrescos y otras bebidas para los que se utiliza cualquier edulcorante distinto del azúcar de caña (“impuesto sobre la distribución”); y iii) varias prescripciones impuestas a los contribuyentes que son objeto del “impuesto sobre los refrescos” y del “impuesto sobre la distribución” (Informe del Grupo Especial de fecha 7 de octubre de 2005, *México – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/R, párrafo 2.2).

- 88.- Las defensas de México eran de dos clases. Primero, México sostuvo que la demanda de los Estados Unidos estaba vinculada a la diferencia surgida entre los dos países en virtud del TLCAN, acerca de la interpretación de la Sección 703:2 y el Anexo 703:2.32. Invocando estas disposiciones, México alegó que los Estados Unidos no habían proporcionado a los productores mexicanos de azúcar de caña el acceso al mercado al que supuestamente tenían derecho en virtud del TLCAN. En especial, México alegó que el TLCAN permitía a México vender su superávit de azúcar en el mercado de los Estados Unidos libre de derechos de aduana, porque México reunía las condiciones de un “productor superavitario” en virtud de la Sección 703:2 y el Anexo 703:2 (párrafos 13-22).

Los Estados Unidos sostenían que había un límite para la cantidad de azúcar que México podía exportar libre de derechos de aduana a los Estados Unidos, hasta el momento en que se estableció el libre comercio de azúcar en 2008. Los Estados Unidos se refirieron a la carta complementaria de 1993, en la que se disponía que el consumo interno mexicano de JMAF debía tenerse en cuenta al calcular la cantidad de azúcar de México que podía tener acceso al mercado de los Estados Unidos, y que se consideraría a México un productor superavitario únicamente cuando la producción de azúcar excediera el consumo de edulcorantes, incluidos tanto el azúcar como el JMAF. En la carta complementaria se establecía además un límite de 250.000 toneladas anuales para las importaciones de azúcar mexicana con destino a los Estados Unidos exentas de derechos de aduana. México objetó la aplicabilidad de la carta complementaria, porque nunca fue firmada por las autoridades competentes ni aprobada por el poder legislativo de México.

- 89.- Segundo, México sostuvo que el Impuesto era una contramedida justificada al amparo del Artículo XX(d) del GATT, en el que se dispone una de las excepciones generales que puede justificar una medida incompatible con el GATT, a saber: las medidas “...necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo [del GATT]...”. Asimismo, México alegó que los Estados Unidos no podían valerse del hecho de que México no había cumplido con sus obligaciones del GATT, o que no tenía derecho a exigir reparación en virtud del TLCAN, porque los Estados Unidos habían impedido a México acudir al mecanismo previsto en el Capítulo XX del TLCAN para la solución de controversias. Los Estados Unidos contestaron que el

Impuesto no era “necesario” y que el TLCAN no es una “ley ni reglamento” en el sentido del Artículo XX (d).

- 90.- En el Informe del Grupo Especial de fecha 7 de octubre de 2005 (*México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/R), en adelante denominado el “Informe del Grupo Especial”, se concluyó que la Modificación del IEPS constituía un incumplimiento de las obligaciones de trato nacional previstas en el Artículo III.2 (primera y segunda oraciones) y el Artículo III.4 del GATT.
- 91.- Al considerar si el Impuesto constituía un incumplimiento de México de la obligación de trato nacional en virtud del Artículo III del GATT, el Grupo Especial analizó la cuestión de la similitud del azúcar y la fructosa. En el Artículo III.2 (primera oración) del GATT se exige que los productos sean “similares”, al igual que en el Artículo III.4. El Artículo III.2 (segunda oración) del GATT unido al Artículo III:1 y al Artículo III, Párrafo 2 (la Nota Interpretativa), amplía el alcance de los productos comprendidos no sólo a los que son similares, sino a los directamente competidores o directamente sustituibles entre sí. Una de las cuestiones principales que se planteó al Grupo Especial era si un refresco edulcorado con fructosa es “similar a” uno edulcorado con azúcar de caña (al amparo del Artículo III.2, primera oración, y el Artículo III.4), o tal vez no “similar” sino “directamente competidor o directamente sustituible” con uno edulcorado con azúcar de caña (al amparo del Artículo III.2, segunda oración).
- 92.- El Grupo Especial concluyó lo siguiente:
- a) Con respecto al impuesto sobre los refrescos y al impuesto sobre la distribución de México:
    - i) tal como se aplican a los edulcorantes, se somete al azúcar de remolacha importado a impuestos interiores superiores a los aplicados a los edulcorantes nacionales similares, en forma incompatible con la primera oración del párrafo 2 del Artículo III del GATT de 1994;
    - ii) tal como se aplican a los edulcorantes, se somete al JMAF importado a un impuesto diferente en comparación con los productos directamente competidores o que lo pueden sustituir directamente, de manera que se protege la producción nacional mexicana de azúcar de caña, en forma incompatible con la segunda oración del párrafo 2 del Artículo III del GATT de 1994;
    - iii) tal como se aplican a los edulcorantes, el azúcar de remolacha importado y el JMAF reciben un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en forma incompatible con el párrafo 4 del Artículo III del GATT de 1994;

- iv) tal como se aplican a los refrescos y jarabes, se somete a los refrescos y jarabes importados endulzados con edulcorantes distintos del azúcar de caña (con inclusión del JMAF y del azúcar de remolacha) a impuestos interiores superiores a los aplicados a los productos nacionales similares, en forma incompatible con la primera oración del párrafo 2 del Artículo III del GATT de 1994.
  - b) Con respecto a los requisitos de contabilidad de México: Tal como se aplican a los edulcorantes, el azúcar de remolacha importado y el JMAF reciben un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en forma incompatible con el párrafo 4 del Artículo III del GATT de 1994. (Informe del Grupo Especial, párrafo 9.2., subrayado del original).
- 93.- El Grupo Especial desestimó la defensa de México de que la Modificación del IEPS se justificaba en virtud del Artículo XX (d) del GATT como medida necesaria para asegurar el cumplimiento por parte de los Estados Unidos de las leyes y reglamentos que no son incompatibles con las disposiciones del GATT, y recomendó que el Órgano de Solución de Diferencias solicitara a México que ajustara las medidas incompatibles a sus obligaciones en virtud del GATT 1994.
- 94.- El 6 diciembre de 2005, México notificó al Órgano de Solución de Diferencias su intención de apelar algunas cuestiones de derecho comprendidas en el Informe del Grupo Especial y algunas interpretaciones jurídicas formuladas por este organismo, de conformidad con las disposiciones del Artículo 16.4 del ESD, y el 13 diciembre de 2005 presentó un escrito de apelación. En su apelación, México impugnó la resolución del Grupo Especial, incluidas las conclusiones relativas al Artículo XX (d) del GATT. México no apeló las conclusiones del Grupo Especial al amparo del Artículo III.
- 95.- En el Informe del Órgano de Apelación de fecha 6 de marzo de 2006 (México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas; WT/DS308/AB/R) se confirmaron las conclusiones del Grupo Especial y se recomendó "...que el Órgano de Solución de Diferencias pida a México que ponga las medidas declaradas en el informe del Grupo Especial como incompatibles con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud de dicho Acuerdo" (el "Informe del Órgano de Apelación")<sup>2</sup>. El Órgano de Apelación argumentó, *inter alia*, que "...la expresión

---

<sup>2</sup> Véase el Informe del Grupo Especial en el caso *México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/R (emitido el 7 de octubre de 2005, adoptado por el OSD, texto modificado por el

‘para lograr la observancia’ del apartado d) del artículo XX no es aplicable a medidas adoptadas por un Miembro para inducir a otro al cumplimiento de las obligaciones que se le deben en virtud de un Tratado distinto de los Acuerdos de la OMC” (Informe del Órgano de Apelación, párrafo 60 y 69, donde se cita al Informe del Grupo Especial, párrafo 8.181).

96.- Los Estados Unidos y México convinieron que México tendría hasta el 1 de enero de 2007 para aplicar la resolución de la OMC. El 20 de diciembre de 2006 el Senado mexicano votó por derogar las medidas controvertidas y una semana después se publicó el aviso de la derogación en el Diario Oficial de México.

**k) El Entendimiento de julio de 2006 entre México y los Estados Unidos respecto del comercio bilateral de edulcorantes**

97.- La derogación del Impuesto, con efectividad al 1 de enero de 2007, era parte de un acuerdo de julio de 2006, al que habían llegado los Estados Unidos y México, para alcanzar el libre comercio del JMAF para el 1 de enero de 2008.

98.- El 3 de julio de 2006 los Estados Unidos y México informaron al Presidente del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC que las Partes habían acordado mutuamente un plazo prudencial para que México cumpliera con las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias en el marco del procedimiento de la OMC relativo a la Modificación del IEPS.

99.- El 27 de julio de 2006 hubo un intercambio de cartas en términos idénticos entre el Subsecretario de Negociaciones Comerciales Internacionales por parte de México y el Principal Negociador Agrícola por parte de los Estados Unidos. En este intercambio de cartas quedaron registrados

los entendimientos alcanzados entre nuestros Gobiernos con respecto al comercio de edulcorantes, que tienen por objeto promover una transición ordenada hacia la eliminación de los aranceles sobre el azúcar y los jarabes y el jarabe de maíz rico en fructosa.

Se afirmó expresamente que este intercambio de cartas “...shall constitute an agreement between our two Governments...” (“constituirán un acuerdo entre nuestros dos gobiernos”). En las cartas constaban los respectivos acuerdos con respecto al nivel de la exención de derechos aduaneros para los azúcares y jarabes mexicanos por parte de los Estados Unidos, y del JMAF de los Estados Unidos por parte de México. En el párrafo 6 se hace referencia expresa a la Modificación del

---

Órgano de Apelación el 24 de marzo de 2006) (demanda de los Estados Unidos, en la que participaron Canadá, China, las Comunidades Europeas, Guatemala y Japón como terceros) párrafos 85 y 86.

IEPS. También hay algunas disposiciones generales relativas a la solución de la diferencia bilateral relativa al comercio de edulcorantes, y a la preparación para la eliminación de los aranceles sobre azúcares y jarabes y el JMAF. A continuación se consigna el texto de los párrafos 6 a 9 del Entendimiento entre México y Estados Unidos de 2006:

6.- Impuesto a las bebidas. México y los Estados Unidos confirman que el 3 de julio de 2006 presentaron una carta conjunta al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC (WT/DS308/15) en la que manifestaban su acuerdo relativo a que México eliminara sus medidas tributarias sobre los refrescos y otras bebidas a más tardar el 1° de enero de 2007, a menos que el Congreso de México aprobara la legislación necesaria para eliminar estas medidas en el curso del mes de diciembre de 2006, en cuyo caso México eliminaría sus medidas tributarias sobre los refrescos y otras medidas a más tardar el 31 de enero de 2007.

7. Statu quo. Salvo en la medida de lo dispuesto en este acuerdo o lo permitido en virtud de otros acuerdos en que ambos países sean partes, México no limitará, directa ni indirectamente, las importaciones de jarabe de maíz rico en fructosa provenientes de los Estados Unidos con destino a México, y los Estados Unidos no limitarán, directa ni indirectamente, las importaciones de azúcares y jarabes provenientes de México con destino a los Estados Unidos, incluso mediante la aplicación o imposición de ningún impuesto u otra medida interna que tenga por efecto, directa o indirectamente, discriminar contra el jarabe de maíz rico en fructosa proveniente de los Estados Unidos o los azúcares y jarabes provenientes de México, según corresponda.

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

9. Grupo especializado. México y los Estados Unidos establecerán un grupo especializado conjunto de la industria y el gobierno, el que prestarán asistencia al gobierno para preparar la eliminación, en enero de 2008, de los aranceles sobre los azúcares y jarabes y el jarabe de maíz rico en fructosa y para examinar periódicamente los envíos de azúcares y jarabes y de jarabe de maíz rico en fructosa con miras a asegurar la pronta y plena utilización de las cuotas exentas de derechos de aduana que se describen en los párrafos 1 a 3 anteriores.

## V. LA POSICIÓN JURÍDICA DE LAS PARTES

### A) LAS DEMANDANTES

- 100.- Las Demandantes sostienen que el Impuesto fue intencionalmente diseñado y estructurado para favorecer a la industria mexicana del azúcar de caña, y castigar el uso de JMAF tan firmemente que afectó en gran medida el mercado de bebidas para los fabricantes y distribuidores de dicho jarabe, incluida ALMEX. En particular, el Impuesto destruyó el valor de la considerable inversión que las Demandantes realizaron a través de ALMEX en la producción y distribución de JMAF en México.
- 101.- Las Demandantes alegan que el Impuesto se encuadra dentro de la categoría de "...medidas que adopte o mantenga una Parte..." relativas a los inversionistas e inversiones de otra Parte, en los términos del Artículo 1101 del TLCAN, y que estas medidas constituyen un incumplimiento por parte de México de sus obligaciones en virtud de la Sección A del Capítulo XI del TLCAN, incluidos los Artículos 1102 (Trato nacional), 1106.3 (Requisitos de desempeño) y 1110 (Expropiación).
- 102.- El fundamento del argumento de las Demandantes relativo a la negativa de trato nacional es que México discriminó contra ALMEX durante el período en que el Impuesto estuvo vigente, en violación del Artículo 1102. El poder legislativo de México favoreció a los consumidores y distribuidores nacionales de productos elaborados con azúcar de caña frente a los productores extranjeros de JMAF de México, ya que existe una exención total del Impuesto para los consumidores y distribuidores de productos endulzados exclusivamente con azúcar de caña. Por lo tanto, el Impuesto trataba a los productores de JMAF de manera menos favorable que a los productores de azúcar de caña, y discriminaba contra las Demandantes y ALMEX a fin de proteger a la industria nacional del azúcar de caña.
- 103.- Las Demandantes sostienen además que el Impuesto constituye un requisito no permitido de desempeño, en violación del Artículo 1106.3 del TLCAN, porque el Impuesto otorga ventajas —es decir, la exención del impuesto— a los embotelladores mexicanos que compran exclusivamente azúcar de caña nacional, y se castiga severamente a los embotelladores por usar cualquier cantidad de JMAF. El fundamento de la posición de las Demandantes es que el Artículo 1106.3 abarca a todos los inversores independientemente de la nacionalidad, incluidos los inversionistas mexicanos. Por lo tanto México no puede condicionar la concesión de una ventaja respecto de la inversión de cualquier inversor al cumplimiento de algunos requisitos de desempeño. Las Demandantes alegan que pueden impugnar la aplicación por México de requisitos de desempeño porque las ventajas otorgadas a los inversionistas mexicanos tuvieron un efecto directo en la inversión de las Demandantes en las instalaciones para la producción y distribución de JMAF, lo que

ocasionó a ALMEX pérdidas o daños sustanciales en violación del Artículo 1106.

- 104.- Además, las Demandantes sostienen que el Impuesto constituye un expropiación indirecta de su inversión en los términos del Artículo 1110, ya que el Impuesto las privó del valor y uso económico de su inversión en la producción de JMAF en México, y disminuyó los beneficios económicos razonablemente esperados de su inversión sin recibir compensación alguna de México. Las Demandantes reconocen que no hubo incautación de sus activos o inmuebles, pero sostienen que el Impuesto causó daños a su inversión y las privó considerablemente del valor justo de mercado de su inversión, con el efecto de una expropiación a los fines del Artículo 1110 del TLCAN y el derecho internacional.
- 105.- En consecuencia, como México incumplió con sus obligaciones en virtud del Capítulo XI, debe compensar a las Demandantes por todos los daños y perjuicios que el Impuesto ocasionó a su inversión, incluidos todos los intereses aplicables.

**B) EL DEMANDADO**

- 106.- El Demandado sostiene que México adoptó el Impuesto como contramedida en respuesta a las violaciones por parte de los Estados Unidos de sus obligaciones en virtud del TLCAN. México sostiene que el Impuesto se adoptó en respuesta a la negativa de los Estados Unidos: i) a respetar las disposiciones del TLCAN relativas al acceso del azúcar mexicano al mercado de los Estados Unidos, y ii) a ajustarse al mecanismo de solución de controversias establecido en el Capítulo XX. Las siguientes son otras defensas opuestas contra las supuestas violaciones de los Artículos 1102, 1106 y 1110.
- 107.- El Demandado sostiene que el Impuesto no infringe el Artículo 1102 (Trato Nacional) porque no estaba dirigido a los inversionistas de los Estados Unidos en calidad de tales. El Impuesto no tenía por objeto ocasionar daños a los productores y fabricantes de JMAF, sino que fue una reacción y medida compensatoria frente a las restricciones adoptadas por el Gobierno de los Estados Unidos contra el azúcar de México. Por lo tanto, el Impuesto no era discriminatorio, sino una medida que esencialmente se corresponde con la suspensión de los beneficios del tratado de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 2019 1. del TLCAN (Incumplimiento - suspensión de beneficios)<sup>3</sup>. Asimismo, las partes no estaban “en circunstancias similares”.

---

<sup>3</sup> Artículo 2019 1. del TLCAN: “1. Si en su determinación final un panel ha resuelto que una medida es incompatible con las obligaciones de este Tratado o es causa de anulación o menoscabo en el sentido del Anexo 2004 y la Parte demandada no ha llegado a un acuerdo con cualquiera de las Partes reclamantes sobre una solución mutuamente satisfactoria, de conformidad con el Artículo 2018(1) dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la determinación final, la Parte reclamante podrá suspender la aplicación de

- 108.- El Demandado alega que el Artículo 1106.3 (Requisitos de desempeño) no se aplica al presente caso. El Artículo 1106.3 trata sencillamente de las obligaciones impuestas directamente a la inversión de un inversor. Sin embargo, la medida en cuestión no fue impuesta a las Demandantes, ni la supuesta ventaja —es decir, la exención del impuesto— se otorgó jamás a las Demandantes, sino tan sólo en relación con los embotelladores, que no tenían participación alguna en la propiedad de ALMEX.
- 109.- Por último, el Demandado contestó que la demanda por expropiación carece de fundamento porque la supuesta afectación no fue ni grave ni permanente. En todo momento las Demandantes mantuvieron la propiedad y el control de la inversión, y los efectos económicos del Impuesto no fueron suficientes en grado ni duración como para equivaler a una incautación o expropiación.

#### **VI.- LA DEFENSA DEL DEMANDADO BASADA EN LAS CONTRAMEDIDAS**

- 110.- Una defensa fundamental esgrimida por el Demandado en este caso es que el Impuesto, en vigencia desde el 1 de enero de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2006, fue una contramedida legítima, sancionada en respuesta a los presuntos incumplimientos por parte del Gobierno de los Estados Unidos de sus obligaciones frente a México con respecto al acceso del azúcar producido en México al mercado de los Estados Unidos, y por no haber participado en el procedimiento para la solución de controversias previsto en el Capítulo XX del TLCAN respecto de dichas obligaciones. Por lo tanto, el Demandado sostiene que, aunque el Impuesto constituyera una violación de los Artículos 1102, 1106 o 1110 del Capítulo XI, no cabría atribuir responsabilidad internacional alguna puesto que el Impuesto fue una contramedida, admisible de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, aplicada en el contexto del TLCAN.

