

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

GAMI INVESTMENTS, INC.
DEMANDANTE

C.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
DEMANDADA

**ESCRITO DE LOS ESTADOS UNIDOS
MEXICANOS
SOBRE EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA**

CONSULTOR JURÍDICO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS:
Hugo Perezcano Díaz

ASISTIDO POR:
Secretaría de Economía
Luis Alberto González García

Thomas & Partners
J. Cameron Mowatt

Shaw Pittman LLP
Stephan E. Becker
Sanjay Mullick

Índice

A.	Introducción.....	1
B.	Los hechos en los que se basa la excepción de incompetencia	3
C.	Las reglas de interpretación aplicables al TLCAN.....	3
D.	El derecho internacional consuetudinario distingue entre una empresa y sus accionistas, quienes tienen personalidad jurídica distinta entre sí	4
E.	Las condiciones del TLCAN para promover un arbitraje inversionista-Estado.....	7
1.	El TLCAN no permite que una empresa presente una reclamación internacional en contra del Estado de su nacionalidad	8
2.	En ciertas circunstancias el TLCAN permite que se presente una reclamación en contra de una Parte, en representación de una empresa de esa Parte	8
3.	Si un inversionista de una Parte no detenta la propiedad o el control de una empresa de otra Parte, su derecho a demandar se limita al artículo 1116	11
F.	Las reclamaciones de este caso.....	13
G.	El Escrito de Demanda	15
H.	Las reclamaciones al artículo 1105	16
I.	La reclamación de violación al artículo 1102.....	20
J.	El alegato de que México expropió los intereses de GAMI es contrario al artículo 1110....	21
K.	El supuesto daño resultante de la expropiación de los cinco ingenios no ha ocurrido	22
L.	Un acuerdo entre GAM y GAMI para mantener esta reclamación otorgaría una base distinta para objetar la jurisdicción del Tribunal	23
M.	Solicitud de audiencia y escritos conforme al artículo 1128	24
N.	Petición.....	24

A. Introducción

1. De conformidad con el artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (el "Reglamento de Arbitraje") y la Orden de Procedimiento No. 1 de fecha 31 de enero de 2003, el gobierno de México respetuosamente presenta esta excepción de incompetencia del Tribunal.

2. Las excepción se basa en el hecho de que GAMI Investments, Inc. ("GAMI" o la "demandante") no ha identificado una medida relativa a GAMI como inversionista de otra Parte ni a la inversión identificada, consistente en la tenencia del 14.18% de las acciones de Grupo Azucarero Mexicano S.A. de C.V. ("GAM"). Lo que la demandante en efecto pretende es presentar una reclamación por supuestos daños sufridos por GAM, una empresa mexicana, propiedad de inversionistas mexicanos, quienes también la controlan, y en la que GAMI sólo detenta una participación minoritaria. La demandante pretende ejercitar una acción derivada, que se basa en medidas aplicables a GAM o sus subsidiarias, no a sus accionistas. GAMI carece de legitimidad procesal para ello.

3. La pretención de GAMI es incompatible con las reglas del derecho internacional consuetudinario reflejadas en la sección B del capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (el "TLCAN"), y con la propia sección B, en la medida que ésta modifica las reglas del derecho internacional consuetudinario.

4. La competencia de los tribunales arbitrales se basa en el consentimiento de las partes al sometimiento de la reclamación a arbitraje¹:

El arbitraje es un proceso consensual. Ello significa que..., como sus facultades derivan del acuerdo de arbitraje, los árbitros deben respetar el mandato de las partes sobre el alcance de la materia que está dentro de su misión...²

5. Redfern y Hunter lo señalan en los siguientes términos: "Un tribunal sólo puede determinar válidamente aquellas disputas que las partes han acordado que debe resolver", por lo que "el tribunal debe tener cuidado de actuar dentro de los términos de esa autoridad" y "no debe exceder los límites de su jurisdicción"³.

6. En el TLCAN el consentimiento de una Parte del tratado a un arbitraje instaurado conforme a la sección B del capítulo XI está dado en los términos del artículo 1122, conforme al cual: "Cada una de las Partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en el Tratado". De tal manera, la competencia del Tribunal está

1. El tribunal en el caso *Waste Management c. los Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2), señaló: "Los elementos esenciales que componen la institución del arbitraje son la existencia de un conflicto de intereses y un acuerdo de voluntades o un mandato legal, en virtud del cual se origina la constitución del Tribunal de Arbitraje" (§16).

2. Reisman, Craig y Paulsson: *International Commercial Arbitration Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes*. The Foundtaion Press, (New York, 1997), p. 1174.

3. Redfern y Hunter: *Law and Practice of International commercial Arbitration*. Sweet and Maxwell (London, 1999), p. 260.

limitada por los términos del tratado, que establecen los límites del consentimiento de México para someterse al arbitraje previsto en la sección B del capítulo XI. Estos límites, por tanto, también determinan la competencia del Tribunal.

7. El Tratado no permite que un inversionista presente una reclamación por supuestos daños sufridos por una empresa que es nacional del Estado demandado, y que es propiedad o está controlada por nacionales de México. Las reglas del derecho internacional consuetudinario tampoco lo permiten.

8. México no consintió y no consiente en someter a arbitraje conforme capítulo XI del TLCAN reclamaciones derivadas, por medidas relativas a empresas mexicanas que son propiedad y están controladas por mexicanos —en este caso, GAM— y que, si acaso, podría presentar 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” (artículo 1117(1) del TLCAN).

9. Según se explica con mayor detalle más adelante, GAMI pretende extender los límites de la competencia del Tribunal. El gobierno de México respetuosamente sostiene que el Tribunal debe abordar la excepción de incompetencia planteada por México en forma preliminar, y desechar las reclamaciones de GAMI por supuestas violaciones de México a los artículos 1102, 1105 y 1110 del TLCAN, por las siguientes razones:

- Primero, la demandante no ha identificado una medida relacionada con la inversión que realizó en México. En ningún caso las medidas reclamadas se refieren a la tenencia minoritaria de acciones de GAMI en GAM, sino que se trata de la regulación aplicable a un sector particular en el que participó GAM como empresa mexicana, y diversos ingenios de los que ésta era propietaria, todos los cuales estaban bajo su control
- Segundo, la demandante pretende hacer valer un derecho que, si acaso, podría tener 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”; pero el tratado no establece derechos a favor de GAM, al ser ésta una empresa mexicana, que es propiedad de inversionistas mexicanos y que está bajo el control de éstos, y tampoco establece derechos a favor de los accionistas mayoritarios de GAM.

10. La demandada respetuosamente sostiene que el Tribunal carece de competencia para conocer y resolver sobre las reclamaciones que la demandante ha presentado en este procedimiento. En consecuencia, debe desechar la reclamación en su totalidad. La demandada ha identificado otras excepciones *ratione temporis* y *ratione materiae* a la competencia de este Tribunal, que serían pertinentes si decidiera que tiene jurisdicción sobre cualesquiera de las reclamaciones presentadas por la demandante en este procedimiento⁴. Sin embargo, la excepción que ahora somete al Tribunal se refiere a la reclamación en su totalidad.

4. En tal virtud, presentaría esas otras excepciones en su escrito de contestación a la demanda, de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje. Al respecto, la demandada desea precisar que, contrario a lo que GAMI afirma en su carta del 13 de marzo de 2003, el gobierno de México tiene pleno derecho de hacer valer sus excepciones de conformidad con el artículo 21(3) del Reglamento de Arbitraje, y que en ningún momento ha renunciado a él.

