

**Procedimiento conforme al Capítulo 11 del TLCAN y el
Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI:**

ENTRE

GAMI INVESTMENTS, INC.

Demandante

Y

EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Demandado

LAUDO FINAL

15 de noviembre de 2004

Ante el Tribunal Arbitral integrado por:

W. Michael Reisman
Julio Lacarte Muró
Jan Paulsson

Representando al Demandante:

Weil Gotshal & Manges LLP

Charles E. Roh, Jr.

Adam P. Strochak

J. Sloane Strickler

Alicia Cate

SAI Abogados

Guillermo Aguilar Alvarez

Lucía Ojeda

Elsa Ortega

Itziar Esparza

Representando al Demandado:

**Consultor jurídico de los Estados Unidos
Mexicanos**

Hugo Perezcano Díaz

Secretaría de Economía

Luis González García

Thomas & Partners

J. Cameron Mowatt

Gregory A. Tereposky

Shaw Pittmann LLP

Stephan E. Becker

Sanjay Mullick

Secretario del Tribunal:

Zachary Douglas

Sede del arbitraje: Vancouver

SUMARIO

1.	LAS PARTES	1
2.	EL TRIBUNAL Y EL PROCEDIMIENTO.....	2
3.	ANTECEDENTES DE HECHO.....	7
4.	LAS DEMANDAS.....	10
5.	JURISDICCIÓN Y LEGITIMACIÓN ACTIVA.....	12
6.	MALA ADMINISTRACIÓN.....	20
6(A)	Bases de hecho del reclamo de GAMI	20
(i)	El marco regulatorio.....	20
(ii)	Las supuestas fallas de aplicación y ejecución	26
6(B)	Estándar mínimo de trato: demanda de GAMI bajo el artículo 1105.....	33
6(C)	Discriminación: La acción de GAMI con relación al artículo 1102.....	46
7.	EXPROPIACIÓN	49
8.	COSTAS.....	56
9.	DECISIÓN.....	57

1. LAS PARTES

1. GAMI Investments Inc. (“GAMI”, “el Inversor”, o “el Demandante”) es una compañía de inversión estadounidense creada en 1986 bajo las leyes de Delaware. Su oficina principal se encuentra en Las Vegas. Es una filial poseída en un cien por ciento por otra compañía estadounidense llamada Great American Management and Investments, Inc. GAMI posee el 14,18% de las acciones de Grupo Azucarero México SA de CV (“GAM”). GAM es un *holding* mexicano cuyos demás accionistas son mexicanos. Su accionista mayoritario es el señor Juan Gallardo Thurlow. Él posee o controla el 64,2% de las acciones de GAM. La semejanza en los nombres de GAMI y GAM es coincidencia.

2. El demandado es el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos (“México” o “el Demandado”). México es parte del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (el “TLCAN”).

2. EL TRIBUNAL Y EL PROCEDIMIENTO

3. GAMI eligió proceder bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 (con las modificaciones introducidas por la sección B del capítulo 11 del TLCAN), ejerciendo la opción dispuesta en el artículo 1120 del TLCAN.

4. GAMI nombró al profesor Michael Reisman como árbitro. México nombró al señor Julio Lacarte Muró como árbitro. Las partes nombraron conjuntamente al señor Jan Paulsson como presidente del Tribunal. El Tribunal fue constituido plenamente el 2 de octubre de 2002. Los árbitros fueron asistidos por el señor Zachary Douglas quien actuó como secretario administrativo del Tribunal.

5. Las partes no llegaron a un acuerdo sobre la elección de la sede del Tribunal. El Tribunal consideró los argumentos presentados al respecto y seleccionó Vancouver. Las partes acordaron como cuestión de conveniencia que las audiencias serían realizadas en Washington DC.

6. El Tribunal considera innecesario recargar el texto de este Laudo con un recital de la correspondencia con los abogados. Tampoco es necesario describir el contenido de las resoluciones procesales. Ellas han sido reducidas a escrito. Basta decir que las partes confirmaron expresamente que ningún asunto de procedimiento quedó sin resolver al clausurar las audiencias finales.

7. México presentó objeciones a la jurisdicción. Ellas fueron el objeto de una audiencia especial el 17 de diciembre de 2003 ("Audiencia sobre Jurisdicción") durante la cual los abogados se dirigieron al Tribunal y respondieron a las preguntas hechas por los árbitros. No se examinaron testigos. Representantes de los Gobiernos de Canadá y de los Estados Unidos de América estuvieron presentes. A la luz de los

argumentos presentados el Tribunal decidió acumular las cuestiones de jurisdicción a las de fondo.

8. El 8 de febrero de 2004 las Partes en litigio fueron informadas de la Sentencia dictada por el Tribunal Colegiado mexicano ("la Sentencia"). Esta decisión anuló la expropiación de tres ingenios de azúcar propiedad de GAM. El 27 de febrero de 2004 México expuso por escrito al Tribunal que la Sentencia era inapelable y sería ejecutada por el Gobierno federal. Los tres ingenios serían así devueltos a GAM. La expropiación de los dos ingenios restantes de GAM no fue impugnada. La carta de México al tribunal expuso: "Los trámites para el pago de la indemnización por la expropiación de los otros dos ingenios también están en curso".

9. Las audiencias sobre el fondo fueron llevadas a cabo el 29 y 30 de marzo y el 1 de abril de 2004 ("la Audiencia Final"). Los siguientes testigos rindieron testimonio delante el Tribunal:

- Alberto Santos (Testigo del Demandante; presidente de Ingenios Santos S.A. de C.V. y ex-Presidente de CNIAA);
- Juan Cortina (Testigo del Demandante; Presidente y Director General de GAM);
- José Manuel Tapia (Testigo del Demandado; representante del Ministerio de Agricultura responsable por los ingenios expropiados);
- Fausto García de F. García Asociados (Experto en valuación del Demandado; autor de un informe de valuación de GAM y de los intereses minoritarios de GAMI);
- José Pinto Mazal (Testigo del Demandado; Director de Beta San Miguel S.A. de C.V. y representante de CNIAA).

Cada uno presentó testimonios por escrito. También fueron presentadas las declaraciones de los siguientes testigos, los cuales no fueron citados a responder preguntas:

- Timothy H. Hart & Brent C. Kaczmarek (Expertos en Valuación del Demandante; autores del informe de consultoría Navigant sobre la valuación de GAM y el interés minoritario de GAMI);
- Luis Ramiro García Chávez, profesor de la Universidad Autónoma de Chapingo (Experto por el Demandante; autor de un análisis de la industria de la caña de azúcar en México);
- Mark Alan Radzick (Testigo del Demandante; gerente de la afiliada de GAMI Equity Group Investments);
- Pedro Adalberto González Hernández (Testigo del demandado; Director de Industrias Básicas del Ministerio de la Economía);
- Ulises Schmill Ordoñez, ex-presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (Experto jurídico del demandante; autor de una Opinión sobre los aspectos legales de la regulación de la industria del azúcar del Gobierno de México);
- Andrés Antonius González, ex-secretario técnico del grupo de trabajo interministerial sobre el azúcar (Experto por el demandante; autor de un informe sobre la industria azucarera en México);
- Darío Oscos Coria, Profesor de Derecho Concursal, Procesal y Arbitraje (experto jurídico del demandante; autor de una opinión sobre el procedimiento de suspensión de pagos en México);
- José Cruz Romero Romero (Testigo por el Demandante; Contador y alguna vez Asesor General de la Unión de Productores de Caña de Azúcar);

- Carlos Sempé Minvielle, ex-magistrado de la Corte Suprema de Justicia y ex-asesor presidencial (Experto Jurídico del Demandado; autor de una opinión jurídica sobre los aspectos legales de la regulación de la industria de la caña de azúcar).

10. Los principales escritos referidos en este laudo son los siguientes:

- Escrito de demanda de GAMI de fecha 10 de febrero de 2003 (la “Demanda”)
- Escrito de Contestación de México de fecha 24 de noviembre de 2003 (la “Contestación”)
- Réplica de GAMI de fecha 5 de julio de 2004 (la “Réplica”)
- Escrito de Dúplica de México de fecha 11 de marzo de 2004 (la “Dúplica”)
- Escrito posterior a la audiencia de Gami de fecha 24 de mayo de 2004 (el “Alegato de conclusión”)
- Escrito posterior a la audiencia de México de fecha de 24 de mayo de 2004 (el “Escrito Posterior”)
- Refutación de GAMI al escrito posterior a la audiencia de fecha de 4 de junio de 2004 (la “Refutación”)
- Réplica de México al escrito posterior a la audiencia de GAMI de fecha de 4 de junio de 2004 (la “Réplica Posterior”)

11. El Tribunal proporcionó a Canadá y a los Estados Unidos de América la oportunidad de presentar argumentos escritos, de conformidad con el artículo 1128 del TLCAN, antes y después de la Audiencia sobre Jurisdicción y la Audiencia Final. Estados Unidos de América ejerció el derecho contenido en el artículo 1128 presentando argumentos sobre cuestiones de

jurisdicción previamente a realizarse la Audiencia sobre Jurisdicción. Ninguna de las dos partes del TLCAN presentó argumentos sobre el fondo. Ambas partes enviaron representantes a la Audiencias sobre Jurisdicción y Audiencia Final en Washington.

3. ANTECEDENTES DE HECHO

12. GAM y sus predecesores adquirieron del Gobierno de México ingenios de azúcar a finales de la década de los ochenta y comienzos de los noventa en el contexto del programa de privatización. Hacia 1997 las principales operaciones de GAM consistían en cinco ingenios:

- Tala
- Lázaro Cárdenas
- San Pedro
- San Francisco
- Benito Juárez

Los primeros cuatro producían azúcar estándar. Benito Juárez producía mayormente azúcar refinada. GAM era el cuarto productor de azúcar más grande de México en 2001. Su producción representó el 8.81% de la producción total de México durante la cosecha 2000/2001.

13. En diciembre de 1996 GAMI compró un bloque de las acciones de GAM vendidas por colocación privada a un valor de US\$ 25 millones de dólares. En octubre de 1997 GAMI pagó US\$ 5 millones de dólares para adquirir acciones adicionales de GAM con ocasión de una oferta pública. En diciembre de 1998 GAMI recibió otra porción de acciones conforme a una cláusula de las condiciones originales de la colocación privada de acciones. Estas tres porciones representaban la detención total del 14.18% de las acciones ordinarias de GAM. GAMI gozaba de

un derecho contractual de nombrar tres miembros de la Junta Directiva de GAM.

14. El Presidente y Director General de GAM desde septiembre de 2001 es el señor Juan Cortina. Él ha atestiguado que cuando asumió estas funciones la posición de GAM entre los grandes productores mexicanos de azúcar era en parte el resultado de las inversiones hechas por un monto aproximado de US\$ 42 millones de dólares. De ellos aproximadamente US\$ 13,7 millones de dólares fueron desembolsados en los años 1998-2000.

15. GAM tenía una filial empaquetadora (Proveedora de Alimentos México S.A. de C.V.). GAM también tenía tres compañías de servicios separadas. Ninguna de estas cuatro entidades poseía activos significativos.

16. El señor Cortina atestiguó que el Gobierno falló numerosas veces en cumplir sus funciones reglamentarias bajo el régimen establecido por el llamado Decreto de la Caña de Azúcar de 1991. (Este fue reformado en 1993 y afectado por acuerdos ministeriales). Los requisitos de exportación no se hicieron cumplir. El establecimiento de topes de producción era exigido por ley pero nunca fue materializado. El precio del azúcar cayó en el mercado nacional. Los ingenios quedaron atrapados entre los bajos precios de sus productos y los altos costos regulados de su materia prima (la caña de azúcar). La industria entera sufrió una crisis a comienzos de 1999. El resultado para GAM fue una solicitud de suspensión de pagos el 9 de mayo de 2000. Este procedimiento judicial buscaba permitir la reestructuración de la deuda de GAM y evitar la quiebra.

17. 22 ingenios fueron formalmente expropiados por el decreto publicado el 3 de septiembre de 2001 (el "Decreto de Expropiación"). Este incluía los cinco ingenios de GAMI. Otros 34 ingenios fueron dejados en manos privadas. El Decreto de Expropiación manifestaba haber sido expedido basándose en el interés público identificado en la Ley de Expropiación de 1997.