##### **a) Cuestiones jurisdiccionales generales**

- 111.- La cuestión inicial es determinar si este Tribunal es competente para decidir acerca de la validez de la defensa. El Demandado sostiene que el Impuesto fue sancionado de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario. La principal cuestión jurisdiccional, según el Demandado, es que, de acuerdo con el Artículo 1131 1. del TLCAN, el Tribunal es competente para aplicar una defensa del derecho internacional consuetudinario a cualquier incumplimiento alegado de los Artículos

---

beneficios de efecto equivalente a la Parte contra la cual se dirigió la reclamación, hasta el momento en que alcancen un acuerdo sobre la resolución de la controversia”.

1102, 1106 y 1110. En el Artículo 1131 1. se dispone que “[u]n tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional”. El Tribunal está de acuerdo con el Demandado en que esta disposición incluye la aplicación de reglas del derecho internacional consuetudinario con respecto a los incumplimientos alegados de los Artículos 1102, 1106 y 1110. Las partes no discutieron esta cuestión.

112.- Subsidiariamente, el Demandado sostiene que si este Tribunal concluye que, en ausencia de un informe de un panel arbitral del Capítulo XX sobre los argumentos de México acerca de los incumplimientos del Capítulo XX por parte de los Estados Unidos, no puede pronunciarse sobre los derechos de México conforme al derecho internacional consuetudinario, “...entonces debe suspender este procedimiento hasta que el panel del Capítulo XX resuelva sobre los agravios de México” (Dúplica de México, pág. 32, párrafo 106).

b) *Lex specialis*

113.- Las Demandantes sostienen que “...las Partes en el TLCAN, incluido el Demandado, han renunciado a su derecho a recurrir a contramedidas en virtud del derecho internacional consuetudinario por supuestas violaciones de las disposiciones del TLCAN” (Réplica de las Demandantes, párrafo 9). En el Artículo 55 del Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado, de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) (en adelante denominado el “**Proyecto de Artículos de la CDI**”), se dispone que el Proyecto de Artículos de la CDI no se aplica en caso de que las cuestiones “...se rijan por normas especiales de derecho internacional” (Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, de la Comisión de Derecho Internacional, Informe de la CDI sobre los trabajos de su 53º período de sesiones, Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10). Las Demandantes alegan que en el Comentario al Proyecto de Artículos de la CDI se reconoce que en el Artículo 55 se dispone que, en el contexto de la responsabilidad del Estado, el Proyecto de Artículos de la CDI “...se aplica de manera residual...” (Comentario al Artículo 55, párrafo 2) y que estas reglas residuales o supletorias sobre las contramedidas quedan excluidas cuando en el tratado se dispone:

Un mecanismo de solución de diferencias al que los Estados deban acudir en caso de producirse una controversia, especialmente si (como sucede con el sistema de solución de diferencias de la OMC) se requiere una autorización para adoptar contramedidas en respuesta a un incumplimiento probado (Comentario a los Artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado, Comentario al Capítulo II, párrafo 9).

114.- La posición de las Demandantes es que

El TLCAN cumple con ese criterio, porque establece las condiciones para la existencia de un hecho internacionalmente ilícito en virtud del acuerdo de libre comercio y las consecuencias jurídicas de dicho hecho. En los Capítulos XIX y XX se establece el sistema para la solución de controversias que rige en caso de la 'existencia de un hecho internacionalmente ilícito' y el 'contenido' de la responsabilidad internacional de las Partes en caso de un incumplimiento de sus obligaciones en virtud del TLCAN (Réplica de las Demandantes, pág. 14, párrafo 34).

En opinión de las Demandantes,

estas disposiciones constituyen la *lex specialis* en el sentido del Artículo 55 y por lo tanto la reglas residuales del Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado no se aplican a los presuntos incumplimientos de las disposiciones del TLCAN. En otras palabras, con la firma del TLCAN, las Partes han renunciado deliberadamente al derecho accesorio de adoptar contramedidas de acuerdo con el derecho consuetudinario (Réplica de las Demandantes, pág. 15, párrafo 35).

Las Demandantes también señalan que el Artículo 2005 del TLCAN deja a las Partes la elección de acudir al procedimiento de solución de diferencias de la OMC o del TLCAN:

...las controversias que surjan con relación a lo dispuesto en el presente Tratado [TLCAN] y en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio [...] podrán resolverse en uno u otro foro, a elección de la Parte reclamante (Artículo 2005 del TLCAN, citado en la Réplica de las Demandantes, pág. 15, párrafo 36).

Según las Demandantes, esto es importante porque

... si el procedimiento de solución de diferencias de la OMC es la *lex specialis*, como se señala claramente en el Comentario al Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado, el procedimiento equivalente para la solución de controversias del TLCAN también debe considerarse *lex specialis*. En condición de tales, excluyen la aplicación de las reglas residuales sobre contramedidas (Réplica de las Demandantes, pág. 15, párrafo 37).

115.- El Demandado, por otra parte, sostiene que "...un Estado parte no puede estar vinculado por una ley específica que es imposible de invocar" (Dúplica del Demandado, pág. 44, párrafo 142). El Demandado alega lo siguiente:

Los artículos 2004 y 2019, en los que las demandantes basan su argumento de la *lex specialis*, lógicamente presuponen la correcta operación del mecanismo de solución de controversias. Si una Parte del TLCAN cuyas medidas se reclaman ignora el precepto del artículo 2004 que establece que las disposiciones para la solución de controversias del Capítulo XX “se aplicarán a la prevención o a la solución de todas las controversias entre las Partes relativas a la aplicación o a la interpretación de este Tratado” e impide el acceso de la Parte reclamante a un panel, el artículo 2019, que reglamenta el uso de contramedidas en el marco del TLCAN, deviene, por lo mismo, inaplicable (Dúplica del Demandado, pág. 44, párrafo 143).

- 116.- El Tribunal reconoce el hecho de que el Proyecto de Artículos de la CDI es el resultado de más de cinco décadas de trabajo por parte de la CDI. En parte representa “el desarrollo progresivo” del derecho internacional —de conformidad con su mandato de las Naciones Unidas— y constituye en gran medida una nueva enunciación del derecho internacional consuetudinario con respecto a los principios secundarios de la responsabilidad del Estado. Sin embargo, las disposiciones del Proyecto de Artículos de la CDI pueden ser derogadas por tratado, como se reconoce expresamente en el Artículo 55 con respecto a la *lex specialis*:

*Lex specialis.* Los presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional.

En consecuencia, el derecho internacional consuetudinario no afecta las condiciones para la existencia de un incumplimiento de las obligaciones de protección de la inversión en virtud del TLCAN, puesto que esta cuestión se rige concretamente por el Capítulo XI.

- 117.- El Tribunal concluye que la Sección A del Capítulo XI es una forma de *lex specialis* que complementa las normas poco desarrolladas del derecho internacional consuetudinario con respecto al trato de extranjeros y sus inversiones. Además, en el Capítulo XI se otorga al inversor el derecho de acción de acuerdo con la Sección B —a través del arbitraje— para que la diferencia se resuelva de acuerdo con las normas de la Sección A.
- 118.- Según el derecho internacional consuetudinario, las disposiciones del Proyecto de Artículos de la CDI no se aplican a cuestiones que están específicamente regidas por la *lex specialis* —es decir, por el Capítulo XI del TLCAN en el presente caso. Estas cuestiones también comprenden la posibilidad de que Demandantes del sector privado (que sean nacionales de un Estado miembro del TLCAN) invoquen en un arbitraje internacional la responsabilidad de otro Estado miembro del TLCAN,

puesto que las disposiciones especiales del Capítulo XI fijan qué personas o entidades distintas de los Estados pueden invocar responsabilidad por propia cuenta, y en qué medida. Ello está confirmado por las disposiciones del Artículo 33.2 del Proyecto de Artículos de la CDI, donde se dispone que las reglas del derecho consuetudinario sobre la responsabilidad del Estado plasmadas en el Proyecto de Artículos de la CDI se aplican “...sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado”. El derecho internacional consuetudinario —de acuerdo con el cual tan sólo los Estados soberanos pueden invocar la responsabilidad de otro Estado— no afecta por lo tanto el derecho de agentes distintos de un Estado en virtud de tratados especiales para invocar la responsabilidad del Estado. Esta regla no sólo es válida en el contexto de la protección de las inversiones, sino también en materia de derechos humanos y protección del medio ambiente.

- 119.- Sin embargo, la posición de las Demandantes respecto de la aplicación de la *lex specialis* es demasiado simplista en este arbitraje. El Capítulo XI del TLCAN constituye la *lex specialis* respecto de su contenido expreso, pero el derecho internacional consuetudinario sigue rigiendo todas las cuestiones no abarcadas por el Capítulo XI. En el contexto del Capítulo XI, el derecho internacional consuetudinario —plasmado en el Proyecto de Artículos de la CDI— por lo tanto se aplica sólo de manera residual o supletoria. Así lo confirman las disposiciones del Artículo 1131.1 del TLCAN, donde se establece el mandato del Tribunal de complementar las disposiciones del Capítulo XI y que el Tribunal “...decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado [el TLCAN] y con las reglas aplicables del derecho internacional”.
- 120.- En el Capítulo XI no se dispone ni se prohíbe específicamente el uso de contramedidas. Por lo tanto, la cuestión de si el Demandado puede valerse de la defensa basada en las contramedidas no es una cuestión relativa a la *lex specialis*, sino al derecho internacional consuetudinario.
- 121.- De acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, “[l]a ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida...” (Artículo 22 del Proyecto de Artículos de la CDI). Las contramedidas pueden constituir una defensa válida contra un incumplimiento del Capítulo XI en la medida en que el Estado Demandado pruebe que la medida en cuestión cumple con todas las condiciones exigidas por el derecho internacional consuetudinario, según resulten aplicables a los hechos del caso.
- 122.- El único caso en que el TLCAN se refiere a las contramedidas es en el Artículo 2019. De acuerdo con esta disposición, el incumplimiento de una decisión dictada en un arbitraje entre Estados de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo XX puede dar

lugar a sanciones. En caso de dicho incumplimiento, el Estado demandante puede adoptar contramedidas en represalia y suspender concesiones arancelarias o el cumplimiento de otras obligaciones en virtud del tratado. Fuera del Artículo 2019, en el TLCAN no existe ninguna otra disposición expresa con respecto a las contramedidas. Por lo tanto, el régimen accesorio del derecho internacional consuetudinario se aplica a la presente situación.

123.- En consecuencia el Tribunal está de acuerdo con el Demandado en que las contramedidas pueden servir como defensa en un caso del Capítulo XI, ya que se trata de una cuestión no abordada concretamente en el Capítulo XI, pero válida de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario si se cumplen determinadas condiciones.

**c) Derecho internacional consuetudinario en materia de contramedidas**

124.- Como se señaló, la principal defensa del Demandado en el presente caso es que el Impuesto, aunque se lo considerara un incumplimiento de uno o más Artículos del Capítulo XI, es una contramedida autorizada de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario y aplicada como respuesta ante los incumplimientos de los Estados Unidos en virtud del Capítulo XX. Por lo tanto, sostiene el Demandado, no cabe atribuir responsabilidad internacional alguna como resultado del Impuesto.

125.- El Tribunal toma como fuente de autoridad en materia de derecho internacional consuetudinario sobre contramedidas, la posición de la Corte Internacional de Justicia, confirmada por el Proyecto de Artículos de la CDI. El Artículo 22 establece que “la ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida...”.

En los párrafos 1 y 2 del Artículo 49 del Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado, de la Comisión de Derecho Internacional, se dispone lo siguiente:

1. El Estado lesionado solamente podrá tomar contramedidas contra el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducirlo a cumplir las obligaciones que le incumban en virtud de lo dispuesto en la segunda parte.

2. Las contramedidas se limitarán al incumplimiento temporario de obligaciones internacionales que el Estado que toma tales medidas tiene con el Estado responsable.

126.- La Corte Internacional de Justicia estableció el “test” para la validez de las contramedidas en el caso *Gabcikovo-Nagymaros Project*:

Para justificarse, la contramedida debe cumplir con determinadas condiciones, ... primero, debe adoptarse en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito anterior de otro Estado y debe estar dirigida contra ese Estado... Segundo, el Estado afectado debe exigir al Estado que comete el hecho ilícito que cese en su conducta ilícita o que proceda a la reparación del daño ocasionado ... En opinión de la Corte, una consideración importante es que los efectos de una contramedida deben guardar relación con el daño sufrido, teniendo en cuenta los derechos en cuestión ... [y] su finalidad debe ser inducir al Estado que comete el hecho ilícito a cumplir con sus obligaciones de acuerdo con el derecho internacional, y... la medida debe por lo tanto ser reversible (*Gabcikovo-Nagymaros Project, ICJ Reports, 1997, págs. 7, 55-6*).

- 127.- Si bien los escritos de las partes contenían diferencias en muchos aspectos acerca de las cuestiones involucradas en esta situación, en la audiencia las Demandantes sostuvieron que el Demandado no objetó (con la excepción señalada) que, para que procediera la defensa planteada por el Demandado basada en las contramedidas, el Demandado debía demostrar el cumplimiento de todas y cada una de las siguientes condiciones:
1. Los Estados Unidos incurrieron en incumplimiento del Capítulo III y/o VII y el Capítulo XX. (El Demandado no estuvo de acuerdo con el uso de la conjunción respecto del Capítulo XX).
  2. El Impuesto se sancionó en respuesta a los presuntos incumplimientos de los Estados Unidos, y su objeto era inducir a los Estados Unidos a cumplir con sus obligaciones en virtud del TLCAN con respecto al acceso del azúcar mexicano al mercado de los Estados Unidos y con sus obligaciones en virtud del Capítulo XX del TLCAN.
  3. El Impuesto fue una medida proporcionada.
  4. El Impuesto no menoscababa los derechos sustantivos de las Demandantes.
- 128.- Con respecto al primer punto mencionado, este tribunal ha decidido que conforme al Capítulo XI no tiene competencia para decidir si Estados Unidos incumplió alguna de sus obligaciones internacionales establecidas en el Capítulo III o el Capítulo XX del TLCAN. Este Tribunal tiene ante sí una controversia relativa a inversiones al amparo del Capítulo XI, que abarca argumentos de violaciones por parte del Demandado de los Artículos 1102, 1106 y 1110 y no una controversia al amparo del Capítulo XX.
- 129.- El Demandado reconoce que los tribunales establecidos conforme al Capítulo XI "...carecen de facultades para pronunciarse sobre violaciones a otros capítulos del TLCAN..." (Dúplica de México, párrafo 132). Sin embargo, el Demandado "...sostiene que este Tribunal tiene competencia para determinar que la utilización

de contramedidas por México excluye la ilegalidad de su conducta, y por tanto, la responsabilidad internacional” (*Id.*).

- 130.- El Demandado alegó ampliamente que el Grupo Especial de la OMC que analizó el mismo Impuesto lo consideró una contramedida (Dúplica del Demandado, párrafo 132). Sin embargo, el Tribunal de la OMC concluyó que el Impuesto, si bien constituía una contramedida, era incompatible con las obligaciones de México en virtud del Artículo III del GATT y tenía que ser derogado, lo que se hizo el 31 de diciembre de 2006. El Grupo Especial manifestó fundadamente que el Impuesto no era una contramedida válida porque el término “...lograr la observancia...” que figura en el Artículo XX (d) del GATT no se aplica a medidas adoptadas por un Estado Miembro con el objeto de inducir a otro Miembro a cumplir con las obligaciones prescriptas en un acuerdo distinto de un acuerdo de la OMC. Por lo tanto, el Grupo Especial desestimó la defensa basada en las contramedidas, no porque la medida fuera en sí misma contraria al derecho internacional, sino porque México no podía hacer valer en el procedimiento de la OMC una defensa basada en las contramedidas respecto del presunto incumplimiento de los Estados Unidos de un tratado distinto de uno de la OMC, como el TLCAN.
- 131.- En el presente caso, el Tribunal no tiene competencia para decidir si los Estados Unidos cometieron un hecho internacionalmente ilícito que justificara una contramedida. Sin embargo, también existen otros requisitos que debe reunir una contramedida para ser válida sobre los cuales este Tribunal sí tiene competencia, y el Demandado debe cumplir con todos ellos para que el Tribunal pueda decidir acerca de la solicitud del Demandado de que se suspenda el procedimiento hasta que se termine el proceso llevado a cabo al amparo del Capítulo XX.
- 132.- Ambas partes están de acuerdo en que el Tribunal tiene competencia para decidir acerca de cualquier defensa en virtud del Capítulo XI, incluida una defensa basada en las contramedidas. El Tribunal tiene en verdad toda la información pertinente para llegar a una decisión con respecto a si la Modificación del IEPS cumple con todos los requisitos para constituir una contramedida válida conforme a la costumbre internacional.
- 133.- La costumbre internacional recoge el test sobre la validez de las contramedidas. Como se señaló, debe cumplirse con todos los requisitos aplicables a los hechos del presente caso. Si uno no se cumple, cae la defensa. Si se cumple con los tres sobre los cuales el Tribunal tiene competencia, el Tribunal se halla entonces frente a los argumentos formulados por México al amparo del Capítulo XX contra el Gobierno de los Estados Unidos, y como esos argumentos no pueden dilucidarse al amparo de nuestra competencia, habría que considerar la solicitud presentada por México de suspender el procedimiento.

- d) **Determinación de si el Impuesto se introdujo en respuesta a los presuntos incumplimientos de los Estados Unidos, y si tenía por finalidad inducir a Estados Unidos a cumplir con sus obligaciones en virtud del TLCAN**
- 134.- Una de las cuestiones principales que deben decidirse respecto de la defensa del Demandado basada en las contramedidas, y que las partes discutieron ampliamente, es la cuestión de si el Impuesto fue adoptado por México, de acuerdo con el Artículo 49 del Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado, de la CDI, y su Comentario, “con el objeto de inducir” a los Estados Unidos a cumplir con sus obligaciones del TLCAN.
- 135.- El Demandado sostiene que el Impuesto tenía como finalidad e intención el objetivo de inducir a los Estados Unidos a cumplir con sus obligaciones en virtud del TLCAN con respecto al acceso del azúcar al mercado de los Estados Unidos, y en lo concerniente a las obligaciones de los Estados Unidos relativas al proceso de solución de controversias previsto en el Capítulo XX. Las Demandantes sostienen que el Impuesto se adoptó con la finalidad de proteger a la industria azucarera de México frente a las importaciones de fructosa provenientes de los Estados Unidos.
- 136.- En opinión del Tribunal, el periodo inmediatamente anterior a la adopción del Impuesto es importante en lo que se refiere al contexto en el que se aprobó el impuesto y la intención de México al adoptarlo. Antes de su adopción, México había aplicado derechos antidumping contra el JMAF durante casi cuatro años y medio. Sin embargo, a partir del 2001, México perdió varios casos del TLCAN y la OMC sobre la legalidad de sus medidas antidumping. Comenzó a hablarse entonces de un impuesto a la fructosa. El Sr. John Nichols, Presidente y Director Gerente de ALMEX, prestó testimonio por las Demandantes en la Audiencia y afirmó que en octubre de 2001 fue la primera vez que escuchó hablar de la posibilidad del Impuesto, y que los miembros del Congreso de México le habían dicho que el interés era proteger a la industria azucarera.
- 137.- La evidencia en el expediente del caso presentada ante el Tribunal señala que el contexto más relevante inmediatamente anterior a la adopción del Impuesto fueron las medidas antidumping adoptadas por México, las decisiones de la OMC y del TLCAN contra estas medidas, y la orden de que se derogaran definitivamente. Las pruebas con que contamos señalan que ésta era la situación cuando se adoptó el Impuesto, y no la diferencia entre México y los Estados Unidos acerca del acceso del excedente de azúcar producido en México al mercado de los Estados Unidos, una controversia que había surgido claramente en el año 2000, mucho después de la aplicación de las medidas antidumping.

