

**SOBRE EL ARBITRAJE BAJO CAPÍTULO 11 DEL TRATADO DE LIBRE
COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE
(Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1)**

MARVIN ROY FELDMAN KARPA

Demandante

c.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Demandada

MEMORIAL del DEMANDANTE

30 Marzo 2001

INTRODUCCIÓN Y RESUMEN

Marvin Feldman, de nacionalidad estadounidense, demanda al Gobierno de México por daños y perjuicios [damages] conforme al Artículo 1117 del TLC por los actos de la Demandada, que violan los Artículos 1110 y 1102 del TLC, retener y rechazar devoluciones de impuestos sobre exportaciones de cigarros realizados por CEMSA, una sociedad mexicana propiedad del Demandante. La exportación de cigarros, fue, con mucho, la línea de negocios más importante de CEMSA, y el objeto y el efecto de los actos de la Demandada fueron dar por terminadas las exportaciones de cigarros por parte de CEMSA para mantener el monopolio de las exportaciones por parte de los productores.

El rechazo de las devoluciones de impuestos a CEMSA es contrario a los compromisos que asumieron a favor del Demandante algunos funcionarios mexicanos superiores y contrario al derecho mexicano tal y como lo declararon la Suprema Corte de Justicia y las legislaturas. El Demandante se basó en las declaraciones de la Demandada para realizar inversiones importantes en el negocio de exportación de cigarros en 1996-97, y la Demandada está impedida para objetar el derecho de CEMSA a las devoluciones del IEPS en esos años.

Resumen de Hechos

México grava, a razón del 85%, con un impuesto sobre la producción y venta de cigarros en el mercado nacional al amparo de la ley del Impuesto Especial Sobre Producciones y Servicios

("IEPS"), pero las exportaciones de cigarros se gravan a una tasa del 0% y la ley autoriza la devolución de impuestos cuando se exportan los cigarros. El objeto de esas devoluciones es promover las exportaciones. CEMSA no podía exportar cigarros mexicanos a precios que incluían el IEPS. Cuando CEMSA compró cigarros en México, el precio que pagó incluía un IEPS elevado. CEMSA revendió los cigarros en el extranjero a precios muy por debajo de su precio de compra y habría perdido una cantidad considerable en cada venta sin la devolución del IEPS. Por tanto, CEMSA no podía exportar cigarros sin las devoluciones del IEPS.

México permitió a CEMSA exportar cigarros con devoluciones del IEPS en 1992 y por espacio de 16 meses en 1996-1997. Bajo presión de los productores mexicanos y de Philip Morris, sin embargo, la Demandada canceló las devoluciones a CEMSA en 1991 y, nuevamente en 1993, y finalmente dio por terminadas las devoluciones a CEMSA en o antes del 1° de diciembre de 1997. Los productores mexicanos no podían detener las exportaciones de cigarros por parte de CEMSA por medios legítimos, puesto que las exportaciones eran legales conforme al derecho mexicano y no podían impugnarlas los propietarios de marcas. Por tanto, el productor de cigarros Carlos Slim, una figura poderosa en México, persuadió a funcionarios mexicanos para que manipularan la ley del IEPS para rechazar las devoluciones a revendedores de cigarros, lo que violó la

Constitución mexicana y la legislación aplicable. El rechazo de las devoluciones también fue incongruente con una sentencia dictada a favor de CEMSA por la Suprema Corte de Justicia de México y las garantías otorgadas a CEMSA por funcionarios fiscales mexicanos en 1995-1996. Un funcionario mexicano superior, Ismael Gómez Gordillo, manifestó a Marvin Feldman que consideraba equivocada la sentencia de la Suprema Corte, y que Carlos Slim le había solicitado detener a CEMSA.

Los problemas de CEMSA con la Demandada se remontan a 1990, cuando por primera vez empezó a exportar cigarros. Carlos Slim protestó y el gobierno llevó a cabo actos administrativos y aprobó legislación para cancelar las devoluciones a CEMSA en 1991. CEMSA impugnó estos actos ante los tribunales mexicanos, y la Suprema Corte de Justicia por unanimidad de votos (15-0) resolvió en agosto de 1993 que los actos que le permitían las devoluciones del IEPS exclusivamente a productores y sus distribuidores violaban principios constitucionales de equidad tributaria y no discriminación. Anticipándose a este resultado, el Congreso mexicano había reformado la ley del IEPS para surtir efectos el 1º de enero de 1992, para permitir devoluciones a todos los exportadores de cigarros, y CEMSA pudo exportar cigarros con devoluciones durante la mayor parte de ese año.

No obstante la legislación de 1992, que permaneció sin modificaciones en todos los aspectos importantes hasta 1997, y la sentencia de la Suprema Corte de 1993, la Demandada continuó

llevando a cabo actos para apoyar al monopolio de los productores en materia de exportación de cigarros, manipulando las leyes fiscales de manera discriminatoria. En enero de 1993, la Demandada cerró el negocio de exportación de cigarros de CEMSA por segunda ocasión. Durante el periodo de 1993 a 1995, la Demandada reconoció que CEMSA era un contribuyente con derecho a devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarros, pero impuso condiciones formales y documentales sobre las devoluciones que estaban más allá del control de CEMSA y que era imposible que ésta cumpliera. La ley del IEPS exige a los productores pagar el impuesto. El impuesto se traslada a compradores en el precio de compra. Los compradores no pagan un IEPS adicional al estado, pero la ley del IEPS exige a los productores desglosar el impuesto en su precio de venta por separado y de manera expresa en sus facturas. El motivo de este requisito era permitir a los exportadores obtener devoluciones. Las personas susceptibles de recibir devoluciones deben contar con facturas que desglosen el impuesto expresamente y por separado. CEMSA no podría obtener tales facturas, sin embargo, puesto que los productores se negaron a obedecer la ley. No obstante las peticiones repetidas de CEMSA, los funcionarios gubernamentales se negaron a exigir el cumplimiento de esta ley por parte de los productores.

A consecuencia de esta discriminación, CEMSA no pudo exportar cigarros de México sino hasta que logró, con ayuda de la Embajada estadounidense y al amparo del TLC, persuadir a la nueva

administración del Presidente Zedillo a permitir devoluciones a CEMSA sin obtener facturas que desglosaran el impuesto. A CEMSA se le autorizó calcular el impuesto ella misma. Estas negociaciones tuvieron lugar en 1995 y fueron confirmadas y finalmente instrumentadas en 1996. CEMSA reanudó la exportación de cigarros en grandes cantidades en junio de 1996 y recibió el pago de devoluciones hasta septiembre de 1997. A lo largo de este periodo, los funcionarios responsables de Hacienda estaban enterados de que CEMSA estaba recibiendo devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarros sin haber obtenido facturas que desglosaran el impuesto.

A finales de 1997, CEMSA representaba alrededor del 15% de las aportaciones de cigarros de México. Sin lugar a dudas, los productores estaban preocupados. Súbitamente, sin aviso previo, el gobierno cambió de curso, rompió su acuerdo con CEMSA y rechazó el pago de US\$2.3 millones en devoluciones que se adeudaban a CEMSA por concepto de exportaciones realizadas en octubre y noviembre de 1997. Alrededor del 1° de diciembre de 1997, la Demandada cerró por tercera y última ocasión las exportaciones de cigarros de CEMSA. A CEMSA se le informó que las devoluciones pendientes no se le pagarían y que se rechazarían devoluciones futuras. De esta manera, CEMSA había perdido US\$2.3 millones y estaba fuera del negocio de la exportación de cigarros.

Desde ese momento, la ley del IEPS se ha reformado en tres ocasiones para prohibir devoluciones a CEMSA, y a CEMSA se le negó el registro como exportadora autorizada de cigarros y bebidas alcohólicas conforme a la reforma de 1998. Además, la Demandada ha discriminado todavía más a CEMSA en violación del Artículo 1102 del TLC, otorgando devoluciones importantes sobre exportaciones de cigarros a revendedoras de cigarros propiedad de mexicanos que presuntamente no podían recibir tales devoluciones conforme a la ley del IEPS después del 1° de enero de 1998.

Liquidación de Impuestos por parte de Hacienda contra CEMSA

Después de que el Demandante entregó su aviso de intención de someter esta controversia a arbitraje, Hacienda auditó a CEMSA y liquidó US\$25 millones a CEMSA por concepto de las devoluciones del IEPS que recibió en 1996-1997, más intereses y multas, con base en los mismos fundamentos que se esgrimieron para rechazar las devoluciones que se adeudaban a CEMSA por octubre y noviembre de 1997. Para evitar multas y sanciones finales por falta de pago, CEMSA impugnó la liquidación ante los tribunales mexicanos. Una vez que se constituyó este tribunal, CEMSA intentó terminar el procedimiento en México, pero el juzgado ignoró su promoción. Para estas fechas, el Tribunal Fiscal de la Federación ya había cancelado la liquidación, pero el asunto se encuentra en la etapa de apelación.

El Demandante ignora si la Demandada proseguirá con el asunto como una contrademanda en este caso o ante los juzgados mexicanos una vez que el tribunal dicte su fallo. El Tribunal resolverá en las mismas cuestiones de hecho y de derecho cuando estudie las reclamaciones en trámite, pero como se nos informa, un juzgado mexicano no reconocería el laudo como una defensa de *res judicata* o impedimento secundario[®]. Esto da pie a la posibilidad de que la Demandada pretenda anular este procedimiento compensando una liquidación fiscal contra el fallo en este caso. Para evitar este resultado y proteger la utilidad del proceso arbitral, el Demandante solicita al Tribunal dictar una declaración en el sentido de que la Demandada está impedida de impugnar el derecho de CEMSA a las devoluciones que recibió y sentenciarla al pago de daños y perjuicios que ocasione cualquier liquidación que la Demandada finque por concepto de devoluciones de IEPS pagadas a CEMSA en 1996-1997.

Resumen de Cuestiones de Derecho Clave

Expropiación.

El derecho internacional establece la responsabilidad del estado por expropiaciones indirectas, incluidos los "secuestros conforme a la ley" ["**regulatory takings**"], y se incluyeron las palabras "equivalente a expropiación" ["**tantamount to expropriation**"] en el Artículo 1110 para amparar tales casos.

[®] En inglés, **collateral estoppel**. Se trata de un impedimento a que se juzguen cuestiones de derecho o de hecho que ya han sido materia de y juzgadas en un

La Reformulación (Tercera) de la Ley de Relaciones Exteriores [Restatement (Third) of Foreign Relations Law] (la "Reformulación") dispone lo siguiente: "Un estado es responsable por concepto de la expropiación de bienes...cuando sujeta a bienes de extranjeros a impuestos, reglamentación, o diversos actos que sean confiscatorios, o que impiden, interfieren sin razón, o indebidamente demora, el goce efectivo de los bienes de un extranjero o su retiro del territorio del estado"¹.

La capacidad de exportar de CEMSA es un derecho de propiedad [property interest] protegido por el TLC, y los impuestos con características confiscatorias y discriminatorias que imposibilita las exportaciones constituyen un secuestro conforme a la ley [regulatory taking] del negocio de exportación del Demandante. Sin embargo, este caso no implica temas generales de política de lo que constituye un secuestro conforme a la ley en los términos del derecho internacional y del TLC. El Demandante no está solicitando al tribunal que decida si, en otras circunstancias, México podría, de manera congruente con el derecho internacional y el TLC, establecer un monopolio exportador para productores de cigarros. Al contrario, el Demandante demostrará que el derecho de CEMSA de exportar cigarros desde México con devoluciones del IEPS fue reconocido por el derecho mexicano, por la Suprema Corte de Justicia, por

juicio anterior entre las mismas partes (T.)

garantías otorgadas directamente a CEMSA por funcionarios mexicanos por escrito y de manera verbal, y por los propios actos del gobierno. Además, los puntos técnicos de la legislación fiscal mexicana son oscuros y contradictorios y se han aplicado de manera discriminatoria. Las medidas llevadas a cabo contra CEMSA en este caso violan el derecho internacional puesto que son arbitrarias, confiscatorias y discriminatorias.

Las medidas que la Demandada ha tomado contra CEMSA desde el 1° de enero de 1994, son "equivalentes a la expropiación" conforme al Artículo 1110 debido a su efecto concreto, importante e intencionado sobre la inversión del Demandante. No existe fundamento en el TLC o en el derecho internacional para que la Demandada arguya que el Artículo 1110 se aplica exclusivamente a medidas que expropian una empresa en su integridad. Tal interpretación privaría a los inversionistas conforme al TLC de las protecciones tradicionales conforme al derecho internacional que ha confirmado el tratado. El presente es un caso de "expropiación progresiva" ["**creeping expropriation**"] que ha culminado en el secuestro virtual [**constructive taking**] del negocio más importante de CEMSA.

El rechazo de las devoluciones del IEPS del 1° de enero de 1994 a mayor de 1996 y después del 1° de diciembre de 1997, cerró la línea de negocios más importante de CEMSA he interfirió

¹ Reformulación (Tercera) de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos (1987) [**Restatement (Third), Foreign Relations Law of the United States (1987)**] (en lo sucesivo la "Reformulación"), Apartado 712, comentario g.

de manera significativamente con el uso y goce, por parte del Demandante, de su versión en su conjunto. (En 1997, las exportaciones de cigarros representaron más del 90% de las utilidades de CEMSA). Y el cambio retroactivo, por parte de la Demandada, de la política constituye el secuestro virtual de millones de dólares invertidos por el Demandante basándose en las promesas de la Demandada de que se harían devoluciones del IEPS a CEMSA.

Las pruebas asimismo muestran que el rechazo de las devoluciones violaban el Artículo 1110 puesto que:

a) Su fin no era de interés público. No existía la intención de aumentar los ingresos y no se aumentaron los ingresos. La Demandada abiertamente pretendió mantener el monopolio de los productores en materia de exportación de cigarros, de manera contrario al derecho mexicano. Estas decisiones las tomaron funcionarios superiores para beneficiar a Carlos Slim.

b) Fue discriminatorio. La Suprema Corte de Justicia mexicana ha sostenido que el gobierno no puede devolver el IEPS sobre exportaciones de cigarros realizadas por productores y negar tales devoluciones a revendedores como CEMSA.

c) El rechazo fue contrario a la garantía de legalidad y constituyó una denegación de justicia lo que viola el derecho internacional y el Artículo 1110(c) del TLC. El derecho de CEMSA a devoluciones del IEPS fue establecido por la legislación

vigente desde el 1° de enero de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1997; por una sentencia dictada en 1993 por la Suprema Corte de Justicia fundamentada en bien establecidos procedimientos de la jurisprudencia mexicana; por indicaciones administrativas dadas a CEMSA en comunicaciones por escrito durante el periodo 1992-1997; y por un acuerdo con funcionarios superiores de Hacienda en 1995, que fue ratificado e instrumentado por Hacienda en 1996 y la mayor parte de 1997.

d) No se pagó indemnización a consecuencia de esta expropiación.

Además, (1) el rechazo de la Demandada de devolver el IEPS que pagó CEMSA en el precio de compra de los cigarros exportados en octubre y noviembre de 1997 y (2) la liquidación reductiva, por parte de la Demandada, de impuestos por US\$25 millones, constituye un secuestro de las inversiones de capital realizadas por CEMSA basándose directamente en las garantías extendidas por funcionarios gubernamentales mexicanos. CEMSA jamás habría comprado cigarros para su exportación sin la garantía de que el IEPS incluido en el precio de compra le sería devuelto. El rechazo retroactivo por parte de Hacienda de realizar estas devoluciones y sus esfuerzos de recuperar devoluciones pasadas en violación de su acuerdo con CEMSA constituye un secuestro virtual que son contrarias a principios de equidad que forman parte del derecho internacional. Tal

conducta es claramente incongruente con la fiabilidad y transparencia que fije el TLC.

Impedimento [Estoppel]

Conforme a los principios de equidad del derecho internacional, la Demandada está impedida, por su propia conducta y aquiescencia, para rechazar el derecho de CEMSA de recibir devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarrros realizadas en 1996 y 1997. La Demandada acordó devolver el IEPS a CEMSA y realizó tales devoluciones por espacio de dieciséis meses plenamente enterada de todos los hechos pertinentes. CEMSA se basó en las declaraciones y la conducta de la Demandada en detrimento suyo. El rechazo retroactivo de la Demandada de pagar las devoluciones correspondientes a CEMSA y sus actos punitivos encaminados a recuperar devoluciones que pagó a CEMSA en 1996 y 1997, constituyen una injusticia crasa y son incompatibles con el TLC.

Denegación de Justicia

Este caso es también de naturaleza especial, puesto que los actos de la Demandada constituyen una denegación de justicia. Conforme a principios ancestrales de derecho internacional, ocurre la denegación de justicia cuando a un extranjero se le niega un recurso administrativo o judicial efectivo por parte de alguna rama del gobierno. En este caso, CEMSA no cuenta con un recurso efectivo salvo el Capítulo 11 del TLC. al rechazar las devoluciones de IEPS a CEMSA, la Demandada ignoró los fallos de

la Suprema Corte de Justicia, la legislación aplicable y las indicaciones administrativas específicas que dieran a CEMSA los funcionarios mexicanos que interpretaban y aplican la ley del IEPS. Además, la interpretación, por parte de la Demandada, de la ley de amparo de México torna imposible que algún inversionista reivindique **vindicate** el derecho de exportar ante los tribunales mexicanos.

La aseveración de la Demanda de que la denegación de justicia por parte de las autoridades no está sujeta a arbitraje conforme al TLC es frívola. El Artículo 1110(c) expresamente incorpora tanto la garantía de legalidad como al Artículo 1105(1) [sic]. Este último obliga a los Estados signatarios "dar a las inversiones de inversionistas de otro Estado el tratamiento acorde con el derecho internacional, incluido el tratamiento justo y equitativo y la plena protección y seguridad". La Demandada no dio a CEMSA el tratamiento que exige esta disposición al retener arbitrariamente las devoluciones del IEPS que se cobró por concepto de las exportaciones de cigarros de CEMSA.

Artículo 1102

Este patrón de discriminación e ilegalidad se exagera por el hecho de que Hacienda continuó, después del 1º de diciembre de 1997, efectuando devoluciones del IEPS cobrado por concepto de exportaciones de cigarros realizadas por empresas exportadores favorecidas propiedad de mexicanos que se

encontraban en situación similar a la de CEMSA. Da preferencia a empresas exportadoras propiedad de mexicanos viola el Artículo 1102(2) del TLC así como el Artículo 1110(b).

Daños y Perjuicios

CEMSA "ha incurrido en un daño o perjuicio por motivo o a consecuencia de" la violación, por parte de la Demandada, del Capítulo 11, Fracción A, del TLC, y el Demandante exige el pago de daños y perjuicios por la cantidad de US\$30,381,939 más los costos directos, incluidos los honorarios de los abogados, para compensar a CEMSA por concepto de (1) la pérdida de actividades entre el 1° de enero de 1994 y el 30 de mayo de 1996; (2) el rechazo de las devoluciones del IEPS correspondientes a octubre y noviembre de 1997; y (3) la expropiación de su negocio de exportación de cigarrillos al 1° de diciembre de 1997.

El Demandante asimismo exige una declaración en el sentido de que CEMSA tenía derecho a las devoluciones que recibió en 1996 y 1997 y que la Demandada está impedida, por sus promesas y actos anteriores, de argumentar lo contrario. Finalmente, a falta de garantías de la Demandada de que no continuará tramitando estas reclamaciones en contra de CEMSA, el Demandante solicita al Tribunal que dicte sentencia de pago de daños y perjuicios para compensar a CEMSA por concepto de la liquidación de impuestos fincada en su contra por la Demandada en 1999 o ulteriormente.

I. Declaración de Hechos¹

A. Constitución, Registro y Objeto de CEMSA

1. Corporación de Exportaciones de México, S.A. de C.V. ("CEMSA"), es una sociedad de comercio exterior (importadora/exportadora) mexicana constituida el 23 de mayo de 1988. El demandante es propietario de prácticamente la totalidad de las acciones de CEMSA y es la única persona facultada para representar a la Sociedad como Administrador Único en los términos de la Escritura Constitutiva de CEMSA. Declaración del Demandante, Marvin Feldman, en apoyo del Informe del Demandante (la "Declaración de Feldman"), párrafo 1.²

2. En el momento de la constitución, el Demandante era propietario de 490 de las 1,000 acciones. El capital de CEMSA se aumentó el 7 de noviembre de 1989 y el 13 de noviembre de 1991, y en la actualidad el Demandante es propietario de 299,000 acciones adicionales, es decir 299,490 del total de 300,000 acciones. No se han emitido títulos de acciones formales. Declaración de Feldman, párrafo 2.

3. El 23 de abril de 1990, CEMSA fue registrada como una empresa altamente exportadora conforme a la ley de Empresas de Comercio Exterior ("ECEX"), un nuevo programa importante encaminado a fomentar las exportaciones mexicanas. Apéndice _____. Este registro fue revalidado el 26 de julio de 1990. Apéndice

1

2

____. Las empresas conforme a la ECEX son susceptibles de recibir devoluciones de impuestos sobre la exportación de varios productos, incluidas devoluciones del impuesto especial que grava a los tabacos labrados y a las bebidas alcohólicas en los términos de la Ley del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios ("IEPS"). CEMSA también quedó registrada conforme a la Ley de Empresas Altamente Exportadoras ("ALTEX") el 18 de julio de 1990. Apéndice _____. CEMSA fue registrada como contribuyente del IEPS autorizada para exportar productos de alcohol y de tabaco por la Secretaría de Hacienda y Crédito y Público ("Hacienda") en 1990. Declaración de Feldman, párrafo 3; y ver Apéndice _____.

4. Las actividades comerciales de CEMSA han incluido importaciones de leche de los Estados Unidos y exportaciones de varios productos, como son películas, lentes y cigarros de México a clientes en los Estados Unidos y otros países. Las exportaciones de cigarros fueron la línea comercial más importante y lucrativa de CEMSA. Ver la Declaración de Feldman párrafo 4. En la época en que Hacienda clausuró el negocio de exportación de cigarros de CEMSA el 1° de diciembre de 1997, las exportaciones de cigarros representaban más del 90% de las utilidades brutas totales de CEMSA. Ver la Declaración de Jaime Zaga Hadid ("Declaración de Zaga" en ____). Declaración de Feldman, párrafo 4.

B. Negocios de Exportación de Cigarrillos de CEMSA, Devoluciones del IEPS y Carlos Slim.

1. CEMSA empezó a exportar cigarrillos en 1990. Compraba cigarrillos de proveedores mexicanos y los exportaba a varios países. CEMSA desarrolló este negocio en 1990, 1992 y 1996-1997, y habría desarrollado este negocio de manera continua desde 1990 hasta la fecha de no haber sido por la negativa de la demandada de otorgar devoluciones del IEPS sobre las exportaciones de cigarrillos de CEMSA en 1992, 1993-Febrero de 1996 y después de noviembre de 1997. CEMSA no podía exportar cigarrillos sin la devolución del IEPS puesto que no podía encontrar compradores de cigarrillos mexicanos a precios que incluían el impuesto. Declaración de Feldman, párrafo 6.

2. La Ley del IEPS impone un impuesto elevado sobre la producción y venta de cigarrillos en México. En 1990, el IEPS sobre cigarrillos para consumidores refinados ascendió a 139.3%. La tasa se redujo a 85% en 1995. La tasa del IEPS sobre exportación de cigarrillos, sin embargo, era y continúa siendo de 0%, y la Ley del IEPS dispone un mecanismo para deducir a los exportadores el impuesto trasladado a ellos al amparo del Artículo 4 de la Ley del IEPS por sus proveedores en México. Ver la opinión de Carlos Loperena Ruiz sobre Derecho Mexicano ("Loperena"), en 6; ver la Declaración de Oscar Roberto Enríquez en Apoyo del Informe del Demandante (la "Declaración de Enríquez") párrafo 6. Este mecanismo de exención del impuesto se otorgó "para favorecer la

competitividad de los productos mexicanos en los mercados internacionales", de conformidad con la declaración de motivos, por parte de la legislatura, del objeto de la ley.¹

3. CEMSA compró cigarros de proveedores como SAM'S Club ("SAM'S") a precios que incluían el elevado IEPS, y los revendía en el extranjero a precios mucho más bajos. El pago, por parte de CEMSA, del IEPS incluido en su precio de compra (ver Loperena en 14) y su ulterior recuperación de este pago a través de la devolución del IEPS esencialmente constituía un "punto de equilibrio" ["wash"]. Sin la devolución del IEPS, sin embargo, CEMSA no habría podido tener un negocio de exportación de cigarros. El costo de los cigarros para CEMSA habría sido prohibitivo. Por ejemplo, en 1997 CEMSA pagó un promedio de US\$7.40 por cada caja de cigarros, incluido el IEPS al 85%. CEMSA vendía la misma caja a un cliente extranjero a un promedio de US\$4.05. Declaración de Feldman, párrafo 4.

4. La marca principal que CEMSA exportaba era Marlboro, una marca de Philip Morris que fabrica en México CIGATAM, una sociedad mexicana que en algún tiempo fue propiedad de Carlos Slim Helú, presuntamente uno de los hombres más ricos y poderosos en México, en más del 70%. En la actualidad, Philip Morris es propietaria de la mayoría de CIGA [falta texto].

[TRANSCRIBIR EL TEXTO DEL ORIGINAL EN ESPAÑOL (Diario Oficial del 31 de diciembre de 1990)]

1

El objeto principal de esta reforma era prohibir la exportación de alcohol y tabaco por parte de empresas de comercio exterior como CEMSA. Enríquez, párrafo 2.

1. El Director General Técnico de Ingresos de Hacienda, Rubén Aguirre Pangburn, expidió un aviso de fecha 23 de enero de 1991 por télex a los Coordinadores de la Administración Tributaria de Hacienda señalando:

[TRANSCRIBIR EL TEXTO DEL ORIGINAL EN ESPAÑOL]

Apéndice ____, se agregó el énfasis.

1. El Subsecretario de Ingresos de Hacienda, Francisco Gil, expidió una Regla General 121-B publicada en el Diario Oficial el 24 de enero de 1991, señalando lo siguiente:

[TRANSCRIBIR EL TEXTO DEL ORIGINAL EN ESPAÑOL]

Apéndice ____, se agregó énfasis.

1. El rechazo de las devoluciones de IEPS a CEMSA en 1990 y 1991 sacó a CEMSA del negocio de exportación de cigarros puesto que limitó la disponibilidad de devoluciones del IEPS para exportaciones de cigarros a productores y sus distribuidores únicamente. Declaración de Feldman, párrafo 16.

2. CEMSA y otra exportadora no productora, LYNX EXPORTADORA, S.A. DE C.V. ("LYNX"), impugnó la constitucionalidad de las reformas de 1991 al Artículo 2, Fracción III, de la Ley del IEPS, y el télex administrativo y la regla general, presentando amparos por separado ante los juzgados de distrito federales conducentes. Declaración de Feldman, párrafo 18.

3. El juzgado de distrito que estudió el amparo de CEMSA resolvió, el 15 de abril de 1991, entre otras cosas, que los actos realizados por los funcionarios de Hacienda al expedir el télex y la Regla General 121-B eran ilegales puesto que los funcionarios habían excedido sus facultades. Declaración de Feldman, párrafo 18; y ver Apéndice _____. Los casos de tanto CEMSA como LYNX ulteriormente se revisaron y resolvieron a favor de las exportadoras revendedoras por decisión unánime por la Suprema Corte de Justicia de México. Apéndice ____; Enríquez, párrafo 2; Declaración de Feldman, párrafo 24.

4. A partir del 1° de enero de 1992, nuevamente se reformó el Artículo 2, Fracción III, de la Ley del IEPS como sigue:

[TRANSCRIBIR EL TEXTO DEL ORIGINAL EN ESPAÑOL]

1. Hacienda confirmó que CEMSA era susceptible de recibir devoluciones del IEPS conforme a esta reforma de 1992 en un oficio dirigido a Hacienda por el Administrador Fiscal Regional de Hacienda para el Distrito Oriente, José Antonio Riquer Ramos, de fecha 12 de marzo de 1992. El señor Riquer citó dicha fracción de la ley y manifestó lo siguiente:

[TRANSCRIBIR EL TEXTO DEL ORIGINAL EN ESPAÑOL]

Se agregó el énfasis.

1. Después de recibir la confirmación del 12 de marzo del Administrador Regional Riquer, CEMSA reanudó la exportación de cigarros y la solicitud de devoluciones del IEPS. Declaración

de Feldman, párrafo 20; Hacienda dedujo el IEPS a CEMSA sobre estas exportaciones de cigarros hasta 1992. Hacienda no exigió a CEMSA que obtuviera o presentar facturas de compras con el impuesto desglosado por separado y de manera expresa.

Declaración de Feldman, párrafo 20.

2. En 1992, CEMSA exportó 2,950 cajas maestras [master cases] de cigarros. El costo total para CEMSA de comprar estos cigarros, incluido el IEPS, ascendió a 2,760,717,345 pesos (pesos de 1992). El precio de venta promedio de estos cigarros fue alrededor de US\$252 por caja. Las cantidades de devoluciones del IEPS que se pagaron sobre estas exportaciones ascendió a 1,605,605,485 pesos. Apéndice ____ . Las utilidades de CEMSA sobre estas ventas ascendieron a 210,003,293 pesos. Declaración de Feldman, párrafo 21; Apéndice ____; Declaración de Ernesto Cervera ("Cervera") en [Informe de GEA, 92 Facturas de Venta].