18. GAM cuestionó de inmediato la constitucionalidad de la Ley de Expropiación y del Decreto de Expropiación a través de los procedimientos de amparo ante los tribunales administrativos mexicanos competentes. Poco después de eso el señor Cortina retiró los amparos relacionados con San Pedro y

San Francisco. Él afirma que los activos de cada uno de los otros ingenios superaban los pasivos al 30 de septiembre de 2001.

19. Otros propietarios de ingenios también recurrieron a los procedimientos de amparo. En octubre de 2002 una de esas acciones resultó en la invalidación de la expropiación de un ingenio de propiedad del consorcio azucarero CAZE S.A. de C.V. En enero de 2003 el Grupo Machado obtuvo un resultado similar.

20. En febrero de 2004 el Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito pronunció una sentencia de amparo en revisión de 600 páginas (la "Sentencia") a favor de GAM. Ésta declaró que el Decreto de Expropiación era ilegal y por lo tanto ineficaz respecto de los tres ingenios.

21. Las partes han confirmado por escrito que consideran la Sentencia inapelable.

22. Las consecuencias prácticas con respecto a los tres ingenios fueron señaladas en la carta de México al Tribunal fechada el 27 de febrero de 2004 (ver párrafo 8 *supra*).

4. LAS DEMANDAS

23. Una característica fundamental de las reclamaciones de GAMI es que son derivativas. GAMI no reclama que las medidas del Gobierno mexicano fueran dirigidas contra su participación accionaria en GAM. Su queja radica en que el valor de sus acciones fue adversamente afectado por medidas que causaron un perjuicio a los negocios de GAM. Otro aspecto fundamental del caso es que GAMI no puede invocar compromisos contractuales de México. Ni GAM ni GAMI tenían contratos con México. GAMI no puede decir por lo tanto que su decisión de invertir estuvo basada en promesas contractuales de establecer o mantener un cierto régimen para su inversión. Por definición no es necesario considerar intenciones contractuales en el sentido de concurso de voluntades entre el Gobierno y el inversor. En lo que GAMI debe basarse es el TLCAN como medio por el cual la conducta de México en el contexto de su marco reglamentario puede ser sujeta a una revisión jurídica internacional.

24. El escrito de demanda de GAMI identificaba los alegados incumplimientos de México de la siguiente manera:

- (A) *No acordar a la inversión de GAMI un “trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas de acuerdo con el derecho internacional”* según el artículo 1105 del TLCAN. GAMI critica a México por “conducta arbitraria respecto de la aplicación y aplicación del régimen azucarero mexicano” y “expropiación arbitraria y discriminatoria de los ingenios de azúcar de GAM”.

- (B) *“Dar un tratamiento menos favorable a GAMI y sus inversiones en relación con inversores mexicanos y sus inversiones en iguales circunstancias”* como lo prohíbe el TLCAN en su artículo 1102. GAMI critica a México por “expropiar los ingenios de azúcar de GAM mientras inversores en otras compañías propietarias de ingenios

en iguales circunstancias no fueron expropiados” y por “exigir a GAM cumplir con los requisitos de exportación mientras a otras inversiones en iguales circunstancias no se les exigió cumplir con los mismos requisitos”.

- (C) *Violar el artículo 1110 del TLCAN que protege a los inversores contra las expropiaciones ilícitas.* GAMI critica México por “haber expropiado indirectamente las acciones de GAMI en GAM de una manera inconsistente con las exigencias del artículo 1110”.

25. El Tribunal acepta la lógica de GAMI de reclamar primeramente bajo el artículo 1105. Este enfoque permite un análisis amplio de los hechos para determinar si hubo violación de los estándares mínimos internacionales en general. Tal basamento crea el marco idóneo para un examen más profundo del alegato de discriminación.

5. JURISDICCIÓN Y LEGITIMACIÓN ACTIVA

26. GAMI es un “inversionista de una Parte” como describe el artículo 1139 del TLCAN. La participación accionaria de 14,18% de GAMI en GAM es una “inversión” conforme el mismo artículo. GAMI alega que México ha incumplido las obligaciones de la Sección A del Capítulo 11 del TLCAN. GAMI reclama que ha sufrido daños o perjuicios como consecuencia del mismo.

27. La Partes en litigio han dedicado considerables esfuerzos a la cuestión si GAMI está legitimada para reclamar teniendo en cuenta su daño derivado como accionista. Lo central de este debate es si los actos u omisiones del Gobierno que afectaron a GAM pueden ser alegados como incumplimientos del TLCAN porque tuvieron como resultado reducir el valor de la participación de GAMI en GAM.

28. México no se apropió formalmente de las acciones de GAMI en GAM. GAMI argumenta en cambio que la expropiación de cinco ingenios pertenecientes a GAM dejó virtualmente sin valor la inversión de GAMI porque los ingenios eran sustancialmente todo el capital productivo de GAM. El Capítulo 11 no exige que el demandante sea accionista mayoritario o controlador para que su inversión sea protegida. GAMI argumenta: “Si fuera posible para un Estado eludir responsabilidad frente los accionistas extranjeros por el simple hecho de apropiarse de los activos sin apropiarse de las acciones, entonces la protección del artículo 1110 sería ilusoria para cualquier inversor en una compañía”. GAMI invoca *AIG v. Iran*¹ donde el demandante obtuvo reconocimiento de perjuicios por el 35% de acciones en una compañía de seguros iraní. GAMI también se basa en *Liamco v. Lybia*² donde fue

¹ 4 IRAN-US CLAIMS TRIBUNAL REPORTS 96 (1983).

² 20 ILM 1 (1977).

ordenada la compensación tras la nacionalización del 25,5% de la participación en tres concesiones petroleras.

29. Estados Unidos de América en sus observaciones ante este tribunal acepta que el Artículo 1116 legitima a los accionistas minoritarios a reclamar daños y perjuicios a nombre propio. Argumenta sin embargo que el artículo 1116 no refleja un “intento de derogar de la regla que los accionistas pueden hacer valer sus reclamos sólo por daños a sus intereses y no por los daños a la compañía”. Se refiere a *Barcelona Traction*³ como la autoridad de esta regla. Cita una Declaración de los EEUU sobre Acción Administrativa de 1993 como evidencia que “al menos una de las partes” del TLCAN entendió que el artículo 1116 cubre sólo el daño directo a un inversor mientras que el artículo 1117 considera el daño causado a una compañía local controlada o detentada por un inversor.

30. El Tribunal sin embargo no acepta que *Barcelona Traction* haya establecido una regla que deba ser extendida más allá de la cuestión de protección diplomática. La propia CIJ aceptó en *ELSI*⁴ que los accionistas americanos de una compañía italiana pudiesen acudir a una jurisdicción internacional para hacer a Italia responsable por supuesta violación de un tratado mediante medidas *impuestas contra esa compañía*.

31. El Tribunal CIADI en el caso *Goetz* estableció:

*“... el Tribunal observa que la jurisprudencia anterior del CIADI no limita la calidad para actuar únicamente a las personas morales directamente afectadas por las medidas litigiosas sino que la extiende a los accionistas de esas personas, que son los verdaderos inversionistas”.*⁵

El tribunal estaba conformado por un ex-presidente de la CIJ.

³ ICJ REPORTS 3 (1970).

⁴ ICJ REPORTS 15 (1989).

⁵ 6 ICSID REPORTS 3, párrafo 89 (1989).

32. El Comité de Anulación en *Vivendi* fue más explícito al explicar que:

*“Más aún no puede argumentarse que CGE no tenía una “inversión” en CAA desde la fecha de la celebración del Contrato de Concesión, o que no era un “inversor” con respecto a su propia participación accionaria, aunque tuviera o no control de CAA en su conjunto. Cualquiera que haya sido la extensión de su inversión, le asistía el derecho en todo momento relevante de invocar el Acuerdo con respecto a conducta que supuestamente incumplía ...”*⁶

33. El Tribunal no acepta que el carácter directo para los propósitos del artículo 1116 del TLCAN sea un asunto de forma. El hecho que un estado anfitrión no interfiera explícitamente con la propiedad accionaria no es decisivo. El asunto es más bien si el incumplimiento del TLCAN genera con suficiente claridad un daño o una pérdida en relación con una inversión determinada. Si acaso GAM puede establecer dicho perjuicio es un asunto a examinar en el fondo. La incertidumbre en este punto no es un obstáculo a la jurisdicción.

34. La clasificación de las alegadas infracciones descritas en la Sección 4 es dictada por los artículos pertinentes del TLCAN. Sería artificial considerar los fundamentos de hecho de las infracciones alegadas bajo estos apartados. Las proposiciones de hecho pertinentes presentadas por GAMI son más fácilmente entendidas de la siguiente manera:

- México fue culpable de *mala administración* al reglamentar la industria azucarera. Es obvio cómo esto constituye supuestas violaciones de los artículos 1105 y 1102. GAMI alega que la mala gestión también ocasionó una violación del artículo 1110 porque fue tan absoluta que equivale a la expropiación de la inversión de GAMI en GAM.

 - México *expropió* ilícitamente los ingenios de GAM. Esto es alegado como una infracción al artículo 1105 *respecto*
-

⁶ 6 ICSID REPORTS 340 (2002).

de GAMI. La expropiación *de jure* también es invocada como parte de las circunstancias de hecho que GAMI alega deben conducir a la conclusión que ella fue víctima de conducta gubernamental constitutiva de expropiación de su participación en GAM bajo el artículo 1110.

35. La distinción entre la alegada expropiación *de facto* de las acciones de GAMI en GAM y la expropiación *de jure* de los cinco ingenios de GAM es crítica. Las acciones de GAMI nunca fueron expropiadas como tales. GAMI afirma que la conducta de México redujo el valor de sus intereses al grado de ser equivalente a una expropiación. Los ingenios fueron expropiados por un Decreto formal. No obstante las cortes mexicanas han neutralizado sus efectos en lo referente a los tres ingenios objeto del *amparo* presentado por GAMI. El Gobierno mexicano ha asegurado al Tribunal que compensará conforme las leyes mexicanas en referencia a los dos ingenios expropiados a GAM. Todo esto fue logrado por iniciativa del propietario de los ingenios: GAM.

36. El Tribunal se enfrenta por lo tanto a cuestiones importantes referentes a dos conjuntos de relaciones. La primera es la de la relación de GAM y GAMI. La segunda es la del sistema judicial mexicano con el Tribunal del TLCAN.

37. El artículo 1117 del TLCAN habría permitido a GAMI como dueño del 100% de las acciones de GAM buscar reparación por las alegadas infracciones del Tratado por México. No se habría requerido que GAMI hiciese que GAM buscara reparación antes los tribunales mexicanos. Se ha visto anteriormente que el hecho que GAMI sea sólo un accionista minoritario no afecta su derecho de acudir a recursos arbitrales internacionales. ¿Necesita esta conclusión ser reconsiderada debido a las iniciativas de *otros* accionistas de GAM? Los propietarios del 85,82% de las acciones hubieran podido por razones propias escoger no impulsar a GAM a buscar satisfacción ante los tribunales mexicanos. (Hubieran podido ser simplemente derrotistas. O hubieran podido haber hecho su acuerdo separado con el Gobierno y abandonado todo otro reclamo a cambio de beneficios compensatorios). Esto no le quitaría legitimidad a GAMI.

38. Es difícil ver por qué la posición de GAMI bajo el TLCAN resultaría perjudicada debido a que los accionistas

mayoritarios impulsaron a GAMI a buscar reparación ante los tribunales mexicanos:

- (A) Claramente GAMI no perdería sus derechos si el resultado hubiese sido que las cortes locales confirmaran la expropiación y fijaran un monto irrisorio de compensación. Está en la naturaleza propia del TLCAN de crear un régimen en el cual las reivindicaciones del extranjero no coinciden necesariamente con aquellas de los ciudadanos incluso en lo referente a la propiedad de activos idénticos.

“Es frecuente que bajo las reglas del derecho internacional aplicado a controversias de carácter internacional una nación requiera conceder a los extranjeros un trato más amplio y liberal que aquel acordado a sus propios ciudadanos según las leyes domésticas ... Los ciudadanos de una nación pueden disfrutar de muchos derechos que están restringidos a los extranjeros, y a la inversa, según el derecho internacional, los extranjeros pueden gozar de derechos y reparaciones que la nación no acuerda a sus propios nacionales”.