- 138.- En su Memorial sobre el fondo del asunto, las Demandantes describen varias medidas aplicadas antes del impuesto al JMAF proveniente de los Estados Unidos. Por ejemplo, en junio de 1997, México aplicó derechos antidumping provisionales y, en enero de 1998, derechos antidumping definitivos a la tasa prohibitiva del comercio de US\$55-\$175 por tonelada métrica, según el grado y el proveedor. Como parte de la investigación de la Secretaría de Economía de México (entonces denominada SECOFI, Secretaría de Comercio y Fomento Industrial) las Demandantes afirman que:

El Demandado analizó detalladamente la relación competitiva entre el jarabe de maíz rico en fructosa y el azúcar de caña en el mercado mexicano, sobre todo en el mercado de refrescos. La SECOFI determinó que la Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcohólica [de México], en calidad de peticionante (en representación de los ingenios azucareros y productores de caña), representaba a productores de un "producto similar" al jarabe de maíz rico en fructosa importado. En la decisión final de la SECOFI acerca de la existencia de dumping y daños se llegó a la conclusión de que "el jarabe de maíz rico en fructosa y el azúcar son productos similares porque tienen características y composición muy semejantes, que les permite cumplir las mismas funciones y ser intercambiables desde el punto de vista comercial" (Memorial de las Demandantes, pág. 17, párrafo 38).

- 139.- Las decisiones antidumping fueron impugnadas después por los Estados Unidos ante la OMC. El 24 de febrero de 2000, un Grupo Especial de la OMC determinó que la medida antidumping era incompatible con el Acuerdo Antidumping de la OMC (Informe del Grupo Especial de la OMC, México —Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos, WT/DS132/R, 4 de febrero de 2000—. México dictó otra decisión antidumping revisada, pero otro Grupo Especial posterior y el Órgano de Apelación de la OMC decidieron (el 21 de noviembre de 2001) que la nueva decisión tampoco se ajustaba al cumplimiento de las obligaciones de México frente a la OMC (Informe del Órgano de Apelación de la OMC – *Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa (JMAF) procedente de los Estados Unidos – Recurso de los Estados Unidos al Párrafo 5 del Artículo 21 del ESD*, WT/DS132/AB/RW, adoptado el 21 de noviembre de 2001, párrafos 135-136).
- 140.- La decisión antidumping final de 1998 también fue impugnada por los exportadores de los Estados Unidos y los importadores mexicanos al amparo del Capítulo XIX del TLCAN. Los árbitros designados de conformidad con el TLCAN determinaron el 3 de agosto de 2001 que la medida era ilegal de acuerdo con las leyes y reglamentos de ejecución de México (*Revisión de la resolución final de la investigación antidumping sobre las importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa, originarias de los Estados Unidos de América*, Caso TLCAN: MEX-USA-98-1904-01, 3 de agosto de 2001, párrafo 824). La decisión final sobre el TLCAN, que confirmó la decisión inicial, se dictó el 15 de abril de 2002 y se ordenó la derogación de los

derechos antidumping (Decisión final, *Revisión de la resolución final de la investigación antidumping sobre las importaciones de jarabe de maíz de alta fructosa*, Caso TLCAN: MEX-USA-98-1904-01, 15 de abril de 2002, en 24).

- 141.- Posteriormente, en el Informe del Grupo Especial de la OMC —confirmado por el Órgano de Apelación de la OMC— consta un análisis profundo de la intención básica del Impuesto. El Grupo Especial de la OMC confirmó lo siguiente: “No parece que el efecto protector de la medida para la producción nacional mexicana de azúcar sea un efecto involuntario, sino más bien un objetivo buscado” (Informe del Grupo Especial, párrafo 8.91). Las Demandantes sostienen que no hay razón para que este Tribunal llegue a una conclusión distinta de la del Grupo Especial de la OMC.
- 142.- El Tribunal comienza su examen de la intención de la Modificación del IEPS analizando primero su texto. En opinión del Tribunal, la Modificación del IEPS fue la última de varias medidas adoptadas por el Demandado para proteger a la industria nacional del azúcar de caña. No hay ninguna indicación en el texto de la Modificación del IEPS de que fuera sancionada como una contramedida hacia los Estados Unidos. En cambio, fue un mecanismo para proteger a los productores nacionales de azúcar de la competencia de la industria del JMAF.
- 143.- Las Demandantes han señalado que ni en el texto de la Modificación del IEPS, ni en el debate legislativo previo se mencionó la disputa con el Gobierno de los Estados Unidos relativa al acceso del azúcar Mexicana al mercado de los Estados Unidos, ni las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del Capítulo XX. El Demandado ha presentado pocas pruebas para impugnar esto. En los diversos documentos correspondientes a los antecedentes legislativos del Impuesto tan sólo hay una breve referencia a la medida como reacción ante la controversia relativa al azúcar (véase la Prueba Documental R-58, en 32, y la Prueba Documental 59, en 8), y ninguna mención de las contramedidas. Salvo las mencionadas referencias, no hay más documentos contemporáneos de México donde se mencione la diferencia con los Estados Unidos relativa al acceso del azúcar o el Capítulo XX como el motivo subyacente para la adopción del Impuesto.
- 144.- Las pruebas obrantes en el expediente demuestran que la posición del poder legislativo al sancionar la Modificación del IEPS era proteger a la industria nacional del azúcar de caña, y no inducir a los Estados Unidos a cumplir con el TLCAN.
- 145.- Las Demandantes presentaron cuantiosas pruebas que demuestran que el Gobierno de México reconoció públicamente que la Modificación del IEPS tenía por objeto proteger a la industria azucarera de México frente al JMAF, ya que tanto el azúcar como el JMAF forman parte del mismo sector. Las Autoridades Públicas del

Demandado reconocieron que los distribuidores y productores de JMAF y de azúcar compiten directamente en el mercado interno, y que el Impuesto tenía por objeto discriminar contra la industria del JMAF y proteger a la industria azucarera nacional.

- 146.- El poder judicial en México también confirmó que el diseño y la aplicación del Impuesto tenían por objeto ofrecer protección a la producción mexicana de azúcar de caña. Cuando el Presidente Fox de México dictó un decreto el 5 de marzo de 2002 por el que se eximía del pago del Impuesto, la Cámara de Diputados del Congreso de México solicitó al Tribunal Supremo el 2 de abril de 2002 que anulara la exención sobre la base de que era inconstitucional. El 12 de julio de 2002 el Tribunal Supremo dictó una resolución por la que se restableció el Impuesto (*Sentencia relativa a la controversia constitucional 32/2002, promovida por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra del Titular del Ejecutivo Federal*, Diario Federal, Primera Sección, 44 – 82, 17 de julio de 2002).
- 147.- El Tribunal Supremo consideró los “...motivos que llevaron...” al poder legislativo “...a reformar la Ley del Impuesto sobre Producción y Servicios, para ampliar la gama de los sujetos pasivos de dicho impuesto, incluyendo aquéllos que utilicen edulcorantes distintos al azúcar de caña” y determinó que el Congreso de México tenía un claro “...fin extrafiscal...”; el Impuesto se sancionó con el propósito de “...proteger a la industria azucarera nacional...” (Decisión del Tribunal Supremo Mexicano por el que se anula la exención del pago del Impuesto, 17 de julio de 2002, pág. 80). En particular, la Suprema Corte sostuvo lo siguiente:

La intención del legislador al extender el mencionado impuesto a las aguas gasificadas, refrescos, bebidas hidratantes y demás bienes y actividades gravados, exclusivamente cuando para su producción utilicen fructosa en lugar del azúcar de caña, fue la de proteger a la industria azucarera (Decisión del Tribunal Supremo Mexicano por el que se anula la exención del pago del Impuesto, 17 de julio de 2002, párrafo 79).

El Tribunal Supremo sostuvo además que el Gobierno, al dictar el decreto de exención del pago del Impuesto, violó no sólo el objetivo fiscal de la medida, sino también el fin extrafiscal que se expresó en el procedimiento legislativo, consistente en la protección a la industria azucarera nacional” (*Id.*).

- 148.- Si el Impuesto no se sancionó para inducir a los Estados Unidos a cumplir con sus obligaciones en virtud del TLCAN, el Impuesto no constituyó una contramedida válida en el sentido del Artículo 49 del Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado de la CDI.

- 149.- En síntesis, no hay suficientes pruebas en el expediente ante este Tribunal para respaldar la afirmación del Demandado de que México intentaba, con el Impuesto, inducir a los Estados Unidos a cumplir con sus obligaciones relativas al acceso del azúcar al mercado de los Estados Unidos o con sus obligaciones relativas a la solución de controversias estipuladas en el Capítulo XX. Salvo por una declaración al pasar durante el debate legislativo, al momento de adoptarse el Impuesto, no hay ninguna otra declaración de México de que fuera una contramedida, o una respuesta a las acciones u omisiones de los Estados Unidos. No hay indicaciones por parte de México de que el Impuesto resolvería o podría ayudar a solucionar la diferencia relativa al acceso del azúcar. En cambio hubo declaraciones del gobierno, proporcionadas como prueba por las Demandantes, de que el Impuesto tenía como fin proteger a los productores mexicanos de azúcar. En particular, el Secretario de Economía de México, Ernesto Derbez, afirmó que "...la ley viola la sección del TLCAN relativa la protección de inversiones y modifica las reglas del juego" (el texto precedente corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés). Asimismo, la Subsecretaria de Industria y Comercio, Rocío Ruiz, advirtió sobre las reclamaciones contra México "...porque no permitimos a los productores de JMAF vender su producto en México, y, de conformidad con las reglas del TLCAN y la Organización Mundial de Comercio, ellos pueden entablarnos acciones legales".
- 150.- Es posible que el Impuesto se hubiese adoptado con ambos propósitos, es decir, para proteger a la industria azucarera de México, y también inducir al Gobierno de los Estados Unidos a cumplir con sus obligaciones del TLCAN. Sin embargo, de la prueba practicada, así como las declaraciones del Demandado en el presente caso, se desprende que el verdadero motivo y propósito básico del Impuesto fue la protección de la industria azucarera de México. Para que la defensa relativa a la inducción prospere, aún unida a la protección, el Tribunal necesitaría constatar la existencia de pruebas sustantivas que respalden el motivo de la inducción al momento de adoptarse el Impuesto. Sin embargo, no hay en el presente caso pruebas del motivo de la inducción cuando se aprobó el Impuesto. El Tribunal hace hincapié en que esta conclusión es fáctica y no jurídica. La cuestión fáctica es la intención de México al adoptar el Impuesto.
- 151.- En consecuencia, el Tribunal concluye que el Demandado no ha probado que el Impuesto se hubiera sancionado en respuesta a los presuntos incumplimientos de los Estados Unidos ni que la medida tuviera por finalidad inducir a los Estados Unidos a cumplir con sus obligaciones en virtud del TLCAN.

**e) Proporcionalidad**

- 152.- En el Artículo 51 del Proyecto de Artículos de la CDI se hace hincapié en el requisito de la proporcionalidad, y se señala que las contramedidas deben guardar proporción con el daño sufrido, teniendo en cuenta la gravedad del hecho

internacionalmente ilícito y los derechos involucrados. Por lo tanto, la proporcionalidad desempeña una función primordial, que limita la facultad de adoptar contramedidas en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito. Asimismo, como se expresa en el Comentario al Artículo 51 del Proyecto de Artículos de la CDI:

(7) La proporcionalidad se vincula con la relación entre el hecho internacionalmente ilícito y las contramedidas. En algunos aspectos, la proporcionalidad se relaciona con el requisito del propósito especificado en el Artículo 49: bien puede considerarse que una medida claramente desproporcionada no es necesaria para inducir al Estado responsable a cumplir con sus obligaciones, y que tiene un propósito punitivo y no encuadra en el objeto de las contramedidas enunciadas en el Artículo 49.

- 153.- En el presente caso, el Tribunal ha concluido que México no adoptó el Impuesto para inducir a los Estados Unidos a cumplir con el TLCAN, sino para proteger a la industria azucarera nacional. Por lo tanto, el Impuesto no era necesario ni razonable en relación con el fin presuntamente perseguido. Es más, el Tribunal considera que aunque el Impuesto hubiera sido adoptado por el Demandado en respuesta a la supuesta violación del TLCAN por parte de los Estados Unidos, la medida no era apropiada para el objetivo específico de asegurar el cumplimiento por parte de los Estados Unidos.
- 154.- La proporcionalidad no sólo exige que se utilicen los medios adecuados al fin elegido, sino que entraña una evaluación de la pertinencia del objetivo mismo, teniendo en cuenta la estructura y el contenido de la regla violada. En consecuencia, la proporcionalidad debe evaluarse teniendo en cuenta la debida función de la respuesta, como lo reconoció la Corte Internacional de Justicia en el caso *Gabcíkovo-Nagymaros Project* [ICJ Reports (1997) 7]. La Corte consideró que el incumplimiento de Hungría de su obligación en virtud de un tratado bilateral celebrado con Eslovaquia, y su negativa a llevar a cabo un proyecto conjunto de desviación y aprovechamiento de las aguas del Danubio, no podía justificar la desviación unilateral del río por parte de Eslovaquia y la ejecución exclusivamente en su territorio de un proyecto de aprovechamiento del mismo. Dichas medidas constituyeron una violación del principio de distribución equitativa de los recursos entre Estados de un curso de agua y por lo tanto no se cumplió con el requisito de proporcionalidad.
- 155.- En el presente caso, la prueba de si las contramedidas eran adecuadas al objetivo específico de asegurar el cumplimiento de los Estados Unidos con el TLCAN, exige la comparación cualitativa entre todas las obligaciones internacionales involucradas, a saber: por una parte, las de la Sección A del Capítulo XI y, por la otra, las del Anexo 703.2.A (con respecto al acceso del azúcar mexicano a los Estados Unidos) y las disposiciones del Capítulo XX, relativas a la solución de controversias entre

Estados.

- 156.- El Tribunal concluye que los presuntos incumplimientos de los Estados Unidos de algunas obligaciones en virtud del Capítulo VII o XX —unido al hecho de que el Impuesto se sancionó con el objeto de inducir a los Estados Unidos a cumplir con esas obligaciones— no justifican la adopción del Impuesto en violación de las disposiciones de la Sección A del Capítulo XI.

En el *Caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* [Fallo del 24 de mayo de 1980, *ICJ Reports* (1980) 2], los Estados Unidos presentaron una demanda contra Irán en respuesta a la ocupación y el secuestro por militares revolucionarios de las oficinas y el personal diplomáticos de los Estados Unidos en Teherán. Irán sostuvo que la solicitud de los Estados Unidos ante la CIJ “... no podía ser analizada por la Corte fuera de su debido contexto...” incluidos “...más de 25 años de constante intromisión de los Estados Unidos en los asuntos internos de Irán...” (el texto precedente corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés) (*Id.*, párrafos 80 y 81). La Corte desestimó el argumento, y concluyó que “...aunque las supuestas actividades criminales de los Estados Unidos en Irán pudieran considerarse como establecidas...” ellas no podían “...ser consideradas por la Corte como una justificación de la conducta de Irán y, por lo tanto, como una defensa ante las reclamaciones de los Estados Unidos” (*Id.*, párrafo 83).

Irán pudo haber dispuesto de otras medidas para poner fin a los presuntos actos ilícitos de los Estados Unidos y podría haber recurrido a otros medios para obtener el cese de esos actos sin menoscabar la aplicación del derecho diplomático. La ocupación y el secuestro de las instalaciones diplomáticas revelaban que Irán tenía un objetivo distinto en mente, que no estaba relacionado con los presuntos incumplimientos y por lo tanto era desproporcionado.

- 157.- En el presente caso, el Anexo 703.2.A es parte del Capítulo VII del TLCAN, y en él se establecen obligaciones vinculadas al comercio entre los Estados Miembros respecto del “...comercio agropecuario y medidas sanitarias y fitosanitarias...” (Artículo 701 del TLCAN) sin que se establezcan normas específicas de trato a categorías calificadas de nacionales de los Estados Miembros. Tampoco se contemplan en el Capítulo XX obligaciones específicas por las cuales personas físicas del sector privado o agentes distintos de un Estado estén sujetos o sean beneficiarios de esas obligaciones. Sin embargo, en virtud del Capítulo XI, los inversionistas de cualquier Estado Miembro son sujetos directos y beneficiarios de las normas contempladas en la Sección A, no obstante el hecho de que no tengan derechos sustantivos independientes.

- 158.- Ninguna de las obligaciones presuntamente incumplidas por los Estados Unidos se

refieren a normas de protección de la inversión de personas físicas o empresas del sector privado, sino que son obligaciones relativas al comercio internacional y la solución de controversias entre Estados. Sin embargo, la Modificación del IEPS resultó en el incumplimiento por el Demandado de sus obligaciones en virtud de la Sección A. Tampoco fue el Impuesto proporcional, necesaria o vinculado razonablemente con objetivo alegado.

- 159.- En opinión del Tribunal, el objetivo de México de asegurar el cumplimiento por parte los Estados Unidos de sus obligaciones en virtud de los Capítulos VII y XX podría haberse alcanzado con otras medidas que no menoscabaran las normas de protección de inversiones al amparo de la Sección A. Por otra parte, el Tribunal ya ha determinado que el Impuesto tenía un objetivo diferente del de asegurar dicho cumplimiento, no vinculado con el incumplimiento por parte de los Estados Unidos de sus obligaciones en virtud del TLCAN.
- 160.- En consecuencia, el Tribunal concluye que el Impuesto no cumple con el requisito de proporcionalidad para determinar la validez de las contramedidas de conformidad con el derecho internacional consuetudinario.

**f) La cuestión de los derechos independientes**

*i) Opiniones de las Partes en disputa.*

- 161.- Otra cuestión vinculada con la validez de las contramedidas es si el Impuesto afectó a derechos individuales sustantivos de las Demandantes. La cuestión plantea el problema de si en el Capítulo XI del TLCAN se establece un régimen autónomo de derechos sustantivos y procesales para inversionistas conforme al TLCAN, y si estos derechos son independientes de la relación obligatoria entre los Estados Miembros.
- 162.- La posición de las Demandantes es que los inversionistas protegidos por el Capítulo XI tienen derechos independientes y directos, que existen sin perjuicio de la relación obligatoria entre los Estados Miembros. La causa de la demanda del inversor se basa en obligaciones sustantivas de inversión asumidas por el Estado directamente frente a él. Por lo tanto, un incumplimiento de estas obligaciones no constituye un incumplimiento de una obligación entre Estados; por lo que no puede presumirse la aplicación al Capítulo XI de las reglas generales de responsabilidad del Estado, incluidas las relativas a las circunstancias que impiden que un hecho sea considerado ilícito. Por lo tanto, se debe compensar a los inversionistas por los efectos negativos que puedan tener en sus inversiones medidas adoptadas en violación de las disposiciones del Capítulo XI, incluidas las contramedidas adoptadas entre Estados Miembros, cuando dichas medidas, consideradas independientemente, constituyan un incumplimiento de cualquiera de los derechos contemplados en la Sección A del Capítulo XI.