3. Tal y como el Administrador General de Hacienda, Miguel Gómez Bravo, reconoció en una resolución a CEMSA de fecha 16 de marzo de 1997 (que se cita a continuación en el párrafo 95), no hubo cambio importante en la Ley del IEPS en relación con las devoluciones sobre cigarros de 1992 a 1997. Apéndice ____ . Ver también Declaración de Enríquez en 7 (ningún cambio importante en la ley antes de 1998); Loperena en 13-14; Apéndice ____ (reconocimiento del Procurador General Gómez Gordillo).

4. No obstante, en enero de 1993, Hacienda hizo del conocimiento de CEMSA que ya no autorizaría pagos de devoluciones de IEPS a CEMSA por concepto de exportaciones de cigarros. Hacienda informó a CEMSA que debe obtener facturas que desglosaban el IEPS por separado y expresamente para solicitar las devoluciones de IEPS por concepto de exportaciones de cigarros. El Demandante objetó lo anterior puesto que era imposible para CEMSA obtener tales facturas. Declaración de Feldman, párrafo 22. CIGATAM no expediría tales facturas a los proveedores de CEMSA, así que éstos no podían expedirlas a CEMSA. Ver Apéndice ___ (escrito del Demandante al Director de Recaudación de Hacienda en el que mencionaba la negativa de Carlos Slim de desglosar el IEPS en las facturas. El Demandante solicitó a Hacienda que exigiera a CIGATAM expedir este tipo de facturas puesto que estaba obligada a hacerlo conforme a la Ley del IEPS pero Hacienda se negó. Declaración de Feldman, párrafo 23; Apéndice ___.

5. En una fecha ulterior, el Demandante solicitó a SAM'S, su proveedor principal, desglosar el IEPS en sus facturas a CEMSA. El Director de SAM'S informó al Demandante que no podía hacerlo puesto que CIGATAM no desglosaba el impuesto en sus facturas a SAM'S y CIGATAM dejaría de vender a SAM'S si ésta presionaba a CIGATAM a desglosar el impuesto. Declaración de Feldman, párrafo 70.

6. Puesto que Hacienda dio por terminadas las devoluciones del IEPS a CEMSA, la compañía se vio obligada a suspender las exportaciones de cigarros en 1993. El Demandante recurrió a la determinación en trámite de la Suprema Corte de Justicia para obtener reparación, esperando que esa sentencia vindicara sus postura, pero a CEMSA no se le permitió reanudar las exportaciones de cigarros y obtener devoluciones del IEPS sino hasta 1996. Declaración de Feldman, párrafos 22-23, 58.

D. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 1993.

1. El 18 de agosto de 1993, la Suprema Corte de Justicia falló por unanimidad (15-0) que la reforma de 1991 al Artículo 2, Fracción III, de la Ley del IEPS violaba los principios de igualdad tributaria e indiscriminación otorgados por el Artículo 31, Fracción IV, de la Constitución Mexicana y que CEMSA tenía derecho a recibir devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarros sobre una base igual a la de los productores (la "Sentencia de la Suprema Corte de 1993" o la "Sentencia de 1993"). Apéndice ____.

2. En particular, la Corte declaró:

[TRANSCRIBIR EL TEXTO DEL ORIGINAL EN ESPAÑOL]

Apéndice ____.

1. La Corte había resuelto de manera similar y unánime en relación con el amparo de LYNX el 23 de septiembre de 1992, sosteniendo que las empresas de comercio exterior tenían derecho a devoluciones del IEPS con base en la tasa del 0%,

independientemente de si adquirirían los bienes de productores o intermediarios. Apéndice ___; y ver Declaración de Enríquez en 2; Loperena en _____. En la Sentencia de 1993, la Suprema Corte citó su resolución de 1992 en relación con LYNX como antecedente para sostener que la reforma de 1991 al Artículo 2, Fracción III, era inconstitucional. Apéndice _____. Además, la Corte aplicó su decisión en relación con el amparo de LYNX (y su decisión en otro antecedente) para declarar que los actos administrativos impugnados --la regla general y la resolución por télex-- también eran inconstitucionales. *Ibid*, en 53-55.

E. Incumplimiento, por parte de la Demandada, de la Sentencia de la Suprema Corte de 1993 e Incumplimiento Continuo de la Ley del IEPS, de Agosto de 1993 a 1995.

1. Después de la Sentencia de la Suprema Corte de 1993, el Demandante solicitó garantías de Hacienda de que a CEMSA se le permitiría obtener devoluciones del IEPS sobre exportaciones futuras de cigarros. CEMSA también solicitó el pago, por parte de Hacienda, de las devoluciones del IEPS por concepto de exportaciones de cigarros que Hacienda había rechazado para noviembre de 1990 y principios de 1991. Ver Declaración de Feldman, párrafo _____.

2. La Administradora Regional del Distrito de CEMSA, Rosa María Reza Sosa, escribió a la Administración Central de Operaciones Legales de Hacienda solicitándole instrucciones en relación con la solicitud de pago de CEMSA al amparo de la

Sentencia de 1993. En particular, preguntó si la sentencia de la Corte "continuaba firme". Apéndice ____.

3. Por meses, Hacienda se negó a cumplir la Sentencia de la Suprema Corte de 1993 e insistió en que no estaba obligada a llevar a cabo acto alguno conforme a la sentencia. Ver Declaración de Feldman, párrafo 25. En un memorándum de fecha 27 de octubre de 1993, dirigido por el Procurador General de Hacienda Roberto Hoyo al Subsecretario Gil Díaz, el Procurador General no recomendó cumplir la Sentencia de la Suprema Corte. Inexplicablemente, el licenciado Hoyo manifestó que las demandas de CEMSA de que se le otorgaran devoluciones del IEPS "no tenían ningún fundamento.... [puesto que Hacienda] ya había llevado a cabo devoluciones en cuatro ocasiones a LYNX", un asunto totalmente no relacionado. Apéndice _____. (Párrafo 1d) (traducción en 4). Ni el Demandante ni CEMSA estaban relacionados con LYNX. Declaración de Feldman, párrafo ____; Declaración de Enríquez en 2.

4. El licenciado Hoyo también citó "documentación suministrada por Carlos Slim Helú" de la que concluía que CEMSA no tenía derecho a las devoluciones del IEPS. Apéndice ____ II (traducción en 5). El memorándum de Hoyo señala que Carlos Slim continuó presionando a Hacienda para rechazar las devoluciones del IEPS a CEMSA no obstante la Sentencia de la Suprema Corte de 1993.

5. A petición de CEMSA, el Juzgado Administrativo Federal del Quinto Distrito dictó una orden el 8 de noviembre de 1993, que otorgaba a Hacienda 24 horas para comprobar su cumplimiento de la Sentencia de la Suprema Corte. Apéndice ____; Declaración de Feldman, párrafo 25. En respuesta, el Procurador General Hoyo presentó una declaración informando al Juzgado que, puesto que el Artículo 2, Fracción III, de la ley del IEPS de 1990 había sido reformado y se había revocado la Regla 121-B, Hacienda no tenía nada que hacer para cumplir la sentencia. Apéndice ____.

6. El 26 de noviembre de 1993, el Demandante escribió a la Oficina de Administración Fiscal Regional de Hacienda para el Distrito Oriente (la "Oficina Regional") solicitando las devoluciones correspondientes a noviembre de 1990 y enero y abril de 1991 que se debían al amparo de la Sentencia de la Suprema Corte de 1993 y adjuntando un cálculo de las devoluciones solicitadas, una copia certificada de la sentencia, y una copia de la orden de cumplimiento en 24 horas del Juzgado de Distrito. Apéndice ____.

7. En o alrededor del 13 de enero de 1994, el Procurador General Hoyo dirigió un memorándum a la señorita Reza Sosa informándole que podía imponer condiciones al cumplimiento de la Sentencia de 1993 exigiendo a CEMSA que presentara facturas en las que se desglosaba el IEPS por separado y expresamente al amparo del Artículo 4 de la Ley del IEPS. Apéndice ____.

8. El Demandante vio este memorándum y escribió al Procurador General Hoyo el 19 de enero de 1994, objetando vehementemente la sugerencia con fundamento en que ningún funcionario "tiene el derecho de condicionar, modificar o interpretar [la sentencia] de la Suprema Corte de la Nación". Declaración de Feldman, párrafo 27; Apéndice ____.

9. No obstante, la Administradora Regional Reza escribió a CEMSA el 24 de enero de 1994, girando instrucciones a CEMSA de que presentara documentos de apoyo que acrediten que el impuesto especial sobre producción y servicios se trasladó de manera expresa y por separado, y que ascienden a las cantidades de la devolución de impuestos que ustedes solicitan.... [para que Hacienda] esté en posición de cumplir la sentencia dictada el 18 de agosto de 1993.

Apéndice ____.

1. El Demandante de inmediato contestó por escrito a este oficio (Apéndice ____) y continuó objetando vigorosamente la imposición en CEMSA de condiciones imposibles por parte de Hacienda antes de que Hacienda cumpliera su obligación al amparo de la orden de la Suprema Corte. A CEMSA le era imposible cumplir la formalidad que exigía Hacienda puesto que CIGATAM se negaba a cumplir su obligación legal al amparo del Artículo 19, Fracción II, de la Ley del IEPS¹ de desglosar el IEPS por

¹ Ver Diario Oficial del 30 de diciembre de 1983.

separado y expresamente en sus facturas. Ver la Declaración de Feldman, párrafo 29.

2. CEMSA volvió a los juzgados y obtuvo una orden de fecha 3 de octubre de 1994, que exigía constancia y cumplimiento por parte de Hacienda en 24 horas. Apéndice ____ .

3. Finalmente, el 10 de febrero de 1994, la Administradora Regional Reza Sosa escribió a CEMSA reconociendo la obligación de Hacienda de pagar las devoluciones vencidas al amparo de la Sentencia de la Suprema Corte de 1993 y ordenando el pago a CEMSA de 428,645 pesos, incluidos los intereses y la actualización, por concepto de exportaciones realizadas en noviembre de 1990 y enero y abril de 1991. No se impusieron condiciones documentales. Apéndice ____.

4. El 21 de febrero de 1994, CEMSA recibió el pago de 428,645 pesos. Ver Feldman, párrafo 28. CEMSA objetó el faltante ante Hacienda y el juzgado. Apéndice ____ . Hacienda respondió con un pago adicional de 20,440 pesos y respondió nuevamente que había cumplido íntegramente. Apéndice ____ . No se exigieron facturas que desglosaran el impuesto. Declaración de Feldman, párrafo 28.

5. Sin embargo, Hacienda continuó negándose a permitir que CEMSA reanudara la exportación de cigarros con devoluciones del IEPS.

6. [Texto Tachado].

7. En algún momento, Hacienda informó a CEMSA que debía presentar facturas que desglosaran el IEPS para obtener las devoluciones a la vez que negaba que los productores de cigarros estaban obligados a desglosar el IEPS por separado en sus facturas. Ver Apéndice ____ (8 de abril de 1994, resolución del Administrador Fiscal General Rubén Aguirre Pangburn a CEMSA manifestando que los productores de cigarros "no tienen obligación de trasladar ese impuesto [IEPS] de manera expresa y por separado").

8. El Demandante se reunió con el Subsecretario Ismael Gómez Gordillo el 21 de abril de 1994, en relación con la resolución de Aguirre y le escribió al día siguiente solicitándole la revocación de la resolución de Aguirre. Apéndice ____; Declaración de Feldman, párrafo 30.

9. El 10 de mayo de 1994, el Subsecretario Gómez Gordillo respondió a esta solicitud y revocó la resolución del 8 de abril en relación con el traslado del IEPS. Feldman, párrafo 31. El Subsecretario confirmó que CEMSA tenía derecho a que se le trasladara el IEPS expresamente y por separado, manifestando:

[TRANSCRIBIR EL TEXTO DEL ORIGINAL EN ESPAÑOL]

Apéndice ____, se agregó el énfasis.

45. En tanto continuaba el diálogo de CEMSA con Hacienda, la controladora de CIGATAM, Philip Morris, visitó a Hacienda para cabildear en contra de que se permitiera a CEMSA recibir devoluciones del IEPS por concepto de exportación de

cigarros conforme a la Sentencia de la Suprema Corte de 1993. El Demandante escribió a Maximillian Becker, Director General de CIGATAM, el 29 de abril de 1994, para objetar esta interferencia en los derechos de CEMSA. Ver Apéndice _____. Michael B. Adams, abogado de Philip Morris, respondió reconociendo la visita y defendiendo el derecho de Philip Morris de oponerse a las devoluciones del IEPS a favor de CEMSA. Apéndice _____. Además (y tal y como lo confirmó el licenciado Gómez Gordillo en 1998), CIGATAM y Carlos Slim solicitaron al Subsecretario "impedir" que CEMSA exportara cigarros en 1994 y 1995. Declaración de Feldman, párrafo 81; Declaración de Enríquez, párrafo 12.

1. No obstante la confirmación del Subsecretario del 10 de mayo de 1994, en el sentido de que CEMSA tenía derecho a que se le trasladara el IEPS de manera expresa y por separado, los funcionarios de Hacienda, incluido el propio Subsecretario, se negaron a exigir el cumplimiento de esta ley por parte de los productores de cigarros. El Demandante se reunió con el Subsecretario nuevamente el 29 de agosto de 1994, en relación con este asunto; Oscar Enríquez, abogado de CEMSA, también estuvo presente. El licenciado Gómez Gordillo informó al Demandante enfáticamente que Hacienda no obligaría a los productores de cigarros a cumplir su obligación legal de desglosar el IEPS y que no deseaba hacer valer esta ley. Ver la Declaración de Feldman, párrafo 33; Declaración de Enríquez, párrafo 11; ver también Apéndice_____.

2. El Demandante también informó a la Comisión Federal de Competencia de la Demandada acerca de su correspondencia con Philip Morris, CIGATAM y el Subsecretario Gómez Gordillo.

Apéndice ____.

3. Además de sus reuniones con el Subsecretario Gómez Gordillo descritas anteriormente, el Demandante realizó solicitudes repetidas a lo largo de 1994, tanto por escrito como verbalmente, de que los funcionarios de Hacienda exigieran a los productores cumplir la ley. De manera alternativa, el Demandante solicitó permiso para que CEMSA desglosara ella misma el IEPS, y mencionó que a CEMSA le era imposible exhibir facturas que desglosaran el impuesto si la ley no se hacía valer contra los productores. Declaración de Feldman, párrafos 30-35; ver también la Declaración de Enríquez, párrafos 10-11. Las pruebas documentales adicionales contemporáneas de los continuos esfuerzos del Demandante para lograr el cumplimiento de la Sentencia de la Suprema Corte de 1993 y la Ley del IEPS o solicitando el permiso para que CEMSA desglosara el IEPS en virtud de su imposibilidad en relación con las facturas incluyen lo siguiente:

Apéndice ____ : escrito del Demandante al Secretario de Hacienda Jaime Sierra [sic] Puche del 12 de mayo de 1994, solicitando el cumplimiento de la Sentencia de 1993 sin condiciones.

Apéndice ___ : escrito del Demandante al Subsecretario Gómez Gordillo del 10 de junio de 1994, solicitando autorización para desglosar el IEPS en el Formulario 32, y haciendo constar las solicitudes infructuosas que hizo a CIGATAM.

Apéndice ___ : escrito del Demandante a Juan Manuel Galarza, Administrador de la Oficina General Recaudadora del 17 de junio de 1994, solicitando la autorización para desglosar el IEPS directamente y el cumplimiento de la resolución del 10 de mayo de 1994.

Apéndice ___ : telefax que el Demandante dirigió al Administrador Fiscal General Rubén Aguirre Pangburn, el 30 de junio de 1994, mencionando la negativa de CIGATAM de desglosar el IEPS y solicitándole permiso para realizar el desglose.

Apéndice ___ : telefax del Demandante dirigido al licenciado Juan Manuel Galarza de fecha 12 de julio de 1994, adjuntado copias de su correspondencia dirigida a CIGATAM.

Apéndice ___ : telefax del Demandante dirigido al Subsecretario Ismael Gómez Gordillo de fecha 1° de agosto de 1994, solicitando el cumplimiento de la ley que exige a CIGATAM desglosar el impuesto.

Apéndice ___ : escrito del Demandante dirigido a Santiago Oñate, secretario personal del Presidente Salinas, de fecha 6 de agosto de 1994, solicitando la intervención del Presidente para combatir la influencia de Carlos Slim.

Apéndice ___ : escrito del Demandante dirigido al señor Santiago Oñate de fecha 29 de agosto de 1994, solicitando una cita, resumiendo su reunión de ese día con el Subsecretario Gómez Gordillo y mencionando la negativa del Subsecretario de ejecutar la ley contra los productores y proponiendo lo siguiente:

[TRANSCRIBIR EL TEXTO DEL ORIGINAL EN ESPAÑOL].

Apéndice ___: escrito del Demandante dirigido al Administrador General Ángel Ramírez Castillo, de fecha 13 de diciembre de 1994, solicitando a la Secretaría de Hacienda que autorice a CEMSA a desglosar los impuestos o que ejecute la obligación de Philip Morris Inc. de hacerlo.

1. El Demandante también intentó repetidamente resolver el asunto del desglose del IEPS directamente con CIGATAM. Declaración de Feldman, párrafo 34. Las pruebas documentales contemporáneas de los esfuerzos del Demandante ante CIGATAM incluyen a los documentos siguientes:

Apéndice ___: escrito del Demandante dirigido al Director General de Recaudación Juan Manuel Galarza, de fecha 7 de febrero de 1994, citando la declaración de Carlos Slim en el sentido de que no desglosará los impuestos en sus facturas.

Apéndice ___: telefax del Demandante dirigido a Maximillian Becker, Director General de CIGATAM, de fecha 16 de mayo de 1994, solicitando el cumplimiento de la Sentencia de la Suprema Corte y del oficio adjunto suscrito por el Subsecretario

Gómez Gordillo el 10 de mayo de 1994, que confirma que CEMSA tenía derecho a que CIGATAM le trasladara el IEPS por separado y expresamente en sus facturas.

Apéndice ____ : telefax del Demandante a Michael B. Adams, del 25 de mayo de 1994, solicitando una reunión en relación con la Sentencia de 1993].

Apéndice ____ : telefax del Demandante dirigido a Michael B. Adams, de Philip Morris Inc., el 26 de mayo de 1994, solicitando una reunión durante el viaje del señor Feldman a Columbus, Ohio, el 1° de junio.

Apéndice ____ : recibo telefónico del Demandante correspondiente al 1° de junio de 1994, en el que consta la conversación de ____ minutos entre el señor Feldman, en Columbus, Ohio, y el señor Adams, en el Condado de Westchester, Nueva York. ____ . Ver Declaración de Feldman, párrafo ____ .

Ver Apéndice ____ : escrito del Demandante al Subsecretario Gómez Gordillo del 10 de junio de 1994, que hace referencia a ocho cartas que CEMSA dirigió a CIGATAM y a Philip Morris Inc., en las que CEMSA solicitó a esas empresas desglosar el IEPS en sus facturas, y haciendo mención que esas empresas no lo habían hecho.

1. CEMSA nuevamente recurrió al Juzgado solicitando obligar al pleno cumplimiento de la Sentencia de 1993 para permitir a CEMSA exportar cigarrillos y recuperar el IEPS.

Apéndice ____ . El 5 de julio de 1994, el juzgado se negó a dictar

una orden en ese momento puesto que la autoridad había indicado al juzgado que estaba asumiendo el cumplimiento continuo y que ya se había dado inicio a la "ejecución de la resolución".

Apéndice _____. Sin embargo, continuó abierto el expediente del juzgado.

2. Después de haber recibido la resolución del 5 de julio de 1994 del juzgado de distrito, CEMSA realizó un pequeño embarque de cigarros en agosto de 1994 para probar la declaración de Hacienda de que ya "había empezado a cumplir la sentencia". CEMSA presentó una solicitud de devolución del IEPS en relación con esta exportación y otras exportaciones de artículos distintos a cigarros, el 8 de septiembre de 1994. Mediante cheque de fecha 23 de septiembre de 1994, se pagó a CEMSA una devolución del IEPS de 1322 pesos, por concepto del IEPS reclamado sobre la exportación de cigarros. Apéndice ____; Declaración de Feldman, párrafo 33.

3. El Demandante preguntó a la Administradora Regional Reza Rosa [sic] si este pago significaba que a CEMSA se le pagarían las devoluciones del IEPS por concepto de exportaciones futuras de cigarros. Ella contestó al Demandante que el pago era un error; que CEMSA no era susceptible de recibir devoluciones del IEPS puesto que no contaba con facturas que desglosaban el IEPS por separado y de manera expresa, y que CEMSA no debiera solicitar nuevamente tales devoluciones. El Demandante pidió que esta opinión se pusiera por escrito, pero la Administradora se

negó a hacerlo. Declaración de Feldman, párrafo 34; ver también la Declaración de Enríquez, párrafo 7. En su calidad de funcionaria que pagaba las devoluciones a CEMSA para instrumentar la Sentencia de la Suprema Corte de 1993, la señorita Reza Rosa [sic] conocía íntimamente la controversia que CEMSA sostenía con el gobierno. Declaración de Feldman, párrafo 38. De igual manera lo era su sucesor, Juan Carlos Espinoza. *Ibid*, párrafos 44-45, 48-49, 63.

F. Las Negociaciones y el Convenio de 1995 que Confirma el Derecho de CEMSA a Recibir Devoluciones del IEPS sobre Exportaciones de Cigarros.

1. Una vez que surtió efectos el TLC el 1° de enero de 1994, el Demandante frecuentemente informó a los funcionarios mexicanos que el tratamiento de CEMSA por parte del gobierno violaba el TLC y les suplicó que cumplieran. Varias de estas discusiones tuvieron lugar en reuniones mensuales de la Comisión Mixta para la Promoción de las Exportaciones ["COMPEX"], un comité mixto de la industria y el gobierno organizado por la Secretaría de Industria y Comercio ("SECOFI") para promover las exportaciones mexicanas. Los funcionarios de Hacienda a menudo asistían a estas reuniones. Declaración de Feldman, párrafo 38; Declaración de Enríquez.

2. En diciembre de 1994, hubo un cambio de gobierno en México. El Presidente Carlos

3. Salinas salió y el nuevo Presidente electo Ernesto Zedillo asumió su cargo. Por esas fechas, varios nuevos funcionarios llegaron a Hacienda, incluidos funcionarios de SECOFI que favorecían la promoción de las exportaciones. Ver la Declaración de Enríquez en 5. El Demandante llevó a la atención de varios funcionarios de Hacienda, incluido el nuevo Subsecretario de Ingresos, el Doctor Pedro Noyola, el Procurador General Emilio Romano, el Administrador General de Recaudación de Impuestos Ángel Ramírez Castillo, el Administrador Judicial de Recaudación de Impuestos Fernando Heftye, el Administrador Técnico de Recaudación de Impuestos Ángel Suárez González y el Administrador Fiscal José Antonio Riquer Ramos, las preocupaciones de CEMSA. Declaración de Feldman, párrafo ____.

4. El Demandante informó a estos funcionarios la historia de la controversia, incluida la oposición de Carlos Slim a las exportaciones de cigarros de CEMSA, la Sentencia de 1993 de la Suprema Corte, el requisito de Hacienda de que se presentaran facturas desglosando el IEPS por separado y de manera expresa, la imposibilidad de CEMSA de exhibir tales facturas porque CIGATAM se rehusaba a desglosar el impuesto para sus clientes, la resolución de Gómez Gordillo del 10 de mayo de 1994 de que CEMSA tenía derecho a que se desglosara el impuesto en las facturas que se le entregaban, y la negativa de Hacienda de exigir a CIGATAM cumplir sus obligaciones conforme a la Ley del IEPS de desglosar el IEPS en sus facturas. Les presentó documentación de sus

alegatos, y de los esfuerzos que había llevado a cabo hasta la fecha. También manifestó su intención de elevar la controversia a arbitraje conforme al TLC. Declaración de Feldman, párrafos 39-40.

5. Las pruebas documentales de los contactos del Demandante con el gobierno mexicano a principios de la administración de Zedillo incluyen lo siguiente:

Apéndice ____: escrito del Demandante al Subsecretario Pedro Noyola, de 6 de diciembre de 1994, solicitando una cita, haciendo mención de la declaración de Gómez Gordillo de que buscaría que se modificara la Ley, y proponiendo soluciones a la indisposición de Hacienda de observar la sentencia de la Corte.

Apéndice ____ : escrito del Demandante al Procurador General de la República Antonio Lozano Gracia, de fecha 7 de diciembre de 1994, solicitando una reunión.

Apéndice ____: escrito del Demandante al Administrador Ángel Ramírez Castillo, de 13 de diciembre de 1994, solicitando a la Secretaría de Hacienda que autorice a CEMSA a desglosar los impuestos o que fuerce a Philip Morris Inc. a cumplir su obligación de hacerlo.

Apéndice ____: escrito del Demandante al Subsecretario Pedro Noyola, al Procurador General Emilio Romano y a los Administradores Ángel Ramírez y Fernando Heftye, de 28 de diciembre de 1994, adjuntando documentos y solicitando citas.

Apéndice ____: escrito del Demandante a Mario Aguilar y Maya, Secretario Personal del Procurador General Tomás Ruiz, del 30 de marzo de 1995, mencionando las opiniones favorables de Fernando Heftye y Ángel Ramírez entregadas al Doctor Noyola.

1. El Demandante recibió respuestas positivas a sus peticiones y escribió al Administrador Judicial Heftye el 16 de enero que el Administrador General Ramírez y el Procurador General Romano estaban trabajando en un plan para que CEMSA obtuviera devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarros. Apéndice; Declaración de Feldman, párrafo 41.

2. En o alrededor del 15 de marzo de 1995, el Demandante se reunió con el Subsecretario Noyola y le explicó los mismos asuntos personalmente. El Doctor Noyola convino en una política que permitiera a CEMSA reanudar las exportaciones de cigarros con devoluciones del IEPS y sugirió que el Demandante desarrollara los pormenores con los funcionarios fiscales de Hacienda. El Doctor Noyola también solicitó al Demandante ofrecerle alguna "cubierta" con la cual pudiese contestar a aquellos en la administración que se oponían a esta política. El Demandante sugirió una carta de la embajada estadounidense y Noyola aceptó. Declaración de Feldman, párrafo 42.

3. Después de esta reunión, el Demandante solicitó la ayuda de la Embajada Estadounidense. Declaración de Feldman, párrafo 43. El Ministro de Economía de los Estados Unidos Dan Dolan escribió al Doctor Noyola el 29 de marzo, solicitando que

el Gobierno de México cumpliera sus obligaciones conforme al TLC a favor de CEMSA. Apéndice ____.

4. El 20 de marzo de 1995, el Demandante escribió al sucesor de la Administradora Reza Sosa, Juan Carlos Espinoza Guerrero, mencionando la negativa de la señorita Reza Sosa a aceptar devoluciones futuras y solicitando que proporcionara una declaración por escrito del fundamento de esta negativa. Espinoza contestó el 4 de abril que su consulta se había "abordado en el Oficio N° 46766, de fecha 15 de septiembre de 1994, bajo la cuenta por pagar N° 236-14". Apéndice _____. El Demandante entendió que eso debería ser una referencia a los documentos que ordenaban el pago en septiembre por concepto de la exportación de cigarros de CEMSA realizada en agosto, y esta respuesta indujo al Demandante a creer que estaba avanzando en la resolución del asunto de la incapacidad de CEMSA de exhibir facturas desglosando el IEPS. Declaración de Feldman, párrafo 45.

5. Después de su reunión de marzo con el Subsecretario Noyola, el Demandante se reunió varias veces con funcionarios superiores fiscales de Hacienda para desarrollar los pormenores de la política aprobada por el Doctor Noyola. Estos funcionarios incluían al Administrador General Ángel Ramírez Castillo, al Administrador Judicial Fernando Heftye y al Administrador Técnico Ángel Suárez González. El Demandante se reunió con estos tres funcionarios por lo menos dos veces en las que el abogado de

CEMSA, Oscar Roberto Enríquez, también estuvo presente.

Declaración de Feldman, párrafos 46-47; Declaración de Enríquez, en 5. También se reunión frecuentemente con los Administradores Ramírez y Suárez. Declaración de Feldman, párrafo 46.

6. Además, el Demandante solicitó la ayuda del Presidente Zedillo y del Secretario de Hacienda Guillermo Ortiz; solicitó una reunión con el Presidente Zedillo o, como alternativa, una orden del Presidente dirigida a Hacienda para que cumpliera la Sentencia de la Suprema Corte de 1993 (Apéndice ____); y también solicitó una reunión con el Secretario Ortiz expresando la esperanza de que el Secretario no se vería influido por Carlos Slim sino que ordenaría el cumplimiento de la sentencia de la Suprema Corte a favor de CEMSA (Apéndice ____); Declaración de Feldman, párrafo 46.

