



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

MARVIN ROY FELDMAN KARPA,
DEMANDANTE

C.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
DEMANDADO

ESCRITO DE CONTESTACIÓN SOBRE
CUESTIONES PRELIMINARES

CONSULTOR JURÍDICO DE LA PARTE DEMANDADA:
Hugo Perezcano Díaz

ASISTIDO POR:

Secretaría de Comercio y Fomento Industrial
Máximo Romero Jiménez
Fernando Reséndiz Wong

Thomas & Partners
Christopher Thomas
J. Cameron Mowatt
Carlos Véjar Borrego

Shaw, Pittman, Potts & Trowbridge
Stephan Becker
Nancy Fischer
Sanjay Mullick

CONTESTACIÓN AL ESCRITO INICIAL SOBRE CUESTIONES PRELIMINARES

PARTE I:	INTRODUCCIÓN	1
A.	Las solicitudes de las Partes para resolver ciertos aspectos de jurisdicción.....	1
B.	Principios de Interpretación.....	2
PARTE II:	LA COMPETENCIA <i>RATIONÆ PERSONÆ</i> DEL TRIBUNAL	4
A.	Introducción.....	4
B.	El texto del TLCAN	4
C.	La situación jurídica del demandante conforme al TLCAN.....	8
D.	Reglas aplicables del derecho internacional.....	9
E.	Nacionalidad en el plano internacional	10
	1. Principios del derecho internacional en materia de doble nacionalidad	12
	a. El principio que excluye una reclamación que involucra a un individuo que es nacional del Estado en contra del cual se instaura la reclamación.....	12
	b. El principio del vínculo dominante o efectivo	20
F.	La supuesta "renuncia" del derecho de la demandada a impugnar la legitimidad procesal del demandante 29	31
G.	Conclusión.....	31
PARTE III:	LAS CUESTIONES PRELIMINARES RESTANTES	33
A.	El propósito de resolver las cuestiones de jurisdicción como cuestiones preliminares.....	33
B.	El capítulo XI del TLCAN	34
C.	El fundamento legales de la reclamación ante este Tribunal.....	35
D.	Pregunta (a): Omisión de presentar una reclamación de denegación de trato nacional	40
E.	Pregunta (b): la solicitud del demandante para modificar su reclamación para presentar una nueva por denegación de trato nacional.....	47
F.	Pregunta (c): El término de prescripción de tres años y el supuesto impedimento	50
	1. Una reclamación se presenta cuando se entrega la notificación de arbitraje.....	53
	2. No hay evidencia de un "acuerdo" entre CEMSA y el demandante.....	54
	3. No existe un fundamento legal o de hecho para la procedencia de un impedimento sobre bases equitativas (<i>equitable estoppel</i>).....	56
G.	Pregunta (d): la pertinencia de las reclamaciones previas al a entrada en vigor del TLCAN.	58
	1. Las supuestas violaciones del TLCAN, el derecho internacional y la legislación doméstica.....	58
	a. El primer supuesto "Cierre"	60
	b. El segundo supuesto "Cierre".....	61
	2. Pertinencia de las supuestas violaciones previas al TLCAN relativas a reclamaciones que pudieran ser admitidas en este procedimiento.....	61

	a.	La nueva reclamación de "expropiación progresiva" que culminó en medidas adoptadas a finales de 1997.....	61
	b.	Las reclamaciones admisibles	64
	c.	Expropiación derivada de la supuesta omisión de implementar un amparo de 1993.....	64
	d.	Expropiación por motivo de la denegación de devoluciones del IEPS en octubre y noviembre de 1997	65
PARTE IV:		REMEDIO.....	66
A.		Respuesta a las cuestiones preliminares	66
B.		Instrucciones ulteriores relativas a las solicitudes para el suministro de documentos	66

CONTESTACIÓN AL ESCRITO INICIAL SOBRE CUESTIONES PRELIMINARES

PARTE I: INTRODUCCIÓN

A. Las solicitudes de las Partes para resolver ciertos aspectos de jurisdicción

1. El demandante solicitó cuatro resoluciones, tres de las cuales versan sobre cuestiones de jurisdicción, para “definir el alcance del procedimiento”. La demandada coincidió en que éstas debían resueltas como cuestiones preliminares, al igual que otras dos cuestiones adicionales.
2. La demandada presentó dos temas más y argumentó que también debían de ser resueltos como cuestiones preliminares —si el carácter del demandante como nacional de México le impide presentar una reclamación en contra de México, y si el demandante tiene derecho a presentar una reclamación al amparo del artículo 1105 del TLCAN respecto de “medidas tributarias”.
3. La orden procedimental número 3 requirió que el demandante presente un escrito de sobre “todas las cuestiones de jurisdicción argumentadas en las comunicaciones mencionadas anteriormente”, y que la demandada presente una contestación “sobre tales cuestiones de jurisdicción” subsecuentemente.
4. El demandante posteriormente intentó retirar su solicitud relativa a los temas que había planteado, y solicitó al Tribunal que considerara las cuestiones de jurisdicción planteadas por la demandada junto con el fondo de la controversia.
5. Después de una conferencia telefónica informal, el Tribunal emitió la orden procedimental No. 4, y ordenó que se abordaran las siguientes preguntas:
 - a) si el demandante ha presentado una “punto de reclamación” en este procedimiento arbitral respecto de supuestas violaciones al artículo 1102 del TLCAN;
 - b) si el demandante puede presentar reclamaciones adicionales, si las hubiere, o modificar su reclamación sobre la base de una supuesta violación al artículo 1102 del TLCAN;
 - c) si la demandada tiene derecho a oponer cualquier excepción con base en el término de prescripción establecido en el artículo 1117 (2) del TLCAN y, en particular, si esa prescripción afecta los hechos pertinentes a la reclamación o a las reclamaciones que el Tribunal pueda considerar, y si la demandada está impedida para oponer tal excepción;

- d) si las medidas supuestamente adoptadas por la demandada durante el periodo que va de finales de 1992 al 1 de enero de 1994, cuando entró en vigor el TLCAN, y que, se alega, constituyen una violación al TLCAN, al derecho internacional o a al derecho mexicano, son pertinentes para el sustento de la reclamación o las reclamaciones; y
- e) si el demandante, como ciudadano de Estados Unidos de América y residente permanente registrado de México, está legitimado para presentar una demanda en contra de México conforme al capítulo XI.

6. La parte II de este escrito de contestación aborda el tema de la legitimidad procesal. La demandada aborda las cuestiones restantes en la parte III, en el orden en que fueron planteadas.

7. De acuerdo con la orden procedimental No. 4, el 22 de septiembre la demandada presentará al Tribunal sus observaciones adicionales sobre las preguntas planteadas.

B. Principios de Interpretación

8. El artículo 1131 requiere que este Tribunal resuelva “las controversias que se sometan as su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional”.

9. Al interpretar el TLCAN, el Tribunal debe aplicar las reglas de interpretación del derecho internacional público establecidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho los Tratados (la “Convención de Viena”), mismas que han sido generalmente aceptadas como un reflejo del derecho internacional consuetudinario. Éste ha sido el enfoque adoptado por otros paneles y tribunales establecidos conforme a los capítulos XI y XX del TLCAN.

10. Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena disponen:

Artículo 31. Regla general de interpretación

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

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

- (a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
- (b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

- (a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones;
 - (b) toda práctica ulterior seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.
 - (c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Artículo 32 Medios de interpretación complementarios

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- (a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- (b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.¹

11. El punto de partida para la interpretación del TLCAN es el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en su contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin propio del tratado. Por consiguiente:

...el primer deber de un tribunal al que se le requiere interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado es de esforzarse para darles efecto según su significado natural y corriente en el contexto en el cual surjan. Si las palabras relevantes según su significado natural y corriente, tienen sentido en su contexto, ese es el fin del asunto²

12. El recurso a medios de interpretación complementarios solamente procede en las condiciones previstas en el artículo 32 de la Convención de Viena.

1. Decreto por el que se promulga la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de febrero de 1975.

2. Competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado a las Naciones Unidas, 1990 C.I.J. 4,8 (opinión de consulta del 3 de marzo).

PARTE II: LA COMPETENCIA *RATIONÆ PERSONÆ* DEL TRIBUNAL

A. Introducción

13. El Tribunal tiene ante sí una reclamación que ha sido presentada por una persona física que es ciudadana estadounidense; pero que jurídicamente es un residente permanente de México, toda vez que ingresó al país en 1973, solicitó y obtuvo la calidad de "inmigrante" en 1985, y posteriormente profundizó sus lazos con México al haber obtenido y mantenido, desde 1991, la calidad de "inmigrado". En virtud de que, conforme a derecho, el Sr. Feldman es un nacional de México para los efectos del TLCAN, a la luz de las reglas del derecho internacional que el Tribunal está obligado a aplicar, carece de legitimidad procesal necesaria para presentar una reclamación en contra de México al amparo del capítulo XI del tratado. De acuerdo con una de las tendencias del derecho internacional aplicable a las controversias en materia de inversión entre un Estado y un nacional de otro Estado, no son admisibles las reclamaciones de un inversionista que tiene la nacionalidad del Estado anfitrión, no obstante que esa persona sea también nacional de otro Estado.

14. Conforme a la tendencia alternativa del derecho internacional, la nacionalidad dominante o efectiva del demandante para los efectos del TLCAN, es la mexicana. El expediente demuestra que el Sr. Feldman ha residido en México y realizado allí sus actividades de negocios durante veintisiete años —veinte años antes de que el TLCAN hubiese surgido siquiera como una posibilidad. No invirtió a raíz del TLCAN, ni pudo haber considerado incluso la posibilidad de un TLCAN cuando lo hizo. Conforme al TLCAN, se encuentra en la situación jurídica de ser un nacional tanto de Estados Unidos como de México. La demandada sostiene que, dados los estrechos lazos que unen al demandante con México, sus fuertes vínculos de hecho con México, su nacionalidad real y efectiva para los efectos del TLCAN es la mexicana, y, por consiguiente, no puede, como nacional de México, demandar a México al amparo al capítulo XI del TLCAN.

15. En cualquier caso, carece de la legitimidad procesal necesaria para instaurar una reclamación en contra de México conforme al capítulo XI del tratado. En consecuencia, el Tribunal carece de competencia *rationæ personæ*; y la reclamación debe ser desecheda.

B. El texto del TLCAN

16. Así como el Convenio del CIADI fue diseñado para proteger los intereses de los inversionistas de un Estado contratante en otros Estados contratantes, el capítulo XI fue diseñado para otorgar ciertas protecciones derivadas del propio tratado a personas (físicas o morales) que deciden realizar inversiones transfronterizas.

17. El artículo 201 del TLCAN establece ciertas definiciones de aplicación general para los efectos del tratado. Una de tales definiciones es la de "nacional":

“nacional significa una persona física que es ciudadana o residente permanente de una Parte y cualquier otra persona física a que se refiera el Anexo 201.1;”

18. El Anexo 201.1 agrega:

Salvo que se disponga otra cosa, para efectos de este Tratado:

Nacional también incluye:

- (a) respecto a México, a los nacionales o ciudadanos conforme a los Artículos 30 y 34 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respectivamente; y
- (b) respecto a Estados Unidos, a los “nacionales de Estados Unidos”, según se define en las disposiciones existentes de la Immigration and Nationality Act de Estados Unidos;

19. Es así que, para los efectos del tratado, el texto agrupa a los nacionales *stricto sensu* —esto es, a los mexicanos, según se les define en el artículo 30 de la Constitución Mexicana, y los nacionales de Estados Unidos, según se les define en la *Immigration and Nationality Act*—, a los ciudadanos y a los residentes permanentes. El tratado confiere ciertos derechos a estas clases de personas. Por consiguiente, un nacional estadounidense, en su acepción amplia, es sujeto de ciertos derechos cuando es un “inversionista de una Parte” (es decir, un inversionista de Estados Unidos) en otra Parte. Así mismo, debe considerarse, por ejemplo, a un nacional de Alemania, que sea un residente permanente de una Parte del TLCAN, como nacional de esa Parte para los efectos del tratado; de modo que la Parte anfitriona tendrá las mismas obligaciones frente a éste, que las que tenga en su territorio frente a otros inversionistas de aquella Parte.

20. Sin embargo, las Partes del TLCAN no pretendieron permitir que nacionales *stricto sensu*, ciudadanos ni residentes permanentes de una Parte estuvieren legitimados para demandar a esa Parte al amparo del capítulo XI.

21. La interacción entre las definiciones del capítulo XI y el texto de las diversas obligaciones contenidas en su Sección A lo reflejan con claridad.

22. El artículo 1139, que establece ciertas definiciones aplicables exclusivamente al capítulo XI, define “inversionista de una Parte”:

“**inversionista de una Parte** significa una Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión;”

23. El artículo 1139 no define el término “inversionista de otra Parte”. Ello se debe al hecho de que las obligaciones sustantivas previstas en la sección A subrayan repetidamente la noción de vínculo con otra Parte. El artículo 1101, que establece el ámbito de aplicación del capítulo, dispone:

Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:

- (a) los inversionistas de otra Parte;
- (b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte; y
- (c) en lo relativo a los Artículo 1106y 1114, todas las inversiones en el territorio de la Parte.

24. “Según lo indica el inciso (c), con excepción de dos artículos (requisitos de desempeño y medidas relativas a medio ambiente), el capítulo no es aplicable a los inversionistas de una Parte —ni a las inversiones de inversionistas de un país no Parte— dentro del territorio de esa misma Parte.

25. Sin embargo, el recurso al procedimiento de solución de controversias conforme a la sección B está restringido a los inversionistas de una Parte respecto de sus inversiones en otra Parte. En efecto, los artículos 1116 y 1117 disponen que “un inversionista de una Parte” por su propio derecho, o “[u]n inversionista de una Parte, en representación de una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto” podrá someter a arbitraje conforme a la sección B “una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación” establecida en la sección A, o ciertas otras obligaciones previstas en el capítulo XV (énfasis propio).

26. Por lo tanto, aun si las Partes han adquirido ciertas obligaciones en el TLCAN frente a todas las inversiones, el recurso al procedimiento de solución de controversias conforme a la sección B no está disponible para los inversionistas de una Parte en contra de esa misma Parte, y los inversionistas de un país no Parte no podrán someter una reclamación a arbitraje conforme a la sección B, en contra de ninguna Parte.

27. Por lo que respecta a México, el artículo 1101 dispone que, tratándose de personas físicas, el capítulo aplica a medidas “adoptadas o mantenidas” por México, relacionadas con:

- a) inversionistas, ya sean de Canadá o de Estados Unidos (esto es, ciudadanos y residentes permanentes de Canadá y de Estados Unidos);
- b) inversiones de ciudadanos y residentes permanentes de Canadá y Estados Unidos;
y
- c) todas las inversiones en el territorio de México, por lo que se refiere a los artículos 1106 y 1114 (esto es, todas las inversiones de nacionales, ciudadanos o residentes permanentes de Canadá, Estados Unidos y México, así como aquellas de cualquier otro inversionista en México).

28. La disposición relativa al ámbito de aplicación del capítulo XI establece definitivamente que el capítulo XI no aplica a medidas adoptadas o mantenidas por México relativas a sus propios nacionales, ya sean nacionales, ciudadanos o residentes permanentes de México.

29. Las obligaciones subsiguientes así lo confirman:

El artículo 1102 requiere que el trato que se otorgue a los “inversionistas de otra Parte” y a las “inversiones de inversionistas de otra Parte” no sea menos favorable que el México otorgue a sus propios inversionistas o sus inversiones.

El artículo 1103 requiere que México otorgue a los “inversionistas de otra Parte” trato no menos favorable que el que otorgue a los inversionistas de “cualquier otra Parte” o de “un país que no sea Parte”

El artículo 1104 requiere que México otorgue a los “inversionistas de otra Parte” (y sus inversiones) el mejor trato conforme a los dos artículos que le preceden.

El artículo 1105 requiere que México otorgue a las “inversiones de inversionistas de otra Parte” trato conforme con el derecho internacional.

30. Puede constatarse que los artículos 1107, 1109, 1110 y 1111 adoptan el mismo enfoque respecto de los inversionistas de otra Parte. Como se mencionó anteriormente, solamente dos artículos aplican a una clase más amplia de inversionistas. El artículo 1106 aplica a “una inversión de un inversionista de una Parte o de un país no Parte”, y el artículo 1114 aplica generalmente a “cualquier actividad de inversión” en el territorio de una Parte.

31. El demandante sugiere que:

[E]l objeto declarado y propósito del TLCAN es extender los derechos del inversionista y proteger sus intereses, no restringirlos. Está claro que adoptando una definición ancha [sic] de “nacional”, incluyendo a los residentes permanentes así como los ciudadanos, las Partes de TLCAN pensaron ensanchar, no estrechar el alcance del acuerdo. Los beneficiarios intencionales de esta disposición...eran los nacionales de países terceros.³

32. El preámbulo del TLCAN dispone que los gobiernos de las tres Partes del TLCAN decidieron “ASEGURAR un marco comercial previsible para la planeación de las actividades productivas y de la inversión”. De manera similar, entre los objetivos del TLCAN, según los menciona el artículo 102, está el “aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes”. Sin embargo, no puede leerse estas disposiciones de manera aislada. En efecto, el artículo 31 de la Convención de Viena requiere que se les interprete “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos” (énfasis propio).

33. Los derechos y obligaciones sustantivos del capítulo XI son el objeto principal del análisis interpretativo. El preámbulo y los objetivos son simplemente el contexto para la interpretación de los derechos y obligaciones en cuestión. Como se explicó anteriormente el capítulo XI aplica a medidas adoptadas o mantenidas por una Parte, relacionadas con inversionistas de otra Parte e inversiones de inversionistas de otra Parte en el territorio de la Parte⁴. En otras palabras, el capítulo XI aplica a los inversionistas extranjeros y sus inversiones en el territorio de una Parte. La protección conforme al TLCAN no se extiende a los

3. Escrito Inicial, párrafo 93, pp. 44 y 45..

4. Véase párrafos 23 y 24.

inversionistas de una misma Parte, sean éstos nacionales, ciudadanos o residentes permanentes de ésta.

34. La obligación de trato nacional lo pone de relieve: el TLCAN no dispone cómo debe una Parte tratar a sus propios inversionistas o a sus inversiones; más bien, como quiera que decida tratarlos, tiene la obligación de tratar a los inversionistas de la otra Parte y a sus inversiones no menos favorablemente. Lógicamente, entonces, una Parte no puede incumplir una obligación del TLCAN respecto de sus propios inversionistas o sus inversiones, y, por consiguiente, los inversionistas de esa misma Parte no pueden presentar una reclamación en contra de esa Parte conforme a la sección B del capítulo XI⁵.

C. La situación jurídica del demandante conforme al TLCAN

35. Previo a que la reclamación fuese certificada, el representante legal del demandante manifestó al Secretariado del CIADI que el Sr. Feldman es un "ciudadano de Estados Unidos que no es un nacional de México". Esta manifestación fue incorrecta.

36. De acuerdo con el texto claro del TLCAN, el demandante en este caso es tanto un nacional de Estados Unidos como un nacional de México, lo cual el demandante ahora concede⁶.

37. La pregunta que se suscita, por tanto, es si el Sr. Feldman, como nacional de ambos países, tiene el derecho de demandar a ambos. Si se considerara el artículo 201 de manera estrictamente aislada, la respuesta pudiera ser en sentido afirmativo.

38. La Convención de Viena, sin embargo, no permite tal interpretación. No puede considerarse el término "nacional" de manera aislada, puesto que está incorporado a la definición de "inversionista de una Parte". Debe, por tanto, ubicarse en su contexto apropiado, de acuerdo con la redacción precisa de las obligaciones jurídicas que cada Parte del TLCAN tiene frente a los inversionistas de otra Parte.

39. El artículo 1101 establece con perfecta claridad que México tiene obligaciones frente a los nacionales de Canadá y de Estados Unidos, pero no frente a sus propios nacionales; Estados Unidos tiene obligaciones frente a los nacionales de Canadá y de México, pero no frente a sus propios nacionales; y Canadá tiene obligaciones frente a los nacionales de Estados Unidos y México, pero no frente a sus propios nacionales.

40. El demandante asevera:

Marvin Feldman, como un ciudadano de los Estados Unidos, es un inversionista de los Estados Unidos, una Parte bajo TLCAN. México es otra Parte bajo TLCAN, y CEMSA, una empresa mexicana, es la inversión de Marvin Feldman en el territorio de México. Así, bajo el lenguaje

5. Véase el párrafo 26.

6. Escrito Inicial, párrafos 90 y 91. p. 43: "el "Artículo 201, de las definiciones generales del TLCAN, define "nacional" para incluir "una persona natural física [sic] que es ciudadano o residente permanente de una Parte..." El Demandante se aplica [sic] a todas estas definiciones"

llano del TLCAN, Marvin Feldman se titula [sic] a mantener reclamaciones contra México en el nombre de CEMSA.⁷

[No se reproducen las notas de pie de página]

41. Sin embargo, conforme a esta interpretación, el Sr. Feldman sería un nacional que podría demandar a ambos países, el de su residencia y el de su ciudadanía, un resultado que, la demandada sostiene, sería absurdo, ya que sería igualmente cierto que:

Marvin Felman, como [residente permanente de México]... es un inversionista de [México]... México es [una] Parte bajo el TLCAN, y CEMSA, una empresa mexicana, es la inversión de Marvin Feldman en el territorio de México...

42. Por lo tanto, "bajo el lenguaje llano del TLCAN, Marvin Feldman [no tiene un derecho para]... mantener reclamaciones contra México..."

43. Jurídicamente, la situación del Sr. Feldman no es distinta a la de una persona que ha residido durante 25 años en Estados Unidos, que tuviese la doble nacionalidad de Estados Unidos y Canadá, y demandara a Estados Unidos respecto de una inversión realizada siendo residente permanente de Estados Unidos, bajo el disfraz de ser un inversionista de Canadá. Si el Sr. Feldman, como residente permanente de México tuviese derecho a demandar a México al amparo del capítulo XI, lógicamente, todos los dobles nacionales —ya doble nacionales, ya ciudadanos de una Parte y residentes permanentes de otra Parte— tendrían, igualmente, el derecho de demandar a cualquiera de los Estados de su nacionalidad, un resultado que claramente no fue el que las Partes del TLCAN pretendieron.