- 163.- Sin embargo, si las obligaciones sustantivas de protección de inversiones a que se refiere la Sección A son de aplicación exclusivamente entre los Estados, la cuestión de si el Estado receptor incumplió alguna de estas obligaciones frente a los inversionistas conforme al TLCAN debe considerarse en el contexto de la relación obligatoria que establece el tratado entre los Estados Miembros. Este enfoque se ve respaldado por: (i) la tradicional “teoría de la derivación”, según la cual cuando los inversionistas instan un arbitraje frente un Estado, están en realidad subrogándose y haciendo valer los derechos de su Estado de origen; y (ii) por una teoría intermedia, en virtud de la cual los inversionistas sólo tienen de manera excepcional, un derecho procesal para hacer valer, ante un tribunal arbitral internacional, la responsabilidad del Estado conforme a lo dispuesto en la Sección B, cuestión ésta que será decidida de acuerdo con los derechos y obligaciones que la Sección A establece para los Estados.
- 164.- En el presente caso “...México nunca ha argumentado que las demandantes carecen de un derecho de acción conforme al Capítulo XI...” (Dúplica de México del 1 de septiembre de 2006, pág. 55, párrafo 185) pero “las obligaciones sustantivas son obligaciones que cada Parte del TLCAN ha asumido frente a las otras Partes del tratado. No dejan de ser obligaciones interestatales sólo porque se ha otorgado un derecho de acción a los inversionistas...” (Dúplica de México del 1 de septiembre de 2006, pág. 56, párrafo 187). Por lo tanto, el Demandado sostuvo durante la audiencia que es “...necesario hacer la distinción entre procedimiento y sustancia...” y que las Demandantes “...obtienen derechos y obligaciones individuales del resultado de los procedimientos [del Capítulo XI]...” (Transcripción de la audiencia, págs. 191 y 192). El Demandado alegó asimismo que aún los derechos procesales de los inversionistas son “revocables”, remitiéndose al acuerdo sobre la madera de construcción blanda (“The Softwood Lumber Agreement”) celebrado entre los Estados Unidos y Canadá, en el cual se suspendieron los derechos de los inversionistas a iniciar procesos al amparo del Capítulo XI.
- 165.- Las Demandantes, por otra parte, sostienen que la jurisprudencia, historial de las negociaciones y doctrina sobre el TLCAN demuestran que los inversionistas tienen derechos individuales sustantivos que no pueden ser derogados o disminuidos por contramedidas dirigidas frente alguien que no sea parte de la diferencia entre las Demandantes y México. Por ejemplo, las Demandantes citan la Declaración de Acción Administrativa de los Estados Unidos de 1993 correspondiente al TLCAN, en la que se dispone lo siguiente:

...[el TLCAN] garantiza que los inversores de los Estados Unidos en México y Canadá recibirán un trato cuanto menos igual al otorgado a las empresas de propiedad nacional. El TLCAN otorga a los inversores de los Estados Unidos el *derecho* a establecer nuevas empresas, adquirir otras existentes y recibir el mismo trato que reciben las empresas locales, salvo

excepciones específicas. Además, el TLCAN otorga a las industrias de los Estados Unidos en México y Canadá el *derecho* a repatriar utilidades y capital y a obtener moneda fuerte... y el *derecho* a la protección del derecho internacional contra la expropiación, incluido el *derecho* a recibir una compensación equivalente al valor de mercado de su inversión.

Las Demandantes también citan el Informe del Senado de los Estados Unidos 107-139 acerca de la Ley de Promoción del Comercio de 2002, en el que se afirma, *inter alia*, lo siguiente:

Desde principios de la década de 1980, los Estados Unidos han celebrado tratados bilaterales sobre inversiones (TBI) con el objeto de asegurar los derechos de los inversores de los Estados Unidos en el extranjero (pág. 12).

[E]s una prioridad para los negociadores procurar acuerdos que protejan los derechos de los inversores de los Estados Unidos en el extranjero y cerciorarse de la existencia de un mecanismo para la solución de diferencias entre los inversores y los Estados (pág. 13).

Esto ayudaría a asegurar que los acuerdos de inversión no confieran a los inversores extranjeros en los Estados Unidos un derecho a recibir compensación por una expropiación que sea sustancialmente distinto del derecho que ya tienen los ciudadanos de los Estados Unidos a recibir compensación (pág. 15).

Las Demandantes citan el caso *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos* [Caso del CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo Final (16 de diciembre de 2002)] en el que el Tribunal hizo las siguientes declaraciones:

una decisión de expropiación depende... en gran medida de que, dadas las circunstancias del caso, [las medidas] sean inconsistentes con los derechos del Demandante conforme al Artículo 1110 del TLCAN (párrafo 128).

El esquema del Capítulo XI establece el derecho al trato nacional para los inversionistas (y a una indemnización por daños en caso de violación de tal derecho) que se diferencia del derecho a una indemnización por daños por actos de expropiación (párrafo 137).

México ha violado los derechos del Demandante a no ser discriminado, conforme al Artículo 1102 del TLCAN (párrafo 187).

- 166.- El resultado de la teoría directa, respaldada por las Demandantes, consiste en que un tratado de protección de inversiones establece dos relaciones jurídicas distintas: una entre el inversor y el Estado receptor; y otra entre los Estados parte. Por lo tanto, pueden surgir dos tipos de controversias en la aplicación de un tratado de protección de inversiones: entre las Partes contratantes —acerca de la interpretación y

aplicación del tratado— o entre el Estado receptor y el inversor. Los tratados de protección de inversiones contienen disposiciones independientes que regulan estos dos tipos de controversias.

- 167.- En sus alegaciones escritas, el Demandado se ha referido a la jurisprudencia de protección de inversiones dictada en el marco del Capítulo XI, así como a la doctrina y a la posición de los Estados Miembros en su participación en otros procedimientos al amparo del TLCAN, con el fin de demostrar que en los tratados de protección de inversiones se establecen un serie de obligaciones en relación con el trato por parte de los Estados a las inversiones de los inversionistas amparados por el tratado, pero que dichas obligaciones se tienen únicamente frente al Estado de la nacionalidad de los inversionistas. En particular, el Demandado se refirió al caso *Loewen Group, Inc. & Raymond v. United States of America* [(Laudo), Caso del CIADI No. ARB(AF)/98/3 (26 de junio de 2003)] en el que el Tribunal de Arbitraje estimó que en el Capítulo XI se establecen lo que originalmente son los derechos de los Estados Miembros respecto al trato de las inversiones de sus nacionales en los otros Estados Miembros:

No hay justificación para transplantar las normas derivadas del derecho privado a un ámbito correspondiente al derecho internacional en el que por razones de conveniencia se permite a las demandantes hacer valer lo que originalmente son los derechos de los Estados parte (párrafo 233).

En la Réplica de los Estados Unidos al Memorial de contestación de Loewen Group sobre jurisdicción, citada por el Demandado, se expresó la posición de los Estados Unidos de que los derechos del inversor al amparo del Capítulo 11 están sujetos a las mismas reglas que los ‘casos respaldados’ por la protección diplomática. El Demandado también se refirió a los escritos presentados por Canadá ante los tribunales de Ottawa para impugnar el Laudo dictado en el marco del TLCAN en el caso *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*, y afirmó:

... las obligaciones enumeradas en la Sección A del Capítulo XI del TLCAN no se asumen directamente frente a los inversores individuales. En cambio, es el inversor contendiente quien debe probar que la parte en el TLCAN contra la cual se presenta la reclamación ha incumplido una obligación asumida frente a otra parte en el TLCAN en virtud de la Sección A... (Memorando modificado de hechos y derecho del reclamante, el Procurador General de Canadá, *The Attorney General of Canada v. S.D. Myers, Inc.*, expediente No. T-225-01, párrafo 67).

- ii) *La opinión del Tribunal acerca de la naturaleza de los derechos contemplados en el Capítulo XI*

- 168.- Por las razones que a continuación se exponen, el Tribunal considera que la posición del Demandado se ajusta a la estructura tradicional del derecho internacional, así como al objeto y propósito del Capítulo XI. La posición del Demandado es correcta en el sentido de que la Sección A del Capítulo XI establece obligaciones sustantivas

de aplicación entre los Estados, sin establecer derechos individuales para las Demandantes.

- 169.- Coexisten distintas teorías doctrinales respecto a la naturaleza de los derechos de los inversionistas en virtud de acuerdos internacionales en materia de inversión. La teoría de la derivación, previamente descrita, respalda la tesis de que los tratados de protección de inversiones establecen varias obligaciones, que exigen al Estado un tratamiento de las inversiones amparadas por el tratado de conformidad con los estándares fijados en el tratado. Sin embargo, estas obligaciones son asumidas frente al Estado del que el inversor es nacional. Si se produce un incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones, el inversor puede entablar una acción contra el Estado receptor ante un tribunal arbitral internacional a fin de solicitar el pago de una compensación, aunque en realidad el inversor estará subrogándose y haciendo valer los derechos de su Estado de origen.
- 170.- El Tribunal está de acuerdo con las Demandantes en que el derecho internacional en determinadas circunstancias puede conceder derechos directos al individuo, la violación de los cuales puede constituir un hecho internacionalmente ilícito si cabe atribuírsela al Estado en cuestión. Por lo tanto, la responsabilidad del Estado puede ser invocada no sólo por otros Estados, sino también por individuos en ámbitos como la protección de inversiones extranjeras, los derechos humanos y la protección del medio ambiente, en los que personas físicas y jurídicas, así como entidades distintas de los Estados, pueden hacer valer la responsabilidad del Estado ante determinados órganos internacionales de resolución de controversias.
- 171.- Sin embargo, de la correcta interpretación del TLCAN no se infiere que los inversionistas tengan derechos individuales como alegan las Demandantes. Tampoco cabe equiparar la naturaleza de los derechos de los inversionistas emanados del Capítulo XI a la protección otorgada en los tratados de derechos humanos. Lo que el Capítulo XI (en su Sección B) puede tener en común con los tratados de derechos humanos es la posibilidad de otorgar a los agentes distintos de los Estados el derecho procesal a invocar la responsabilidad de un Estado soberano ante un órgano internacional de solución de controversias. Sin embargo, la diferencia fundamental entre el Capítulo XI del TLCAN y los tratados de derechos humanos es que, aparte del derecho procesal de accionar contra el Estado que recoge la Sección B, el Capítulo XI no establece derechos individuales sustantivos para los inversionistas, sino únicamente normas de aplicación entre los Estados relativas a la promoción y protección de la inversión extranjera, completando el régimen que para la propiedad privada extranjera prevé la costumbre internacional.
- 172.- El TLCAN configura dos conjuntos independientes de obligaciones al amparo del Capítulo XI. Por un lado, en la Sección A del Capítulo XI se establecen obligaciones sustanciales de protección con respecto a las inversiones de los otros Estados

Miembros. Por otro lado, el incumplimiento de estas obligaciones da origen a la obligación procesal del Estado, según lo dispuesto en la Sección B del Capítulo XI, de someter la diferencia a arbitraje entre el inversor y el Estado, según lo dispuesto en el Artículo 1115, en el que la conducta del Estado receptor se juzgará de acuerdo con las normas y estándares de promoción y protección establecidos en la Sección A.

- 173.- En opinión del Tribunal, las obligaciones dispuestas en la Sección A continúan siendo entre Estados, estableciéndose en esta Sección las normas por las cuales en el arbitraje se evaluará la conducta del Estado frente al inversor. Los inversionistas amparados por el TLCAN tienen, en virtud de la Sección B, el derecho procesal de accionar frente al Estado receptor, instando un procedimiento arbitral, cuando el Estado haya incumplido las obligaciones contenidas en la Sección A del Capítulo XI. Este derecho procesal es sin embargo excepcional, del que el individuo normalmente carecería en Derecho internacional.
- 174.- El artículo 1122 de la Sección B del Capítulo XI recoge la oferta irrevocable de los Estados Miembros del TLCAN de someter a arbitraje las diferencias relativas a inversiones. El inversor acepta la oferta del Estado receptor de someter la disputa a arbitraje una vez presentada la solicitud de arbitraje, pudiendo en este momento el inversor renunciar a sus derechos procesales. La naturaleza de las obligaciones sustantivas que se recogen en la Sección A no permite renuncia alguna por parte del inversor, ya que se trata de obligación que permanecen en vigor a nivel interestatal y no pueden, por lo tanto, ser objeto de renuncia. Presentada la solicitud de arbitraje, que entraña la aceptación de la oferta del Estado por parte del inversionista, ambas partes —el Estado y el inversionista— entran una relación jurídica directa en forma de un convenio arbitral. En consecuencia, el único derecho que tiene el inversionista es el contemplado en la Sección B: invocar la responsabilidad del Estado receptor en un arbitraje internacional, conforme a las normas de promoción y protección previstas en la Sección A. Estas normas comprenden —en virtud del Artículo 1131 del TLCAN— no sólo las disposiciones de la Sección A, sino todas las reglas del derecho internacional consuetudinario comprendidas en la *lex specialis* del Capítulo XI.
- 175.- Las Demandantes alegan que en la Sección A del Capítulo XI establece derechos individualmente a favor de los inversores, refiriéndose a la posición del poder legislativo de los Estados Unidos, el caso *Feldman* (véase la página 61) y la doctrina, en los que se hace referencia a “derechos” de los inversionistas. En particular, las Demandantes citan la Declaración de Acción Administrativa de los Estados Unidos de 1993 correspondiente al TLCAN y el Informe del Senado de los Estados Unidos No. 107-139 acerca de la Ley de Promoción del Comercio de 2002, que se refieren a “los derechos” de los inversionistas en virtud de el TLCAN. El Tribunal concluye que el enfoque literal de las Demandantes no brinda suficientes pruebas para respaldar la afirmación de la existencia de derechos directos en virtud del Capítulo XI. Si bien el Senado de los Estados Unidos se refirió en general a los derechos de

los inversionistas en virtud del TLCAN, sin abordar específicamente la naturaleza de la Sección A, la intervención de los Estados Unidos durante el procedimiento de arbitraje en el caso *Loewen* —de conformidad con las disposiciones del Artículo 1128— revela lo contrario en lo relativo a la interpretación del Capítulo XI.

- 176.- La posición de las Partes en el TLCAN en otros procedimientos en los que participaron al amparo del Capítulo XI —de conformidad con las disposiciones del Artículo 1128 del TLCAN— revela en realidad la opinión de los Estados Miembros de que los inversionistas no gozan de derechos individuales sustantivos en virtud del Capítulo XI, y que los derechos contemplados en la Sección A son por lo tanto de titularidad estatal en lugar de derechos individuales directamente otorgados a los inversionistas.

La posición de los Estados Unidos, en su Réplica al Memorial de contestación de Loewen Group sobre jurisdicción, citada por el Demandado, era la siguiente:

México tiene razón en que “el derecho de acceso directo conferido por la Sección B del TLCAN no altera en modo alguno la interpretación de los derechos y obligaciones sustantivos del Tratado, que existen en el plano internacional entre Estados *inter se*” (Respuesta de los Estados Unidos de América a los alegatos del 27 de junio y de julio de 2002 presentados por los Gobiernos de Canadá y México de conformidad con el Artículo 1128 de la TLCAN, pág. 8).

Con respecto al arbitraje al amparo del TLCAN en el caso *Metalclad c. México* [Caso del CIADI No. ARB(AF)/97/1] el Procurador General de Canadá hizo la siguiente declaración durante la apelación del laudo en el tribunal nacional de apelaciones de British Columbia:

El TLCAN es un acuerdo internacional entre tres Estados parte. Los inversores de las Partes en el TLCAN tienen el derecho extraordinario y limitado a reclamar una indemnización por daños y perjuicios ante el presunto incumplimiento de una obligación contemplada en el Capítulo XI. Sin embargo, los inversores no son parte en el TLCAN. Las obligaciones en virtud del TLCAN las asume cada uno de los Estados parte frente a los otros Estados parte. No existe relación contractual entre los inversores al amparo del TLCAN y las Partes del Tratado... [c]omo lo resumió el Tribunal establecido conforme al Capítulo XI del TLCAN en el caso *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*... (Reseña del alegato de Procurador General interviniente de Canadá en el caso *United Mexican States v. Metalclad*, párrafo 8).

Los escritos presentados por Canadá en la etapa jurisdiccional en el caso *Methanex v. the United States of America*, conforme a las disposiciones del Artículo 1128 del TLCAN, revelan el entendimiento de Canadá de que los inversionistas individuales no gozan directamente de derechos derivados de la Sección A del Capítulo XI:

Al interpretar el TLCAN, los tribunales deben recordar que el TLCAN es un tratado entre tres Partes, a saber, los estados soberanos de los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos y Canadá. Las obligaciones asumidas por la tres Partes, incluidas las contempladas en el Capítulo XI del TLCAN, son obligaciones de cada una de las Partes frente a las otras Partes y están sujetas a los procedimientos para la solución de controversias previstos en el Capítulo XX del TLCAN. No se tienen directamente frente a inversores individuales. Los inversores tampoco tienen ningún derecho que surja de las obligaciones asumidas frente a la Parte de la que son nacionales. En cambio, es el inversor contendiente quien debe probar que la parte en el TLCAN contra la cual se presenta la reclamación ha incumplido una obligación asumida frente a otra parte en el TLCAN en virtud de la Sección A... (Segundo alegato de Canadá del 30 de abril de 2001, párrafo 9).

- 177.- La obligación procesal establecida en la Sección B del Capítulo XI de someter a arbitraje la controversia relativa a inversiones —que puede surgir del incumplimiento de las obligaciones principales del Estado receptor contempladas en la Sección A— es una obligación asumida directamente frente al beneficiario de la obligación, en este caso los inversionistas, que han optado en calidad de titulares de un derecho secundario, por incoar el procedimiento de arbitraje internacional conforme a lo expuesto en el Capítulo XI. La facultad de iniciar el procedimiento de arbitraje internacional conforme a la Sección B, convierte al inversor en titular de un derecho procesal, independientemente de que ese derecho pueda ser suspendido por las partes en el TLCAN.
- 178.- En otros arbitrajes entre inversionistas y Estados conforme al Capítulo XI, se ha hecho referencia indirecta a la naturaleza de los derechos de los inversionistas en virtud del TLCAN. En el arbitraje en el caso *Feldman*, citado por las Demandantes, no se respalda la proposición de que en la Sección A del Capítulo XI se establezcan derechos individuales directos de los inversionistas. El Tribunal está de acuerdo en que, como se mantuvo en el caso *Feldman*, el mecanismo del Capítulo XI establece derechos relativos al trato de los inversionistas, pero estos derechos no los ha asumido el Estado receptor frente a los inversionistas, sino frente al Estado de origen de los inversionistas. En consecuencia, los derechos establecidos en la Sección A sólo existen a nivel internacional entre las Partes en el TLCAN. Los inversionistas constituyen el objeto o, en su caso, meros beneficiarios de esos derechos. Por lo tanto, según el Capítulo XI, los Estados Miembros tienen la obligación de tratar a los inversionistas de las demás Partes en el TLCAN de acuerdo con las normas establecidas en la Sección A, sin embargo esta obligación sólo se ha asumido frente al Estado de la nacionalidad del inversor.
- 179.- Por ende, el único derecho individual del que gozan los inversionistas en virtud del Capítulo XI es el derecho procesal contemplado en la Sección B a invocar la responsabilidad del Estado receptor. Sobre todo, el Artículo 1116.1 otorga a los

inversionistas el derecho a plantear una reclamación por cuenta propia, en tanto que en el Artículo 1117.1 se especifica que un inversor de una Parte que tenga la propiedad o el control, ya en forma directa o indirecta, de una empresa en el territorio de otra Parte en el TLCAN pueda plantear una reclamación por cuenta de esa empresa. El Tribunal de Arbitraje considera que la contramedida no afectó al derecho procesal de las Demandantes a plantear una reclamación contra el Estado mexicano, puesto que la contramedida no tenía relación alguna con la oferta del Estado demandado de someter la presente controversia a arbitraje.