B. Los hechos en los que se basa la excepción de incompetencia

11. Únicamente para los propósitos de la excepción de incompetencia que opone en este escrito, el gobierno de México no disputa los hechos invocados en el Escrito de Demanda. Los hechos en los que esta excepción se sustenta pueden expresarse en forma simple y concisa:

- El gobierno de México expropió determinados ingenios azucareros, incluidos cinco ingenios propiedad de GAM⁵.
- Cada uno de los ingenio propiedad de GAM tenía personalidad jurídica propia e independiente de GAM y de los otros ingenios. GAM era la propietaria cada de uno de esos ingenios, y la que detentaba el control de los mismos⁶.
- Durante todo el período relevante, el Sr. Juan Gallardo Thurlow, un nacional de México, era directa o indirectamente el propietario del 65% de las acciones de GAM, y quien detenta el control de esta sociedad⁷.
- Otros nacionales de México tenían acciones de GAM.
- GAMI no detenta directa ni indirectamente la propiedad ni el control de GAM. GAMI tampoco tenía interés jurídico alguno en cualquiera de los cinco ingenios de GAM⁸.
- GAMI sólo detenta un interés minoritario en GAM, consistente en la titularidad del 14.18% de las acciones de ésta⁹. Ésta es la inversión protegida por el capítulo XI del TLCAN que realizó en el territorio de México.

12. GAMI promueve esta reclamación por cuenta propia conforme al artículo 1116. Alega que la demandada ha violado sus obligaciones establecidas en la sección A del capítulo XI, y que ha sufrido pérdidas o daños en virtud o a consecuencia de esas violaciones.

13. La demandada sostiene que GAMI no ha identificado una medida que constituya una violación de las obligaciones que en el TLCAN México asumió a favor de la inversión de GAMI, por lo que la reclamación debe ser desechada.

C. Las reglas de interpretación aplicables al TLCAN

14. El artículo 102(2) del TLCAN dispone:

Las Partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este Tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1 y de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional.

5. Véase el Escrito de Demanda, párrafo 17.

6. Id., párrafo 20.

7. Id., párrafo 19.

8. Id., párrafo 11.

9. Ibid.

15. En forma similar, el artículo 1131(1) prevé:

Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional

16. Al interpretar el TLCAN, el Tribunal debe aplicar las reglas de derecho internacional público, contenidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la "Convención de Viena"), que dispone:

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.

17. El contexto del tratado comprende, además de su texto, su preámbulo y anexos, así como todo acuerdo celebrado por las Partes con motivo de la celebración del tratado, y todo instrumento elaborado por una o más Partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como un instrumento referente al tratado¹⁰.

18. El artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena dispone que, juntamente con el contexto del tratado, habrá de tenerse en cuenta "toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes".

19. De tal manera, con base en las referencias de los artículos 102 y 1131 a "las reglas aplicables del derecho internacional" el Tribunal debe aplicar las disposiciones del TLCAN así como las reglas del derecho internacional consuetudinario relativas a la interpretación y aplicación del TLCAN.

D. El derecho internacional consuetudinario distingue entre una empresa y sus accionistas, quienes tienen personalidad jurídica distinta entre sí

20. Es un principio bien establecido del derecho internacional consuetudinario que las empresas tienen una personalidad jurídica independiente de la de sus accionistas. En el caso *Barcelona Traction*, la Corte Internacional de Justicia determinó que Bélgica no tenía legitimidad procesal para presentar una reclamación en contra de España, por la supuesta expropiación de activos de una empresa canadiense cuyos accionistas eran mayoritariamente de nacionalidad belga. La Corte determinó que los accionistas belgas no tenían derecho a reclamar por supuestos daños a los derechos de la empresa; si la empresa sufría daños, sólo la empresa podría reclamarlos. Toda vez que la empresa *Barcelona Traction Light & Power Company, Limited* se constituyó en Canadá, era una empresa canadiense, y sólo Canadá tenía el derecho de adoptar, por la vía de la interposición diplomática, la reclamación de la empresa en el plano internacional.

21. La decisión de la Corte sobre la legitimidad procesal se sustentó en principios jurídicos fundamentales. El derecho de la protección diplomática (del cual derivan las normas que rigen

10. Véase los artículos 31(2) y (3) de la Convención de Viena.

los procedimientos internacionales inversionista-Estado) difiere de otras áreas del derecho internacional donde, dada la importancia de los derechos tutelados, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección. se trata de derechos *erga omnes*. Sin embargo, ello no es así en el caso de la protección a los extranjeros o sus propiedades. La Corte lo advirtió en el párrafo 35 de su sentencia:

35. *Obligations the performance of which is the subject of diplomatic protection are not of the same category [as obligations erga omnes]. It cannot be held when one such obligation in particular is in question, in a specific case, that all States have a legal interest in its observance. In order to bring a claim in respect of the breach of such an obligation, a State must first establish its right to do so, for the rules on the subject rests on two suppositions:*

The first is that the defendant State has broken an obligation towards the national state in respect of its nationals. The second is that only the party to whom in international obligation is due can bring a claim in respect of its breach. (Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, pp. 181-182.)¹¹

[Énfasis propio]

22. De tal manera, la Corte concluyó:

35. *... In the present case it is therefore essential to establish whether the losses allegedly suffered by Belgian shareholders in Barcelona Traction were the consequence of the violation of obligations of which they were the beneficiaries. In other words: has a right of Belgium been violated on account of its nationals' having suffered infringement of their rights as shareholders in a company not of Belgian nationality?*

36. *Thus it is the existence or absence of a right, belonging to Belgium and recognized as such by international law, which is decisive for the problem of Belgium's capacity.*¹²

[Énfasis propio]

23. En relación con el derecho municipal, la Corte declaró:

41. *Municipal law determines the legal situation not only of such limited liability companies but also of those persons who hold shares in them. Separated from the company by numerous barriers, the shareholder cannot be identified with it. The concept and structure of the company are founded on and determined by a firm distinction between the separate entity of the company and that the shareholder, each with a distinct set of rights. The separation of property rights as between company and shareholder is an important manifestation of this distinction. So long as the company is in existence the shareholder has no right to the corporate assets.*

11. Caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, (Bélgica c. España), 1970 C.I.J. 3, p. 32, párrafo 35.

12. Id.

42. It is a basic characteristic of the corporate structure that the company alone, through its directors or management acting in its name, can take action in respect of matters that are of a corporate character. The underlying justification for this is that, in seeking to serve its own best interests, the company will serve those of the shareholder too. Ordinarily, no individual shareholder can take legal steps, either in the name of the company or his own name. If the shareholders disagree with the decisions taken on behalf of the company they may, in accordance with its articles or the relevant provisions of the law, change them or replace its officers, or take such action as is provided by law. Thus to protect the company against abuse by its management or the majority of shareholders, several municipal legal systems have vested in shareholders (sometimes a particular number is specified) the right to bring an action for the defence of the company, and conferred upon the minority of shareholders certain rights to guard against decisions affecting the rights of the company vis-à-vis its management or controlling shareholders. Nonetheless the shareholders' rights in relation to the company and its assets remain limited, this being, moreover, a corollary of the limited nature of their liability.¹³

[Énfasis propio]

24. La Corte estableció, como una cuestión jurídica:

44. *Notwithstanding the separate corporate personality, a wrong done to the company frequently causes prejudice to shareholders. But the mere fact that damage is sustained by both company and shareholder does not imply that both are entitled to claim compensation. Thus no legal conclusion can be drawn from the fact that the same event caused damage simultaneously affecting several natural or juristic persons... Thus whenever a shareholder's interests are harmed by an act done to the company, it is to the latter that he must look to institute appropriate action; for although two separate entities may have suffered from the same wrong, it is only one entity whose rights have been infringed.*¹⁴

[Énfasis propio]

25. La Corte resolvió de esta forma el argumento de que las medidas reclamadas, que habían sido adoptadas en relación con *Barcelona Traction* causándole un perjuicio directo, constituyeron también un acto ilegal, puesto que causaron también daño, aunque indirectamente, a los accionistas belgas¹⁵. La Corte desechó el argumento:

46. *... This again is merely a different way of presenting the distinction between injury in respect of a right and injury to a simple interest. But, as the Court has indicated, evidence that damage was suffered does not ipso facto justify a diplomatic claim. Persons suffer damage or harm in most varied circumstances. This in itself does not involve the obligation to make reparation. Not a mere interest affected, but solely a right infringed involves responsibility.*

13. Id.

14. Id.

15. El Tribunal podrá advertir que la demandante hace el mismo argumento en este caso. Véase el Escrito de Demanda, párrafos 5, 17, 74, 81, 83, 91, 92, 95, 109, 122, 131, 134, 136, 138, y 144.

so that an act directed against and infringing only the company's rights does not involve responsibility towards the shareholders, even if their interests are affected.

