



SECRETARÍA DE
ECONOMÍA

**SUBSECRETARÍA DE NEGOCIACIONES
COMERCIALES INTERNACIONALES**
Dirección General de Consultoría
Jurídica de Negociaciones

Oficio No.: DGCJN.511.06.360.02
México, D.F., a 8 de mayo de 2002

Asunto: Marvin Roy Feldman Karpa c. los Estados
Unidos Mexicanos
Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1

Miembros del Tribunal
Atención: Alejandro Escobar
Secretario del Tribunal
CIADI -1818 H Street, N.W.,
Washington, D.C. 20433
Estados Unidos de América

Escribo en contestación a las preguntas del Tribunal contenidas en la carta del Secretario de fecha 17 de abril de 2002:

- a) Al decidir el fondo de la disputa, ¿qué trato debe este Tribunal dar a las acciones paralelas que están pendientes ante tribunales en México (distintas de la sentencia de amparo de 1993), en virtud de que los tribunales mexicanos se encuentran considerando, de conformidad con el derecho mexicano, algunas de las mismas cuestiones que este tribunal considera de conformidad con el TLCAN y el derecho internacional? y
- b) ¿Son compatibles con los requisitos de la renuncia establecida en el artículo 1121(2)(b) del TLCAN con los procedimientos que están pendientes de resolución ante los tribunales mexicanos, tomando en consideración, entre otros, la excepción relativa a medidas precautorias de carácter extraordinario y, en especial, la aparente diferencia entre las versiones en inglés y en español de ese artículo?

También se da respuesta en este escrito a la solicitud del demandante de que el Tribunal declare que el procedimiento está cerrado, de conformidad con el artículo 45 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI, tras haber recibido los escritos de las partes en respuesta a las preguntas del Tribunal.

I. INTRODUCCIÓN

1. El tribunal recordará que, al concluir la etapa de actuaciones escritas en este arbitraje, el demandante había instaurado dos procedimientos ante tribunales mexicanos. El primero (el procedimiento de 1998 ante el Tribunal Fiscal de la Federación –actualmente, Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa) había sido resuelto en su totalidad a favor de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP). El segundo (el procedimiento de 1999 ante el Tribunal Fiscal de la Federación) estaba en curso y las resoluciones habían favorecido a ambas partes parcialmente. Es este último procedimiento el que continúa activo un año después.

A. El procedimiento de 1998 ante el Tribunal Fiscal de la Federación que ha concluido de manera definitiva

2. El 24 de abril de 1998, CEMSA presentó una demanda de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación en contra de la negativa de devolución de impuestos de parte de la SHCP por los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1997, y enero de 1998; así como de la resolución de la SHCP de fecha 24 de febrero de 1988 en respuesta a la solicitud de CEMSA de fecha 12 de diciembre de 1997.

3. En ese juicio, CEMSA argumentó que la ley debía ser interpretada de manera amplia para cumplir con lo que CEMSA definió como su propósito general; argumentó que, el hecho de que la SHCP previamente hubiese efectuado devoluciones del impuesto entre 1996 y 1997, significaba que había otorgado una resolución favorable tácita sobre el derecho de CEMSA de obtener devoluciones; alegó que la carta del 16 de marzo de 1997 del Lic. Gómez Bravo había confirmado el derecho de todo exportador a aplicar una tasa impositiva del 0%; y argumentó que la revocación de la resolución favorable tácita había violado las disposiciones del artículo 36 del Código Fiscal de la Federación. CEMSA, además, reclamó que la aplicación de la ley por parte de la SHCP establecía un monopolio de exportación en beneficio de los productores, y argumentó que la sentencia de 1993 de la Suprema Corte de Justicia que obtuvo CEMSA, así como la sentencia de 1996 en el caso Lynx, obligaban a la SHCP a otorgar a CEMSA devoluciones del impuesto (véase el párrafo 234 del escrito de contestación a la demanda). El demandante presentó a este Tribunal exactamente los mismos argumentos, pero los caracterizó como violaciones al TLCAN.