- 180.- A pesar de la conclusión del Tribunal de que los inversionistas no gozan de derechos individuales o independientes en virtud de lo dispuesto en la Sección A del Capítulo XI —y de que la contramedida no afectó el derecho procesal de las Demandantes contemplado en la Sección B— el Tribunal considera que el Impuesto no fue una contramedida válida porque no se adoptó para inducir a los Estados Unidos a cumplir con el TLCAN, sin que el Impuesto cumpla en cualquier caso con los requisitos de proporcionalidad establecidos por la costumbre internacional.

## **VII. LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO PRESENTADA POR EL DEMANDADO**

- 181.- México sostiene que si la respuesta a la validez de la defensa basada en las contramedidas exige que se concluya que los Estados Unidos incumplieron el TLCAN, y el Tribunal considera que se trata de una cuestión a resolver por un Tribunal conforme a lo dispuesto en el Capítulo XX, México solicita la suspensión del procedimiento hasta tanto ese Tribunal conforme al Capítulo XX decida acerca de la validez de las contramedidas.
- 182.- Como se señaló, el Tribunal considera que el Impuesto no constituye una contramedida válida, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, porque no se adoptó para inducir a los Estados Unidos a cumplir con sus obligaciones en virtud del TLCAN, ni cumplió con el requisito de la proporcionalidad.
- 183.- Por lo tanto, el Tribunal no necesita suspender el procedimiento porque la validez de la defensa basada en las contramedidas requiere dilucidar si los Estados Unidos incumplieron el TLCAN. Por lo tanto, aunque los Estados Unidos hubieran incumplido cualquiera de sus obligaciones en virtud del TLCAN frente al Estado Demandado, el Impuesto seguiría siendo una contramedida ilegítima conforme al Capítulo XI.

- 184.- Por las razones expuestas, se deniega la solicitud del Demandado para que se suspenda el procedimiento.

### VIII. LAS RECLAMACIONES PRESENTADAS POR LAS DEMANDANTES AL AMPARO DEL TLCAN

#### A) TRATO NACIONAL

- 185.- La parte pertinente del Artículo 1102 del TLCAN (Trato nacional) dice lo siguiente:

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

3. El trato otorgado por una Parte, de conformidad con los párrafos 1 y 2, significa, en relación con cualquier estado o provincia, un trato no menos favorable que el más favorable otorgado por ese estado o provincia, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de la Parte de la que forman parte integrante.

#### i) Opiniones de las Partes en la diferencia

- 186.- El fundamento de la reclamación relativa al Trato nacional de las Demandantes es que la sanción y el mantenimiento del Impuesto por parte de México favorece a los inversionistas e inversiones nacionales frente a los competidores extranjeros. Por lo tanto, en virtud del Artículo 1102, México estaba obligado a otorgar a las Demandantes y a ALMEX el mejor trato que México otorgaba a la industria nacional del azúcar de caña.

- 187.- Las Demandantes aducen que el Artículo 1102 garantiza la igualdad de oportunidades competitivas entre inversionistas extranjeros y nacionales en circunstancias similares, y prohíbe la discriminación *de facto*, como la que representa el Impuesto. Las Demandantes solicitan al Tribunal que realice un análisis en tres etapas a fin de determinar si ha tenido lugar una discriminación *de facto* en el presente caso, y que determine primero si el 'trato' se vincula con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones de que se trata. Segundo, el Tribunal debe

determinar si los fabricantes y productores de JMAF de México —todos los cuales son inversionistas de los Estados Unidos— se encuentran “en circunstancias similares” a las de la industria mexicana de fabricación y distribución de azúcar de caña, y, tercero, el Tribunal debe determinar si el trato otorgado al inversor extranjero es menos favorable que el trato más favorable otorgado al inversor nacional en “circunstancias similares”.

- 188.- La primera etapa del análisis del Artículo 1102 exige que el Impuesto se vincule con la expansión, administración, conducción y operación de las inversiones de las Demandantes. El Tribunal concluye que el Impuesto, al reducir los beneficios de ALMEX en la venta de JMAF, sobre todo en los primeros años de aplicación del Impuesto, sí afectó en alguna medida la capacidad de ALMEX para conducir o expandir las operaciones a fin de satisfacer la demanda nacional de JMAF en México.
- 189.- Las Demandantes sostienen que las industrias del JMAF y el azúcar se encuentran “en circunstancias similares” en México, puesto que ambas funcionan en el mismo sector y compiten entre sí, como se ha reconocido en las propias decisiones administrativas y judiciales de México. Asimismo, un panel binacional constituido conforme al Capítulo XIX del TLCAN para estudiar la impugnación de las decisiones antidumping adoptadas por México respecto del JMAF, acordó que el azúcar y el JMAF son “productos similares”, y que, en un Informe del Grupo Especial de la OMC, de fecha 7 de octubre de 2005, se concluyó que el JMAF y el azúcar de caña son productos competitivos o sustituibles. Como la prueba de la existencia de “productos similares” es más restrictiva que la de la existencia de “circunstancias similares” conforme al Artículo 1102, en el presente caso puede considerarse que los productores y distribuidores de JMAF y de azúcar de caña se encuentran en circunstancias similares, con lo que se cumple el segundo requisito del Artículo 1102.
- 190.- Por último, las Demandantes hacen hincapié en que el Impuesto discrimina contra los fabricantes, importadores y distribuidores de JMAF, al otorgarse a las Demandantes y a ALMEX un trato menos favorable que a los productores de azúcar de caña a fin de proteger a la industria nacional del azúcar de caña. Sobre todo, el Impuesto impone un trato fiscal marcadamente diferente a la industria nacional del azúcar de caña en comparación con la industria en México de inversionistas de los Estados Unidos en el campo del JMAF. El trato más favorable disponible conforme al Impuesto es la exención de éste. La intención proteccionista en la adopción del Impuesto fue reconocida por el Tribunal Supremo Mexicano, que consideró que la intención básica del poder legislativo con el Impuesto fue proteger a la industria nacional del azúcar (Decisión del Tribunal Mexicano por la que se anuló la exención del pago del Impuesto, 17 de julio de 2002). Además, los más altos funcionarios encargados de los asuntos comerciales de México reconocieron públicamente que el

Impuesto tenía por objeto proteger a la industria nacional del azúcar y admitieron que podría violar el Capítulo XI del TLCAN. Además, la OMC había decidido que el Impuesto era discriminatorio, puesto que se había aplicado a fin de otorgar protección a la producción nacional de azúcar de caña de México. Este Tribunal está de acuerdo en que la intención de la medida era proteger a la industria nacional del azúcar de caña (véanse los párrafos 134 a 160 del presente Laudo, con respecto a la intención del Impuesto).

- 191.- Las Demandantes sostienen que el incumplimiento de México de su obligación de trato nacional conforme al Artículo 1102 ocasionó a ALMEX y a sus inversionistas la pérdida de grandes negocios, potenciales y existentes, en relación con el JMAF, disminuyendo por lo tanto considerablemente el valor de la inversión de las Demandantes en la producción y distribución de JMAF en México.
- 192.- El Demandado afirma que el Impuesto fue una contramedida que no estaba dirigida a los fabricantes o distribuidores de JMAF, sino a los Estados Unidos como Parte en el TLCAN, aunque el Demandado también manifestó en la audiencia que el Impuesto estaba destinado a un producto, es decir, al JMAF. México no tuvo en mira a los inversionistas de los Estados Unidos en calidad de tales, sino que el Impuesto fue una reacción y una medida de naturaleza compensatoria ante las restricciones adoptadas por los Estados Unidos contra el azúcar mexicano. El Demandado sostiene que el Impuesto no tenía por objeto ocasionar un daño a los productores de JMAF, cuya esencia no es distinta de la suspensión de los beneficios del tratado de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 2019.1 del TLCAN.

Además, el Demandado sostiene que el hecho de que el azúcar y el JMAF sean productos semejantes o similares a los fines de una investigación antidumping o de un Grupo Especial de la OMC no determina que las Demandantes se encuentren “en circunstancias similares” a las de la industria azucarera de México, ya que no hay fundamentos para tomar el concepto de “productos similares” de conformidad con el GATT para aplicarlo en el contexto del Artículo 1102. Si bien la similitud de los productos es importante, no es el único aspecto que debe considerarse para determinar si las partes en cuestión se encuentran en circunstancias similares, lo que exige más que una comparación de los bienes que se producen o de las circunstancias en que se encuentren los inversionistas afectados por la medida. En particular, México afirma que las Demandantes no se encontraban en circunstancias semejantes o similares a las de los inversionistas mexicanos en la industria azucarera; tampoco se encontraba ALMEX en circunstancias similares a las de los productores de azúcar de México porque la fructosa representaba una porción creciente del mercado de edulcorantes de México, en tanto que el azúcar mexicano encaraba restricciones importantes para lograr el acceso al mercado de los Estados Unidos, en violación del TLCAN, y los productores de azúcar de México sufrían grandes perjuicios por el consumo nacional de JMAF, lo que afectaba las condiciones de competencia dentro de México.

**ii) La decisión del Tribunal respecto del Artículo 1102**

- 193.- El Artículo 1102 exige que los Estados Miembros otorguen a los inversionistas e inversiones de los demás Estados Miembros un “trato” que sea “no menos favorable” que el otorgado a los inversionistas nacionales en “circunstancias similares”. La función básica de esta disposición es proteger a los inversionistas extranjeros *vis-à-vis* las reglamentaciones internas que otorguen un trato más favorable a los inversionistas nacionales. La obligación de trato nacional contemplada en el Artículo 1102 constituye la aplicación de la prohibición general de discriminación basada en la nacionalidad, incluida la discriminación tanto *de jure* como *de facto*. La primera se refiere a medidas que aparentemente traten a las entidades de manera diferente, en tanto que la última comprende medidas que aparentemente son neutras pero que conllevan un trato diferenciado.
- 194.- De conformidad con el Artículo 1131.1 el Tribunal de Arbitraje debe decidir todas las cuestiones de la controversia de acuerdo con las disposiciones del Capítulo XI y las normas aplicables del derecho internacional.
- 195.- El punto de partida para interpretar cualquier disposición del TLCAN es, por lo tanto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>4</sup>, en la que se codifica el derecho internacional consuetudinario [*Methanex Corporation c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Final (7 de agosto de 2005) Parte IV, Capítulo B, párrafo 29)]. En tal carácter forma parte de las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público que, según lo dispuesto en el Artículo 1131.1 del TLCAN, el Tribunal de Arbitraje debe aplicar al interpretar las disposiciones del Capítulo XI, lo que supone un reconocimiento de que el TLCAN no debe leerse de forma aislada al Derecho internacional público. En el Artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se expone lo siguiente:

Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

- 196.- Conforme al significado corriente del Artículo 1102, el Tribunal de Arbitraje deberá:
- i) identificar los pertinentes sujetos de comparación;
  - ii) considerar el trato recibido por cada objeto comparado, y
  - iii) considerar todo los factores que puedan justificar un trato diferenciado.
- La lógica de los Artículos 1102.1 y 1102.2 indica por lo tanto que no es preciso que el Tribunal de Arbitraje compare el trato otorgado a ALMEX y a los productores de azúcar de México a menos que el trato se otorgue “en circunstancias similares”. Por lo tanto, es preciso analizar la cuestión de las

---

<sup>4</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679.

“circunstancias similares” antes que la cuestión del “trato no menos favorable”, porque si las circunstancias no son “similares”, no surgía obligación alguna para el Estado Demandado de otorgar a la inversión de las Demandantes en el JMAF el trato más favorable otorgado a las inversiones mexicanas en el azúcar de caña.

1) *Circunstancias similares*

197.- A fin de determinar el significado de la expresión “en circunstancias similares” contenida en el Artículo 1102, párrafos 1 y 2, analizamos estas palabras en sentido corriente, su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del Artículo 1102 (Artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

El sentido ordinario de la palabra “circunstancias” en el Artículo 1102 exige el examen del entorno en su totalidad (*Methanex, supra*, página 63, párrafo 37). En consecuencia, la aplicación de la norma de trato nacional entraña una medida comparativa, y todas las “circunstancias” en las que se acordara el trato deben tenerse en cuenta a fin de identificar el comparador adecuado. El significado que da el diccionario a la palabra “circunstancia” se refiere a una condición, hecho o evento que acompaña, condiciona o determina a otro, o el entorno lógico de una acción.

198.- Con respecto al argumento de México de que no se encuentran en circunstancias similares debido a la situación que encaraban los productores de azúcar con respecto al acceso al mercado de los Estados Unidos, éste no es un factor importante para determinar si las dos empresas se encuentran en circunstancias similares. Como se confirmó en el caso *S.D. Myers Inc. c. Gobierno de Canadá* [CNUDMI, Laudo Final conforme al TLCAN sobre el fondo del asunto (13 de noviembre de 2000), párrafo 251], las entidades nacionales “en circunstancias similares” cuyo trato debe compararse son las empresas que funcionan en el mismo sector, lo que debe interpretarse de manera amplia para incluir los conceptos de “sector económico” y “sector empresarial”. Asimismo en el caso *Pope & Talbot c. Gobierno de Canadá* [CNUDMI, Laudo Provisional dictado en el marco del TLCAN (26 de junio de 2000)] el Tribunal de Arbitraje se centró en el pertinente sector empresarial y económico como comparador adecuado, y sostuvo que el inversor había creado un trato diferenciado de entidades en circunstancias similares.

199.- Teniendo en cuenta el objeto del Artículo 1102 —asegurar que una medida nacional no altere la relación competitiva entre inversionistas nacionales y extranjeros— otros tribunales establecidos conforme al Capítulo XI se han centrado fundamentalmente en la relación competitiva entre los inversionistas en el mercado.

200.- En el caso *Feldman*, el Tribunal opinó que “...el ‘universo’ de empresas en circunstancias similares abarca las empresas de propiedad local y propiedad extranjera que se dedican al mismo negocio...” (*Feldman, supra*, página 61, Laudo

Final, párrafo 171). El Sr. Feldman inició el procedimiento de arbitraje por cuenta de la Corporación de Exportaciones Mexicanas, S.A. de C.V. (CEMSA), una empresa mexicana de propiedad y control del Sr. Feldman. La diferencia surgió con motivo de la negativa de las autoridades fiscales mexicanas a reintegrar los impuestos internos aplicados a los productos tabacaleros exportados desde México por CEMSA, y la negativa de dichas autoridades a reconocer el derecho de CEMSA al reintegro de dichos impuestos respecto de futuras exportaciones. Feldman alegó que las medidas del Gobierno de México eran discriminatorias en contra de los exportadores de cigarros al permitir que sólo los exportadores que producían los cigarros exportados pudieran reclamar el reintegro de los impuestos, en tanto que los exportadores que tan sólo se ocupaban de la reventa de los cigarros exportados no podían exigir el mismo trato. El Tribunal concluyó que las empresas en circunstancias similares eran las empresas comercializadoras, que se ocupaban de comprar cigarros mexicanos para su exportación.

- 201.- ALMEX y la industria azucarera de México se encuentran en circunstancias similares. Ambas forman parte del mismo sector, compiten de manera directa en el suministro de edulcorantes al mercado de refrescos y alimentos procesados. La relación competitiva entre ellas fue confirmada por las autoridades administrativas y judiciales de México cuando el Gobierno inició investigaciones antidumping en 1997 respecto del JMAF, sobre la base de una solicitud presentada por la Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcohólica. Además, la Comisión Federal de Competencia de México ha confirmado que el JMAF es un sustituto del azúcar que ambos productos compiten en el mismo mercado (Comisión Federal de Competencia, Informe Anual 1993-94).
- 202.- A pesar del hecho de que los productores de fructosa y de azúcar de caña no son comparadores idénticos, aunque compitan de manera directa en el mismo mercado, el Tribunal opina que cuando no existen comparadores idénticos, el inversor extranjero puede compararse con comparadores menos similares, cuando las circunstancias generales del caso indiquen que se encuentran en circunstancias similares. Esta era la situación específica en el caso *Methanex*, en el que el Estado de California emitió una decisión que prohibía el uso del aditivo para gasolina metil terbutil éter (MTBE). Methanex no fabrica MTBE, pero es uno de los productores y comercializadores más grandes del mundo de metanol, el principal ingrediente del MTBE. La esencia de la reclamación de Methanex al amparo del Artículo 1102 era que California intentaba favorecer a los productores nacionales discriminando contra los productores extranjeros de etanol, y que ambos productos debían considerarse “similares” porque ambos compiten en el mercado de aditivos oxigenados. Después de analizar los argumentos de ambas Partes, el Tribunal de Arbitraje determinó que Methanex no se encontraba en circunstancias similares a las de los productores nacionales de etanol, porque también había comparadores idénticos en los Estados Unidos (otros productores de metanol) sujetos al mismo trato que Methanex. Asimismo, teniendo en cuenta las “circunstancias” de competencia entre el metanol y el etanol en el mercado de aditivos para combustibles, el tribunal concluyó que las

circunstancias del metanol y el etanol eran diferentes porque, a diferencia del etanol, el metanol no es utilizable como aditivo para gasolina.

- 203.- Las Demandantes alegan que los hechos en el presente caso difieren de los del caso *Methanex* porque no existe en México una industria del JMAF que pertenezca a nacionales Mexicanos (Memorial de las Demandantes, párrafos 84 - 85 y Réplica de las Demandantes, párrafo 72). Las pruebas que constan en el expediente no revelan que cuando se adoptó el Impuesto existieran empresas productoras idénticas de JMAF pertenecientes a nacionales Mexicanos. Tan sólo inversionistas de los Estados Unidos —incluidos ALMEX y CPI— fabricaban y distribuían JMAF en México. Por lo tanto, las empresas con las que pueden compararse son las empresas productoras nacionales de azúcar con las que, en el momento en que estaba en vigencia el Impuesto, compartían el mercado, y competían en forma directa en el suministro de edulcorantes a las empresas embotelladoras de refrescos y de alimentos procesados en México.
- 204.- En consecuencia, los sujetos adecuados de comparación en el presente caso son los productores de azúcar de caña de México, puesto que compiten de manera directa con las Demandantes en el suministro de edulcorantes a la industria productora de bebidas y jarabes y que se encuentra sujeta al Impuesto.