44. Como los negociadores del TLCAN no incluyeron una definición tan precisa como el del artículo 25 del Convenio del CIADI⁸ (sino que se basaron, más bien, en la interacción de las obligaciones sustantivas), pudiere ser útil que el Tribunal considere, no sólo el ámbito de aplicación del capítulo XI y sus obligaciones, sino también los principios aplicables del derecho internacional. El artículo 1131 obliga al Tribunal a resolver "las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional".

D. Reglas aplicables del derecho internacional

45. Tradicionalmente, los individuos no han sido considerados como sujetos del derecho internacional, aunque los Estados pueden otorgarles ciertos derechos, y de hecho lo hacen, por ejemplo el derecho de acceder directamente a tribunales internacionales, un derecho que, de otro modo, sólo tendrían los Estados⁹. Por consiguiente, los individuos *per se* no tienen derechos internacionales. Éstos sólo existen por virtud de los tratados internacionales, y sólo pueden ser ejercidos por los individuos en la medida que lo permitan tales tratados.

7. Escrito Inicial, párrafo 91.

8. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

9. Oppenheim's *International Law* (9ª ed.), pp. 16-17 y 847.

46. Es en este contexto que las Partes del TLCAN establecieron en la sección B del capítulo XI un mecanismo de solución de controversias, por medio del cual un inversionista de una Parte, por su propio derecho, o un inversionista de una Parte en representación de una empresa de otra Parte, que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, puede presentar una reclamación ante un tribunal internacional que otra Parte ha violado una obligación de la sección A (entre ciertas otras disposiciones), y que el inversionista o, en su caso, la empresa de su propiedad o bajo su control, ha incurrido en pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella.

47. Así, el recurso a la sección B del TLCAN está restringido a los inversionistas de una Parte en contra de otra Parte. Los inversionistas de una Parte no pueden presentar una reclamación en contra de esa Parte al amparo del capítulo XI¹⁰.

48. Según se mencionó anteriormente, el derecho de acceder al mecanismo establecido en la Sección B sólo existe por virtud del TLCAN. Dado que el artículo 1139 define que "inversionista de una Parte" incluye a un "nacional" de esa Parte, la nacionalidad del demandante para los efectos del tratado es esencial para determinar si el demandante tiene el derecho a presentar una reclamación conforme a la sección B en contra de México. Si no es un inversionista de otra Parte, entonces el Tribunal debe concluir que carece de la legitimidad procesal necesaria para presentar una reclamación, y debe entonces desecharla.

E. Nacionalidad en el plano internacional

49. "La nacionalidad es el vínculo principal entre los individuos y el derecho internacional"¹¹. En el plano internacional, la nacionalidad encuentra su principal importancia en las relaciones de un Estado con otros Estados¹² en dos aspectos fundamenas:

- a) sustentada en la noción de lealtad, es el fundamento de la protección diplomática —con algunas excepciones, un Estado sólo puede ejercer la protección diplomática respecto de sus nacionales; y
- b) puede estar sujeta al derecho internacional, ya sea como una materia específicamente regulada por los tratados internacionales, o porque la operación de los acuerdos internacionales depende de la nacionalidad¹³.

10. Véanse párrafos 25 y 26.

11. Cf. *Oppenheim*, § 379, p. 857. "En la medida en que los individuos no son directamente sujetos del derecho internacional, la nacionalidad es el vínculo entre ellos y el derecho internacional. Es a través de su nacionalidad que los individuos normalmente pueden disfrutar los beneficios del derecho internacional..." *Id.*, §376, p. 849.

12. Cf. Jennings, Robert Y., *Collected Writings of Sir Robert Jennings*, (1998), p. 122.

13. Cf. Watts, Sir Arthur, en V. Lowe y M. Fitzmaurice: *Fifty Years of the International Court of Justice* (1996), p.425: "La nacionalidad, no obstante, tiene consecuencias internacionales, por ejemplo, la operación de los tratados frecuentemente depende de la posesión de una nacionalidad, y es pertinente al trato de los extranjeros (cuya propia definición es que no son nacionales), al tema de jurisdicción y [como en este contexto]— a la presentación de reclamaciones internacionales".

50. El TLCAN es un tratado de este tipo. La gran mayoría de las disposiciones del capítulo XI aplican únicamente respecto a determinadas personas —los inversionistas de otra Parte— y el vínculo entre tales personas y el derecho internacional lo establece el propio TLCAN, de manera que tal vínculo está sujeto a las disposiciones de éste.

51. Aunque la nacionalidad es principalmente un asunto del dominio reservado de cada Estado¹⁴, las Partes del TLCAN han dado al término “nacional” un significado particular para los efectos del tratado. En otras palabras, la nacionalidad ha sido definida contractualmente por las Partes del TLCAN para los propósitos de la aplicación de las disposiciones del tratado, incluido el derecho de acceder al mecanismo de solución de controversias establecido en el capítulo XI.

52. Oppenheim expone:

En principio, y sujeto a cualesquier obligaciones internacionales particulares que puedan ser aplicables [la nota de pie de página incluida en el texto original precisa, en la parte relevante: ‘los Estados pueden acordar que, para los efectos de un tratado específico, debe darse al término ‘nacional’ un significado especial...’], no es el derecho internacional, sino el derecho interno de cada Estado el que determina quién debe ser considerado su nacional y quién no.¹⁵

[Énfasis propio]

53. Sí el demandante tiene un derecho internacional para someter una reclamación a arbitraje conforme al TLCAN —esto es, la admisibilidad de la presente reclamación conforme al capítulo XI— no es una consecuencia de la aplicación de las reglas del derecho internacional en general, sino, más bien, un asunto del derecho de los tratados. (Esto no significa, sin embargo, que otras reglas del derecho internacional no sean pertinentes al caso que ocupa a este Tribunal; pero, en la medida de un conflicto, éstas deben ceder a favor de las disposiciones específicas del TLCAN.)

54. El tema de la nacionalidad del demandante en este procedimiento surge exclusivamente en el contexto del TLCAN, como resultado de la aplicación directa de sus disposiciones. No tiene implicaciones más allá del tratado.

14. Véase la Opinión de la Corte Permanente de Arbitraje Internacional relativa a los *Decretos de Nacionalidad de Túnez y Marruecos*. *Collection of Advisory Opinions*, Series B, No. 4, 1923, p.24:

La cuestión sobre si un asunto en particular está dentro de la jurisdicción exclusiva de un Estado o no es, esencialmente, una cuestión relativa. Depende del desarrollo de las relaciones internacionales. Por tanto, en el estado actual del derecho internacional, las cuestiones sobre nacionalidad están, en opinión de la Corte, en principio dentro de este dominio reservado.

Para los propósitos de esta opinión, es suficiente observar que, bien puede suceder que, respecto de un asunto como el de nacionalidad, que no está regulado por el derecho internacional, el derecho de un Estado a utilizar su discreción está, no obstante, restringido por las obligaciones que pudiere haber asumido hacia otros Estados...

Véase también el artículo de la Convención de la Haya sobre Ciertos Conflictos de Leyes De Nacionalidad —de la cual ni México ni Estados Unidos son parte, pero que, no obstante, constituye un importante precedente sobre la materia.

15. Oppenheim, §378, p. 852.

55. El artículo 201 equipara a los nacionales *stricto sensu*, los ciudadanos y los residentes permanentes. No hay duda de que, siendo un ciudadano estadounidense y un residente permanente de México — lo cual no está en disputa— el demandante es un nacional de ambas Partes: en otras palabras, un doble nacional para los efectos del TLCAN.

1. Principios del derecho internacional en materia de doble nacionalidad

56. El principio general sobre la nacionalidad de las reclamaciones se presenta de la siguiente manera:

Desde que ocurre el daño, hasta que se rinde el laudo, la reclamación debe haber pertenecido de manera continua y sin interrupción a una persona o una serie de personas (a) que tengan la nacionalidad del Estado que la promueve, y (b) no tenga la nacionalidad del Estado en cuya contra se promueve.¹⁶

57. La aplicación de esta regla, sin embargo, no siempre ha sido clara en aquellos casos que involucran a personas que poseen la nacionalidad del Estado reclamante así como la del Estado demandado. En tales casos, el derecho internacional esencialmente ofrece dos soluciones:

- a) el principio conforme al cual una reclamación no puede ser interpuesta en contra de cualquier Estado cuya nacionalidad posea la persona en cuestión; y
- b) el principio de la nacionalidad efectiva o dominante¹⁷.

58. Según lo determinó la Comisión de Conciliación Italia – Estados Unidos en el caso *Mergé*:

No existe uniformidad de precedentes en este campo [de la doble nacionalidad], pero puede manifestarse que la *ratio* de prácticamente todas decisiones arbitrales y judiciales en el plano internacional, es uno u otro de los principios antes mencionados.¹⁸

- a. **El principio que excluye una reclamación que involucra a un individuo que es nacional del Estado en contra del cual se instaura la reclamación.**

(1) La convención de la Haya de 1930

59. La aplicación directa de la regla general sobre la nacionalidad de las reclamaciones¹⁹ impide presentar una reclamación que involucre a una persona que es nacional del Estado en cuya contra se instaura la reclamación. La Convención de la Haya relativa al Ciertos Conflictos de Leyes sobre Nacionalidad de 1930 (la “Convención de la Haya de 1930”) claramente

16. Ibid., §150, pp. 512 y 513. Brownlie, Ian. *Principles of International Law*, (5ª ed.) 1998, p. 483.

17. Véase *Mergé Claim*, *International Law Review*, 22 (1955), p. 449.

18. *Merge Claim*, ILR, 22, p. 450.

19. Véase el párrafo 56.

establece esta regla. Aunque ni México ni Estados Unidos son signatarios de la Convención de la Haya de 1930, constituye, sin embargo, una autoridad útil en derecho internacional²⁰.

60. El artículo 4 de la Convención de la Haya de 1930 establece:

Un Estado no puede otorgar protección diplomática a uno de sus nacionales, en contra de un Estado cuya nacionalidad tal persona también posee.²¹

61. La Convención de la Haya de 1930, que reconoce que las personas físicas pueden tener múltiples nacionalidades, está sustentada en la premisa de la igualdad soberana entre los Estados, y el principio de que no puede haber responsabilidad conforme al derecho internacional derivada de los actos de un Estado frente a sus propios nacionales. Por consiguiente, dispone que un Estado no puede otorgar protección diplomática a una persona en contra de otro Estado, si la persona posee la nacionalidad de ambos.

(2) El Convenio del CIADI

62. El Sr. Swan, presentado por el demandante como un perito en derecho internacional²², sugiere:

[C]uando puesto en contexto histórico más grande [sic], la interpretación de la demandada está totalmente a las desigualdades [sic] con el crecimiento y desarrollo de la ley [sic] internacional.²³

63. El Sr. Swan también asegura que el “descontento general y prácticas disconformes” con los principios establecidos en la Convención de la Haya de 1930, “llevó a la Corte Internacional de Justicia en el famoso caso *Nottebohm*... [a] abandonar el formalismo de esa regla a favor de un análisis más discerniente”²⁴.

64. Sin embargo, las afirmaciones del Sr. Swan son incorrectas. El principio establecido en la Convención de la Haya de 1930 continúa siendo ampliamente aplicable, especialmente en el contexto de los tratados modernos de inversión.

65. Los tratados modernos de inversión evolucionaron de los viejos tratados sobre amistad, comercio y navegación, que regulaban la protección de los nacionales de un Estado en el

20. “La Convención de la Haya, aunque no ha sido ratificada por todas las naciones, expresa una *communis opinio juris*, en virtud de la casi unanimidad con la que fueron aceptados los principios sobre doble nacionalidad.” *Mergé Claim, International Law Review*, 22 (1955), p. 450.

21. El artículo 4 de la Convención de la Haya de 1930 ha sido considerado como una regla del derecho internacional consuetudinario. Véase Oppenheim, p. 516.

22. La demandada objeta la admisibilidad de opiniones sobre derecho internacional como evidencia, puesto que esto es una cuestión que compete exclusivamente decidir al Tribunal. No es una cuestión sobre la cual pueda o deba presentarse evidencia. Sin embargo, la demandada no objeta a que se trate la declaración del Sr. Swan como argumentación jurídica de un abogado del demandante sobre los puntos de derecho sobre los que versa.

23. Declaración Jurada de Alan C. Swan, párrafo (6).

24. *Ibid.* párrafo (7).

extranjero; pero conforme a los cuales una disputa solamente podía ser iniciada por un Estado en contra de otro Estado. Estaban sustentados en el principio de la protección diplomática.

66. Los tratados modernos de inversión también buscan la protección de los inversionistas de un Estado en el territorio de otros países signatarios, y no aplican con respecto a los inversionistas propios de un Estado. Sin embargo, los tratados modernos de inversión, introdujeron un cambio fundamental: al establecer procedimientos para la solución de controversias entre un inversionista y un Estado, han reemplazado la intervención estatal por la vía de protección diplomática y la adopción de reclamaciones de sus nacionales. El artículo 27 del Convenio del CIADI, por ejemplo, dispone expresamente:

- 1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante haya consentido en someter o hayan consentido someter a arbitraje conforme a este convenio salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

67. Esto también es cierto respecto de tratados subsecuentes en materia de inversión derivados del Convenio del CIADI, como el TLCAN. En efecto, aunque el TLCAN no contiene una disposición expresa similar al artículo 27 del Convenio del CIADI, el artículo 1128 restringe la intervención de las otras Partes del TLCAN en una controversia entre una Parte y un inversionista de otra Parte, a la presentación de escritos sobre "cuestiones de interpretación" del tratado. Ésta es una consecuencia lógica de conceder a los inversionistas de una Parte un derecho para acceder directamente a los tribunales internacionales.

68. Aunque el derecho de protección diplomática cedió el paso al derecho de acceso directo a los tribunales internacionales, el principio establecido en el artículo 4 de la Convención de la Haya de 1930 continúa siendo aplicable. De hecho, el artículo 25 del Convenio del CIADI elabora sobre este principio y, de hecho, lo consolida:

Artículo 25

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público contratante acreditado ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante":

- (a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que en cualquiera de ambas fechas también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia...

[Énfasis propio]

69. El párrafo 29 del Informe de los Directores Ejecutivos del Banco para la Reconstrucción y el Desarrollo adjunto al Convenio, expresa, en relación con el artículo 25(2)(a):

Debe advertirse que, conforme a la cláusula (a) del Artículo 25(2), una persona natural que fuese nacional del Estado parte en la controversia, no será elegible para ser parte en los procedimientos bajo los auspicios del Centro aún si, tuviese al mismo tiempo, la nacionalidad de otro Estado. Esta inelegibilidad es absoluta, no puede ser curada incluso si el Estado Parte de la disputa hubiese dado su consentimiento.

[Énfasis propio]

70. El borrador preliminar de la Convención contenía la regla opuesta: que la jurisdicción del Centro se extendería a las reclamaciones de un inversionista de un Estado contratante, que también fuere un nacional del Estado anfitrión, si este último diere su consentimiento. La propuesta fue rechazada, y se formuló una nueva para que se admitieran las reclamaciones de un inversionista, siempre que su nacionalidad efectiva no fuere la del Estado anfitrión. Esta propuesta también fue rechazada. Finalmente se acordó que las reclamaciones de un inversionista de un Estado contratante, que también fuere un nacional del Estado anfitrión, no serían admitidas²⁵.

71. México no es signatario del Convenio del CIADI²⁶. No obstante, en virtud de que ha sido ampliamente aceptado por la comunidad internacional, según lo demuestra el hecho de que cerca de 150 países lo han firmado, es evidencia de la costumbre internacional respecto de esta cuestión jurídica²⁷. Según explica Brownlie:

...En principio, los tratados son obligatorios sólo para las partes, pero el número de las partes, la aceptación explícita de las reglas de derecho y, e algunos casos, la naturaleza declarativa de las disposiciones generan un fuerte efecto creador de derecho, al menos tan importante como la práctica general que se considera suficiente para sustentar una regla consuetudinaria. Las no-partes, por su conducta, pueden aceptar las disposiciones

25. Véase Hirsch, Moshe, *The Arbitration Mechanism of the International Centre for Settlement of Investment Disputes*, 1993, p. 78.

26. De las tres partes del TLCAN, sólo Estados Unidos ha firmado el Convenio del CIADI.

27. Cf. Oppenheim §10, p.25 a la 28:

Aunque una corte internacional está obligada a considerar cualquier disposición aplicable vinculadora entre las Partes, el tratado será, en caso de duda, interpretado en el contexto del derecho internacional consuetudinario...

Hay dos elementos esenciales de la costumbre, concretamente, la práctica y la *opinio juris*... Éste elemento subjetivo puede deducirse de diversas fuentes, incluida la conclusión de tratados bilaterales y multilaterales...

[Las notas de pie de página no se reproducen]

Véase también la opinión de la Comisión de Conciliación Italia – Estados Unidos en el Caso *Mergé*, antes citada (nota de pie de página 20 referente a la Convención de la Haya de 1930, que “aunque no ha sido ratificada por todas las naciones, expresa una *communis opinio juris*, en virtud de la casi unanimidad con la que fueron aceptados los principios sobre doble nacionalidad”).

de una convención multilateral como representativas del derecho internacional general...²⁸

[Las notas de pie de página no se reproducen]

72. El *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law* de Estados Unidos afirma:

Los tratados internacionales son ley para las partes de los mismos, y pueden conducir a la creación de derecho internacional consuetudinario, cuando se pretende que se adhieran los Estados en general, y, de hecho, son aceptados ampliamente.²⁹

[Énfasis propio]

73. El *Restatement* añade la siguiente explicación:

Los tratados internacionales constituyen la práctica de los Estados y, como tales, pueden contribuir al desarrollo del derecho consuetudinario... Algunos tratados multilaterales pueden llegar a ser ley para las no-partes que no disienten activamente. Ese puede ser el efecto cuando se diseña un tratado multilateral para un número significativo de Estados importantes. Una amplia red de tratados bilaterales similares sobre una materia puede constituir una práctica y también resultar en derecho consuetudinario...³⁰

74. En el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, la Corte Internacional de Justicia confirmó que uno de los métodos reconocidos por medio del cual pueden generarse nuevas reglas del derecho consuetudinario internacional es a través de la aceptación de la *opinio juris* de que una norma, si bien solamente convencional o contractual en su origen, puede trasladarse al *corpus* general del derecho internacional, esto es, convertirse en una regla general del derecho internacional, de modo que sea vinculante incluso para países que nunca han sido, parte de una convención, ni se adhieren a ella. La Corte consideró que una participación muy amplia y representativa en la convención puede ser, en sí misma, suficiente, aun sin que haya transcurrido un lapso de tiempo considerable. Los argumentos de la Corte para rechazar que el principio de la equidistancia establecido en el artículo 6 de la Convención de Ginebra de 1958 sobre la Plataforma Continental³¹ se hubiese convertido en una regla del derecho internacional consuetudinario³², deben ser contrastados con el artículo 25 del Convenio del CIADI:

28. Brownlie, p. 12.

29. *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, sección 102(3), p. 24.

30. *Ibid.*, comentario i, p. 27.

31. El artículo 6 dispone que, en ausencia de un acuerdo, y a menos que circunstancias especiales justifiquen otra frontera, ésta será determinada por la aplicación del principio de equidistancia.

32. La Corte sostuvo que la obligación de utilizar el método de la equidistancia aplicaba de manera secundaria a una obligación primaria de efectuar la delimitación por acuerdo. También observó el papel que jugaba la noción de circunstancias especiales. Advirtió que la facultad expresa de adoptar reservas al artículo 6, pero no respecto de ciertos otros artículos, se sumaba a la dificultad de considerar que tales resultados se habían producido, si bien admitió que esa facultad no impedía, por sí misma, ese resultado. La Corte concluyó que el número de ratificaciones y accesiones registradas hasta el momento — 46 firmas y 39 ratificaciones en ese momento —, aunque respetable, difícilmente era suficiente. Finalmente, por lo que respecta al elemento temporal, la Corte observó que, en ese

La nota continúa en la página siguiente ¹³

- No admite excepciones. En efecto, el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial señaló que la regla de in elegibilidad es absoluta y no puede ser curada, incluso si el Estado parte en la controversia ha dado su consentimiento.
- Aunque el Convenio no contiene una disposición expresa sobre reservas, debe advertirse que ningún Estado signatario ha adoptado las reservas al artículo 25.
- Casi 150 Estados han firmado el Convenio del CIADI.
- El Convenio del CIADI fue concluido en 1965. Entró en vigor el 14 de octubre 1996, y, sólo en la última década, ha sido firmado por 49 países.

75. México ha aceptado los principios básicos contenidos en el Convenio del CIADI, aun cuando no es una parte contratante³³. La estructura del capítulo XI y específicamente el hecho de que el artículo 1120 dispone que un inversionista contendiente puede someter una reclamación a arbitraje conforme al Convenio del CIADI, al Mecanismo Complementario del CIADI o el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, lo demuestran³⁴.

76. Por consiguiente, en virtud de que la aplicación del Convenio del CIADI se limita a controversias en materia de inversión entre Estados y nacionales de otros Estados, y a la luz de la aplicación y aceptación generalizada —prácticamente universal— de sus reglas, la demandada respetuosamente sostiene que las reglas aplicables del derecho internacional, que el Tribunal está obligado a seguir, impiden que un inversionista, que es un nacional de una Parte, someta una reclamación a arbitraje conforme a la sección B del TLCAN, si el inversionista también tiene la nacionalidad de la Parte contendiente.

77. Dado que el Sr. Feldman es un nacional de México conforme al TLCAN, carece del necesario *locus standi* para someter la presente reclamación a arbitraje en contra de México, y ésta debe ser desechada.

(3) Las conclusiones del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos

78. El principio establecido en la Convención de la Haya de 1930 fue criticado por el Tribunal de Reclamaciones Irán - Estados Unidos, que concluyó que “la regla pertinente del

La nota continúa de la página anterior

entonces, habían pasado más de diez años desde que la Convención había sido firmada, pero menos de cinco desde su entrada en vigor en junio de 1964, y menos de tres años desde que los procedimientos dieron inicio.