Este pasaje es tomado del caso *Hopkins*.⁷ (Hopkins reclamaba el no pago de giros postales que había adquirido del Gobierno mexicano. Este respondió sin éxito que las obligaciones del Gobierno precedente habían sido anuladas por decreto). Diversos pasajes similares se encuentran en la jurisprudencia y la doctrina. Las frases de *Hopkins* han sido escogidas porque ellas fueron citadas en *S.D. Myers*.⁸ (Este laudo fue transparente aunque el Tribunal no haya sido unánime. Ninguna reserva fue hecha en lo que se refiere a basarse en *Hopkins*).

- (B) Tampoco la posición cambia realmente cuando uno llega al problema en el presente caso: la expropiación es revocada por los tribunales nacionales pero el

⁷ US-Mexican Claims Commission, IV UNRIAA 41, p. 47 (1926).

⁸ Primer Laudo Parcial del 13 de noviembre de 2000, 8 ICSID REPORTS (próximamente), párrafo 260 (2000).

inversionista minoritario continúa insatisfecho. Tras la *Sentencia* los accionistas mayoritarios pueden estar contentos o desengañados. Pueden tener quejas sobre las pérdidas incidentales causadas por la expropiación injusta no obstante su revocación. Pueden estar insatisfechos con la compensación ofrecida a cambio de los dos ingenios cuya expropiación no fue cuestionada. Pueden estar optimistas o inquietos sobre la acogida de sus reclamos por la judicatura mexicana. Pero ésta es la solución disponible para ellos. Ellos son nacionales mexicanos y no tienen legitimación activa bajo el Capítulo 11 del TLCAN. GAMI sin embargo está habilitado para buscar reparación internacional por un Tribunal TLCAN a causa de una expropiación injusta. Es difícil ver por qué el reclamo de GAMI debe fracasar debido a que los tribunales mexicanos aceptaron su tesis. GAMI no presentó su tesis a estos tribunales. GAMI ejerció una acción internacional que tenía derecho a entablar.

39. Como dijo el árbitro en el caso *Selwyn* decidido en 1903 por la Comisión Británica-venezolana:

“El arbitraje internacional no está afectado jurisdiccionalmente por el hecho que la misma cuestión se encuentre ante los tribunales nacionales. Un tribunal internacional tiene el poder de decidir sin referencia al tribunal nacional y si una sentencia ha sido pronunciada por dicho tribunal, de desconocerla si afecta la indemnización del individuo y tiene poder de dictar un laudo en adición o ayuda a aquélla si en el caso concreto la justicia lo requiere”.

Dentro de los límites prescritos por la convención constitutiva las partes han creado un tribunal superior a las cortes locales”⁹.

40. Este fundamento centenario se basó asimismo en una venerable doctrina. El Tratado Jay de 1794 entre los Estados Unidos de América y Gran Bretaña fue concluido para resolver

⁹ J.H. Ralston, VENEZUELAN ARBITRATIONS OF 1903, 322, p. 327 (1904).

las agudas controversias tras la Revolución Americana. Se establecieron comisiones internacionales para regular los reclamos presentados por individuos. Algunas de esas reclamaciones involucraban ciudadanos de uno de los dos países insatisfechos con el trato otorgado por los tribunales del otro país. Los comisionados británicos tomaron la posición que las decisiones de las cortes inglesas eran definitivas. Los comisionados americanos fueron capaces de asegurar una decisión mayoritaria en contrario. Uno de ellos (William Pinckney) lo expresó de la siguiente manera en *The Betsy* (1797):

“Ni los Estados Unidos ni sus ciudadanos demandantes están obligados a tomar por justa la sentencia de los Lores, si de hecho no lo es; ... la afirmación de una condena ilegal, muy lejos de legitimar el hecho equivocado de la apropiación original y de impedir a la persona buscar la reparación por ella contra la nación británica, es peculiarmente el preciso acto que consuma el entuerto y perfecciona indisputablemente el derecho del individuo de demandar esa reparación a través de su propio Gobierno”.¹⁰

Ochenta y nueve años después Francis Wharton escribió que esto “es ahora derecho aceptado”.¹¹ El arbitro en el caso *Selwyn* se basó expresamente en esta declaración de Wharton.

41. Correspondía a los tribunales mexicanos decidir sobre la ilicitud de la expropiación bajo el derecho mexicano. El presente Tribunal hace deferencia a la Sentencia como una expresión autorizada del derecho nacional. El presente Tribunal dará además consideración respetuosa a la Sentencia en cuanto aplique normas congruentes con aquellas del TLCAN. Los tribunales internacionales son propiamente reacios a concluir que el derecho nacional contradice el derecho internacional. Pero cada jurisdicción es en definitiva responsable de la aplicación del derecho bajo el cual ejerce su mandato. Correspondía a los tribunales mexicanos determinar si la

¹⁰ J.B. Moore, HISTORY AND DIGEST OF INTERNATIONAL ARBITRATIONS TO WHICH THE UNITED STATES HAS BEEN PARTY 3184 (1898).

¹¹ A DIGEST OF INTERNATIONAL LAW OF THE UNITED STATES, Vol. 2, Sec. 242 (1886).

expropiación fue legítima según el derecho mexicano. Corresponde al presente Tribunal juzgar si ha habido incumplimiento del derecho internacional por cualquier agencia del Gobierno mexicano. Un postulado fundamental al aplicar el TLCAN es aquél consagrado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Si tales leyes nacionales han sido ratificadas por los tribunales nacionales no es en definitiva relevante a este respecto.

42. Un serio impedimento jurisdiccional se avecinaría si el reclamo de GAMI por el incumplimiento del artículo 1105 hubiera estado basado solamente en la supuesta “expropiación arbitraria y discriminatoria de los ingenios de azúcar de GAM”. GAMI no puede reclamar por GAM. Pero el reclamo de GAMI en función del artículo 1105 tiene otra base factual diferente; ver Párrafo 24(A) *supra*. GAMI está legitimado para plantearla.

43. El Tribunal tiene jurisdicción con respecto a todos los reclamos de GAMI.

6. MALA ADMINISTRACIÓN

6(A) Bases de hecho del reclamo de GAMI

44. GAMI afirma que la mala administración de México resultó tanto en la negación del tratamiento nacional como en el incumplimiento de los estándares mínimos internacionales.

(i) El marco regulatorio

45. La economía agrícola tiende a ser compleja. La industria azucarera mexicana se caracteriza por factores de especial complicación. La vida productiva de la caña de azúcar es de 4 a 8 años. Los cañeros comprensiblemente no están inclinados a convertir sus campos en otras cosechas tempranamente en el ciclo. La oferta de la caña de azúcar responde entonces lentamente al mercado. La caña de azúcar es procesada óptimamente dentro de las 24 horas de ser recogida. (El máximo es 48 horas dada la pérdida de la sucrosa). Los ingenios deben ser rápidamente accesibles. Los cañeros no pueden operar sin ingenios en la proximidad. Una vez que un ingenio es construido éste depende de lo que ingresen los cañeros del área. El señor Antonius estima que el precio pagado por la caña de azúcar comporta el 70% del costo del ingenio. GAMI describe esto como “una relación de mutua dependencia”. El señor Antonius habla notablemente de un “monopolio bilateral”.

46. La industria tiene una dimensión política considerable. La recolección es laboralmente intensiva. Los costos iniciales de los ingenios son altos. El señor Antonius escribe que 30 mil trabajadores son empleados en los ingenios de azúcar. Diez veces ese número trabajan en los campos como cultivadores y segadores. La industria tiene una resonancia histórica particular en México. El azúcar fue introducido por Cortés hace 400 años. Mucha de la riqueza mexicana en el siglo XIX vino de las

grandes plantaciones. Zapata y su ejército revolucionario eran cañeros. La Constitución mexicana prohíbe hace mucho tiempo la propiedad empresarial y arriendo de la tierra agrícola. La caña de azúcar es cultivada hoy en miles de pequeños terrenos. La tendencia no está dirigida hacia la concentración. México explica que en 1970 los cultivos menores de ocho hectáreas representaban el 50% de la superficie total de los cultivos de caña. En 2000-2001 esta proporción subió al 66%. México afirma que el 91% de los cañeros del país trabajan en dichos cultivos.

47. Con estos antecedentes no es sorprendente que esta industria mexicana tenga una larga tradición de intervención estatal. México está sin embargo lejos de ser único en este aspecto. Vale la pena citar la descripción del señor Antonius:

“La industria azucarera mundial es también una de las más distorsionadas económicamente, de manera casi notoria. Tanto en las economías desarrolladas como en las en desarrollo se encuentra evidencia de la intervención gubernamental extendida en el sector. Un componente muy importante de esta intervención es la protección a través de barreras comerciales y cuotas, pero también se extiende a subsidios, controles de producción y a una serie de incentivos o restricciones fiscales y legales adicionales. Estas medidas aíslan en gran manera la industria de las señales de precio. Estas prácticas de protección han dado como resultado que la industria azucarera sea una de las más politizadas en la mayoría de las economías, ya que los diversos grupos de interés ligados a la industria constantemente presionan a sus Gobiernos en un intento de maximizar sus beneficios”.

48. México no está en desacuerdo con el experto de GAMI en este aspecto. De hecho considera que GAMI *subestima* la magnitud de las “enormes distorsiones” del mercado mundial. Más de 120 países producen azúcar. Alrededor del 70% de las ventas mundiales están hechas con precios regulados. Los precios domésticos motivan la sobreproducción lo que conduce al *dumping*. Los reguladores nacionales y los negociantes comerciales internacionales intervienen con impredecibles efectos agregados. La disponibilidad de sustitutos y la evolución

del poder de compra de los consumidores hacen lo suyo. El clima hace el resto. México cita estas cifras (US\$ por libra) para reflejar la volatilidad y la crisis del periodo relevante.

	1996	2000
Azúcar refinada	17,40 c	9,10 c
Azúcar sin refinar	12,40 c	7,53 c
Margen refinamiento	5,01 c	1,57 c

La última cifra se redujo 0,55 c en el primer trimestre del 2001.

49. GAMI sugiere que países que son importadores netos de endulzantes pueden apoyar los precios domésticos limitando las importaciones. México no se encuentra en esa posición. Su producción es más alta que la demanda doméstica. Las restricciones a la importación son insuficientes para sostener los precios altos. La oferta doméstica puede ser controlada regulando a los productores de dos maneras: restringiendo la producción o requiriendo exportación. México responde que la experiencia de EEUU prueba que las restricciones a la importación, sin más, son insuficientes para asegurar el mantenimiento de los niveles de precio. El Gobierno no busca reducir el exceso de producción a través de límites obligatorios de producción o exigencias de exportación. La política del Gobierno es más bien de buscar el consenso con los industriales y cañeros.

50. Las exportaciones a los Estados Unidos de América son atractivas para los productores azucareros mexicanos. Los precios allí han sido generalmente más altos que en México. Pero los Estados Unidos imponen cuotas nacionales a sus importaciones. Su mercado entonces ofrece una solución limitada. El mercado mundial restante no es atractivo. El surgimiento de otros endulzantes y los excesos atribuidos a los subsidios han bajado el precio mundial muy por debajo de los precios mexicanos. Nada de esto está en discusión.

51. El Gobierno mexicano se apropió de la mayoría de los ingenios del país en la década de los setenta cuando éstos incumplieron sus deudas con el Gobierno. GAMI afirma que su insolvencia fue causada en un grado importante por la

imposición “deliberada” del Gobierno de altos precios de la caña para beneficiar a los cañeros y de bajos precios del producto para beneficiar a los consumidores. México asegura como un fenómeno mundialmente reconocido que:

“Los Gobiernos con frecuencia intervienen para apoyar los precios de los productores agrícolas – i.e. los productores de azúcar de caña y remolacha. Estos programas con frecuencia tienen efectos adversos sobre los procesadores de esas materias primas”.

52. Diez años más tarde se implementó un programa de privatización. Para la industria de la caña de azúcar el marco regulatorio pasó a ser el Decreto de la Caña de Azúcar de 31 de mayo de 1991. Este Decreto declaró todas las fases de la industria de la caña de azúcar –desde la plantación hasta el refinamiento- como de utilidad pública. Específicamente fijó nuevas reglas para la oferta de la caña de azúcar a los ingenios.