2) *Trato discriminatorio*

- 205.- El Artículo 1102 prohíbe el trato discriminatorio en razón de la nacionalidad del inversor extranjero. La discriminación sobre la base de la nacionalidad queda establecida una vez que se demuestra que a un inversor extranjero se le ha otorgado injustificadamente un trato menos favorable que el brindado a los inversionistas nacionales en circunstancias similares. Por lo tanto, las Demandantes y su inversión tienen derecho a recibir el trato más favorable que se otorgue a cualquier otro inversor o inversión nacional en circunstancias similares, incluidos los productores nacionales de azúcar de caña.
- 206.- En el presente caso, el Impuesto se aplicó de manera indirecta a los edulcorantes distintos del azúcar de caña, ya que somete la distribución de determinado grupo de refrescos, incluidos los que contienen fructosa, pero no azúcar de caña, al pago de un impuesto *ad valorem* del 20%. Por lo tanto, el JMAF fue sometido a un régimen fiscal más gravoso que aquel al que se encuentran sometidos los productos nacionales similares (azúcar de caña). El azúcar de caña era el único edulcorante exento del Impuesto.
- 207.- El Impuesto estableció claramente un régimen fiscal distinto para dos grupos de refrescos y jarabes. Uno de ellos se sujetaba al pago de un impuesto interno del 20%,

en tanto que el otro grupo de refrescos y jarabes estaba exento del Impuesto. El criterio establecido por la legislación mexicana para dividir los refrescos y jarabes en estos dos grupos es si están endulzados con azúcar de caña o con edulcorantes distintos del azúcar de caña, como el azúcar de remolacha. Por lo tanto, el Impuesto creó una situación en la que el JMAF estaba sujeto a impuestos más elevados que los aplicados al azúcar de caña, con lo que se establecía una discriminación entre ellos.

- 208.- El Impuesto no hacía distinción entre azúcar de caña extranjera o mexicana; sencillamente exceptuaba del Impuesto a los productos endulzados exclusivamente con azúcar de caña, con el objeto de proteger a la industria mexicana del azúcar de caña. El Impuesto tenía desde el principio por objeto brindar protección a la industria mexicana del azúcar de caña, como se discutió antes con respecto a la defensa de México basada en las contramedidas, y afecta la producción y distribución de JMAF frente a los inversionistas nacionales en circunstancias similares (productores de azúcar de caña). La producción mexicana de edulcorantes para refrescos y jarabes se concentra en el azúcar de caña, en tanto que la industria del JMAF en México está controlada por inversionistas de los Estados Unidos, incluidas ALMEX y las Demandantes.
- 209.- Para establecer si el Impuesto brinda un “trato menos favorable” a las Demandantes, Tribunales anteriores se han basado en los efectos negativos que la medida tuvo en los pertinentes inversionistas y sus inversiones, en lugar de basarse en la intención del Estado Demandado (*S.D. Myers*, Primer Laudo Parcial, párrafo 254). En el presente caso, tanto la intención como los efectos del Impuesto revelan la naturaleza discriminatoria de la medida.
- 210.- El Tribunal ha examinado la intención básica del Impuesto y la defensa del Demandado basada en las contramedidas, y ha llegado a la conclusión de que el Impuesto se sancionó con el fin de proteger a la industria azucarera en México frente a los competidores extranjeros que producen JMAF.
- 211.- El efecto del Impuesto fue que los productores y distribuidores de JMAF de Estados Unidos en México recibían un trato menos favorable que el otorgado a los productores mexicanos de azúcar. La aplicación de un impuesto del 20% a la enajenación y distribución de refrescos y otras bebidas que contienen JMAF favorece al mercado nacional de azúcar porque exime del impuesto a todas las bebidas endulzadas “exclusivamente con azúcar de caña”. Los productores de JMAF y de azúcar de caña compiten en el mercado de edulcorantes de México, pero los primeros no reciben el trato más favorable brindado a los productores de azúcar de caña.
- 212.- Las pruebas que constan en el expediente revelan que el Impuesto discriminaba entre

el azúcar y el JMAF, y estaba destinado a brindar protección a la producción de azúcar de caña, lo que se ajusta a las medidas adoptadas por México antes de la aplicación del Impuesto. En el Informe del Grupo Especial de la OMC y el Informe del Órgano de Apelación se sostuvo que:

la tributación no similar impuesta a las importaciones (JMAF), y a los productos nacionales (caña de azúcar) directamente competidores o sustituibles entre sí se aplica de manera que se protege la producción nacional, y por consiguiente las medidas fiscales son incompatibles con la segunda frase del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994 (Informe del Grupo Especial de la OMC, pág. 132, párrafo 8.96).

En el presente caso, el Tribunal también concluye que la Modificación del IEPS resultó en la aplicación de impuestos distintos a productos en competencia directa (JMAF y azúcar de caña), lo que constituye un trato discriminatorio y contrario al principio de trato nacional consagrado en el Artículo 1102. El Impuesto se aplicó de manera que confería protección a la industria nacional del azúcar de caña, encontrándose destinado a la industria del JMAF, de la que es titular principalmente los inversionistas de los Estados Unidos, incluyendo las Demandantes.

- 213.- Por las razones expuestas, el Tribunal de Arbitraje concluye que el Impuesto denegó el trato nacional a las Demandantes y a sus inversiones, en violación a lo dispuesto en el Artículo 1102 del TLCAN.

## **B) REQUISITOS DE DESEMPEÑO**

- 214.- La parte relevante del Artículo 1106.3 del TLCAN (Requisitos de Desempeño) 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: a) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional; b) adquirir, utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos en su territorio, o a comprar bienes de productores en su territorio...

### **i) Opiniones de las Partes en la diferencia**

- 215.- Las Demandantes sostienen que el Impuesto constituye un requisito inadmisibles de desempeño en violación del Artículo 1106.3 porque otorga ventajas, es decir, exención del impuesto, a los embotelladores mexicanos que utilizan azúcar de caña nacional, y castiga severamente a los embotelladores por usar cualquier cantidad de

JMAF.

216.- La esencia de la posición de las Demandantes es que el Artículo 1106.3 abarca a todos los inversionistas independientemente de su nacionalidad, incluidos los inversionistas mexicanos. Por lo tanto, México no puede condicionar el otorgamiento de una ventaja relacionada con la inversión de cualquier inversor al cumplimiento de determinados requisitos de desempeño. Las Demandantes sostienen que pueden impugnar la imposición por parte de México de requisitos de desempeño porque las ventajas otorgadas al inversor mexicano tuvieron un efecto directo en la inversión de las Demandantes en las instalaciones para la producción y distribución de JMAF, y ocasionaron una pérdida o daño sustancial a ALMEX en violación del Artículo 1106.

217.- El Demandado aduce que el Artículo 1106.3 no es aplicable al presente caso ya que la medida fiscal no fue impuesta a las Demandantes, y la presunta ventaja, es decir, la exención del impuesto, nunca estuvo a disposición de éstas, sino sólo respecto de los embotelladores, que no tienen participación comprobada alguna en ALMEX.

218.- El Demandado no niega que el Impuesto otorgara ventajas a los embotelladores de bebidas endulzadas “exclusivamente con azúcar de caña”, sino que alega que la ventaja no se otorga “en relación con una inversión” en el sentido del Artículo 1106.3. Por lo tanto, la esencia de la controversia de las Partes respecto de la aplicación del Artículo 1106.3 al presente caso se relaciona con la interpretación de esta disposición. Las Demandantes creen que el Artículo 1106.3 tiene por objeto alcanzar requisitos de desempeño vinculados con todas las inversiones en el territorio de una de las Partes, es decir, México; en tanto que el Demandado sostiene que el Artículo 1106.3 se refiere a los requisitos de desempeño impuestos directamente a los inversionistas de los demás Estados Miembro.

**ii) La decisión del Tribunal respecto del Artículo 1106 del TLCAN**

219.- El Artículo 1106.3 prohíbe a las Partes condicionar la recepción de una ventaja, en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversor de un Estado Parte o no Parte, al cumplimiento de cualquiera de los requisitos de desempeño enumerados en el artículo: “(a) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional; (b) comprar, utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos en su territorio...”.

220.- Cabe reiterar que el punto de partida para interpretar el Artículo 1106.3 es el Artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En consecuencia, esta disposición debe interpretarse de buena fe, conforme a su sentido corriente, en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin.

- 221.- En opinión del Tribunal, el Artículo 1106.3 debe interpretarse en relación con el Artículo 1101.1 del TLCAN:

Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a: a) los inversionistas de otra Parte; b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte; y c) en lo relativo a los Artículos 1106 y 1114, todas las inversiones en el territorio de la Parte. Las obligaciones contempladas en el Artículo 1106.3 en consecuencia no se limitan a las inversiones de los demás Estados Miembro, sino a todas las inversiones en el territorio de una Parte.

En consecuencia, el Artículo 1106.3 prohíbe a los Estados Miembros imponer requisitos de desempeño a cualquier inversor de la región abarcada por el TLCAN, incluidos los propios inversionistas del Demandado.

- 222.- El Demandado otorgó ventajas a la industria del azúcar de caña de México al gravar con un impuesto del 20% a los refrescos y jarabes que utilizasen un edulcorante distinto del azúcar de caña, como el JMAF, y eximir del pago del Impuesto a los refrescos y jarabes endulzados exclusivamente con azúcar de caña. Por lo tanto, el poder legislativo de México otorgó una ventaja —la exención del impuesto— condicionada al uso del azúcar de caña en lugar de cualquier otro edulcorante, colocando a las Demandantes en desventaja comparativa frente a los productores de azúcar de México.
- 223.- El requisito de desempeño en el presente caso consiste en la exigencia de utilizar azúcar de caña en lugar del JMAF de las Demandantes para poder beneficiarse con la exención del impuesto, requisito que reúne las dos condiciones mencionadas en los subpárrafos a) y b) del Artículo 1106.3: "...alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional; ...o adquirir, utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos en su territorio...". Por lo tanto, el párrafo 3 del Artículo 1106.3 sobre requisitos de desempeño prohíbe los requisitos específicos de desempeño vinculados con la recepción de una "ventaja", incluido un beneficio fiscal.
- 224.- A pesar del hecho de que el Impuesto otorgaba ventajas a la industria azucarera en general, sin distinguir entre inversionistas nacionales y extranjeros en esa industria, la realidad demuestra que la industria azucarera de México es fundamentalmente nacional.
- 225.- Muchos de los ingenios azucareros de México son de propiedad y control del Gobierno. Los campos de caña de azúcar y los ingenios azucareros están distribuidos en todo el país. Si bien hubo una iniciativa para privatizar todos los ingenios azucareros a principios de los años noventa, y la mayoría se vendió a inversionistas

privados, la crisis del azúcar que se produjo una década después llevó al Gobierno de México a recurrir al apoyo financiero de la industria del azúcar de caña para salvarla de las dificultades en las que se encontraba, resultando a la postre en el decreto del Poder Ejecutivo de fecha 3 de septiembre de 2001, por el que se expropiaron grandes partes de la industria del azúcar de caña de México.

- 226.- Asimismo el consumo de azúcar de caña extranjera durante el período de vigencia del Impuesto fue prácticamente inexistente. Las pruebas que constan en el expediente revelan el reducido volumen de consumo interno de azúcar importado de terceros países durante el período de 2002-06, como lo demuestran las cifras proporcionadas por el Departamento de Agricultura de los Estados Unidos (USDA) acerca de la producción nacional y las importaciones de azúcar. Por ejemplo, el USDA estimó que la producción de azúcar de México en el periodo 2003-04 fue de 5.517 millones de toneladas métricas, en valor bruto, en tanto que las importaciones en 2003 ascendieron aproximadamente a 512.312 toneladas métricas, lo que representa el 0,01% del total de la producción nacional.
- 227.- En consecuencia, el Tribunal opina que tanto la estructura de la industria azucarera de México como la intención básica del Impuesto otorgaban ventajas a la industria azucarera de México. Estas ventajas —consistentes en la exención del Impuesto— se brindaron en relación con la inversión de las Demandantes en México puesto que tuvieron un efecto perjudicial en la rentabilidad de la inversión de las Demandantes. Como estas ventajas están condicionadas al uso exclusivo de azúcar de caña —que el Tribunal considera que es esencialmente nacional— y discriminan contra la industria del JMAF en la que las Demandantes han realizado su inversión, el Impuesto infringe lo dispuesto en el Artículo 1106.3 del TLCAN.

### C) EXPROPIACIÓN

228.- El Artículo 1110 del TLCAN (Expropiación y compensación) establece:

1. 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.

**i) Posición de las Partes**

- 229.- La esencia de la reclamación de las Demandantes consiste en que la aplicación del Impuesto equivale a una expropiación indirecta de su inversión, definida en la Solicitud de arbitraje como la “Empresa de las Demandantes” o “ALMEX” (Solicitud de arbitraje de las Demandantes, pág. 2, párrafo 6).
- 230.- Las Demandantes alegan que el Impuesto les privó del valor justo de mercado y del uso económico de su inversión en la producción de JMAF en México, lo que disminuyó los beneficios económicos que podían razonablemente esperar de su inversión sin haber recibido compensación alguna de México (Memorial de las Demandantes sobre el fondo del asunto, párrafo 127). Por lo tanto, las Demandantes sostienen que la medida adoptada por México fue una medida expropiatoria de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1110 del TLCAN y el derecho internacional.
- 231.- En el Informe de Brattle Group, presentado por las Demandantes, se estima que, como resultado del Impuesto, ALMEX sufrió daños en forma de lucro cesante, incluida la pérdida de venta de JMAF que ALMEX habría importado, comercializado y distribuido o utilizado para la fabricación de otros productos (Memorial de las Demandantes sobre el fondo del asunto, párrafos 186-196, y Réplica de las Demandantes, párrafo 129).
- 232.- Las Demandantes sostienen que el considerable daño económico sufrido es suficiente para establecer que se ha producido una expropiación. Además, las Demandantes afirman que el Impuesto interfirió con sus expectativas legítimas y razonables respecto de los beneficios económicos que obtendrían del uso y goce de su inversión, lo que confirma la naturaleza expropiatoria de la medida. Las Demandantes afirman que ellas no preveían recibir un trato discriminatorio ni verse privadas de su inversión, teniendo en cuenta las obligaciones de México en virtud del Capítulo XI y del acuerdo de la Industria de Derivados Químicos y Alimenticios del Maíz (Idaquim) celebrado entre el Gobierno de México y la Asociación de Transformadores de Maíz Vía Húmeda (HUMAIZ), que permitía la libre importación de maíz amarillo proveniente de los Estados Unidos. Asimismo, las Demandantes sostienen que el carácter discriminatorio del Impuesto demuestra además que éste representa una incautación. Funcionarios mexicanos de alto nivel reconocieron la intención discriminatoria del Impuesto, lo que fue posteriormente confirmado en un pronunciamiento de la Suprema Corte Mexicana y un Informe del Grupo Especial de la OMC.
- 233.- En opinión de las Demandantes, una medida del Estado receptor no tiene que ser permanente para resultar expropiatoria. Desde su adopción el 31 de diciembre de 2001, el Impuesto privó sustancialmente a las Demandantes del valor de su inversión

en ALMEX, e interfirió con el goce efectivo y los beneficios económicos de la inversión.

234.- El Demandado contesta que la reclamación por expropiación carece de fundamento porque el presunto perjuicio no fue ni sustancial ni permanente. En todo momento las Demandantes mantuvieron la propiedad y el control de la inversión, y el grado y la duración de los efectos económicos del Impuesto fueron insuficientes como para constituir una expropiación (Dúplica, párrafo 74-75).

235.- El grado de interferencia ocasionado por el Impuesto a la inversión de las Demandantes no constituye una expropiación indirecta porque: i) los inversionistas mantuvieron la plena propiedad y control de su inversión en ALMEX; ii) los inversionistas continuaron en plena posesión y control de su producción, ventas y distribución de JMAF; iii) 

236.- Asimismo, el Demandado considera que el requisito de privación sustancial establecido por el Artículo 1110 no puede considerarse en abstracto y aplicarse a las ventas de JMAF de las Demandantes —calculadas en forma de lucro cesante— puesto que éstas no constituyen una inversión según el Capítulo XI ni las inversiones identificadas por las Demandantes a los fines de su reclamación en virtud del Artículo 1110 (Dúplica del Demandado, párrafo 78).

**ii) La decisión del Tribunal respecto del Artículo 1110 del TLCAN**

237.- El Artículo 1110 prohíbe al Estado receptor nacionalizar o expropiar la inversión de un inversor de otro Estado Miembro, o adoptar medidas equivalentes a la expropiación, salvo de conformidad con las condiciones enumeradas en el Artículo 1110.1 (a) a (d). Los principales términos mencionados en el Artículo 1110 —“nacionalización”, “expropiación” y “medida equivalente a la expropiación”— no están definidos en el TLCAN. La interpretación de estos términos exige el análisis de las normas aplicables del derecho internacional, de acuerdo con las disposiciones del Artículo 1131 del TLCAN.

238.- El concepto de expropiación puede entenderse en sentido estricto —cuando hay una

enajenación directa del título de propiedad—, aunque también se aplica de la misma manera a la expropiación indirecta, es decir, a las medidas del Estado que no tienen por objeto directo la expropiación de una inversión, pero sí efectos equivalentes. La expropiación puede tener lugar a través de medidas del Estado distintas de la expropiación directa de bienes tangibles, como los impuestos. Cuando ocurre dicha interferencia, el título jurídico de propiedad continúa estando a nombre del propietario pero, como resultado de la medida del Estado receptor, los derechos del inversor a hacer uso del bien de que se trata devienen ineficaces, o carecen del valor económico que antes tenían.

- 239.- Las Demandantes se basan en los efectos del Impuesto, que supuestamente las privaron del valor económico de la inversión e interfirieron con sus expectativas razonables. La naturaleza discriminatoria del Impuesto es para las Demandantes otra indicación de que el Impuesto es una medida expropiatoria (Memorial de las Demandantes sobre el fondo del asunto, págs. 65-70).
- 240.- El criterio seguido por otros tribunales y la doctrina —y en la que se basan las Demandantes— es el “test de los efectos” de la medida. La jurisprudencia revela que la gravedad del impacto económico es un criterio decisivo para determinar si se ha producido una expropiación indirecta o medida equivalente a una expropiación. Se da una expropiación cuando la interferencia es sustancial y priva al inversor de todos o casi todos los beneficios de la inversión. Existe amplio consenso doctrinal de que la intensidad y duración de la privación económica es un factor crucial para identificar una expropiación indirecta o una medida equivalente.
- 241.- La extensa jurisprudencia internacional en la materia revela que una expropiación indirecta puede tener lugar como resultado de una medida gubernamental que resulte en la pérdida efectiva de la administración, uso o control, o en una pérdida importante o depreciación del valor de los activos de la inversión. En las decisiones en los casos *Norwegian Shipowners' Claims* (1922) y *Polish Upper Silesia* (1929), el criterio para determinar si existió o no una expropiación se basó en el impacto que las medidas gubernamentales tuvieron en los bienes en cuestión [*Norwegian Shipowners' Claims* (Noruega c. Estados Unidos), 1 Rep. Int'l Arb. Awards 307; *Certain German Interests in the Polish Upper Silesia Case* (1926) PCIJ Ser. A No. 7]. El factor decisivo fue si la medida gubernamental interfirió con los derechos de propiedad en tal grado que estos derechos devinieron “...tan ineficaces que debe considerarse que han sido expropiados” [Christie G.C., “What Constitutes a Taking of Property under International Law”, *British Y.B. Int'l L.* 307 (1962), pág. 311].
- 242.- A pesar de la falta de uniformidad en la jurisprudencia y disparidad de los distintos casos puede extraerse un principio común, a saber: tan sólo la pérdida de control de la inversión o la pérdida sustancial de su valor económico puede equivaler a una expropiación indirecta.