33. México no se opone a los principios del Convenio del CIADI. El capítulo XI del TLCAN fue el primer acuerdo en materia de inversión que México ha suscrito. Entró en vigor a penas en 1994. Desde entonces, México ha celebrado otros siete tratados de libre comercio que contienen capítulos de inversión similares, y trece acuerdos para la protección recíproca de las inversiones, que igualmente contienen disposiciones semejantes.

34. Todos los otros tratados de libre comercio y acuerdos para la protección recíproca de las inversiones de México contienen disposiciones similares que permiten presentar reclamaciones conforme al Convenio del CIADI.

derecho internacional es la regla de la nacionalidad real y efectiva"³⁵. El Sr. Swan requiere que este Tribunal considere las razones del Tribunal de Reclamaciones Irán - Estados Unidos al evaluar la posición del demandante³⁶.

79. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos señaló:

El artículo 4 de la Convención de la Haya de 1930 debe ser interpretado con mucha cautela. No sólo tiene más de 50 años y se encuentra en un tratado del que sólo 20 Estados son parte, sino que han ocurrido grandes cambios desde entonces en el concepto de la protección diplomática, que ha sido ampliado... Este concepto continúa en un proceso de transformación, y es necesario distinguir entre los diferentes tipos de protección, ya sean consulares o relativas a reclamaciones.

Más aún, la historia de la negociación del artículo 4 sugiere que su aplicación es dudosa en un caso, como el presente, en el que un doble nacional, por sí mismo, presenta ante un tribunal internacional su propia reclamación contra uno de los Estados cuya nacionalidad posee.

Otra razón por la cual la aplicación del artículo 4 a las reclamaciones de doble nacionales ante este Tribunal es debatible, es que, en sus propios términos, sólo aplica a la "protección diplomática" por parte de un Estado. Si bien este tribunal es claramente un tribunal internacional establecido por tratado, y si bien algunos de sus casos involucran disputas entre dos gobiernos e involucran la interpretación y aplicación del derecho internacional público, la mayoría de las disputas (incluidas todas aquéllas presentadas por doble nacionales) involucran una parte en un lado y un gobierno o entidad controlada por el gobierno en el otro, y muchas involucran cuestiones primarias de derecho municipal y principios generales del derecho. En tales casos, son los derechos del reclamante, no de su nación, los que el tribunal tiene que determinar. Esto debe contrastarse con la situación de la adopción de reclamaciones en el derecho internacional que la Corte Permanente de Justicia Internacional describió como sigue: "Al adoptar el caso de uno de sus nacionales recurriendo a las acciones diplomáticas o a los procedimientos internacionales en su nombre, un Estado está en realidad afirmando su propio derecho, el derecho de asegurar, en la persona de sus nacionales, el respeto a las reglas del derecho internacional. Más aún, el objeto y el propósito de la Declaración de Argel, fue el resolver una crisis en las relaciones entre Irán y los Estados Unidos, no el extender la protección diplomática en el sentido normal..."³⁷

[Las notas de pie de página no se reproducen]

80. El Tribunal añadió:

Esta tendencia a la modificación de la regla de la Convención de la Haya de la no-responsabilidad, por la búsqueda de la nacionalidad dominante y efectiva, difícilmente

35. Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos: *Decision in Case A/18 Concerning the Question of Jurisdiction over Claims of Persons with Dual Nationality*, 23 I.L.M. p. 501. Véase posteriormente la PARTE II:E.1.b.

36. Declaración Jurada de Alan C. Swan, párrafo (8).

37. Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, pp. 497 y 498.

sorprende, toda vez que es congruente con el desarrollo contemporáneo del derecho internacional de otorgar protecciones legales a los individuos, aun en contra de los Estados de los cuales son nacionales...³⁸

81. El Tribunal de Reclamaciones, sin embargo, ignoró por completo el Convenio del CIADI, que establece un mecanismo moderno de solución de controversias inversionista-Estado, y que, a la fecha, ha sido firmado por cerca de 150 países³⁹. Según se explicó anteriormente, el Convenio del CIADI incorpora y confirma el principio contenido en el artículo 4 de la Convención de la Haya de 1930. Su omisión absoluta en el análisis del Tribunal de Reclamaciones al respecto es, por consiguiente, sorprendente, y las conclusiones respectivas del Tribunal de Reclamaciones, deben ser consideradas con cautela.

82. Se requiere hacer las siguientes observaciones en respuesta a los comentarios del Tribunal de Reclamaciones:

- Mientras que la Convención de la Haya de 1930 puede tener hoy más de 70 años de antigüedad, y sólo fue suscrita por 20 países, el convenio del CIADI se concluyó en 1965 (entró en vigor el 14 de octubre de 1966, después del depósito de vigésimo instrumento de ratificación) y ha sido firmada por 49 Estados, solamente en la última década.
- Las conclusiones del tribunal de que el artículo 4, de la Convención de la Haya de 1930, según sus propios términos, aplica únicamente a la protección diplomática, debe contrastarse con el artículo 27 del Convenio del CIADI, que expresamente prohíbe el recurso a la protección diplomática, excepto en circunstancias muy limitadas —y extremas. No obstante, la jurisdicción del Centro no se extiende a reclamaciones de doble nacionales en contra de ninguno de los Estados cuya nacionalidad posean.
- De manera similar, por lo que respecta a las dudas del Tribunal de Reclamaciones respecto de la aplicación del artículo 4 de la Convención de la Haya de 1930 a las reclamaciones presentadas por doble nacionales, en su propio derecho, que no involucran la adopción de reclamaciones en el derecho internacional por el Estado cuya nacionalidad posee la persona, debe advertirse que el Convenio del CIADI aplica específicamente a las controversias entre Estados y nacionales (esto es, personas) de otros Estados, es decir, a las reclamaciones que tales personas presenten.
- En la opinión respetuosa de la demandada, las reglas contenidas en los artículos 25 y 27 del Convenio del CIADI contradicen la afirmación del Tribunal de Reclamaciones de que el principio de la nacionalidad efectiva es congruente con el supuesto desarrollo contemporáneo del derecho internacional de otorgar la protección jurídica a los individuos, incluso en contra del Estado del cual son nacionales, al menos en el contexto de controversias inversionista-Estado.

38. Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, p. 501.

39. Para 1984, cuando el Tribunal de reclamaciones Irán-Estados Unidos emitió su decisión sobre la doble nacionalidad, la Convención había entrado en vigor para 84 países.

- Finalmente, este Tribunal también debe tomar en consideración que el objeto y el propósitos de la Declaración del Argel era resolver una crisis en las relaciones entre Irán y Estados Unidos, mientras que el Convenio del CIADI y toda la red de tratados modernos de inversión están hechos para atender controversias derivadas de los flujos normales de la inversión transfronteriza.

83. El Convenio del CIADI contradice la afirmación del Sr. Swan de que cada una de las razones del Tribunal de Reclamaciones antes expuestas “aplica con la fuerza igual, si no mayor, a los casos bajo el Capítulo 11 del TLCAN”. Su proposición, por lo tanto, no puede sostenerse.

b. El principio del vínculo dominante o efectivo

84. El principio de la nacionalidad dominante o efectiva se desarrolló en el contexto del derecho internacional privado, en casos en que los tribunales municipales tenían que resolver conflictos sobre leyes de nacionalidad⁴⁰, y posteriormente se trasladó a la esfera del derecho internacional público donde se ha desarrollado a través de las decisiones de tribunales internacionales. Probablemente la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nottebohm*⁴¹ constituye la decisión más importante sobre este principio. Ésta ha encontrado su principal aplicación en los casos de doble nacionalidad, y ha servido como un punto de referencia para muchos otros tribunales internacionales.

85. Este caso involucraba una reclamación de Liechtenstein en contra de Guatemala, en representación del Sr. Frederic Nottebohm, un nativo de Alemania que se naturalizó como nacional de Liechtenstein, pero que había sido residente permanente de Guatemala por 34 años, cuando los sucesos que dieron origen a la reclamación tuvieron lugar. Es de particular interés porque, aunque no es un caso de doble nacionalidad, la doble nacionalidad no obstante sirvió como el punto de partida para el análisis de la Corte. Según lo explicó la Comisión de Conciliación Italia – Estados Unidos en su decisión en el caso *Mergé*, “es interesante advertir lo que se establece en el razonamiento de la decisión respecto del problema de la doble nacionalidad, cuando surge tal problema por la posesión simultánea de la nacionalidad de dos Estados involucrados en la disputa”⁴².

86. La Corte expuso:

Los árbitros internacionales han decidido en la misma forma numerosos casos sobre doble nacionalidad en los que surgió la pregunta sobre el ejercicio de la protección. Han dado preferencia a la nacionalidad real y efectiva, aquélla que concuerda con los hechos, que se basa en lazos de hecho más fuertes entre la persona de que se trata y uno de los Estados cuya nacionalidad está involucrada.⁴³

40. Véase Caso *Mergé*, p. 454.

41. Caso *Nottebohm*, *I.C.J. Reports* (1955), p. 4.

42. Caso *Mergé*, p. 452.

43. Caso *Nottebohm*, p. 23. Véase Brownlie: “Una pregunta que surge de la decisión es si puede existir una nacionalidad efectiva en ausencia de una situación formal conforme al derecho interno del Estado de que se trate. La manifestación del principio en la decisión y la conclusión de que la relación cercana de Nottebohm era con Guatemala lleva a la conclusión de que, en efecto, puede existir” (énfasis propio).

[Énfasis propio]

87. De manera similar el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos determinó que: "Si bien Nottebohm mismo no versó sobre una reclamación en contra un Estado del que Nottebohm fuese nacional, demostró la aceptación y aprobación de la Corte Internacional de Justicia de la búsqueda de la nacionalidad real y efectiva basada en los hechos del caso..."⁴⁴.

88. Por consiguiente, el principio de nacionalidad real y efectiva aplicado por la Corte se sustenta en la búsqueda de los factores de conexión entre la persona y el Estado en cuestión durante el periodo previo, contemporáneo y posterior a los sucesos respectivos:

La Corte debe determinar si los vínculos de hecho entre Nottebohm y Liechtenstein durante el periodo previo, contemporáneo y subsiguiente a su naturalización parecen lo suficientemente cercanos y preponderantes respecto de cualquier vínculo que pudiere existir entre él y cualquier otro Estado, de modo que pueda considerarse que la nacionalidad que le fue conferida es la real y efectiva, la expresión jurídica exacta de un hecho social de conexión que existió previamente o llegó a existir subsecuentemente.⁴⁵

[Énfasis propio]

89. La Corte se refirió a los diferentes factores que deben tomarse en consideración para determinar los elementos de conexión más fuertes:

Debe considerarse distintos factores, y su importancia variará de un caso al siguiente: la residencia habitual del individuo de que se trate es un factor importante, pero existen otros factores como el centro de sus intereses, sus relaciones familiares, su participación en la vida pública, el vínculo que demuestra por un país en particular e inculcado en sus hijos, etc.⁴⁶

90. Habiendo analizado los hechos, la Corte concluyó que había:

Una ausencia de cualquier vínculo entre Nottebohm y Liechtenstein, y, por otro lado, la existencia de un vínculo cercano y duradero entre él y Guatemala, que su naturalización no debilitó en forma alguna.⁴⁷

91. Así, la Corte sostuvo que la reclamación era inadmisibile. La Corte no desechó la reclamación con fundamento en la existencia de un vínculo real y efectivo entre Nottebohm y Guatemala, sino en la ausencia de tal vínculo entre él y Liechtenstein. Sin embargo, con base en "factores" que deben tomarse en consideración al determinar la nacionalidad "que concuerda con los hechos, que se basa en lazos de hecho más fuertes entre la persona de que se trata y uno de los Estados cuya nacionalidad está involucrada", determinó que existía "un vínculo cercano y duradero entre él y Guatemala" (énfasis propio).

44. Tribunal de Reclamaciones Irán – Estados Unidos, p. 500.

45. Caso *Nottebohm*., p. 25.

46. Id., p. 23 y 24.

47. Id., p. 27.

92. Por consiguiente, el Sr. Swan se equivoca al señalar:

No hay ningún precedente en los casos de las protecciones diplomáticas, ninguna indirecta [sic] en los comentarios [sic], sugiriendo que, bajo la doctrina de “la nacionalidad efectiva”, un tribunal internacional debe inquirir en la autenticidad de la relación del Estado demandante a su ciudadano cuando la última [sic] declara sólo una ciudadanía y cuando el único lazo al Estado de la demandada es la residencia.⁴⁸

93. En efecto, las conclusiones de la Corte en el caso *Nottebohm* sugieren justamente lo contrario.

94. La Comisión de Conciliación Italia – Estados Unidos, al resolver el Caso *Mergé* —un caso de doble nacionalidad— siguió un enfoque similar al adoptado por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nottebohm*. La Comisión concluyó:

El principio basado en la igualdad soberana de los Estado, que excluye la protección diplomática en el caso de doble nacionalidad, debe ceder ante el principio de la nacionalidad efectiva cuando esa nacionalidad es la del Estado demandante. Pero no debe ceder cuando no se demuestra que aquélla predomina, porque generalmente se reconoce el primero de estos dos principios, y puede constituir un criterio de aplicación práctica para la eliminación de cualquier posible duda.⁴⁹

95. La Comisión agregó:

Para determinar que la nacionalidad de Estados Unidos prevalece en caos individuales, la residencia habitual sólo puede ser uno de los criterios de evaluación, pero no el único. La conducta del individuo en su vida económica, social, política, cívica y familiar, así como el vínculo más cercano y efectivo con uno de los dos Estados también debe considerarse.⁵⁰

96. De manera similar, en su decisión en el Caso A/18 relativo a la cuestión de competencia sobre personas con doble nacionalidad, el Tribunal de Reclamaciones Irán - Estados Unidos sostuvo:

La regla del derecho internacional que el tribunal puede considerar para propósitos de interpretación, según lo requiere el artículo 21, párrafo 3(c) de la Convención de Viena es la regla que fluye del *dictum Nottebohm*, la regla de la nacionalidad real y efectiva y la búsqueda de “lazos de hecho más fuertes entre la persona de que se trata y uno de los Estados cuya nacionalidad está involucrada”...

Al determinar la nacionalidad dominante y efectiva, el tribunal considerará todos los factores pertinentes, incluidos la residencia habitual, el centro de intereses, los lazos familiares, la participación en la vida pública y otras pruebas de vinculación.⁵¹

48. Declaración Jurada de Alan C. Swan, párrafo (8)(B).

49. Caso *Mergé*, p. 455.

50. Ibid.

51. Tribunal de Reclamaciones Irán – Estados Unidos, pp. 501 y 502.

97. Los hechos esenciales en el caso *Nottebohm* y algunos hechos en el presente caso tiene una similitud sorprendente; en otros aspectos, los hechos demuestran una conexión incluso más cercana del Sr. Marvin Feldman con México.

98. Frederic Nottebohm fue un residente permanente de Guatemala durante 34 años. La decisión de la Corte expuso:

Partió a Guatemala en 1905. Estableció su residencia ahí e hizo de ese país el centro de sus actividades de negocios, que aumentaron y prosperaron. Estas actividades se desarrollaron en el campo del comercio, banca y plantaciones. Habiendo sido un empleado en la empresa Nottebohm Hermanos, que fue fundada por sus hermanos Juan y Arturo, se convirtió en su socio en 1912, y posteriormente, en 1937, fue nombrado el presidente de la empresa. Después de 1905, algunas veces visitó Alemania por negocios y otros países por vacaciones. Continuó teniendo conexiones de negocios en Alemania... Algunos de sus hermanos, parientes y amigos, estaban en Alemania. Otros en Guatemala. Él mismo continuó teniendo su establecimiento fijo en Guatemala hasta 1943.⁵²

99. El demandante formula los siguientes alegatos (en algunos casos sin presentar documentación de soporte) como prueba de sus lazos con Estados Unidos:

- a) Es un ciudadano estadounidense por nacimiento⁵³.
- b) Vivió en Estados Unidos durante treinta y tres años, "más de la mitad de su vida"⁵⁴.
- c) Tiene pasaporte estadounidense y posee un número del Seguro Social⁵⁵.
- d) Tiene un hermano gemelo en Miami, Florida y otros parientes en Estados Unidos⁵⁶.
- e) Ha trabajado en varias ciudades de Estados Unidos, incluyendo Miami, Florida, y San Antonio, Texas⁵⁷.
- f) Conserva su credencial de elector en San Antonio, Texas. Arguye haber votado en todas las elecciones presidenciales de Estados Unidos desde que se mudó a México en 1973, y planea a votar nuevamente este año⁵⁸.

52. Caso *Nottebohm*, p. 13

53. Segunda declaración de Marvin Roy Feldman, párrafo 1.

54. *Ibid*, párrafo 2, página 1.

55. *Ibid*.

56. *Ibid*.

57. *Ibid*.

58. *Ibid*, párrafo 7.

- g) Pagó impuestos en Estados Unidos cuando vivía ahí y, según su mejor recuerdo, ha presentado declaraciones fiscales federales en Estados Unidos cada año desde que se mudó a México⁵⁹.
- h) Tiene cuentas de banco y una cuenta en una casa de bolsa en Estados Unidos⁶⁰.
- i) Tiene una tarjeta *American Express* emitida en Fort Lauderdale, Florida⁶¹.
- j) Firmó un contrato para la compra de una casa en Aventura, Florida, pero no pudo concluir la compra⁶².

100. El Apéndice 1 contiene una descripción de las leyes y reglamentos de migración aplicables, elaborada por el Dr. Sergio López, un experto en derecho mexicano. Los siguientes párrafos contienen un resumen de los detalles relevantes.

101. El Sr. Feldman tiene extensos factores que lo vinculan con México:

- a) Ha residido de manera continua en México durante 27 años, más de dos terceras partes de su vida adulta. Voluntariamente solicitó la calidad de inmigrante⁶³ en 1985, a fin de ser nombrado Director General del negocio familiar de su exesposa, Recuperadora de Materiales Blix S.A. de C.V. (Blix), expresando así su deseo de residir permanentemente en México, haciendo de éste el centro de sus actividades sociales, familiares, culturales, de negocios y de otro tipo⁶⁴. El 18 de octubre de 1991 se le otorgó la calidad de inmigrado, concluyendo así el proceso que inició como inmigrante, habiendo reafirmado su intención de convertirse en un residente permanente cada año durante cinco años consecutivos⁶⁵.

59. Ibid.

60. Ibid.

61. Ibid.

62. Ibid.

63. Anexo1.

64. Declaración de Sergio López:

Inmigrante es el extranjero que se interna legalmente en el país con el propósito de radicar en él de forma definitiva, en tanto adquiere la calidad de inmigrado. Es, pues, una situación transitoria, con el único propósito de demostrar en los hechos un verdadero y continuo deseo de establecerse definitivamente en México, y de hacer de éste el centro de sus actividades sociales, familiares, culturales, de negocios, etc. La adquisición de la calidad de inmigrante es un acto enteramente voluntario y sirve para que la persona demuestre al Estado mexicano su genuina intención de hacer de México su lugar de residencia definitiva. Por tal motivo, el inmigrante deberá refrendar esa intención ante la autoridad migratoria, cada año durante un lapso de 5 años consecutivos, y, durante ese tiempo, no podrá ausentarse del país por más de 18 meses consecutivos.

65. Ibid.

El inmigrado es aquél que adquiere derechos de residencia definitiva en México. Esta calidad migratoria no se obtiene de manera automática: transcurridos los cinco años y tras haber satisfecho plenamente los requisitos legales y las condiciones que le fueron señalados al otorgarle la calidad de inmigrante, la persona puede solicitar, dentro de los seis meses siguientes, el cambio de calidad migratoria a la de inmigrado. Otra vez, se trata de un acto voluntario a través del cual la persona

La nota continúa en la página siguiente ^{US}

- b) Ha contraído matrimonio mujeres mexicanas en dos ocasiones: la primera vez 1974, y posteriormente en 1999. Es el padre legítimo de cuatro hijos mexicanos, nacidos en 1974, 1976, 1981 y 1988, todos los cuales residen habitualmente en la ciudad de México⁶⁶. Tuvo el menor de sus hijos con otra mujer mexicana, con la que nunca contrajo matrimonio. También tiene un nieto mexicano.
- c) La ciudad de México es el centro de sus negocios. En 1985 fue designado Director General de Blix —una compañía mexicana dedicada a la compra, venta, importación, exportación y comercio en general de productos fotográficos y radiológicos. Más tarde se convertiría en su principal accionista⁶⁷. En 1988 constituyó CEMSA, junto con otros cuatro mexicanos, y en algún momento posterior alega haber adquirido todas las acciones de dicha compañía. En sus declaraciones fiscales para los años 1994 a 1998 presentadas en Estados Unidos, el Sr. Feldman declaró ser un empleado de CEMSA. Como empleado de CEMSA, el Sr. Feldman también está afiliado al Instituto Mexicano del Seguro Social⁶⁸.
- d) El Sr. Feldman paga el impuesto sobre la renta en México. Tiene la obligación de hacerlo⁶⁹, y así lo ha declarado al Departamento del Tesoro de Estados Unidos. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público ha confirmado que el Sr. Feldman paga el impuesto sobre la renta en México, y que, como persona física contribuyente, ha presentado periódicamente sus declaraciones del impuesto sobre la renta ante las autoridades fiscales mexicanas desde la fecha de inicio de sus actividades y hasta el presente año. El Sr. Feldman también ha declarado ante el Departamento del Tesoro de Estados Unidos que está obligado a pagar el impuesto sobre la renta en México, su lugar de residencia de buena fe para

☞ La nota continúa de la página anterior

culmina el proceso que inició al solicitar la calidad de inmigrante, y el Estado, plenamente satisfecho de su convicción de hacer de México el centro de su vida social, familiar, de sus negocios, etc., le otorga los derechos de residencia definitiva.

66. Oficio del C.P. Gabriel Oliver a Hugo Perezcano Díaz del 1 de septiembre de 2000, párrafo 2. Anexo 2. Véanse también las declaraciones de impuestos de Marvin Feldman presentadas ante con la Respuesta del demandante a la solicitud de la demandada de información relativa a las cuestiones preliminares, de fecha 6 de septiembre de 2000, en las que declaró, para los años 1994, 1995 y 1996 que su "familia total" vivió con él en el extranjero (México) "el total del año".