7. En una reunión, en junio de 1995, en la que estuvieron presentes el Demandante, el abogado de CEMSA Oscar Enríquez, y los Administradores Ángel Ramírez, Fernando Heftye y Ángel Suárez, para desarrollar los pormenores de la política aprobada por el Doctor Noyola, el señor Ramírez estuvo de acuerdo con que CEMSA podría recibir devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarros sin obtener factura de los proveedores que desglosaran el IEPS. Nuevamente, el Demandante propuso que CEMSA podría calcular el impuesto, y Ramírez estuvo de acuerdo. Ramírez observó que, en virtud de que CEMSA era una empresa ECEX, no tenía que presentar documentación de apoyo para las

devoluciones del IEPS conforme a la Ley. CEMSA podría calcular ella misma el impuesto, y Hacienda deduciría el IEPS conforme a lo manifestado por CEMSA sin exigir facturas de proveedores que desglosaran el impuesto. Los Administradores Heftye y Suárez estuvieron de acuerdo con esta solución, y el Demandante acordó proceder conforme a esta base. Declaración de Feldman, párrafo 47; Declaración de Enríquez en 5-6.

8. El Demandante estuvo satisfecho con el acuerdo pero no podía arriesgarse a comprar cigarros sin saber con certeza que la Oficina Regional instrumentaría el acuerdo. Como prueba, CEMSA exportó una pequeña cantidad de cigarros en junio de 1995 y el 7 de julio de 1995 solicitó una devolución del IEPS de 23,894 pesos por concepto de esta exportación. Declaración de Feldman, párrafo 48; Apéndice _____. El Administrador Regional Espinoza rechazó esta solicitud el 19 de julio de 1995 por el motivo señalado de que CEMSA no contaba con facturas con el impuesto desglosado. Apéndice _____. El procedimiento de solicitud no exigía la presentación de estas facturas con la solicitud, pero el Administrador Regional Espinoza estaba enterado de que CEMSA no las tenía y no podía obtenerlas. Declaración de Feldman, párrafo 49.

9. El Demandante hizo del conocimiento esta negativa a los tres Administradores Ramírez, Heftye y Suárez. Le aseguraron que su acuerdo con CEMSA, conforme a la política aprobada por el Subsecretario Noyola, se mantenía firme aunque la Oficina

Regional aún no estaba enterada del mismo. Le garantizaron al Demandante nuevamente que Hacienda deduciría el IEPS sobre exportaciones futuras por parte de CEMSA. Declaración de Feldman, párrafo 50.

10. A finales de junio de 1995, Hacienda súbitamente inició una auditoría de CEMSA. El 5 de julio de 1995, se revocó abruptamente la auditoría. Apéndice _____. A CEMSA jamás se le informó el motivo de la auditoría o porque había sido cancelada. Declaración de Feldman, párrafo 51. Sin embargo, las constancias que Hacienda entregó al Demandante en este caso indican que

11. a. Andrés Álvarez Kuri, Administrador Central de la Administración General de Auditoría Fiscal Federal, ordenó la auditoría el 9 de junio de 1995 para comprobar la validez de las devoluciones de IVA y IEPS a CEMSA realizadas en 1992-1994 "puesto que el importe de la devolución solicitada excede el estimado". Apéndice _____ (Solicitud de Emisión de Orden de Revisión).

12. b. El señor Kuri revocó la auditoría un mes después, con fundamento en que "SE TRATA DE UN CONTRIBUYENTE INSPECCIONADO". Apéndice _____ (Memorándum de Revocación).

13. La terminación de una auditoría de esta manera no era inhabitual y sólo podía deberse a instrucciones giradas por el más elevado nivel de Hacienda (Declaración de Enríquez en 6), por lo que el Demandante consideró esta revocación como una confirmación de que el acuerdo que había logrado con los señores

Ramírez, Heftye y Suárez había sido aprobado por sus superiores.

Declaración de Feldman, párrafo 51.

14. Con base en este acuerdo con Hacienda, el Demandante empezó a tomar medidas para reiniciar el negocio de la exportación de cigarros de CEMSA. Fueron necesarios meses para desarrollar proveedores, clientes y financiamiento para reestablecer el negocio que Hacienda había cerrado tres años antes. Declaración de Feldman, párrafo 52.

15. CEMSA necesitaba financiamiento adicional puesto que el costo para CEMSA de comprar cigarros para exportación excede su precio de venta. No obstante que CEMSA recibió el pago total de su precio de venta por anticipado de sus clientes del extranjero, CEMSA necesitaba más efectivo para cubrir cada compra, porque su precio de compra incluía el IEPS que no podía trasladar a sus clientes. No había mercado extranjero para los cigarros mexicanos a precios que incluyeran el IEPS. Declaración de Feldman, párrafo 8. CEMSA continuó exportando otros bienes hasta que había recabado suficiente efectivo para reiniciar la compra y exportación de cigarros a gran escala en mayo de 1996. Declaración de Feldman, párrafo ____.

16. Aún más importante, el Demandante tenía que tener la certeza de que Hacienda cumpliría su acuerdo de realizar devoluciones a CEMSA. No aportaría grandes cantidades de dinero, y ningún acreedor haría anticipos de fondos a CEMSA, a menos que

tuviese una certeza de que se pagarían las devoluciones del IEPS. Declaración de Feldman, párrafo 52.

17. Pedro Noyola no duró mucho en Hacienda. En diciembre de 1995, lo sucedió Tomás Ruiz como Subsecretario, y el Demandante quería garantías de que el señor Ruiz cumpliría el acuerdo de Hacienda. Recibió garantías del Doctor Noyola y de los señores Ramírez y Suárez. Declaración de Feldman, párrafo 53.

18. Al estar realizando sus actividades de inicio de operaciones, el Demandante se reunió frecuentemente con los Administradores Suárez, Ramírez y Riquer durante el resto de 1995 y hasta la primavera de 1996, para confirmar que el acuerdo seguía vigente. Podía visitar a estos funcionarios sin cita formal y lo hacía con frecuencia. Estos funcionarios consistentemente aseguraban al Demandante que a CEMSA se le permitiría obtener devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarros sin la documentación que CIGATAM se negaba a suministrar, y que CEMSA podía desglosar el IEPS por sí misma. Declaración de Feldman, párrafos 53, 55.

19. En diciembre de 1995, el Subsecretario Noyola dejó su cargo con el gobierno. Antes de su partida, el Doctor Noyola le aseguró al Demandante que el acuerdo con Hacienda con el Demandante en relación con las devoluciones de IEPS por concepto de las exportaciones de cigarros de CEMSA sería cumplido por su sucesor, el Subsecretario Tomás Ruiz, y que Hacienda permitiría a

CEMSA exportar cigarros y obtener la devolución del IEPS sin la documentación que los productores se negaban a suministrar. El Doctor Noyola informó al Demandante que estaba redactando un memorándum interno dirigido a su sucesor que consignaba el acuerdo de las partes. Declaración de Feldman, párrafo 53. Aunque se le ha solicitado específicamente, la Demandada no ha suministrado este documento al Demandante.

20. Asimismo, alrededor de esta época, Hacienda consultó al Demandante en relación con los cambios que se estaban considerando en los procedimientos para las devoluciones de varios tipos de impuestos, incluidas las devoluciones del IEPS. José Riquer Ramos, quien en ese fecha era Director de Contribuyentes Mayores, envió a Marvin Feldman una nota manuscrita de fecha 8 de diciembre de 1995, pidiéndole reunirse con él para discutir los cambios propuestos. La nota señalaba que el Administrador General Ramírez había sugerido la reunión. Apéndice _____. El Demandante se reunió con el señor Riquer, conforme a lo solicitado. Declaración de Feldman, párrafo 54.

21. G. Negocio de Exportaciones de Cigarros de CEMSA de 1996 a 1997.

22. CEMSA realizó algunos pequeños embarques de cigarros de prueba en la primera parte de 1996 (Apéndice _____) y recibió el pago de las devoluciones del IEPS solicitadas en relación con estos embarques. Apéndice _____. Nadie en Hacienda hizo pregunta alguna al Demandante en relación con estas

solicitudes o pagos. A la fecha de los embarques y pagos, el Administrador Regional que tenía a su cargo expedir los pagos del IEPS a CEMSA aún era el señor Espinoza, quien estaba enterado de que CEMSA no tenía las facturas desglosando el IEPS por separado y de manera expresa. Declaración de Feldman, párrafo 56. Las solicitudes de CEMSA y los pagos de Hacienda eran acordes con el acuerdo de las partes.

23. De esta manera, para mayo de 1996, el Demandante estaba satisfecho de que Hacienda cumpliría su palabra, y CEMSA empezó a comprar y exportar cigarros a gran escala. CEMSA no habría invertido grandes cantidades en la compra de cigarros a precios que incluían el IEPS si el Demandante no tuviera garantías absolutas de Hacienda de que el IEPS se devolvería a CEMSA. Confiando en este acuerdo, el demandante no entabló acciones legales ante los tribunales mexicanos o conforme al TLC, pero no renunció a su derecho de hacerlo si el gobierno violaba su acuerdo. Declaración de Feldman, párrafo 58.

24. De igual manera en febrero de 1996, el Tribunal Fiscal de la Federación resolvió un juicio que había entablado LYNX para impugnar la negativa de Hacienda de pagar devoluciones a LYNX por concepto de las exportaciones realizadas conforme a la Ley del IEPS de 1992. No obstante los alegatos de Hacienda en sentido contrario, el tribunal decidió que LYNX era contribuyente sujeto al IEPS sobre cigarros; como exportadora, estaba sujeta a la tasa del 0% y tenía derecho a la devolución del IEPS incluido

en el precio de compra de los cigarros que exportaba (la "Resolución del Tribunal Fiscal en Relación con LYNX"). Apéndice _____. Esta resolución era congruente con la decisión de la Suprema Corte en los amparos que LYNX y CEMSA habían presentado previamente. Ver la Declaración de Enríquez en 7. Hacienda no apeló esta resolución y eventualmente realizó una transacción importante con LYNX sin exigir facturas que desglosaran el IEPS por separado y de manera expresa. Declaración de Enríquez, párrafo _____. [La Resolución del Tribunal Fiscal en Relación con LYNX era congruente con la interpretación de la ley por parte del Demandante, que de manera consistente había hecho del conocimiento de Hacienda y sobre la que finalmente había llegado a un acuerdo con Hacienda. El razonamiento de esta resolución fortaleció la confianza del Demandante en la firmeza de su acuerdo con Hacienda. Declaración de Feldman, párrafo 57.

25. El diálogo continuo del Demandante con Hacienda se prolongó después de que reinició la exportación de cigarros. Las solicitudes de devoluciones del IEPS se presentaron ante la Oficina Regional en donde el Demandante y CEMSA son bien conocidos. Se trata de la misma oficina que había pagado a CEMSA devoluciones de IEPS por exportaciones de cigarros en 1992, y que había rechazado ciertas devoluciones en 1994 y 1995 porque los funcionarios sabían que CEMSA no tenía y no podía tener facturas con el impuesto desglosado por separado y de manera expresa. A lo largo de 1996 y 1997, cuando CEMSA estaba exportando, el

Demandante tenía comunicación continua con esta Oficina Regional para acelerar el pago de las devoluciones del IEPS. Se suponía que las devoluciones se realizarían en un plazo de cinco días siguientes a la solicitud de CEMSA. Declaración de Feldman, párrafo 12. Si se demoraba el pago, como ocurría siempre, el Demandante llamaba a esta oficina para solicitar que se acelerara el pago. Declaración de Feldman, párrafo 62.

26. El 15 de octubre de 1996, el Administrador Regional Espinoza informó al Demandante que no recordaba el acuerdo que el Demandante había tenido con Hacienda en el sentido de que se devolvería el IEPS a CEMSA que se había cobrado sobre exportaciones de cigarros sin que CEMSA obtuviera facturas que desglosaran el impuesto. El Demandante le recordó los términos del acuerdo, y le pidió confirmar lo anterior con el Administrador Suárez. El señor Espinoza llamó a la oficina del señor Suárez en presencia del Demandante, y el señor Sergio Sánchez, de esa oficina, le confirmó el acuerdo por teléfono en ausencia del señor Suárez. Más tarde ese mismo día, el Demandante escribió a Edgar López, secretario personal del señor Ramírez, para informarle de su reunión y le pidió llamar al señor Espinoza para confirmar el acuerdo. Ver Apéndice _____. El día siguiente, el Demandante envió al señor Espinoza una copia de la Sentencia de 1993 y de la carta del señor Dolan de fecha 29 de marzo de 1995 dirigida al Subsecretario Noyola para apoyar más aún el acuerdo de CEMSA con Hacienda. Apéndice _____. Estas

cartas contemporáneas se referían específicamente al "acuerdo" del Demandante con Hacienda. Hacienda no negó el acuerdo al recibir estas cartas, sino que lo confirmó y continuó pagando las devoluciones del IEPS conforme a lo acordado. Así, estas comunicaciones resolvieron el asunto y Hacienda continuó otorgando devoluciones del IEPS a CEMSA sobre sus exportaciones de cigarros hasta noviembre de 1997. Declaración de Feldman, párrafos 63-64.

27. En junio y agosto de 1996, la Suprema Corte envió avisos a Hacienda solicitando a la autoridad contestar para hacer constar su cumplimiento exacto de la Sentencia de la Suprema Corte de 1993. Apéndice _____. El Procurador General Gómez Gordillo respondió en septiembre de 1996 que el Secretario había cumplido. Apéndice _____. La Corte envió esta respuesta al Demandante en octubre solicitando la opinión del Demandante. Apéndice _____. Puesto que Hacienda había reconocido el derecho vigente de CEMSA de obtener devoluciones de IEPS sobre sus exportaciones de cigarros a través de este acuerdo con el Demandante y había cumplido ese acuerdo con el pago de las devoluciones del IEPS [sic]. Declaración de Feldman, párrafo 65. El abogado del Demandante presentó un aviso a la Corte manifestando la conformidad de CEMSA. Apéndice ___; Declaración de Enríquez, párrafo 20. A consecuencia, la Corte cerró el caso en noviembre de 1996. Apéndice _____.

28. En algún momento en 1997, el Director de SAM'S informó que un socio comercial de Carlos Slim había pedido a SAM'S que no vendiera cigarrillos a CEMSA. Declaración de Feldman, párrafo ____.

29. Asimismo en 1997, CIGATAM continuó tomando medidas para sacar a CEMSA del negocio de exportación de cigarrillos. Se dedicó a acosar deliberadamente a CEMSA enviando tres de [sic] más agentes al aeropuerto, los muelles y las bodegas desde las que CEMSA estaba exportando o comprando para hacer preguntas acerca de CEMSA y amenazar a sus proveedores, corredores y clientes. Ver el Apéndice ____ (carta del 25 de junio de 1997 que el Demandante dirigió a Maximillian Becker, Director General de CIGATAM, pidiéndole que interrumpiera estas actividades).

30. El negocio de cigarrillos de CEMSA creció significativamente de junio de 1996 a diciembre de 1997. En 1996, los ingresos de CEMSA por concepto de exportación de cigarrillos ascendieron a US\$1,507,782.00, y devengaron utilidades sobre estas ventas de por lo menos US\$199,599. Ver la Declaración de Zaga en ____; GEA en _____. (Estas cifras de ventas y actividades son las que pueden documentarse más plenamente y significativamente no reflejan lo que realmente son. Zaga en ____).

31. En 1997, los ingresos de CEMSA por concepto de exportación de cigarrillos ascendieron a US\$5,522,981.00 y habrían devengado utilidades de US\$_____ sobre estas ventas si la

Demandada hubiese pagado las devoluciones de IEPS que correspondían a CEMSA por las exportaciones de cigarros realizadas en octubre, noviembre y diciembre. El hecho de que la Demandada no pagara estas devoluciones redujo las utilidades de CEMSA sobre exportaciones de cigarros en 1997 a US\$ _____ (Estas cifras de ventas y actividades son las que pueden documentarse más plenamente y significativamente no reflejan lo que realmente son. Zaga en ____).

32. La rutina conforme a la que CEMSA exportó cigarros en 1996 y 1997 fue consistente. Cuando CEMSA recibía un pedido, compraba la cantidad necesaria de cigarros de un proveedor mexicano, como SAM'S. CEMSA entonces proporcionaba los pormenores de la compraventa al agente de exportaciones de CEMSA por teléfono o telefax para que el agente generara los documentos de exportación conducentes ("pedimentos de exportación" o "pedimentos"). El agente de exportaciones de CEMSA en 1996-1997 fue Multi Modal. Después de la compra, CEMSA llevaba los cigarros al aeropuerto directamente desde el proveedor en un camión rentado suministrado por el agente de CEMSA y que pagaba CEMSA. CEMSA contrataba a uno o más policías para escoltar el camión al aeropuerto. El agente de CEMSA recibía el camión en el aeropuerto, y el camión se introducía directamente a la zona aduanal protegida. El agente traía consigo el pedimento necesario y lo presentaba a los funcionarios aduanales para que se revisaran en el sistema de computación de aduanas. Si el

pedimento estaba correcto, se ordenaba al camión dirigirse al área de resguardo protegida de la aerolínea en particular encargada de embarcar los cigarros. Ocasionalmente, los funcionarios aduanales inspeccionaban el camión y las cajas antes de ordenar al camión que se dirigiera al área de resguardo, que también estaba dentro del área aduanal protegida en el aeropuerto. Ahí se descargaban los cigarros, donde permanecían hasta que la aerolínea los cargara para su embarque. Declaración de Feldman, párrafo 9.

33. A efecto de exhibir los pedimentos necesarios antes de recibir los cigarros en el aeropuerto, el agente ingresaba la información que CEMSA había suministrado en relación con la naturaleza y cantidad de los bienes que se estaban embarcando, el valor del embarque en dólares, M.A. (que era el mismo que el precio de venta de CEMSA a sus clientes), el cliente y su destino, y el R.F.C. de CEMSA que comprobaba su registro como exportador autorizado, en una computadora que estaba conectada al sistema de computación central y al banco de datos que mantenía Hacienda. Declaración de Feldman, párrafo 10. A consecuencia de los registros de CEMSA como empresa de comercio exterior y como exportadora ECEX, el sistema central de Hacienda reconocía a CEMSA como una exportadora de mucho tiempo y calificada de cigarros y bebidas alcohólicas, el agente pudo generar el pedimento. De no haber sido CEMSA una exportadora registrada reconocida por el banco de datos de Hacienda, la

computadora del agente no habría podido general el pedimento, y se habría denegado el permiso de exportación. Esta información fue confirmada por los funcionarios aduanales del gobierno en el punto de revisión por computadora de Aduanas descrito anteriormente. Declaración de Feldman, párrafo 10.

34. CEMSA presentó solicitudes de devoluciones del IEPS a Hacienda mensualmente que amparaban exportaciones realizadas en o alrededor de las cuatro semanas anteriores. Declaración de Feldman, párrafo 11. En 1996 y 1997, el Demandante no estaba enterado de a cuánto ascendía el IEPS real calculado por los productores. CIGATAM no lo desglosaba en sus facturas a sus proveedores, por lo que los proveedores de CEMSA no podían desglosarlo a CEMSA. Hacienda no forzaba a los productores a desglosar el impuesto. Feldman, párrafo 70.

35. Las constancias indican que, en 1996 y para parte de 1997, el Demandado calculó el IEPS sobre la base de una fórmula aplicada al precio de compra de CEMSA haciendo uso de la tasa legal del IEPS del 85%. Ver la Declaración de Feldman, párrafo 70; Apéndice _____. En la primera parte de 1997, el Demandante consultó a José Riquer Ramos, Director de Contribuyentes Mayores, en relación con las reformas de 1997 a la Ley del IEPS y el método adecuado de calcular el IEPS sobre las compras de cigarros realizadas por CEMSA. En esta reunión con el señor Riquer, el Demandante explicó que, conforme a la Ley del IEPS tal y como estaba redactada, consideraba que el impuesto

debiera calcularse a razón del 85% del costo de los cigarros, el costo para CEMSA era su precio de compra, que estaba por abajo de los precios al menudeo normales puesto que CEMSA compraba de una tienda de descuento y además se le otorgaba un descuento adicional en virtud de sus altos volúmenes de compra. Después de revisar la Ley y realizar un ejercicio de cálculos modelo juntos en el despacho del señor Riquer, el señor Riquer convino con el Demandante que éste era el método correcto de calcular aplicable a CEMSA conforme a la Ley tal y como estaba redactada. Después de esta reunión, el Demandante ajustó la fórmula para calcular las devoluciones de IEPS de CEMSA y calculó el impuesto sobre las solicitudes ulteriores de CEMSA mediante el método confirmado con el señor Riquer, es decir, el precio de compra de CEMSA multiplicado por 85%. Declaración de Feldman, párrafo ____.

36. CEMSA informó a Hacienda de cada exportación de cigarros realizada en 1996 y en 1997 de la manera siguiente:

37. a. Cada solicitud de devolución de IEPS presentada por CEMSA ante la Oficina Regional constaba de un Formulario 32, el formato de solicitud de Hacienda para devoluciones de impuestos varios, con una Carta Responsiva en la que CEMSA consignaba el fundamento legal de su solicitud de devoluciones de IEPS. Declaración de Feldman, párrafo 60; y ver Apéndice ____.

38. b. Además, en 1997, CEMSA presentó cada mes ante la misma Oficina Regional una "Constancia de Exportación" que

mostraba la cantidad de cigarros comprada de cada proveedor para su exportación. La constancia hacía referencia al pedimento para cada compra que identificaba al comprador extranjero de los bienes exportados. Esta promoción era necesaria para que CEMSA comprara los cigarros para exportación sin que se le cobrara el impuesto al valor agregado (IVA) en 1997. Declaración de Feldman, párrafo 61; y ver Apéndice ____ (muestra de Constancia de Exportación).

39. c. En el momento de la exportación real, a Hacienda se le daban todos los detalles de cada embarque, incluido el nombre de la exportadora, la cantidad y el tipo de bienes, el valor, el destino y la identidad de los clientes, a través del procedimiento seguido por el agente de exportaciones de CEMSA para obtener los documentos de exportación y por los funcionarios aduanales para confirmar los pedimentos. Declaración de Feldman, párrafo 10.

40.89 a. Hubo numerosas comunicaciones por escrito y verbales entre CEMSA y Hacienda durante este tiempo que aludían a las devoluciones del IEPS a CEMSA sobre exportación de cigarros, incluida la correspondencia de Hacienda a CEMSA como contribuyente con derecho a devoluciones del IEPS por concepto de exportaciones de cigarros y en relación con el calendario de pago de las devoluciones del IEPS a CEMSA. Apéndice ____ . Por ejemplo, el 25 de febrero de 1997, y nuevamente el 10 de septiembre de 1997, la Oficina de Administración Fiscal Regional

de Hacienda envió a CEMSA si cédula de identificación fiscal correspondiente al año, que muestra que CEMSA había sido un contribuyente registrado con derecho a devoluciones del IEPS por concepto de exportaciones de cigarros desde por lo menos el 12 de marzo de 1992. Apéndice _____. El 22 de agosto de 1997, la Directora General de SECOFI Rocío Ruiz Chávez envió un oficio al Demandante señalando que las devoluciones del IEPS se liquidarían en diez días conforme al documento oficial suscrito por el Administrador General de Ingresos de Hacienda, Ángel Suárez González. Apéndice _____. El Administrador Suárez González escribió al Demandante el 10 de octubre de 1997, informándole, en respuesta a la consulta de CEMSA, que el plazo de diez días para expedir las devoluciones del IEPS estaba vigente desde el 1° de septiembre de 1997. Apéndice _____.

41. De esta manera, Hacienda fue plenamente informada, a lo largo de 1996 y 1997, del negocio de exportación de cigarros de CEMSA y la base sobre la que estaba solicitando devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarros. Hacienda cumplió su compromiso a favor de CEMSA y pagó las devoluciones del IEPS que CEMSA había solicitado sobre la exportaciones de cigarros realizadas por CEMSA entre mayo de 1996 y septiembre de 1997. Apéndice _____. Ningún funcionario de Hacienda, en algún momento en el que CEMSA estaba exportando cigarros en 1996 y 1997 o antes, impugnó el hecho de que CEMSA fuese contribuyente con derecho a una devolución del IEPS. Ningún funcionario impugnó

los métodos que el Demandante usó para calcular las devoluciones de CEMSA. Al contrario, los funcionarios de Hacienda confirmaron que los métodos empleados eran correctos. Feldman, párrafos 14, 47, 70.

42.91 La calidad de CEMSA como contribuyente con derecho a devoluciones del IEPS por concepto de exportaciones de cigarros fue reconocida expresamente por Hacienda en un oficio dirigido a las autoridades fiscales hondureñas de fecha 15 de marzo de 1998, en relación con su investigación de la presunta relación de CEMSA con un cliente denominado DILOSA. En ese oficio del Subdirector General de Auditoría Internacional de Hacienda, ésta manifestó lo siguiente:

[TRANSCRIBIR EL TEXTO DEL ORIGINAL EN ESPAÑOL]

Apéndice ____, se agregó el énfasis.

92. La Ley del IEPS, al igual que otra legislación mexicana, se reforma anualmente. Ver la Declaración de Loperena en _____. Ciertos cambios se realizaron para surtir efectos el 1° de enero de 1997, que el Demandante no entendió. Para asegurarse de que CEMSA no se vería afectada, se dirigió a Mario de la Vega, Secretario Personal del Secretario de Hacienda Guillermo Ortiz, recordándole del acuerdo de Hacienda con CEMSA y solicitando garantías de que no habría cambio en la política que afectara a CEMSA. El Demandante también informó a de la Vega que CEMSA continuaba exportando cigarros. Declaración de Feldman, párrafo

66. Apéndice _____. El escrito del Demandante del 23 de enero de 1997 señala lo siguiente:

[TRANSCRIBIR EL TEXTO DEL ORIGINAL EN ESPAÑOL]

Apéndice _____, se agregó el énfasis.

93. El 28 de enero de 1997, el Demandante se dirigió al Subsecretario Tomás Ruiz, recordándole del acuerdo con Hacienda conforme al que CEMSA había estado exportando cigarros en 1996 (Declaración de Feldman, párrafo 67) y solicitando lo siguiente:

[TRANSCRIBIR EL TEXTO DEL ORIGINAL EN ESPAÑOL]

Apéndice _____.

94. El 11 de febrero de 1997, el Director General de Política de Ingresos de Hacienda, Mario Gabriel Budebo, envió al Demandante una copia de la reforma de la Ley del IEPS publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 1996.

Apéndice _____.

95. Los contactos del Demandante en Hacienda le aseguraron que no habían recibido instrucciones para modificar la política hacia CEMSA. Declaración de Feldman, párrafo 69. El 16 de marzo de 1997, el Administrador General de Hacienda, Miguel Gómez Bravo, contestó al escrito del 28 de enero que el Demandante dirigió a Tomás Ruiz. El señor Gómez Bravo revisó la historia de la Ley del IEPS y manifestó: "a partir de 1992, la fracción mencionada se reformó nuevamente, lo que abrió la posibilidad de que cualquier exportador solicite la tasa del 0%".

Apéndice _____, se agregó el énfasis. De esta manera, el Demandante entendió que el señor Ruiz, a través del señor Gómez Bravo, estaba de acuerdo con su punto de vista de que no había cambio importante en la Ley y que CEMSA continuaría recibiendo devoluciones del IEPS por concepto de sus exportaciones de cigarros, sin obtener facturas que desglosaran el impuesto. Declaración de Feldman, párrafo 69. También entendió, de su reunión con el señor Riquer antes mencionada, que CEMSA recibiría las devoluciones conforme a la Ley de 1997. Declaración de Feldman, párrafo 70.

96. Al basarse en lo anterior, CEMSA continuó exportando cigarros y solicitando devoluciones del IEPS en 1997 en el entendido de que se pagarían las devoluciones. Hacienda estaba enterada de que CEMSA continuaba exportando cigarros basándose en el oficio de Gómez Bravo. Declaración de Feldman, párrafo 71.

97. Algunas de las exportaciones de cigarros de CEMSA se embarcaron al aeropuerto de Honduras por instrucciones del cliente de CEMSA, DILOSA, S.A. DE C.V. ("DILOSA"). Declaración de Feldman, párrafo 75. Aparentemente, estos embarques no se ingresaron en el territorio aduanal de Honduras y posiblemente se reembarcaron a terceros países. (Ver Apéndice, del 3 de noviembre de 1993, del Director de Auditoría Fiscal Mejía Guízar al Administrador de Auditoría Fiscal Gabriel Oliver, exhibido por la Demandada). Es práctica común en comercio internacional que

un comprador proteja su comisión no divulgando quién es el consumidor último de los bienes. Feldman, CEMSA y DILOSA no son partes vinculadas. Apéndice ____; Declaración de Feldman, párrafo 75. Ni el Demandante ni CEMSA tienen participación financiera en DILOSA de manera directa o indirecta. Declaración de Feldman, párrafo 75. El 29 de octubre de 1997, el Demandante presentó una declaración ante Hacienda conforme a la Regla 6.1.1, Reglamento Provisional Anual del IEPS, señalando que CEMSA y DILOSA no eran partes vinculadas. Apéndice _____. Una declaración para los mismos efectos por parte de Raúl Gutiérrez Mardiago, Director General de DILOSA, se presentó a Hacienda en apoyo de la declaración de CEMSA. Apéndice _____. Puesto que las empresas no están vinculadas, a CEMSA se le permitía exportar a Honduras, una jurisdicción de baja imposición conforme a la Ley del IEPS. No obstante, los productos exhibidos por la Demandada en este procedimiento señalan que Hacienda rechazó las devoluciones del IEPS por concepto de las exportaciones a esta empresa porque a su juicio CEMSA y DILOSA estaban vinculadas. Ver el Apéndice _____.