47. The situation is different if the act complained of is aimed at the direct rights of the shareholder as such. It is well known that there are rights which municipal law confers upon the latter distinct from those of the company, including the right to any declared dividend, the right to attend and vote at general meetings, the right to share the residual assets of the company on liquidation. Whenever one of this direct rights is infringed, the shareholder has an independent right of action. On this there is no disagreement between the Parties. But a distinction must be drawn between a direct infringement of the shareholder's rights, and difficulties or losses to which he may be exposed as a result of the situation of the company.¹⁶

[Énfasis propio]

26. El Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga (representante de España en el caso *Barcelona Traction*) anticipó el análisis de la Corte:

...the indispensable legal basis of a valid international claim is the injury to a right and not the mere prejudice to an interest which has not yet crystallized into an actual right and which is not legally protected by remedy under municipal law. Such a basic distinction between rights and interests has been recognized in dicta of the Permanent Court and of the present International Court.

y,

... if the acts complained of are directly aimed at the corporation as such and not directed against the shareholders' own rights... then it is only the corporation as such which will be called upon to act in municipal law and the State of nationality of the corporation [is] the only one which may take up its case in international plane.¹⁷

[Énfasis propio]

E. Las condiciones del TLCAN para promover un arbitraje inversionista-Estado

27. Los Estados pueden modificar las reglas del derecho internacional consuetudinario a través de un tratado, y en ocasiones lo han hecho para otorgar a los accionistas extranjeros de empresas nacionales el derecho de presentar una reclamación internacional. La sección B del capítulo XI es un ejemplo. Sin embargo, las Partes del tratado mantuvieron la distinción que hizo la Corte Internacional de Justicia entre el daño a la empresa y el daño a los intereses de sus

16. Id., párrafos 46 y 47.

17. Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Diplomatic Protection of Shareholders in International Law*, 4 *Philippines International Law Journal*, 71 página 75 (1965).

accionistas. Por ejemplo, la Declaración de Acción Administrativa sobre la Implementación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*Statement of Administrative Action on the Implementation of the North American Free Trade Agreement*) de los Estados Unidos señala:

*Articles 1116 and 1117 set forth the kinds of claims may be submitted to arbitration: respectively, allegations of direct injury to an investor, and allegations in direct injury to an investor caused by injury to a firm in the host country that is owned or controlled by the investor. In both cases, investors may bring claims where the injury results from an alleged breach of Section A...*¹⁸

[Énfasis propio]

1. **El TLCAN no permite que una empresa presente una reclamación internacional en contra del Estado de su nacionalidad**

28. La sección B del capítulo XI admite las reclamaciones internacionales en circunstancias bien definidas. Congruente con las reglas reconocidas del derecho internacional consuetudinario, en ninguna circunstancia puede una empresa de una Parte presentar una reclamación internacional en contra del Estado de su nacionalidad. El artículo 1117(4) dispone con absoluta claridad: "una inversión no podrá presentar una reclamación conforme a esta sección".

2. **En ciertas circunstancias el TLCAN permite que se presente una reclamación en contra de una Parte, en representación de una empresa de esa Parte**

29. El artículo 1117(1) permite que, en circunstancias específicas, se presente una reclamación derivada en nombre de una empresa que es una persona moral del Estado receptor de la inversión. Un inversionista de una Parte podrá presentar una reclamación en representación de una empresa de otra Parte, si la empresa es una persona moral, y el inversionista detenta la propiedad o el control de la empresa, ya sea directa o indirectamente¹⁹. Cuando se promueve una reclamación de este tipo, de acuerdo con el artículo 1121(2) tanto el inversionista como la empresa deben consentir en someterse al arbitraje del TLCAN, y renunciar a su derecho de reclamar daños ante otros tribunales u órganos jurisdiccionales (en contraste con una reclamación conforme al artículo 1116, en la que sólo se requiere que el inversionista otorgue el consentimiento y la renuncia). La naturaleza de la reclamación debe mantenerse durante el curso del arbitraje, y reflejarse en la reparación que pudiese otorgar el tribunal: El artículo 1135(2)

18. La Declaración de Acción Administrativa es una declaración vinculante del Ejecutivo sobre un tratado de que ha sido transmitido al Congreso de los EE.UU. para su aprobación. Si bien no es vinculante para los tribunales internacionales ni las otras Partes del TLCAN, quienes pueden diferir en sus puntos de vista u opiniones respecto a los derechos y obligaciones del TLCAN, la Declaración de Acción Administrativa es un documento contemporáneo a suscripción y aprobación del tratado, indicativo del significado que puede atribuirse a ciertas disposiciones del TLCAN. En este caso, la demandada concuerda con el párrafo citado.

19. El propósito del artículo 1117 fue permitir que un inversionista extranjero pudiera presentar una reclamación, cuando, independiente de los daños o pérdidas sufridos por él, haya sufrido daños o pérdidas una empresa de la que es propietario o que controla directa o indirectamente.

requiere que, en caso de que en una reclamación conforme al artículo 1117 el laudo le sea favorable a la empresa, la restitución de la propiedad se otorgue a la empresa”, o la “suma de dinero se pague a la empresa... sin perjuicio de cualquier derecho que cualquier persona tenga sobre la reparación conforme al derecho interno aplicable”. Esta disposición tiene por objeto preservar los derechos que los acreedores de la empresa —establecida en México— pudieren tener contra ésta conforme al derecho interno. El TLCAN claramente reconoce la distinta personalidad jurídica de la empresa y sus accionistas²⁰.

30. Las disposiciones que regulan las reclamaciones presentadas conforme al artículo 1117 reconocen que, en las Partes del TLCAN (y universalmente), la propiedad y control de una empresa confieren al accionista que los detenta los derechos más amplios sobre aquella, desde las facultades de modificar la sociedad o incluso liquidarla, hasta los de nombrar o remover a directores y ejecutivos y conducir sus políticas y administración. De tal manera, si bien los intereses del accionista y la empresa no se confunden, el TLCAN permite que el inversionista de una Parte que detenta la propiedad y control de una empresa de otra Parte pueda presentar una reclamación en nombre de ésta.

31. Según determinó la Corte Internacional de Justicia, un accionista minoritario o que de otra forma no detenta el control de la empresa, no tiene esos derechos amplios; aunque sí tiene otros: el derecho a ser notificado de la celebración de asambleas, el de votar sus acciones, participar en proporción a su tenencia accionaria en los dividendos que se declaren respecto a la clase de acciones de que sea titular, y participar en proporción a su tenencia accionaria en la distribución del haber social de la empresa en caso de liquidación. Sin embargo, un accionista minoritario no puede actuar en representación de una empresa, y sólo tiene aquellos derechos de minorías que los estatutos sociales o la ley le confieran. El TLCAN tampoco otorga un derecho de ese tipo a los accionistas minoritarios o que no detentan el control de la empresa.

32. Los inversionistas con un interés minoritario en una empresa no puede ejercer un derecho de acción sobre una reclamación derivada, es decir, no puede ejercer un derecho de acción en nombre de una empresa. Ese inversionista, entonces, sólo puede presentar una reclamación por supuestas violaciones a las disposiciones de la sección A que afecten directamente derechos establecidos en su favor, y no meramente los intereses que pudiere tener en la empresa.

33. Según lo demuestra el caso *Barcelona Traction*, entre otros, tanto en el derecho internacional como en el derecho municipal está bien establecido que un daño sufrido por una empresa no se equipara a un daño sufrido por sus accionistas²¹. En el contexto de la protección diplomática, el Dr. Jiménez de Aréchaga expresó:

It is necessary to determine, as Huber advised, whether the acts complained of have been directly and immediately on the person of the shareholder. If such acts constitute "a step directly aimed at his rights," for instance, a confiscation of shares or a law restricting participation in assemblies or collection of dividends to national shareholders, then the State of nationality of any

20. No hay una disposición semejante en el caso de reclamaciones presentadas conforme al artículo 1116, porque obviamente el interés jurídico protegido difiere del de la empresa.