67. Carta de Marvin Feldman a Arturo Mejía Cruz, de fecha del 10 de febrero de 1990. Anexo 3.

68. El artículo 12, de la Ley del Seguro Social dispone que son sujetos de aseguramiento del régimen obligatorio todas las personas que se encuentren vinculadas a otras, de manera permanente o eventual, por una relación de trabajo cualquiera que sea el acto que le dé origen y cualquiera que sea la personalidad jurídica o la naturaleza del patrón.

69. Tanto la Ley del Impuesto sobre la Renta de México (el artículo 1 dispone que los residentes —ya sean personas físicas o morales— en México están obligados al pago del impuesto sobre la renta respecto de todos sus ingresos, cualquiera que sea la ubicación de la fuente de riqueza de donde procedan) como el Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal en materia de impuesto sobre la renta (el artículo 15 dispone "Los sueldos, salarios y remuneraciones similares obtenidos por un residente de un Estado Contratante por razón de un empleo sólo puede someterse a imposición en este Estado") así lo requieren.

propósitos fiscales⁷⁰. También ha declarado que no ha manifestado a las autoridades mexicanas que no es un residente de México. El demandante afirma haber presentado su declaración de impuestos en Estados Unidos cada año desde que se mudó a México en 1973. Sin embargo lo ha hecho como un residente de México. El tribunal debe también advertir que las declaraciones de impuestos del demandante en Estados Unidos han sido “redactadas para eliminar información financiera personal”⁷¹.

- e) Los alegatos del Sr. Feldman, sin documentación de soporte, de que posee cuentas bancarias y una cuenta en una casa de bolsa en Estados Unidos, así como una sola tarjeta de crédito expedida en Estados Unidos, deben ser contrastados con su aceptación de que tiene en México dos cuentas bancarias personales y tres cuentas bancarias a nombre de CEMSA (el Sr. Feldman se rehusó a proporcionar la información de tales cuentas. También alega que jamás ha tenido una tarjeta de crédito emitida en México)⁷².
- f) El Sr. Feldman en su declaración hizo una manifestación gratuita e interesada de que planea regresar a Estados Unidos tan pronto tenga la capacidad financiera para hacerlo, y ofreció como prueba un contrato de compraventa de una casa en

70. Véase el Oficio del C.P. Gabriel Oliver a Hugo Perezcano Díaz del 1 de septiembre de 2000. Anexo 2. Conforme al Convenio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal en materia de impuesto sobre la renta, residente de una parte contratante significa:

[T]oda persona que en virtud de la legislación de este Estado esté sujeta a imposición en él por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección, lugar de constitución o cualquier otro criterio de naturaleza análoga. Sin embargo, esta expresión no incluye a las personas que estén sujetas a imposición en este Estado exclusivamente por la renta que obtengan procedente de fuentes situadas en el citado Estado.

2. Cuando en virtud de las disposiciones del párrafo 1 una persona física sea residente de ambos Estados Contratantes, su residencia se resolverá de la siguiente manera:

- a) esta persona será considerada residente del Estado donde tenga una vivienda permanente a su disposición; si tuviera una vivienda permanente a su disposición en ambos Estados, se considerará residente del Estado con el que mantenga relaciones personales y económicas más estrechas (centro de intereses vitales);
- b) Si no pudiera determinarse el Estado en el que dicha persona tiene el centro de sus intereses vitales, o si no tuviera una vivienda permanente a su disposición en ninguno de los Estados, se considerará residente del Estado Contratante donde viva habitualmente;
- c) si viviera habitualmente en ambos Estados o no lo hiciera en ninguno de ellos, se considerará residente del Estado del que sea nacional;
- d) en cualquier otro caso, las autoridades competentes de los Estados Contratantes resolverán el caso de común acuerdo.

71. Carta del Sr. Mark Feldman a Hugo Perezcano, de fecha 6 de septiembre de 2000, p. 2.

72. Respuesta del Sr. Marvin Feldman a la solicitud de información de la demandada, identificada en el párrafo 14 del oficio de la demandada al tribunal de fecha 29 de agosto de 2000, referida a cuestiones preliminares, inciso (b).

Aventura, Florida, que firmó en 1997. Sin embargo, el Tribunal debe advertir que el Sr. Feldman actualmente vive con su esposa, una mujer mexicana, en un departamento en las afueras de la ciudad de México, del cual alega ser propietario del 50% (afirma que su esposa es propietaria del otro 50%)⁷³. Sus hijos, hija y nieto son todos mexicanos, y todos viven en México. De acuerdo con la información del Sr. Feldman, adicionalmente ha comprado los siguientes bienes inmuebles en México de forma directa:

- i) una parte de cuatro departamentos localizados en la colonia Cuauhtémoc de la ciudad de México;
- ii) una casa y un terreno en la colonia Algarín de la ciudad de México;
- iii) una casa en la colonia Polanco de la ciudad de México;
- iv) un almacén en la colonia Tránsito de la ciudad de México (que donó a uno de sus hijos y a su hija, quienes continúan siendo sus propietarios); y
- v) una casa y un predio en Cuernavaca, Morelos⁷⁴.

Esto es un total de 11 propiedades. En cada caso declaró haberlas comprado para fines residenciales.

Incluso si el Sr. Feldman ha vendido todas estas propiedades, con excepción del 50% de su departamento de Huixquilucan, como ahora argumenta pero sin ofrecer prueba alguna, el hecho de que continuamente ha comprado y vendido bienes raíces en México para fines residenciales, además del hecho de que toda su familia vive en México (excepto, quizás, un hermano gemelo), y que el lugar principal de sus negocios continua siendo México, demuestra una intención muy distinta: una que corresponde a su residencia ininterrumpida en México por más de 27 años.

102. El Sr. Feldman alega que:

Solicité esta posición [sic] [de inmigrado] porque me fue aconsejado por empleados del gobierno que, sin este documento, mi posición [sic] de residencia anterior expiraría, requiriéndome pasar por formalidades anuales para renovar el certificado FM-2 que tenía entonces.

103. La demandada rechaza este alegato infundado de que solicitó la calidad de inmigrado porque le fue aconsejado por empleados gubernamentales no identificados, a fin de evitar inconveniencias administrativas. El propósito de convertirse en inmigrado, según lo señala el Dr. Sergio López, es obtener los derechos de residencia definitiva en México, habiendo

73. Respuesta del Sr. Marvin Feldman a la solicitud de la demandada identificada en el numeral 14 del oficio de la demandada al tribunal de fecha 29 de agosto de 2000, sobre cuestiones preliminares, inciso (c).

74. Anexo 4.

demostrado la persona al Estado mexicano su convicción de hacer de México el centro de las actividades sociales, familiares, culturales, de negocios, etc.⁷⁵

104. La calidad de inmigrado no es una que se pueda solicitar de manera inmediata. Es la conclusión de un proceso voluntario, aunque muy largo. Una persona debe primero solicitar la calidad de inmigrante:

Inmigrante es el extranjero que se interna legalmente en el país con el propósito de radicar en él de forma definitiva, en tanto adquiere la calidad de inmigrado. Es, pues, una situación transitoria, con el único propósito de demostrar en los hechos un verdadero y continuo deseo de establecerse definitivamente en México, y de hacer de éste el centro de sus actividades sociales, familiares, culturales, de negocios, etc.

La adquisición de la calidad de inmigrante es un acto enteramente voluntario y sirve para que la persona demuestre al Estado mexicano su genuina intención de hacer de México su lugar de residencia definitiva.

Por tal motivo, el inmigrante deberá refrendar esa intención ante la autoridad migratoria, cada año durante un lapso de 5 años consecutivos, y, durante ese tiempo, no podrá ausentarse del país por más de 18 meses consecutivos⁷⁶.

105. Antes de solicitar la calidad de inmigrante, el Sr. Feldman había entrado al país como turista, y solicitó el cambio de su calidad migratoria a fin de poder ser designado Director General del negocio de su anterior esposa, Recuperadora de Materiales Blix, S.A. de C.V. El Sr. Feldman entonces llevó a cabo el proceso normal que dura cinco años, a fin de obtener la calidad de inmigrado.

106. Habiendo así el Sr. Feldman confirmado al Estado mexicano su intención firme de establecerse permanentemente en México, y habiéndolo demostrado con de su conducta diaria y sus cercanos lazos personales, familiares y de otro tipo con México —como lo evidencia su matrimonio con una mujer mexicana, sus cuatro hijos mexicanos, las numerosas propiedades en México que había adquirido para entonces, sus crecientes actividades de negocios en México— en 1990 solicitó el cambio de su calidad migratoria.

107. Antes de otorgarle la calidad de inmigrado, las autoridades migratorias condujeron investigación en torno del cumplimiento del Sr. Feldman de sus obligaciones civiles hacia sus hijos, a raíz de su divorcio. Durante el curso de la investigación, el Sr. Feldman defendió vehementemente su derecho de obtener la calidad de inmigrado. El Sr. Feldman hizo la siguiente aseveración:

Yo tengo entiendo [sic] que por ser padre de hijos mexicanos, tengo el derecho [al cambio a la calidad migratoria de inmigrado] punto... Con los cambios que hay actualmento [sic] del día de hoy... México si nessita [sic] gente como yo. Gente que crean [sic] emplayos [sic], exportan,... por el bien estar [sic] de muchos mexicanos más que de uno mismo... yo tengo cuatro hijos mexicanos y por los cual [sic] tengo el

75. Véase la Declaración de Sergio López.

76. Declaración de Sergio López.

derecho de estar debidamente [sic] en el país, por lo qual [sic] solicito en la manera más atenta que ustedes mi ortagan [sic] el documento correspondiente [de inmigrado]...⁷⁷

[Énfasis propio]

108. Las facilidades administrativas son beneficios inherentes que los inmigrados tienen frente a los no inmigrados; pero el argumento de que el Sr. Feldman llevó a cabo este únicamente para ese fin, no puede ser sostenerse, y es contrario a los hechos.

109. Las inversiones del Sr. Feldman en México, Recuperadora de Materiales Blix, S.A. de C.V. (constituida el 13 de octubre de 1981, de la cual el Sr. Feldman se convirtió en el principal accionista por lo menos desde el 10 de febrero de 1990) y Corporación de Exportaciones Mexicanas, S.A. de C.V. (CEMSA) (constituida en 1988), son empresas mexicanas dedicadas a la importación y exportación de cualquier clase de bienes, incluidos productos fotográficos y radiológicos. Estas inversiones fueron realizadas mucho antes de que las negociaciones del TLCAN siquiera hubiesen comenzado.

110. El capital empleado para constituir CEMSA y para financiar sus operaciones vino de fuentes mexicanas, no de Estados Unidos ni de otras fuentes extranjeras. Los socios del Sr. Feldman en CEMSA son nacionales mexicanos⁷⁸. El demandante se ha rehusado a proporcionar la información y documentos relacionados con el origen del capital que la demandada solicitó en numerosas ocasiones. Sin embargo, el Sr. Feldman ha admitido de manera muy parca que "varios individuos prestaron a CEMSA diversas cantidades en diversos momentos" y que "CEMSA tiene deudas pendientes" con los señores César Poblano y Gustavo Gámez, dos mexicanos, así como con el Dr. Ariel Zagorin, presumiblemente también mexicano. En efecto, ni el Sr. Feldman ni CEMSA tienen una conexión comercial importante con Estados Unidos, más que como un mercado de exportación para productos mexicanos.

111. Si se consideran los hechos relativos a la calidad de inmigrado del Sr. Feldman y su inversión en CEMSA, a la luz de los hechos identificados por la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales (esto es, la residencia habitual del individuo, el centro de sus intereses y negocios, los lazos familiares, su conducta la vida económica, cívica y social, sus vínculos más cercanos con uno de los Estados involucrados e inculcados en sus hijos, etc.), es incuestionable que el Sr. Feldman tiene "lazos de hecho más fuertes" con México que con Estados Unidos.

F. La supuesta "renuncia" del derecho de la demandada a impugnar la legitimidad procesal del demandante

112. El demandante alega que, al no haber la demandada presentado su objeción respecto de la legitimidad procesal del demandante antes de que esta reclamación hubiese sido sometida a arbitraje, la demandada "ha renunciado cualquier objeción posible basada en la nacionalidad del

77. Anexo 3.

78. El Sr. Israel Litmanwiz, Ana Friedman, Virginia Andrade Salinas y María de la Luz Rodríguez Rodríguez. Véase el acta constitutiva de CEMSA, pp. 20 y 21. Anexo 5.

Demandante y se impide justamente [sic] de cuestionar la posición del Demandante, basado en la nacionalidad, tan tarde [sic] en el procedimiento”⁷⁹.

113. La demandada advierte que:

- a) la notificación de arbitraje señala, en la primera oración, que el demandante, es “es un nacional de Estados Unidos que no es un nacional mexicano”;
- b) la primera ocasión que la demandada tiene oportunidad de realizar una defensa conforme al Reglamento de Arbitraje es al momento de presentar el escrito de contestación a la demanda sobre cuestiones de fondo;
- c) el artículo 46 (2) del Reglamento de Arbitraje (reiterado en la orden procedimental No. 2) requiere que cualquier excepción de que la disputa no es de la competencia del Tribunal deberá ser presentada... tan pronto como sea posible después de la constitución del tribunal y, en todo caso, a más tardar a la expiración del plazo fijado para la presentación de la contestación a la demanda.

114. El demandante alega que la demandada debió haber afirmado su objeción a la legitimidad procesal para presentar una reclamación antes de que ésta hubiese sido sometida a arbitraje con base en que funcionarios en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y/o el representante legal responsable de la defensa en este procedimiento debían tener el mismo conocimiento de la Secretaría de Gobernación de que el demandante obtuvo la calidad de inmigrado (y que, por consiguiente, se convirtió en residente permanente) en 1991⁸⁰.

115. De hecho, los expedientes migratorios en poder de la Secretaría de Gobernación son confidenciales, y sólo pueden ser liberados al individuo de quien se trate o con su consentimiento, o bien, por orden judicial⁸¹.

116. Por consiguiente, no es posible ni apropiado imputar el conocimiento de la Secretaría de Gobernación a los funcionarios de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ni al representante legal de la demandada.

117. El representante legal de la demandada tuvo conocimiento por primera vez de la calidad de inmigrado del demandante al preparar la solicitud de documentos de la demandada. El análisis detallado de los documentos anexos a la notificación de arbitraje reveló una escritura pública que recitaba los términos de un oficio de fecha 18 de octubre de 1991 de la Secretaría de Gobernación, otorgándole la calidad de inmigrado al demandante⁸². La demandada solicitó entonces documentos e información de testigos el carácter del demandante como “inversionista

79. Escrito Inicial, párrafo 115.

80. Escrito Inicial, párrafo 111.

81. Véanse los oficios de la demandada al demandante con fechas del 9 y 22 de agosto de 2000.

82. Véase la solicitud de documentos de la demandada del 31 de mayo de 2000, párrafo 3(g).

de una Parte". Poco tiempo después, solicitó al Tribunal que incluyera el tema de la legitimidad procesal en las cuestiones preliminares⁸³.

118. En consecuencia, la demandada sostiene que ha cumplido con el artículo 46(2) del Reglamento de Arbitraje.

119. El demandante alega que "se puso en una desventaja, dependiendo en la falta de la demandada de objeción a la posición del Demandante para llevar a cabo este arbitraje"⁸⁴. Aunque el no testifica sobre este alegato, sus afirmaciones hechas a través de su representante legal en el párrafo 115 del Escrito Inicial parece sugerir que sabía que había una duda sobre su legitimidad procesal antes de que sometiera su reclamación a arbitraje.

120. En cualquier caso, a través de su representante legal, ahora alega que actuó en su perjuicio renunciar a sus derechos de iniciar o continuar procedimientos para el pago de daños ante tribunales nacionales, según lo requiere el artículo 1121 del TLCAN. Este argumento es insostenible. De hecho el demandante:

- a) ha iniciado y continuado procedimientos ante tribunales nacionales en los que solicita resoluciones de carácter declarativo respecto de la validez de una auditoría de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público⁸⁵;
- b) no manifiesta qué procedimientos para la demanda de daños pudiera iniciar o hubiese iniciado ante los tribunales nacionales, en lugar de someter esta reclamación a arbitraje; y
- c) el demandante alega vigorosamente contra la posición de la demandada sobre el tema de la legitimidad procesal, al que caracteriza a través de su abogado como "un débil pensamiento tardío".

121. La demandada consecuentemente sostiene que no hay fundamento, de hecho o de derecho, para negarle el derecho impugnar la legitimidad procesal del demandante en este procedimiento.

G. Conclusión

122. Sea que el Tribunal acepte el argumento de la demandada de que los doble nacionales están automáticamente impedidos para demandar a cualquier Parte de la que son nacionales, o sea que el Tribunal aplique la prueba de la nacionalidad dominante o efectiva, el resultado es el mismo: la reclamación debe ser desechada. Para los efectos del capítulo XI del TLCAN, el demandante es un inversionista de México, no un "inversionista de otra Parte". Por consiguiente, el Tribunal, carece de competencia *rationæ personæ*, de modo que recibir y considerar la reclamación estaría fuera de la competencia del Tribunal conforme al capítulo XI.

83. Véase la carta de la demandada al Tribunal del 30 de junio de 2000, párrafos 14 al 17.

84. Escrito Inicial, párrafo 115.

85. Notificación de Arbitraje, página 7; Primera declaración de Feldman, párrafo 21.

Un acto de esta naturaleza afectaría cualquier laudo, que sería altamente susceptible de ser desechado conforme al derecho del lugar del arbitraje.

PARTE III: LAS CUESTIONES PRELIMINARES RESTANTES

123. El resto de este escrito de contestación aborda las otras cuatro preguntas descritas en los párrafos 5(a) al 5(d) de la orden procedimental No. 4:

- a) si el demandante ha presentado un “punto de reclamación” en este procedimiento arbitral respecto de supuestas violaciones al artículo 1102 del TLCAN;
- b) si el demandante puede presentar reclamaciones adicionales, si las hubiere, o modificar su reclamación sobre la base de una supuesta violación al artículo 1102 del TLCAN;
- c) si la demandada tiene derecho a oponer cualquier excepción con base en el término de prescripción establecido en el artículo 1117 (2) del TLCAN y, en particular, si esa prescripción afecta los hechos pertinentes a la reclamación o las reclamaciones que el Tribunal pueda considerar, y si la demandada está impedida para oponer tal excepción; y
- d) si las medidas supuestamente adoptadas por la demandada durante el periodo que va de finales de 1992 al 1 de enero de 1994, cuando entró en vigor el TLCAN, y que, se alega, constituyen una violación al TLCAN, al derecho internacional o al derecho mexicano, son pertinentes para el sustento de la reclamación o las reclamaciones.

124. En ésta parte:

- a) “Escrito Inicial” se refiere al “Memorial del Demandante en Cuestiones Preliminares”;
- b) “Escrito de contestación” se refiere a la contestación de la demandada al Escrito Inicial sobre cuestiones preliminares;
- c) “SHCP” se refiere a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, (a la que el Escrito Inicial también se refiere como “Hacienda”); y
- d) “Reglamento de Arbitraje” se refiere al Reglamento de Arbitraje de Mecanismo Complementario del CIADI.

A. El propósito de resolver las cuestiones de jurisdicción como cuestiones preliminares

125. La totalidad de la reclamación quedararía sin materia, si el Tribunal resuelve que carece de competencia *rationæ personæ*. Si el Tribunal resolviera que es competente, debe entonces considerar la segunda parte de las cuestiones.

126. Los argumentos de la demandada sobre la competencia del Tribunal para decidir los distintos asuntos en disputa se fundan en el principio bien establecido del derecho arbitral, de que la competencia de un tribunal arbitral se limita a conocer de las cuestiones que están propiamente comprendidas en el acuerdo de las partes para someter su reclamación a arbitraje.

127. En el caso del arbitraje conforme a la sección B del capítulo XI, el inversionista contendiente invoca el consentimiento de una Parte contendiente para someterse a arbitraje, dando cumplimiento a todos los requisitos procedimentales establecidos en la sección B. Las disposiciones del capítulo XI (y otras disposiciones aplicables del TLCAN) definen así el acuerdo para someterse a arbitraje creado de esta manera. El Tribunal no tiene competencia para decidir cuestiones que no están debidamente comprendidas por ese acuerdo.

128. La solicitud de la demandada para que el Tribunal resuelva sobre su jurisdicción, pretende que se determine qué reclamaciones pueden ser presentadas y cuáles no, a fin de que pueda ponerse orden en este procedimiento. Las respuestas del Tribunal a las cuestiones que restan, servirán de importante guía a las partes para determinar:

- a) el periodo jurídicamente relevante que aplica en este caso —esto es, el comprendido entre la primera fecha en que el demandante puede alegar medidas que equivalen a una violación de la sección A del capítulo XI, por las cuales, concebiblemente, pudiese reclamarse una compensación; y la última fecha en que ocurrieron las supuestas violaciones que pueden ser incluidas en esta reclamación de arbitraje; y
- b) la medida en que las solicitudes para el suministro de documentos del demandante son pertinentes a las reclamaciones admisibles.

B. El capítulo XI del TLCAN

129. Un inversionista de otra Parte puede iniciar un arbitraje conforme al capítulo XI sólo si él o una empresa de la Parte que es de su propiedad o que está bajo su control directo o indirecto, ha incurrido en pérdidas o daños como consecuencia de la violación a una obligación sustantiva de la sección A⁸⁶. No puede reclamar que la Parte anfitriona ha violado su legislación municipal ni el derecho internacional consuetudinario, o bien que el inversionista de otra forma fue “maltratado”. Debe haber una medida⁸⁷ y la medida que se reclama debe constituir una violación de una obligación expresamente prevista en la sección A⁸⁸.

130. Son de particular importancia a este caso las disposiciones del artículo 2103. Éste establece que ninguna disposición en del TLCAN aplica a medidas tributarias, salvo lo dispuesto en ese artículo. Las únicas obligaciones sustantivas que se aplican a las medidas tributarias, sin

86. Véanse los artículos 1116 y 1117.

87. El artículo 201 (Definiciones generales) dispone que, para efectos del TLCAN, “medida incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito, o práctica”.