4. El Tribunal Fiscal emitió su sentencia el 24 de noviembre de 1998 en contra de CEMSA (el demandante presentó su demanda en este procedimiento el 30 de abril de 1999, aproximadamente cinco meses después; entonces estaba pendiente el juicio de amparo que instauró en contra de aquella). El Tribunal Fiscal confirmó la resolución de la SHCP del 24 de febrero de 1998, y la legalidad de las negativas de la devolución del impuesto. La sentencia se pronunció sobre cada uno de los argumentos de CEMSA¹.

1. El Tribunal Fiscal:

- por lo que se refiere a la negativa de devoluciones por los meses de octubre a diciembre de 1997 y enero de 1998, confirmó que el expediente no demostraba que la SHCP hubiera resuelto favorablemente sobre la devolución del IEPS a CEMSA en el período de 1996 a 1997, es decir, no hubo ninguna resolución individual

5. Subsecuentemente, CEMSA inició un juicio de amparo ante un Tribunal Colegiado de Circuito. El 24 de agosto de 2000, éste confirmó la decisión del Tribunal Fiscal. Esta fue una decisión definitiva contra la cual ya no procede juicio o recurso alguno.

6. La demandada previamente ha argumentado que la sentencia del Tribunal Colegiado de Circuito establece, como un hecho jurídico en este procedimiento, que CEMSA no tenía derecho a recibir la devolución del IEPS por la exportación de cigarros realizadas de octubre a diciembre de 1997, y que este hecho jurídico, por sí solo, es suficiente para desechar la reclamación en este procedimiento relativa a que la negativa de la SHCP a finales de 1997 es equivalente a una expropiación del pretendido negocio de exportación de cigarros de CEMSA².

B. El procedimiento de 1999 ante el Tribunal Fiscal de la Federación

7. CEMSA instauró otro procedimiento ante el Tribunal Fiscal para impugnar los resultados de la auditoría de 1998, así como para anular la resolución de fecha 1 de marzo de 1999, que fincó un crédito fiscal en contra de CEMSA por la devolución indebida del IEPS por la exportación de cigarros durante 1996 y 1997.

8. Además de impugnar la auditoría por cuestiones de procedimiento, CEMSA argumentó, entre otras cosas, que, no obstante que había comprado cigarros a vendedores que no eran contribuyentes y a quienes no se les había trasladado el impuesto de forma expresa y por separado, tenía derecho a obtener la devolución del impuesto incorporado en el precio de los cigarros. En cuanto a las exportaciones a Honduras, CEMSA negó haberlas realizado, argumentando para ello que las pruebas presentadas por la SHCP demostraban que DILOSA (el supuesto importador Hondureño) no existía y, por lo tanto, CEMSA no podía haber exportado a

favorable a CEMSA; por el contrario, la única resolución —la emitida el 24 de febrero de 1998— le fue desfavorable;

- determinó que el oficio del Lic. Gómez Bravo de fecha 16 de marzo de 1997 no constituyó una resolución favorable para CEMSA, ya que estaba redactado en términos generales, y no tenía aplicación a la situación concreta en cuestión, porque, como se precisa en el propio oficio, cualquier solicitud de una devolución específica tendría que analizarse a la luz de las disposiciones vigentes en el momento de presentarse;
- rechazó la aplicación de la sentencia de 1993 de la Suprema Corte de Justicia, así como de la sentencia del 20 de febrero de 1996 en el caso Lynx, indicando que eran irrelevantes para el caso, ya que se relacionaban con disposiciones específicas de la ley que sólo estuvieron en vigor en 1991 y 1992, respectivamente;
- confirmó que la legislación fiscal debe interpretarse estrictamente, según lo requiere el artículo 5 del Código Fiscal y, por lo tanto, la interpretación amplia solicitada por CEMSA era improcedente;
- respecto a las exportaciones realizadas en 1998, determinó que, aunque las exportaciones generalmente causaban una tasa del IEPS del 0%, la excepción prevista en el artículo 11 de la ley de 1998 —que dispone que el IEPS no se pagará en enajenaciones subsecuentes a las realizadas a los detallistas y en ningún caso procederá el acreditamiento ni la devolución del impuesto— aplicaba a la exportación de cigarros de CEMSA; y
- al aplicar de manera integral las disposiciones pertinentes de la ley, la SHCP había concluido correctamente que CEMSA no tenía un derecho a devoluciones, porque no podía cumplir con los requisitos del artículo 4 del IEPS de contar con facturas en las que se le hubiere trasladado el IEPS de manera expresa y por separado, toda vez que el artículo 11 expresamente prohíbe el acreditamiento y la devolución por ventas subsecuentes a las hechas al detallista.