21. Véase por ejemplo los casos *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers Case*, Reparation Commission USA, (1926) II R.I.A.A. 787, y *Kunhardt & Co. Case*, American-Venezuelan Commission (1903) IX R.I.A.A. 174.

individual shareholder may interpose in his favour, irrespective of the nationality of the Company

But if the acts complained of are directly aimed at the corporation as such and not directed against the shareholder's own rights --if, for instance, the property of the corporation is confiscated-- then it is only the corporation as such which will be called upon to act in municipal law and the State of nationality of the corporation the only one which may take up its case in the international plane.

As far as municipal law is concerned, this is so because all countries have established a principle of legal personality of corporations, i.e., that corporations are legal entities distinct from their members. From this principle it follows that it is not the individual shareholder of the corporation as such which is called upon to take, through the social organs, the steps in judicial remedies necessary to protect the corporation against acts or measures directed against it as a whole. Individual shareholders are bound by the obligations undertaken when joining the company, to submit, in the common interests, to those limitations upon their freedom of action which follow from the rule that only duly appointed organs of the company can represent it.²²

[Énfasis propio]

El doctrinario también manifestó:

Since International Law recognizes and accepts the principle of the distinct legal personality of corporations, it follows that the above referred concepts in respect of the legal foundation necessary for a valid international claim are entirely relevant and applicable to the case of shareholders. Thus, the injury to the rights of the corporation is not ipso facto an injury to the shareholder; the actual legal rights of the former may have been affected, but not, or not as yet, the legal rights of the latter; the shareholder may only be hurt in his natural interest in the economic prosperity of the company whose shares he has acquired.²³

[Énfasis propio]

34. Así, resulta necesario que un inversionista identifique qué interés jurídico independiente y distinto tiene del interés jurídico de una empresa que es propiedad o está controlada por otros. Sólo si hubiese un alegato de incumplimiento de una obligación del TLCAN en relación con el primero, podrá originarse una reclamación válida al amparo del TLCAN.

35. De la estructura de la sección B se desprende que, cuando se trata de una reclamación derivada, sólo puede presentarse conforme al artículo 1117. Una reclamación al amparo del artículo 1116 en ningún caso puede ser una reclamación derivada, por daños ocasionados como resultado de la supuesta violación a los derechos conferidos a favor de una empresa.

22. Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*

23. *Id.*

36. Las reglas básicas de interpretación de un tratado conforme a la Convención de Viena sustentan esta conclusión. De acuerdo con el sentido corriente de los términos del tratado en el contexto de éstos, y teniendo en cuenta su objeto y fin, sólo el inversionista de una Parte que es propietario de una empresa de otra Parte o la controla podrá reclamar que la empresa ha sufrido pérdidas o daños, en virtud de que una medida de esa otra Parte ha violado una obligación de la sección A, o como consecuencia de esa violación²⁴.

37. En el caso que nos ocupa, GAMI, un accionista minoritario de GAM, no ha identificado una medida que afecte los derechos establecidos en el TLCAN en su favor, como inversionista, que son distintos de la mera afectación a sus intereses en GAM, como consecuencia de medidas que afectan los derechos de la empresa. En este caso, además, no se trata de una reclamación que pudiere hacer valer el accionista que detenta la propiedad o el control de GAM, porque el TLCAN no establece derechos a favor de ésta, al ser una empresa mexicana, que es propiedad y está controlada por mexicanos.

38. La demandada, por tanto, sostiene que se torna más importante aún identificar precisamente el derecho del inversionista afectado. GAMI no lo ha hecho.

3. Si un inversionista de una Parte no detenta la propiedad o el control de una empresa de otra Parte, su derecho a demandar se limita al artículo 1116

39. El artículo 1116 permite que un inversionista presente una reclamación por su propia cuenta. Según ya lo expresó la demandada, el inversionista debe demostrar que sufrió pérdidas o daños "en virtud de" o "a consecuencia de" una violación a una obligación de la sección A del capítulo XI del TLCAN, establecida en su favor, como inversionista de otra Parte.

40. La postura expresada por Estados Unidos, la Parte del TLCAN de la cual GAMI es nacional, en procedimientos instaurados al amparo del TLCAN coincide con la del gobierno de México aquí. Por ejemplo, en el caso *Pope & Talbot, Inc. v Government of Canada*, Estados Unidos manifestó conforme al artículo 1128 del tratado:

2. The United States agrees with Canada that an investor that submits a claim under Article 1116—and not under Article 1117— can recover only those losses or damages proximately caused by a breach and incurred by it in its capacity as an investor. An investor that submits a claim under Article 1116—and not under Article 1117— cannot recover any losses or damages incurred by "an enterprise of another Party that is a juridical persons that the investor owns or controls directly or indirectly." NAFTA art. 1117(1).

3. Articles 1116 and 1117 of the NAFTA serve distinct purposes. Article 1116 provides recourse for an investor to recover for loss or damage suffered by it. Article 1117 permits an investor to bring a claim on behalf of an investment for loss or damage suffered by that investment.

24. Véase el artículo 1117(1) del TLCAN.

4. Where the investment is a separate legal entity, such as an enterprise, any damage to the investment will be a derivative loss to the investor, and the investor will have standing to bring a claim under Article 1117. Where the investment is not a separate legal entity, any damage to the investment will be a direct loss to the investor, and the investor will have standing to bring a claim under Article 1116.

5. When an investor files a claim under Article 1116 for direct losses suffered by it, only those losses that were sustained by that investor in its capacity as an investor are recoverable.

6. Examples of direct losses sustained by an investor in its capacity as an investor that would give rise to a claim under Article 1116 are, for example, losses suffered as a result of the investor's stockholder shares having been expropriated or losses sustained as a result of the investor having been denied its right to vote its shares in a company incorporated in the territory of another NAFTA Party.

7. Under Article 1135(2)(a) and (b), where a claim is made under Article 1117(1), the award must provide that any restitution be made, or monetary damages be paid, to the enterprise. This prevents the investor from effectively stripping away a corporate asset—the claim—to the detriment of others with a legitimate interest in that asset, such as the enterprise's creditors. [Nota de pie de página en referencia al artículo de Jiménez de Aréchaga antes referido.] Moreover, under Article 1135(2)(c), where a claim is made under Article 1117(1), the award must provide that it is made without prejudice to any person's right (under applicable domestic law) in the relief. If an investor could bring a claim under Article 1116 for losses or damages incurred by an enterprise, both Articles 1117 and 1135(2) would be rendered ineffective, contrary to the customary international law principle of effectiveness.

8. Nothing prevents an investor, in an appropriate case, from submitting claims under both Articles 1116 and 1117. For example, if a NAFTA Party violated Article 1109(1)'s requirement that "all transfers relating to an investment of an investor of another Party in the territory of the Party... be made freely and without delay," the investor might be able to claim under Article 1116 and injury stemming from interference with his right to be paid corporate dividends, and the investor might be able to claim under Article 1117 and injury relating to its enterprise's inability to make payments necessary for the day-to-day conduct of the enterprise's operations.

9. Thus, while harm to an investment may very well result in harm to the investor, this does not support the contention that—despite the plain language of the NAFTA—an investor can bring a claim under Article 1116 for loss or damage incurred by an enterprise because an enterprise is an investment. Rather, as reflected in Article 1121(1)(b), where an investor incurs loss or damage to its "interest in an enterprise" because of loss or damage incurred by that enterprise, the investor's recourse is to bring a claim under Article 1116 for the loss or damage to its "interest," and a claim under Article 1117 on behalf of the enterprise to recover for the loss or damage incurred by the enterprise.

10. *In sum, an investor can make a claim for loss or damage incurred by an enterprise only if the investor submits a claim under Article 1117 on behalf of the enterprise.*²⁵

[Énfasis propio]

Estados Unidos sostuvo esta misma postura el caso ante el tribunal del caso *S.D. Myers, Inc. v. The Government of Canada*²⁶.