98. A medida que crecía el negocio de exportación de cigarros de CEMSA en 1996 y 1997, CEMSA invirtió grandes cantidades en la compra de cigarros para la exportación. Algunas de estas cantidades se obtuvieron en préstamo, otros fondos los entregó el Demandante como anticipo a la empresa en efectivo o mediante el uso de su tarjeta de crédito para comprar los cigarros. Ni el Demandante ni sus acreedores habrían arriesgado

estos fondos sin la garantía de que CEMSA recuperaría el IEPS incluido en el precio que pagaba por los cigarros. Declaración de Feldman, párrafo ____.

99. En 1996-1997, cuando CEMSA obtuvo fondos en préstamo de terceros para financiar sus compras de cigarros (primordialmente en la porción del precio integrada por el IEPS), se pagaron estos préstamos, más un 14% del importe del préstamo (en promedio) cuando Hacienda liquidó las devoluciones del IEPS. Declaración de Feldman, párrafo 72. Según los cheques retirados de los archivos de CEMSA, la compañía hizo los pagos siguientes a los acreedores por concepto de esos préstamos en 1996-1997:

Doctor Ariel Zagorin: 29,889, 301 pesos.

Señores César Poblano y Gustavo Gámez: 3,828,277 pesos.

Ver las copias de los cheques en el Apéndice _____. El Demandante calcula que los intereses incluidos en estos pagos ascienden a 4,984,626 pesos.

97. Las deudas principales insolutas de CEMSA por concepto de esos préstamos son las siguientes:

Doctor Ariel Zagorin: 4,418,819 pesos.

Señor César Poblano: 1,763,180 pesos.

Señor Gustavo Gámez: 1,763,180 pesos.

Ver Apéndice _____. Estos préstamos se relacionan con las compras y exportaciones de cigarros de CEMSA realizadas en octubre-diciembre de 1997 en relación con las que se rechazaron

las devoluciones del IEPS, según se señala más adelante.

Declaración de Feldman, párrafo 73.

H. Terminación del Negocio de Exportación de Cigarros de CEMSA.

97. El negocio de exportación de cigarros de CEMSA continuó de manera normal a lo largo de noviembre de 1997. En octubre, CEMSA exportó 2,805 cajas maestras [master cases] de cigarros y el 3 de noviembre de 1997 solicitó una devolución del IEPS por 10,134,669 pesos. Apéndice _____. En noviembre, CEMSA exportó 2,093 cajas maestras [master cases] y el 1° de diciembre de 1997 solicitó devoluciones del IEPS por 8,841,061 pesos. Apéndice _____.

98.102. El Administrador Ángel Suárez informó al Demandante a finales de noviembre o muy a principios de diciembre de 1997, que las devoluciones del IEPS correspondientes a octubre y noviembre no se pagarían y que a CEMSA no se le permitiría exportar cigarros en el futuro con devoluciones del IEPS.

Feldman, párrafo 78. Ver Apéndice _____.

99.103. A consecuencia de esta súbita revocación de la política por parte de Hacienda sin informar al Demandante, CEMSA ya no contaba con 18,975,730 pesos, o alrededor de US\$2.35 millones, que había pagado por el componente del IEPS del precio de compra de los cigarros que exportó en octubre y noviembre de 1997. Declaración de Feldman, párrafo 77; Apéndice _____. Esta pérdida de dinero, que CEMSA incurrió con base en su promesa de

pagar las devoluciones del IEPS sobre las exportaciones de cigarros de la compañía, ascenderá a US\$6.54 millones al 1° de junio de 2001, con base en la fórmula legal empleada para ajustar los créditos fiscales a favor de y las devoluciones por Hacienda conforme a las leyes mexicanas. Ver el análisis de este asunto en los párrafos ____ siguientes.

100.104. Al recibir la noticia de Suárez, CEMSA de inmediato preparó y presentó una consulta formal con Hacienda, en la que consignó las bases conforme a las que reclamaba tener derecho a devoluciones del IEPS en relación con sus exportaciones de cigarros realizadas en octubre y noviembre de 1997. Apéndice _____.

101.105. CEMSA de inmediato dejó de comprar cigarros para su exportación con excepción de pequeños embarques de prueba que realizó en diciembre de 1997 (al confirmar la información verbal que recibió del señor Suárez) y enero de 1998 y enero de 2000 (para probar las reformas a la Ley del IEPS correspondientes a esos años). Apéndice _____. Las solicitudes de CEMSA de devoluciones del IEPS por concepto de esos embarques se rechazaron. Declaración de Feldman, párrafo 78; Apéndice _____.

102.106. CEMSA no recibió la notificación formal de rechazo, por parte de Hacienda, de las solicitudes de devoluciones que presentó CEMSA en el otoño de 1997 sino hasta el 3 de marzo de 1998 (Declaración de Feldman, párrafo 84), no obstante que los avisos de rechazo ostentaban fecha del 7 de

noviembre de 1997 (para los embarques de octubre) (Apéndice ____), y 5 de diciembre de 1997 (Apéndice ____). El motivo que se dio fue que no se contaba con facturas que desglosaran el IEPS por separado y de manera expresa.

103.107. La fecha del 7 de noviembre de 1997 en el primer aviso de rechazo muestra que Hacienda había decidido, a principios de noviembre de 1997, cerrar las exportaciones de cigarros por CEMSA permanentemente. Tomás Ruiz confirmó esta decisión en una conversación con Alfonso Pérez Lizeaur y Ariel Zagorin en alrededor de enero de 1998, en la que dijo que Hacienda pagaría las devoluciones correspondientes a octubre y noviembre únicamente si el Demandante se comprometía a suspender las exportaciones de cigarros y renunciaba a todos sus derechos legales de entablar acciones. Declaración de Feldman, párrafo 84.

104.108. El Demandante vigorosamente objetó la terminación del negocio de exportación de cigarros de CEMSA de manera verbal, por escrito y en los medios. Declaración de Feldman, párrafo 79; y ver, por ejemplo, Apéndice ____ (consulta presentada ante Hacienda en relación con el rechazo, de fecha 12 de diciembre de 1997 (Apéndice ____)); Apéndice ____ (desplegados en los periódicos); Apéndice ____ (escritos del 1° de diciembre de 1997 al Secretario de Hacienda Ortiz y al Secretario del Presidente Zedillo, Alejandro Garay, anexando una copia de los desplegados en los medios); Apéndice ____ (queja

presentada al Contralor Interno, José Luis Martínez, el 28 de noviembre de 1997 en relación con la Reforma de 1998 al Artículo 11, relativa a la aplicación anticipada de a [sic] exportaciones de 1997 y abuso del poder); Apéndice ____ (respuesta a dicha queja por parte de Gabriel Armería Gutiérrez señalando que el Demandante se dirigió a la oficina equivocada para solicitar ayuda, del 24 de diciembre de 1997); Apéndice ____ (la objeción adicional del Demandante presentada con Martínez el 30 de diciembre de 1997); Apéndice ____ (declaración de postura presentada al Procurador General Gómez Gordillo con los fundamentos legales de los derechos de CEMSA a las devoluciones del IEPS por concepto de exportaciones de cigarros, 20 de diciembre de 1997). También solicitó la ayuda de la Embajada de los Estados Unidos y, el 17 de diciembre de 1997, el Consejero Económico de los Estados Unidos William Brew se dirigió al Subsecretario Tomás Ruiz González solicitando su intervención. Apéndice ____.

105.109. El Demandante también se reunió personalmente con el Procurador General de Hacienda Ismael Gómez Gordillo en tres ocasiones entre diciembre de 1997 y enero de 1998 para presionar para que se pagaran a CEMSA las devoluciones del IEPS. A las reuniones entre el Demandante y Gómez Gordillo también asistieron el abogado de CEMSA y otros representantes de Hacienda y ambas partes, por acuerdo mutuo, las grabaron. Declaración de Feldman, párrafo 80. Las transcripciones de partes de las

grabaciones respectivas de los participantes de las reuniones aparecen en el Apéndice ____ (transcripción en español del Demandante); Apéndice ____ (traducción en inglés del Demandante) y Apéndice ____ (transcripción en español de la Demandada con la traducción al inglés de cortesía del Demandante).

106.110. Durante estas reuniones, el señor Gómez Gordillo reconoció que CEMSA tenía derecho a las devoluciones del IEPS de 1992 y 1997, señalando:

Sí, sí, estoy totalmente de acuerdo.... los amparos los protegían a ustedes hasta 1997, en que se reformó la Ley... Sus amparos los protegieron a ustedes por mucho tiempo; deja de protegerlos conforme a la reforma de 1997...

Ver el Apéndice ____.

111. El señor Gómez Gordillo también aceptó que CEMSA se ganó el derecho a la tasa 0 ante la Suprema Corte "Y le digo a usted, y usted lo ganó, bueno, aunque sea doloroso, ¿no es así? ¿Qué podemos hacer?" y explicó que era "doloroso" porque Hacienda "perdió" los ingresos del IEPS que tuvo que rembolsar a CEMSA y que originalmente había considerado que no eran reembolsables. Apéndice ____.

112. Además, el Procurador General reconoció, en el coloquio siguiente, que él había iniciado el procedimiento que originó que CEMSA obtuviera las devoluciones del IEPS en 1996-1997, dictando la resolución [del 10 de mayo de 1994]:

[TRANSCRIBIR EL TEXTO DEL ORIGINAL EN ESPAÑOL]

Apéndice ____.

113. La Ley del IEPS se reformó para surtir efectos el 1° de enero de 1998. Esta reforma modificó el Artículo 11 para disponer que el IEPS "no se pagará en relación con ventas ulteriores, siempre y cuando no se solicite un crédito o la devolución del impuesto por concepto de esas ventas" y agregó un requisito en el Artículo 19 de que los exportadores de tabaco labrado deben registrarse en el Registro de Exportadores de Hacienda.¹

114. CEMSA compró y exportó un pequeño embarque de cigarros en enero de 1998 y solicitó las devoluciones del IEPS por concepto de esta exportación el 3 de febrero de 1998, para aprobar la legislación vigente en 1998. Declaración de Feldman, párrafos 78, 85. Hacienda rechazó esta solicitud de devolución el 10 de febrero de 1998, con fundamento en que CEMSA no tenía facturas con el IEPS desgolsado por separado y de manera expresa. Apéndice ____.

115. Hacienda respondió a la consulta de CEMSA del 12 de diciembre. Ver Apéndice _____. (Resolución de Alberto Real Benitez, Administrador Fiscal Jurídico Local del Oriente del Distrito Federal a CEMSA, rechazando las devoluciones con fundamento en que la adquisición y enajenación, por parte de CEMSA, de los cigarros constituían "enajenaciones subsecuentes" que no son susceptibles de un crédito o devolución del impuesto,

no obstante que CEMSA exportó los cigarros, y observando que la resolución del 16 de marzo de 1997, citada [por] CEMSA no surtía efectos en este caso en particular).

116. En _____ de 1998, CEMSA entabló un procedimiento ante los tribunales mexicanos para impugnar la resolución del 24 de febrero de 1998. Uno de los objetos de este procedimiento era preservar la situación jurídica de CEMSA en relación con las devoluciones del IEPS de 1996-1997 y evitar admisiones de ilegalidad conforme al derecho mexicano que pudieran dar origen a sanciones penales. Otro objeto era impugnar la constitucionalidad de las reformas al Artículo 11 de la ley del IEPS vigentes a partir del 1° de enero de 1998.

Declaración de Feldman, párrafo ____.

117. En las reformas de 1998 a [la ley del] IEPS, Hacienda estableció un nuevo procedimiento que exigía a los exportadores de cigarros o de bebidas alcohólicas estar aprobados y registrados por Hacienda. CEMSA intentó obtener dicha aprobación y dicho registro, pero Hacienda no respondió.

Declaración de Feldman, párrafo 90.

118.118. Los documentos exhibidos por la Demandada indican que (1) CEMSA solicitó el 30 de junio de 1998 el registro como exportador de cigarros, bebidas alcohólicas y productos de tabaco (Apéndice ____), (2) esta solicitud se circuló a representantes de estas industrias, incluidas **CIGATAM** (Apéndice

¹ Diario Oficial del 31 de diciembre de 1997.

___), y CEMSA fue rechazada por la Asociación Nacional de Productores de Cerveza porque "no existe un contrato de compraventa celebrado [por CEMSA] con algún fabricante".

Apéndice ___. No se exhibió la respuesta de la industria cigarrera a Hacienda.

119. Auditoría fiscal de Hacienda de 1998 de CEMSA.

120.119. El 16 de febrero de 1998, el Demandante entregó a la Demandada y al Gobierno de los Estados Unidos su Aviso de Intención de Someter una Reclamación a Arbitraje conforme al Artículo 119 del TLC. También informó a la Demandada que pretendía publicar su queja en el Wall Street Journal. El despacho del Presidente Zedillo hizo circular la versión de que el Demandante "tendría a todo el gobierno mexicano encima" si publica. El Demandante hizo la publicación el 9 de marzo de 1998, y Hacienda dio inicio a una campaña de acoso contra CEMSA que se prolonga hasta hoy día. Declaración de Feldman, párrafo 86.

121.120. En julio de 1998, el Servicio de Administración Tributaria ("SAT"), la rama de auditoría de Hacienda inició una auditoría de tres días de las exportaciones de CEMSA exportaciones [sic] de 1996-1997. Media docena de funcionarios y tres guardias armados se apersonaron en las oficinas de CEMSA con cuatro fotocopadoras. Se apoderará y copiaron todos los documentos en poder de CEMSA. Declaración de Feldman, párrafo 88.

122. El SAT expidió una liquidación fiscal contra CEMSA el 1° de marzo de 1999, por una cantidad equivalente a US\$25 millones, y amenazando con recuperar alrededor de US\$1.9 millones de devoluciones del IEPS pagadas en 1996 y 1997, más intereses, multas y actualización. El fundamento principal de esta liquidación fue que, según SAT, CEMSA no contaba con la documentación necesaria para apoyar las devoluciones del IEPS, específicamente las facturas de sus proveedores desglosando el impuesto por separado y de manera expresa. SAT no manifestó que CEMSA no era contribuyente conforme a la ley del IEPS.

Declaración de Feldman, párrafo 88.

123. Para evitar decomisos y multas penales, CEMSA entabló otra acción ante los tribunales mexicanos impugnando la auditoría y la liquidación de impuestos que siguió. El Tribunal Fiscal de la Federación había cancelado la liquidación por motivos procedimentales y sustantivos, pero el caso se encuentra en la etapa de apelación. Declaración de Feldman, párrafo 89.

124. Una vez que se constituyó este Tribunal, el Demandante intentó retirar sus dos acciones de defensa de los tribunales mexicanos. En ambos casos, los tribunales mexicanos hicieron caso omiso de estas peticiones. Declaración de Feldman, párrafo 89.

125. Cuando el Demandante se enteró que el Tribunal Fiscal había asignado el caso de la liquidación de impuestos al Juez Rubén Aguirre Pangburn, el Demandante solicitó que al Juez

Aguirre recusará del asunto a consecuencia de su participación previa en asuntos importantes que afectaban directamente a CEMSA y sus derechos a devoluciones del IEPS por concepto de exportaciones de cigarros y la demanda penal entablada en su contra por el Demandante. El juzgado rechazó esta petición.

Declaración de Feldman, párrafo 89.

126. El 19 de enero de 2000, CEMSA nuevamente intentó exportar un embarque de prueba de cigarros para poder solicitar las devoluciones del IEPS por esta exportación y estar en posición, cuando se rechazaran las devoluciones, de impugnar las reformas del 1° de enero de 2000 a la ley del IEPS ante los tribunales. La exportación se rechazó cuando el agente aduanal de CEMSA no pudo obtener una declaración de exportación o pedimento a través de su conexión por computadora con Hacienda. El agente mostró al Demandante un informe que señalaba que el "RFC no está autorizado para importar o exportar el producto correspondiente a la fracción aduanal señalada. El RFC no está registrado en la lista de importadores/exportadores del producto señalado". Ver Declaración de Feldman, párrafo 90 y copia del informe en el Apéndice ____.

I. Devoluciones de Hacienda a exportadores mexicanos.

126. Alrededor de julio de 1999, el Demandante se enteró que Hacienda estaba permitiendo exportaciones de cigarros y otorgando devoluciones del IEPS sobre tales exportaciones a por lo menos una empresa propiedad de mexicanos que, al igual que

CEMSA, no es productora de cigarros. La compañía era Mercados Regionales, S.A. de C.V. ("Mercados I"). Esta información provino de César Poblano, socio del negocio de LYNX, que también había otorgado préstamos a CEMSA en 1996-1997, cuando CEMSA obtuvo préstamo para financiar compras de cigarros tal y como se señala anteriormente. Declaración de Feldman, párrafo 92.

127. Ulteriormente, el Demandante obtuvo documentos que muestran el pago de devoluciones de IEPS por parte de Hacienda a Mercados I por concepto de exportaciones de cigarros realizadas en 1999. Recibió estos documentos del anterior abogado de CEMSA, Javier Moreno Padilla. Declaración de Feldman, ____; y ver los documentos en el Apéndice ____.

128. Las quejas de CEMSA ante el Tribunal por motivo de esta discriminación aparentemente dieron al traste con los acuerdos de Mercados I con Hacienda, y sus propietarios intentaron incluir una nueva empresa como exportadora registrada, Mercados Extranjeros, S.A. de C.V. ("Mercados II"). Estos esfuerzos no tuvieron éxito, por lo menos temporalmente, pues Hacienda consideró erróneamente que Marvin Feldman participaba en el negocio de Mercados II. Declaración de Feldman, párrafo 93; Apéndice ____.

129. Poblano visitó al Demandante para quejarse de esta situación y le entregó una copia de un documento de Hacienda titulado "Mercados Extranjeros, S.A. de C.V.", que se refiere a un memorándum de Rafael Obregón, Subdirector de Política y

Coordinación Fiscal, ordenando a la Unidad Administrativa no registrar a Mercados II en su registro interno o "relación seccionada" como exportadora aprobada de cigarros. Declaración de Feldman, párrafo 93. El documento señala que el señor Obregón informó a la oficina que:

[TRANSCRIBIR EL TEXTO DEL ORIGINAL EN ESPAÑOL].

Apéndice ____ (traducción de cortesía). No obstante que se le ha solicitado específicamente, la Demandada no ha exhibido este documento.

130. Ni el Demandante ni CEMSA tiene o ha tenido alguna participación financiera en o una relación de negocios con Mercados I o Mercados II. La relación exclusiva de negocios del Demandante con el señor Poblano desde 1997 es la deuda descrita en el Párrafo 100 que antecede. Declaración de Feldman, párrafo 94.

131. El Demandante se enteró en octubre de 2000 que otra exportadora propiedad de mexicanos, MEXCOBASA, S.A. DE C.V., obtuvo su registro ante Hacienda en 1999, exportadora de cigarros y bebidas alcohólicas y obtuvo devoluciones del IEPS por concepto de exportaciones de bebidas alcohólicas y, posiblemente, cigarros en 1999. Declaración de Feldman, párrafo 95.

132. La Demandada reconoce que ha pagado cerca de 91 millones de pesos (US\$ _____) por concepto de devoluciones del IEPS a tres comercializados distintas a CEMSA, desde septiembre de 1996. Señala que otras dos comercializadoras

"solicitaron la devolución del IEPS que se cobra sobre exportaciones de cigarros" pero que fueron "rechazadas". No manifiesta los fundamentos del rechazo. Ver la Declaración de Eduardo Enrique Díaz Guzmán ("Declaración de Guzmán") en 11, Apéndice _____. La Demandada también manifiesta que la nacionalidad de los propietarios o accionistas de cualquier contribuyente es "irrelevante" y que los documentos presentados para la devolución del impuesto no revelan la nacionalidad del solicitante. *Ibid* en 10. No niega conocer la nacionalidad de los propietarios de cinco comercializadoras mencionadas. La Demandada también admite que CEMSA es contribuyente clasificada como "altamente exportadora". *Ibid*, en 7-8.

133. El Demandante está en posición de saber si existe alguna comercializadora no propiedad de mexicanos que exportó o exporta cigarros desde México. Señala que CEMSA es la única empresa de ese tipo. Declaración de Feldman, párrafo 96.

134. El Demandante no ha usado una página web para promover la venta de cigarros por parte de CEMSA desde enero de 1998, y ya no mantiene una suscripción a la anterior página web de CEMSA. Declaración de Feldman, párrafo 97.

DECLARACIÓN DE FUNDAMENTOS LEGALES Y ALEGATOS

I. Derecho Aplicable conforme al Capítulo 11 del TLC

1. El Artículo 1131(1) del Capítulo 11, Fracción B, Resolución de Controversias, dispone que el Tribunal decidirá la materia de la controversia de conformidad con el TLC y las reglas aplicables del derecho internacional. Además, los Signatarios del TLC deben "interpretar y aplicar lo previsto por este Tratado con base en sus objetivos... y de conformidad con las reglas aplicables del derecho internacional"¹. Un "objeto y objetivo" del TLC es "GARANTIZAR un marco mercantil previsible para la planificación e inversión en negocios..."². Los objetivos expresos del TLC también incluyen la transparencia y el aumento sustantiva de oportunidades de inversión en el territorio de los Signatarios³.

2. El tribunal, en una controversia anterior en relación con inversiones conforme al TLC, Ethyl Corporation vs. el Gobierno de Canadá, sostuvo⁴ que las reglas aplicables de derecho internacional incluyen a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [Vienna Convention on the Law of Treaties]⁵ (la "Convención de Viena"). El Artículo 31 de la Convención de Viena exige que el TLC se "interprete de buena fe de conformidad con el significado ordinario que debe darse a los

1
2
3
4
5

términos del tratado en su contexto y con base en su objeto y objetivo". Además, el Artículo 27 de la Convención de Viena dispone que un Signatario de un tratado no puede invocar las disposiciones de sus leyes internas como justificación para incumplir un tratado⁶. El TLC, en su calidad de tratado internacional firmado de conformidad con la Constitución Mexicana, ahora forma parte de las leyes supremas de México⁷. De esta manera, los principios de garantías de legalidad y del derecho internacional habitual incorporados en el Artículo 1110 son obligatorios para los funcionarios gubernamentales de México.

3. La ley que establece la Corte Internacional de Justicia identifica las diversas fuentes de derecho internacional en una jerarquía que incluye convenciones internacionales, costumbres internacionales, principios de derecho generales reconocidos por naciones civilizadas, resoluciones judiciales y las enseñanzas de publicistas altamente calificados⁸. En la práctica de los tribunales internacionales, los antecedentes judiciales y arbitrales habitualmente se han considerado fuentes autorizadas de derecho internacional⁹.

II. El Demandante es un "Inversionista" y CEMSA es una "Inversión" en los términos del Capítulo 11 del TLC.

1. El Capítulo 11 se aplica a controversias relacionadas con la inversión de un inversionista como un

6

7

8

Signatario¹⁰, es decir, "una inversión propiedad de o controlada directa o indirectamente por un inversionista de ese Signatario"¹¹. La definición de "inversionista" es sumamente amplia e incluye a todas las formas de inversión, incluida una empresa; participación de propiedad en una empresa que faculta al propietario a participar en sus ingresos o utilidades o en sus activos en el momento de la disolución; otros bienes, tangibles o intangibles, adquiridos con la esperanza, o utilizados a efecto, de lograr un beneficio económico o diverso objeto de negocios; y participaciones provenientes del compromiso de capital o demás recursos en el territorio de un Signatario a una actividad económica en ese territorio, como son contratos que implican la presencia de bienes de un inversionista en el territorio del Signatario o contratos en los que la remuneración depende de manera importante de la producción, los ingresos o las utilidades de una empresa¹². Una "empresa" incluye a "cualquier entidad constituida u organizada conforme a las leyes aplicables", incluida una sociedad [corporation]¹³.

2. CEMSA, una sociedad mexicana, es claramente una "empresa" conforme al TLC y, por tanto, también es una "inversión" conforme al Artículo 1139. Además, la participación del Demandante en el negocio de exportación de cigarros de CEMSA

9

10

11

12

13

es una inversión al amparo de estas definiciones. El tribunal Pope & Talbot llegó a una conclusión similar en relación con un tipo similar de inversión, es decir, la participación de una compañía estadounidense en la capacidad de su subsidiaria canadiense de vender madera de coníferas desde Canadá al mercado estadounidense. Al abordar este tema el tribunal citó la definición de inversión del Artículo 1139(g) ("otros bienes, tangibles o intangibles, adquiridos con la esperanza, o utilizados a efecto, de lograr un beneficio económico o diverso objeto de negocios"), y resolvió como sigue:

No obstante que Canadá sugiere que la capacidad de vender madera de coníferas desde Columbia Británica a los Estados Unidos es una abstracción, se trata, de hecho, de una parte muy importante del "negocio" de la Inversión. La interferencia en ese negocio necesariamente tendría un efecto adverso en los bienes que la Inversionista había adquirido en Canadá y que, por supuesto, constituyen la Inversión... El Tribunal concluye que la Inversionista fundadamente asevera que Canadá ha llevado a cabo actos que afectan su "inversión", tal y como se define esa expresión en el Artículo 1139 y se usa en el Artículo 1110.¹

1

1. Un "inversionista de un Signatario" incluye a una "persona de nacionalidad... de ese Signatario, que pretende realizar, está realizando o ha realizado una inversión"¹. Los Inversionistas son aquellos que "realizan una inversión", es decir, que comprometen capitales y recursos a una empresa a través de deuda, acciones o diversos medios enumerados en la definición de inversión en el Artículo 1139².

2. El Demandante y CEMSA caen dentro de los significados simples de las definiciones del TLC. El Demandante es ciudadano de los Estados Unidos y por tanto de nacionalidad estadounidense. El Demandante es propietario de y opera a CEMSA, tiene derecho de participar en los ingresos o las utilidades de CEMSA, y tiene derecho a recibir los activos de CEMSA al disolverse ésta. Su nacionalidad y su propiedad y control de CEMSA lo convierten en inversionista. CEMSA, en su calidad de sociedad constituida conforme a lo previsto por las leyes mexicanas, constituye una empresa de un Signatario, y como tal es una "inversión" dentro del significado que recibe esa expresión en el TLC. Además, CEMSA y el negocio de exportación de cigarros de CEMSA son bienes adquiridos con la esperanza o utilizados al efecto de lograr un beneficio económico o demás objetos de negocios. El Demandante también ha comprometido capital y demás recursos en contratos y diversas actividades económicas en

1

2

México, conforme a los que la remuneración depende de manera importante de los ingresos de CEMSA. CEMSA y las actividades mercantiles de CEMSA, por tanto, incluido su negocio de exportar cigarrillos, constituyen "inversiones" del Demandante conforme al TLC. Ver la Declaración del Profesor Alan C. Swan (en lo sucesivo denominado "Swan"), párrafo 32. Este arbitraje se refiere a medidas relacionadas con las inversiones del Demandante, y esta controversia queda amparada por el Capítulo 11 del TLC.

III. Medidas conforme al Artículo 1101 del TLC.

A. Significado de "medidas".

1. El Capítulo 11 del TLC se aplica "a medidas tomadas o mantenidas por un Signatario" en relación con inversionistas de otro Signatario e inversiones de inversionistas de otra parte³. El Artículo 201 del TLC señala que "medidas incluye a cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica". Un vistazo contextual a este Artículo de definiciones generales demuestra que la definición de medida no es exclusiva. Todas las definiciones que se encuentran en el Artículo 201(1) del TLC usan la fórmula "x significa y", con excepción de la definición de medida, que usa la palabra "incluye" en lugar de la palabra "significa"⁴. Esta terminología diferente muestra que los Signatarios no pretendían limitar la definición a los tipos específicos de medidas enumerados. Canadá confirmó lo anterior al instrumentar el TLC⁵. El tribunal del TLC en el caso de Ethyl también sostuvo que la definición de "medidas" no era exhaustiva⁶.

2. En este caso, las acciones y omisiones de la Demandada son medidas dentro del significado ordinario del TLC puesto que se trata de reglamentos, procedimientos, requisitos y prácticas aprobadas o mantenidas por la Demandada. Además, estas medidas "se relacionan con" el Demandante, un inversionista

3

4

5

estadounidense, y con CEMSA, la inversión del Demandante, puesto que todas ellas están encaminadas a y afectaron directamente la conducta y operación, por parte del Demandante, del negocio de exportación de cigarros de CEMSA⁷.

3. Las medidas materia de esta controversia fueron tomadas primordialmente por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ("Hacienda") de la Demandada. Un principio perfectamente aceptado del derecho internacional es que "la conducta de un organismo de un estado... o de una entidad facultada para ejercer elementos de las facultades gubernamentales, habiendo ese organismo fungido en ese carácter, se considerarán actos del Estado conforme al derecho internacional no obstante que, en el caso particular de que se trate, el organismo excedió su competencia conforme a las leyes internas o contravino las instrucciones en relación con su actividad"⁸.