2. Véanse los párrafos 359 al 389 del escrito de contestación a la demanda, 26 al 31 del escrito de dúplica y las páginas 220-222 de la transcripción de la audiencia del 13 de julio de 2001.

un país de baja imposición fiscal. Estos mismos argumentos también fueron sometidos ante este Tribunal.

9. La SHCP argumentó que el cumplimiento de las disposiciones de la Ley del IEPS no podía eximirse de manera discrecional. Alegó que CEMSA no tenía derecho a obtener devoluciones del IEPS, al no haber cumplido con las disposiciones previstas en la ley, y que no podía permitirse que CEMSA determinara para sí un impuesto a su favor con base en facturas que no cumplieran los requisitos legales.

10. El 16 de junio de 2000, el Tribunal Fiscal emitió sentencia en la que resolvió unos puntos a favor de la SHCP y otros a favor de CEMSA. El Tribunal Fiscal confirmó la correcta actuación de la autoridad por lo que se refiere a aspectos procedimentales. También determinó que CEMSA sólo era contribuyente en relación con las exportaciones definitivas de cigarros a países que no eran jurisdicciones de baja imposición fiscal. Sin embargo, el Tribunal Fiscal resolvió que la SHCP no podía requerir la presentación de facturas con el IEPS desglosado, ya que se trataba de un requisito de imposible cumplimiento por lo que a las exportaciones de cigarros se refiere. El Tribunal Fiscal de la Federación determinó que CEMSA tenía derecho a recuperar el impuesto que los productores de hecho pagaban en la primera enajenación, debido a que era el único impuesto pagado antes de la exportación, por cigarros que de hecho fueron exportados a países que no son considerados como de baja imposición fiscal.

11. Respecto a DILOSA, el Tribunal Fiscal rechazó los argumentos de CEMSA y otorgó pleno valor probatorio a los documentos emitidos por el gobierno de Honduras y a los pedimentos y facturas de la propia CEMSA. El Tribunal Fiscal confirmó que las devoluciones obtenidas por estas exportaciones fueron indebidas.

12. El Tribunal Fiscal declaró la nulidad de la resolución de fecha 1 de marzo de 1999, pero sólo "para el efecto que la autoridad reconozca el derecho de la actora (CEMSA) a acreditar el impuesto que resulte de aplicar el impuesto determinado en función del precio de venta al detallista que haya declarado el productor o fabricante a los tabacos efectivamente exportados a países que no sean una 'jurisdicción de baja imposición fiscal', sin que ello impida a la autoridad el verificar que hayan cumplido con los demás requisitos que establece el artículo 4 de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, para que sea acreditable dicho impuesto"³. La resolución del 1 de marzo de 1999, consecuentemente, permanece vigente respecto de las demás determinaciones.

13. La sentencia del tribunal no satisfizo ni a CEMSA ni a la autoridad, por lo que ambas interpusieron recursos en contra de la misma.

3. Además, por lo que se refiere a la determinación del impuesto omitido a la tasa 85%, la nulidad de la resolución impugnada es para el efecto de que en la nueva resolución que emita la autoridad considere que la tasa cero no aplica a las exportaciones definitivas de tabacos labrados a países considerados como "jurisdicciones de baja imposición fiscal", y que la tasa del 85% corresponde exclusivamente a la primera enajenación de dichos bienes en territorio nacional o a su importación.