41. El Tribunal debe ser cuidadoso de distinguir entre los diferentes inversionistas y sus inversiones. Según lo establece la propia GAMI, en este caso existen distintos inversionistas con inversiones también diversas. De acuerdo con los hechos de este caso:

- a) hay tres tipos de accionistas de GAM (una persona moral mexicana):
 - GAMI, un nacional de los EE.UU. que detenta el 14.18% de las acciones,
 - el Sr. Juan Gallardo, un nacional de México, que directa o indirectamente detenta aproximadamente el 65% de las acciones, y
 - otras personas de nacionalidad mexicana que detentan el resto de las acciones (aproximadamente el 20%); y
- b) las inversiones implicadas son, pues:
 - para GAMI, las acciones de GAM de las que es titular;
 - para el Sr. Gallardo, GAM y las acciones de GAM de las que es titular, directa o indirectamente;
 - para los otros accionista, las acciones de que son titulares en GAM.

42. El Escrito de Demanda confunde los intereses jurídicos de GAMI con aquellos del Sr. Gallardo y los de GAM. Por consiguiente, el Tribunal debe discernir cuidadosamente cuál es la “inversión” —en términos del artículo 1139— que es objeto de esta disputa, y qué derechos establece el TLCAN a favor de GAMI como “inversionista de una Parte” —también en términos del artículo 1139— y de esa “inversión”.

F. Las reclamaciones de este caso

43. La demandante está obligada a proceder conforme al artículo 1116 porque, como abiertamente lo admite, no es propietaria de GAM ni la controla²⁷.

25. Escrito de Estados Unidos conforme al artículo 1128, de fecha 6 de noviembre de 2001, párrafos 2 al 10.

26. Escrito de Estados Unidos conforme al artículo 1128, de fecha 18 de septiembre de 2001, párrafos 6 al 10.

27. Véase el Escrito de Demanda, párrafo 11.

44. Este hecho es de fundamental importancia en relación con las excepciones de la demandada. La propiedad y control de GAM exige las siguientes conclusiones:

- GAM, por sí, misma no tiene derecho a presentar una reclamación conforme a la sección B del TLCAN²⁸.
- GAMI no tiene derecho a presentar una reclamación en nombre de GAM, porque no es propietaria de ella ni la controla directa o indirectamente²⁹.
- De acuerdo con el artículo 1116 y los principios del derecho internacional consuetudinario, GAMI sólo puede presentar una reclamación en el sentido de que medidas de México violan las disposiciones de la sección A, que establecen derechos a favor de GAMI como inversionista de otra parte o su inversión consistente en el 14.18% de las accionarios de GAM de que es titular.
- Sin embargo, GAMI no tiene derecho a presentar una reclamación por medidas que afectan derechos de GAM o los intereses de GAM en las cinco subsidiarias que le fueron expropiadas, independientemente de que los intereses de GAMI como accionista de GAM pudiesen verse afectados, además de que el tratado no establece derechos a favor de GAM o sus subsidiarias. De acuerdo con Corte Internacional de Justicia: *"Not a mere interest affected, but solely a right infringed involves responsibility, so that an act directed against and infringing only the company's rights does not involve responsibility towards the shareholders, even if their interests are affected... Whenever one of his direct rights is infringed, the shareholder has an independent right of action... But a distinction must be drawn between a direct infringement of the shareholder's rights, and difficulties or losses to which he may be exposed as a result of the situation of the company"*. [Énfasis propio].
- Si la demandante es incapaz de demostrar que un derecho conferido directamente en su favor ha sido infringido, más allá de una mera afectación a sus intereses como accionista de una empresa, carece de un derecho de acción independiente.

45. Si, como sucede en el presente caso, los daños que resultan de las medidas impugnadas fueron sufridos por la empresa misma, el derecho de acción conforme al TLCAN tendría que fundarse en el artículo 1117. En tales circunstancias, el inversionista de una Parte que es propietario o controla la empresa, y sólo ese inversionista, podría someter una reclamación a arbitraje en nombre de la empresa. El daño sufrido por el inversionista sería un daño derivado del sufrido por la empresa.

46. El artículo 1117 conferiría legitimidad procesal a un demandante, pero en este caso GAMI no la tiene, porque no es la propietaria de GAM ni la controla. Con base en los hechos del presente caso, el accionista que es propietario y controla GAM es el Sr. Gallardo; pero no puede instaurar una reclamación en contra de México, el Estado del cual es nacional, ni puede hacerlo en nombre de GAM, una empresa también de nacionalidad mexicana. No es un "inversionista de una Parte" para los efectos de los artículos 1116 y 1117.

28. Artículo 1117(4) del TLCAN.

29. Artículo 1117(1) del TLCAN.

G. El Escrito de Demanda

47. Aún la lectura más superficial del Escrito de Demanda confirma que las medidas impugnadas son medidas que aplican al sector azucarero mexicano y sus diversos componentes, incluidos GAM y los cinco ingenios que le fueron expropiados. El Tribunal habrá advertido que GAMI se describe como una sociedad de inversión que adquirió un interés minoritario en GAM mediante una colocación privada de acciones, y el Escrito de Demanda no identifica una sola medida que aplique a GAMI —o a cualquier accionista de GAM— o que sea relativa a GAMI o su interés jurídico en GAM³⁰.

48. La parte III del Escrito de Demanda contiene la relación de hechos en los que se basa la demanda. La sección A describe los hechos esenciales (“*core facts*”), que la demandante desarrolla con mayor detalle en las secciones B a la H. La demandada analizará cada una de esas secciones.

49. La sección B “*History of GAM and GAMI’s Investment in GAM*” (párrafos 19 al 24) describe a GAM, sus cinco subsidiarias en México, y la inversión de GAMI en GAM. El párrafo 20 señala que antes de la expropiación, los cinco ingenios azucareros que eran enteramente propiedad de GAM constituían prácticamente todos sus activos. El párrafo 23 confirma que el único interés de GAMI en GAM es una participación accionaria minoritaria adquirida a través de una colocación privada.

50. La sección C “*The Mexican Sugar Industry*”, párrafos 25 al 31, describe la industria azucarera mexicana, incluida la relación entre los ingenios y los cañeros (quienes cosechan la caña de azúcar). No hay una sola referencia a GAMI en esta sección.

51. La sección D “*Previous Economic Regulation of The Mexican Sugar Industry*”, párrafos 32 al 42, describe la anterior regulación económica de la industria azucarera mexicana entre 1971 y 1997. No hay referencia alguna a GAMI en esta sección.

52. La sección E, “*The 1997 and 1998 Acuerdos*”, párrafos 43 al 47, describe ciertas medidas que modificaron el programa azucarero, principalmente en relación con los precios de la caña de azúcar. No hay una sola mención a GAMI en esta sección.

53. La sección F, “*Failure To Implement The Regulatory Scheme*” párrafos 48 al 60, describe la supuestas violaciones de la demandada al esquema regulatorio del sector azucarero. Debe destacarse que en toda esta sección, las críticas de GAMI a los actos y omisiones de la demandada se dirigen a los supuestos efectos que tuvieron sobre GAM. Por ejemplo, en el párrafo 49 se argumenta que “...*prices GAM received for sugar in both the domestic and export markets were substantially below the government-set reference prices from which the price of sugarcane was derived*”. En el párrafo 52, se alega el incumplimiento de ciertos ingenios azucareros con los compromisos de exportación. Se argumenta que GAM y otros ingenios cumplieron completamente con los requisitos de ley. El párrafo 53 indica el grado de

30. Como ejemplo de reclamaciones internacionales basadas al daño directo a los intereses jurídicos de los accionistas, véase el caso *Foremost Tehran, Inc. v. Iran* 10 C.T.R. 228 (1986-I), y *Ayaollah Golpira v. Iran*, 2 C.T.R. 171 (1983-I).

cumplimiento de los ingenios, a modo de ejemplo, incluidos los cinco ingenios de GAM. Esta sección no contiene una sola referencia a GAMI.

54. La sección G, "*Effects On GAM and GAMF*", párrafos 61 al 68, establece los supuestos efectos derivados de las acciones de México. Debe advertirse que, no obstante el título de la sección, todos los efectos que se alegan se refieren expresamente a GAM, no a GAMI. Una vez más, no hay una sola referencia a GAMI en esta sección.