4. B. Las Medidas Materia de la Controversia.

5. La controversia surge de las medidas específicas llevadas a cabo por la Demandada para suprimir el negocio de exportación de cigarros de CEMSA reteniendo o rechazando devoluciones del IEPS a CEMSA. Ciertas resoluciones o declaraciones emitidas por la Demandada a CEMSA en relación con las devoluciones del IEPS claramente subsisten por sí solas como declaraciones de política o prácticas y son medidas específicas

6

7

8

sujetas al Capítulo 11. Ver, por ejemplo Apéndice ____ [Bravo, IGG, cartas R ____], rechazos de devoluciones, carta de Boundless, marzo de 1999, auditoría det ____]. Además, los actos, las omisiones, las resoluciones y las declaraciones por escrito y verbales de la Demandada, tomadas en su conjunto, comprenden leyes, reglamentos, procedimientos, requisitos o prácticas que caen directamente dentro del significado de "medida" conforme al Artículo 1101. Los pasos llevados a cabo por un Signatario para instrumentar una ley en particular son medidas dentro del significado que recibe esa expresión en el TLC⁹, y una serie de medidas en su conjunto puede constituir una expropiación virtual [constructive expropriation]¹⁰.

6. Más adelante se enumeran las medidas que objeta el Demandante. Cada medida empezó o continuó después del 1° de enero de 1994. La Demandada aplicó cada una de estas medidas en detrimento del Demandante, y en violación de los Artículo 1110 y 1102 del TLC.

a. El hecho de que la Demandada no permitiera a CEMSA obtener devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarros realizadas en 1994-1995, no obstante lo previsto por la Ley del IEPS vigente y la Sentencia de la Suprema Corte del 18 de agosto de 1993.

9

10

i. imponiendo un requisito arbitrario que CEMSA no podía cumplir, es decir, que CEMSA obtuviera facturas de los proveedores desglosando el IEPS por separado y de manera expresa (ver Hechos, párrafos 37, 43, 48-52, 55, 64, 106, 114, 121); y

ii. no exigiendo a los productores de cigarros que cumplieran sus obligaciones conforme a la Ley del IEPS de desglosar el IEPS por separado y de manera expresa en sus facturas (Ver Hechos, párrafos 43-44, 46, 48, 55).

b. La administración discriminatoria de la Ley del IEPS en 1993-1995, por parte de la Demandada, y de manera contraria a la Sentencia de la Suprema Corte de 1993 y demás leyes y jurisprudencia mexicanas para proteger al monopolio de los productores en materia de exportación de cigarros. Ver Hechos, párrafos 21.65.

c. El rechazo, por parte de la Demandada, de las solicitudes presentadas por CEMSA para lograr la devolución [del IEPS] sobre exportaciones de cigarros realizadas por CEMSA en octubre-diciembre de 1997, con fundamento en las declaraciones y promesas de la Demandada, rechazos que fueron contrarios al acuerdo de la Demandada con el Demandante y contrarios a la sentencia de la Suprema Corte en 1993 y a la Ley del IEPS vigente. Ver Hechos, párrafos _____.

d. La decisión de la Demandada, tomada en noviembre o diciembre de 1997 a beneficio de productores de cigarros, de dar por terminadas las exportaciones futuras de cigarros por parte de

CEMSA, al rechazar las devoluciones del IEPS a CEMSA sobre tales exportaciones. Ver Hechos, párrafos 102-103, 106-107.

e. Las medidas de la Demandada para recuperar las devoluciones del IEPS que recibió CEMSA en 1996 y 1997, más intereses y multas, incluida la auditoría de CEMSA que realizó la Demandada en 1998 y la liquidación de impuestos que hizo la Demandada contra CEMSA. Ver Hechos, párrafos 120-121.

f. La negativa de la Demandada de incluir a CEMSA en el registro de exportadores de cigarros de Hacienda en 1998 y el no dar aviso a CEMSA de esa negativa. Ver Hechos, párrafo 117-118, 125.

g. La discriminación adicional de la Demandada contra el Demandante con fundamento en su nacionalidad, después del 1° de diciembre de 1997, permitiendo a exportadores y comercializadoras propiedad de mexicanos en iguales circunstancias exportar cigarros y concediendo devoluciones del IEPS a esas empresas propiedad de mexicanos sobre sus exportaciones de cigarros. Ver Hechos, párrafo 126-133.

El hecho de que la Demandada retuviera y rechazara las devoluciones del IEPS son medidas equivalentes a expropiación conforme al Artículo 1110 del TLC.

[Transcribir el Artículo 1110 del TLC].

De esta manera, el TLC extiende la protección de principios generales de derecho internacional a inversiones en términos sumamente amplios¹.

Estas condiciones son acumulativas. Si no se cumple alguna condición, la expropiación viola al TLC².

A. El Artículo 1110 incluye Expropiaciones Indirectas, Virtuales y Progresivas [**Indirect, Constructive and Creeping Expropriations**] que interfieren de manera significativa en el uso o beneficio de su inversión por parte de un inversionista.

El Artículo 1110 se aplica no sólo a la expropiación directa sino también a la expropiación indirecta así como a medidas "equivalentes a expropiación". La frase "equivalentes a expropiación" fue adoptada de diversos tratados de inversión bilateral ("BITs") que hicieron las veces de prototipos para el TLC¹. Los Estados Unidos, al transmitir ese BIT al Congreso, han explicado como sigue el significado de la frase "equivalentes a expropiación":

Los derechos y las obligaciones también se aplican a medidas directas o indirectas "equivalentes a expropiación a o nacionalización" y por tanto se aplican a "expropiaciones progresivas" --una serie de medidas que efectivamente implican

1

2

1

una expropiación de una inversión cubierta sin tomar el título de propiedad¹.

Un negociador estadounidense del Capítulo 11 del TLC también confirma que el Artículo 1110 "ampara expropiación directa, indirecta y la llamada 'progresiva'"¹.

El reconocimiento, por parte del TLC, de la responsabilidad estatal por concepto de medidas que no son expropiaciones formales pero que tienen efectos equivalentes está perfectamente fundamentada en principios generales de derecho internacional. El apartado 711 de la Reformulación² dispone lo siguiente:

Un estado es responsable conforme al derecho internacional por concepto de lesiones a un nacional de otro estado causadas por un acto oficial o una omisión que viola...
(c) un derecho de propiedad o diversa participación económica que, conforme al derecho internacional, un estado está obligado a respetar para las personas físicas o morales, de nacionalidad extranjera, según lo previsto en el Apartado 712.

El Apartado 712 señala, de manera impresionantemente similar al Artículo 1110(1):

Un estado es responsable conforme a derecho internacional por concepto de lesiones ocasionadas por:

1
1
2

1. el secuestro, por el estado, de los bienes de un nacional de otro estado que:

- a. no tiene interés público, o
- b. es discriminatorio, o
- c. no viene acompañado de una disposición de

indemnización justa.

* * *

2. otros actos u otras omisiones arbitrarias o discriminatorias del estado *que menoscaben los bienes o demás intereses económicos* de un nacional de otro estado [se agregó el énfasis].

El comentario g al Apartado 712 explica lo siguiente:

El Inciso (1) se aplica no solamente a expropiaciones declaradas en las que el gobierno formalmente toma posesión de los bienes sino también a otros actos del gobierno cuyo efecto es "secuestrar" los bienes en todo o en parte importante, de manera inmediata o por etapas ("expropiación progresiva"). Un estado es responsable de una expropiación de bienes... *cuando sujeta los bienes de extranjeros a impuestos, reglamentos o demás actos confiscatorios, o que impiden, interfieren sin fundamento en, o demoran indebidamente, el goce efectivo de los bienes de un extranjero o su retiro del territorio del estado. Privar a un extranjero del control de sus bienes, como lo es por el congelamiento de sus activos, podría convertirse en un secuestro si se prolonga en demasía.* [Se agregó el énfasis].

El comentario i al Apartado 712 además explica lo siguiente:

Conforme al Inciso (1), un estado es responsable de la expropiación de bienes extranjeros sin indemnización justa no obstante que a los bienes de los nacionales se les trate de manera similar, pero las lesiones económicas que caen dentro de lo previsto por el Inciso (3) generalmente son ilegales puesto que implican la discriminación o por otros motivos son arbitrarias. Una empresa extranjera que ha sido constituida legalmente está protegida por el derecho internacional contra los cambios en las reglas que rigen sus operaciones y que sean discriminatorios, [materia del] comentario f, o son completamente infundados de manera tal que son arbitrarios en el sentido internacional, es decir, injustos.

La Reformulación también sugiere que una prueba de expropiación progresiva es si las medidas fiscales o demás medidas reglamentarias están "diseñadas para volver no rentable la operación continua de un proyecto de manera tal que se abandone"¹, o "imposibilita a la empresa a operar de manera rentable"².

Resoluciones del TLC en Materia de Expropiación

Los tribunales del TLC que han atendido reclamaciones de expropiación han determinado específicamente que la frase

1

2

"equivalentes a expropiación" se refiere a expropiaciones indirectas, progresivas, virtuales o de hecho³. Tal y como lo explicó el tribunal en el caso Metalclad:

La expropiación conforme al TLC incluye no sólo el secuestro abierto, deliberado y consciente de bienes, como es la confiscación abierta o el traslado formal u obligatorio del título de propiedad a favor del estado huésped, sino también la interferencia encubierta o incidental en el uso de los bienes cuyo efecto es privar al propietario, en todo o en parte significativa, del uso del beneficio económico que debe esperarse con fundamento de los bienes aunque no necesariamente sea a beneficio obvio del estado huésped¹.

Existen numerosos antecedentes, incluidos casos en los que se sostiene que la expropiación tiene lugar cuando las medidas o condiciones de un gobierno fuerzan a un inversionista a abandonar los bienes o a venderlos por menos de su valor justo de mercado¹.

Los reglamentos y la administración fiscales pueden ser medidas equivalentes a expropiación.

La Demandada puede argumentar que todas las medidas materia de la controversia fueron simplemente ejercicios legítimos de los poderes de fiscalización del gobierno que no pueden estar sujetos a reclamaciones por concepto de expropiación

3

1

1

conforme al Artículo 1110. Este argumento es insostenible. En Pope & Talbot, el tribunal rechazó un alegato similar del Canadá que, en virtud de que las medidas materia de la controversia se llevaron a cabo a manera de reglamentos, constituían un ejercicio válido de las "facultades de fiscalización" ["**police powers**"] que, si no eran discriminatorias, estaban fuera del alcance del Artículo 1110. El tribunal sostuvo lo siguiente:

No obstante que el ejercicio de las facultades de fiscalización [**police powers**] deben analizarse con cuidado especial, el tribunal considera que el alegato de Canadá es excesivo. Los reglamentos pueden ejercerse de manera que constituiría una expropiación progresiva...

De hecho, muchas expropiaciones progresivas podrían llevarse a cabo por reglamento, y una excepción general para medidas reglamentarias crearía una brecha en la protección internacional contra expropiaciones [se omitió la nota al pie de página]. Por este motivo, el Tribunal rechaza el alegato del Canadá de que el Régimen de Control de Exportaciones [**Export Control Regime**], como medida reglamentadora, queda fuera de la cobertura del Artículo 1110¹.

1

En la nota al pie de página de este párrafo, el Tribunal de Pope & Talbot explicó asimismo:

Esto no significa que cada limitación reglamentadora puede asemejarse a la expropiación. La reformulación reconoce que la distinción entre secuestro y reglamentación no siempre es clara pero puede depender en el grado de interferencia en el derecho de propiedad. Ver el Apartado 702 de la reformulación, el comentario (g) y la nota 6. La sugerencia de Canadá de que los reglamentos pueden contravenir los requisitos legales internacionales únicamente si son discriminatorios es incongruente con la reformulación: "Un estado es responsable por concepto de la expropiación de bienes de extranjeros sin el pago de una indemnización justa no obstante que a los bienes propiedad de nacionales se les trate de manera similar" *Ibid*, comentario (i)¹.

Muchos tratadistas en derecho internacional también reconocieron que los impuestos o derechos arbitrarios, confiscatorios o discriminatorios o demás medidas económicas excesivamente gravosas pueden constituir una expropiación conforme al derecho internacional¹. Weston comentó lo siguiente:

... las muchas manera en que los extranjeros, que no son blancos de "confiscación", "expropiación", "nacionalización" o "réquisita" *stricto sensu*, pueden ser y han sido realmente

1
1

privados en todo o en parte del "uso y goce" de su riqueza ubicada en el extranjero por el ejercicio de las denominadas facultades de fiscalización [**police powers**]¹.

Reconociendo esta realidad básica, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos [**Iran-United States Claims Tribunal**] ha afirmado en más de una ocasión que:

La privación o el secuestro de bienes puede tener lugar conforme a derecho internacional a través de interferencia por un estado en el uso de esos bienes o en el goce de sus beneficios, no obstante que no se afecte el título de propiedad legal sobre los bienes¹.

Además, un estado no puede recurrir a las leyes nacionales para evadir sus obligaciones internacionales¹.

Artículo 2103.

La Reformulación reconoce que las medidas fiscales pueden constituir actos expropiatorios por lo que son responsables los estados conforme a derecho internacional², y el TLC adopta esta opinión expresamente. El Profesor Swan declara:

Si existe alguna duda de que las "expropiaciones virtuales" a manera de medidas fiscales, como lo es el rechazo de la Demandada de otorgar las devoluciones de IEPS a CEMSA, pueden caer dentro de la competencia del Artículo 1110(1) del TLC, el Artículo 2103 del TLC aclara esa duda. Swan, párrafo 26.

1
1
1

El Inciso 1 del Artículo 2103 señala lo siguiente:

"Salvo por lo consignado en este Artículo, nada de lo previsto en este Tratado se aplicará a medidas fiscales". El Inciso 6 crea una excepción en los términos siguientes:

El Artículo 1110 (Inversión-Expropiación) se aplicará a medidas fiscales pero ninguna inversionista puede invocar ese Artículo como fundamento de una reclamación conforme al Artículo 1116 u 1117 cuando [los funcionarios mexicanos y estadounidenses nombrados] hayan determinado que la medida no es una expropiación.

Después de citar los artículos anteriores, el Profesor Swan continúa:

De plano, el Artículo 2103(6) reconoce que las "medidas fiscales", como tales, pueden calificar, "expropiación" o una medida "equivalente a una expropiación" dentro del significado del Artículo 1110(1). De hecho, la Demandada expresamente reconoció lo anterior cuando solicitó a los funcionarios fiscales nombrados conforme al Artículo 2103(6) una determinación de "no expropiación" para tanto las "medidas fiscales" (es decir, los rechazos a las devoluciones previas a 1998) impugnadas por el Demandante y las "medidas fiscales" (el rechazo de devoluciones consignado en la legislación de 1998) y obtuvo una declaración únicamente en relación con éstas últimas. En otras palabras, los propios actos de la Demandada efectivamente le impiden negar que

las medidas fiscales, como una clase, pueden caer dentro del ámbito de competencia del Artículo 1110(1) como una forma de "expropiación virtual". La pregunta que permanece es entonces si las medidas precisas impugnadas por el Demandante (las devoluciones del IEPS) caen dentro del alcance de ese Artículo y, de ser así, si violan sus términos.

Swan, párrafo 26, el énfasis está en el original.

Tal y como se menciona más adelante en los párrafos _____, las medidas de la Demandada contra CEMSA no fueron una reglamentación ordinaria o legítima. Su objeto y efecto exclusivos fueron imposibilitar a CEMSA a exportar cigarros compitiendo con los productores y sus distribuidores. La decisión de Hacienda de rechazar el registro de CEMSA como exportadora aprobada de cigarros y bebidas alcohólicas después de haber consultado a los fabricantes mexicanos de estos productos es prueba positiva de la intención de la Demandada de cerrar el negocio de exportación de cigarros de CEMSA y mantenerlo cerrado. Los documentos muestran que Hacienda consultó a los representantes de estas industrias, incluida CIGATAM, y que una o más rechazaron a CEMSA. Apéndice _____.

A. Las Expropiaciones Parciales son Indemnizables
Conforme al Artículo 1110.

La Demandada parece argumentar que sus medidas en contra de CEMSA no son equivalentes a expropiación de la inversión del Demandante conforme al Artículo 1110 del TLC porque

CEMSA continúa existiendo como una sociedad y desarrollando algunos negocios. Conforme a esta opinión, un Estado Signatario del TLC estaría en libertad de confiscar activos corporativos significativos o terminar la línea principal de negocios de una compañía, de manera formal e informal, en tanto que no secuestrara las acciones de la sociedad o todos sus activos. Esta interpretación del Artículo 1110 es contraria a los principios establecidos de derecho internacional y al sentido común. Limitaría seriamente la protección que el TLC ha pretendido extender a inversionistas y a sus inversiones.

La Reformulación, los tratadistas de derecho internacional y las resoluciones de tribunales internacionales conforme al TLC y otros tratados, convienen todos en que un acto de gobierno es "equivalente a expropiación" cuando interfiere significativamente en el uso o goce de su inversión por parte de un inversionista. Conforme a la reformulación, la responsabilidad del estado surge cuando el estado "previene, interfiere sin fundamento en o demora indebidamente el goce efectivo de los bienes de un extranjero o su retiro del territorio del estado"¹. Tal y como se menciona anteriormente en la parte III.A, la Reformulación también sugiere que una prueba de expropiación progresiva es si las medidas fiscales o demás medidas reglamentadoras están "diseñadas para hacer que la operación continua de un proyecto no sea rentable y por tanto se

abandone"², o "imposibilite a la empresa a operar de manera rentable"³. De igual manera, Weston detecta una expropiación cuando a los inversionistas "se les ha privado de manera efectiva, en todo o en parte, del "uso y goce" de su riqueza ubicada en el extranjero por el ejercicio de las denominadas facultades de fiscalización [*police powers*]⁴.

Los tribunales del TLC han llegado a la misma conclusión. La prueba es el grado de interferencia, que debe ser "importante". Nuevamente tal y como se menciona anteriormente, el tribunal de Metalclad define la expropiación al amparo del Artículo 1110 para incluir "la interferencia encubierta o inherente en el uso de bienes que priva al propietario, en todo o parte significativa, del uso o fundadamente esperado beneficio económico de bienes no obstante que no sea necesariamente a beneficio obvio del estado huésped"¹ El tribunal Pope & Talbot sostuvo que la interferencia debe ser una "privación importante" que sea lo "suficientemente restrictiva para apoyar una conclusión de que los bienes han sido 'secuestrados' del propietario"². En ese caso, el tribunal no detectó un secuestro porque la interferencia de la demandada en las exportaciones de madera de coníferas de la inversión a los Estados Unidos era temporal y marginal. La compañía inversionista continuó

1
2
3
4
1

exportando madera de coníferas a los Estados Unidos y ganando importantes utilidades sobre sus ventas a los Estados Unidos³. S.D. Myers implicó una restricción canadiense temporal sobre exportaciones de desperdicios peligrosos para su procesamiento en los Estados Unidos, y el tribunal detectó una violación grave al Artículo 1102, tratamiento nacional. No obstante que aprobó el análisis de Pope & Talbot de "equivalente a expropiación", el tribunal de S.D. Myers no detectó una violación del Artículo 1110 porque consideró que la suspensión temporal de las exportaciones de desperdicios peligrosos meramente demoraba el establecimiento de una nueva inversión estadounidense en Canadá. En cualquier caso, el tribunal indicó que el demandante tenía derecho a indemnización por concepto de todas las utilidades que perdió a consecuencia de las medidas reguladoras del Canadá debido a la violación del Artículo 1102.

Numerosos casos atendidos por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos implicaron la expropiación de activos o actividades de negocios en particular. Por ejemplo, en varios casos, el tribunal detectó que había ocurrido una expropiación cuando el gobierno iraní no otorgó los permisos necesarios para que el demandante reportara cierto equipo de Irán⁴.

2

3

4

Ninguna de las opiniones que anteceden sugiere, como lo hace la Demandada, que la confiscación de activos significativos o la terminación de una línea importante de negocios no implicaría la responsabilidad del estado porque los activos y/o negocios remanentes tienen algún valor comercial. Además, tal y como lo señala el Profesor Swan, existen casos numerosos de expropiación parcial en los que los tribunales han sentenciado al pago de indemnización.

Independientemente de si se han secuestrado otros activos de una empresa, independientemente de si el demandado continúa como empresa en operación, e independientemente de si otras reclamaciones, por concepto de expropiación o bajo contrato, se sostienen o no. Si existe una expropiación, la parcialidad simplemente no constituye una prohibición a la recuperación total. De hecho, la característica singular de los casos es que la posibilidad de que la parcialidad derrote a la indemnización, tal y como quisiera la Demandada, se discute. Aparentemente, la idea es lo suficientemente excéntrica, el derecho a la indemnización está perfectamente entendido, que el asunto jamás merece discutirse.

Swan, párrafo 41.

El Profesor Swan menciona otro punto contundente. Conforme a la teoría de la Demandada, no podría haber expropiación a menos que a CEMSA se le expulsara de todas y cada una de las últimas líneas de productos que exporta. Swan,

párrafo 45. Esto podría eliminar el concepto de "expropiación progresiva" del Artículo 1110 y seriamente disminuir el alcance pretendido de la frase "equivalentes a expropiación". Una expropiación progresiva es una que tiene lugar por pasos a lo largo del tiempo. Sin duda, un inversionista tiene derecho a indemnización por ese secuestro cuando se alcance el grado de privación o interferencia importante. Si no debe pagarse indemnización sino hasta después de que se consuma la expropiación, el derecho internacional no reconocería el concepto de expropiación progresiva. El hecho de que la ley reconozca la responsabilidad del estado por concepto de expropiación progresiva significa que la indemnización procede por concepto de una expropiación parcial.

Tal y como se señala anteriormente, no todos los reglamentos gubernamentales implican la responsabilidad estatal no obstante que un inversionista sufra alguna lesión económica significativa. El Profesor Swan atentamente explica que hay elementos cuantitativos como normativos para declarar una expropiación en violación del Artículo 1110. Swan, párrafo 46. En este caso, el tratamiento de CEMSA por parte de México cumple ambos requisitos. Tal y como se analiza más adelante en las Partes IV y V, el Demandante tiene derecho a indemnización conforme al Artículo 1110 porque:

(1) La retención y el rechazo, por parte de la Demandada, de las devoluciones de IEPS a CEMSA ocasionaron una

lesión económica grave a CEMSA e interfirieron de manera importante en el uso y beneficio, por parte del Demandante, de su inversión (lo que satisface los elementos cuantitativos), y

(2) Las medidas de la Demandada fueron arbitrarias, discriminatorias, violatorias de las garantías de legalidad y violatorias de las normas mínimas de derecho internacional al amparo del Artículo 1110(a), (b), (c) y (d) (y de esta manera se cumplen los elementos normativos).

A. El Negocio de Exportación de Cigarros de CEMSA es una Participación Indemnizable Conforme al Artículo 1110.

La Demandada puede alegar que CEMSA no tiene el derecho legal de exportar cigarros conforme a las leyes mexicanas y/o que no tenía esperanzas fundadas de poder continuar haciéndolo en virtud de la política de la Demandada de apoyar un monopolio de exportaciones por parte de los productores de cigarros. Este alegato no es fundado puesto que (1) el derecho de exportar está protegido como cuestión de derecho internacional conforme al Artículo 1110 del TLC, y (2) el derecho de CEMSA de exportar cigarros ha sido confirmado por la Suprema Corte de Justicia mexicana y por los compromisos que la Demandada asumió a favor del Demandante.

1. El TLC Protege el Derecho de Exportar

2. Pope & Talbot, asunto que se menciona antes en el párrafo ____, sostenía que "el acceso de la Inversión al mercado estadounidense es un derecho de propiedad sujeto a protección al

amparo del Artículo 1110 y que el alcance de ese artículo ampara reglamentación no discriminatoria que podría considerarse que cae dentro de un ejercicio de las denominadas facultades de fiscalización [**police powers**] de un estado". (Párrafo 96). El Tribunal reconoció que las limitaciones cuantitativas en las exportaciones podrían constituir una expropiación si fuesen lo suficientemente severas. Las medidas a *fortiori* que prohíben todas las exportaciones de un producto constituirían la expropiación. En este caso, la Demandada ha impuesto medidas que pretendían y tenían el efecto de terminar todas las exportaciones de cigarros por parte de CEMSA. Hechos, párrafos 101-125. El objeto de la tasa de 0% del IEPS era apoyar las exportaciones de cigarros mexicanos. Hechos, párrafo 6 y las autoridades [ahí] mencionadas. El rechazo de devoluciones a CEMSA no dio origen a ingresos; simplemente terminó las exportaciones de cigarros que competían con los productores. Loperena ____.

3. Para probar la expropiación, es suficiente que el Inversionista pruebe lesiones importantes a la Inversión cuando, como es el caso, la lesión viene acompañada de elementos normativos de una expropiación, tal y como se señala en la Parte V siguiente. El negocio de exportación de cigarros de CEMSA representaba más del 90% de las utilidades de CEMSA en el momento en que la Demandada lo clausuró. Ver Hechos, párrafo 84; Declaración de Feldman, párrafo ____; Declaración de Zaga. La pérdida de este negocio dio en el corazón de CEMSA. Privó al

Demandante de la actividad mercantil más lucrativa de CEMSA, y tuvo un impacto importante en la empresa en su conjunto. Hechos, párrafo _____. Al contrario que la Inversión en el caso de Pope & Talbot, CEMSA no pudo continuar el mismo negocio de exportación en cantidades importantes; no pudo exportar nada de cigarros. Al contrario de la Inversión en el caso de Pope & Talbot, CEMSA no pudo obtener utilidades importantes sobre las exportaciones de madera de coníferas; no obtuvo más utilidades provenientes de las exportaciones de cigarros.

4. El impacto de las medidas sobre CEMSA es también distinto del impacto de las medidas en la inversión en el caso de S.D. Myers, en la que la suspensión de las exportaciones por algunos meses tuvo el efecto limitado de demorar el establecimiento de una nueva empresa por un plazo breve. A CEMSA se le ha excluido permanentemente de un negocio establecido, a consecuencia de los actos de la Demandada.

5. CEMSA Tiene Derecho a las Devoluciones del IEPS
Conforme a

6. las Leyes Mexicanas e Internacionales y la
Demandada Está Impedida

7. De Negar Ese Derecho.

8.

Derecho

La Demandante puede argumentar que CEMSA no tiene derecho a devoluciones de IEPS sobre exportaciones de cigarros

conforme a las leyes mexicanas no obstante la Sentencia de la Suprema Corte de 1993. Tal y como se mencionó anteriormente, el Tribunal debe decidir este caso conforme al TLC y a principios generales de derecho internacional. Las leyes mexicanas, tal y como lo interpreta la Suprema Corte de Justicia mexicana y como la aplican las autoridades gubernamentales mexicanas puede ser pertinente en relación con aspectos de este caso, pero un Estado Signatario no puede invocar los términos de las leyes nacionales para combatir sus obligaciones conforme al TLC², particularmente cuando las disposiciones de las leyes nacionales materia de la controversia no cumplen los requisitos de transparencia y seguridad³ que exigen el TLC.