Finalmente, señaló que la autoridad tenía razón al considerar improcedentes las devoluciones por las exportaciones efectuadas a Honduras, ya que dicho país es considerado una "jurisdicción de baja imposición fiscal", y esas exportaciones no gozan de la tasa cero. Véase CM 05433.

14. El 6 de septiembre de 2000, CEMSA inició un juicio de amparo ante un Tribunal Colegiado de Circuito, en el que reclamó principalmente el valor probatorio que el Tribunal Fiscal otorgó a los pedimentos de exportación y las facturas de CEMSA a Honduras. Argumentó que los propios documentos de CEMSA "carecían completamente de valor probatorio" y aseveró, como lo hizo ante el Tribunal Fiscal, que la declaración del gobierno de Honduras en el sentido de que si DILOSA no existe, demostraba que CEMSA no había exportado a Honduras.

15. CEMSA además impugnó la sentencia del Tribunal Fiscal en el sentido de que eran indebidas las devoluciones por las exportaciones a Honduras. Argumentó que no tenía relación alguna con DILOSA y, por lo tanto, había cumplido con los requisitos exigidos en la Regla 6.1.1. También argumentó, que la ley no debía distinguir con base en si el país de destino es o no una jurisdicción de baja imposición fiscal, no obstante que había acatado previamente el requisito de notificación dispuesto en el Regla 6.1.1.

16. El 18 de septiembre de 2000, la SHCP interpuso ante el Tribunal Colegiado de Circuito un recurso de revisión distinto en contra de la sentencia del Tribunal Fiscal. La SHCP argumentó que el requisito de contar con facturas en las que se traslade el IEPS expresamente y por separado deriva de una clara disposición legal (artículo 4, fracción III de la Ley del IEPS), cuyo cumplimiento es obligatorio. También, argumentó que tales requisitos no eran de imposible cumplimiento, pues nada impedía a CEMSA adquirir los productos directamente de los productores o fabricantes. El que los productores o fabricantes vendieran o no directamente a CEMSA era un asunto entre particulares que no se le podía atribuir a la SHCP.

17. Al término de las actuaciones escritas en este arbitraje, el estado del procedimiento iniciado en 1999 ante el Tribunal Fiscal era el siguiente:

- a) el Tribunal Fiscal remitió el asunto con instrucciones a la SHCP para que calculara el derecho de CEMSA a recibir devolución del IEPS, salvo por aquellas realizadas a Honduras, de acuerdo con los montos del IEPS que los productores efectivamente pagaron sobre los productos que CEMSA exportó;
- b) la pregunta sobre si CEMSA tenía derecho a obtener la devolución del IEPS sin contar con las facturas con el IEPS desglosado estaba *sub judice*, en virtud del recurso de revisión iniciado por la SHCP en contra de la sentencia del Tribunal Fiscal de la Federación;
- c) la pregunta sobre si CEMSA tenía derecho a obtener la devolución del IEPS sobre sus exportaciones a Honduras estaba *sub judice*, en virtud del amparo iniciado por CEMSA en contra de la sentencia del Tribunal Fiscal de la Federación; y
- d) CEMSA no impugnó las instrucciones decretadas por el Tribunal Fiscal a la SHCP para calcular el derecho de CEMSA para la devoluciones de IEPS sobre la base de la cantidad de IEPS realmente aportadas por lo productores.

18. En vista de que los tribunales mexicanos aún no se habían pronunciado de manera definitiva sobre tales cuestiones y el proceso judicial estaba (y sigue) en curso, existía la posibilidad de que la SHCP recuperara el monto del IEPS pagado a CEMSA, fundamentándose para ello en el hecho de que CEMSA no obtuvo facturas con el IEPS desglosado según lo

requería el artículo 4, párrafo III de la Ley del IEPS. Al ser un litigio activo, también existía la posibilidad de que la posición de CEMSA prevaleciera, de manera que pudiese conservar parte del monto de las devoluciones del IEPS obtenidas por las exportaciones durante el periodo pertinente, aunque calculadas sobre la base de las cantidades efectivamente pagadas por los productores, no sobre la base de la metodología de cálculo elevado que CEMSA aplicó por propia iniciativa.