55. La sección H, "*Expropriation Law and Decree*", párrafos 66 al 68, se refiere a la expropiación de los cinco ingenios de GAM, así como de otros 22 ingenios. Es evidente que el decreto expropiatorio "se refirió a GAM" (éstas son las palabras de GAMI en el párrafo 67 de su escrito; la demandante ni siquiera intenta argumentar que el decreto se relaciona con GAMI).

56. Finalmente, la sección I, "*Domestic Law Challenges To The Expropriation: The Amparos*", párrafos 69 a 73, se refiere a los actos llevados a cabo por diversos propietarios de ingenios, incluido GAM, al promover juicios de amparo en los que se impugna la legalidad del acto expropiatorio. GAMI reconoce que el juicio de amparo iniciado por GAM aún no concluye³¹. Una vez más, no hay mención de medida alguna relacionada a GAMI.

57. En toda la relación de los hechos no hay una sola mención de cualquier medida que se relacione directamente con los intereses de la demandante. En la relación, el único hecho referente a GAMI es que ésta detenta una participación minoritaria en el capital de GAM, una empresa mexicana que tenía, a su vez, cinco subsidiarias, cada una las cuales conformaba un ingenio azucarero.

58. Es evidente, pues, que los hechos alegados por la demandante se relacionan exclusivamente con supuestos daños ocasionados a una empresa cuya propiedad y control los detentan personas distintas de la demandante. La demandante carece de legitimidad procesal para someter a arbitraje esta reclamación por daños supuestamente sufridos por la empresa referida. La demandante no ha promovido una reclamación por violación a una disposición de la sección A que establezca una obligación de México en favor de su inversión³². La reclamación debe desecharse.

59. Esto es suficiente para desechar la reclamación. Sin embargo, un segundo análisis revela que los argumentos jurídicos de la demandante sufren de los mismos defectos que los alegatos de hecho. Ambos deben desecharse puesto que no establecen un derecho de acción que la demandante pueda mantener por sí.

H. Las reclamaciones al artículo 1105

60. GAMI no identifica una medida relativa específicamente su inversión en GAM. Los argumentos de violación al TLCAN contenidos en la parte IV del Escrito de Demanda confunden

31. Véase los párrafos 70 al 73 del Escrito de Demanda.

32. En la medida que la demandante afirme que las medidas relativas a los intereses jurídicos de GAM le han causado daño, la Corte Internacional de Justicia ha resuelto que los daños a los intereses económicos no pueden ser considerados como daño a sus intereses jurídicos.

la tenencia del 14.18% de las acciones de GAM, con la propiedad mayoritaria y el control que detentan el Sr. Gallardo y otros inversionistas mexicanos en GAM. La demandante trata su participación minoritaria como si fuese la del propietario o de quien detenta el control real de la empresa, y ejercita *de facto* una acción derivada por daños supuestamente ocasionados por acciones y omisiones de México en relación con la empresa. Sin embargo, la inversión de GAMI y la del Sr. Gallardo son distintas. Difieren en términos de volumen, la relevancia jurídica y la nacionalidad.

61. La demandante argumenta que México violó el artículo 1105 en dos aspectos. En primer lugar, alega que antes de la expropiación formal de los ingenios, México “dañó severamente la inversión de GAMI” y “violó su obligación de otorgar trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas al implementar la regulación del sector azucarero en forma extraordinariamente injusta, incluso al omitir por completo implementar las disposiciones, actuando en forma arbitraria y discriminatoria”. También alega que México ignoró flagrantemente sus propias leyes y procedimientos al expropiar los ingenios de GAM, las acciones de GAMI en GAM, y al discriminar legalmente la inversión de GAMI al expropiar los ingenios de GAM, dejando ingenios que estaban en circunstancias similares en manos de particulares”³³.

62. La demandada dirige la atención del Tribunal a la primera supuesta violación que aduce: “*Mexico Has Breached Article 1105 By Failing To Provide Fair And Equitable Treatment to GAMI With Respect To The Administration And Enforcement Of Its Sugar Laws*”. El título de la sección y el argumento subsiguiente evidencian el intento obvio por ligar el supuesto perjuicio a GAMI, siendo que las medidas impugnadas claramente se refieren a la regulación y administración de la industria azucarera en su conjunto. Pese al intento de relacionar esas medidas a GAMI (al verter implícitamente los efectos de las medidas a través de dos niveles de la estructura corporativa: del las cinco subsidiarias de GAM a GAM, y luego de GAM a GAMI), es patente que éstas no guardan relación jurídica alguna con GAMI o los demás accionistas de GAM. No es más que una reclamación derivada.

63. El segundo encabezado (“*Mexico Has Breached Article 1105 By Arbitrarily And Discriminatorily Expropriating The GAM Mills*”) es también una acción derivada: GAMI pretende ponerse en los zapatos del accionista mayoritario, el Sr. Gallardo, a fin impugnar conforme al TLCAN la expropiación de ciertos activos de GAM. No tiene legitimidad procesal para hacerlo conforme al derecho internacional consuetudinario o la sección B del capítulo XI.

64. Los argumentos que lo siguen lo corroboran: los párrafos 98 al 107 en los que a demandante pretende sostener su alegato de violación al 1105, hay 37 referencias distintas a GAM y ni una sola a GAMI. La omisión no sorprende, porque la demandante no puede identificar una medida que vincule los actos de México con los intereses directos, propios de GAMI.

65. Es evidente que en el párrafo 74 de su escrito, la demandante simplemente ha insertado a GAMI en una serie de alegatos que se refieren a medidas que afectaron a la industria azucarera mexicana en su totalidad, incluida GAM, pero que en forma alguna se relacionan con el interés

33. Id.

jurídico de GAMI. Existe un intento de ampliar el alcance de las medidas en cuestión, alegando que expropiaron “las acciones de GAMI en GAM”³⁴. Sin embargo, el alegato no se hace en la relación de hechos y, en efecto, el decreto expropiatorio no comprendió los títulos de acciones de los accionistas de aquellas sociedades cuyos ingenios fueron expropiados³⁵.

66. Suponiendo, como debe hacerlo la demandada para los propósitos de esta excepción, que los hechos como se han alegado son ciertos, el párrafo 81 del Escrito de Demanda confirma que las medidas reclamadas conciernen a GAM y a la industria azucarera en general, no a GAMI:

81. As demonstrated below, Mexico's conduct in this case is far more egregious than a simple or isolated failure to follow some provision of the Sugar cane Decree. Mexico's actions and failures to act individually and cumulatively undermined the fundamental balance of the sugar laws, effectively turning GAMI's investment in GAM into a large contribution for the benefit of cañeros, and the Mexican Government itself, and those mills that were left unexpropriated.

[Énfasis propio]

67. Este tema continúa en los párrafos 82 al 84, donde la reclamación es que el régimen jurídico de la industria azucarera no fue administrado justa ni equitativamente. Al margen del contenido de derecho internacional consuetudinario del artículo 1105³⁶, es claro que la reclamación versa sobre la administración del programa azucarero nacional, y de ninguna forma involucra una medida relacionada directamente con un interés jurídico de la demandante. De tal manera, el párrafo 84 señala que las tres supuestas violaciones a la obligación de otorgar trato justo y equitativo son:

- México fijó el precio de la caña de azúcar en un nivel que era más elevado que el permitido conforme a la legislación mexicana, además de ser demasiado elevado para permitir una operación rentable de los ingenios.
- México no hizo cumplir los requerimientos mínimos de exportación, lo cual resultó en un exceso de la oferta doméstica; y
- México no implementó los controles a la producción que requería la legislación mexicana.

68. GAMI alega que el efecto acumulativo de estas “omisiones” provocó la caída del precio doméstico del azúcar, de forma tal que “los ingenios no pudieron cubrir el alto precio fijado por el gobierno que requerían pagar a los cañeros por la caña”³⁷.