88. Véase, por ejemplo, Anzinian y otros c. Los Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2. Laudo del 1 de noviembre de 1999, párrafo 84. Jan Paulsson, Presidente.

calificaciones, son los artículos 1102 (Trato nacional) y 1103 (Trato de la nación más favorecida). En virtud de que el artículo 2103 omite el artículo 1105 (Nivel mínimo de trato), éste no es aplicable a medidas tributarias.

131. El artículo 1110 (Expropiación y compensación) aplica a medidas tributarias, pero sólo en la medida y de la manera prescrita en el artículo 2103(6):

Artículo 1110 (Expropiación y compensación) se aplicará a las medidas tributarias, salvo que ningún inversionista podrá invocar ese artículo como fundamento de una reclamación, hecha en virtud del artículo 1116 (Reclamación del inversionista de una Parte, por cuenta propia) o 1117 (Reclamación del inversionista de una Parte, en representación de una empresa), cuando se haya determinado de conformidad con este párrafo que la medida no constituye una expropiación. El inversionista turnará el asunto, al momento de hacer la notificación a que se refiere el Artículo 1119 (Notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje), a las autoridades competentes señaladas en el Anexo 2103.6. Si las autoridades competentes no acuerdan examinar el asunto o si, habiendo acordado examinarlo no convienen en estimar que la medida no constituye una expropiación, dentro de un plazo de seis meses después de que se les haya turnado el asunto, el inversionista podrá someter una reclamación a arbitraje, de conformidad con el Artículo 1120 (Sometimiento de la reclamación al arbitraje).

132. Este caso versa únicamente sobre medidas tributarias —la implementación, interpretación y aplicación de la Ley del IEPS en diversos momentos. Por consiguiente, las reclamaciones admisibles en este procedimiento están determinadas únicamente por la sección A del capítulo XI, en la medida en que estén permitidas por el artículo 2103, y por los requisitos sustantivos y de procedimiento de la sección B.

C. El fundamento legal de la reclamación ante este Tribunal

133. El 28 de febrero de 1998, el demandante presentó una notificación de intención para someter una reclamación a arbitraje de acuerdo con el artículo 1119 de TLCAN. La notificación afirmó que México había violado los artículos 1102 (Trato nacional), 1104 (Nivel de trato), 1105 (Nivel mínimo de trato), 1106 (Requisitos de desempeño) y “especialmente el 1110 (Expropiación e indemnización)” (sic). Desde el comienzo, el demandante indebidamente ha incluido el artículo 1105 como fundamento autónomo de una supuesta violación.

134. La descripción de los hechos en la reclamación recita, en parte, el supuesto derecho de CEMSA para obtener devoluciones del IEPS por la exportación de cigarros, y contiene el alegato de que este derecho había sido confirmado por los tribunales mexicanos. Concluye con el siguiente argumento:

...los funcionarios responsables han conculcado [sic] nuestros legítimos [sic] derechos; nos han dado un trato ilegal, inconstitucional [sic], inequitativo en [sic] injusto, a diferencia del que les dispensan [sic] a los productores y han

recurrido a medias [sic] equivalentes a la expropiación [sic] de una inversión [sic] que tiene valor de más \$13,000,000 USD...⁸⁹

135. Incluso si pudiera argumentarse que la descripción de los hechos sustenta una supuesta violación al trato conforme al derecho internacional contraria al artículo 1105 (el cual, como se mencionó anteriormente, es inadmisibles en el caso de medidas tributarias) o una expropiación contraria al artículo 1110, no expone ningún hecho o circunstancia que pudiere sustentar una supuesta violación de los artículos 1102, 1104 ó 1106.

136. El demandante posteriormente remitió las siguientes cuestiones a las "autoridades competentes" según lo manda el artículo 2103(6):

- a) la supuesta negativa de México de implementar una decisión de la Suprema Corte de Justicia de México, emitida antes de la entrada en vigor del TLCAN, relativa a la devolución de ciertos impuestos especiales por la exportación de cigarros;
- b) la negativa de México de devolver ciertos impuestos especiales a CEMSA por exportaciones de cigarros que realizó en octubre y noviembre de 1997; y
- c) la reforma que hizo México a la Ley del IEPS, en vigor a partir del 1 de enero de 1998, que limita la disponibilidad de devoluciones de ciertos impuestos especiales a quienes compren cigarros "en la primera enajenación" de los cigarros en México⁹⁰.

137. El demandante recibió la determinación de que la reforma que México realizó a la Ley del IEPS, que entró en vigor el 1 de enero de 1998, "no constituye una expropiación". Debido a la escasa información que les fue proporcionada, las autoridades competentes no lograron acordar que las otras medidas que el demandante sometió a su consideración no constituyen una expropiación.

138. El *Assistant Deputy Secretary* del Departamento del Tesoro de Estados Unidos manifestó que no debe hacerse inferencia alguna sobre su opinión o las opiniones del gobierno de Estados Unidos relativas a si tales medidas constituyeron a una expropiación de acuerdo con el artículo 1110. Dicho de un modo más simple, si bien el demandante podría alegar que esas medidas son violatorias del artículo 1110, la demandada, de hecho o de derecho, puede argumentar que ninguna de ellas lo son.

139. Unas diez semanas después, el demandante sometió esta reclamación a arbitraje. En su notificación de arbitraje reconoció los requisitos del artículo 2103(6) y declaró que:

En este caso las autoridades competentes han actuado. El inversionista remitió este tema a las autoridades competentes de México y de los Estados Unidos el 18

89. Notificación de aviso de intención de someter una reclamación, párrafo 7.

90. Carta de Donald C. Lubick, *Assistant Deputy Secretary* del Departamento del Tesoro de Estados Unidos, a Tomás Ruiz, Subsecretario de Ingresos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de fecha 17 de febrero de 1999. Véase la Notificación de Arbitraje. Anexo 6.

de febrero de 1998. Subsecuentemente, el inversionista remitió su caso directamente a las autoridades competentes de los Estados Unidos el 18 de agosto de 1998. Después de discusiones detalladas, las autoridades competentes alcanzaron un acuerdo que se plasma en la carta de Donald Lubick, Assistant Secretary del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos de fecha 17 de febrero de 1999 y a una carta de Tomás Ruiz Subsecretario de Ingresos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de fecha 18 de febrero de 1999... este acuerdo impide el arbitraje del TLCAN de reclamaciones basadas en cierta legislación mexicana en vigor el 1 de enero de 1998, pero permite las otras reclamaciones de expropiación argumentadas por CEMSA al amparo del TLCAN para la procedencia de este arbitraje.⁹¹

140. Mediante artificios legales el demandante ha intentado evitar dos limitaciones obvias de su reclamación —el hecho de que el artículo 1105 no es aplicable a medidas tributarias, y la determinación de las autoridades competentes de cuáles de las tres reclamaciones de expropiación identificadas puede proceder a arbitraje— argumentando:

- a) que la referencia al artículo 1105(1) en el artículo 1110(1)(c) le da derecho para fundamentar una reclamación basada en el artículo 1105 —por ejemplo, una denegación de justicia— no obstante que el artículo 2103(1) lo excluye expresamente de las disposiciones del capítulo XI que pueden aplicar a medidas tributarias;
- b) que tiene derecho para presentar una reclamación de expropiación basada en un simple (y nuevo) alegato de que las autoridades fiscales mexicanas “tomaron una decisión en noviembre de 1997 para sacar a CEMSA del negocio”, no obstante que la única “medida” que ha podido identificar al respecto, es la negativa de otorgar la devolución de impuestos por las supuestas exportaciones de cigarros durante octubre y noviembre de 1997, y la reforma a la Ley del IEPS que entró en vigor el 1 de enero de 1998; y
- c) violaciones generales al derecho internacional —por ejemplo, “confiscación”, “discriminación” y “denegación de justicia”— pero evitando identificar cualesquier “medidas” adoptadas por la demandada o cualquier violación específica de la sección A del capítulo XI.

141. La notificación de arbitraje describe las “reclamaciones y cuestiones en disputa” de la siguiente manera:

Esta disputa envuelve reclamaciones para compensación de daños por USD \$50 millones... por medidas equiparables a la nacionalización o expropiación y denegación de justicia en violación de las reglas y principios del derecho internacional y de los artículos 1110 y 1105 (1) del TLCAN. Las reclamaciones se relacionan a la discriminación y confiscación de acciones arbitrarias de la demandada durante el periodo del 1 de enero de 2000 al 31 de diciembre de

91. Notificación de arbitraje, p. 4.

1997 con el propósito y efecto de terminar con el negocio de exportación de cigarros de CEMSA incluyendo, por ejemplo:

- a) negativa de la demandada para permitir a CEMSA la exportación de cigarros con la devolución de IEPS de conformidad con la ley durante el periodo del 1 de enero de 1992 al 31 de diciembre de 1997, excepto por los periodos de junio de 1996 a noviembre de 1997 cuando dichas devoluciones fueron permitida;
- b) negativa de la demandada a ejecutar la decisión de la suprema corte de justicia de México emitida el 18 de agosto de 1993 que sostiene que la Constitución mexicana requiere que las autoridades fiscales permitan a CEMSA la devolución de IEPS por la exportación de cigarros bajo las mismas bases que tales devoluciones son realizadas a los productores de cigarros;
- c) negativa de la demandada para la devolución del IEPS por \$18,975,730 pesos debidos a CEMSA respecto a la exportación de cigarros que CEMSA realizó de octubre a noviembre de 1997 basados en autorizaciones anteriores de parte autoridades fiscales mexicanas competentes;
- d) negativa de la demandada de permitirle a CEMSA la exportación de cigarros con la devolución de IEPS en diciembre de 1997, y
- e) decisión de la demandada de noviembre de 1997 de terminar con el negocio de exportación de cigarros de CEMSA para restituir un monopolio ilegal de exportación de productores de cigarros⁹².

142. La notificación de arbitraje prosigue con el alegato de que la demandada cometió diversas violaciones al derecho internacional, para lo cual cita el *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, y que es responsable por “medidas tributarias confiscatorias”, “discriminación en contra de extranjeros particulares”, y “denegación de justicia”. Empero, no hay referencia a las disposiciones del capítulo XI que el demandante arguye fueron violadas en conexión con aquellos alegatos genéricos, excepto por el de denegación de justicia, respecto del cual afirma que “el artículo 1110(c) [sic] hace referencia expresa al “debido proceso” e incorpora expresamente el artículo 1105(1)”.

143. Finalmente, al describir su reclamación de daños, la notificación de arbitraje señala que el demandante busca un laudo basado en:

- (a) compensación por la devolución del IEPS negado y por falta de ganancias de cualquier forma causadas, por la demandada entre el 1 de enero de 1992 (el día a partir del cual la legislación mexicana autoriza la devolución de IEPS por la exportación de cigarros) y el primero de diciembre de 1997 (fecha después de la cual la demandada cambio su curso y negó la devolución de IEPS pagados a CEMSA por la exportación de cigarros durante octubre y noviembre

92. Ibid. p. 5.

de 1997) sin incluir el periodo entre junio de 1996 y noviembre de 1997 (durante el cual las autoridades mexicanas cumplieron con sus obligaciones legales y autorizaron la devolución del IEPS pagado por CEMSA); y

(b) compensación por pérdidas y prestigio causado por la destrucción intencional del negocio de exportaciones de CEMSA después del 1 de diciembre de 1997⁹³.

144. En una nota de pie de página, el demandante niega pretender una compensación con base en la reforma a la Ley del IEPS que entró en vigor en enero de 1998 (que las autoridades competentes determinaron que “no constituye una expropiación”), pero manifiesta, sin embargo, que busca:

...compensación por pérdidas sufridas después de diciembre de 1997 y prestigio (sic) (es decir, el valor de CEMSA como un valor corriente de mercado en diciembre de 1997) perdida en virtud de la destrucción intencional del negocio de exportación de cigarros de CEMSA causada por la conducta de la demandada anterior al 1 de enero de 1998.

145. Hay tres proposiciones de derecho que subyacen a la reclamación, pero que no pueden sostenerse:

- a) que la demandada puede resultar responsable por supuestas violaciones al capítulo XI ocurridas con anterioridad a la entrada en vigor del TLCAN el 1 de enero de 1994;
- b) que la demandada puede resultar responsable por las violaciones al capítulo XI ocurridas más de 3 años antes de que esta reclamación fuera sometida a arbitraje; y
- c) que puede determinarse que la demandada expropió CEMSA alrededor de diciembre de 1997, y ser responsable de pagar una compensación que incluya ganancias futuras y la pérdida de reputación (*goodwill*), no obstante de que las autoridades competentes han determinado que la medida originalmente recurrida —la modificación a la ley del IEPS que entro en vigor el 1 de enero de 1998— “no constituye una expropiación”.

146. En un intento por evadir estas limitaciones a la competencia del Tribunal, se presenta una nueva teoría en el Escrito Inicial. El demandante ahora alega que, desde 1990, altos funcionarios mexicanos han orquestado “una campaña permanente para sacar a CEMSA del negocio de exportación de cigarros, a través de la manipulación discriminatoria e ilegal de la Ley del IEPS que culminó con la medida tomada por la demandada en 1997 para cerrar el negocio de exportación de CEMSA por tercera vez”⁹⁴.

93. Ibid p. 11.

94. Escrito Inicial, párrafo 46.

147. Ahora, pues, se sostiene una “expropiación progresiva” resultado de un “patrón de conducta” que data de 1991 “culminando en la última extinción del negocio de exportación de cigarros de CEMSA en la tarde de 1997[sic]”⁹⁵. El demandante, además, pretende reexpresar los hechos que ocurrieron antes del 1 de enero de 1994 como parte de una “violación continua”, para sostener la nueva proposición de que cualquier impedimento a la capacidad de CEMSA para solicitar las devoluciones del IEPS por las exportaciones de cigarros previas a la entrada en vigor del TLCAN fue una “violación al derecho internacional”, por la cual el demandante ahora puede solicitar una compensación conforme al capítulo XI del TLCAN.

148. La demanda sobre cuestiones preliminares es un modelo de confusión. Evita cuidadosamente señalar con precisión las “medidas” que el demandante reclama en relación con la supuesta “manipulación ilegal y discriminatoria de la Ley del IEPS por las autoridades tributarias mexicanas”. El demandante también evita identificar cuáles obligaciones de la sección A pudieron haber sido violadas por la adopción de tales medidas.

149. Las intenciones del demandante se escoden tras un fino velo. Aunque expresa sus reclamaciones en términos vagos de denegación de justicia y violación al derecho internacional, no estipula que estas ofensas violan el artículo 1105, porque las obligaciones de la demandada de otorgar un trato acorde con el derecho internacional no aplica a medidas tributarias. También evita estipular que el patrón de conducta que supuestamente equivale a una “expropiación progresiva” viola el artículo 1110, porque no ha cumplido con el artículo 2103 (6) por lo que se refiere a esta reclamación de expropiación.

150. En cualquier caso, la nueva reclamación de “expropiación progresiva” es inadmisibles porque el demandante no la remitió a las autoridades competentes según lo requiere el artículo 2103(6). En consecuencia, el Tribunal no puede admitirla.

D. Pregunta (a): Omisión de presentar una reclamación de denegación de trato nacional

Pregunta:

¿Ha presentado el demandante un “punto de reclamación” en este procedimiento arbitral relativo a una supuesta violación al artículo 1102 del TLCAN?

Síntesis:

151. El demandante pretende presentar una nueva y distinta reclamación, fundada en una supuesta violación al artículo 1102, que no fue notificada a la demandada de conformidad con el artículo 1119, y no fue sometida a arbitraje de acuerdo con la notificación de arbitraje del demandante. Al no haber satisfecho los requisitos de la sección B del capítulo XI, el demandante no ha invocado el consentimiento de la demandada para someter esta reclamación a arbitraje. En consecuencia, no es una disputa sobre la cual el Tribunal tenga competencia para resolver.

95. Escrito Inicial, párrafo 63

Argumento

152. La demandada objeta la competencia del Tribunal para decidir una reclamación fundada en la denegación de trato nacional, en virtud de que el demandante no ha cumplido con los requisitos previstos en los artículos 1119, 1120 y 1121 del TLCAN y el artículo 3 del Reglamento de Arbitraje, respecto de la reclamación que el demandante ahora pretende presentar. El demandante tampoco ha demostrado que pueda cumplir con los elementos del artículo 1117, que son necesarios para poder reclamar una compensación como resultado de un supuesto incumplimiento del artículo 1102.

153. El artículo 1119 requiere que el inversionista contendiente “especifique” en su notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje, entre otros: “las disposiciones de este Tratado presuntamente incumplidas y cualquier otra disposición aplicable; [y] las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamación”. El artículo 3 del Reglamento de Arbitraje, requiere que la notificación de arbitraje contenga “información relativa a las cuestiones controvertidas y una indicación de la cantidad de que se trate, si la hubiere”.

154. El artículo 1120 requiere que haya transcurrido un lapso de seis meses a partir de la fecha en que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación.

155. El artículo 1121 requiere que el inversionista contendiente renuncie por escrito a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento para el pago de daños ante tribunales nacionales conforme al derecho de cualquiera de las Partes, respecto de la medida presuntamente violatoria de la sección A del capítulo XI.

156. La notificación del demandante de conformidad con el artículo 1119 alega que México había violado los artículos 1102 (Trato nacional), 1104 (Nivel de trato), 1105 (Nivel mínimo de trato), 1106 (Requisitos de desempeño) y “especialmente el 1110 (Expropiación e indemnización) [sic]”.

157. La descripción de los hechos en la reclamación recita, en parte, el supuesto derecho de CEMSA para obtener devoluciones del IEPS por la exportación de cigarros, y contiene el alegato de que este derecho había sido confirmado por los tribunales mexicanos. Por lo que se refiere a la supuesta violación del artículo 1102, en su aviso de intención, la demandada sostiene que:

Las empresas productoras de tabacos se oponen a las actividades de exportacion [sic] de las empresas de comercio exterior, como mi representada, y... han conseguido que algunos funcionarios de la Secretaria [sic] de Hacienda y Credito [sic] Publico [sic], utilizando como pretexto y como medio las disposiciones fiscales (especificamente [sic], las contenidas en la ley del IEPS), obstaculicen, bloqueen e impidan, en definitiva, las actividades de exportacion [sic] de mi mandante.⁹⁶

158. Y concluye con el alegato que:

96. Aviso de intención de someter una reclamación a arbitraje, de fecha 13 de febrero de 1998, párrafo 5, p. 4.

...los funcionarios responsables han conculcado [sic] nuestros legítimos [sic] derechos; nos han dado un trato ilegal, inconstitucional [sic], inequitativo en [sic] injusto, a diferencia del que les dispensan [sic] a los productores y han recurrido a medias [sic] equivalentes a la expropiación [sic] de una inversión [sic] que tiene valor de más \$13,000,000 USD...⁹⁷

159. Incluso si pudiera argumentarse que la descripción de los hechos sustenta una supuesta violación al trato conforme al derecho internacional contraria al artículo 1105 (el cual, como se mencionó anteriormente, es inadmisibles en el caso de medidas tributarias) o una expropiación contraria al artículo 1110, no expone ningún hecho o circunstancia que pudiese sustentar una supuesta violación de los artículos 1102, 1104 ó 1106.

160. El demandante ahora sostiene que:

El aviso de intención de someter una reclamación al arbitraje entregado por el demandante a la demandada el 16 de febrero de 1998 consiguiente al artículo 1119 del TLCAN ("el aviso de intención") claramente identifica "las disposiciones del artículo 1102 (tratamiento [sic] nacional)", como la primera de las disposiciones enumeradas del TLCAN presuntamente haber [sic] sido violada...

En todo caso, el demandante citó artículo [sic] 1102 como una base para su reclamación en el aviso del artículo 1119 entregado a la demandada el 16 de febrero de 1998 y proporcionó toda la información vigente que él sabía en ese momento⁹⁸.

[Énfasis propio]

161. Sin embargo, la simple "cita" de las disposiciones presuntamente violadas no satisface los requisitos del artículo 1119, que además requiere que el inversionista contendiente especifique las cuestiones de hecho y de derecho en que basa su reclamación. Más aún, el supuesto trato incompatible con el artículo 1102 que se recita en el aviso de intención se refiere a hechos completamente diferentes —esto es, "un trato inequitativo al que ellos dan a los productores"— una reclamación que, si se pretendió presentar, fue abandonada en la notificación de arbitraje⁹⁹.

162. Por lo que respecta a la notificación de arbitraje, el demandante argumenta que:

Como consecuencia, en su aviso de arbitraje sometido ante la secretaría del CIADI el 30 de abril de 1999, el demandante declaró claramente la discriminación como una cuestión.

97. Ibid, párrafo 7.

98. Escrito Inicial, párrafos 1 y 20, respectivamente. El demandante argumenta: "La demandada no se quejó entonces o después que el aviso de intención era deficiente en cualquier respecto" (Ibid). Obviamente, la demandada no manifestó "entonces" ninguna deficiencia relacionada con una reclamación al artículo 1102, porque ninguna fue hecha en la notificación de arbitraje. Sin embargo, la demandada ha presentado sus objeciones oportunamente.

99. En cualquier caso, esta reclamación no hubiera prevalecido porque los productores y distribuidores de cigarrillos, como Cigatam, no están en "igualdad de circunstancias" para los efectos del artículo 1102, y cualquier diferencia entre ellas en la ley del IEPS está basada en su lugar dentro de la cadena de distribución, y no por su nacionalidad.