El derecho de CEMSA a las devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarros conforme al derecho internacional se basa en los hechos y las proposiciones siguientes:

2

3

a. La Suprema Corte de Justicia mexicana ha dictado dos opiniones unánimes, una en un caso entablado por CEMSA, en el sentido de que todos los exportadores de cigarros tienen derecho a devoluciones del IEPS para hacer valer la tasa del 0% del impuesto sobre exportaciones de cigarros establecida por la ley, y que la Constitución Mexicana prohíbe legislación y actos administrativos que limitan ese beneficio a productores de cigarros y sus distribuidores. Apéndice ___ (la Sentencia de la Suprema Corte de 1993 y la Sentencia de la Suprema Corte de 1992 en relación con LYNX); Enríquez párrafo ___; Loperena párrafo III B. Estas sentencias se basaron en principios bien establecidos de jurisprudencia mexicana. Loperena párrafo III A y en la página 10. A falta de una resolución en sentido contrario de la Suprema Corte de Justicia (y no existe ninguna), el Tribunal debe basarse en estas opiniones como declaraciones autoritativas de los principios constitucionales mexicanos. Loperena en la página 11; Swan, párrafo 52.

b. La ley del IEPS vigente del 1° de enero de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1997, reconocía que todos los exportadores de cigarros eran contribuyentes con derecho a devoluciones del IEPS incluido en el precio de compra de los cigarros que exportaban. Enríquez, párrafo ___; Loperena en párrafo C. La Demandada está impedida de sostener una opinión en sentido contrario al Demandante en la actualidad, puesto que los funcionarios mexicanos de manera consistente confirmaron la

interpretación al Demandante a lo largo de varios años tanto por escrito (ver el Apéndice ___, oficios del Administrador Regional Riquer, Gordillo y Administrador General Gómez Bravo) y verbalmente (Hechos, párrafos 58-80, 88-96 en relación con las reuniones de 1995; Apéndice I.G.G. en cinta). El Demandante se basó en tales declaraciones para desarrollar el negocio de cigarros de CEMSA. Hechos, párrafos ___. Incluso los funcionarios que se opusieron a las devoluciones a CEMSA, incluido el Procurador General Hoyo, el Subsecretario Gómez Gordillo, y los Administradores Aguirre y Reza Sosa, no negaban que CEMSA era susceptible de recibir las devoluciones, pero intentaron imponer otras jurisdicciones imposibles como una barrera a esas devoluciones. Hechos, párrafos ____ (Declaración de Feldman en relación con Pangburn, Hoyo, igg y Reza Rosa. Documentos de los Apéndices).

c. El requisito formal de la ley del IEPS de que un contribuyente que solicite devoluciones del IEPS obtenga una factura del proveedor que desglose el IEPS por separado y de manera expresa no se aplica a CEMSA conforme a las leyes mexicanas internacionales puesto que a CEMSA le era imposible cumplir ese requisito por motivos que estaban fuera de su control. Loperena, párrafo III D y página 14. Los productores de cigarros estaban obligados por el Artículo 19 de la ley del IEPS a desglosar el impuesto por separado y de manera expresa en las facturas que entregan a sus clientes. Enríquez, párrafo ___;

Loperena, párrafo III C en las páginas 12-13. El objeto de este requisito es prohibir las exportaciones mexicanas devolviendo los elevados impuestos nacionales a los exportadores, (Hechos, párrafo 6) y el Subsecretario de Hacienda Gómez Gordillo confirmó al Demandante por escrito que CEMSA tenía derecho de que el IEPS se desglosara por separado y de manera expresa cuando compraba cigarrillos para la exportación (Hechos, párrafo 45). No obstante, CIGATAM se negó a desglosar el IEPS, y la Demandada se negó a exigir a los productores que cumplieran esa obligación. Hechos, párrafos 37, 46, 49; Enríquez, párrafo 10.

d. El principio *ad impossibilia nemo tenetur* es una regla general del derecho adoptada por las leyes mexicanas (Loperena, párrafo III D) y las leyes de las naciones. nadie está obligado a lo imposible. La Corte Europea de Justicia ha resuelto que cualquier requisito local de comprobación cuyo efecto sea hacer virtualmente imposible o excesivamente difícil lograr el pago de cargos que se cobren de manera contraria a las leyes de la Comunidad no es compatible con las leyes de la Comunidad¹.

e. La jurisprudencia mexicana es clara en este sentido. Loperena, en la página 14. Además, la Demandada está impedida de exigir esta formalidad al Demandante puesto que los funcionarios superiores de Hacienda renunciaron al requisito en relación con CEMSA en 1995¹. Hacienda ratificó esa renuncia efectuando devoluciones a CEMSA en 1996-1997, a sabiendas de que CEMSA no cumplió y no podía cumplir por motivos que estaban fuera de su control. El Demandante se basó en estas declaraciones, promesas y medidas para desarrollar el negocio de exportación de cigarros de CEMSA. Declaración de Feldman.

f. En 1995, el Subsecretario Pedro Noyola resolvió la prolongada controversia del Demandante con Hacienda aprobando devoluciones del IEPS a CEMSA sin facturas que desglosaran el IEPS por separado y de manera expresa. Esta decisión de política fue incrementada por otros funcionarios superiores de Hacienda que negociaron un acuerdo con el Demandante y su abogado Oscar Enríquez. Hechos, párrafos _____. Después de algunas dificultades, incluidos los esfuerzos por intimidar a CEMSA a través de una auditoría fiscal, Hechos, párrafos _____, y la resistencia de la Oficina Regional responsable de efectuar las devoluciones a CEMSA, Hechos, párrafos _____, se confirmó e instrumentó este acuerdo. Hechos, párrafos _____. La Demandada pagó devoluciones a CEMSA por espacio de dieciséis meses, por un total de _____ pesos (US\$ _____) Hechos, párrafos _____.

g. Un funcionario superior de Hacienda, José Riquer Ramos, confirmó el método que el Demandante utilizó para calcular el IEPS sobre las solicitudes de devolución de CEMSA. Hechos, párrafo 88.

h. Hacienda nuevamente confirmó el derecho de CEMSA de recibir devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarros en marzo de 1997, después de que se realizaron unas reformas técnicas confusas a la ley del IEPS. Hechos, párrafos 92-95 y Apéndice ____.

i. Con base en los compromisos, las indicaciones y los actos de la Demandada, el Demandante y CEMSA invirtieron grandes cantidades de dinero para comprar cigarros para exportación en 1996 y 1997 y obtuvieron devoluciones del IEPS para cubrir esa parte de sus costos. La Demandada ahora se niega a pagar las devoluciones que adeuda a CEMSA por embarques hechos en octubre-diciembre de 1997 (alrededor de US\$6.5 millones conforme a la propia formula legal de la Demandada) y pretende recuperar las devoluciones que pagó a CEMSA en 1996-1997 más intereses y multas (más de US\$25 millones). Tal y como se indica a continuación, la Demandada está impedida, conforme al derecho internacional, de (a) impugnar su responsabilidad por concepto de las devoluciones de IEPS que pretende CEMSA y (b) demandar a CEMSA por las devoluciones que CEMSA recibió en 1996 y 1997.

j. Conforme al TLC y principios generales de derecho internacional, un gobierno huésped no puede basarse en

interpretaciones a beneficio propio de disposiciones inciertas y técnicas de leyes locales para evitar la responsabilidad estatal por concepto de lesiones causadas a un inversionista que se ha basado de manera razonable en las declaraciones del gobierno sobre los requisitos de las leyes locales. En el caso de Metalclad, por ejemplo, el tribunal decidió que el gobierno federal y el estatal habían inducido al inversionista a creer que los permisos federales y estatales le permitían construir el relleno sanitario de desechos peligrosos materia de la controversia. Con fundamento en estas declaraciones, el inversionista dio inicio a la construcción, de manera abierta y continua por espacio de meses, con el pleno conocimiento de los gobiernos federal, estatal y municipal, hasta que el gobierno municipal dictó una orden de suspensión de obra con base en el hecho de que el inversionista no obtuvo un permiso de construcción municipal. Los funcionarios federales informaron al inversionista que, si solicitaba ese permiso, el municipio no tendría fundamento para negarlo y que se expediría fácilmente. El inversionista solicitó el permiso y "continuó su actividad de inversión obvia y abierta" continuando la construcción. Trece meses después, una vez que la construcción estaba "virtualmente concluida" y lista para empezar a operar, el municipio negó el permiso en una reunión cerrada de la que el inversionista no tuvo aviso y a la cual no se le permitió comparecer². El tribunal decidió que:

Estas medidas [por parte del municipio], tomadas junto con las declaraciones del gobierno federal mexicano, en que se basó Metalclad, y la falta de un fundamento oportuno, ordenado o sustantivo para la negativa del municipio a otorgar el permiso de construcción, equivalen a una expropiación indirecta¹.

El tribunal en el caso de Metalclad dio importancia a los objetivos y al objeto del TLC, incluida la aprobación de oportunidades de inversión y las garantías de instrumentación con éxito de iniciativas de inversión¹. Al declarar que México no había cumplido sus obligaciones conforme a los Artículos 1105 y 1110, el tribunal razonó como sigue:

De manera prominente en la declaración de principios y reglas que introduce al Tratado, es la referencia a la "transparencia" (Artículo 102(i) del TLC). El Tribunal entiende que lo anterior incluye la idea de que todos los requisitos legales pertinentes para efectos de iniciar, concluir y operar con éxito las inversiones realizadas, o que se pretenden realizar, conforme al Tratado, deben ser capaces de hacerse del conocimiento inmediato de todos los inversionistas afectados de otro Signatario. No debiera haber espacio para dudas o incertidumbre en tales temas. Una vez que las autoridades del gobierno central de algún Signatario...se enteran de alguna mala interpretación o confusión en relación con lo anterior, están obligados a garantizar que se determine oportunamente y manifieste claramente la posición correcta para que los

inversionistas puedan proceder con toda celeridad, en la creencia de que están actuando de conformidad con todas las leyes pertinentes¹.

En este caso, al igual que en el caso de Metalclad, los funcionarios gubernamentales hicieron declaraciones al Demandante en las que éste se basó para reiniciar el negocio de exportación de cigarros de CEMSA en 1996 y para realizar inversiones importantes en ese negocio. CEMSA desarrolló el negocio de manera abierta y continua hasta que fue clausurado por la decisión de Hacienda de negar las devoluciones del IEPS correspondientes a octubre y noviembre de 1997. Hacienda estaba plenamente enterada de las actividades de exportación de cigarros de CEMSA en todo momento; se le informó antes de que CEMSA asumiera esas exportaciones de manera verbal y por escrito que el Demandado hizo a Fernando Heftye, Ángel Suárez, Ángel Ramírez y José Ramos Riquer (Hechos, párrafos ___); se le informó de los datos de cada exportación de cigarros cuando el agente de exportación de CEMSA conectado con la computadora de hacienda para obtener la aprobación para expedir el pedimento necesario o documento de exportación; se le informó con cada solicitud de devoluciones de IEPS por concepto de exportaciones de cigarros que presentó CEMSA mensualmente (ver Hechos, párrafos ___); se le informó a través de las visitas que con regularidad hacía el Demandado a la Oficina Regional de Hacienda para acelerar las devoluciones (Hechos, párrafos ___); Se le informó a través de

las visitas y las charlas que regularmente tenía el Demandante con los funcionarios fiscales, federales y regionales, incluidos Ángel Suárez, Ángel Ramírez, José Ramos Riquer y Juan Espinoza. (Hechos, párrafos ____). Y se le informó nuevamente en enero de 1997, cuando el Demandante escribió a Mario de la Vega, secretario personal del Secretario de Hacienda Guillermo Ortiz y al Subsecretario Tomás Ruiz para confirmar que CEMSA podía continuar obteniendo devoluciones por concepto de exportación de cigarros al amparo de la ley del IEPS vigente en 1997. Tal y como se señaló anteriormente, el derecho de CEMSA de continuar recibiendo devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarros fue confirmado por Hacienda en marzo de 1997, en un oficio dirigido por Miguel Gómez Bravo.

El hecho de que Hacienda estaba enterada de las actividades de exportación de CEMSA, y de su acuerdo de otorgar devoluciones sin exigir facturas que desglosaran el IEPS por separado, quedan nuevamente demostrados por las charlas que el Demandante tuvo con los funcionarios de Hacienda en octubre de 1996 para superar las objeciones de la Oficina Fiscal Regional. Hechos, párrafo ____; Apéndice _____. Los funcionarios de Hacienda conocían bien a CEMSA, estaban enterados del acuerdo relativo a las devoluciones del IEPS, y conscientemente pagaron tales devoluciones hasta que la política se modificó en noviembre de 1997. Todo alegato por parte de la Demandada en el sentido de que Hacienda involuntariamente pagó devoluciones a CEMSA

asumiendo que cumplía todas las formalidad de la ley del IEPS es simplemente falsa. En este caso, al igual que en el caso de Metalclad, no hubo un "fundamento oportuno, ordenado o sustantivo para el rechazo".

Otro laudo arbitral aplicable es el del caso de Biloune y otros vs. Ghana Investments Centre, y otros¹, citado por el tribunal de Metalclad como "autoridad persuasiva"². El caso de Biloune implica el hecho de que el demandante se basó en declaraciones gubernamentales, la imposibilidad del inversionista, sin ser culpa suya, de cumplir ciertos requisitos técnicos que exige el gobierno (obtener un permiso de construcción), y la renuncia del gobierno de cualquier defensa con base en declaraciones falsas del inversionista, mediante la aprobación y aceptación del acuerdo por parte del gobierno. Al igual que en el caso de Metalclad, el caso se refiere a un proyecto de construcción que el gobierno huésped suspendió después de su virtual conclusión debido a la falta de un permiso de construcción. El inversionista era de nacionalidad Siria y residente por largo tiempo de Ghana. Su compañía empezó la rehabilitación de un complejo de hoteles vacacionales conforme a un marco establecido por el Centro de Inversiones de Ghana [Ghana Investments Centre], una entidad gubernamental que tenía a su cargo el fomento de inversión extranjera en Ghana. El inversionista constituyó una asociación en participación [joint venture] con otra entidad gubernamental para realizar el

proyecto. Su empresa empezó la obra con un permiso con fundamento en la declaración de su asociado en el sentido de que no era necesario el permiso para iniciar la obra, que era sólo una formalidad que eventualmente se cumpliría. No obstante que el inversionista lo solicitó, jamás se expidió el permiso, y se dictó una orden de suspensión de obras, que daba un plazo para explicar la falta del permiso o en caso contrario enfrentarse a la demolición. Un día antes de la fecha límite, el gobierno ordenó y llevó a cabo la demolición total de la nueva construcción.

El tribunal dictaminó que el inversionista tenía derecho de basarse en "indicaciones" del asociado, que era el locatario a largo plazo del terreno y una "entidad experimentada afiliada con el gobierno", en el sentido de que no era necesario el permiso.

El hecho de que se construyó la estructura original sin un permiso indicaba que "no era indispensable un permiso". El Tribunal toma especialmente en cuenta el hecho de que de los testimonios...se desprende que el hecho de que [la autoridad local] no tramitó la solicitud [del permiso] originó la falta del permiso previo que autorizaba la construcción de la estructura original. No obstante que la letra de la ley, tal y como lo declara la Demandada, apoya la aseveración de que las obras de extensión de la naturaleza prevista no podían llevarse a cabo sin un permiso o, si se llevaban a cabo, estarían sujetas a multa o

demolición, no obstante, la práctica en relación con este sitio indica una excepción a esta regla¹.

En el caso de que se trata, la Demandada también podrá manifestar que "la letra de la ley" exige que CEMSA obtenga facturas de sus proveedores en las que se desglose el IEPS por separado y de manera expresa. No obstante, la práctica de la Demandada en el caso de CEMSA, en 1992, 1996 y 1997, indica una excepción a esta regla. Al igual que en el caso de Biloune, la "letra de la ley" constituía una imposibilidad que CEMSA no podía cumplir sin que el incumplimiento fuera culpa suya. Durante largos periodos, la Demandada no exigió el cumplimiento a CEMSA.. El cambio de esta práctica en noviembre de 1997, por parte de la Demandada, con base en su ejecución discriminatoria de esa ley, tuvo el mismo efecto en CEMSA que la demolición autorizada por el gobierno de la construcción que tuvo en el caso de la inversión de Biloune --una expropiación indirecta.

Impedimento [Estoppel]

Conforme a los principios establecidos de derechos internacional, la Demandada está impedida de sostener que el Demandante no tiene derecho a devoluciones del IEPS por 1996 y 1997. Los principios generales de derecho internacional por largo tiempo han incluido el concepto de equidad o principios equitativos¹. La Corte Internacional de Justicia (la "CIJ") frecuentemente ha observado que la equidad constituye una parte integrante del derecho internacional. En un caso anterior, el

Juez Hutson declaró: "Los que ampliamente se conocen como principios de equidad por largo tiempo se han considerado que constituyen parte del derecho internacional, y como tal a menudo han sido aplicados por tribunales internacional"². De igual manera, el tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos se han basado en la equidad conforme a la ley para resolver varios casos. "Buscamos la justicia y la equidad, incluso en casos en que las leyes nacionales pertinentes pretendidamente pudieran estar diseñadas para apoyar distintos y sin duda muy legítimos objetivos"³.

Además, la doctrina equitativa de impedimento [estoppel] se acepta como principio general de derecho internacional. El Juez Pirzada de la CIJ, recientemente observó lo siguiente: "Un peso considerable de la autoridad apoya la opinión de que el impedimento es un principio general de derecho internacional, que se basa en principios de buena fe y congruencia"⁴. Brownlie explica además que, el derecho internacional, la "esencia del impedimento [estoppel] es el elemento de conducta que causa que la otra parte, con base en esa conducta, modifique perjudicialmente su posición o sufra algún perjuicio"⁵. La doctrina de preclusión [preclusion] aparece en varias teorías de la equidad o nomenclaturas en tribunales internacionales. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estadounidense concluyó en este sentido que "no hay duda que la doctrina de preclusión [preclusion], independientemente de que se

base en conceptos de aquiescencia, impedimento [**estoppel**], o renuncia, está disponible como un principio general de derecho que el Tribunal está autorizado a considerar..."⁶.

Por largo tiempo, se ha reconocido el concepto en tribunales internacionales y en distintos regímenes jurídicos. En un examen exhaustivo del principio en la esfera internacional, Bowett introdujo su discusión del tema, casi hace cincuenta años, como sigue:

La regla de impedimento [**estoppel**], se le trate como una regla de pruebas o como una prueba de derecho sustantivo, opera para evitar [**preclude**] que una parte que niegue ante un tribunal la veracidad de una declaración de hechos realizada previamente por esa parte a otra cuando ésta ha actuado en su perjuicio [basándose en la declaración de la primera] o la parte que declaró ha logrado un beneficio. El fundamento de la regla es el principio general de buena fe y como tal encuentra un lugar en muchos sistemas jurídicos...¹

Continúa como sigue:

El razonamiento del impedimento [**estoppel**] se expresa en la máxima *allegans contraria non audiendus est*; su objetivo esencial es evitar [**preclude**] que una parte se beneficie de sus propias incongruencias en perjuicio de otra parte que sea basada de buena fe en una declaración de hechos realizada por la primera parte¹.

Además, pueden hacerse declaraciones expresamente o por conducta cuando una interpretación razonable de la conducta de una parte presupone que existe cierto estado de hechos y en donde la declaración razonablemente apoya el significado que le dio la otra parte¹. Los tribunales se referirán a las palabras usadas, las circunstancias en que fueron usadas y las circunstancias ulteriores². En el Caso Shufeldt, el árbitro declaró que la opinión siguiente de los Estados Unidos era "acertada...y congruente con los principios de derecho internacional":

El principio de que un tribunal internacional no considerará como una nulidad un contrato concluido por un gobierno cuando ese gobierno, mediante sus actos realizados para cumplir ese contrato, ha reconocido claramente que el contrato es válido, es similar a la doctrina de impedimento [estoppel] en derecho municipal...los Estados Unidos opinan que, cuando, como en este caso, un gobierno celebra un contrato, repetidamente garantiza a la otra parte...la validez de ese contrato y acepta de la otra parte...beneficios provenientes del contrato, un tribunal internacional está obligado a sostener que ese contrato es válido y obligatorio¹.

Un tribunal del TLC también ha reconocido el concepto. El tribunal que atendió el caso de Pope & Talbot explicó:

En derecho internacional, se ha manifestado que los elementos de impedimento [estoppel] son (1) una declaración de hechos clara y nada ambigua; (2) esta declaración debe ser

voluntaria, incondicional y autorizada; y (3) debe basarse de buena fe en la declaración ya sea en perjuicio de la parte que se basa en la declaración o en ventaja de la parte que realiza la declaración. El profesor Brownlie cita esa declaración sin desaprobación en *Public International Law [Derecho internacional público]*, 5ª edición [p. 646]. En ese mismo sitio, Brownlie sugiere que la esencia del impedimento [*estoppel*] es el elemento de conducta que ocasiona que la otra parte, con base en esa conducta, perjudicialmente cambie su posición o sufra algún perjuicio¹.

En el caso de *Pope & Talbot*, el tribunal no detectó declaraciones y, por tanto, no detectó que se hayan basado en ellas¹.

En este caso, sin embargo, los funcionarios superiores de Hacienda hicieron compromisos expresos a favor del Demandante en el sentido de que Hacienda devolvería el IEPS a CEMSA cobrado sobre exportaciones de cigarros y que CEMSA estaba autorizada para calcular el impuesto ella misma sin tener facturas de sus proveedores en las que se desglosara el IEPS por separado y de manera expresa. Algunas de las declaraciones y compromisos más importantes que apoyan un impedimento [*estoppel*] en este caso son los siguientes:

(1) El oficio del 12 de marzo del Administrador Regional José Riquer Ramos, que confirma que CEMSA es susceptible de recibir devoluciones del IEPS cobrado sobre exportaciones de

cigarros conforme a la ley del IEPS vigente desde el 1° de enero de 1992 y el oficio del 10 de mayo de 1994 del Subsecretario Ismael Gómez Gordillo, confirmando que CEMSA tenía derecho de que el IEPS se desglosara para estos efectos. Hechos, párrafos 18, 45.

(2) El acuerdo y las garantías del Subsecretario Pedro Noyola a favor del Demandante. Hechos, párrafos 57,72.

(3) El acuerdo del Demandante con el Administrador General de Recaudación de Impuestos Ángel Ramírez Castillo, el Administrador Judicial de Recaudación de Impuestos Fernando Heftye, y el Administrador Técnico de Recaudación de Impuestos Ángel Suárez González en 1995. Hechos, párrafos 62-68.

(4) Los pagos de Hacienda de las devoluciones del IEPS a CEMSA sobre embarques de prueba de cigarros realizados a principios de 1996 (Hechos, párrafos 74-75) y su pago de devoluciones del IEPS a CEMSA por espacio de dieciséis meses, desde junio de 1996 hasta septiembre de 1997. Hechos, párrafo

—.

(5) La confirmación, por parte de Hacienda, de su acuerdo con el Demandante en octubre de 1996 y su pago continuo de devoluciones del IEPS. Hechos, párrafo 78.

(6) El acuerdo del Demandante con el Director de Contribuyentes Mayores, José Riquer Ramos, en relación con el método que CEMSA debió utilizar para calcular la devolución del IEPS. Hechos, párrafo 87.

(7) La correspondencia del Demandante con funcionarios superiores de Hacienda a principios de 1997, que culminó en el oficio del 16 de marzo de Miguel Gómez Bravo. Hechos, párrafos 92-95.

El Demandante y CEMSA se basaron en estas declaraciones y compromisos en su perjuicio cuando CEMSA compró cigarros que incluían el IEPS a la tasa del 85%. Hacienda pagó a CEMSA las devoluciones del IEPS con base en los cálculos de CEMSA por espacio de dieciséis meses. En todo momento durante ese periodo, los funcionarios autorizados de la Demandada (incluidos Tomás Ruiz, Ángel Ramírez, José Enríquez Ramos y Ángel Suárez) estaban enterados de las actividades de CEMSA y no las objetaron. Hechos, párrafos _____. Por tanto, la Demandada está impedida conforme a principios de equidad de derecho internacional, a (1) rechazar las solicitudes de CEMSA del IEPS cobrado en exportaciones de cigarros que realizó en octubre-noviembre de 1997, y (2) reclamar el pago de las devoluciones que Hacienda pagó a CEMSA sobre sus exportaciones de cigarros en 1996-1997.

El tribunal que tuvo a su cargo el caso de Metalclad no decidió sobre el fundamento del impedimento [**estoppel**] pero, en su análisis del objetivo de transparencia del TLC, aplicó principios similares conforme a los que efectivamente prohibía al gobierno negar sus declaraciones (expresas y por omisión) en que

se fundamentó el Demandante para proceder con la construcción de su planta de tratamiento de desechos¹.

Además de la preclusión [**preclusion**] sustantiva que se menciona anteriormente, el acuerdo de la Demandada con el Demandante en relación con estas devoluciones marcó el inicio del periodo de limitaciones del TLC conforme al Artículo 1117(2). Tal y como se menciona en el Informe del Demandante sobre Cuestiones Preliminares [**Claimant's Memorial on Preliminary Issues**] y las Observaciones Adicionales del Demandante en Relación con Cuestiones Preliminares (que se incorporan a éste), procede una declaración de impedimento [**estoppel**] conforme a la equidad en un caso como este en el que los actos de una demandada pusieron freno a una demanda². Aunque el ejemplo más claro es cuando una demandada ha acordado expresamente no recurrir a una defensa con base en la prescripción, otras declaraciones, promesas o actos serán suficientes para impedir que una parte invoque la prescripción³.

V. La Retención y el Rechazo, por parte de la Demandada, de las Devoluciones del IEPS a favor de CEMSA Violan el Artículo 1110(1)(a)-(d).

A. Las Medidas no Tienen una Motivación de Interés Público Conforme al Artículo 1110(1)(a).

1
2
3

El Demandante ha documentado que los repetidos esfuerzos de la Demandada de suprimir las exportaciones de cigarros por parte de CEMSA, que se remontan a 1990, se instrumentaron a petición y a beneficio de Carlos Slim, CIGATAM y Philip Morris (Hechos, párrafos ____). De hecho, la Demandada con frecuencia ha reconocido que retuvo y rechazó las devoluciones del IEPS a favor de CEMSA para proteger el poder de los productores de cigarros de controlar la distribución de cigarros hechos en México en mercados extranjeros. El gobierno asumió esta postura en su litigio local con CEMSA y LYNX [cite to no taxpayer/first disposal only arguments], y ante este Tribunal⁴. El Subsecretario Gómez Gordillo informó a Marvin Feldman que no obstante la sentencia de la Suprema Corte de 1993, la Ley del IEPS no pretendía beneficiar revendedores como CEMSA. Gómez Gordillo dijo en repetidas ocasiones que la Sentencia de la Suprema Corte era errónea. Apéndice _____. Cita.

El objeto de la tasa del 0% del IEPS sobre exportaciones de cigarros era facilitar las exportaciones de cigarros mexicanos a mercados extranjeros. Citar. La retención de esas devoluciones de no productores pretendía tener el efecto contrario, limitar sus exportaciones. Este efecto pretendido, conforme al que Hacienda dio preferencia a personas e intereses privados, era completamente contrario al interés público señalado en la Ley del IEPS. El rechazo de las devoluciones a CEMSA no

4

originó ingresos para el estado. Simplemente terminó las exportaciones por parte de CEMSA. Los únicos beneficiarios de esta discriminación fueron personas privadas (cigarreras y comercializadoras mexicanas) y no el estado mexicano o el público. Las expropiaciones para beneficio exclusivo de una persona privada no cumplen el requisito de interés público del derecho internacional y el Artículo 1110(a)⁵.

En el caso de Letco contra Liberia⁶, una empresa propiedad de franceses entabló un arbitraje conforme a la ICSID, en contra del Gobierno de Liberia por violación de un contrato de concesión. Después de celebrar un contrato que otorgaba a Letco el derecho de explotar 470,000 acres de bosques liberianos por veinte años, Liberia, alegando diversas violaciones del contrato por parte de Letco, redujo el tamaño de la concesión en alrededor de 300,000 acres y ulteriormente dio por terminada la concesión en su totalidad. Después de decidir que Liberia había violado el contrato ignorando en su totalidad sus procedimientos de terminación cuidadosamente redactados y de que los presuntos incumplimientos de Letco eran totalmente inventados, el Tribunal fue más allá y preguntó si los actos de Liberia podían justificarse como una nacionalización conforme al derecho internacional. Concluyó lo siguiente:

5

6

Aunque el Gobierno hubiese intentado justificar sus actos como un acto de nacionalización, habría tenido que... probar que sus actos se llevaron a cabo para un fin de interés público de buena fe; que no era discriminatorio; y que estaba acompañado del pago (o por lo menos de la oferta del pago) de la indemnización procedente...

En este caso no se cumple ninguna de estas condiciones... No hubo prueba de alguna política declarada del Gobierno Liberiano en el sentido de tomar las concesiones de esta índole en propiedad pública para el bien común. Por el contrario, las pruebas han convencido al Tribunal de que las áreas de concesión de las que se despojó a Letco se otorgaron a otras empresas propiedad de extranjeros, conforme al señor Alain de Marti, quien fue el gerente general de Letco en Liberia durante todo el plazo de la concesión, estas empresas extranjeras eran operadas por personas que eran "buenos amigos" de las autoridades liberianas... Finalmente, no se ha hecho a Letco una oferta de indemnización por la pérdida de su concesión.

Por tanto, es opinión del Tribunal que aunque se hubiese recurrido al argumento de nacionalización, no habría prosperado¹.

Swan, párrafo 57.

El Profesor Swan, citando la opinión concurrente de Schwartz en el caso S.D. Myers, nota que la frase "equivalente a

una expropiación" exige que un tribunal "se fije muy en serio en el 'objeto real e impacto real de una medida'" y no únicamente en las "explicaciones oficiales que ofrezca el gobierno para la envoltura técnica de que está investida la medida".

Las expropiaciones tienden a privar al propietario y a enriquecer a... la autoridad pública... o al tercero al que se otorga el bien. Existe una privación injusta y un enriquecimiento injusto cuando una expropiación se lleva a cabo sin indemnización. En contraste, los actos reguladores tienden a impedir que un propietario use bienes de manera que enriquezca injustamente al propietario¹.

Si "la medida fue arbitraria y discriminatoria... eso pesa a favor de declarar que equivale a una expropiación"¹.

Swan concluye lo siguiente:

No se sería sorprendente si, conforme al postulado de "fijarse muy en serio" de Schwartz, el Tribunal llegase a la conclusión de que un objeto principal tras el intento exitoso de la Demandada de sacar a CEMSA del negocio de la exportación de cigarros fue el deseo de reservar ese negocio a intereses favorecidos políticamente... En tal sentido, el caso es un ejemplo claro de la "privación injusta" y el "enriquecimiento injusto" de Schwartz como característica de una "expropiación". También trae a la mente su insistencia de que un efecto

1
1
1

discriminatorio "pesa" a favor de clasificar una medida de expropiatoria.

Swan, párrafo 56.