- 243.- En el Laudo reciente del CIADI en el caso *LG&E c. Argentina*, el Tribunal de Arbitraje sostuvo que "...[e]n general, la expropiación debe ser permanente, es decir, no puede tener carácter temporal, salvo cuando el desarrollo exitoso de la inversión depende de que se realicen ciertas actividades en momentos específicos que no pueden sufrir variaciones" [Caso del CIADI No. ARB/02/1, Laudo sobre el fondo del asunto (3 de octubre de 2006), pág. 58, párrafo 193].
- 244.- En cuanto a la intensidad de la medida, una primera indicación de si hubo o no expropiación es si el inversor perdió el control de la inversión al perder los derechos de propiedad o administración, aunque el título jurídico no se viera afectado.
- 245.- En el caso *Pope & Talbot* (*supra*, pág. 72) el Tribunal aplicó el test de los efectos de la medida y analizó si la conducta del Estado receptor había privado sustancialmente al inversor del control de su inversión. La Demandante alegó que las medidas del Estado receptor interfirieron con su capacidad para exportar madera de construcción a los Estados Unidos, resultando en un lucro cesante para el inversor. La Demandante alegó que el lucro cesante constituyó una expropiación y que toda disminución de la cuota de exportaciones de su empresa constituía otra expropiación. Al analizar estos argumentos, el Tribunal consideró que la presunta interferencia no se elevó al nivel de una expropiación. Al examinar varios indicios fácticos — incluido el hecho de si, no obstante la medida, el inversor aún era capaz de usar, gozar o disponer de los bienes— el Tribunal concluyó que no había habido una interferencia sustancial:

[E]l Inversor continúa en control de la Inversión, dirige las operaciones cotidianas de la Inversión y no se ha detenido en virtud del Régimen a ningún funcionario o empleado de la inversión. Canadá no supervisa la labor de los funcionarios o empleados de la Inversión, no hace ninguna incautación de fondos procedentes de las ventas de la empresa (aparte de los impuestos), no interfiere con las actividades de la administración o de los accionistas, no impide a la Inversión pagar dividendos a sus accionistas, ni interfiere en el nombramiento de directores o funcionarios de administración y no adopta ninguna otra medida que impida al Inversor ejercer la propiedad y control plenos de la Inversión (*Pope & Talbot v. The Government of Canada*, Laudo Provisional, 26 de junio de 2000, párrafo 100).

En el caso *Feldman* (*supra*, pág. 61) el Tribunal llegó a la conclusión de que no hubo expropiación, teniendo en cuenta los factores pertinentes del caso, incluido el hecho de que la inversión estuvo en todo momento bajo el total control del inversor.

En el presente caso, no hubo expropiación de activos físicos. Tampoco hubo ninguna expropiación indirecta de la inversión de las Demandantes, es decir, de la Empresa o ALMEX. El Impuesto no privó a las Demandantes de los derechos fundamentales de propiedad o administración de su inversión. Las Demandantes han mantenido el

título y posesión plenos de su inversión, y tuvieron en todo momento el control de la producción, ventas y distribución de los productos de ALMEX.

- 246.- Otro criterio relativo a la intensidad es si la medida del Estado receptor afecta a la mayor parte del valor económico de la inversión o hace que devenga ineficaz el uso óptimo de ella desde el punto de vista económico.

En el caso *Pope & Talbot (supra, pág. 72)* la “única expropiación” que el inversor identificó fue la interferencia del Estado receptor con la capacidad de la inversión para desarrollar sus operaciones de exportación de madera de construcción a los Estados Unidos, lo que resultó en un lucro cesante para el inversor. Aplicando “el sentido corriente” del término expropiación según el derecho internacional, el Tribunal consideró que la prueba consiste en determinar si la interferencia es suficientemente restrictiva como para respaldar la conclusión de que el bien había sido “expropiado de su propietario”. El Tribunal concluyó que el grado de interferencia con las operaciones de la inversión no resultó en una expropiación.

En el presente caso, el objeto de la presunta expropiación son los beneficios que ALMEX habría generado entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006 adoptado el Impuesto, incluidas las ventas no realizadas en México de JMAF. Conforme a los criterios mencionados, el Impuesto no fue lo suficientemente restrictivo como para respaldar claramente la conclusión de que la medida tuvo efectos similares a los de una expropiación. ALMEX continuó explotando sus instalaciones después de la aplicación del Impuesto, [REDACTED]

- 247.- En el contexto del TLCAN, el único caso en que el Tribunal de Arbitraje concluyó que se había producido una expropiación fue en el caso *Metalclad*. El Tribunal concluyó que México, a través de las medidas de uno de sus municipios, expropió la inversión de un inversor de los Estados Unidos que había obtenido todos los permisos necesarios de las autoridades federales de México para construir y explotar una instalación de desechos peligrosos. El Tribunal razonó que la medida del gobierno, en violación de las expectativas del inversor, fue expropiatoria porque resultó en “...la imposibilidad del funcionamiento de [la inversión] e impidió obtener algún rendimiento de importancia de la inversión de Metalclad. Dicho de otro modo, Metalclad ha perdido totalmente su inversión...” (*Metalclad, supra, pág. 65, Laudo Final, párrafo 113*). Como el resultado de la medida del gobierno impidió para siempre la inversión de Metalclad, para el Tribunal no había lugar a dudas de que México había expropiado los activos de Metalclad.

En el presente caso, la conducta de México, al sancionar el Impuesto, no equivale a una expropiación de la Empresa, según el enfoque adoptado en el caso *Metalclad*. El

Impuesto no impidió el pleno desarrollo de las actividades de ALMEX en México. Después de entrar en vigor el Impuesto, ALMEX continuó produciendo y distribuyendo sus productos derivados de la molinería de maíz en húmedo. En la actualidad, ALMEX continúa desarrollando operaciones y ha reanudado su producción y distribución de JMAF en México. El acuerdo de fecha 27 de julio de 2006 —por el que se eliminó el Impuesto— y la creación, en el marco del TLCAN, de una zona de libre comercio de edulcorantes a partir del 1 de enero de 2008, aumentará la libre circulación del JMAF dentro de los Estados Miembros del TLCAN.

- 248.- Por consiguiente, los criterios para determinar la existencia de una expropiación según el Artículo 1110 no pueden considerarse en abstracto ni basarse exclusivamente en el lucro cesante de las Demandantes, que no constituye necesariamente un criterio suficiente para establecer la existencia de una expropiación.
- 249.- A fin de plantear una reclamación por expropiación, las Demandantes deben haber establecido que los efectos de la medida fueron de la intensidad y duración anteriormente indicadas. Como no se ha establecido la intensidad necesaria de los efectos resultantes del Impuesto —y la presunta medida expropiatoria ya no está en vigencia— no es necesario que el Tribunal analice si México interfirió con la inversión durante un período significativo de tiempo.
- 250.- Pueden tenerse en cuenta otros factores, junto con los efectos de la medida del gobierno, incluyendo si la medida era adecuada o necesaria para un fin legítimo; si era discriminatoria en la ley o en la práctica; si no se adoptó de acuerdo con el principio de legalidad; o si interfería en las expectativas legítimas del inversor cuando se realizó la inversión.
- 251.- En opinión del Tribunal, este no es un caso de expropiación. Las Demandantes sostienen que la naturaleza expropiatoria del Impuesto se ve confirmada por el hecho de que el Impuesto era discriminatorio y también interfería con las expectativas legítimas y razonables respecto de los beneficios económicos a obtenerse del uso y goce de la inversión. Sin embargo, no existe expropiación a menos que el grado de interferencia de la medida sea sustancial, lo que no se da en este caso, en el cual las Demandantes retuvieron en todo momento el control de su inversión, y continuaron produciendo y distribuyendo JMAF en México. En consecuencia, el lucro cesante y la presunta naturaleza discriminatoria del Impuesto por sí solas, no constituyen un criterio suficiente para determinar que se ha producido una expropiación.
- 252.- Por las razones expuestas, de los hechos probados no resulta que en el presente caso se haya producido una expropiación por parte de México de la inversión de las

Demandantes en ALMEX, ni una medida equivalente a una expropiación, en el sentido del Artículo 1110 del TLCAN.

## IX. DAÑOS Y PERJUICIOS

### a) Opiniones de las Partes en la diferencia

253.- Las Demandantes sostienen que el Impuesto:

...privó a ALMEX de un volumen sustancial de ventas de jarabe de maíz rico en fructosa (de su propia producción y de importaciones) a empresas embotelladoras clientes y, a su vez, menoscabó la capacidad de las Demandantes para distribuir jarabe de maíz rico en fructosa a través de su inversión en ALMEX. Los daños sufridos por las Demandantes pueden cuantificarse fácilmente por las utilidades que ALMEX y las Demandantes perdieron y continuarán perdiendo como consecuencia directa de la interferencia del Impuesto al jarabe de maíz rico en fructosa en la actividad económica de la inversión de las Demandantes (Memorial de las Demandantes sobre el fondo del asunto, pág. 83, párrafo 186).

254.- Las Demandantes sostienen que México, por haber incumplido sus obligaciones en virtud del Capítulo XI, debe indemnizarlas por todos los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la aplicación del Impuesto a su inversión, de conformidad con el Artículo 1135 del TLCAN, que dispone lo siguiente:

1. Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable a una Parte, el tribunal sólo podrá otorgar, por separado o en combinación:  
(a) daños pecuniarios y los intereses correspondientes;...

Un tribunal podrá también otorgar el pago de costas de acuerdo con las reglas de arbitraje aplicables.

2. De conformidad con el párrafo 1, cuando la reclamación se haga con base en el Artículo 1117 1.: ... (b) el laudo que concede daños pecuniarios e intereses correspondientes, dispondrá que la suma de dinero se pague a la empresa;...

255.- Las Demandantes alegan que deberían ser indemnizadas no sólo por los presuntos daños sufridos por ALMEX en su calidad de *inversionistas* sino también por los daños sufridos en su calidad de *exportadores de fructosa* con destino a México; asimismo, manifiestan que ADM y TLIA realizaron una inversión en las instalaciones de distribución ubicadas en San José Iturbide, Guanajuato (México) para facilitar las ventas de JMAF proveniente de los Estados Unidos y que, en

consecuencia, la aplicación del Impuesto menoscabó el valor de dichas inversiones (Réplica de las Demandantes, párrafo 323, pág. 136). Las Demandantes también sostuvieron que la inversión no debería considerarse sencillamente como activos físicos que forman parte del sistema de distribución, sino como activos que entrañan pruebas, control de calidad y movimiento.

- 256.- El Demandado manifiesta que "...el Tribunal no tiene competencia para aceptar reclamaciones de ADM o TLIA por los beneficios que, según ellas, perdieron directamente como consecuencia de su incapacidad de exportar bienes a través de las fronteras..." (Dúplica, párrafo 219, pág. 65). Por lo tanto, si el Tribunal considera que el Impuesto viola alguna disposición del Capítulo XI, el régimen de daños sólo debería aplicarse a algunos tipos de inversión y no a pérdidas que tal vez podrían sufrirse en la comercialización de bienes y servicios a través de las fronteras. Según la posición del Demandado, la indemnización no debería comprender el lucro cesante en relación con la disminución de ventas en los Estados Unidos. México hace referencia a un escrito de los Estados Unidos en el caso *S.D. Myers* (Memorial de contestación del Demandado sobre el fondo del asunto, párrafo 302, página 95):

Quando un inversor presenta una reclamación al amparo del Artículo 1116 por pérdidas directas sufridas, sólo podrán recuperarse las que el inversor sufrió en calidad de tal.

En su escrito presentado en ese caso, los Estados Unidos de América concluyeron lo siguiente:

... si, por ejemplo, una parte en el TLCAN adopta una medida destinada a prohibir la exportación de ciertos bienes (o servicios), es probable que todas las entidades que importan dichos bienes (o servicios) de la parte en el TLCAN sufran pérdidas como consecuencia de esa medida, ya sea que dichas entidades hayan también realizado o no una inversión (por ejemplo, en una sucursal de comercialización) en el territorio de la parte que impuso las restricciones a la exportación. Por lo tanto, se reconoció que normalmente las pérdidas ocasionadas por la reducción de las importaciones al territorio de la parte serían sufridas por la entidad en su calidad de importadora de bienes (o servicios) y no en su calidad de inversora.

- 257.- Las Demandantes sostienen que los daños ocasionados por la aplicación del Impuesto son los mismos, independientemente de que se concluya que ésta equivale a una expropiación sin el pago de indemnización, un incumplimiento de las obligaciones de trato nacional de México o un requisito no permitido de desempeño, o todo lo anterior, puesto que no existe una base para efectuar un cálculo diferente de los daños y perjuicios según se trate del incumplimiento de uno o más de los derechos mencionados, habida cuenta de que el efecto del Impuesto es idéntico (Memorial de las Demandantes sobre el fondo del asunto, párrafo 192, pág. 86). Las Demandantes alegan que el criterio aplicable en caso de indemnización al que hace

referencia el Artículo 1110, a saber, el “valor justo de mercado” constituye “...un parámetro válido para cuantificar la indemnización por violaciones de otras protecciones otorgadas al inversor que resulten en una privación del valor...” de la inversión (el texto precedente corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés). (Memorial de las Demandantes sobre el fondo del asunto, párrafo 193, pág. 86). Según la posición de las Demandantes, la indemnización debería calcularse

...tomando como referencia el lucro cesante derivado de las ventas de jarabe de maíz rico en fructosa que ALMEX y las Demandantes hubieran percibido “de no haber sido por” la aplicación del impuesto al jarabe de maíz rico en fructosa. La disminución del valor justo de mercado de la inversión de las Demandantes puede y debería calcularse sobre la base del criterio aplicable al lucro cesante, puesto que el valor justo de mercado de una inversión se mide en función de su capacidad de generar ganancias (Memorial de las Demandantes sobre el fondo del asunto, párrafo 194, pág. 87).

258.- En el Informe de Brattle Group, presentado por las Demandantes, se calcula que, entre enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2005, el lucro cesante sufrido por ALMEX ascendió a [REDACTED] más otros [REDACTED] de seguir vigente el Impuesto en el futuro. Además, se estima que las Demandantes experimentaron pérdidas —al no poder vender los volúmenes de JMAF que ALMEX habría importado, comercializado y distribuido o usado en la fabricación de otros productos— por valor de [REDACTED] más daños adicionales causados de seguir vigente el Impuesto. Estas cifras “...se basan en el valor de los beneficios que sus bienes, así como la empresa en marcha (ALMEX) que hace uso de ellos, habrían generado de no haberse aplicado el Impuesto” (Memorial de las Demandantes sobre el fondo del asunto, párrafos 186-196 y Réplica de las Demandantes, párrafo 129).

259.- El cálculo de los daños y perjuicios ocasionados a ALMEX —la mitad de cuyo monto es reclamado por las Demandantes en calidad de propietarias de ALMEX— tiene dos componentes principales (Memorial de las Demandantes sobre el fondo del asunto, párrafo 207, pág. 92):

Primero, se incluye la pérdida real de beneficios sufrida por ALMEX como consecuencia del Impuesto al jarabe de maíz rico en fructosa desde el 1 de enero de 2002, fecha de entrada en vigor del Impuesto, hasta el 31 de diciembre de 2005 (los denominados ‘daños pasados’), que asciende a un total de [REDACTED] en dólares corrientes (fines de 2005). (El Impuesto siguió en vigencia hasta el 31 de diciembre de 2006). Segundo, se incluye una estimación de la pérdida futura de beneficios de ALMEX ocasionada por la aplicación ininterrumpida del Impuesto al jarabe de maíz rico en fructosa, ajustada según su valor actualizado al 1 de enero de 2006 (‘daños futuros’), que

representan un total de [REDACTED] (Memorial de las Demandantes sobre el fondo del asunto, párrafo 207, pág. 92).

260.- El 6 de marzo de 2007, luego de que México derogó el Impuesto el 1 de enero de 2007 (decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 2006), las Demandantes redujeron su reclamación de daños y perjuicios a los sufridos sólo durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2002, fecha en que se sancionó el Impuesto, hasta el 31 de diciembre de 2006, fecha en que el Impuesto dejó de tener vigencia. El dictamen pericial presentado por el Sr. Alexis Maniatis, de Brattle Group, fue modificado y revisado en consecuencia, y se llegó a un monto total de la reclamación de [REDACTED] más intereses.

261.- El Demandado sostiene la posición de que hay un régimen diferente en el marco de la Sección A del Capítulo XI en lo que se refiere a la indemnización en caso de expropiación y compensación aplicable a cualquier otro incumplimiento de una obligación sustancial en virtud de la Sección A. En el presente caso no hay expropiación. En cuanto a los presuntos incumplimientos de los Artículos 1102 y 1106:

México no disputa que el valor del negocio en marcha puede ser un criterio de valuación apropiado siempre que no se requiera al Tribunal especular para determinar las ganancias futuras (Dúplica del Demandado, párrafo 244, pág. 70).

262.- Pese a que el Demandado estuvo de acuerdo en que el lucro cesante constituye un criterio acertado para el cálculo de los daños y perjuicios, rechazó el informe sobre daños y perjuicios elaborado por el Sr. Alexis Maniatis, de Brattle Group, en razón

[REDACTED]

263.-

[REDACTED]

[REDACTED]

264.- El Demandado presentó pruebas de múltiples adquisiciones de refineras de azúcar por parte de grupos de embotellado de refrescos en México para garantizar las fuentes de suministro y la estabilidad de los precios del azúcar refinado utilizado en el procesamiento del producto. Según el Demandado, esto confirmaría la existencia de un incentivo implícito que tenían estos grupos para utilizar azúcar y combinar el uso de azúcar y fructosa como edulcorantes para administrar la oferta.

265.- [REDACTED]

266.- [REDACTED]

267.- [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

268.-

[REDACTED]

**b) Decisión del Tribunal sobre los daños y perjuicios**

269.- El Tribunal ha determinado que el Impuesto constituye un incumplimiento por parte de México de sus obligaciones en virtud de los Artículos 1102 y 1106 del Capítulo

XI del TLCAN. Puesto que dicha conducta ocasionó un daño a ADM y a TLIA al perjudicar su inversión en ALMEX, México debe pagar indemnización a las primeras.

a) *La competencia del Tribunal para otorgar una indemnización por daños y perjuicios*

270.- El Tribunal de Arbitraje tiene competencia para otorgar una indemnización por daños y perjuicios, incluido el lucro cesante sufrido por ALMEX, pero no acepta las reclamaciones de ADM y TLIA por las ganancias que éstas afirman haber perdido en relación con la venta de JMAF producido fuera del territorio del Estado del Demandado.

271.- En *Bayview Irrigation District y otros c. los Estados Unidos Mexicanos* [caso CIADI No. ARB (AF)/05/01], los Estados Unidos de América presentaron escritos de conformidad con el Artículo 1128 del TLCAN, ratificando el ámbito de aplicación del Capítulo XI, tema al que también se refiere el Artículo 1101:

“...todas las protecciones otorgadas en virtud del capítulo del TLCAN relativo a inversiones comprenden solamente las inversiones realizadas por un inversor de una parte en el TLCAN en el territorio de otra Parte en el TLCAN, o a inversores de una Parte en el TLCAN que pretendan realizar, estén realizando o hayan realizado una inversión en el territorio de otra parte en el TLCAN. [Párrafo 3 del escrito].

Los Estados Unidos de América agregaron:

Aun cuando, al referirse al campo de aplicación del Capítulo XI en cuanto a las medidas relativas a los inversores de otra parte, el Artículo 1101 1.a no limita expresamente dicho campo de aplicación a las medidas relativas a los inversores respecto de las inversiones en el territorio del Estado, dicha limitación es un hecho innegable. En efecto, cualquier conclusión en otro sentido sería absurda (Párrafo 8).