El aviso enfatizó el tratamiento discriminatorio de la demandada de la inversión del demandante, Corporación de Exportaciones Mexicanas el S.A. de C.V. ("CEMSA")...¹⁰⁰

163. Sin embargo, según lo reconoció propio demandante en ese mismo párrafo, estas reclamaciones fueron realizadas únicamente en el contexto de supuestas violaciones a los artículos 1105 y 1110; no se relacionan con supuestas violaciones al artículo 1102:

El demandante afirmó en este aviso [de arbitraje] que las decisiones de la demandada era un "modelo continuo de discriminación contra CEMSA.... de antes de 1991"; que las "reclamaciones relacionan a las acciones arbitrarias, discriminatorias, y confiscatorias de la demandada..."; que las acciones de esa demandada estaban en violación del proceso debido y una denegación de justicia bajo los artículos 1110 (c) (1) y 1105 (1) del TLCAN; que las acciones de esa demandada eran discriminatorias bajo artículo 1110 (b); y que las acciones de esa demandada violaron la ley internacional contra discriminación que...principio no sólo aplica a la discriminación en base a la nacionalidad, pero también a la discriminación contra los extranjeros particulares" (aviso de arbitraje a las 4,5,8-9.)¹⁰¹.

164. En efecto, la notificación de arbitraje del demandante describe las "reclamaciones y cuestiones en disputa" de la siguiente manera:

Esta disputa involucra reclamaciones para la compensación y daños por US \$50 millones de dólares más intereses después del laudo, por medidas equivalentes a la nacionalización o expropiación y que constituyen una denegación de justicia en violación a las reglas y principios del derecho internacional y a los artículos 1110 y 1105 (1) del TLCAN. Las reclamaciones relacionadas con las acciones arbitrarias discriminatorias y confiscatorias de la demandada durante el periodo del 1 de enero de 1992 al 31 de diciembre de 1997 con el propósito y efecto de terminar con el negocio de exportación de cigarros de CEMSA...¹⁰²

[Énfasis propio]

165. El demandante ha reconocido que no especificó (porque no podía hacerlo) los hechos y cuestiones en disputa respecto de su nueva reclamación conforme al artículo 1102:

...el demandante no pudo describir esas acciones con particularidad en dicho aviso [de arbitraje] porque no fueron disponible a él...el no sabía y podría saber de los pagos en 1999 de la demandada a las compañías mexicano- poseídas cuando el archivo el aviso de arbitraje.¹⁰³

100. Escrito Inicial, párrafo 2.

101. Ibid.

102. Reclamación de arbitraje, p. 5. La notificación también describe las "Disposiciones para el arbitraje de la disputa" (p. 2) de la siguiente manera:

Esta disputa está sujeta a arbitraje conforme a las disposiciones del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica entre los gobiernos de Canadá, Estados Unidos y México que entró en vigor el 1 de enero de 1994 ("TLCAN") incluyendo el capítulo XI –artículos 1110, 117, 1120 (1)(b) y (2), 1122, 1124; y del capítulo 21 – artículo 2103 y el anexo 2103.6...

103. Escrito Inicial, párrafos 6 y 20, respectivamente.

166. De hecho, el demandante no describe tales acciones en absoluto porque “no sabía y no podía saber” acerca de ellas¹⁰⁴. Así, la admisión del propio demandante confirma que la reclamación de un incumplimiento de trato nacional que ahora presenta, no es una de la que hubiese tenido conocimiento, o que siquiera haya existido, cuando presentó su aviso de intención de conformidad con el artículo 1119, o cuando presentó su notificación de arbitraje conforme al artículo 3 del Reglamento de Arbitraje.

167. De esta forma, la nueva reclamación que ahora presenta no puede ser considerada como un “punto de reclamación” que el demandante haya sometido a arbitraje, independientemente de si el Tribunal considera que el aviso conforme al artículo 1119 o la notificación de arbitraje es instrumento operativo. Se trata de una nueva y diversa reclamación, posterior al sometimiento de esta reclamación a arbitraje.

168. Más aún, el demandante no ha cumplido los requisitos señalados en el artículo 1117, que dispone que un inversionista de una Parte que sea el propietario de una empresa de otra Parte o que ésta esté bajo su control directo o indirecto, puede someter a arbitraje una reclamación de que la otra Parte “ha violado una obligación establecida en la sección A...” y que la empresa “ha sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella”.

169. El artículo 1117 requiere un vínculo necesario entre la supuesta violación de una obligación de la sección A y las pérdidas o daños incurridos por la empresa en virtud o a consecuencia de esa violación. No se trata simplemente reclamar daños e indicar la cantidad de éstos. El cumplimiento del artículo 1117 es fundamental para que se genere el derecho de someter una reclamación a arbitraje.

170. En virtud de que la reclamación sometida a arbitraje con la notificación de arbitraje se refiere a los artículos 1105 y 1110 —dejando de lado por el momento que el artículo 2103 no permite reclamaciones basadas en supuestas violaciones al artículo 1105— los daños estimados por el demandante se relacionan únicamente con una supuesta violación a esos dos artículos. En efecto, de acuerdo con la notificación de arbitraje:

La solicitud [del demandante] para que se le otorgue en el arbitraje un laudo por [50 millones de dólares en daños] está basada en lo siguientes:

- a) compensación por la negativa de devolución el impuesto especial y ganancias perdidas de otra forma causadas, por la demandada entre el 1 de enero de 1992 (el día en el cual la legislación mexicana autorizó a los exportadores de cigarros la devolución del impuesto) y el 1 de diciembre de 1999 (después del cual la demandada cambió de opinión y se rehusó a pagar a CEMSA la devolución de impuestos por la importación de cigarros durante octubre y noviembre de 1997) salvo por el período entre junio de 1996 y noviembre de 1997.
- b) compensación por ganancias y prestigio [*goodwill*] perdidos causados por la destrucción intencional del negocio de exportación de CEMSA, después del 1 de

104. “Aunque el demandante sabía que el demandado era hostil a CEMSA y que su tratamiento de CEMSA era discernidor [sic], él no sabía, y no podría saber, de los pagos en 1999 del demandado a las compañías Mexicano- [sic] poseídas cuando él archivó [sic] el aviso de arbitraje”. Escrito Inicial, párrafo 20.

diciembre de 1997 [el la nota de pie que sigue explica: "CEMSA solicita compensación por ganancias perdidas después del 1 de diciembre de 1997 y por prestigio (i.e. el valor de CEMSA como negocio corriente en diciembre de 1997) sufrido en virtud de la destrucción intencional del negocio de exportación de CEMSA causada por la conducta de la demandada antes del 1 de enero de 1998"]

- c) un ajuste adecuado por la inflación...
- d) intereses posteriores al laudo conforme a la tasa aplicable sobre los daños de CEMSA causado por la demandada desde el 1 de enero de 1992¹⁰⁵.

171. Aun si el demandante hubiese cumplido tardíamente con los requisitos del inciso (c) del artículo 1119 del TLCAN y con la primera parte del inciso (d) del artículo 3 del Reglamento de Arbitraje, de establecer cuestiones de hecho y de derecho en que basa la reclamación (lo cual no se concede), el demandante en cualquier caso ha omitido identificar cualquier pérdida o daño causados como consecuencia de la supuesta nueva violación al artículo 1102. Ni el aviso del demandante de conformidad con el artículo 1119 ni la notificación de arbitraje alegan que CEMSA sufrió pérdidas o daños por virtud de una violación al artículo 1102, y mucho menos por virtud de una violación que ahora se alega ocurrió después de que ambos escritos fueron presentados. En términos simples, la supuesta violación del artículo 1102 que el demandante ahora pretende presentar constituye una nueva y diversa reclamación basada en un nuevo alegato de denegación de trato nacional, y que estaría basado en una nueva teoría de daños (que ni siquiera se ha expresado aún) que solamente pudieron haber ocurrido más de un año después de la supuesta "extinción" final de CEMSA a finales de 1997.

172. El propósito del artículo 1119 es, entre otros, permitir a las partes contendientes, antes de que una reclamación se someta a arbitraje, investigar una medida presuntamente violatoria de una o más de sus obligaciones de la sección A del capítulo XI, y permitirles evaluar si tal medida pudo ocasionar daños al inversionista por los cuales el Estado pudiese ser responsable. El

105. Notificación de arbitraje, sección D, p. 11. De manera similar, en la notificación de arbitraje (pp. 5 y 6), el demandante especificó la siguiente reparación que solicita y la cantidad de daños reclamados:

1. Por supuesto, la primer y fundamental reparación que solicita busca debe consistir en el total respeto de nuestro derecho para trabajar, de forma que podamos continuar exportando bienes en cuestión y recobrar el IESPS correspondiente a la menor brevedad posible.
2. Por lo demás, si no nos van a permitir trabajar, debemos ser compensados en una cantidad equivalente al valor de la empresa, que excede los US\$13 millones (trece millones de dólares estadounidenses).
3. Igualmente, por este medio solicitamos el reembolso inmediato de más de US\$2 millones (dos millones de dólares estadounidenses) de IEPS que varios funcionarios de la SHCP rehusó en entregárnoslo, de una forma inconstitucional e ilegal, junto con los intereses acumulados que se generen y aquellos que se puedan generar hasta el momento material del pago total del balance, derivado de las exportaciones realizadas en octubre y noviembre de 1997.
4. Finalmente, por este medio, reclamamos el pago por la cantidad de daños que han sido causado y que continúan causando mientras no nos permitan trabajar, que equivale al menos por unos US\$3 millones (tres millones de dólares estadounidense) por diciembre de 1997 y enero y febrero de 1998, más US\$1 millón (un millón de dólares estadounidenses) por cada mes que pase sin que podamos recibir la devolución así como respecto a nuestros derechos para exportar cigarros a través de una pronta recuperación del IEPS correspondiente.

artículo 1119, por tanto, requiere que el inversionista contendiente “especifique... las disposiciones de este tratado presuntamente incumplidas y cualquier otra disposición aplicable; las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamación; y la reparación solicitada y el monto aproximado de los daños reclamados”. Esto es fundamental, porque incluso suponiendo que el TLCAN hubiese sido violado, no puede promoverse una reclamación, a menos que esa violación ocasione pérdidas o daños a la empresa en cuestión.

173. En las circunstancias de este caso, la demandada ni siquiera fue notificada de que se le estuviera otorgando a “Mercados” un trato más favorable que a CEMSA (no podía hacerse esa notificación, porque los supuestos hechos ni siquiera habían ocurrido entonces), y tampoco argumentó el demandante, como ahora lo quiere hacer, que personas o empresas desconocidas pudieron haber recibido un trato más favorable que el otorgado a CEMSA en algún momento a partir 1991, algo que el demandante quisiera poder “descubrir” (*discover*), para entonces poder establecerlo. Por consiguiente, no pudo haberse causado pérdida o daño alguno a CEMSA. Si el demandante no tiene conocimiento alguno de los hechos que rodean la supuesta violación del artículo 1102, CEMSA o pudo haber incurrido en daños o pérdidas.

174. No se ha otorgado al demandado la oportunidad de investigar una medida presuntamente violatoria del artículo 1102, y si ésta ocasionó o pudo haber ocasionado daños al inversionista por los cuales el Estado mexicano pudiere ser responsable y, por lo tanto, si fuere necesaria cualquier acción para rectificarla. La demandada ha investigado y ha escogido presentar una defensa contra la reclamación presentada con el aviso del demandante conforme al artículo 1119, la determinación de las autoridades competentes conforme al artículo 2103(6) y la notificación de arbitraje.

175. Los intentos de inversionistas contendientes de ampliar el alcance de sus reclamaciones después de haber sometido su reclamación a arbitraje ha sido un tema de preocupación creciente para las Partes del TLCAN. Las tres Partes son de la opinión de que se requiere el estricto cumplimiento de los artículos 1119, 1120 y 1121 para invocar el consentimiento de una Parte contendiente de someterse a arbitraje, según lo establece el artículo 1122 (Consentimiento al arbitraje):

1. Cada una de las Partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado.

[Énfasis propio]

176. La “naturaleza obligatoria de dar la notificación de intención” y la obligación del inversionista contendiente de cumplir todos los requisitos de procedimentales de la sección B como “prerrequisitos” para obtener el consentimiento de la Parte contendiente de someterse a arbitraje, fue aceptado por el tribunal arbitral en el caso Waste Management, Inc c. los Estados Unidos Mexicanos¹⁰⁶.

106. Caso CIADI No.(AF)/98/2, Laudo Arbitral del 2 de junio de 2000, párrafo 11, p. 9 y párrafos 16 y 17, pp. 11 y 12.

177. Esta posición también fue apoyada por todas las Partes de TLCAN en sus escritos presentados ante el tribunal arbitral en el caso *Pope and Talbot v The Government of Canada*¹⁰⁷. El escrito del gobierno de Estados Unidos¹⁰⁸ de acuerdo con el artículo 1128 del TLCAN, con el cual México coincidió y presentó escritos complementarios, manifiesta, en síntesis:

Ninguna reclamación del capítulo 11 puede ser presentada a arbitraje, a menos que los prerequisites para la presentación de una reclamación hayan sido satisfechos [cita, con aprobación, *Waste Management*— Los tribunales deben asegurarse que los prerequisites del capítulo 11 sean cumplidos, porque las Partes consintieron al arbitraje sólo de con apego a los procedimientos establecidos en la sección B del capítulo XI]. En el TLCAN, las Partes no consintieron por adelantado a que el alcance del arbitraje fuera suplementado en forma automática, a menos que se satisfagan prerequisites del capítulo XI para cualquier nueva reclamación.

[Énfasis propio].

178. Por consiguiente, la demandada sostiene que, por la simple razón de que el demandante omitió cumplir con los artículos 1117 y 1119 respecto de la nueva reclamación de una denegación de trato nacional, y que el demandante ahora pretende presentar, este Tribunal no tiene competencia para decidir tal reclamación. En otras palabras, esta no es una cuestión que se haya pedido al Tribunal que resuelva conforme al acuerdo entre las partes de someter a arbitraje la disputa.

E. Pregunta (b): la solicitud del demandante para modificar su reclamación para presentar una nueva por denegación de trato nacional

Pregunta:

¿Puede el demandante presentar reclamaciones adicionales, si las hubiere, o modificar su reclamación sobre la base de un alegato conforme al artículo 1102 del TLCAN?

Síntesis

179. Si el demandante no ha cumplido en todos los aspectos materiales con los requisitos de la sección B respecto de la reclamación que ahora pretende presentar, entonces la reclamación propuesta no será admisible como una reclamación “adicional” de conformidad con el artículo 48 del Reglamento de Arbitraje. De manera alternativa, si el Tribunal determinare que una

107. Laudo del tribunal respecto al incidente promovido por el gobierno de Canadá respecto de la reclamación basada en la imposición del *Super Fee*, 7 de agosto de 2000, H. Lord Dervaird, Presidente. En este caso el tribunal sostuvo que la medida en cuestión, y modificada por el acuerdo sobre madera entre Canadá y Estados Unidos (SLA) estaba debidamente ante sí, ya que la implementación del SLA era el objeto de la reclamación y los argumentos del demandante relacionados con la modificación al SLA no se relacionaban con una nueva reclamación sino con un elemento que era parte de la implementación del SLA.

108. *Supra*, Tercer escrito de Estados Unidos de América, párrafo 7.

nueva reclamación es admisible en este procedimiento, debe requerírsele al demandante que cumpla sustancialmente con las disposiciones aplicables de la sección B, específicamente, los artículos 1119, 1120 y 1121, antes de que la reclamación sea admitida.

Argumento

180. Si el Tribunal determina, como la demandada sostiene que debe hacerlo, que el demandante no ha cumplido en todos los aspectos materiales con los requisitos de la sección B del capítulo XI (incluyendo el artículo 1119) respecto de la reclamación que el demandante ahora pretende presentar, entonces no puede aceptar una modificación a la reclamación de conformidad con el artículo 48 del Reglamento de Arbitraje.

181. Las disposiciones de la sección B del capítulo XI (incluido el artículo 1119) prevalecen sobre el artículo 48 del Reglamento de Arbitraje. Conforme lo establece el artículo 1120(2), “las reglas aplicables al procedimiento arbitral seguirán ese procedimiento salvo en la medida de lo modificado en esta sección”.

182. La reclamación está fuera del ámbito del arbitraje, según lo define la sección B del capítulo XI, y no es admisible como una “reclamación adicional o incidental”. El Tribunal no tendría competencia para decidir la controversia.

183. Si el Tribunal sostiene que los requisitos del artículo 1119 del TLCAN no prevalecen sobre el artículo 48 del Reglamento de Arbitraje, o que, por el simple hecho de haber citado el artículo 1102 en su aviso de intención, el demandante ahora tiene el derecho de someter cualquier reclamación “adicional” relacionada con el artículo 1102, debe exigírsele al demandante que cumpla sustancialmente con los Artículos 1119, 1120 y 1121 antes de proceder con su reclamación adicional. Tal cumplimiento debe incluir lo siguiente:

- a) notificación por escrito —90 días antes de que tal reclamación sea sometida a arbitraje en este procedimiento— de los las cuestiones de hecho y de derecho en que se fundamenta la reclamación, incluyendo¹⁰⁹:
 - i) la identidad de la inversión o inversiones mexicanas que afirma han recibido un trato más favorable que el otorgado a CEMSA;
 - ii) una descripción de la(s) medida(s) que el demandante argumenta equivalen a un trato más favorable, en circunstancias similares, que el otorgado por la demandada a CEMSA;
 - iii) las fechas en que tales medidas supuestamente fueron adoptadas por la demandada;

109. Para cumplir sustancialmente con el artículo 1119.

- b) un período de espera de seis meses entre la fecha de cualquier medida que el demandante ahora alega constituye una violación al artículo 1102, y la fecha en que tal reclamación se someta a arbitraje en este procedimiento¹¹⁰;
- c) una renuncia de CEMSA a sus derechos para iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme al derecho de cualquiera de las Partes, u otro procedimiento de solución de controversia, cualquier procedimiento con respecto a la medida que el demandante ahora alega violatoria del artículo 1102, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial conforme a la legislación de la Parte contendiente¹¹¹.

184. En ningún caso le está permitido al demandante someter una reclamación ahora (o en cualquier momento) basada únicamente en la sospecha o creencia de que personas o empresas desconocidas han recibido un trato más favorable que el otorgado a CEMSA.

185. Tras haber reconocido que carece de información relacionada con las supuestas devoluciones hechas a Mercados Regionales, "Mercados II" o a otros, el demandante afirma que "no tiene ningún otro medio para descubrir esta información", a menos que la demandada le proporcione todos los expedientes "relacionados con la devolución del IEPS por la exportación de cigarrillos a cualquier persona o empresa distinta de CEMSA, incluyendo a Mercados Regionales"¹¹².

186. Así, el demandante pretende utilizar una solicitud amplia de "descubrimiento" de información a fin de obtener información de otros contribuyentes para "averiguar" si, en los últimos nueve años, Mercados Regionales, S.A. de C.V. o cualquier otro exportador de cigarrillos ha solicitado exitosamente devoluciones del IEPS. De hecho, en su carta al Tribunal de fecha 11 de julio de 2000, el demandante pretende reservarse el derecho para ampliar su reclamación para incluir pruebas de trato más favorable otorgado a otras empresas propiedad de mexicanos "si el suministro de información proporcionada revelaba hechos adicionales que apoyaran la reclamación del artículo 1102 de la demandada".

El capítulo XI, no permite que se presenten reclamaciones fundadas en meras sospechas o especulaciones, ni tampoco lo permite el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI. Precisamente por ello, el artículo 1119 del TLCAN y el artículo 3 del Reglamento de Arbitraje del CIADI requieren que los inversionistas contendientes especifiquen las cuestiones de hecho y de derecho en que fundamenta su reclamación, y en presentar la información relacionada con las cuestiones en disputa, respectivamente.

187. El demandante, sin embargo, pretende abusar del proceso del capítulo XI del TLCAN para obtener información a fin de "descubrir" si México a violado el artículo 1102 al otorgarle

110. Para cumplir sustancialmente con el artículo 1120.

111. Para cumplir sustancialmente con el artículo 1121.

112. Véase la segunda solicitud de documentos del demandante, p. 1.

devoluciones del IEPS a otros exportadores de cigarros, y si ello pudiere causar pérdidas o daños a CEMSA. Sus sospechas de que la demandada pudo haber hecho devoluciones del IEPS a otros exportadores de cigarros (en circunstancias similares) son refutadas por sus propias declaraciones públicas contenidas en el sitio de Internet de CEMSA, “¿Qué es equivalente a la expropiación de CEMSA?”:

¿Por qué digo que solamente mi negocio resulta afectado? Porque CEMSA, en virtud de decisiones jurídicas favorables, es el único exportador de cigarrillos de marca aparte de los productores mismos.¹¹³

188. En la opinión respetuosa de la demandada, el Tribunal debe determinar que el demandante no ha cumplido con los requisitos del TLCAN y, en consecuencia, no puede presentar reclamaciones adicionales ni modificar su reclamación.

F. Pregunta (c): El término de prescripción de tres años y el supuesto impedimento

Preguntas

¿Tiene la demandada el derecho de oponer cualquier excepción con base en el término de prescripción establecido en el artículo 1117(2)? En particular, ¿afecta esa prescripción los hechos pertinentes a la reclamación o a las reclamaciones que el Tribunal pueda considerar? ¿Está impedida la demandada para oponer tal excepción?

Síntesis

189. El artículo 1117(2) impide que el demandante someta una reclamación por daños a arbitraje, fundada en una supuesta violación del TLCAN que ocurrió más de tres años antes de que se presentara la notificación de arbitraje. El significado natural y ordinario de los términos contenidos en el artículo 1117, y el contexto en el que aparecen, lleva a la conclusión de que se presenta la reclamación cuando ésta se somete a arbitraje. Los argumentos del demandante relativos a un impedimento por acuerdo y un impedimento sobre bases de equidad fracasan porque, de acuerdo con los hechos alegados por el propio demandante, éste no puede cumplir con los requisitos legales en ninguno de los casos.

Argumento

190. Esta pregunta tiene tres componentes principales:

- a) ¿Tiene la demandada el derecho de oponer cualquier excepción con base en el término de prescripción establecido en el artículo 1117(2)?

113. <http://tantamount.tripod.com/quees.html>

- b) ¿Está impedida la demandada para oponer tal excepción?
- c) ¿Afecta esa prescripción los hechos pertinentes a la reclamación o a las reclamaciones que el Tribunal pueda considerar?