34. Véase el párrafo 74 del Escrito de Demanda.

35. Decreto por el que se expropiaron por causa de utilidad pública, a favor de la Nación, las acciones, los cupones, y/o los títulos representativos del capital o partes sociales de las empresas que adelante se enlisten (la lista no incluye a GAM).

36. Véase la nota Interpretativa de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN de fecha 31 de julio de 2001, y los casos *Robert Azinian y otros c. los Estados Unidos Mexicanos*, *Mondev International Inc. v. United States of America*, *ADF Group Inc v. United States of America*.

37. Véase el párrafo 84 del Escrito de Demanda.

69. Debe advertirse que, aunque se tilda estos actos y omisiones de “conducta arbitraria”, no hay un solo alegato de alguna medida arbitraria que haya sido dirigida contra los intereses jurídicos de GAMI o que los hayan afectado. No se argumenta que se haya singularizado a GAMI, o siquiera a GAM, en el supuesto trato arbitrario, por el hecho de que el 14.18% de las acciones eran propiedad de un accionista extranjero.

70. Por lo que se refiere a la segunda supuesta violación del artículo 1105, es decir, la supuesta expropiación arbitraria y discriminatoria de los ingenios de GAM, es claro que la medida que se impugna es “la confiscación de los ingenios de GAM”³⁸. Nuevamente, en esta parte de los argumentos de la demandante, todos los alegatos conciernen a GAM, no a GAMI. De los párrafos 97 al 107, hay 37 referencias distintas a GAM; no hay una sola referencia a alguna medida relacionada con GAMI.

71. Por tanto, la reclamación del artículo 1105 debe desecharse en su totalidad porque las medidas reclamadas no se relacionan con la inversión de GAMI, sino con GAM. Se alega que la “confiscación” de los ingenios fue arbitraria, no porque el gobierno federal singularizó a los ingenios propiedad de inversionistas extranjeros, sino porque supuestamente hubo ingenios en circunstancias similares que no fueron expropiados³⁹. No se ha identificado una medida referente al 14.18% de las acciones de GAM que GAMI detenta.

72. El artículo 1105, en la parte pertinente, dispone:

1. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como la protección y seguridad plenas.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo 1, cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte y a las inversiones de inversionistas de otra Parte, cuyas inversiones sufran pérdidas en su territorio debidas a conflictos armados o contiendas civiles...”

[Énfasis propio]

73. El artículo 31 de la Convención de Viena requiere que el Tribunal interprete el TLCAN en buena fe “conforme al sentido corriente que ha de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

74. Con toda claridad el párrafo 1 del artículo 1105 tiene una aplicación más limitada que el párrafo 2. Mientras que este último aplica “a inversionistas de otra Parte” y a “inversiones de inversionistas de otra Parte”, el párrafo 1 sólo aplica a “inversiones de los inversionistas de otra Parte”. De tal manera, en el contexto de este caso el párrafo 1 aplicaría a una medida de México referente a la inversión de GAMI, es decir, su participación accionaria minoritaria en GAM; pero no se aplica a GAMI *per se* ni a una medida referente a GAM, puesto que GAM es la inversión del Sr. Gallardo y otros inversionistas mexicanos. Si, como se desprende claramente del Escrito de Demanda, GAMI no puede identificar una medida relativa a su inversión en particular, no puede someter una reclamación de violación al artículo 1105 a arbitraje.

38. Véase el párrafo 96 del Escrito de Demanda.

39. Véase el párrafo 107 del Escrito de Demanda.

I. La reclamación de violación al artículo 1102

75. Los argumentos de la demandante relativos al artículo 1102 difieren de los anteriores porque, por lo menos, hay un intento de relacionar las medidas impugnadas, no sólo con GAM, sino con GAMI. Para los propósitos de esta parte de la excepción de la demandada, es innecesario aducir nueva evidencia, pero el Tribunal sí debe considerar los términos expresos del decreto expropiatorio, porque la demandante alega que recibió un trato menos favorable que inversionistas mexicanos, y que inversiones de inversionistas mexicanos en circunstancias similares, puesto que la inversión de GAMI fue expropiada, mientras que los ingenios de otros inversionistas mexicanos no lo fue, y porque no se requirió a algunos ingenios propiedad de inversionistas mexicanos que cumplieran con los requisitos mínimos de exportación, mientras que a los ingenios de GAM sí se les exigió⁴⁰.

76. De acuerdo con los términos expresos del Decreto, la expropiación no alcanzó a la inversión de GAMI en GAM. El Decreto sólo afecta a la inversión de GAM en cinco subsidiarias que operaban ingenios azucareros. Por consiguiente, es jurídica y fácticamente incorrecto afirmar que se expropió la inversión de GAMI en GAM. No lo fue.

77. En el párrafo 41 la demandada señaló que es importante distinguir entre las inversiones de los diferentes inversionistas. También observó que la inversión del Sr. Gallardo en GAM no debe confundirse con la inversión de GAMI en GAM. En la medida en que el artículo 1102 pudiera aplicar en este caso, sólo aplicaría a medidas de la demandada referentes a los intereses accionarios de GAMI en GAM (al aplicarse a GAMI, como inversionista de otra Parte, conforme al párrafo 1, y al aplicarse a su participación del 14.18% en el capital social de GAM, como una inversión de un inversionista de otra Parte, conforme al párrafo 2).

78. Puede verse inmediatamente que el artículo 1102 tiene una aplicación limitada al interés jurídico específico de la demandante. Mientras que la "adquisición... venta u otra disposición" de un interés accionario parece estar dentro del ámbito del párrafo 1, el significado ordinario de los términos "establecimiento... expansión, administración, conducción [y] operación" no abarca el interés accionario en una empresa.

79. El inversionista *de facto* en este caso es el Sr. Gallardo. En lo que concierne a GAM, él es el inversionista que controla la empresa, con un interés en el "establecimiento, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición". A través de su propiedad mayoritaria y control en GAM, estaba una posibilidad de designar a la mayoría de los consejeros y, a través de éstos, a los ejecutivos de la sociedad. Pero debido a su nacionalidad mexicana, el Sr. Gallardo no califica como "inversionista de otra Parte" y el artículo 1102 no lo ampara.

80. El único sustento de una reclamación conforme al artículo 1102 sería en relación con una medida de México que tratara a GAMI menos favorablemente que un inversionista mexicano en circunstancias similares. Esto es, una medida mexicana que tratara a GAMI *qua* accionista menos favorablemente que a un accionista mexicano en circunstancias similares. No hay un solo alegato de que cualquiera de las medidas de México que se dice violan el TLCAN discriminan en forma alguna contra GAMI por motivos de su nacionalidad estadounidense (en efecto, ni siquiera

40. Véase el párrafo 109 del Escrito de Demanda.

hay un alegato de que GAM fue objeto de discriminación por motivo de la participación de accionistas extranjeros en su capital.

81. En la medida que la demandante busca alegar que las medidas de México discriminaron en contra de GAM, por ejemplo, en los párrafos 114 al 122, por las razones ya explicadas, es claro que GAMI no está en una posición de promover una reclamación sobre la base del trato de una empresa mexicana de la que no es propietaria ni controla. El análisis completo de los párrafos 114 al 122 concierne el supuesto trato menos favorable acordado a GAM (una empresa mexicana) en relación con BSM (otra empresa mexicana). Sin embargo, sólo un inversionista de Estados Unidos que fuese propietario o controlara la empresa mexicana directa o indirectamente podría reclamar trato menos favorable otorgado a esa empresa, en comparación con otras empresas en circunstancias similares.

82. En forma similar, el argumento de la demandante de que la aplicación efectiva del régimen de exportaciones de azúcar violó el artículo 1102, es defectuoso por mezclar y confundir su inversión con la del Sr. Gallardo y otros nacionales mexicanos. En el párrafo 126, se alega que México violó el artículo 1102 al otorgar beneficios a "ciertos ingenios propiedad de mexicanos en términos más favorables que los beneficios otorgados a los ingenios de GAM"⁴¹. El defecto obvio y fatal en este alegato es que la comparación que se hace es entre "ciertos ingenios propiedad de mexicanos" y GAM, que también es una empresa propiedad de mexicanos. El artículo 1102 no puede aplicar.