19. El escrito de contestación a la demanda señaló que estas cuestiones jurídicas no podrían conocerse mientras no concluyeran en definitiva los procedimientos judiciales ante tribunales de México; pero que, en cualquier caso, la SHCP calcularía el monto de las devoluciones del IEPS a las que CEMSA tendría derecho aplicando una tasa del 85% sobre el precio al detallista —tal como lo establece la Ley del IEPS y lo había ordenado el Tribunal Fiscal de la Federación.

20. El demandante sometió todas estas cuestiones al Tribunal en el curso del arbitraje. De la descripción anterior, y las descripciones más detalladas contenidas en los escritos de las partes, resulta evidente que las controversias que han sido sometidas a las cortes mexicanas involucran cuestiones técnicas de derecho tributario mexicano, que no susceptibles de ser determinadas por un tribunal del TLCAN. Las razones legales por las cuales el Tribunal no debe pronunciarse sobre dichas cuestiones ya han sido abordadas y se discuten más adelante.

II. PREGUNTA 1: EL TRATO QUE DEBE DARSE A LAS DECISIONES RENDIDAS EN PROCEDIMIENTO QUE CONTINÚA PENDIENTE DE RESOLUCIÓN ANTE LOS TRIBUNALES MEXICANOS

21. El Tribunal ya ha observado en su decisión interlocutoria que:

...La jurisdicción conforme al artículo 1117(1)(a) del TLCAN, en que se fundamenta este arbitraje, está limitado a reclamaciones a consecuencia de una supuesta violación a las obligaciones conforme a la sección A del capítulo XI del TLCAN. Por lo tanto, el tribunal no tiene, en un principio, jurisdicción para decidir sobre reclamaciones a consecuencia de una supuesta violación del derecho mexicano. Los anteriores sistemas legales mencionados (el derecho internacional en general, y el derecho mexicano) pueden volverse relevantes en la medida de que una disposición pertinente sea encontrada en la sección A del capítulo XI y haga referencia a ésta o al cumplir con el requisito del artículo 1131(1) que un "tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional". Aparte de eso, el tribunal no está autorizado a investigar supuestas violaciones ya sean del derecho internacional en general o del derecho nacional.⁴

22. La demandada ha afirmado que este Tribunal carece de competencia para decidir cuestiones de derecho mexicano, y no puede resolver las cuestiones que se encuentra *sub júdice* ante los tribunales nacionales. El Tribunal tampoco actúa como una corte de apelación con facultades para revisar las sentencias de las cortes nacionales.

4. Decisión Interlocutoria, párrafo 61.

23. En estas circunstancias, al igual que sucedió en el caso *Azinian*, el demandante sólo podría prevalecer si se desestimara la actuación de las cortes nacionales con base en una determinación de denegación de justicia. El demandante, sin embargo, no ha sometido tal reclamación a arbitraje. En efecto, una reclamación de esta naturaleza sería prematura mientras los recursos locales no se hayan agotado, y en aún en ese caso, tendría que establecer que los tribunales nacionales aplicaron la ley incorrectamente de forma clara y maliciosa⁵. Aquí, como sucedió en *Azinian*, no se ha presentado tal reclamación.

24. La negativa de otorgar devoluciones por los últimos meses de 1997 y enero de 1998, así como la improcedencia de devoluciones a partir de 1998 fueron confirmadas por los tribunales mexicanos en el procedimiento de 1998 mediante sentencia definitiva. La sentencia final que se emita en el procedimiento de 1999 sólo versará sobre la resolución emitida por la SHCP de fecha 1 de marzo de 1999, relativa al crédito fiscal determinado en contra de CEMSA.