191. Por lo que se refiere a la competencia del Tribunal sobre los aspectos de la reclamación que se ven afectados por el término de prescripción, el demandante ha presentado varios argumentos alternativos:

- a) El demandante argumenta que la prescripción prevista en el 1117 (2) se interrumpe cuando se entrega a la Parte contendiente el aviso de intención de someter una reclamación a arbitraje de conformidad con el artículo 1119, más que al someter la reclamación a arbitraje.
- b) El demandante afirma la demandada celebró un acuerdo por el que renuncia a la prescripción.
- c) El demandante argumenta que la demandada está impedida, sobre bases de equidad, para oponer una excepción con fundamento en la prescripción.

192. El demandante argumentó por separado que algunos de los documentos y declaraciones testimoniales que ha solicitado al demandado, relativos a asuntos ocurrieron fuera del periodo relevante son pertinentes a sus reclamaciones que surgen de acciones supuestamente ocurridas antes de que hubiese operado la prescripción.

193. En esta sección la demandada abordará los argumentos relacionados con la competencia del Tribunal. Las cuestiones sobre el alcance de las solicitudes de documentos y testigos serán abordadas en la última sección de este escrito de contestación de la demanda.

194. El término de prescripción de tres años surge porque, en la notificación de arbitraje, el demandante incluyó las siguientes acciones de la demandada en su lista de supuestas violaciones al TLCAN en las que funda su reclamación:

- a) la negativa de la demandada de permitir a CEMSA exportar cigarros con la devolución del IEPS, según lo disponía en la ley durante el periodo que va del 1 de enero de 1992 al 31 de diciembre de 1997, excepto por el periodo comprendido entre junio de 1996 y noviembre de 1997, en el que las devoluciones fueron autorizadas;
- b) la negativa de la demandada para de implementar una sentencia de la Suprema Corte de Justicia, emitida el 18 de agosto de 1993, en la que determinó que la Constitución Mexicana exige que las autoridades fiscales permitan CEMSA obtener la devolución del impuesto especial por la exportación de cigarros, sobre

la misma base en que se permite a los productores de cigarros obtener tales devoluciones¹¹⁴.

195. La notificación de arbitraje del demandante también incluyó la siguiente reclamación por daños:

Compensación por las devoluciones de impuestos negados, y por la pérdida causada por la demandada entre el 1 de enero de 1992 (la fecha exacta en que la legislación mexicana autorizó la devolución del IEPS a exportadores de cigarros) y el 1 de diciembre de 1997 (fecha después de la cual la demandada cambió de opinión y se rehusó a pagar la devolución del IEPS a CEMSA sobre la exportación de cigarros durante octubre y noviembre de 1997), no incluyendo el periodo entre junio de 1996 y noviembre de 1997 (durante el cual las autoridades mexicanas cumplieron con sus obligaciones legales y permitieron la devolución del IEPS a CEMSA).¹¹⁵

196. La posición de la demandada es que el artículo 1117(2) impide al demandante presentar una reclamación por daños derivados de supuestas violaciones al TLCAN que ocurrieron tres años antes de la presentación de la notificación de arbitraje. Consecuentemente, el Tribunal carece de competencia para decidir si las acciones de México ocurridas antes del 30 de abril de 1996 fueron violatorias del TLCAN.

197. La demandada advierte que los argumentos del demandante en favor de la flexibilidad respecto de la operación de la prescripción derivan de una incorrecta interpretación del artículo 1117(2). El demandante supone que este arbitraje versa sobre una disputa entre particulares, y que debe prevalecer la consideración de si la demandada había sido notificada de que podría presentarse una reclamación¹¹⁶.

198. En este sentido, la demandada subraya que los gobiernos de México, Estados Unidos, y Canadá acordaron someterse a arbitraje solamente en la medida prevista en el capítulo XI del TLCAN, y los términos de su consentimiento definen la competencia del Tribunal. El término de prescripción previsto en el artículo 1117(2) es una condición expresa del consentimiento de las tres Partes a someterse a los arbitrajes en contra de ellos.

199. No hay nada en el texto del artículo 1117(2), ni en ninguna otra parte del capítulo XI, que permita una aplicación flexible del término de prescripción, incluso si genuinamente hubiere razones equitativas para hacerlo (que, además, no existen en este caso).

114. Notificación de arbitraje de fecha 30 de abril de 1999, p. 5.

115. Notificación de arbitraje de fecha 30 de abril de 1999, p. 11.

116. El énfasis del demandante en su afirmación de que había dado aviso a la demandada de la posibilidad de iniciar un arbitraje del TLCAN está fuera de lugar. La demandada no solicita que Tribunal determine que el demandante está impedido para presentar su reclamación, con base en la teoría general de la prescripción equitativa por inactividad. La demandada funda su excepción en condiciones expresas de jurisdicción contenidas expresamente en las disposiciones del TLCAN que autorizan el recurso al arbitraje.

1. **Una reclamación se presenta cuando se entrega la notificación de arbitraje.**

200. Inicialmente, el demandante pretende extender el término de prescripción por aproximadamente un año, al requerir que Tribunal determine que la reclamación fue presentada el 16 de febrero de 1998, cuando el demandante entregó a la demandada su aviso de intención de someter una reclamación a arbitraje. Esto resultaría en la exclusión de los actos ocurridos y cualesquier daños ocasionados antes del 16 de febrero de 1995, en lugar del 30 de abril de 1996.

201. El demandante, de manera selectiva, escoge palabras ubicadas en distintas partes del TLCAN para construir el argumento de que el demandante “presentó una reclamación” conforme al significado del artículo 1117(2) cuando entregó la notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje a la Parte contendiente, y no cuando de hecho sometió la reclamación a arbitraje. La demandada no coincide con esta interpretación por varias razones.

202. El propósito de los artículos 1116 y 1117 no es simplemente regular la prescripción, según argumenta el demandante. El artículo 1116 se titula “Reclamación del inversionista de una Parte, por cuenta propia”; el artículo 1117 se titula “Reclamación del inversionista de una Parte, en representación de una empresa” (énfasis propio). En principio, estos artículos contienen la descripción esencial del objeto de la reclamación y disponen cuándo puede ser instauradas. El primer párrafo de cada artículo dispone que un inversionista “podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta sección una reclamación en el sentido de que la otra Parte ha violado una obligación” contenida en ciertas disposiciones del TLCAN (énfasis propio). Por consiguiente, conforme a los artículos 1116 y 1117, la “reclamación” se presenta cuando se somete a arbitraje.

203. El segundo párrafo de los artículos 1116 y 1117 establecen el periodo en el que un inversionista puede “presentar” una reclamación: tres años a partir de la fecha en la cual el inversionista tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento por primera vez de la presunta violación, así como conocimiento de que el inversionista sufrió pérdidas o daños como resultado de esa violación. El hecho de que el párrafo que sigue inmediatamente a este texto es el que autoriza que las reclamaciones sean presentadas, y que es parte de un artículo que define una “reclamación”, deja en claro que los negociadores pretendieron que la prescripción aplica al sometimiento de la reclamación¹¹⁷.

204. Es muy importante advertir que los artículos 1116 y 1117 no disponen que un inversionista “no puede realizar una notificación de intención” de someter una reclamación a arbitraje después de tres años. En efecto, el concepto de la “notificación de intención” sólo se introduce posteriormente, en el artículo 1119.

205. Más aún, el artículo 1120 (“Sometimiento de la reclamación al arbitraje”) dispone que un inversionista contendiente puede someter una reclamación a arbitraje conforme al Convenio del CIADI, el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI, o las Reglas de

117. El argumento del demandante sobre el artículo 1117(3) es perspicaz, pero no convincente. El objeto de ese párrafo es aclarar perfectamente que si se instauran reclamaciones subsecuentes conforme al artículo 1116 y 1117 como resultado de los mismos sucesos, esas reclamaciones deben ser consolidadas de acuerdo con el artículo 1126.

Arbitraje de la CNUDMI. En este caso, el demandante sometió su reclamación conforme a las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI. Los artículos 2 (“Notificación”), 3 (“Contenido de la notificación”), 4 (“Registro de la notificación”) y 5 (“Certificado de registro”) del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI establecen los procedimientos para llevar a cabo el registro de una reclamación conforme al propio Mecanismo Complementario. No contienen disposiciones que prevean una notificación de la intención de someter una reclamación a arbitraje y, de hecho, el TLCAN no requiere que ésta le sea presentada al CIADI. Consecuentemente, conforme al Mecanismo Complementario no existe siquiera una reclamación, sino hasta que se cumplan con los requisitos dispuestos en los artículos 2 al 5 del Reglamento del Arbitraje.

206. La opinión del demandada se sustenta adicionalmente en los requisitos jurisdiccionales y procedimentales para el adecuado sometimiento de una reclamación previstos en el artículo 1121 (“Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral”). El Artículo 1121 dispone que una reclamación se considera sometida a arbitraje sólo si el inversionista: (i) consiente someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en el TLCAN; y (ii) renuncia a su derecho a iniciar o continuar procedimientos ante tribunales administrativos o judiciales en los que reclame el pago de daños conforme a la legislación municipal. Cuando el demandante presentó su notificación al amparo del artículo 1119, no consintió al arbitraje ni renunció a su derecho de iniciar o continuar procedimientos domésticos para el pago de daños. No se comprometió a someterse a arbitraje ni puede considerarse que el demandante y la demandada adoptaron entonces un acuerdo de arbitraje. En efecto, la entrega una notificación de intención no genera siquiera la obligación del demandante de proceder a iniciar un arbitraje.

207. En estas circunstancias, la entrega de una notificación de intención no refleja el propósito del demandante de someterse a arbitraje, como tampoco lo refleja una carta con la amenaza de iniciar un litigio. La demandada no tiene conocimiento de ningún sistema jurídico que estime que el término de la prescripción se suspende cuando una persona simplemente indique que está considerando iniciar una demanda o un arbitraje. La prescripción se suspende hasta que el caso ha comenzado y, en el caso del arbitraje del capítulo XI del TLCA N, el inicio ocurre solamente cuando la notificación de intención ha sido presentada.

208. Consecuentemente, el TLCAN prohíbe al demandante solicitar el pago de daños por supuestas violaciones del TLCAN ocurridas con anterioridad al 30 de abril de 1996 —tres años antes a la fecha en que sometió la reclamación al arbitraje.

2. No hay evidencia de un “acuerdo” entre CEMSA y el demandante

209. El Escrito Inicial del demandante asevera que “las partes alcanzaron una comprensión [sic] acerca del derecho de CEMSA de exportar cigarros y recibir las devoluciones del IEPS en dichas exportaciones el 1º de junio de 1995 o aproximadamente (Véase también la segunda declaración de Feldman ¶¶ 18-23)”¹¹⁸. Dejando de lado el hecho de que el TLCAN no prevé que

118. Escrito Inicial, párrafo 52.

un acuerdo pudiere suspender la prescripción, el Escrito Inicial no contiene información ni ofrece pruebas de un acuerdo de cualquier clase entre CEMSA y SHCP, y la declaración del Sr. Feldman simplemente afirma que recibió seguridades verbales de que podría evitar el pago del IEPS en sus futuras exportaciones. No hay siquiera un alegato de que algún funcionario mexicano haya solicitado o aconsejado al Sr. Feldman no iniciar una reclamación conforme al TLCAN. En última instancia, por tanto, el demandante no cumplió con exponer los hechos que sustentan su alegato de que hubo un acuerdo.

210. Específicamente, la declaración del Sr. Feldman indica que estaba involucrado en una añeja y larga controversia con SHCP respecto de un derecho para evitar el pago del IEPS. En el párrafo 22 de su declaración, afirma que, alrededor o antes del 1 de junio de 1995, varios funcionarios le "asegararon" que:

CEMSA tendría derecho a exportar cigarros y solicitar las devoluciones del IEPS sin la documentación que Cigatam se negaba a otorgarle. Todavía más importante aun, estos funcionarios me aseguraron que las devoluciones del IEPS le serían pagadas a CEMSA por las exportaciones de cigarros.¹¹⁹

211. El Sr. Feldman añade que "bajo la protección de estas seguridades y dependiendo en ellos [sic], CEMSA comenzó a exportar cigarros en la primavera de 1996 y a solicitar las devoluciones del IEPS..."¹²⁰.

212. El Sr. Feldman concluye:

Debido a las seguridades de Hacienda, y su actuación subsecuente de su compromiso por el pago de las devoluciones del IEPS para que CEMSA aplicó [sic] yo consideré el asunto resuelto [sic] por el acuerdo. Dependiendo de este acuerdo, yo no seguí los remedios legales [sic] en las cortes mexicanas o bajo el TLCAN, pero yo nunca renuncié mi [sic] derecho para hacerlo en el evento que el gobierno renegó [sic] en sus promesas.¹²¹

213. En otras palabras, basándose en una serie de seguridades orales supuestamente ofrecidas por funcionarios fiscales en una fecha incierta alrededor de junio de 1995, de que podría solicitar las devoluciones del impuesto sobre futuras exportaciones, y el éxito que tuvo al evitar el pago del IEPS durante el año siguiente, el demandante solicita que el Tribunal acepte que había celebrado un acuerdo obligatorio con el gobierno de México, de que se abstendría de iniciar litigios conforme a la ley mexicana o un arbitraje conforme al TLCAN por supuestos daños sufridos en durante el periodo de enero de 1992 a abril de 1996.

214. La demandada sostiene que las ilusiones no sustituyen el ofrecimiento de pruebas. El demandante ni siquiera ha alegado hechos que demostrarían la existencia de un compromiso legal y vinculante asumido por las autoridades fiscales de permitir a CEMSA evadir el pago del

119. Segunda Declaración del Sr. Feldman, párrafo 22.

120. El hecho de que CEMSA hubiera esperado casi un año desde junio de 1995 para comenzar a exportar cigarros suscita serias dudas respecto de había una relación auténtica entre el supuesto "acuerdo" y la decisión del Sr. Feldman de solicitar las devoluciones..

121. Segunda Declaración del Sr. Feldman, párrafo 23.

IEPS¹²², mucho menos un compromiso por parte de funcionarios plenamente autorizado para llegar a un arreglo respecto de una demanda local o en un arbitraje del TLCAN (nada de lo cual ocurrió durante el periodo en cuestión).

215. Consecuentemente, el Tribunal no tiene la necesidad de resolver sobre la credibilidad del testimonio del Sr. Feldman sobre este tema. Incluso si el Tribunal asumiera que la descripción contenida en el párrafo 22 de la declaración del Sr. Feldman sobre su interacción con funcionarios de SHCP es precisa, tendría que concluir que el Sr. Feldman no ha descrito un acuerdo con la demandada que corresponda en modo alguno con el compromiso vagamente alegado en su Escrito Inicial. Incluso si lo hizo, el TLCAN no dispone que tal acuerdo pudiera suspender la prescripción.

3. No existe un fundamento legal o de hecho para la procedencia de un impedimento sobre bases equitativas (*equitable estoppel*)

216. El argumento del demandante de que la demandada en justicia está impedida para invocar la prescripción mezcla indebidamente conceptos de derecho municipal y del derecho internacional, y confunde la "renuncia" con el "impedimento".

217. No está del todo claro que haya un principio de "impedimento" generalmente aceptado en el derecho internacional. El Profesor Brownlie ha escrito que "el impedimento conforme al derecho municipal debe considerarse con gran cautela y... que este el principio no tiene una coherencia particular en el derecho internacional, toda vez que su incidencia y efectos no son uniformes"¹²³. Ciertamente no hay precedentes en el derecho internacional, ni artículos de doctrinarios en derecho internacional que sustenten la noción de que un gobierno pudiese modificar de manera implícita o indirecta los requisitos jurisdiccionales para renunciar a su inmunidad soberana.

218. En cualquier caso, el demandante solamente ha alegado que SHCP sugirió que CEMSA podría evitar el pago del IEPS en futuras exportaciones. No ha alegado que cualquier funcionario mexicano le hubiese aconsejado jamás que la demandada renunciara a la prescripción establecida en el artículo 1117(2), en caso de que iniciara un arbitraje conforme al TLCAN, o que tuviera derecho a reclamar daños al amparo del TLCAN por las acciones de SHCP ocurridas durante el periodo de 1992 hasta abril de 1996¹²⁴. Por consiguiente, la afirmación del demandante que existe un derecho internacional del impedimento es simplemente irrelevante.

122. Ninguna disposición del TLCAN, ni un principio establecido del derecho internacional conforme al cual pueda considerarse que los consejos orales de las autoridades fiscales puedan generar un derecho de propiedad respecto de la capacidad de recibir devoluciones de impuestos, y tampoco existe un principio de esta naturaleza en el derecho municipal. Por ejemplo, el Código Fiscal de Estados Unidos expresamente señala que las opiniones verbales y los consejos no obligan a las autoridades fiscales. Véase 26 C.F.R. § 601.201(k).

123. Brownlie, p. 646.

124. Como se discute más adelante, ninguna persona razonable habría podido suponer que el TLCAN generaría responsabilidad a cargo del Estado por sucesos ocurridos antes de que el TLCAN entrara en vigor en enero de 1994.

219. De hecho, parece que el demandante se apoya en un concepto de "impedimento sobre bases equitativas" ("*equitable estoppel*") aplicable a la prescripción, que es un principio del derecho común previsto en el derecho interno de algunos países, incluidos Estados Unidos y Canadá, pero no en el derecho mexicano, además de que México no tiene un sistema jurídico basado en el derecho común. El demandante no tiene un derecho ni una expectativa de que un principio del derecho común interno encuentre aplicación en un procedimiento internacional en contra de un país de tradición jurídica civilista, como lo es México.

220. Incluso conforme al derecho doméstico de los países con sistemas jurídicos basados en el derecho común que aplican el principio, la figura del impedimento sobre bases equitativas no es aplicable si la prescripción es un elemento de jurisdicción —por ejemplo cuando la prescripción es parte de una ley que autoriza acciones civiles en contra del gobierno¹²⁵. Como se discutió anteriormente, el término de prescripción establecido en el artículo 1117(2) es un elemento de jurisdicción, y no hay elementos en el TLCAN o conforme a los principios del derecho internacional generalmente aceptados que autoricen al Tribunal a modificar los elementos jurisdiccionales del artículo 1117(2).

221. La demandada también advierte que, aun si esta controversia hubiese surgido conforme al derecho doméstico (lo cual no sucede), los argumentos del demandante fracasarían a la luz de los hechos que ha expuesto. Por ejemplo, el demandante cita el caso Atkins v. Union Pacific Railroad Co., una decisión de una corte estadounidense, en el sentido de que "el impedimento opera a la luz de promesas de negociación que tranquilizaron al demandante dándole en un falso sentimiento de seguridad"¹²⁶. De hecho, se trató de una sentencia interlocutoria que desechó una petición de juicio sumario. No resolvió el fondo de la controversia, sino que permitió que el caso prosiguiera a juicio. Posteriormente, después del juicio sobre el fondo, el caso fue apelado ante la misma corte, que sostuvo que los hechos eran insuficientes para impedir que la demandada opusiera una excepción sobre con base en la prescripción. La corte estableció el siguiente criterio:

Para poder presentar con éxito la doctrina del impedimento sobre bases equitativas, un demandante debe demostrar que la conducta del demandado fue tan engañosa como para haber motivado la omisión del demandante de ejercer la acción... centrándose en el punto principal, el impedimento sobre bases equitativas no aplicaría a una reclamación como la presente, a menos que el demandante demuestre (1) una declaración afirmativa que la prescripción de ley para ejercer acción era más larga de lo que realmente era; (2) promesas para ofrecer un mejor arreglo de la reclamación, si el demandante no cumpliera las amenazas de demandar; o (3) declaraciones similares o conducta por parte de los demandados.¹²⁷

222. El demandante no ha alegado, ni podría hacerlo, que los hechos de este caso siquiera están cerca de cumplir con este estándar.

125. U.S. v. Dalm, 494 U.S. 596, 608 (1990).

126. Escrito Inicial, párrafo 58.

127. Atkins v. Union Pacific Railroad, 753 F.2d, 776 (9th Cir. 1985).

G. Pregunta (d): la pertinencia de las reclamaciones previas al a entrada en vigor del TLCAN.

Pregunta

¿Son pertinentes al sustento de la reclamación o las reclamaciones las medidas supuestamente adoptadas por la demandada durante el periodo que va de finales de 1992 al 1 de enero de 1994, cuando entró en vigor el TLCAN, y que, se alega, constituyen una violación al TLCAN, al derecho internacional o a al derecho mexicano?.

Síntesis

223. El demandante únicamente tiene el derecho hacer valer una reclamación por pérdidas o daños sufridos a consecuencia de una violación de ciertas obligaciones del TLCAN, no por violaciones al derecho interno o al derecho internacional, ocurridas antes del 1 de enero de 1994, que pudiesen haber constituido violaciones del TLCAN. Una nueva teoría del demandante sobre su caso —que violaciones del derecho internacional o la legislación interna, previas a la entrada en vigor del TLCAN, y que supuestamente continuaron después de la entrada en vigor del TLCAN, resultan en una “expropiación progresiva” que culminó con las medidas adoptadas a finales de 1997— se presenta para justificar la supuesta pertinencia de reclamaciones que de otro modo serían inadmisibles. Sin embargo, la teoría no es plausible bajo ningún análisis objetivo del testimonio del propio demandante. Más aún, la reclamación de “expropiación progresiva” que ahora se presenta es inadmisibile conforme al artículo 2103(6).

Argumento

1. Las supuestas violaciones del TLCAN, el derecho internacional y la legislación doméstica

224. La forma como se ha planteado la pregunta, enfocada sobre la pertinencia supuestas violaciones anteriores al TLCAN para sustentar la reclamación, y la sobre la admisibilidad de tales violaciones como reclamaciones en sí mismas, parece aceptar que el TLCAN no puede tener efectos retroactivos y, por consiguiente, que la demandada no puede ser responsable por supuestas violaciones a obligaciones internacionales que no existían en ese momento.

225. El demandante, sin embargo, insiste que tiene derecho a solicitar compensación por supuestas violaciones de la Sección A, y reclamaciones que pudieren de alguna forma existir conforme al derecho internacional, respecto de medidas que ocurrieron previo a la entrada en vigor del TLCAN, si pueden considerarse como una “violación continua”.