La Demandada puede argüir que la protección de la inversión de CIGATAM o Philip Morris en México es de interés público y que México no viola el derecho internacional al favorecer productores de cigarros por encima de otros exportadores en la administración de lo que viene a ser un subsidio a la exportación. El Demandante no asume postura alguna, y el Tribunal no necesita decidir, si dicha discriminación es permisible conforme al TLC o a los principios generales de derecho internacional en sentido abstracto o en los hechos de cualquier otro caso. En este caso, la Suprema Corte de Justicia mexicana ha decidido que esta política viola los principios fundamentales de igualdad y no discriminación incluidos en el Artículo 31, Fracción IV, de la Constitución Mexicana. Esta decisión es una declaración autoritativa de interés público mexicano obligatorio para este Tribunal.

Loperena, párrafo II B. El Profesor Swan concluye de igual manera:

Es opinión de este Declarante que esta sentencia de la autoridad judicial máxima en México debe tratarse como una declaración inequívoca de que los actos de la Demandada al rechazar las devoluciones de CEMSA y expulsarla del negocio de exportación de cigarros no tuvo un fin de "interés público"

legítimo dentro del significado que recibe la expresión en el Artículo 1110(1)(a). Una medida que viola principios fundamentales de interés público que son lo suficientemente importantes como para incluirlos en una constitución difícilmente puede considerarse que sirve al "interés público".

Swan, párrafo 53.

B. Las Medidas son Discriminatorias Conforme al Artículo 1110(1)(b).

Los actos de la Demandada contra CEMSA son discriminatorios conforme al Artículo 1102 (Tratamiento Nacional), puesto que realizó devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarros a comercializadoras propiedad de mexicanos en circunstancias iguales a las de CEMSA. (Parte VI siguiente, que se incorpora aquí por referencia). Independientemente de los motivos que haya tenido la Demandada para esa discriminación, estos pagos muestran que el rechazo de la Demandada de realizar devoluciones a CEMSA fue y es arbitrario y discriminatorio conforme al Artículo 1110(1)(b). Por los motivos mencionados anteriormente, la Demandada no puede justificar su discriminación a favor de cigarreras o sus distribuidores. La Suprema Corte ha dictaminado que la Constitución Mexicana prohíbe esa discriminación.

Tal y como se explica en la Reformulación, las medidas discriminatorias dirigidas contra extranjeros en general, extranjeros de una nacionalidad particular, o incluso ciertos

extranjeros en particular, violarían el derecho internacional¹. Aquí, además de la preferencia de la Demandada por exportadores propiedad de mexicanos sobre exportadores propiedad de extranjeros como lo es CEMSA, los actos de la Demandada en contra de CEMSA también indican una discriminación clara en contra del inversionista extranjero en particular, es decir, el Demandante. La Demandada discriminó al Demandante en particular para favorecer a los productores mexicanos. Si la Demandada ocasionalmente ejecutó la Ley del IEPS contra otros revendedores que eran propiedad de mexicanos para favorecer a los productores no convierte en permisible la discriminación del Demandante. Conforme al Artículo 1110(1)(b), la Demandada estaba obligada a tratar sin discriminación al Demandante. Si en algunos casos no otorgó ese tratamiento a sus propios nacionales, esto no puede excusar el maltrato del Demandante, quien es de nacionalidad estadounidense.

La discriminación dirigida al Demandante resulta clara del hecho de que Hacienda negó a una revendedora propiedad de mexicanos el registro como exportador autorizado de cigarros, no por algún requisito de la Ley del IEPS, si no por la presunta relación de esa empresa con el Demandante. El informe interno de Hacienda que se entregó a la revendedora, Mercados Extranjeros, por su Oficina de Administración Fiscal Regional en Monterrey, señala que el accionista principal de Mercados tenía una "larga

1

relación" con el Demandante, según informó el Subdirector General de Política Fiscal. El informe hace referencia a la "historia negativa pasada" del Demandante "con esta Unidad Administrativa, en virtud de que en su calidad de representante legal de la negociación denominada CEMSA, ha solicitado la devolución de grandes cantidades de dinero como devoluciones del pago del IEPS, sin tener el derecho a dicha devolución, pues el negocio que representa es una comercializadora y no una productora de tabacos labrados y bebidas alcohólicas". También hace referencia a las acciones del Demandante en los términos del TLC como prueba adicional de su historia negativa. Apéndice ____.

Este memorándum es elocuente puesto que revela el fundamento real del rechazo de Hacienda de las devoluciones a CEMSA; es decir, el hecho de que no es productora. El rechazo no se basó en el motivo ostensible que Hacienda mencionó al Demandante, es decir, la falta de facturas con los impuestos desglosados por separado y de manera expresa. De hecho, el rechazo se basó en la preferencia ilegal de Hacienda por productores, mediante la que pretendía proteger el monopolio de hecho de que gozan estas empresas privadas. Esta es claramente una discriminación.

C. Las Medidas Violan las Garantías de Legalidad y Constituyen una Denegación de Justicia conforme al Artículo 1110(1)(c).

El Artículo 1110(1)(c) dispone que "ningún signatario puede llevar a cabo, de manera directa o indirecta... una medida equivalente a nacionalización o expropiación de esa inversión... salvo... de conformidad con las garantías de legalidad y el Artículo 1105(1). El Artículo 1105(1) a su vez exige que "Cada Signatario otorgue a las inversiones de inversionistas de otro Signatario tratamiento con apego a derecho internacional, incluido el tratamiento justo y equitativo y plena protección y seguridad". El inciso (c) incorpora en el Artículo 1110 el principio de denegación de justicia del derecho internacional. Este principio es un aspecto de "garantía de legalidad" a que se refiere expresamente el Artículo 1110(c). Además, el "tratamiento justo y equitativo" en el Artículo 1105(1) es un principio tomado de numerosos tratados y convenios, y es un concepto más amplio que el de no discriminación, garantía de legalidad y denegación de justicia¹. El Artículo 1110(1)(c) del TLC prohíbe una expropiación si viola las normas internacionales de "tratamiento justo y equitativo".

Las medidas de la Demandada en contra de CEMSA en 1994-1995 y desde el 1° de diciembre de 1997, violan las garantías de legalidad, son incompatibles con las normas de derecho internacional de tratamiento justo y equitativo, y constituyen una denegación de justicia en violación del Artículo 1110(1)(c) puesto que:

1

(1) no cumplen las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de los términos de la Ley del IEPS vigentes del 1° de diciembre de 1992 al 31 de diciembre de 1997, que reconocían el derecho de los no productores de obtener devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarros.

(2) discriminan a CEMSA en la administración de la Ley del IEPS imponiendo formalidades que CEMSA no puede cumplir sin la cooperación de los productores y negándose a forzar a los productores a cumplir lo previsto por la Ley del IEPS que los obliga a presentar la documentación necesaria para que CEMSA cumpla los requisitos que le imponen las autoridades fiscales, y

(3) contradicen las indicaciones administrativas que los funcionarios gubernamentales dieron a CEMSA y el acuerdo de 1995 de Hacienda con el Demandante en el que prometía la devolución del IEPS sobre las exportaciones de cigarros realizadas por CEMSA, no obstante que CEMSA no podía obtener facturas desglosando el impuesto por separado y de manera expresa.

El rechazo retroactivo por parte de la Demandada del acuerdo de 1995, su negativa a devolver a CEMSA grandes cantidades del IEPS que CEMSA había pagado por anticipado en octubre y noviembre de 1997 con fundamento en ese acuerdo, y sus esfuerzos punitivos por recuperar las devoluciones del IEPS pagadas a CEMSA en 1996 y 1997 conforme a ese acuerdo en una aplicación aparentemente retroactiva de las reformas de 1998 a

[la Ley] del IEPS, son violaciones particularmente ilustrativas de la garantía de legalidad y del tratamiento justo y equitativo. Tal revocación retroactiva de la política fiscal es arbitraria, cruel y opresiva y constituye una clara denegación de justicia y una violación de las garantías de legalidad¹.

Denegación de Justicia

La regla de que un estado es responsable de denegación de justicia por parte de cualquier de sus organismos ha estado vigente por largo tiempo.

Si el extranjero no cuenta con un recurso administrativo judicial para revisar la legalidad conforme al derecho internacional de una acción que ocasiona lesiones económicas, el estado puede ser responsable de denegación de justicia, así como de la violación de los derechos económicos¹.

La denegación de justicia no se limita a los actos de los tribunales. El hecho de no cumplir, a beneficio de un extranjero, la decisión de la corte superior de un Estado es una denegación de justicia clásica¹. D.P. O'Connell explica:

Cuando uno habla de "denegación de justicia", uno ordinariamente se refiere a una falta de los propios tribunales, pero el concepto es de alguna manera más amplio e *incluye igualmente las obstrucciones ejecutivas que impiden que un caso*

1
1
1

*se litigue de manera conducente, y el hecho de que el ejecutivo no ejecute una sentencia*¹.

De igual manera, Alwyn Freeman, en su trabajo autoritativo, escribe lo siguiente:

[La terminología, "denegación de justicia"] es muy apropiada cuando se aplica a la negativa u omisión de funcionarios públicos de hacer cumplir sentencias civiles dictadas a favor de un extranjero.

El principio de responsabilidad de incumplimientos de esta índole está tan bien establecido que ya no da margen a duda alguna. El hecho de que la omisión de que ahora se trata puede con fundamento considerarse como atribuible al poder administrativo del gobierno no ofrece fundamento alguno para objetar que cae fuera de la categoría de agravios clasificados con exactitud como denegaciones de justicia a extranjeros..."¹.

De esta manera, la Comisión Británico-Mexicana de Reclamaciones [**British-Mexican Claims Commission**] sostuvo que las autoridades administrativas pueden ser culpables de denegación de justicia y, a lo largo de su opinión, describió actos por autoridades no judiciales que pueden convertirse en denegación de justicia y citó un patrón de hechos que se asemeja al presente caso:

1

1

Si un extranjero que ha ganado una demanda y está deseoso de ver que se cumpla la sentencia, se dirige a las autoridades no judiciales que en la mayoría de los países tienen a su cargo la ejecución de las sentencias de los tribunales civiles, y ellos se niegan a ayudarle o posponen indefinidamente sus acciones, el extranjero de que se trata tiene derecho a quejarse de denegación o indebida demora en la justicia, aunque la responsabilidad no puede atribuirse al tribunal culpable de tales actos¹.

Hyde está de acuerdo:

Una denegación de justicia, en sentido amplio, ocurre cuando un Estado, a través de algún departamento u organismo, no observa, en relación con un extranjero, la obligación que le impone el derecho internacional o un tratado en su país. Tal falta, por ejemplo, puede ser manifiesta a través de actos arbitrarios o caprichosos por parte de los tribunales, o, en *aprobaciones de leyes que destruyan el ejercicio de un privilegio conferido por un tratado, o en actos del departamento ejecutivo que ordenen la confiscación de bienes sin garantía de legalidad*¹.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos [European Court of Human Rights] ha aplicado los mismos principios fundamentales en casos que han surgido al amparo del Artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos [European Convention on

¹
¹

Human Rights]¹. En *Hornsby vs. Grecia*², dos ciudadanos británicos residentes en Grecia apelaron a la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas después de que se les dijo que sólo ciudadanos griegos podían operar una escuela de idioma inglés. La Corte decidió que la ley griega de que se trataba violaba el Tratado de Roma. Cuando los solicitantes nuevamente presentaron su solicitud ante las autoridades educativas griegas y éstas la rechazaron, entablaron una acción ante el Tribunal Superior Administrativo de Grecia. Una vez que este último tribunal decidió que la administración había actuado ilegalmente, los solicitantes nuevamente solicitaron la autorización. En esta ocasión, no recibieron una respuesta directa de las autoridades griegas. Tiempo después, se dictó un decreto presidencial con condiciones que efectivamente les impedían obtener la autorización deseada. Los Hornsby recurrieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que concluyó que, al no tomar las medidas necesarias para cumplir una "sentencia judicial definitiva y ejecutable", las autoridades griegas habían violado el Artículo 6 de la Convención. En su opinión, el Tribunal observó lo siguiente: sería inconcebible que el Artículo 6 describiera pormenorizadamente las garantías procedimentales otorgadas a litigantes (procedimientos que son justos, públicos y rápidos), sin proteger la instrumentación de resoluciones

1

2

judiciales; interpretar el Artículo 6 en el sentido de que se preocupa exclusivamente del acceso a un tribunal y la conducción de los procedimientos suspensivos sería incompatible con el principio de estado de derecho... La ejecución de una sentencia dictada por una corte por tanto se interpretaría como una parte integral del "juicio" para los efectos del Artículo 6...

Tal y como observa el Profesor Swan, "uno difícilmente podría encontrar una declaración más clara del principio de que los funcionarios administrativos de un estado (su poder ejecutivo) forman parte y son responsables de la administración de justicia de igual manera que el poder judicial, y que los actos del poder ejecutivo pueden dar origen a una "denegación de justicia" tanto como un incumplimiento del poder judicial".

Swan, párrafo 62.

El principio de denegación de justicia también se ha aplicado en numerosos procedimientos de lo que México ha sido parte ante la Comisión General Estadounidense-Mexicana de Reclamaciones [United States Mexican General Claim Commission]. En el caso de Neer, la Comisión analizó si la presunta omisión del gobierno mexicano de investigar con diligencia el asesinato de un ciudadano estadounidense constituía una denegación de justicia. La Comisión reconoció que no existía una fórmula precisa para determinar si tal denegación había tenido lugar, pero sostuvo lo siguiente:

(primero) que la procedencia de los actos gubernamentales debían ponerse a prueba bajo nombres internacionales, y (segundo) que el tratamiento de un extranjero, para constituir una falta internacional, debiera implicar atrocidad, mala fe, negligencia intencionada de obligaciones, o la insuficiencia de los actos gubernamentales que incumpliera las normas internacionales de tal manera que cualquier persona razonable e imparcial fácilmente reconocería su insuficiencia. Si la insuficiencia proviene de la ejecución viciada de una ley inteligente, o del hecho de que las leyes del país no facultan a las autoridades a estar a la altura de las normas internacionales es irrelevante.¹.

El Comisionado Nielson declaró lo siguiente en una opinión aparte:

No obstante que existe un claro reconocimiento en el derecho internacional del alcance de los derechos soberanos en relación con asuntos que son materia de reglamentación local, también queda claro que la ley local y las medidas empleadas para ejecutarlo deben apegarse a los requisitos de la ley suprema de miembros de la familia de naciones, que es el derecho internacional y que el no cumplir tales requisitos es un incumplimiento de una obligación legal, y como tal, una falta internacional¹.

1

El caso de Robert E. Brown, que se entabló ante el Tribunal Anglo-Estadounidense [**Anglo-American Tribunal**], también es ilustrativo en este caso¹. En Brown, el tribunal analizó la naturaleza de los derechos del demandante en cierta minas sudafricanas. Aunque el tribunal dictaminó que el demandante no tenía el título de propiedad sobre bienes inmuebles o algunos fondos mineros en particular, y que, cuando mucho, tenía derecho a una licencia conforme a la cual había ubicado y se hubiera convertido en propietario de fondos mineros en particular, seguía siendo víctima "de una denegación de justicia definitiva" debido a la "fuerza acumulativa de los numerosos pasos tomados por el gobierno de la República Sudafricana para frustrar [sus] reclamos".

No podemos pasar de largo los amplios hechos en la historia de esta controversia. Todos los tres poderes del gobierno conspiraron para arruinar su empresa. El Volksraad aprobó legislaciones que abiertamente violentaban los principios fundamentales de justicia reconocidos en cada comunidad ilustrada. El poder judicial, que al principio era recalcitrante, finalmente quedó reducido a la sumisión y se alineó con la política determinada por el poder ejecutivo para lograr el resultado deseado, al margen de las garantías y prohibiciones constitucionales...

* * *

Opinamos que mediante el cumplimiento de la ley y de los reglamentos vigentes...[el demandante] adquirió derechos de tipo sustancial, y que al habersele privado de los mismos constituyó una denegación de justicia¹.

Así que en este caso, el derecho de CEMSA de obtener devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarros fue reconocido por la Suprema Corte de Justicia mexicana. La legislatura mexicana reformó la ley del IEPS en 1992 para eliminar la disposición que discriminaba a exportadores no productores, pero el poder ejecutivo, a través de Hacienda, perpetuó la preferencia inconstitucional a favor de productores que prohibía la Suprema Corte. En 1994 y 1995, esta discriminación se logró imponiendo requisitos imposibles a CEMSA, a la vez que negándose a exigir que los productores de cigarros cumplieran los requisitos que les imponía la ley del IEPS. En su oficio de fecha 10 de mayo de 1994, el Subsecretario Gómez Gordillo confirmó que CEMSA tenía derecho de que el IEPS se desglosara por separado en sus facturas de cigarros y bebidas alcohólicas (Apéndice ___), pero los proveedores de CEMSA, como SAM's Club, no podían y no se atrevían a desglosar el impuesto para CEMSA, puesto que los productores no desglosaban el impuesto en las facturas que expedían a SAM's. Hechos, párrafo ___.

El Demandante realizó esfuerzos vigorosos para persuadir a CIGATAM que desglosara el impuesto y repetidamente solicitó al gobierno que exigiera a CIGATAM a hacerlo. Hechos

___; Declaración de Feldman. Sin embargo, Hacienda se negó. Hechos ____. Tal y como Gómez Gordillo explicó al Demandante en varias ocasiones, el gobierno mexicano continúa creyendo, no obstante la sentencia de la Suprema Corte en 1993, que la ley del IEPS se supone que beneficia únicamente a los productores y a sus distribuidores, no a los vendedores independientes como CEMSA. Citada GG. Esta negativa de aplicar la Constitución Mexicana tal y como la interpreta la Suprema Corte y la ley del IEPS tal y como fue reformada por el Congreso constituyó una denegación de justicia en 1994-1995, y en la actualidad es una denegación de justicia.

En el caso de Azinian¹, un tribunal conforme al TLC abordó el principio de denegación de justicia, no obstante que el demandante no declaró una violación. En Azinian, los demandantes objetaron un rechazo administrativo de la validez del contrato de concesión del demandante con un municipio y entablaron una demanda conforme al Artículo 1110 del TLC no obstante que tres niveles de tribunales mexicanos habían sostenido el acto administrativo. No presentaron alegato alguno en relación con las resoluciones judiciales o aseveraron que las resoluciones constituían violaciones del derecho internacional. El tribunal se sintió obligado a mostrar que no había denegación de justicia en ese caso, de manera tal que la resolución no podía atribuirse a declaraciones viciadas del demandante¹. El tribunal explicó al principio: para declarar que un estado es internacionalmente

responsable de sus resoluciones judiciales, un demandante debe comprobar ya sea "una denegación de justicia o una simulación [pretense of form] para lograr un fin internacionalmente ilegal"². Una denegación de justicia incluye "la interpretación equivocada de manera clara y dolosa de la ley. Este tipo de agravio sin duda coincide parcialmente con la noción de simulación ["pretense of form"] para encubrir una violación del derecho internacional"³.

Aquí, el Demandante no afirma, al igual que los demandantes en el caso de Azinian no afirmaron, que existe una "aplicación equivocada clara y dolosa de la ley" por parte de las autoridades administrativas, no obstante el enunciado correcto de la ley por parte de la Suprema Corte Mexicana, y que esta aplicación equivocada constituye una denegación de justicia. Además, el Demandante afirma que la ejecución selectiva por parte de Hacienda de los tecnicismos de la ley del IEPS contra CEMSA es una simulación ["pretense of form"] para encubrir su discriminación de CEMSA en violación del derecho internacional.

Además, la Demandada omitió otra denegación de justicia seria en 1997, al renunciar al acuerdo de Hacienda con el Demandante de otorgar devoluciones a CEMSA no obstante que CEMSA no podía obtener facturas de los proveedores que desglosaran el IEPS por separado y de manera expresa. Hechos, párrafos ____.

Este cambio en la política de Hacienda, que tuvo lugar en noviembre de 1997, no se debió a una auditoría rutinaria de

CEMSA, tal y como se ha sostenido. Hacienda no inició una auditoría a CEMSA sino hasta julio de 1998, después de que el Demandante había entregado este Aviso de Intención de Someter una Reclamación a Arbitraje al amparo del Artículo 1119 del TLC. No obstante que la Demandada no ha proporcionado uno solo de los documentos que solicitó el Demandante, conforme a las órdenes 2 y 5 del tribunal, en relación con los motivos de su súbita revocación de política,¹ la historia de esta controversia y las pruebas del Demandante comprueban sin duda alguna que la Demandada actuó para restablecer el monopolio de los productores en materia de exportación de cigarros. Gómez Godillo reconoció y defendió esta política en sus reuniones con el Demandante.

Apéndice: ____.

Las decisiones de Hacienda de rechazar las solicitudes de devolución de CEMSA por concepto de embarques realizados en octubre y noviembre de 1997, de retener las devoluciones sobre futuras exportaciones de cigarros por parte de CEMSA, de imponer una liquidación fiscal de US\$25 millones a CEMSA para recuperar las devoluciones que se pagaron a CEMSA en 1996 y 1997, y cancelar el registro de CEMSA como exportadora autorizada de cigarros y bebidas alcohólicas, violan las leyes mexicanas y los compromisos de Hacienda con CEMSA. CEMSA se basó en las declaraciones y promesas de Hacienda en perjuicio suyo. Sería, por tanto, una injusticia crasa que se permitiese a la Demandada retener las devoluciones que corresponden a CEMSA, por no hablar

partes del caso en particular a menos que ocurra un cambio importante en la disposición legal que es materia del amparo. Loperena, párrafo III en la página 8. en este caso, los cambios en la ley del IEPS fueron favorables para el Demandante, pues confirman el derecho de todos los exportadores de cigarros de obtener devoluciones del IEPS.

No obstante la prolijidad de la ley de amparo, los abogados y sus tribunales mexicanos habitualmente citan a la sentencias de la Suprema Corte como antecedentes, especialmente cuando, como es el caso, las únicas sentencias de la Suprema Corte concuerdan. Loperena, párrafo III B en la página 11. Además, tal y como Loperena manifiesta, la sentencias unánimes de la Suprema Corte en los juicios de CEMSA y LYNX se basaron en y fueron requisitos de jurisprudencia de la Suprema Corte vigentes desde hace tiempo. Loperena, párrafo III A. Tal jurisprudencia es obligatoria en el Ejecutivo no obstante que una sentencia de amparo en particular técnicamente no lo sea. Loperena, párrafo III B en la página 11. En cualquier caso, el Profesor Swan señala desde el punto de vista del derecho internacional, la acusación normativa de la discriminación de la Demandada en la sentencia de la Suprema Corte de 1993 "persiste independientemente de cualquier aspecto técnico del derecho mexicano en relación con el efecto continuo de una sentencia de amparo en particular".

Desde un punto de vista normativo, la discriminación inconstitucional que reprueba la Corte Mexicana ocurrió en cada ocasión en que la Demandada, a lo largo del periodo de esta controversia, rechazó devoluciones a CEMSA. Ocurrió con cada rechazo de devolución de impuestos pagados sobre exportaciones realmente llevadas a cabo. Ocurrió con cada rechazo al dar al Demandante la garantía de que las devoluciones se otorgarían por concepto de exportaciones futuras. Se trata de una discriminación que persiste hasta la fecha. Y la acusación normativa de esa discriminación consignada en la sentencia de la Suprema Corte también persiste independientemente de cualquier aspecto técnico del derecho mexicano relativo al efecto continuo de una sentencia de amparo en particular. Para el Tribunal, la cuestión es el efecto que debe darse a la sentencia de la Corte Mexicana a nivel internacional conforme al Artículo 1110(1)(a) del TLC, no su efecto técnico conforme al derecho mexicano. A nivel internacional, la sentencia debe cumplirse como una declaración normativa definitiva hasta que se retracte o modifique por otro pronunciamiento judicial mexicano con igual autoridad¹.

Swan, párrafo 53.

El Demandante No Cuenta Con Un Recurso Judicial Efectivo en México

El hecho de que la Demandada no respetara la sentencia de la Suprema Corte de 1993 y su excusa con base en la ley de

amparo dan origen a más preguntas fundamentales respecto si el régimen jurídico mexicano ofrece a un inversionista mexicano un recurso legal efectivo contra ilícitos de funcionarios administrativos en un gobierno influido por nepotismo, favoritismo y la corrupción abierta. Del Río, párrafos _____. La experiencia del Demandante muestra que la respuesta es no. Conforme al régimen jurídico actual, es imposible que un exportador haga valer ante los tribunales mexicanos sus derechos garantizados por la ley de obtener devoluciones del IEPS sobre exportaciones futuras de cigarros. Un empresario no puede darse el lujo de invertir dinero en cigarros para su exportación sin garantías anticipadas de que recibirá devoluciones del IEPS en relación con esas exportaciones. Si no se le otorgan tales garantías, su único recurso es realizar embarques de prueba de pequeñas cantidades de cigarros, para solicitar la devolución del IEPS e impugnar la negativa del gobierno en los tribunales.

Dos o tres años después, el inversionista puede obtener una sentencia definitiva de la Suprema Corte. Entre tanto, Hacienda, consultando a CIGATAM, habrá tomado las medidas para que la legislatura reforma la ley del IEPS anualmente. Si Hacienda asume, como lo hace, la postura de que el amparo no se aplica a la ley reformada (e independientemente de los términos de la reforma), el inversionista sólo ha ganado las devoluciones sobre los embarques de prueba. Jamás puede dedicarse al negocio de exportar cigarros independientemente de cómo sea la ley. Por

este motivo el Demandante buscó una transacción negociada de su controversia en 1995 y este es el motivo por el cual solicita la reparación de este Tribunal.

Durante la Administración de Salinas, la Demandante jamás aceptó la obligación legal de permitir devoluciones a CEMSA conforme a la sentencia de la Suprema Corte de 1993. Primero, el gobierno sostuvo que nada le exigía instrumentar esa Sentencia. Hechos ___; Apéndice ___. Después, asumió la postura de que el amparo de 1993 era obsoleto a consecuencia de las modificaciones a la ley del IEPS de 1992, que no puede considerarse que menoscaban el derecho de CEMSA al exportar. La Demandada puede asumir la misma postura ante este tribunal, no obstante que el Subsecretario Gómez Gordillo informó al Demandante, en sus reuniones celebradas en diciembre de 1997 o enero de 1998, que el amparo protegía a CEMSA hasta 1997. Apéndice ___. La ley del IEPS se ha reformado de varias maneras prácticamente cada año desde su creación. Loperena, párrafo III F; Del Río, párrafo ___. Si a consecuencia de tales reformas de rutina, un exportador debe entablar una nueva demanda cada año, jamás puede ganar el derecho a exportar. Así, la interpretación que la Demandada da a la ley de amparo es, en sí mismo, una denegación de justicia. Obstruye el acceso a los tribunales al imponer una tremenda carga económica y práctica en el Demandante para liquidar la ley de cada año y así lograr una victoria pírrica¹.

En estas circunstancias, el Demandante no cuenta con un remedio administrativo o judicial en México.

El Juez Carlos del Río, Expresidente de la Suprema Corte de Justicia de México, revisa varios de los problemas y abusos del sistema jurídico mexicano que han afectado directamente a la controversia del Demandante con Hacienda y que contribuyen a la denegación de justicia en este caso.

Declaración de Carlos del Río ("del Río").

a. Anualmente se entablan miles de demandas porque las autoridades del Poder Ejecutivo han incumplido las órdenes judiciales de amparo. Casi la mitad de las demandas ante la Suprema Corte caen dentro de esta categoría. del Río en 5. El Presidente de la Suprema Corte reconoce que un gran número de estas demandas se deben a "motivos personales, corrupción o simple capricho...de los funcionarios" del Río en 6.

b. Existe un debate en México acerca de si el Ejecutivo puede hacer caso omiso de un amparo cuando la ley declarada inconstitucional ha sido reformada en aspectos no sustantivos. Históricamente, el Ejecutivo de rutina propone reformas a las leyes "a efecto de eludir el cumplimiento de una sentencia del Poder Judicial Federal. Esta práctica continúa, aunque de manera menos frecuente. del Río en 7. En la práctica, esta estrategia perjudica a los contribuyentes. del Río en 15. Los contribuyentes sólo pueden entablar una nueva demanda para

impugnar la nueva ley. del Río en 16. (Este ciclo puede repetirse de manera interminable).

c. Los problemas de incumplimiento de las órdenes judiciales resultan más agudos en materia fiscal. En un juicio, el "Secretario de Hacienda y Crédito Público y algunos otros funcionarios importantes del Poder Ejecutivo hablaron personalmente con miembros de la Suprema Corte y obtuvieron resoluciones que declaraban constitucionales a miles de casos en trámite cuando surtieron efecto las reformas". del Río en 8.

d. Las autoridades fiscales con frecuencia utilizan las auditorías fiscales para intimidar a las personas con derecho a devoluciones de impuestos conforme a la ley o a alguna sentencia judicial. Los contribuyentes a menudo prefieren perder dinero a que tienen derecho en lugar de enfrentarse a "acoso verdaderamente inquisitorial durante muchos meses e incluso años". del Río en 9-10.

e. Hacienda tiene plenos poderes discrecionales conforme a la ley y abusa tal discreción. del Río en 18.