53. El Decreto de la Caña de Azúcar debía ser implementado por una entidad bajo el nombre de Comité de la Agroindustria Azucarera (“CAA”). El CAA es presidido por la Secretaría de Agricultura. La Secretaría de Economía también participa. (Esta última fue antes conocida como Secretaría de Comercio y Fomento Industrial o SECOFI. Será referida en este laudo por su nombre actual). Los cañeros tienen dos representantes en el CAA. Igualmente los ingenios.

54. Los llamados Comités de Producción Cañera de los Ingenios del País (“Comités”) fueron también establecidos por el Decreto de la Caña de Azúcar. Cada uno de estos entes locales incluye un líder de la organización pertinente de cañeros al igual que al gerente del ingenio. Los Comités registran sus actas al final de la campaña. El Gobierno no está representado en los Comités.

55. El artículo 7 del Decreto de la Caña de Azúcar designó la Junta de Conciliación y Arbitraje de Controversias Azucareras (“JCACA”) como la autoridad competente para resolver las disputas económicas entre cañeros y ingenios. Este órgano es tripartito a la manera del CAA.

56. El Decreto de la Caña de Azúcar declaró, entre otros, que:

“es necesario fomentar la industria [azucarera], dándole certidumbre económica a los distintos sectores que intervienen en la producción de manera que ésta sea rentable y pueda generar a su vez su propio crecimiento.

Que es necesario que la política comercial permita asegurar el abastecimiento permanente del azúcar, siendo así conveniente ligar el precio de la caña al precio del azúcar con el fin de otorgar equidad a todos los participantes dentro de la cadena de producción”.

57. Las palabras enfatizadas en esta cita contienen las semillas de la discordia. GAMI sostiene que los objetivos que ellas identifican “requieren de la direcciones del Gobierno, sea directamente o a través del CAA que controla”. México está francamente en desacuerdo. Dice que el Decreto de la Caña de Azúcar se basa en el consenso. El Gobierno intenta mediar pero no dicta los resultados.

58. El Decreto de la Caña de Azúcar estableció que el 54% del precio del azúcar sería pagado a los cañeros por la caña de azúcar. (Este porcentaje fue incrementado a 57% en 1993 por una modificación del Decreto). Si no había precio oficial al por mayor del azúcar éste sería determinado por el CAA. Los ingenios debían comprar toda la producción de caña de las zonas designadas.

59. Un acuerdo expedido el 25 de marzo de 1997 (el “Acuerdo de 1997”) pretendió establecer la manera de determinar un referente nacional para el precio de la caña. Éste era un promedio ponderado de precios cobrados para el azúcar semi-refinada estándar en el mercado doméstico y de exportación. El incremento de las ventas en el bajo mercado mundial reduciría en teoría el precio de referencia y disuadiría a los cañeros de una producción continuamente creciente. El Acuerdo previó que el precio de referencia sería fijado al comienzo de la campaña y estaría en vigor desde el primero de octubre de cada año hasta el 30 de septiembre del siguiente. (La temporada de cosecha generalmente va de noviembre hasta

junio). El cálculo involucraba las ventas nacionales e internacionales *esperadas*. Al final de cada campaña un ajuste sería hecho a la luz de las cifras reales. Éstas debían ser establecidas por el Comité para cada ingenio. Los subpagos a los cañeros serían compensados por los ingenios y los sobrepagos devueltos. La posición de México es que el ingenio que cobrara precios inferiores al de referencia tenía los medios para ajustarlo dentro del Comité. El que no lo hayan hecho no puede ser atribuido al Gobierno.

60. GAMI describe el Acuerdo como una “medida gubernamental ... a nivel ministerial”. México se refiere a él como una manifestación de un consenso entre el CAA sobre las reglas y disposiciones para dar vigencia al Decreto de la Caña de Azúcar.

61. GAMI afirma que el Acuerdo de 1997 también establecía el principio que los ingenios debían cumplir con cuotas de exportación establecidas por la Secretaría de Economía. Los ingenios que incumplieran debían pagar una multa. Ésta era sustancial: 2,5 veces la diferencia (importante y variable) entre los precios mexicanos y mundiales. Esta diferencia era simplemente multiplicada por el déficit de exportación para obtener el monto de la multa.

62. México niega que el Acuerdo creara una obligación legal de satisfacer cuotas de exportación. La multa era convencionalmente acordada. El Gobierno no era responsable de implementarla coercitivamente. El Acuerdo no le daba a las Secretarías pertinentes la autoridad para pronunciar ninguna de las dos posibles sanciones administrativas: multa o arresto administrativo. El Decreto de la Caña de Azúcar facultaba a la JCACA para resolver las disputas económicas entre los industriales y los cañeros – o entre los ingenios *inter se*. El Gobierno no tenía medios de intervenir si los cañeros no solicitaban mayores ajustes cuando la *ratio* de exportación quedaba corta. Esta era una materia propia del Comité relevante o si era necesario de la JCACA. La tarea de computar la cuota para los ingenios individuales correspondía a la Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcohólica (CNIAA) según el procedimiento expedido el 29 de enero de 1992. Casi todos los industriales se suscribieron a este procedimiento. El señor Gallardo lo hizo en nombre de GAM.

63. El 31 de marzo de 1998 este régimen fue completado por otro acuerdo (el “Acuerdo de 1998”). Este preveía topes de producción para los ingenios. La sobreproducción era penalizada. La subproducción era recompensada. Los topes anuales eran establecidos para cada ingenio antes de octubre de cada año por las Secretarías de Agricultura y Economía (teniendo en cuenta las opiniones del CAA). México señala un acuerdo fechado el 10 de junio de 1998 entre la CNIAA y dos sindicatos de cañeros para mostrar que esas entidades le solicitaban a las dos secretarías establecer la producción base para cada uno de los ingenios.

64. El Acuerdo de 1998 contemplaba que los topes de producción serían establecidos por referencia a la campaña de 97-98. La producción real durante la campaña resultó haber sido subestimada. México afirma que por lo tanto era necesario buscar un método más preciso. Mientras tanto los niveles no fueron establecidos. Esto llevó a un acuerdo de 2000 según el cual los niveles de producción fueron establecidos en proporción al número de hectáreas de cultivos de caña de azúcar que correspondían a cada ingenio.

(ii) Las supuestas fallas de aplicación y ejecución

65. GAMI afirma que México “falló flagrantemente y sistemáticamente en implementar y ejecutar la ley”. México utilizó estimaciones irreales para inflar el precio de referencia de la caña de azúcar. Los requisitos de exportación sencillamente nunca se hicieron cumplir. Los topes de producción tampoco fueron nunca establecidos. El resultado fue ruinoso para los ingenios de GAM. El precio interno del azúcar decayó. El costo de la caña aumentó. Finalmente el costo de producción excedió el precio del azúcar producido.

66. GAMI resume el “efecto desastroso” de las supuestas fallas de aplicación y ejecución en dramáticas cifras. El precio combinado decreció en un 13,2% de 1997 a 2000. El costo de la caña aumentó en 38,8%. Los beneficios operativos de GAM de M\$ 368 millones en 1996 se transformaron en una pérdida operativa de M\$ 302 millones en 2000.

67. GAMI describe la idea central del testimonio del señor Pinto como una confirmación que “la abdicación de México de sus responsabilidades fue la causa primera del desorden del

mercado que erosionó el valor de la inversión de GAMI antes de la expropiación”. México objeta marcadamente que el señor Pinto haya dicho esto. Él se refirió a un gran número de factores. Ellos incluyen las importaciones de fructosa así como el fracaso de obtener los niveles de cuota “merecidos” por parte de los Estados Unidos.

68. La primera de las tres áreas generales en las cuales GAMI alega que México no cumplió sus deberes legales se refiere al precio de referencia y su ajuste. El Acuerdo de 1997 (ver parágrafo 59 arriba) buscaba establecer un mecanismo para determinar como precio nacional de referencia para la caña de azúcar el promedio ponderado de los precios internos y de exportación para el azúcar semi-refinada. GAMI asegura que este sistema requería que el Gobierno comunicara los precios al final de cada cosecha según eran recogidos por el Sistema Automatizado Aduanero Integral. El no haber hecho esto impidió cualquier ajuste del precio de la caña. Los ingenios de GAM fueron por ende “obligados a pagar en exceso” durante cuatro años consecutivos.

69. El anunciado objetivo del acuerdo de 1997 manifiestamente falló en materializarse. También es evidente que la actuación del Gobierno fue insuficiente. México no ha dado ninguna explicación a esta falla. Su defensa ha sido más bien negar que tuviera una clara obligación. Alternativamente México afirma que su pasividad no fue perjudicial. Los ingenios y su cámara nacional (la CNIAA) tenían acceso a la información requerida de una manera oportuna. GAMI replica que no hay ninguna prueba en este sentido. Además el punto de vista de México no es defensa ante la acusación de GAMI que México no respetó su obligación legal de proveer esta información.

70. La segunda área general se refiere a los requisitos de exportación. Requerir a todos los ingenios de cumplir con las cuotas de exportación hubiera aliviado la presión sobre los precios internos. (Ver los párrafos 49 y 61 arriba). No hacerlo distorsionaría la competencia entre ingenios. GAMI alega que el Gobierno descuidó abiertamente el asegurar el cumplimiento como tenía la obligación legal de hacerlo. No siguió ni estableció el nivel de cumplimiento por parte de los ingenios individuales con sus cuotas de exportación. Los ingenios delincuentes no fueron penalizados por la JCACA – que GAMI describe como un “cuerpo controlado por el Gobierno”.

71. México contesta que la propia industria de los ingenios era en un grado importante responsable de resolver el problema. Ella debió haber hecho eso a través de la JCACA – la cual México insiste es un ente tripartito cuyo fin es promover el consenso más que funcionar como un órgano gubernamental. Puede ser que algunos ingenios ignorasen sus cuotas de exportación. Pero entonces GAM debió haber perseguido legalmente a los infractores. En cambio buscó “frustrar” el funcionamiento de JCACA cuestionando su jurisdicción cuando los cañeros presentaron acciones demandando información a los ingenios. De hecho México se pregunta por qué GAM y sus obedientes aliados en el CNIAA no actuaron para disciplinar o incluso excluir de esa Cámara a miembros cuya delincuencia era tan obviamente constitutiva de competencia desleal.

72. GAMI apunta que los dos ingenios operados efectivamente por el Gobierno mexicano también fallaron en cumplir con los requisitos de exportación. Esto estableció un pobre ejemplo que GAMI dice “causó más incumplimiento”. México contesta que estos ingenios no eran de hecho propiedad del Gobierno. Ellos estaban en quiebra y manejados por un fideicomiso público. GAMI caracteriza esta respuesta como “hiper-técnica”. Argumenta que el Gobierno tenía “amplia autoridad para obligar a Santa Rosalía y La Joya a cumplir con sus requerimientos de exportación si así lo quería”.

73. De nuevo el fracaso del Acuerdo de 1997 es evidente. Si México tenía una obligación de alcanzar una efectiva aplicación su falla es clara. Tal es la idea central de la opinión jurídica del licenciado Schmill. Pero la conclusión es menos clara si el parámetro de responsabilidad envuelve elementos subjetivos: una indiferencia *intencional* o *irresponsable* por el éxito del régimen regulatorio. El análisis jurídico del Tribunal será desarrollado oportunamente. La investigación inmediata concierne las causas del fracaso del esquema de cuotas de exportación previsto.

74. GAMI argumenta que el artículo 7 del acuerdo de 1997 creó una “obligación legal” para el Gobierno de expedir la determinación de los niveles de conformidad con sus obligaciones de exportación. México rechaza tajantemente esto como una lectura injustificada del texto del acuerdo. Cada uno de los Comités está de hecho encargado de esta tarea. México se refiere a más de 400 actas registradas de varios Comités sin ninguna demanda de confirmación por el Gobierno de la información proporcionada dentro del Comité respectivo.

Correspondería a la JCACA resolver cualquier diferencia dentro de un Comité particular. El rol del Gobierno era de proporcionar información. México insiste que esto se hizo – “en forma completa y diligente” – a pedido de la JCACA y de los cañeros.