25. Si CEMSA prevaleciera en el procedimiento de 1999 —lo cual no puede anticiparse—, el Tribunal no puede presumir que la SHCP no cumplirá con la sentencia definitiva que se emita, ni hay evidencia alguna que lo sugiera. Por el contrario, México demostró que la SHCP cumplió plenamente con la sentencia en el caso de 1993, y afirma que la SHCP acatará igualmente las sentencias definitivas de los tribunales nacionales. Sin embargo, advierte que el resultado del procedimiento de 1999 no es definitivo aún.

26. México sostiene que los hechos materiales permanecen sin cambio desde que la audiencia se celebró; en efecto, desde que concluyó la etapa de presentación de escritos. El escrito de contestación a la demanda de México incluye el siguiente resumen de los procedimientos ante las cortes nacionales:

11. En consecuencia, en un procedimiento, los tribunales mexicanos confirmaron la posición de las autoridades fiscales sobre los requisitos de las facturas. Es cierto que en otro procedimiento que aún no concluye (el procedimiento de 1999 ante el Tribunal Fiscal) resolvió la cuestión de manera distinta. La sentencia está sujeta a un recurso de revisión y es materia de un juicio de amparo instaurado por CEMSA, que aún están en curso. El supuesto derecho a las devoluciones no ha sido aún decidido de manera definitiva conforme al derecho mexicano. El primer elemento de una reclamación de expropiación, es decir la existencia de un derecho, no ha sido todavía determinado. El demandante solicita que este Tribunal reemplace a los tribunales mexicanos y resuelva estos asuntos con base en las opiniones de peritos en derecho mexicano sobre la existencia de este derecho, aun cuando los tribunales la rechazaron en uno de los procesos y, en el otro, la cuestión está *sub júdice*.

5. *Azinian et al. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, 1 de noviembre de 1999, párrafos 99 al 103.

27. Esta situación, en esencia, no ha cambiado: El procedimiento de 1999 ante el Tribunal Fiscal continúa su curso y la decisión emitida aún está *sub júdice*. El procedimiento de 1998 ante el Tribunal Fiscal, por su parte, ha sido resuelto en definitiva y esa situación tampoco ha cambiado ni puede cambiar ya.

28. México se ha pronunciado sobre estos puntos en detalle. Por lo tanto, insta al Tribunal a revisar con cuidado sus escritos, incluida la detallada explicación de por qué no debe resolver sobre cuestiones de derecho mexicano, contenida en las páginas 6 a la 10 de su escrito de dúplica. Esa discusión tiene la misma relevancia respecto de la pregunta que ahora formula el Tribunal.

29. El Tribunal debe tener en mente de que existen otros hechos que desvirtúan la segunda reclamación de expropiación, incluidos los siguientes argumentos de la demandada:

- a) el supuesto derecho, alegado por CEMSA, a recibir las devoluciones del IEPS no es una "inversión" conforme al significado establecido en el artículo 1139 —si acaso, es una reclamación pecuniaria que está expresamente excluida de la definición de inversión;
- b) el pretendido negocio de exportación de cigarros de CEMSA no era una "inversión";
- c) el pretendido negocio de exportación de cigarros de CEMSA en 1996 y 1997, no tenía valor comercial alguno, una vez realizado el cálculo correcto de la devolución del IEPS —las pruebas demuestran claramente que las devoluciones del IEPS, según los montos efectivamente pagados por los productores de cigarros, hubiera resultado en un margen de utilidad insignificante respecto de todas las ventas de cigarros Marlboro y de otras marcas internacionales que CEMSA exportó;
- d) la reclamación debe desestimarse en su totalidad por razones de orden público —según ya se ha señalado, el Tribunal puede inferir correctamente que los cigarros que supuestamente se exportaron a Estados Unidos y por lo cual CEMSA obtuvo la devolución del IEPS, fueron introducidos de nueva cuenta a México y revendidos en el mercado mexicano.