83. Por tales razones, el análisis contenido en los párrafos 127 al 131 no da lugar a una violación del TLCAN que GAMI pueda hacer valer conforme al artículo 1116 del tratado.

J. El alegato de que México expropió los intereses de GAMI es contrario al artículo 1110

84. El alegato de la demandante conlleva los mismos defectos. En palabras de la propia demandante, "México expropió todos los activos y capital social de cinco subsidiarias de GAM que operaban ingenios azucareros"⁴². La demandante se ve forzada a aceptar que "México no confiscó las acciones de GAMI en GAM"⁴³. De hecho, México no sólo no confiscó "formalmente" las acciones de GAMI, tampoco lo hizo "informalmente". El Tribunal, una vez más, debe distinguir entre los distintos inversionistas. El argumento vertido en el párrafo 41 de este escrito aplica igualmente a la reclamación basada en el artículo 1110.

85. Sólo si pudiese identificar una medida del Estado mexicano que hubiese afectado la titularidad de su participación accionaria en GAM directamente, podría GAMI tener un derecho a someter una reclamación conforme al artículo 1110. Sin embargo, GAMI no puede tomar el lugar del accionista mayoritario en la empresa cuyas subsidiarias fueron expropiadas para reclamar daños que, si los hubo, los sufrió precisamente esa empresa. El alegato de la

41. Véase el párrafo 126 del Escrito de Demanda.

42. Véase el Escrito de Demanda, párrafo 134.

43. Id.

demandante de que "el gobierno simplemente nacionalizó una gran porción de la capacidad del país para procesar azúcar"⁴⁴ corrobora la total ausencia de interés jurídico directo.

86. Es obvio que la demandante reconoce la dificultad que tiene al formular el alegato. Afirma, correctamente, que es un "inversionista" y argumenta que no existe "un requisito de que la propiedad de acciones requiera una propiedad mayoritaria o el control de la empresa para calificar como una inversión"⁴⁵. Ello es cierto, pero suscita la pregunta de, entonces, quién es el propietario de la inversión. México no disputa que GAMI detenta el 14.18% del capital GAM y que una medida que afecte directamente su titularidad podría dar lugar a una reclamación conforme al capítulo XI. El problema es que no existe una medida de ese tipo.

87. El caso *Barcelona Traction* subraya la distinción del derecho internacional consuetudinario entre el daño a una empresa y el daño a los accionistas. El argumento contenido en el párrafo 136 claramente es incongruente con esa distinción. Como cuestión del TLCAN, del derecho internacional consuetudinario y del derecho municipal, es simplemente incorrecto que un accionista puede afirmar que un acto que supuestamente causa daño a una empresa en la que detenta un interés accionario minoritario, es un acto que causa daño a su a sus intereses jurídicos directos como accionista.

88. Por tales motivos, la pretensión de la demandante de reclamar una violación al artículo 1110 por vía del artículo 1116 en los hechos de este caso tampoco puede admitirse.

K. El supuesto daño resultante de la expropiación de los cinco ingenios no ha ocurrido

89. La demandante admite que la legalidad del decreto expropiatorio no ha sido resuelta en definitiva por las autoridades judiciales mexicanas. GAMI advierte que GAM se encuentra litigando sobre ello ante tribunales mexicanos⁴⁶. Ello suscita una objeción distinta a la competencia del Tribunal.

90. En el artículo ya citado, el Dr. Jiménez de Aréchaga observó que, además de la distinción entre la personalidad jurídica de los accionista y la de las empresas en cuyo capital éstos participan, el derecho internacional reconoce otra razón que impide que los accionistas presenten una reclamaciones internacional:

Another traditional rule of international law corroborating the inadmissibility of the protection of shareholders at this stage is that which rejects compensation for, as the Permanent Court has put it, "possible, but contingent and undetermining damage, which, in accordance with the jurisprudence of arbitral tribunals, cannot be taken into account." As long as municipal action through corporate organs and international protection through the State of nationality of the company remains legally feasible, it cannot be said that the damage, although possible, has finally materialized; until the social creditors, who in all legal regimes have priority with respect to shareholders, have been paid or their

44. Véase el párrafo 135 del Escrito de Demanda.

45. Véase los párrafos 69 al 73 del Escrito de Demanda

46. Véase el párrafo 135 del Escrito de Demanda.

credits determined and guaranteed, the extent of the damage suffered by the shareholder as such cannot be measured and it is, therefore, not only a contingent but also an indeterminate loss or damage.

However, since the debarring of diplomatic protection on behalf of stockholders results from the principle of legal personality of corporations and from their capacity to act on behalf of all stockholders, it follows that such a restriction disappears as soon as, and only when, the corporation loses its legal rights to protect itself and, in so doing, to protect equally all its stockholders.⁴⁷

91. GAM aún existe y continúa actuando en representación de todos sus accionistas. Está involucrada en litigios domésticos relativos al objeto de esta reclamación internacional. En el mejor de los casos, existe, en términos del Dr. Jiménez de Aréchaga, “un daño posible, pero contingente e indeterminado”, que, de acuerdo con las fuentes internacionales, no puede considerarse.

L. Un acuerdo entre GAM y GAMI para mantener esta reclamación otorgaría una base distinta para objetar la jurisdicción del Tribunal

92. Mediante oficios de fechas 18 y 28 de marzo de 2003, el gobierno de México solicitó a GAMI una serie de documentos relativos a la excepción de incompetencia que se presenta (entre otros), concernientes a la relación entre GAMI y GAM, y la decisión de instaurar este arbitraje internacional. Mediante comunicación del 25 de marzo, la demandante informó que no existía un acuerdo o convenio en relación con la decisión de iniciar y mantener este arbitraje. En cuanto a los demás documentos solicitados, la demandante manifestó que no tenía conocimiento de que tales documentos existieran —no obstante que muchos de ellos requieren llevarse y conservarse por ley, y en cualquier caso las empresas lo hacen en el curso normal de sus negocios— además de que argumentó que la demandada no había explicado la relevancia de los mismos, y que se trataría de documentos privilegiados. La demandada contestó mediante oficio del 28 de marzo. A la fecha, la demandada no ha recibido la confirmación requerida por el Tribunal en su comunicación del 8 de abril, en el sentido de que ha llevado a cabo las diligencias necesarias para cerciorarse de que efectivamente no existen documentos que contengan la información solicitada.

93. A la luz de lo expresado en este escrito, la demandada renueva su solicitud para que el Tribunal ordene que la demandante proporcione al gobierno de México copia de aquellos documentos solicitados que existen (con excepción de las “comunicaciones entre la demandante y su despacho de abogados”).

94. En ausencia de una confirmación clara y categórica sobre la inexistencia de los documentos solicitados, la demandada se reserva el derecho de oponer una nueva excepción en el sentido de que de acuerdo con los principios del derecho internacional, un tribunal internacional carece de competencia para conocer de una reclamación que en realidad promueve un nacional en contra de su propio Estado, cualquiera que sea el vehículo empleado. Por el momento, la demandada no presentará argumentos sobre esta cuestión.

47. Jiménez de Aréchaga, *op. cit.*

M. Solicitud de audiencia y escritos conforme al artículo 1128

95. La demandada solicita que el Tribunal celebre una audiencia en una fecha y un lugar que sea conveniente para todos los involucrados, en relación con las excepciones de incompetencia opuestas, de modo que las partes tengan la oportunidad de abordar estas cuestiones con mayor detalle. La demandada se reserva el derecho de comentar sobre los argumentos de la demandante en respuesta a esta excepción.

96. El gobierno de México también advierte que Estados Unidos y Canadá podrían querer hacer uso de su derecho de presentar escritos sobre las cuestiones planteadas conforme al artículo 1128 del tratado. Quizás lo más eficiente sea que tengan la oportunidad de hacerlo tras la presentación de los escritos de ambas partes al respecto.

N. Petición

97. Por las razones expuestas, el gobierno de México respetuosamente solicita que el Tribunal deseche reclamación de la demandante en su totalidad la.

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

12 de abril de 2003