75. Este Tribunal está enfrentado a una serie de proposiciones que las partes han debatido largamente. ¿Requería el establecimiento de las cuotas de consultas? ¿Tomaron los ingenios suficientes iniciativas? ¿Debió su Cámara nacional haber hecho más para vigilar a sus miembros? ¿Puede la JCACA ser considerada un órgano del Gobierno? ¿Buscaron los ingenios bloquear la JCACA en 1999? ¿Qué diferencia hizo eso? ¿Funcionaron la JCACA y los diversos comités como estaba previsto? Si no, ¿estaba el Gobierno obligado a idear y hacer efectivos mecanismos alternativos para alcanzar los objetivos establecidos? ¿Cambiaron de actitud los ingenios frente a la JCACA en el 2000 y el 2001? ¿Tenía derecho GAM en particular (sin importar lo que hubiese hecho en un nivel informal o político) a mantener la pasividad formal y sin embargo exigir al Gobierno una efectiva aplicación? ¿Había alguna reparación disponible para GAMI en su posición de parte afectada indirectamente?

76. Sin duda pueden encontrarse respuestas a estas preguntas en la ley mexicana. Si el Tribunal debe y puede proveer dichas respuestas es otro asunto. En esta coyuntura le basta al Tribunal notar que la legislación mexicana no contenía una afirmación categórica al efecto de que *el Gobierno debía anunciar anualmente cuotas de exportación individuales para todos los ingenios y debía de inmediato hacer cumplir cualquier desacato*. Las preguntas identificadas en el Párrafo 75 demuestran que el régimen legal era mucho más complejo. El Tribunal mantiene que un inversor extranjero que contemple este régimen no podría haber actuado con la expectativa cierta de contar con lo señalado en las palabras en *itálicas*.

77. La confirmación de esta conclusión se encuentra cuando uno reflexiona sobre la descripción por parte de México de las iniciativas que dice haber tomado en apoyo de la exportación de azúcar. El Escrito Posterior de México describe siete categorías de dichas iniciativas:

- (a) En 1998 México recurrió contra los EEUU bajo el artículo 20 del TLCAN con miras a establecer el acceso

de excedentes mexicanos al mercado de USA. Esta iniciativa fue frustrada por el rechazo de Estados Unidos de constituir un tribunal. GAMI responde que esta acción “no toma en cuenta el cumplimiento por parte de los ingenios individuales con el Acuerdo de 1997”.

- (b) En 1995 México accedió a la solicitud de propietarios de ingenios de azúcar para la eliminación de precios oficiales. GAMI contesta que esta medida fue irrelevante para el requisito de exportación introducido dos años mas tarde.
- (c) El Gobierno otorgó subsidios para permitir el almacenamiento de 600.000 toneladas de azúcar. Solamente a los ingenios que habían respetado los requisitos de exportación se les permitió beneficiarse de estos subsidios. GAMI contesta que estos subsidios fueron compensados por un incremento en el precio de la caña de azúcar ordenado por el Gobierno durante tres cosechas consecutivas desde 1997.
- (d) México accedió a una solicitud de los propietarios de ingenios para iniciar un investigación anti-*dumping* con relación a fructosa originada en EEUU. Esto trajo como consecuencia la imposición de cuotas compensatorias. GAMI contesta que esto es irrelevante; la adecuada aplicación del Acuerdo de 1997 “*resultaría en ajustes automáticos y balanceados a las condiciones cambiantes*” como las reducciones en el consumo de azúcar debido a la conversión de fructosa.
- (e) México creó un programa de reestructuración de deuda. GAM se benefició de éste porque le fue otorgado un crédito con bajos intereses que le permitió recuperar una parte de su deuda externa en dólares. GAMI contesta que esto no fue un favor. En definitiva GAMI obtuvo capital del mercado de deuda pública de EEUU para el *prepago* de préstamos del organismo de desarrollo de crédito mexicano (FINA).
- (f) México cumplió su función en el CAA. Usó sus dos puestos (del total de seis) para buscar consenso con los cañeros y los ingenios. Consta que el CAA siempre actuó con más que consenso: unanimidad. El CAA desarrolló

un régimen basado en el Decreto de Caña de Azúcar que luego se convirtió en los Acuerdos de 1997 (con reforma del 1998) y 2000. El objetivo constante del CAA era el de solucionar el problema de exceso de producción. GAMI contesta que los Acuerdos fueron adoptados sólo por el Gobierno. Sobre todo el problema no era la adopción de la legislación sino como asegurar su cumplimiento.

- (g) “Una de las maneras” en que México busco incentivar el cumplimiento con las cuotas de exportación fue a través de limitar el acceso a la cuota de exportación al mercado estadounidense de altos precios, establecida bajo el TLCAN, a aquellos ingenios que cumplieran con las cuotas generales de exportación. GAMI contesta que esto era insignificante porque la cuota de EEUU era muy pequeña.

78. De este modo cada uno de los argumentos de México es contrarrestado con un argumento de GAMI. Algunas de las refutaciones de GAMI están relacionadas con una falta de conexión lógica con el mecanismo legislativo el que insiste México tenía la obligación legal de implementar y cumplir. Otras objeciones tienen que ver con la falta de relación causal. Otras son parte de un debate macroeconómico. Todos los argumentos de GAMI podrían ser validos. Pero consta que México ha buscado la solución del problema de exceso de producción de muchas maneras y durante muchos años. No se ha establecido en lo absoluto que México repudiara o de manera arbitraria ignorara su propia legislación. Lo que GAMI ha logrado demostrar es que México falló en convertir el Acuerdo de 1997 en realidad. Las consecuencias de estas conclusiones serán consideradas cuando el Tribunal tenga que determinar si la responsabilidad internacional de México ha sido establecida.

79. Un punto importante de debate en este caso concierne a la alegada incapacidad de México para actuar contra el grupo de ingenios CAZE. GAMI escribe que “México no niega que tenía conocimiento del fraude de CAZE ya en octubre de 1999”. GAMI se refiere a la presunta falsificación de documentos para demostrar el aparente cumplimiento con las condiciones de exportación. México rechaza enfáticamente esta afirmación. La Secretaría de Economía sin duda había recibido una carta del Sr. Santos (como presidente de la CNIAA) con fecha del 29 de octubre de 1999 llamando la atención a la posición de CAZE. Pero esta carta mencionaba “serias irregularidades” que

“creaban la presunción” de que los volúmenes de exportación declarados no eran ciertos. Él pidió a la Secretaría que se tomaran las “acciones necesarias” para la determinación de quién era responsable por esta “lamentable” situación. Hizo notar que el mismo CNIAA había pedido a CAZE que se le entregara una explicación detallada de las irregularidades. Escribió una segunda carta el 14 de diciembre de 1999 reiterando los elementos resumidos arriba. Añadió que CAZE “ha iniciado su investigación interna ...; sus resultados le serán comunicados oportunamente.” México observa que esto estaba lejos de ser prueba de un fraude. En definitiva la CNIAA no tomo acción contra CAZE.

80. GAMI sugiere que funcionarios mexicanos habían decidido arbitrariamente (o posiblemente por favoritismo) no perseguir a CAZE. El Sr. Santos testificó que agentes públicos le habían dicho que el “caso estaba cerrado” y que debía ser olvidado. Esta es una acusación muy seria. No se le puede dar crédito en ausencia de evidencia. Es sólo el recuerdo del Sr. Santos. Él puede haber entendido mal. Su memoria puede fallar. Y aun si tuviera razón es difícil olvidar que su propia postura como líder de una importante organización industrial estuvo caracterizada por la falta de coraje dada su propia visión que el asunto traía “graves implicaciones a toda la industria” (carta del 27 de octubre de 1999). GAMI ha criticado a México por no “intervenir a tiempo para proteger el interés público que había sido afectado negativamente por CAZE”. México contesta irónicamente que GAMI aparentemente cree que la invocación del interés público es suficiente “para que las ramas ejecutivas de los Gobiernos del mundo tomen iniciativas *ad hoc* aun en ausencia de la solicitud de las partes afectadas – e inclusive en contra de su voluntad”.

81. **La tercera y última área general de presunta mala administración concierne los límites de producción.** GAMI afirma que el Acuerdo de 1998 requería que el Gobierno realizara esta función. El rol consultivo del CAA no justificaba que el Gobierno “abdicara de su obligación legal de actuar a falta de consenso”. Además el Acuerdo del 2000 creó una obligación legal de adoptar reglas para los controles de producción. El incumplimiento de México hizo imposible la aplicación y ejecución del Acuerdo del 2000.

82. México controvierte el siguiente pasaje del alegato de conclusión de GAMI:

“No hay duda de que el Acuerdo de 1998 requería que el Gobierno determinara los niveles de producción por ingenio comenzando con la cosecha del 1997-1998 ... El testimonio del ex - Presidente de la Corte Suprema Schmill de que el Gobierno estaba bajo la obligación legal de actuar se mantiene incuestionable...”

México insiste en que el licenciado Schmill no dijo sino que los niveles de producción base impuestos por las autoridades para ingenios individuales serían obligatorios. Esto no es lo mismo que decir que México violó el Acuerdo de 1998 porque dichos niveles para la cosecha del 1988/99 no estaban definidos. La posición de México es que tanto los cañeros como los propietarios de los ingenios estaban de acuerdo en que la metodología del Acuerdo de 1998 era inadecuada. Se acordó por tanto con el Gobierno buscar una nueva metodología. El resultado fue la decisión de que la metodología del Acuerdo del 2000 estaría basada en el número de hectáreas cultivadas correspondientes a cada ingenio. Éste era un “dato objetivo”. (La referencia previa a los volúmenes producidos durante la cosecha de 1997-1998 resultó en una subestimación). Cada ingenio así como la propia CNIAA sabían entonces cuál sería el punto de referencia. El Sr. Santos (como presidente de la CNIAA) lo reconoció explícitamente como el producto de un acuerdo que tendría vigencia a partir de la cosecha 2000/01. El Acuerdo de 2000 no requiere que los niveles sean publicados. Estos simplemente quedan disponibles en las oficinas de la Secretaría de Economía y el CAA. GAM nunca pidió una confirmación “oficial” o por escrito.

6(B) Estándar mínimo de trato: demanda de GAMI bajo el artículo 1105.

83. No se puede dejar de notar que la queja de GAMI de supuesto trato injusto y no equitativo no está relacionada con una demostración de perjuicios específicos y cuantificables. La supuesta conducta negativa de México habría sin duda resultado en el descenso a corto plazo del valor de las acciones de GAM. (No hubieran habido pérdidas de dividendos: la estrategia de negocios de GAM nunca ha sido la de distribuir ganancias entre los accionistas). La duración de este descenso de valor no especificado es incierta. Debía ser revertido hasta cierto punto por la devolución de los tres ingenios injustamente expropiados y por la perspectiva de compensación por los otros dos (cuya expropiación GAM no impugnó). Sobre todo hay

consenso en cuanto al efecto positivo de una aplicación más vigorosa del Programa Azucarero de México.

84. GAMI no intentó probar o siquiera presentar un análisis financiero teórico de lo que habría sido el descenso a corto plazo. GAMI prefirió proceder sobre la base de que el valor completo de su inversión había sido destruido. Se puede demostrar que esto no es cierto. Las acciones de GAMI en GAM se mantienen intactas. Los activos productivos más importantes de GAMI le han sido devueltos o son objeto de negociaciones para determinar compensación. La industria azucarera ahora opera mejor. El Sr. Pinto testificó que un impuesto sobre refrescos endulzados con fructosa “se ha transformado en una medida muy beneficiosa para la industria azucarera mexicana.” GAM misma ha manifestado su optimismo hacia el futuro. El consejero de GAMI ha declarado de plano en las presentaciones orales finales que “ahora el sistema esta funcionando.” El fracaso de GAMI en fundar su demanda de destrucción total será considerado en detalle más adelante cuando se examine su demanda de expropiación. Pero también con respecto a la demanda basada en el artículo 1105 se debe notar que GAMI no ha buscado cuantificar el supuesto perjuicio proveniente de ciertos supuestos actos u omisiones.