El Juez del Río observa que la situación ha mejorado de alguna manera en años recientes septiembre de 1997 [sic] pero concluye que los inversionistas no tienen un marco jurídico adecuado para realizar proyectos de negocios a largo plazo. del Río en 16.

Observa lo siguiente:

"Desafortunadamente, la corrupción, el denominado padrinazgo y el favoritismo no han sido totalmente erradicados, junto con muchos otros vicios que seriamente obstruyen o incluso impiden inversiones para continuar siendo competitivas". del Río en 17.

Tal y como se señala anteriormente, el Demandante ha sufrido directamente todos estos abusos, y se le ha denegado la justicia en los tribunales mexicanos.

D. La Demandada no indemnizó al Demandante o a CEMSA por concepto de la Expropiación Indirecta del Negocio de Exportación de Cigarros de CEMSA.

El Artículo 1110(1) (d) del TLC exige el pago de una indemnización por el total del valor justo del mercado de los bienes secuestrados conforme al Artículo 1110(2) a (6). Es indudable que no se ha pagado indemnización alguna en este caso. El Juez Brower del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos opina lo siguiente:

Por definición, es difícil imaginar que una expropiación de hecho, o "progresiva" es legal, pues la falta de una intención declarada de expropiar casi de seguro implica que no se ha incluido al mismo tiempo una disposición en materia de indemnización. De hecho, las investigaciones arrojan que no existe un antecedente internacional que haya detectado que una expropiación semejante ha sido legal¹.

En este caso, la expropiación por parte de la Demandada del negocio de exportación de cigarros de CEMSA es ilegal conforme al derecho internacional y el Demandante tiene derecho al pago de daños y perjuicios [**damages**] conforme al Artículo 1135(1)(b) del TLC. Tal y como se señala en la Parte VI, Daños y Perjuicios, siguiente, la Demandada debe resarcir al Demandante pagándole una indemnización por concepto de las utilidades perdidas de CEMSA en 1994-1995, pagándole las devoluciones que corresponden a octubre-diciembre de 1997 más intereses y los ajustes legales por concepto de inflación, y pagando una indemnización por el total del valor justo del mercado del negocio de exportación de cigarros al 1° de diciembre de 1997.

VI. La Demandada Discriminó a CEMSA en Violación del Artículo 1102(2) del TLC, al Hacer Devoluciones del IEPS a Exportadoras de Cigarros Propiedad de Mexicanos.

El Artículo 1102, Tratamiento Nacional, exige a los Signatarios del TLC otorgar a los inversionistas y a las inversiones de los otros Signatarios un tratamiento que no sea menos favorable que el tratamiento que reciben, en iguales circunstancias, sus propios inversionistas y las inversiones de sus propios inversionistas. La Demandada violó esta disposición al otorgar devoluciones a los competidores mexicanos del Demandante conforme a la Ley del IEPS vigente después del 1° de enero de 1998. El Artículo 1102 se aplica a medidas y reclamaciones en materia de impuestos conforme a ese Artículo

[que] se sometán a arbitraje conforme al Artículo 1117 sin revisión por parte de las autoridades fiscales de los Estados Signatarios.

La política del TLC que exige tratamiento nacional en materia de comercio e inversiones (con excepciones limitadas) proviene de tratados europeos que se remontan a la Edad Media¹. Laird observa que los primeros tratados incluían disposiciones análogas a los términos de los tratados modernos que ofrecían tratamiento nacional a ciudadanos de países signatarios en asuntos relacionados con operar en el territorio de otro signatario², y que "a través de siglos de tratados y de actividades en materia de derecho municipal, MFN y el tratamiento nacional han sido las normas del derecho económico internacional"³. En relación con el tratamiento nacional, explica lo siguiente:

Conforme a la norma del tratamiento nacional, que se ha descrito en el sentido de que exige "paridad interior" ["inland parity"], cada signatario promete tratar a los ciudadanos del otro signatario como nacionales para efectos de operaciones mercantiles, en una variedad de áreas no relacionadas con el comercio, y en varias relaciones locales¹.

Los ejemplos de áreas no relacionadas con el comercio son los derechos de propiedad de extranjeros, incluido su acceso

1
2
3

a organismos judiciales y administrativos, y su sujeción a impuestos¹.

Para determinar el significado de "iguales circunstancias" en el Artículo 1102, el tribunal en el caso de S.D. Myers, analizó el contexto jurídico global en que aparece la frase².

El Tribunal considera que la interpretación de la frase "en iguales circunstancias" que aparece en el Artículo 1102 debe tomar en cuenta los principios generales que provienen del contexto jurídico del TLC, incluida su preocupación con el medio ambiente y la necesidad de evitar distorsiones del comercio que no se justifican por preocupaciones en materia ambiental. La evaluación de "iguales circunstancias" también debe tomar en cuenta las circunstancias que justificarían reglamentos gubernamentales que los trata de manera diferente para proteger el interés público. El concepto de "iguales circunstancias" invita a un examen de si un inversionista no nacional que se queje de un tratamiento menos favorable se encuentra en el mismo "sector" que el inversionista nacional. El Tribunal considera que la palabra "sector" tiene una amplia connotación que incluye los conceptos de "sector económico" y "sector de negocios"¹.

El Tribunal continúa aplicando este análisis a los hechos, que son análogos a los hechos en este caso:

1

1

2

Desde una perspectiva de negocios, queda claro que SDMI y Myers Canadá [las subsidiarias canadienses del inversionista] se encontraban en "iguales circunstancias" con operadores canadienses. Todos se dedican a prestar servicios de subsanamiento de residuos PCP. SDMI estaba en posición de atraer clientes que de otra manera habrían recurrido a operadores canadienses porque podía ofrecer precios más favorables y porque contaba con gran experiencia de credibilidad. Fue precisamente por el hecho de que SDMI se encontraba en posición de arrebatarse los negocios de sus competidores canadienses que [dos competidores canadienses] llevaron a cabo actividades de cabildeo ante el Ministerio del Medio Ambiente [**Minister of the Environment**] para prohibir exportaciones cuando las autoridades estadounidenses abrieron las fronteras¹.

En el presente caso, CEMSA se encuentra en "iguales circunstancias" que los revendedores de cigarrillos para su exportación propiedad de mexicanos, incluidos Mercados I, Mercados II y MEXCOBASA. (Conforme a la Sentencia de la Suprema Corte de 1993, y el caso S.D. Myers, CEMSA también se encontraba en "iguales circunstancias" que los distribuidores autorizados de CIGATAM y demás productores de cigarrillos mexicanos que exportaban). Fue precisamente porque CEMSA estaba en posición de arrebatarse el negocio de sus competidores mexicanos, incluidos los

1

1

productores, que Carlos Slim desarrollo actividades de cabildeo en Hacienda para rechazar la sentencia de la Suprema Corte de 1993 y prohibir exportaciones por parte de CEMSA.

La Demandada discriminó a CEMSA cuando permitió que por lo menos tres revendedores de cigarros exportaran cigarros y recibieran devoluciones conforme a la misma ley fiscal que sirvió de fundamento para rechazar las devoluciones a CEMSA. Hechos, párrafos ____; Apéndice _____. Si, tal y como asevera la Demandada, CEMSA no tenía derecho a devoluciones porque se dedicaba a ventas en el mercado gris, es decir, exportaciones legales no autorizadas por un productor, debió haber tomado la misma postura en relación con todos los demás revendedores independientes. La Demandada confirma que cinco comercializadoras distintas a CEMSA solicitaron devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarros, y que se pagaron devoluciones por 91 millones de pesos (alrededor de US\$10 millones) a estas empresas, incluidos pagos en 1998, 1999 y 2000¹.

La Demandada no identifica a estas empresas o explica el tratamiento distinto que les da. El Demandante ha identificado a tres comercializadoras propiedad de mexicanos que, según él entiende, recibieron devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarros y ha exhibido pruebas de que se han realizado tales pagos a Mercados Regionales, S.A. de C.V.

Hechos, párrafo _____, Apéndice _____. Además, el Demandante tiene motivos suficientes para creer que CEMSA era la única comercializadora y exportadora de cigarros propiedad de personas que no son mexicanas. Hechos Declaración [sic], párrafo _____; Apéndice _____.

Tal y como se señala anteriormente, las medidas discriminatorias destinadas a extranjeros en particular violan las disposiciones de no discriminación del Artículo 1110. Tales medidas también violan el Artículo 1102 si implican un tratamiento manifiestamente inequitativo de un inversionista extranjero en comparación con sus competidores nacionales. Un caso conforme al GATT citado por el Profesor Swan ilustra el concepto. El caso del Apartado 337 [**Section 337 Case**] se elevó al GATT en contra de los Estados Unidos por la Comunidad Económica Europea, la que alegaba que un procedimiento estadounidense encaminado a combatir prácticas desleales en materia de comercio² violaba las disposiciones de "tratamiento nacional" del GATT del Artículo III:4 del GATT. Los Estados Unidos se defendieron con fundamento en que los exportadores extranjeros en su conjunto (es decir, en promedio) gozaban tanto de ventajas como de desventajas al quedar sujetos a una audiencia en materia de competencia desleal al amparo del "Apartado 337" ante un juez de derecho administrativo en lugar de contestar la

1

2

misma acusación ante un tribunal federal de distrito. Por este motivo, los Estados Unidos insistían en que el tratamiento conforme a este procedimiento no era menos favorable para exportadores extranjeros que el tratamiento que se otorgaba a empresas nacionales que tenían que responder únicamente ante tribunales federales. El Tribunal del GATT rechazó este alegato, sosteniendo que si había la posibilidad de que tan solo un exportador extranjero estaría en desventaja a consecuencia de un procedimiento administrativo en comparación con un procedimiento ante un tribunal de distrito, el procedimiento era discriminatorio y una violación del requisito de "tratamiento nacional" consagrado en el Artículo III:4 del GATT³.

Además, la Demandada no puede reclamar que las disposiciones sustantivas de las leyes del IEPS posteriores a 1998 no eran indiscriminatorias puesto que su ejecución de esas disposiciones claramente discriminaban a favor de comercializadoras exportadoras propiedad de mexicanos. Un tribunal reciente constituido conforme al GATT asumió esta misma postura en relación con una reclamación conforme al Artículo III:2:

En opinión del Tribunal, los procedimientos de ejecución no pueden separarse de las disposiciones sustantivas que pretenden ejecutar. Si las disposiciones procedimentales del derecho interno no quedaran amparadas por el Artículo III:4 [el

3

artículo del GATT en materia de tratamiento nacional], las contratantes podrían escapar de la norma de tratamiento nacional ejecutando la ley sustantiva, el que cumple la norma del tratamiento nacional, a través de procedimiento menos favorables a productos importados que a productos iguales de origen nacional¹.

En este caso, la Ley del IEPS sustantiva y la ejecución procedimental de esa Ley deben cumplir la norma de tratamiento nacional consagrada en el Artículo 1102 del TLC. La Demandada no puede escapar de sus obligaciones conforme al tratado mediante ejecución discriminatoria.

VII. Daños y Perjuicios [Damages]: CEMSA "ha sufrido pérdidas o daños por motivos o a consecuencia de" la violación, por parte de la Demandada, del Capítulo 11, Fracción A, del TLC.

El derecho internacional por mucho tiempo ha reconocido el derecho de un estado de expropiar bienes de extranjeros por motivos legítimos y por procedimientos justos siempre y cuando la expropiación venga acompañada del pago de una indemnización justa. Durante muchos años antes del TLC, sin embargo, existió un intenso debate sobre la norma de derecho internacional de indemnización por bienes expropiados. Estados exportadores de capital, como los Estados Unidos, apoyaban el pago de una indemnización "oportuna, adecuada y efectiva" igual al valor justo de mercado de los bienes de que se trataba. Los estados

1

importadores de capital, como México, estaban a favor de una norma menos demandante o de plano rechazaban la responsabilidad internacional. [Citar]. Los tribunales nacionales e internacionales resolvieron el asunto de manera distinta, pero existía un amplio consenso en un punto: en el caso de expropiación ilegal, por ejemplo, una que viola los principios de indiscriminación del derecho internacional, a la víctima se le debiera resarcir por devolución [restitution] de ser posible, y por el pago de daños y perjuicios [damages] equivalentes de no ser posible la devolución. [Citas].

Esencialmente, el TLC adopta en el Artículo 1110 la norma de indemnización "oportuna, adecuada y efectiva" que se conoce como la doctrina Hull¹, y en el Artículo 1135 autoriza a un tribunal el pago de daños y perjuicios [damages] cuando procede. Conforme al Artículo 1110, la "indemnización deberá ser equivalente al valor justo de mercado de la inversión inmediatamente antes de que tuviera lugar la expropiación... [y] se pagará sin demora y deberá ser plenamente realizable"². Los criterios de valuación "incluirán el valor como empresa en operación, el valor de los activos incluido el valor declarado para efectos fiscales, y demás criterios, según proceda, para determinar el valor justo de mercado"³. Conforme al Artículo 1135, un tribunal puede ordenar la "devolución de los bienes, en

1

2

3

cuyo caso el fallo debe disponer que el Signatario que forma parte de la controversia puede pagar daños y perjuicios [damages] en monetario y los intereses aplicables en lugar de la devolución".

La expropiación, por parte de la Demandada, del negocio de exportación de cigarrillos de CEMSA y su discriminación de ésta con fundamento en la nacionalidad, fueron ilegales conforme a los principios establecidos de derecho internacional. Por tanto, el Demandante tiene derecho al pago de daños y perjuicios [damages] ocasionados por la violación, por parte de la Demandada, de los Artículo 1110 y 1102, según lo previsto en el Artículo 1135(1) (b). Independientemente del Artículo del TLC que el Tribunal use como base de su cálculo de los daños y perjuicios [damages], la Demandada está obligada a resarcir al Demandante la indemnización por concepto de la pérdida de utilidades de CEMSA correspondientes a 1994-1995, pagándole las devoluciones que corresponden por octubre-diciembre de 1997 con los intereses y los ajustes legales por concepto de inflación, e indemnizándole plenamente a razón del valor de empresa en operación del negocio de exportación de cigarrillos al 1° de diciembre de 1997.

A. Expropiación.

Los daños y perjuicios [damages] son la norma de indemnización cuando tiene lugar una expropiación ilegal. En lo que se ha convertido en una opinión clásica, la Corte Permanente de Justicia Internacional [Permanent Court of International

Justice] decidió que la obligación principal en el caso de interferencia ilegal es la devolución en especie [restitution in kind]:

El principio esencial consignado en la actual noción de acto ilegal (un principio que parece ser establecido por la práctica internacional y en particular por los laudos de tribunales arbitrales) es que la reparación, de ser posible, debe borrar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, muy probablemente, habría existido si ese acto no se hubiese cometido. La devolución en especie, o, de no ser posible, el pago de una suma correspondiente al valor que una devolución en especie tendría, junto con el laudo, de ser necesario, del pago de daños y perjuicios por concepto de pérdidas sufridas que no se habría cubierto por la devolución en especie o el pago en su lugar¹.

La Corte observó que, en el caso de una expropiación legal, la obligación sería la de pagar "el precio justo de lo que se expropió" y "el valor de la empresa en el momento del despojo, sin intereses, hasta la fecha de pago"¹. Este valor es el establecido por el Artículo 1110(1)(d) y (2)-(6), es decir, la indemnización que debe pagarse en un secuestro legal será "equivalente al valor justo de mercado". Sin embargo, tal y como lo puso de manifiesto la sentencia dictada en relación con el

1
1

caso de Chorzow Factory, cuando se trata de secuestros ilegales, existe una obligación adicional, de no ser posible la devolución de indemnizar al propietario por concepto de la pérdida resultante.

B. Discriminación.

Los daños y perjuicios [damages] de CEMSA por concepto de la discriminación ilegal por parte de la Demandada al amparo del Artículo 1102 son idénticos a los reclamados por expropiación ilegal. Se aplican los mismos principios de derecho internacional. Tanto la expropiación como la discriminación constituyen violaciones de normas internacionales, y el estado responsable debe resarcir al demandante.

En el caso de S.D. Myers, un tribunal del TLC decidió que las medidas del Canadá constituían una discriminación ilegal en violación del Artículo 1102. No declaró la expropiación, puesto que la suspensión temporal de las exportaciones simplemente demoró el establecimiento de un nuevo negocio, pero puso de manifiesto su intención de que se resarciera al demandante por concepto de las pérdidas que sufrió a consecuencia de la violación del Artículo 1102 por parte del Canadá. La audiencia se bifurcó y no había concluido la segunda etapa en relación con el importe de los daños y perjuicios. En su laudo inicial, sin embargo, el tribunal abordó los principios de indemnización que deben aplicarse conforme a principios generales de derecho internacional. Citando a Chorzow Factory (párrafo

311) y el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados [~~Draft Articles on State Responsibility~~] [add fn] (párrafo 312), el tribunal declaró que la indemnización que debiera pagarse "debe reflejar el principio general de derecho internacional de que la indemnización debe corregir el daño material ocasionado por una violación de una obligación internacional". (Párrafo 315).

CEMSA ha sufrido pérdidas y daños [~~damages~~] a consecuencia de las medidas de la Demandada que violan tanto el Artículo 1110 como el Artículo 1102. Estas medidas constituyen tanto una expropiación ilegal como una discriminación ilegal conforme a principios establecidos de derecho internacional, y el tribunal debiera exigir a la Demandada que resarza al Demandante.

C. Valuación

El daño material que ocasionó a CEMSA la violación, por parte de la Demandada, del Artículo 1102 se describe pormenorizadamente en la Declaración de Ernesto Cervera ("Cervera"), socio de Grupo de Economistas y Asociados ("GEA") de la Ciudad de México ("Cervera") [sic]. Los elementos principales de daños y perjuicios [~~damage~~] provienen de (1) el rechazo, por parte de la Demandada, de la solicitud de CEMSA de devoluciones del IEPS en relación con exportaciones de cigarros realizadas en octubre y noviembre de 1997 (y un embarque en diciembre de 1997), (2) el rechazo, por parte de la Demandada, de permitir devoluciones del IEPS a CEMSA por concepto de exportaciones de

(US\$6,458,264) a junio de 2001. *Ibid* IV.1. Esta cantidad aumentará con el tiempo.

(2) Utilidades perdidas del 1° de enero de 1994 a mayo de 1996

Tal y como se señala anteriormente, la Demandada retuvo devoluciones del IEPS de CEMSA en violación del derecho mexicano e internacional a partir de enero de 1993. Estos actos impidieron a CEMSA reanudar las exportaciones de cigarros sino hasta mediados de 1996. El Demandante pretende recuperar las utilidades que CEMSA perdió debido a las medidas de la Demandada, desde el 1° de enero de 1994, cuando el TLC entró en vigor, hasta mayo de 1996. Aunque Hacienda al principio aceptó permitir a CEMSA exportar cigarros en 1995, el Demandante no pudo confirmar que este acuerdo subsistiría cuando Tomás Ruíz sustituyó al Doctor Pero [sic] Noyola a finales de ese año, y el Demandante no se atrevió a realizar inversiones importantes en cigarros sin realizar pequeños embarques de prueba a principios de 1996. Además, A CEMSA le tomó varios meses restablecer el negocio que había sido suspendido ilegalmente por la Demandada en 1993. Declaración de Feldman, párrafo _____. Por tanto, el Demandante reclama las utilidades sobre exportaciones de cigarros que CEMSA perdió desde el 1° de marzo de 1994 hasta mayo de 1996.

Cervera ha calculado las utilidades perdidas de CEMSA en estos meses proyectando las exportaciones que CEMSA habría realizado, calculando las utilidades que habría ganado en esas

exportaciones, y aplicando un factor de intereses para determinar el valor de tales utilidades a junio de 2001. Cervera, párrafo IV.2, página 18. El cálculo de las exportaciones que CEMSA habría realizado se basa en (1) las estadísticas oficiales mexicanas de exportaciones de cigarros, y (2) los datos de exportación de CEMSA correspondientes a 1992, 1996 y 1997. Estas últimas cifras se basaron en los registros incompletos de CEMSA de facturas de ventas y se subestiman significativamente. Declaración de Zaga, párrafo ___; Declaración de Feldman, párrafo ___. Cervera hace tres proyecciones de las exportaciones perdidas de CEMSA (conservadoras, intermedias y agresivas), dependiendo de la tasa de crecimiento proyectada. Cervera, páginas 19-20.

Para calcular las utilidades perdidas, Cervera usa el margen de utilidad de CEMSA sobre venta de cigarros correspondientes a 1997, el único año completo de operaciones, y la tasa de CETES a 28 días. Cervera, páginas 21-22. El margen de utilidad de CEMSA en 1997 (después de deducir los cargos por concepto de financiamiento) fue del 62.4% en comparación con los márgenes de utilidad del 75.4% en la industria cigarrera mexicana. Por lo que se refiere a intereses, Cervera usa la tasa de los CETES a 28 días (la tasa de Tesorería a corto plazo) que es la tasa más exacta y la más comúnmente utilizada en México. Cervera, página 22. Usando las tres proyecciones de exportaciones perdidas antes mencionadas, Cervera hace tres

Tal y como el Artículo 1110(2) pone de manifiesto, el valor de los bienes expropiados se calcula a la fecha de la expropiación. Las medidas tomadas por el gobierno expropiador para reducir el valor de los bienes después de la fecha de la expropiación, de índole legislativa o administrativa, no deben tomarse en cuenta. De otra manera, un estado siempre puede tomar medidas después del hecho para reducir su responsabilidad. Este punto es tan obvio que no se aborda en el TLC, pero el Artículo 1110(2) señala además, con base en principios generales de derecho internacional, que la indemnización que se adeuda "no deberá reflejar cambio alguno en el valor que ocurra porque se ha informado anticipadamente la intención de expropiar". A *fortiori*, las medidas legales llevadas a cabo después del hecho para confirmar una expropiación son irrelevantes.

Además, tal y como lo señala el Profesor Swan:

(A) La declaración, por la Secretaría del Tesoro de los Estados Unidos [**U.S. Treasury**] y la Secretaría de Hacienda Mexicana se refiere únicamente a la legislación de 1998. No se refiere a un acto independiente llevado a cabo por el ejecutivo mexicano en o después del 1° de diciembre de 1997, para expulsar al Demandante del negocio de exportación de cigarros (ver el Párrafo 34 que antecede). Es ese acto del ejecutivo, y tan solo ese acto, que es el fundamento de esta reclamación, de tal manera que el acuerdo administrativo [**ministerial agreement**] no puede

utilizarse para negar al Demandante la reparación plena a que tiene derecho conforme al Artículo 1110(2) del TLC.

(B) Existen pruebas más que suficientes en las actuaciones de este juicio para apoyar una resolución por parte del tribunal en el sentido de que independientemente de lo que pudiera exigir el derecho mexicano, el ejecutivo mexicano estaba y aún está decidido a rechazar las devoluciones de CEMSA y de esta manera expulsarla permanentemente del negocio de exportar cigarros desde México. Es esa política, y no la legislación de 1998, que se está pidiendo al Tribunal juzgar y por la que se solicita la reparación. Swan, párrafo 35.

Cervera ha determinado el valor justo del negocio de exportación de cigarros de CEMSA al 1° de diciembre de 1997, calculando su "valor de empresa en operación" con base en el valor actual descontado del flujo de efectivo futuro. Este es el único método adecuado para evaluar una empresa comercial. Cervera, página 25; [Agregar citas legales]. El método de valor de activo ha caído en el descrédito porque no tiene relación alguna con el valor real de un negocio (Cervera, párrafo ___) y no puede usarse en el caso de un negocio de servicios como es el negocio de exportación de cigarros de CEMSA, en el que sólo hay pocos activos tangibles. Finalmente, únicamente el valor de empresa en operación procede en el caso de expropiación ilegal en el que la ley exige que se resarza al Demandante.

Por tanto, Cervera determina el flujo de efectivo futuro que se espera en el negocio por espacio de tres años (1998-2000) usando tres situaciones con base en distintas tasas de crecimiento (página 6-27), determina la tasa que se usará para descontar estos flujos al 1° de diciembre de 1997 (la tasa de los CETES a 28 días) (página 27), y realiza tres cálculos del valor de empresa en operación del negocio de exportación de cigarros de CEMSA al 1° de diciembre de 1997, que van desde \$71,753,332 (US\$8,819,239) a \$77,238,457 (US\$9,493,419) (páginas 27-28). El Demandante basa su demanda en la proyección intermedia de \$74,039,677 (US\$9,100,255). Con intereses, y haciendo uso de la tasa de los CETES a 28 días, la indemnización que se adeuda al Demandante, por concepto de la expropiación final del negocio de exportación de cigarros de CEMSA, al 30 de junio de 2001, asciende a \$148,886,141 (US\$14,888,614) (página 28).

De esta manera, la indemnización total que se adeuda a CEMSA asciende a US\$30,381,939 (página 29), calculada como sigue:

	Pesos	Dólares M.A.
(1) IEPS correspondiente octubre-diciembre de 1997	a 64,582,645	6,458,264
(2) Utilidades perdidas del 1° de enero de 1994 a mayo de 1996	90,350,605	8,035,060
(3) Negocio de cigarros al 1° de diciembre de 1997	148,886,141	14,888,614
Daños y Perjuicios Totales	303,819,390	30,381,939

D. Liquidación de impuestos por parte de Hacienda

Tal y como se señala anteriormente (Hechos, párrafos ___; Derecho, párrafos ___), en julio de 1999, Hacienda liquidó a CEMSA _____ pesos (US\$25, millones) con fundamento en

que CEMSA no tenía derecho a las devoluciones del IEPS que recibió sobre exportaciones de cigarros realizadas en 1996 y 1997. Si la Demandada continúa haciendo este reclamo, la cantidad crecerá conforme a la fórmula descrita anteriormente. El motivo principal que se dio por este cambio retroactivo de política fiscal es que CEMSA no tenía facturas que desglosaban el IEPS por separado y de manera expresa. Al hacer las reclamaciones señaladas, el Demandante solicita al tribunal que resuelva que la Demandada está impedida de impugnar los derechos de CEMSA a las devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarros realizadas en 1996-1997, y que, en cualquier caso, tenía derecho a tales devoluciones. Si el Tribunal decide en favor del Demandante en relación con estas cuestiones, independientemente de que la Demandada contrademande o no en este procedimiento, se le debe prohibir hacer tales reclamaciones contra CEMSA ya sea ante los tribunales mexicanos o como una compensación sobre el laudo que dicte este Tribunal.

Puesto que el TLC no permite al Tribunal ordenar a la Demanda que apegue su conducta al laudo que se dicte en este caso, y la Demandada no ha acordado hacerlo, el Demandante solicita (1) una declaración de que la Demandada no tiene derecho a recuperar las devoluciones del IEPS que se pagaron a CEMSA por concepto de exportaciones de cigarros realizadas en 1996 y 1997, y (2) un laudo contingente sentenciando al pago de daños y perjuicios [damages] por la cantidad de cualquier liquidación

fiscal futura que dicte la Demandada contra CEMSA en relación con las devoluciones del IEPS que CEMSA recibió por concepto de exportaciones de cigarrillos realizadas en 1996 y 1997.

E. Costos

Finalmente, el Demandante solicita al Tribunal que sentencie al pago de los costos, incluidos los honorarios de los abogados y los gastos de los testigos periciales, de conformidad con el Artículo 1135 del TLC y el Artículo 59 de las Reglas de Arbitraje Adicionales [additional Facility Arbitration Rules]. El caso a favor de la sentencia de pago de costos es sólido en virtud de los fundamentos de la demanda del Demandante, la anterior petición del Demandante para que se llegara a un acuerdo en relación con los costos, y la conducción de este asunto por parte de la Demandada. Primero, la Demandada se negó, antes y durante este procedimiento, a discutir la transacción de la reclamación a través de consultas o negociación según exige el Artículo 1118 del TLC. Tanto el Subsecretario Tomás Ruíz como el señor Perezcano ignoró las iniciativas del Demandante y de los abogados en este sentido. La Demandada ha violado el Artículo 1118.

Segundo, de manera congruente con sus prácticas en otros casos, la Demandada ha recurrido a todas las cuestiones legales posibles independientemente de los fundamentos. Esto fue palpable en las objeciones sin fundamento de la Demandada a la jurisdicción del Tribunal. Tercero, la Demandada

innecesariamente invoca formalismos para complicar y demorar el procedimiento. Su negativa ha tener intercambios telefónicos significativos con el Tribunal para acelerar la resolución de asuntos procedimentales es tan solo un ejemplo. Estas demoras han aumentado los gastos directos y daños resultantes del Demandante. Cuarto, la Demandada se ha resistido y, finalmente, se ha mofado de las claras instrucciones del Tribunal en relación con la exhibición de documentos y declaraciones por escrito de personas señaladas. No exhibió siquiera una sola declaración solicitada por el Demandante y no ha podido ubicar documentos específicos identificados por el Demandante, incluidos documentos de los que tenemos copia.

Recientemente, el nuevo Presidente de México, Vicente Fox, ha exhortado a pequeños inversionistas para que inviertan en México conforme a la protección del TLC [citar]. El Demandante, un pequeño inversionista, ha incurrido en enormes gastos (de más de un millón de dólares) para presentar a este Tribunal agravios para los que no tiene un recurso legal efectivo en México. El Demandante espera que el Tribunal tomará en cuenta esta carga financiera y exigirá a la Demandada que pague todos los costos del procedimiento.