272.- Canadá comparte la posición al declarar en el caso *S.D. Myers* que, a su entender, el Capítulo XI se aplica solamente a los inversionistas que ya tienen inversiones, o procuran llevarlas a cabo, en el territorio de la parte contendiente (*S.D. Myers*, Memorial de contestación, párrafo 218, pág. 52). El Capítulo XI, sumado a la interpretación de las tres partes en el TLCAN, conduce a la conclusión de que la protección no se aplica a las inversiones realizadas en el territorio del inversor ni a las realizadas fuera del territorio del Estado que violó los derechos otorgados a los inversionistas en el marco del TLCAN.

273.- El Capítulo XI del TLCAN se aplica a las medidas que adopte o mantenga una parte relativas, entre otras cosas, a “las inversiones de inversionistas de otra Parte

realizadas en territorio de la Parte” y, conforme al Artículo 1101.1 (b) sólo deberían quedar comprendidas las medidas relacionadas con inversiones que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del Capítulo XI. Ello significa que la protección se aplica sólo a las medidas relativas a inversiones de inversionistas de una parte que se encuentran en el territorio de una parte que ha adoptado o mantenido dichas medidas. En un caso como el presente, quedarían excluidas las inversiones de ADM y TLIA realizadas fuera de México, aunque dichas inversiones estén destinadas a promover las ventas de fructosa en México.

274.- El Tribunal sólo tiene competencia para otorgar una indemnización por el perjuicio causado a las inversiones realizadas por las Demandantes en México (a través de ALMEX). Por lo tanto, las Demandantes no están facultadas para reclamar una indemnización por el lucro cesante, derivado de una pérdida de ventas del JMAF que hubiesen producido en los Estados Unidos y posteriormente exportado a México “de no haber sido por” la adopción del Impuesto, ya que no sufrieron dichas pérdidas en su calidad de inversionistas en México.

b) *Los principios que deben regir el otorgamiento de la indemnización*

275.- El Artículo 1131.1 del TLCAN dispone que los tribunales establecidos conforme al Capítulo XI “...decidirá[n] las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado [el TLCAN] y con las reglas aplicables del derecho internacional”. Se considerará que la violación de una obligación internacional del Estado constituye un “hecho internacionalmente ilícito” (Artículo 2 del Proyecto de Artículos de la CDI) y que los Estados están obligados a “reparar íntegramente” el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito (Artículo 31 del Proyecto de Artículos de la CDI). La violación por un Estado parte en un tratado de inversiones constituye “un hecho internacionalmente ilícito” que genera la obligación de “reparar íntegramente” el perjuicio causado. Estas reglas también se aplican en el marco del derecho internacional consuetudinario.

276.- En este sentido, los tres Estados partes en el TLCAN ratificaron, al amparo del Artículo 1135 de dicho tratado, el principio de indemnización para el caso de violación de los derechos otorgados a un nacional de otra parte:

1. Cuando un tribunal dicte un laudo desfavorable a una Parte, el Tribunal sólo podrá otorgar, por separado o en combinación:

- a) daños pecuniarios y los intereses correspondientes; o
- b) la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que la Parte contendiente pueda pagar daños pecuniarios, más los intereses que proceda, en lugar de la restitución.

Un tribunal podrá también otorgar el pago de costas de acuerdo con las reglas de arbitraje aplicables.

277.- Conforme al Artículo 1117.1, *in fine*, —y el Artículo 1116.1, *in fine*,—, un inversor de una parte en el TLCAN puede someter a arbitraje contra otra parte, en su propio nombre o el de una empresa —las Demandantes y ALMEX en el presente caso— una reclamación en el sentido de que la otra parte ha incumplido sus obligaciones relacionadas con el trato nacional y los requisitos no permitidos de desempeño, y “...que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella”. El TLCAN no brinda más orientación acerca de los principios adecuados para cuantificar los daños y la indemnización. Tal como observó el tribunal en el caso *Feldman*, “la única cuantificación detallada de daños y perjuicios a la que se refiere específicamente en el Capítulo XI se encuentra en el Artículo 1110.2 y 1110.3, “valor justo de mercado”, que necesariamente se aplica sólo a situaciones comprendidas en el Artículo 1110” (*Feldman, supra*, pág. 55, Laudo definitivo, párrafo 194, pág. 81).

278.- En el presente caso, los principios que deberían regir el otorgamiento de indemnización emanan de las normas de derecho internacional vigentes. El tribunal que entendió en *S.D. Myers* concluyó lo siguiente:

...el Tribunal considera que, al no especificar ninguna metodología particular para evaluar la indemnización en los casos sin expropiación, los autores del TLCAN se propusieron otorgar a los tribunales la facultad de establecer la medida indemnizatoria adecuada a las circunstancias del caso en particular, teniendo en cuenta tanto los principios del derecho internacional como las disposiciones del TLCAN (*SD Myers, supra*, pág. 64, Primer laudo parcial, párrafo 309).

279.- Por consiguiente, los tribunales arbitrales constituidos conforme al Capítulo XI gozan de un gran poder discrecional a la hora de establecer una metodología en el cálculo de la indemnización, puesto que el TLCAN no establece criterios específicos para el cálculo de la indemnización en casos distintos a la expropiación. En el caso *Feldman*, el Tribunal también concluyó, al analizar los casos *S.D. Myers* y *Pope & Talbot*, lo siguiente:

Es evidente que, en los dos casos anteriores, que como en el de autos implicaban una violación del Capítulo 11 sin que mediara expropiación, los tribunales ejercieron considerable poder discrecional a la hora de determinar lo que, a su entender, constituirían criterios razonables para abordar la cuestión de los daños y perjuicios con arreglo a los requisitos del TLCAN (*Feldman*, nota 55, *supra*, Laudo, párrafo 197). (El texto precedente corresponde a la versión en español del traductor del texto original en inglés).

280.- El Capítulo II del Proyecto de Artículos la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado, hace referencia a las distintas formas de reparación de los daños y perjuicios; y en el Artículo 31 del Proyecto se establece el principio general:

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.
2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado.

En el Artículo 34 del Proyecto de Artículos la CDI también se prevén las diferentes formas de reparación —restitución, indemnización y satisfacción—, que, por separado o combinadas, satisfacen la “...obligación [de] reparar íntegramente el perjuicio causado...”, tal como se dispone en el Artículo 31 del Proyecto de Artículos la CDI.

281.- El Artículo 36 del Proyecto de Artículos la CDI hace referencia a la indemnización por daños causados por un hecho internacionalmente ilícito:

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a indemnizar el daño causado por ese hecho en la medida en que dicho daño no sea reparado por la restitución.
2. La indemnización cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado.

Por consiguiente, la indemnización abarca tanto el daño emergente (*damnum emergens*) como el lucro cesante (*lucrum cessans*). Todo daño directo deberá indemnizarse. Además, en el segundo párrafo del Artículo 36 se reconoce que en algunos casos corresponde otorgar indemnización por el lucro cesante.

282.- Conforme a los principios de derecho internacional, procede la indemnización por daños si entre el acto ilícito y el daño causado existe un vínculo directo lo suficientemente claro para generar la obligación de indemnizar. Aun cuando se compruebe que se ha producido una violación, es necesario determinar la existencia de un daño y calcular luego su magnitud en términos monetarios. El Tribunal debe asegurarse de que la reparación pretendida, es decir, los daños reclamados, es adecuada por tratarse de una consecuencia directa del hecho ilícito y de que puede determinarse el alcance del daño en términos monetarios.

283.- El criterio indemnizatorio que debe aplicarse en caso de expropiación, propugnado por las Demandantes en virtud del Artículo 1110.2 del TLCAN, es que la indemnización debería ser equivalente al “valor justo de mercado que tenga la

inversión expropiada” inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo, y 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”. Sin embargo, por las razones antes mencionadas, el “valor justo de mercado” o “valor corriente” de ALMEX no constituye un criterio adecuado para calcular los daños, puesto que sólo se aplica a los casos de expropiación, que no es el presente caso.

- 284.- Conforme a los hechos anteriormente descritos, las Demandantes mantuvieron la posesión de la empresa y siguieron teniendo a su cargo el funcionamiento de ésta, sin que se hayan embargado o expropiado bienes. No obstante, las Demandantes alegan un lucro cesante sufrido durante la vigencia del Impuesto. Asimismo, estiman que han sufrido pérdidas por los volúmenes de JMAF que ALMEX hubiera importado, comercializado y distribuido o usado para la fabricación de otros productos.
- 285.- En opinión del Tribunal, el lucro cesante es indemnizable en la medida en que las Demandantes prueben que el daño alegado no es especulativo ni incierto, es decir, que las ganancias previstas sean probables o se hayan previsto razonablemente y no sean meramente posibles.
- 286.- En general, procede la indemnización por lucro cesante si las Demandantes prueban que:

...el flujo de ingresos previsto muestra suficientes atributos como para ser considerado un interés jurídicamente protegido, cuyo grado de certeza amerita la indemnización. Normalmente, ello se ha logrado en virtud de los acuerdos contractuales o, en algunos casos, de un sólido historial de transacciones (James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility* (2002) pág. 228, comentario al Artículo 36).

c) *La cuantía de los daños y perjuicios*

- 287.- En el presente caso, el lucro cesante fue provocado por una pérdida de ventas; habiendo las Demandantes han presentado a lo largo del procedimiento pruebas suficientes de la caída abrupta que sufrieron las ventas de JMAF inmediatamente después del 1 de enero de 2002, fecha de entrada en vigor del Impuesto. Sobre la base de la prueba presentada, el Tribunal concluye que la aplicación del Impuesto afectó negativamente el negocio de las Demandantes. Lo que corresponde determinar ahora es la cuantía de los daños y perjuicios, que en el presente caso dependerá del lucro cesante que resulte probado.

288.-

[REDACTED]

289.-

[REDACTED]

290.-

[REDACTED]

291.-

[REDACTED]

[REDACTED]

292.-

[REDACTED]

293.- Por todo lo expuesto, el Tribunal considera que el monto en concepto de daños al que se debe indemnizar a las Demandantes por el perjuicio causado como consecuencia del incumplimiento, por parte de México, de sus obligaciones en el marco del TLCAN para el período 2002-2006, asciende a US\$33.510.091.

d) *Intereses*

294.- Las Demandadas sostienen, acertadamente, que cualquier otorgamiento de daños y perjuicios debería incluir los intereses que corresponda aplicar, con arreglo al Artículo 1135 del TLCAN, en virtud del cual el Tribunal puede otorgar "...indemnización monetaria en concepto de daños y perjuicios y el interés que corresponda aplicar". Las Demandantes alegan que la tasa de interés debería ser del 5,5%, compuesta anualmente, puesto que ésta es la tasa actual de bonos del Estado de la deuda de México, denominada en dólares. Asimismo, aducen que el interés debería fijarse desde la fecha en que se calculan los daños y perjuicios (31 de diciembre de 2005) hasta la fecha de pago por parte de México (Memorial de las Demandantes sobre el fondo del asunto, párrafo 212, págs. 93-96).

295.- La posición del Demandado es que la tasa de interés simple de las letras del Tesoro de los Estados Unidos es una tasa razonable para una indemnización denominada en dólares estadounidenses. México señala que el TLCAN no estipula la tasa que debería aplicarse a las estimaciones de daños y perjuicios por violaciones del Artículo 1102 (Trato Nacional) y 1106 (Requisitos de desempeño). No obstante, el

Artículo 1110, relativo a expropiación, establece, en su parte pertinente, lo que sigue:

4. En caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.

5. Si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la cantidad equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de valuación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del día del pago.

296.- El Tribunal coincide con el Demandado en que los Artículos 1110.4 y 1110.5 constituyen un parámetro para calcular la tasa de interés aplicable al presente caso. La indemnización debería incluir el interés a una tasa que sea razonable desde el punto de vista comercial. Asimismo, considera que sólo deberían otorgarse intereses simples, y no compuestos. En *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. c. la República de Costa Rica* [Caso del CIADI No. ARB/96/1 (17 de febrero de 2000), Laudo], el Tribunal analizó la jurisprudencia de arbitraje internacional relacionada con la cuestión de si deberían otorgarse intereses compuestos. El tribunal concluyó, en lo que se refiere a la controversia de las partes acerca de los intereses en ese caso, que no había surgido ninguna normativa legal uniforme en la práctica de arbitraje internacional en cuanto a la aplicabilidad de intereses simples o compuestos en determinados casos. El Tribunal de Arbitraje decidió otorgar intereses compuestos por los siguientes motivos:

Aunque en la jurisprudencia internacional existe una tendencia a otorgar solamente intereses simples, esto se manifiesta sobre todo en relación con los casos de perjuicios o meros incumplimientos contractuales. Las mismas consideraciones no se aplican a casos relacionados con la valuación de bienes o derechos de propiedad. En casos como el presente, no se excluyen los intereses compuestos cuando lo justifican las circunstancias del caso (*Santa Elena, supra*, Laudo final, párrafo 97).

En el presente caso, los activos de las Demandantes no fueron expropiados directa ni indirectamente. El Demandado incumplió el Capítulo XI del TLCAN en lo que se refiere al trato nacional y a los requisitos de desempeño, resultando en un lucro cesante para las Demandantes durante el período de vigencia del Impuesto.

297.- En el caso *Santa Elena*, el tribunal calificó la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos como una referencia persuasiva en lo que respecta al criterio para determinar los intereses. Este Tribunal está de acuerdo. En *Sola Tiles c. Irán*, el tribunal arbitral consideró que la demandante estaba "...facultada para recibir intereses sobre el monto otorgado, a una tasa estimativa

calculada sobre el monto que habría podido ganar de haber tenido los fondos disponibles para invertir en una forma de inversión comercial de uso común en su propio país...” [14 Irán. U.S.C.T.R 224 (1987), párrafo 66, cita tomada de *Sylvania Technical Systems c. Irán*, 8 Irán. U.S.C.T.R 298 (1985), págs. 320-24]. Por lo tanto, si se determina que la inversión habría generado ciertos flujos de efectivo y ganancias, el inversor tiene derecho a una tasa de interés por la inversión. El propósito de este interés es asegurar que la indemnización otorgada sea adecuada en todas las circunstancias.

- 298.- La inversión de las Demandantes habrían generado ciertos flujos de efectivo y ganancias para ALMEX. Sin embargo, dado que no se trata de un caso de expropiación sino más bien del incumplimiento del Demandado de sus obligaciones relativas al trato nacional y los requisitos de desempeño en el marco del Capítulo XI, y de la indemnización resultante para las Demandantes, el Tribunal considera que en el presente caso corresponde aplicar un interés simple.
- 299.- Los intereses pueden otorgarse desde la fecha en que se adoptó la medida ilegal en cuestión, es decir, en que se adoptó el Impuesto. Sin embargo, las Demandantes sostienen que deberían calcularse desde la fecha en que se calcularon los daños (31 de diciembre de 2005) hasta la fecha en que México realizó el pago. Puesto que el Demandado no objeta a esta fecha para el cálculo de intereses, el Tribunal concluye que las Demandantes deberían recibir del Demandado un monto indemnizatorio de US\$33.510.091 en concepto de principal, más los intereses desde la fecha en que se calcularon los daños (31 de diciembre de 2005 y, para los daños y perjuicios reclamados para 2006, desde finales de ese año) hasta que se realice el pago efectivo.
- 300.- Los intereses se calcularán para cada mes del período (31 de diciembre de 2005 hasta que se realice el pago) a una tasa equivalente al rendimiento del mes, a la tasa de interés que está más estrechamente vinculada con la unidad monetaria de las cuentas en que se otorga la indemnización (véase *S.D Myers c. el Gobierno de Canadá*, Segundo laudo parcial, párrafo 304). Dado que en el presente caso la indemnización se otorgará en dólares estadounidenses, corresponde aplicar la tasa de interés simple de las letras del Tesoro de los Estados Unidos.

## X. COSTAS

301.- En relación con las costas del proceso, en el presente arbitraje corresponde aplicar el Artículo 58 de las Reglas de Arbitraje (Mecanismo Complementario):

(1) Salvo acuerdo contrario de las partes, el Tribunal decidirá cómo y a quién corresponde sufragar los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal, los gastos y cargos del Secretariado y los gastos hechos por las partes en relación con el procedimiento. A tal efecto, el Tribunal podrá pedir al Secretariado y a las partes que le proporcionen la información que necesite a fin de formular la división de las costas del procedimiento entre las partes.

(2) La decisión del Tribunal en virtud del párrafo (1) de este Artículo formará parte del laudo.

302.- El proceso fue llevado a cabo de forma expedita y eficiente por los representantes de ambas partes, cada una de las cuales solicita que se condene a la otra al pago de costas y honorarios. En cierta medida, ambas partes ganaron y perdieron, pero el porcentaje de éxito y pérdida no tuvo ningún efecto cuantificable en las costas del arbitraje.

303.- Por lo tanto, el Tribunal concluye que el presente arbitraje resulta equitativo que cada parte soporte la mitad de las costas del arbitraje, incluidos los honorarios y los gastos del Tribunal de Arbitraje, así como los gastos y cargos de la Secretaría que determine el CIADI. Además, cada parte afrontará sus propios gastos en concepto de honorarios legales y costas relacionados con el presente proceso.

## XI. LAUDO

304.- Por las razones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje decide por unanimidad lo siguiente:

- 1.- El Demandado ha incumplido el Artículo 1102 (Trato Nacional) y el Artículo 1106 (Requisitos de Desempeño) con respecto a la inversión de las Demandantes en México;
- 2.- El Demandado no ha incumplido el Artículo 1110 (Expropiación) con respecto a la inversión de las Demandantes en México;
- 3.- El Impuesto adoptado por el Demandado no constituye una contramedida válida con arreglo al TLCAN y las normas de derecho internacional aplicables;
- 4.- El Demandado deberá pagar a las Demandantes la suma de US\$33.510.091 (TREINTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS DIEZ MIL NOVENTA Y UN DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA) en concepto de principal;
- 5.- El Demandado deberá pagar a las Demandantes intereses sobre la suma mencionada en el párrafo 4, que antecede, por cada mes del período que abarca desde la fecha en que se calcularon los daños y perjuicios (31 de diciembre de 2005 y, para los daños y perjuicios reclamados para 2006, desde finales de ese año) hasta que el pago se realice efectivamente, a una tasa equivalente al rendimiento del mes, a la tasa de interés simple de las letras del Tesoro de los Estados Unidos;
- 6.- Se rechazan todas las demás reclamaciones de indemnización;
- 7.- Cada parte deberá soportar sus propios gastos y soportar en partes iguales los gastos del Tribunal y la Secretaría.

Hecho en Toronto (Canadá) en inglés y español, siendo las dos versiones igualmente auténticas.

**EL TRIBUNAL ARBITRAL**

[*Firmado*]

---

Arthur W. Rovine  
Árbitro

Fecha: Septiembre 20, 2007

[*Firmado*]

---

Bernardo M. Cremades  
Presidente del Tribunal

Fecha: Septiembre 26, 2007

[*Firmado*]

---

Eduardo Siqueiros T.  
Árbitro

Fecha: Septiembre 24, 2007

(se adjunta voto en  
conurrencia parcial con  
arreglo al Artículo 52(2) del  
Reglamento de Arbitraje  
(Mecanismo Comple-  
mentario) del CIADI