85. El enfoque de GAMI aparenta ser todo o nada. Pero ningún análisis creíble de causalidad puede imputar la totalidad de las decepciones de GAMI como inversor al Gobierno mexicano. Ambas partes están de acuerdo en que la economía del azúcar esta muy distorsionada y es objeto de poderosas fuerzas del mercado internacional. Nadie ha sugerido que el TLCAN faculte a un inversionista para actuar en base a que el régimen regulatorio constituya una garantía de éxito económico. GAMI sólo puede afirmar que la mala administración del Programa Azucarero le causó *algún* perjuicio. Pero el perjuicio debe ser particularizado y cuantificado. GAMI no lo ha hecho. El Tribunal no sabe si en estas circunstancias tal demostración podría siquiera ser posible debido al problema del tiempo. Hay años en que el sol brilla sobre la industria azucarera. Particularmente en México la industria ha tenido sus altos y bajos. Los últimos acontecimientos han sido aparentemente positivos. GAMI presumiblemente se ha beneficiado de ellos. A falta de la destrucción total de su inversión GAMI no ha identificado el momento en que la instantánea metafórica de su perjuicio deber ser tomada. Puede ser que tal demostración sea imposible en este caso. En todo caso el Tribunal no habría estado en posición de otorgar daños aun si hubiera concluido que hubo violación

del artículo 1105. Aun así el Tribunal explicará su conclusión de que GAMI tampoco pudo en principio fundar su demanda bajo el artículo 1105.

86. GAMI ha demostrado exhaustivamente que las regulaciones a las que se refiere como “el Programa Azucarero mexicano” no fueron cumplidas en concordancia con sus condiciones. GAMI hace mención de las “obligaciones legales” que incumben al Gobierno bajo tales regulaciones. Se basa en la impresionante opinión legal de un ex Presidente de la Suprema Corte de Justicia (Lic. Schmill) en cuanto a que el Gobierno tiene la obligación de “intervenir directa y permanentemente” para asegurar la aplicación efectiva de los decretos promulgados.

87. Las tres amplias instancias de fallo en la aplicación y ejecución han sido descritas en la sección 6(A)(ii). Este Tribunal no duda que el cumplimiento de los principales objetivos regulatorios en cuestión (precio de referencia/requisitos de exportación/controles de producción) hubiera mejorado de manera significativa las expectativas de GAM y sus accionistas. Recientemente el Programa Azucarero ha sido implementado con considerable éxito. La industria ha disfrutado de un auge aun sin el deseado acceso al mercado de Estados Unidos.

88. GAMI argumenta que la falta de aplicación y ejecución de sus leyes por parte de México fue arbitraria y flagrante. GAMI sostiene que por ende México ha violado el estándar articulado en *Técnicas Medioambientales Tecmed* así:

“El Tribunal Arbitral considera que esta disposición del Acuerdo [trato justo y equitativo], a la luz de los imperativos de buena fe requeridos por el derecho internacional, exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquel cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera

anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no solo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son pertinentes. Un accionar del Estado ajustado a tales criterios es, pues, esperable, tanto en relación con las pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las relaciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las subyacen. El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del estado en las que el inversor confió y baso la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial”.¹²

89. GAMI considera que los términos del laudo subsiguiente de *Waste Management II* sugieren una mayor indulgencia cuando se evalúa el comportamiento de un Estado bajo el artículo 1105. (*Técnicas Medioambientales Tecmed* no era un caso del TLCAN. Surgió bajo el Tratado Bilateral de Inversión entre México y España que establece que cada estado miembro “debe garantizar un trato justo y equitativo” a los inversionistas de los otros estados miembros). GAMI afirma que su queja no obstante satisface los requisitos articulados en ese laudo. Cita a *Waste Management II* con el siguiente énfasis añadido:

“Tomados en forma conjunta, los casos S. D. Myers, Mondev, ADF y Loewen sugieren que el nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y

¹² Laudo del 29 de mayo de 2003, 10 ICSID REPORTS (próximamente), párrafo 154.

discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo. Al aplicar este criterio es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable.¹³

90. México no ha cuestionado esta síntesis como tal. Prefiere insistir en que el Tribunal no tiene mandato para controlar la aplicación del derecho doméstico por autoridades nacionales.

91. Esta opinión interpreta mal la función del Derecho Internacional en el contexto de la protección de la inversión extranjera. El Derecho Internacional no evalúa el contenido de un programa legislativo existente antes de que un inversor decida comprometerse. La cuestión es si el Estado cumplió o implementó ese programa. Es en este sentido que el fallo del Gobierno en implementar o cumplir con sus propias leyes que afecta de manera negativa a los inversionistas extranjeros puede pero no necesariamente llevar a una violación del artículo 1105. Mucho depende del contexto. Por ejemplo la imposición de un nuevo requisito para el otorgamiento de licencias puede ser vista de manera diferente si no se relaciona a los antecedentes previos o si es una repudiación arbitraria del régimen de licencias preexistente en el que el inversionista ha demostradamente confiado.

92. La obligación internacional relevante está establecida en el artículo 1105(1) que reza:

“Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional,

¹³ Párrafo 98.

*incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas*¹⁴.”

El reto para este Tribunal es aplicar estas abstracciones. Primero es necesario averiguar cómo se relacionan con el cumplimiento de las leyes nacionales.

93. Repitiendo: los árbitros del TLCAN no tienen mandato para evaluar las leyes y regulaciones anteriores a la decisión de invertir tomada por un extranjero. El presente Tribunal comparte y adopta los siguientes pasajes de *S.D Myers*:

*“Cuando se interpreta o aplica el estándar mínimo, un tribunal constituido bajo el Capítulo 11 no tiene un mandato amplio para revisar la toma de decisiones gubernamentales. Los Gobiernos tienen que tomar muchas decisiones potencialmente controversiales. Cuando lo hacen, puede parecer que han cometido un error, que no han juzgado correctamente los hechos, que han procedido en base a teorías sociales y económicas equivocadas, que han puesto mucho énfasis en valores sociales por encima de otros y adoptaron soluciones que en definitiva son ineficaces o contraproducentes. La solución normal, si hay alguna, para errores cometidos por los Gobiernos modernos son las políticas internas y los procesos legales, incluyendo elecciones.”*¹⁵

¹⁴ En Julio de 2001 la Comisión de Libre Comercio del TLCAN publicó Notas de Interpretación para ciertas provisiones del Capítulo 11. Estas notas establecen que el artículo 1105 no requiere un tratamiento a extranjeros “más allá de lo que es requerido por el estándar mínimo de la costumbre internacional”. También establecen que la determinación de que ha ocurrido una violación de una obligación contenida en otro tratado por sí sola no determina una violación del artículo 1105. GAMI mantiene que sus reclamos en este caso “satisfacen el estándar establecido en la interpretación”. Por ello no considera necesario preguntar si las Notas constituyen “un ejercicio adecuado del poder de interpretación en el artículo 1131”.

¹⁵ Primer Laudo Parcial, *op. cit.*, n. 8, párrafo 261.

94. La obligación de los tribunales del TLCAN es evaluar si acaso y cómo las leyes preexistentes y regulaciones se aplican al inversionista extranjero. No es excusa que la regulación es costosa. Tampoco son defensas la escasez de administradores capaces o una cultura deficiente de cumplimiento. Tal es el reto de gobernabilidad que enfrenta cada país. Las violaciones del TLCAN de seguro no pueden ser excusadas en base a que el cumplimiento del Gobierno con respecto a sus propias leyes puede ser difícil. Cada parte del TLCAN debe por el contrario aceptar responsabilidad si sus agentes no implementan las regulaciones o lo hacen de una manera discriminatoria o arbitraria.

95. El Tribunal de ICSID en el caso *Waste Management II* realizó lo que calificó de “encuesta” de estándares de revisión aplicados por tribunales internacionales conociendo de reclamos basados en el artículo 1105. Observó el surgimiento de un “criterio general para el artículo 1105.”¹⁶ Notó que la violación no requiere prueba de “el tipo de trato escandaloso mencionado en el caso *Neer*.”¹⁷ *Neer* se refirió a una conducta constitutiva “de ultraje, de mala fe, de descuido intencionado de obligaciones, o de acciones gubernamentales tan insuficientes respecto de los estándares internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial podría reconocer su insuficiencia.”¹⁸ *Neer* fue decidido hace más de medio siglo antes de que el TLCAN viera la luz del día. El laudo de *ADF* observa que la costumbre internacional está en un “constante proceso de desarrollo” como refleja el artículo 1105. El estándar que surgió del estudio del tribunal de *Waste Management II* ha sido adecuadamente identificado por GAMI y es reproducido en el Párrafo 89 arriba. GAMI afirma que su reclamo satisface este estándar.

96. El laudo del caso *Waste Management II* continúa diciendo: “Evidentemente, el criterio es, hasta cierto punto, flexible y debe ser adaptado a las circunstancias de cada caso.” Los árbitros concluyeron que el fallo reconocido en el cumplimiento de obligaciones contractuales no era suficiente para crear responsabilidad bajo el artículo 1105.¹⁹ Esta falta de

¹⁶ Laudo del 24 de abril de 2004, 10 ICSID REPORTS (próximamente), párrafo 98.

¹⁷ *Ibid.*, párrafo 93.

¹⁸ L.F. *Neer v. Mexico*, 1927 AJIL 555, p. 556.

¹⁹ *Op. cit.* n. 16, párrafo 109.

desempeño fue sopesada con los intentos de las autoridades de alcanzar los objetivos de la concesión. El tribunal no alcanzó el convencimiento de que los antecedentes *en su conjunto* probaran una violación del derecho internacional.

97. Cuatro implicaciones del caso *Waste Management II* resaltan inclusive al nivel de generalidad reflejado en los pasajes que fueron citados previamente. (1) La falta de cumplimiento de los objetivos de los reglamentos administrativos sin más no representa necesariamente una violación del derecho internacional. (2) La falta de cumplimiento de los requisitos de las leyes nacionales no es necesariamente una violación del derecho internacional. (3) La prueba de un esfuerzo de buena fe de parte del Gobierno para lograr los objetivos puede compensar las instancias de no observancia de requisitos legales o reglamentarios. (4) La totalidad de los antecedentes –no hechos aislados– determina si ha habido una violación del derecho internacional. Es sobre esta base que las alegaciones de GAMI son examinadas.

98. GAMI reconoce que los tribunales del TLCAN han adoptado el punto de vista de *ADF v. USA* que se expresa a continuación:

“Algo más que simple ilegalidad o falta de autoridad bajo la legislación de un estado es necesario para que un acto o medida resulte inconsistente con los requisitos de la costumbre internacional establecidos por el artículo 1105(1), aun bajo el punto de vista del Inversionista de dicho artículo.”²⁰

GAMI sostiene que el requisito de “algo más” se cumple de la siguiente manera:

“La conducta de México en este caso es mucho más evidente que un fallo simple o aislado en regirse por las provisiones del Decreto de Caña de Azúcar. Las acciones y omisiones de México individual y cumulativamente afectaron de manera negativa el equilibrio de las leyes del

²⁰ 6 ICSID REPORTS 470, párrafo 190 (2003).

azúcar, efectivamente convirtiendo la inversión de GAMI en GAM en una importante contribución para el beneficio de los cañeros, y del propio Gobierno mexicano y de los ingenios que no fueron expropiados. Esto es precisamente lo que el TLCAN prohíbe. Dicha conducta es arbitraria, extremadamente injusta y muy por debajo del estándar mínimo requerido por el artículo 1105 y el derecho internacional. ... [México] arbitraria y discriminadamente implementó ciertos aspectos de la ley y caprichosamente se rehusó a implementar y ejecutar otros, destruyendo substancialmente la inversión de GAMI.”

99. Los componentes de hecho y derecho de este argumento deben ser examinados. La proposición de que la inversión de GAMI fue destruida sencillamente no está probada. GAM todavía existe. Su director general testificó que GAM se está recuperando y que él es “optimista”. Tampoco puede ser aceptado que las dificultades de GAM fueran el resultado directo del supuesto fallo de México en implementar el Programa Azucarero. El argumento de GAMI no es que su inversión hubiese sido rentable de no haber sido por la negligencia de México. Es bastante evidente que esto no es lo que GAMI creía en ese momento. Su Informe Anual Formulario 20-F del año 1999 para la Comisión de Valores de Estados Unidos estableció:

“No hay seguridad de que la Compañía será capaz de mantener las ventas a precios de mercado generalmente dominantes para el azúcar en México sin descuentos y que suficientes exportaciones tendrán lugar para asegurar el equilibrio del mercado domestico.”