III. PREGUNTA 2: LA RENUNCIA ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 1121 DEL TLCAN RESPECTO DE LOS PROCEDIMIENTOS QUE SE ENCUENTRAN PENDIENTES ANTE TRIBUNALES MEXICANOS

30. La demandada ha manifestado en sus escritos que los términos de la renuncia que el demandante presentó de conformidad con el artículo 1121 no impidieron a CEMSA continuar con los procedimientos de 1998 —concluido en definitiva— ni con el procedimiento de 1999 —aún pendiente de resolución— después de que la reclamación fue sometida a arbitraje. En la opinión de México, los procedimientos ante tribunales nacionales son (o fueron) el foro

apropiado para determinar la situación jurídica y los derechos del demandante y de CEMSA de conformidad con el Código Fiscal y la ley del IEPS⁶.

IV. LA SOLICITUD DEL DEMANDANTE DE QUE EL PROCEDIMIENTO SE CONSIDERE CERRADO

31. El Artículo 45 —cierre del procedimiento— dispone:

1) Cuando haya terminado la presentación del caso por las partes se declarará cerrado el procedimiento.

2) Excepcionalmente, antes de pronunciar el laudo, el tribunal podrá reabrir el procedimiento en razón de que espera recibir prueba adicional de carácter tal que ha de constituir un factor decisivo o de que es esencial aclarar ciertos puntos específicos.

32. Al término de la audiencia y tras haber confirmado que cada parte estuvo satisfecha de que se le había dado una oportunidad suficiente para presentar su caso, el Presidente del Tribunal manifestó:

Por lo que respecta a los dos temas enumerados, declaro que la audiencia ha concluido y que no se esperan escritos posteriores.

Segundo, si posteriormente el Tribunal considera que durante sus deliberaciones existe una necesidad de información, el Tribunal se dirigirá a las partes; lo mismo sucederá si se llega a requerir la contratación de un asistente.

Muchas gracias nuevamente por su cooperación. Disfruten su fin de semana.

33. La demandada considera que las conclusiones del Presidente constituyeron una declaración de que el procedimiento estaba cerrado. Asumiendo que esto es correcto, corresponderá al Tribunal determinar si espera que de los procedimientos que aún se encuentran pendientes ante los tribunales mexicanos surjan pruebas adicionales de carácter tal que han de constituir un factor decisivo o que es esencial para aclarar ciertos puntos específicos.

34. El Tribunal recordará que durante la audiencia, la demandada presentó como prueba la sentencia del Tribunal Colegiado de Circuito de fecha 31 de mayo de 2001, relativa al recurso de revisión instaurado por la SHCP. La sentencia dispone que:

6. Véase el escrito de dúplica, párrafos 46 al 51.

- a) Es ilegal que el Tribunal Fiscal determine que son incompatibles los artículos 2, fracción III y 4, fracción III de la Ley del IEPS, toda vez que el citado artículo 2 establece las tasas aplicables del impuesto de que se trata, según los actos o actividades que se realicen, en tanto que el artículo 4 prevé las reglas para el acreditamiento del gravamen respectivo, por lo que es claro que estos dos artículos establecen hipótesis que se complementan, y no existe la contradicción a la que hace referencia el Tribunal Fiscal.
- b) El Tribunal Fiscal suplió indebidamente la deficiencia de la queja, pues estudió cuestiones no propuestas expresamente por la actora, ya que ésta no disputó que sus exportaciones a jurisdicciones de baja imposición fiscal encuadran en el supuesto de enajenación en territorio nacional previsto en el artículo 2, fracción I de la Ley del IEPS, y que por ello le era aplicable la tasa del 85% prevista en tal disposición, como lo había señalado la SHCP. Sólo sostuvo que no realizó exportaciones a Honduras, en tanto que el Tribunal Fiscal, además de resolver sobre ello, determinó que no resultaba aplicable la tasa del 85% a las exportaciones realizadas a Honduras, porque tal tasa corresponde a las enajenaciones en territorio nacional, en tanto que la exportación definitiva es una hipótesis de causación diferente, y de tal manera suplió la deficiencia de la queja.
- c) Finalmente, señaló que el Tribunal Fiscal no había tomado en cuenta lo argumentado en la contestación a la demanda, relativo a los visitantes que llevaron a cabo la auditoría, concluyendo que sí estaban facultados conforme a la ley para llevar a cabo dicha diligencia.