226. Aunque el demandante concede que los tratados no tienen efectos retroactivos a menos que así lo dispongan expresamente, ahora presenta una nueva, pero insostenible teoría de que la conducta de la demandada previa a la entrada en vigor del TLCAN, equivale a una violación del derecho internacional (aunque no expone sobre qué bases), y que el TLCAN simplemente creó un “nuevo foro” en el cual podría reclamar una compensación por tales violaciones.

227. Ambos argumentos son especiosos.

228. Si la demandada hubiese cometido una violación del derecho internacional consuetudinario que hubiese afectado adversamente la inversión del demandante, el gobierno de Estados Unidos podría haber tenido el derecho de adoptar una reclamación a nombre del demandante. Jamás se ha adoptó una reclamación de ese tipo; ni antes ni después de la entrada en vigor del TLCAN.

229. La sección B del capítulo XI creó un nuevo recurso para nuevas obligaciones jurídicas del derecho internacional convencional, adoptadas por cada una de las Partes del TLCAN

230. La sección A entró en vigor el 1 de enero de 1994, junto con la sección B y el resto del TLCAN. Ninguna disposición de la sección A establece o sugiere que una Parte hubiese adquirido obligaciones del derecho internacional convencional frente a los inversionistas de las otras Partes, antes de que éstas entraran en vigor.

231. No obstante, el demandante, pretende utilizar la noción de una "violación continua" para reclamar una compensación por la supuesta incapacidad de CEMSA de obtener devoluciones del IEPS antes del 1 de enero de 1994.

232. Aunque un inversionista de otra Parte puede reclamar una compensación (sujeto al cumplimiento con la sección B, incluido el término de prescripción) por violaciones de la sección A ocurridas después de la entrada en vigor del TLCAN, independientemente de que se trate de "nuevas" medidas, o medidas que hayan continuado, convirtiéndose así en violaciones de la sección A una vez que el TLCAN entró en vigor, el capítulo XI no da derecho a un inversionista de otra Parte a reclamar una compensación por "pérdidas o daños sufridos en virtud... o a consecuencia de" una obligación de la sección A antes de que tal obligación haya nacido.

233. Esto aplica igualmente a las medidas que las Partes del TLCAN se propusieron eliminar conforme al artículo 1108 (Reservas y excepciones).

234. La pregunta entonces subsiste: ¿de qué medidas previas al TLCAN podría el demandante reclamar, si es que las hay, que pudiese decirse que han "continuado" después de la entrada en vigor del TLCAN y que pudieran constituir la base de una reclamación por pérdidas o daños ocasionados a consecuencia de la continuidad de tales medidas, de poder interpretarse que constituyen una violación de la sección A¹²⁸?

235. El Escrito Inicial evade esta pregunta. En su lugar, pretende caracterizar la conducta del demandante previa al TLCAN como "acciones ilegales", que continuaron después del 1 de enero de 1994, que "constituyen un curso continuo de conducta en violación de la ley internacional pública [sic] y TLCAN", respecto de las cuales "[e]l demandante tiene el derecho a buscar [sic] los daños y perjuicios para estas violaciones"¹²⁹.

128. Sujeto, por supuesto, al cumplimiento con la sección B, incluido el término de prescripción de tres años para presentar la reclamación.

129. Escrito Inicial, párrafo 76.

236. En consecuencia, es necesario revisar las partes pertinentes de las dos declaraciones del demandante —los párrafos 4 al 14 de su primera declaración (presentada con la notificación de arbitraje) y los párrafos 14 al 23 de su segunda declaración (presentada en apoyo de su Escrito Inicial)— para determinar cuáles eran estas medidas previas al TLCAN, y si cualquiera de ellas se convirtió en una violación de alguna obligación de la sección A después de la entrada en vigor del TLCAN.

237. En su segunda declaración, el demandante alega que la SHCP “cerró” el negocio de exportación de cigarros de CEMSA en dos ocasiones previo a la entrada en vigor del TLCAN:

- a) Primero, en 1991, cuando la SHCP “llevaron a cabo medidas administrativas... para negar las devoluciones del IEPS para exportaciones en noviembre de 1990 y para cerrar cualquiera más exportaciones por CEMSA”; y
- b) segundo, entre 1993 y 1995, cuando la SHCP “paró de hacer las devoluciones del IEPS a CEMSA”.

a. El primer supuesto “Cierre”

238. Caracterizado de manera objetiva, el primer “cierre” del negocio de exportaciones de cigarros de CEMSA fue el resultado de una controvertida interpretación de la Ley del IEPS que estuvo en vigor en 1991. El demandante alega que a CEMSA se le debían casi 100,000 dólares por las devoluciones del IEPS solicitadas en ese año¹³⁰. El demandante recurrió a los tribunales nacionales, lo cual dio lugar a la sentencia de amparo de 1993 a favor de CEMSA. Conforme a su propio testimonio, había coincidencia y satisfacción¹³¹.

239. Incluso si pudiese argumentarse que el supuesto retraso de la SHCP en el pago a CEMSA lo que se le debía conforme a la sentencia de amparo de 1993 se convirtió en una violación del TLCAN a partir del 1 de enero de 1994, solamente pudo haber “continuado” por tres meses (hasta marzo o abril de 1994), cuando SHCP pagó a CEMSA una cantidad que el demandante aceptó en satisfacción de las devoluciones que se le debían por cigarros exportados en 1991.

240. Una supuesta demora en el pago de las devoluciones “ordenadas” por la sentencia de amparo de 1993, no puede constituir una violación del derecho internacional o un de la sección A del capítulo XI. Dejando esto de lado, sin embargo, el punto central es SHCP pagó una cantidad aceptable al demandante en febrero de 1994, y que no instauró una demanda por lo que consideró ser una diferencia en su contra.

130. Primera Declaración del Sr. Feldman, párrafo 4

131. El demandante manifiesta que CEMSA aceptó la cantidad pagada por la SHCP en marzo o abril de 1994, no obstante que solamente era el 70% de las devoluciones del IEPS que efectivamente se le debían en ese momento, en lugar de resolver ese asunto ante los tribunales nacionales. Véase Primera Declaración del Sr. Feldman, párrafo 10.

b. El segundo supuesto "Cierre"

241. Caracterizado objetivamente según el testimonio del propio demandante, los sucesos de 1993 a 1995 describen un período durante el cual CEMSA ganó una sentencia que resultó en el pago de una cantidad que aceptó en satisfacción de sus reclamaciones pendientes por las devoluciones del IEPS (descrita anteriormente), y un período adicional durante el cual el demandante cabildeó a funcionarios de la SHCP para resolver la incapacidad de CEMSA de convencer a Cigatam para que le emitiera facturas que expresaran el IEPS por separado —esfuerzos que, según el demandante, resultaron en las seguridades de que CEMSA recibiría el pago de devoluciones del IEPS por futuras exportaciones de cigarros. El demandante alega que, apoyándose en estas afirmaciones, CEMSA reanudó sus exportaciones de cigarros en mayo de 1996, casi un año después.

242. Ninguna "medida" adoptada por la demandada en relación con estos sucesos podría interpretarse debidamente como una violación del capítulo XI. No hay hechos que soporten una reclamación por denegación de trato nacional, ni podrían interpretarse como una de expropiación —no hubo negocio de exportaciones de cigarros capaz de ser expropiado entre 1993 y 1995. Salvo por de las supuestas "exportaciones de prueba" del demandante en 1994, que resultaron en una devolución del IEPS de menos de 150 dólares¹³², CEMSA no exportó cigarros ni solicitó devoluciones del IEPS durante ese período.

243. La única obligación sustantiva que posiblemente pudiese aplicar a las circunstancias descritas por el propio demandante, es el artículo 1105. Sin embargo, incluso si el demandante pudiese establecer que (i) la SHCP tuvo una obligación positiva y la facultad conforme a la Ley del IEPS para obligar a Cigatam a emitir facturas con el IEPS desglosado; y (ii) que su omisión de aplicar la ley del IEPS a favor de CEMSA equivaldría a una "denegación de justicia" conforme al derecho internacional, el demandante no podría alegar una violación del artículo 1105, porque éste no aplica a medias tributarias.

2. Pertinencia de las supuestas violaciones previas al TLCAN relativas a reclamaciones que pudieran ser admitidas en este procedimiento

a. La nueva reclamación de "expropiación progresiva" que culminó en medidas adoptadas a finales de 1997

244. El demandante señala en su segunda declaración que la SHCP "cerró" el negocio de exportaciones de cigarros CEMSA —por tercera ocasión— cuando se rehusó a pagar las devoluciones solicitadas por los meses de octubre y principios de noviembre de 1997.

245. El Escrito Inicial describe al tercer "cierre" de la siguiente manera:

...hechos y circunstancias que fechan atrás de 1990 demuestran una campaña sostenida por oficiales mayores mexicanos para dejar CEMSA fuera del negocio de exportación de

132. Primera Declaración del Sr. Feldman, párrafo 11 (1,332 pesos).

cigarros por manipulación ilegal y discriminatoria de la ley del impuesto del IEPS que culminó en las medidas tomadas por la Demandada en 1997 para cerrar el negocio de exportación de cigarros de CEMSA por la tercera vez¹³³

....

...es indiscutible que las medidas de la Demandada después de esa fecha (30 de abril de 1996) son parte de una disputa entre las partes sobre la exportación de cigarros por CEMSA que fecha atrás de 1991. Cada episodio de esa disputa larga se relaciona a los otros, y la conducta de la Demandada forma un modelo de “expropiación progresiva” culminando en la última extinción del negocio de exportación de cigarros de CEMSA en la tarde de 1997.¹³⁴ [énfasis propio]

246. Habiendo revisado los dos “episodios” anteriores que el demandante alega fueron parte de una larga disputa —el primer “cierre” que resultó en el pago de las cantidades que se le debían por concepto de devoluciones del IEPS solicitados en 1991, y el segundo “cierre” que según el demandante resultó en un acuerdo que le autorizaba a obtener las devoluciones del IEPS por sus exportaciones de cigarros— es difícil concebir cómo es que pueden demostrar “una campaña sostenida por oficiales mayores [sic] mexicanos para dejar a CEMSA fuera del negocio de exportación de cigarros por manipulación ilegal y discriminatoria de la ley del impuesto [sic] del IEPS”.

247. Hasta donde la demandada tiene conocimiento, el tema de la “expropiación progresiva” sigue siendo objeto de discusión y de debate académicos. Sin embargo, es difícil imaginar que los hechos aquí presentados pueden concebirse como una serie de medidas hostiles que “culminó en las medidas tomadas por la Demandada en 1997 para cerrar el negocio de exportación de cigarros de CEMSA por la tercera vez”.

248. Más importante, sin embargo, es la continua omisión del Escrito Inicial de señalar qué “medidas” se alega que fueron tomadas, o cómo es que tales medidas equivalen a una violación de la sección A del capítulo XI.

249. El escrito presentado por el demandante a las autoridades competentes de conformidad con el artículo 2103(6) argumentó que tres medidas habían resultado en la expropiación de CEMSA:

- a) la supuesta negativa de México de implementar la decisión de la Suprema Corte de Justicia de 1993 a favor de CEMSA, relativa a las devoluciones de ciertos impuestos especiales sobre la venta de cigarros;
- b) la negativa de México de otorgar devoluciones de impuestos a CEMSA por supuestas exportaciones de cigarros en octubre y noviembre de 1997; y

133. Escrito inicial, párrafo 46.

134. Escrito inicial, párrafo 63.

- c) las reformas de México a la legislación aplicable, en vigor a partir del 1 de enero de 1998, que limitan la disponibilidad de ciertos impuestos especiales a aquéllos que compran cigarros en la “primera enajenación” de cigarros en México.

250. El *Assistant Deputy Secretary* del Departamento del Tesoro de Estados Unidos coincidió en que la tercera medida, la modificación a la ley del IEPS de 1998, no constituye una expropiación conforme al artículo 1110, y advirtió que “no debe hacerse inferencia alguna sobre su opinión o las opiniones del gobierno de Estados Unidos relativas a las primeras dos medidas”.

251. Considerando (i) la posición del demandante cuando sometió su reclamación a la consideración de las autoridades competentes, (ii) sus declaraciones públicas contemporáneas según las evidencian los anuncios que publicó en el diario *Reforma* en diciembre de 1997; y (iii) sus continuas declaraciones públicas, evidenciadas por el contenido del sitio de Internet de CEMSA “¿Qué es el equivalente a la expropiación de CEMSA?”¹³⁵, no le está permitido al demandante argumentar que su reclamación de “expropiación progresiva” culminó en algo más que en una modificación a la ley del IEPS de 1998.

252. Más aún, al alegar que había una serie de medidas que culminaron “en las medidas tomadas por la demandada en 1997 para cerrar el negocio de exportación de cigarros de CEMSA por tercera vez”, debe concluirse, lógicamente, que el demandante concede que ninguna de las medidas anteriores de las cuales se queja —cualesquiera que fueren— equivalieron a una expropiación conforme al artículo 1110.

253. Con base en el caso que el demandante ahora presenta, la demandada por consiguiente sostiene que el demandante pretende iniciar:

- a) una reclamación de expropiación basada en la medida que las autoridades competentes han determinado, de conformidad con el artículo 2103(6), que “no constituye una expropiación”; o
- b) una nueva reclamación por expropiación basada en la aplicación de una medida (o medidas) tributaria que no refirió a las autoridades competentes para una determinación, según lo requiere el artículo 2103(6).

254. La demandada respetuosamente sostiene que, en cualquier caso, la reclamación como ahora ha sido presentada no es admisible en este procedimiento, y el Tribunal no tiene competencia para resolverla.

255. El artículo 2103(6) es de observancia obligatoria. Estipula que: “El inversionista turnará el asunto, al momento de hacer la notificación a que se refiere el Artículo 1119 ‘Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje’, a las autoridades competentes señaladas en el anexo 2103.6, para que dicha autoridad determinen si la medida no constituye una expropiación” y que “ningún inversionista podrá invocar... [el artículo 1110] como fundamento de una reclamación, hecha en virtud del Artículo 1116 u [sic] 1117, cuando se haya determinado... que la medida no constituye una expropiación”.

135. Anexo 7. <http://tantamount.tripod.com/espanol.html>

b. Las reclamaciones admisibles

256. Dos reclamaciones de "expropiación" concebiblemente son admisibles en este procedimiento:

- a) la supuesta negativa de la SHCP, después de la entrada en vigor del TLCAN, de implementar una decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 1993 en favor de CEMSA, relativa a la devolución de impuestos especiales a las ventas de cigarros; y
- b) la negativa de la SHCP de otorgar devoluciones de impuestos especiales a CEMSA por las supuestas exportaciones de cigarros en octubre y noviembre de 1997.

257. Las reclamaciones de conformidad con el artículo 1105 no son admisibles por la simple razón de que el artículo 1105 no aplica a las medidas tributarias¹³⁶.

258. No se ha sometido debidamente una reclamación a arbitraje conforme al artículo 1102. Sin embargo, incluso si se admitiera ahora, no requiere ser considerada para efectos de determinar la pertinencia de sucesos previos al TLCAN. Los nuevos alegatos del demandante relativos a "Mercados" se relacionan con eventos que supuestamente ocurrieron en 1999 y 2000, y no tienen conexión plausible con las supuestas violaciones ocurridas entre 1991 y 1994.

c. Expropiación derivada de la supuesta omisión de implementar un amparo de 1993

259. Como se discutió anteriormente, el testimonio del propio demandante rechaza la hipótesis de que hubo una expropiación del "negocio de exportación de cigarros de CEMSA" previo a la entrada en vigor del TLCAN, o durante el periodo 1993 a 1995, según lo describe, o en cualquier momento previo a que CEMSA comenzara a exportar cigarros en mayo de 1996. En cualquier caso, con base en su propio testimonio, la sentencia de amparo de 1993 se implementó en junio de 1995, cuando funcionarios de la SHCP supuestamente acordaron que CEMSA podría reiniciar exportación de cigarros y recibir devoluciones del IEPS.

260. La demandada sostiene que, como no hay una reclamación plausible de expropiación de acuerdo con los hechos en relación con la supuesta omisión de la SHCP de implementar la

136. En la notificación de arbitraje, el demandante pretende introducir "por la puerta trasera" una reclamación por denegación de trato justo y equitativo, argumentando que el artículo 1105 aplica a medidas tributarias, puesto que el artículo 1110 (1)(c) refiere al artículo 1105 (1). El argumento es especioso. El artículo 1110(1) lista cuatro requisitos que cada Parte debe cumplir, si deseara expropiar una inversión de un inversionista de otra Parte, de una manera compatible con el artículo 1110, siendo la más importante el pago de una compensación por la cantidad y sujeto a las formalidades prescritas. El requisito de que sea "con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1)" no crea una obligación independiente que pueda ser reintroducida cuando la aplicación del artículo 1105 ha sido excluida respecto de ciertas medidas específicas. Es un requisito que sólo puede servir para justificar una expropiación, y no tiene aplicación en este caso. La demandada no ha invocado su derecho de expropiar conforme al artículo 1110. El demandante alude a esta argumentación, pero no intenta justificarlo en el párrafo 25 de su Escrito Inicial.

sentencia de amparo de 1993, y puede haber una reclamación admisible de conformidad con el artículo 1105, la pregunta de cómo o por qué la sentencia de amparo de 1993 fue interpretada e implementada —o no implementada, como alega el demandante— no es pertinente al sustento de cualquiera de las reclamaciones cuya discusión subsista y que pedan admitirse debidamente.

d. Expropiación por motivo de la denegación de devoluciones del IEPS en octubre y noviembre de 1997

261. La reclamación de que la negativa de efectuar devoluciones específicas del IEPS podría dar lugar a la expropiación de la cantidad debida es insostenible, puesto que la definición de “inversión” del capítulo XI expresamente excluye “reclamaciones pecuniarias” que no involucran la clase de intereses señalados en los incisos (a) al (h) de esa definición, ninguno de los cuales aplican a la devolución de impuestos. El artículo 1110 aplica sólo a la expropiación de una “inversión” de un inversionista de otra Parte, en este caso la empresa CEMSA. Si la propiedad expropiada no cae dentro del significado de “inversión”, entonces el artículo 1110 no es aplicable.

262. El demandante ahora alega, en su segunda declaración, que la denegación de devoluciones del IEPS por el mes de octubre y principios de noviembre de 1997 “cerraron” el negocio de exportación de cigarros de CEMSA por tercera y última ocasión, como si la negativa de devoluciones fuese la medida expropiatoria.

263. Ahora omite referirse a las reformas a la Ley del IEPS de 1998 que las autoridades competentes han determinado que no constituyen una expropiación, no obstante sus protestas públicas de que las reformas a la ley pusieron fin a la posibilidad de que CEMSA pudiera exportar cigarros de manera rentable.

264. Incluso si el demandante pudiese plantear un caso plausible de que la denegación de devoluciones del IEPS a CEMSA por parte de SHCP por los meses de octubre y noviembre de 1997 fuese una medida “equivalente a la expropiación” de CEMSA (no sólo las devoluciones en sí mismas), las supuestas violaciones al TLCAN previas al TLCAN, al derecho internacional o a la legislación doméstica, no podrían tener ninguna relevancia sobre el asunto.

265. La pregunta que el Tribunal debe responder es simplemente si las medidas reclamadas —la denegación de las devoluciones a CEMSA por los meses de octubre y noviembre de 1997— fueron medidas equivalentes a la expropiación de la inversión de un inversionista de otra Parte conforme al significado del artículo 1110.

266. La demandada sostiene que la vía legal apropiada disponible al demandante es ante el Tribunal Fiscal de la Federación.

PARTE IV: REMEDIO

A. Respuesta a las cuestiones preliminares

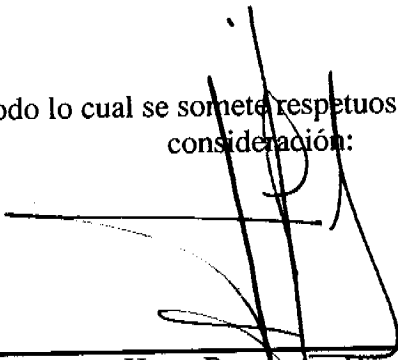
267. La demandada sostiene que el Tribunal debe responder a las cuestiones preliminares del siguiente modo:

- a) el demandante, como residente permanente de México, no es un inversionista de otra Parte para los efectos del TLCAN y, en consecuencia, carece de legitimidad procesal para someter esta reclamación a arbitraje;
- b) el demandante no ha presentado un "punto de reclamación" en este procedimiento arbitral, relativo a una supuesta violación del artículo 1102 del TLCAN que ahora pretende hacer valer;
- c) el demandante no puede someter una reclamación adicional, o modificar su reclamación sobre la base de la supuesta violación al artículo 1102 del TLCAN, que ahora pretende hacer valer;
- d) de manera alternativa, el demandante podría someter una reclamación adicional basada en una supuesta violación al artículo 1102 del TLCAN sólo si primero cumple sustancialmente con los artículos 1119, 1120, 1121, en la forma descrita en el párrafo 183 de este escrito de contestación;
- e) la demandada puede oponer una excepción de prescripción respecto a cualquier medida basada en medidas tomadas o sucesos ocurridos antes del 30 de abril de 1996, y no tiene un impedimento para oponerla;
- f) el demandante no tiene derecho para hacer valer una reclamación por pérdidas o daños supuestamente ocurridos antes de la entrada en vigor del TLCAN; y
- g) no se ha demostrado que las supuestas violaciones al TLCAN, al derecho internacional general y a la legislación doméstica, ocurridas antes de la entrada en vigor del TLCAN, o entre el 1 de enero de 1994 y el 30 de abril de 1994, son pertinentes para sustentar la reclamación o las reclamaciones que son admisibles en este procedimiento.

B. Instrucciones ulteriores relativas a las solicitudes para el suministro de documentos

268. La demandada hará observaciones adicionales relativas a la forma y el alcance debidos de las solicitudes futuras para el suministro de documentos y presentación de testigos, y sobre las instrucciones del Tribunal que puedan asistir a las partes en la conducción ordenada y eficiente de este procedimiento.

Todo lo cual se somete respetuosamente a su
consideración:



Hugo Perezcano Díaz
Consultor Jurídico y Representante Legal
de la parte demandada,
Los Estados Unidos Mexicanos