100. La pregunta clave es hasta qué punto un inversionista puede confiar en el cumplimiento por parte del Estado anfitrión de leyes en vigencia antes que la inversión sea realizada. ¿Qué esfuerzos realizados por el Gobierno para implementar su programa legislativo son suficientes para cumplir con los estándares internacionales requeridos por el artículo 1105? El caso de *Waste Management II* involucraba compromisos contractuales entre las autoridades del Gobierno y el inversionista. GAMI no puede invocar compromisos tales. Aun

así algunos de los elementos de análisis del caso *Waste Management II* son instructivos.

101. El inversionista en *Waste Management II* adujo evidencia que demostraba que “es claro que el Ayuntamiento no cumplió en una serie de aspectos con sus obligaciones contractuales para con la Demandante.”²¹ Las demandas contractuales del inversionista podían ser sometidas a los tribunales mexicanos. Como demandas contractuales no podían ser presentadas en ninguna otra parte debido a las normas de jurisdicción pertinentes. Aun así demandas por violaciones del TLCAN podían ser conocidas por tribunales arbitrales bajo el Capítulo 11 sin necesidad de agotar los recursos locales. El problema en *Waste Management II* era entonces identificar los tipos de interferencias con derechos contractuales que pudieran constituir violaciones de obligaciones del derecho internacional. El tribunal observó que en sí misma “la falta persistente del pago de deudas por parte de un municipio no puede equipararse a una violación del artículo 1105”²². De lo contrario “el Capítulo XI se convertiría en un mecanismo de igual recurso para cobranza de deudas y fines análogos relacionados con todos los contratos públicos (incluidos los municipales), lo cual no parece corresponder a su propósito.”²³ Se requería algo más. La conducta que origina la queja no viola el artículo 1105 siempre que “no sea un desconocimiento manifiesto e injustificado de la transacción” y “que el acreedor tenga alguna vía o recurso para resolver el problema.”²⁴

102. Algo parecido a esta secuencia de proposiciones existe en el presente caso.

103. GAMI ha dado claros ejemplos de incumplimiento en la aplicación de importantes elementos de las reglamentaciones mexicanas. Ha aportado pruebas contundentes confirmando que el Gobierno mexicano está obligado constitucionalmente a ejecutar sus reglamentaciones. Las acciones por mala administración podrían ser interpuestas ante los tribunales mexicanos. De hecho como incumplimientos del derecho

21 *Op. cit.* n. 16, párrafo 109.

22 Párrafo 115.

23 Párrafo 116.

24 Párrafo 115. Queda pendiente el asunto de la denegación de justicia. Dicho argumento fue invocado por *Waste Management II* pero fue rechazado. No hay un argumento similar en el presente caso.

administrativo mexicano no pueden ser interpuestas en ninguna otra jurisdicción. Sin embargo las acciones de GAMI con relación al incumplimiento del TLCAN sí pueden ser interpuestas ante este Tribunal en virtud del Capítulo 11 sin necesidad de tener que agotar los recursos locales. El problema reside pues en identificar el tipo de mala administración que podría llegar a constituir un incumplimiento de obligaciones internacionales. Una acción por mala administración probablemente violaría el artículo 1105 si alcanzara el nivel de “repudiación directa e injustificada” de la normativa relevante. Puede haber situaciones en que incluso omisiones menos significativas serían suficientes para que se cumplan los requisitos del artículo 1105. Son los antecedentes en general –y no un dramático incidente aislado- lo que determina si estamos ante un incumplimiento del derecho internacional.

104. GAMI no ha logrado probar en lo más mínimo que haya existido una “repudiación directa e injustificada” de las normas pertinentes. El Decreto de la Caña de Azúcar y las medidas relacionadas con el mismo ciertamente no operaron en función de sus propios términos. Sin embargo no existe ninguna prueba de que México se haya opuesto deliberadamente a su aplicación. No hay razón para dudar de que México hubiera preferido que todos los actores de la industria encontrasen prosperidad en el equilibrio económico concebido por la autoridad reguladora. Las autoridades mexicanas quizá podrían haber actuado con más iniciativa y perseverancia. Pero no hay certidumbre que el Gobierno mexicano fuera el actor único y crucial. Quedan cuestiones sin explicar con relación a la responsabilidad última por las “consultas” que debían tener lugar en los Comités y JCACA. Lo mismo es cierto con respecto a la aparente pasividad de la CNIAA.

105. ¿Podría basarse una acción bajo el artículo 1105 en un hecho que no llegara a ser una repudiación? ¿Qué ocurre con una notoria omisión de regular? ¿Podría decirse que México se ha negado a pedir cuentas a los administradores inoperantes por incumplimiento de sus tareas asignadas? La tesis de GAMI no consiste en afirmar que el artículo 1105 obliga a México a crear e implementar efectivamente un régimen de reglamentos para la industria azucarera. El Sr. Roth lo expresa más bien como sigue:

“... una vez que México ha optado por crear un programa del azúcar, debe cumplirlo y no puede arbitrariamente aplicar algunos de sus

elementos para beneficiar a algunos grupos a costa de causar un grave daño a otros.”

Es comprensible que GAMI le dé mucha importancia a las declaraciones del Lic. Schmill en el sentido de que *“tratándose de una actividad de interés público, el Gobierno necesitaba intervenir de manera directa y permanente para hacer cumplir los objetivos del Decreto de 1991, sus modificaciones de 1993 y los Acuerdos de 1997, 1998 y 2000”*

106. GAMI argumenta que confió en este hecho. El Sr. Aguilar ha hecho hincapié enérgicamente en las deficiencias del Gobierno. Ha insistido en que no había ninguna explicación válida para la omisión del Gobierno de aportar la información necesaria para ajustar los precios de referencia en cumplimiento del Acuerdo de 1997. Manifiesta que no puede culparse al CAA por no haber generado oportunamente niveles base de producción cuando el Gobierno esperó 21 meses antes de convocar al CAA. En su opinión hubiera sido un intento “fútil” por parte de los ingenios perjudicados acudir a los JCACA ya que “dependían de la información e iniciativas del Gobierno”.

107. ¿Es cierto que México se opuso a implementar reglamentaciones de acuerdo con sus normas? ¿O acaso GAMI ha sobreestimado la importancia de dichas normas?

108. Hay constancia que México falló en la aplicación de puntales clave de su Programa del Azúcar a pesar de sus obligaciones tal y como han sido explicadas por el Lic. Schmill. GAMI alega que hubo una inactividad absoluta con relación a la aplicación del programa de reglamentación necesario para la viabilidad de inversiones extranjeras que confiaban en el mismo. GAMI argumenta que jurídicamente esto es lo mismo que la violación por parte del Gobierno de las normas de dicho programa. Tanto acción como omisión pueden caer por debajo del nivel internacional requerido. Hasta aquí el Tribunal Arbitral está dispuesto a aceptar el punto de vista de GAMI. Sin embargo en este punto del análisis surge una cuestión crítica que es si los fracasos concretos del Programa del Azúcar son atribuibles al Gobierno. Es en este punto donde el Tribunal llega a la conclusión de que GAMI no ha aportado pruebas suficientes.

109. El preámbulo del Acuerdo de 1997 expone el objetivo del Decreto de la Caña de Azúcar de aumentar la participación de los sectores sociales y privados (es decir, los trabajadores y empresarios) “*como responsables de la producción nacional de azúcar*”. También hace referencia a la autorización dada a CAA para formular “*reglas, definiciones y disposiciones*” para aumentar la competitividad de la producción de azúcar. El Acuerdo mismo contiene fórmulas sofisticadas. Es evidente para cualquiera que el consumo y la producción nacionales previstos son elementos clave (*Ce* y *Qu* en la fórmula). Estos debían ser fijados por la Secretaría de Comercio y otras autoridades gubernamentales pertinentes teniendo en cuenta lo siguiente:

“la opinión de la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Desarrollo Rural, de Financiera Nacional Azucarera S.N.C. del Comité de la Agroindustria Azucarera, de la Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcohólica, de la Unión Nacional de Productores de Caña de Azúcar de la Confederación Nacional Campesina y de la Unión Federal de Cañeros de la Confederación Nacional de la Pequeña Propiedad”.

110. En resumen: el régimen de la regulación se basaba en la premisa de amplias consultas y cooperación. La intervención del sector privado fue requerida explícitamente. Se le otorgó un papel explícito a los sindicatos. El Gobierno mexicano no era el único actor en los aspectos importantes del Programa del Azúcar. GAMI dice que el Gobierno podría haber forzado el asunto para asegurar que las consultas tuvieran lugar. En sus conclusiones orales GAMI basó su argumentación en la declaración de la Secretaría de Agricultura cuando manifiesta que la industria “debe estar adecuadamente supervisada por el Estado”. Pero este argumento se vuelve contra GAMI. La diferencia entre una “supervisión adecuada” y una “aplicación efectiva” es apreciable. Es cierto que hay argumentos para defender ambas partes. El debate es complejo. Para un tribunal internacional la conclusión relevante es simplemente que GAMI no ha probado que el deber impuesto por el Gobierno a sí mismo en el régimen reglamentario era simple e inequívoco. Es imposible concluir que el fracaso del Programa del Azúcar es directamente atribuible al Gobierno ni que haya causado directamente los daños alegados por GAMI.

6(C) Discriminación: La acción de GAMI con relación al artículo 1102.

111. El elemento esencial del principio pertinente del tratamiento nacional queda expresado en el artículo 1102(2) del TLCAN como sigue:

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

112. La cuestión en el presente caso se refiere a un programa de nacionalizaciones que ciertamente afectaron de manera diferente a diversas empresas mexicanas. Sólo algunos de los ingenios de azúcar fueron expropiados. Algunos de los ingenios expropiados pertenecían a corporaciones mexicanas sin participación extranjera. La cuestión inherente en la argumentación de GAMI es pues si en consecuencia los ingenios de GAMI no podían ser expropiados sin violar el artículo 1102 del TLCAN simplemente porque GAM tiene accionistas minoritarios estadounidenses. La respuesta a esta pregunta es no.

113. GAMI argumenta que el Tribunal “no necesita buscar más allá de la declaración del Sr. Pinto” como prueba de la violación del artículo 1102. GAMI se refiere específicamente al relato del Sr. Pinto del tratamiento diferente de GAM y BSM:

“¿Puede haber alguna duda de que GAM y BSM estaban en circunstancias similares? Cada una tenía cinco ingenios. Ambas operaban con pérdidas. Ambas tenían que diferir pagos a sus cultivadores de cañas de azúcar y ambas habían garantizado sus deudas empeñando inventario de azúcar.

Del mismo modo, ¿puede haber alguna duda de que las dos empresas, y en consecuencia sus accionistas, fueron tratados de forma

diferente? BSM y sus accionistas conservaron sus ingenios y se beneficiaron enormemente de la recuperación del precio del azúcar. GAM y sus accionistas fueron privados no sólo de su propiedad sino también de la oportunidad de beneficiarse de la reordenación del mercado, una reordenación que el propio Sr. Pinto concede fue motivada por el reestablecimiento del cumplimiento con las exportaciones.

Aun más, el Sr. Pinto concede que la hoja de balance de GAM no era ni mejor ni peor que la de BSM- sólo diferente.”

114. El Tribunal arbitral no ha sido persuadido de que las circunstancias que incumben a GAM fueran demostrablemente tan “parecidas” a las de los propietarios de los ingenios expropiados y que por lo tanto fuera incorrecto tratar a GAM de manera diferente. México determinó que casi la mitad de los ingenios del país debían ser expropiados por interés público. La razón no era que estos tuvieran éxito y el Gobierno fuera codicioso. Al contrario: México percibió que los ingenios que operaban en condiciones de insolvencia necesitaban de la participación pública en el interés de la economía nacional en un sentido amplio. El Gobierno pudo haber estado equivocado. Eso es un asunto político y de políticas públicas. Puede que el Gobierno haya sido torpe en el análisis del criterio relevante para la línea divisoria entre los candidatos y los no candidatos a expropiación. Su conocimiento de finanzas corporativas pudo haber sido deficiente. Pero ineficiencia no es discriminación. Los árbitros estiman que existe una razón para la medida que no es en sí discriminatoria. La medida estaba plausiblemente relacionada con un objetivo legítimo de la política (asegurar que la industria azucarera esté en manos de empresas solventes) y no fue aplicado de una manera discriminatoria o como una barrera disfrazada a la igualdad de oportunidades.