35. El 13 de diciembre de 2001, la demandada notificó al Tribunal que, en cumplimiento con la sentencia del Tribunal Colegiado de Circuito, el Tribunal Fiscal había emitido una nueva decisión. La demandada también informó al Tribunal que la parte actora había iniciado un juicio de amparo en contra de la sentencia del Tribunal Fiscal de la Federación. El Tribunal recibió una copia de la nueva sentencia del Tribunal Fiscal de la Federación para efectos meramente informativos. No hubo solicitud de que este documento fuera admitido como nuevo elemento probatorio.

36. El demandante contestó al siguiente:

El demandante suplica al Tribunal ignorar la última comunicación de la demandada de fecha 13 de diciembre de 2001. Tal como la demandada lo admite, se trata solamente de una etapa más en un proceso que continúa abierto ante los tribunales mexicanos y el cual no ha sido definitivamente concluido. El asunto se encuentra en revisión y podría incluso llegar hasta la Suprema Corte.

37. No obstante, el demandante escribió al Tribunal el 9 de abril de 2002 para informar que la sentencia del Tribunal Fiscal de la Federación había sido "revocada por el Tribunal Colegiado de Circuito". En su carta, el demandante afirmó:

Congruente con el amparo emitido por la Suprema Corte en favor de CEMSA en agosto de 1993, el tribunal colegiado de circuito declaró inconstitucional dos disposiciones de la ley del IEPS (1996-1997) en virtud de que son discriminatorias y violan el artículo 31 fracción IV de la Constitución Mexicana: (a) artículo 2 fracción III, respecto a la exportación a los llamados países de baja imposición fiscal, y (b) el artículo 4 relativo a la separación del IEPS. Al discutir el artículo 4, el tribunal colegiado concluyó que el requisito de separar el IEPS era discriminatorio y violatorio de la constitución ya que beneficiaba únicamente a los productores y primeros enajenadores de cigarros y discriminaba en contra de las enajenaciones subsecuentes. Así mismo, el Tribunal Colegiado señaló que se trataba de un requisito de forma y no de fondo.

38. El demandante escribió nuevamente al Tribunal el 22 de abril de 2002 solicitando al Tribunal que “declaró el procedimiento cerrado... y que emita su laudo a la brevedad posible...” una vez que el Tribunal reciba la respuesta de las partes a las dos preguntas hechas por el Tribunal.

39. El demandante continua ignorando las determinaciones emitidas en el procedimiento seguido ante el Tribunal Fiscal en 1998, en el que tanto el Tribunal Fiscal como el Tribunal Colegiado de Circuito sostuvieron la legalidad de la resolución de la SHCP que negó a CEMSA la devolución del IEPS a finales de 1997 y enero de 1998, y la diversa resolución de la SHCP de que a partir de 1998 CEMSA no tenía derecho a recibir la devolución del IEPS si no contaba con las facturas con el IEPS desglosado. Solicita, en cambio, que este Tribunal congele las determinaciones hechas en el procedimiento de 1999 que, por el momento, le favorecen respecto de ciertas cuestiones, y que las aplique de manera retroactiva.

40. Según la demandada ya explicó en su respuesta la primera pregunta del Tribunal, los hechos jurídicos pertinentes a la reclamaciones de expropiación que han sido sometidas debidamente a la consideración del Tribunal, ya han sido establecidos, y no hay necesidad de tomar en consideración, como nuevas pruebas, cuestiones emanadas del juicio de nulidad de 1999 ocurridas después la audiencia, ni de esperar a que concluya dicho juicio —lo cual podría llevar un tiempo considerable— para que el Tribunal emita su laudo.

41. La relevancia de la sentencia emitidas con posterioridad a la audiencia es que el procedimiento sigue en curso y las cuestiones controvertidas objeto del mismo —que son cuestiones de derecho fiscal mexicano— continúan *sub judice*.

Atentamente,
El Consultor Jurídico



Hugo Perezcano Díaz

c.c.p. Mark Feldman, abogado del demandante.