115. El Tribunal Arbitral en definitiva acepta (como lo expresó el Sr. Perezcano en su presentación oral) que GAMI ha fracasado en demostrar que las medidas que invoca fueron el “resultado de o están relacionadas con la participación de GAMI en GAM; ni estaban dirigidas para tratar a GAM de manera diferente por la participación de GAMI en su capital social”. En las circunstancias de este reclamo derivativo esa defensa es decisiva. No es concebible que una corporación mexicana tenga el derecho a la protección contra la discriminación otorgada por

el derecho internacional por el solo hecho que un extranjero compre una porción de la misma.

7. EXPROPIACIÓN

116. Una consecuencia del derecho de acción independiente de GAMI bajo el TLCAN puede ser ilustrada por un ejemplo hipotético. La compensación teórica de México a GAM de una suma de \$100 pesos mexicanos por acción no podría en principio privar a GAMI del derecho a pedir ante el tribunal TLCAN una cantidad adicional de \$50 pesos mexicanos por acción. Pero esta teoría da origen a diversas dificultades prácticas. Uno podría imaginar un mundo perfecto en el que un tribunal nacional de última instancia se siente con un tribunal TLCAN incapaz de error susceptible de ser revisado a descargar sus respectivas responsabilidades. Esto podría hacerse con bastante lógica. El tribunal mexicano podría ordenar el pago a GAM basado en la evaluación de los cinco ingenios que fueron expropiados. En términos matemáticos esa evaluación podría representar \$100 pesos mexicanos por acción de todas las acciones de GAM. Al mismo tiempo el tribunal TLCAN podría concluir que un nivel mas alto de compensación era mandatario y por ende podría ordenar un aumento de \$50 pesos mexicanos en proporción a su participación de 14,18%. Esta sería una ilustración gráfica del valor para GAMI de su derecho a un recurso internacional directo mas allá de su beneficio indirecto del recurso nacional obtenido por GAM. Un Estado no puede evadir la responsabilidad internacional argumentando que el extranjero se debe contentar con la compensación establecida por las autoridades nacionales.

117. Este escenario es por supuesto una fantasía. No es de hecho plausible. Carece de base legal. El Tribunal no está al tanto de las bases *procesales* en las que tal coordinación pudiera realizarse. Y la propia Sentencia rechaza de manera plausible el derecho de los accionistas de impugnar la expropiación sobre la base substantiva de que el interés protegido es aquel del propietario corporativo de los bienes expropiados.

118. El escenario también carece de credibilidad comercial. ¿Basado en que podría uno racionalmente concluir que el pago a GAMI debe ser reducido para tomar en cuenta el pago a GAM? Es un hecho reconocido que GAM nunca ha pagado un dividendo a sus accionistas. ¿Por que debería la recuperación de GAMI ser descontada en razón del pago a GAM que quizás es muy poco probable que llegara a los bolsillos de sus accionistas?

119. La abrumadora falta de plausibilidad de la resolución simultánea del problema por las jurisdicciones nacional e internacional lleva a considerar el escenario de resoluciones no sincronizadas como prácticamente cierto.

120. Es suficiente considerar la hipótesis que un tribunal TLCAN ordenara el pago a GAMI antes que los tribunales mexicanos dictaran su sentencia final. Uno puede adaptar el ejemplo hipotético expuesto en el párrafo 116. Entonces GAMI recibiría \$150 pesos mexicanos por acción. (No habría habido una compensación previa de la recuperación mexicana) ¿Qué efecto le darían los tribunales mexicanos al laudo TLCAN? ¿De que manera podría ser reducida la compensación de GAM por el pago a GAMI? GAM es el propietario de bienes expropiados. Nunca ha pagado dividendos. Habría sido poco probable la distribución de rentas en la cantidad recuperada por GAMI. De cualquier modo tal decisión habría requerido una deliberación por parte de los órganos corporativos de GAM. Los acreedores tendrían preferencia. Y otros accionistas tendrían igualdad de derechos con respecto a la distribución. Obviamente GAM afirmaría que es un propietario expropiado y que su pérdida compensable bajo la ley mexicana no podría ser disminuida por la cantidad pagada a uno de sus accionistas.

121. Estas dificultades son atribuibles a la naturaleza derivativa de la petición de GAMI. Ellas pueden transportar rápidamente el análisis a una extremidad frágil. Es necesario regresar a las proposiciones básicas.

122. La titularidad de GAM sobre sus cinco activos productivos fue perdida en 2001 por un acto de expropiación. Los tribunales mexicanos han establecido que el Decreto de Expropiación no cumplió con la ley mexicana. Es por lo tanto probable que también incumple las obligaciones establecidas por el TLCAN ya que los requisitos impuestos por el derecho mexicano coinciden de manera significativa con los del TLCAN. Pero GAM no puede iniciar un reclamo bajo el TLCAN. México

ha expuesto ante este Tribunal que ya ha iniciado el proceso de devolución a GAM de los tres ingenios afectados por la Sentencia (ver Párrafo 8 supra). La expropiación ilícita de estos ingenios puede haber causado perjuicios a GAM sin importar que ahora sea revertida. Este perjuicio puede ser remediado por las autoridades mexicanas. GAM finalmente no impugnó la expropiación de otros dos ingenios. Por lo tanto es definitiva. La Constitución mexicana establece el pago de compensación. México ha afirmado ante este Tribunal que “las formalidades para el pago de la indemnización por concepto de la expropiación de los otros dos ingenios están también en curso” (ver Párrafo 8 supra).

123. Las acciones de GAMI en GAM no han sido expropiadas. Por lo tanto GAMI debe decir que su *inversión* en GAM ha sufrido algo equivalente a expropiación. Esta pregunta se origina previamente a cualquier análisis de *quantum*. Tiene que ver con la determinación *substantiva* de una violación. Algunos precedentes involucran una privación completa del beneficio de los derechos de propiedad pertinentes. *Starrett Housing*²⁵ se refirió a los derechos convertidos en “inútiles”. En *Santa Elena* se concluyó que el efecto de la expropiación “priva al propietario de su título, posesión o acceso al beneficio y uso económico” de la propiedad.²⁶ En dichos casos los tribunales no tenían que determinar si las protecciones legales existían también en casos de privación parcial de uso o beneficio. Este asunto ha sido considerado por diversos tribunales TLCAN.

124. En *S.D. Myers* se concluyó que una legislación discriminatoria temporal que elimina la ventaja competitiva del demandante en un mercado determinado no era expropiación. (La indemnización fue concedida por otros motivos). El tribunal añadió este pronunciamiento: “puede ser que, en algunos contextos y circunstancias, sería adecuado el considerar la privación como equivalente a una expropiación, inclusive si es parcial o temporal.”²⁷ No explicó cuáles podrían ser tales contextos y circunstancias.

²⁵ 4 IRAN US CLAIMS TRIBUNAL REPORTS 122.

²⁶ Laudo del 17 de febrero de 2000, 5 ICSID REPORTS 153, párrafo 77; 39 ILM 1317, 1329 (2000).

²⁷ Primer Laudo Parcial, *op. cit.*, párrafo 283.

125. El tribunal en *Pope & Talbot* notó²⁸ que el demandante en ese caso había “reconocido, correctamente, que bajo el derecho internacional la figura de expropiación requiere de una privación substancial.” Pero parece que el tribunal consideraba que el requisito era más estricto que eso. El parámetro del tribunal era “si esa interferencia es suficientemente restrictiva para apoyar la conclusión de que la propiedad ha sido ‘quitada’ a su dueño”. El tribunal concluyó que la disminución de ganancias del demandante corporativo debido a las restricciones en la venta de madera proveniente de Columbia Británica a los Estados Unidos no era suficiente para satisfacer dicho parámetro. El laudo explícitamente establece que “el deterioro del valor económico” equivale a expropiación sólo si el grado de deterioro es *equivalente* a una expropiación.²⁹

126. ¿Debería la decisión en *Pope & Talbot* ser entendida como que la propiedad sólo es tomada si es así afectada en su totalidad? Esta pregunta no puede ser respondida adecuadamente si no preguntamos antes: ¿Qué propiedad? La toma de 50 acres de una granja es igualmente expropiatoria tanto si es la granja completa como si es una fracción de la misma. La noción debe ser entendida así: la propiedad afectada debe ser incapacitada hasta tal punto que sea considerada como “tomada”.

127. En principio el caso de GAM no habría sido afectado si tan solo un ingenio hubiera sido expropiado. Los derechos de propiedad de GAM en un solo ingenio hubieran sido “tomados” porque GAM fue formalmente desposeída de tales derechos. (Ciertamente el éxito de GAM en la Sentencia no fue perjudicado por su decisión de abandonar el reclamo con respecto a dos de los cinco ingenios).

128. Pero este Tribunal no fue requerido por GAM. El caso de GAMI es más difícil. Las nociones desarrolladas por el caso *Pope & Talbot* pueden sugerir que el “deterioro” del valor de la propiedad (o sea las acciones de GAMI en GAM) no sería equivalente a la “toma” de esa propiedad si tan solo un de los cinco ingenios de GAM de igual valor hubiera sido expropiado sin compensación. El deterioro podía haber sido total si ese era el único ingenio que tenía un valor positivo. (Entonces GAMI

28 Párrafo 102..

29 Párrafo 104, n. 86.

debe estar en lo cierto cuando rechaza como irrelevante la decisión de GAM de no tomar acción contra la expropiación de los ingenios San Francisco y San Pedro.)

129. Entonces la posición es ésta: GAMI tiene derecho a invocar la protección del artículo 1110 si sus derechos de propiedad (el valor de sus acciones en GAM) fueron arrebatados mediante una conducta que viola las provisiones del TLCAN. GAMI contesta que dicha conducta estaba manifiesta en el Decreto de Expropiación. Este tribunal cree probable que el Decreto de Expropiación fuera inconsistente con las normas del TLCAN. Pero la conducta de México que es inconsistente con las normas del TLCAN es una violación del TLCAN sólo si afecta los intereses protegidos por el TLCAN. La inversión de GAMI en GAM está protegida por el artículo 1110 solamente si sus acciones fueran “tomadas”.

130. No sería adecuado concluir en la primera de estas dos hipótesis que GAMI tendría derecho a compensación sólo si hubiera tenido el 14.18% de participación en cada una de las cinco subsidiarias propietarias de los ingenios. Semejante formalismo no sería fácilmente reconciliable con los objetivos del TLCAN. Es verdad que ni en *Pope & Talbot* ni en *S.D. Myers* se entregó un análisis extenso del artículo 1110. Su breve discusión del artículo 1110 no es concluyente con respecto a varias hipótesis que no fueron analizadas. Cada uno de esos laudos otorgó compensación a los demandantes por otras razones. Sus referencias al artículo 1110 pueden ser consideradas *obiter dicta*.

131. Otros laudos TLCAN han apoyado la proposición de que la destrucción parcial del valor puede equivaler a expropiación. Así el tribunal del CIADI en el caso de *Metalclad* estableció:

“...la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, sino también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la

propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.”³⁰

La Corte Suprema de Columbia Británica dejó sin efecto parte del laudo *Metalclad*. La Corte concluyó que los árbitros excedieron su mandato al interpretar que el artículo 1105 incluye un deber de transparencia. Pero el pasaje citado arriba fue dejado intacto. La Corte estableció:

“No hay bases bajo la s.34 del Acta de Arbitraje Comercial Internacional para dejar sin efecto el Laudo en cuanto éste se relaciona con la conclusión del Tribunal que la adopción del Decreto Ecológico equivalía a expropiación del Sitio sin compensación.”³¹

Similarmente el laudo de ICSID en el caso *Santa Elena* citó con aprobación la siguiente frase proveniente de *Tippets* como una prueba del efecto de expropiación:

“Cuando quiera que los hechos demuestren que el propietario ha sido privado de sus derechos fundamentales de propiedad y parezca que tal privación no es meramente efímera.”³²

El tribunal conociendo el caso *Santa Elena* continuó diciendo que una medida gubernamental puede constituir expropiación si “efectivamente congela o arruina la posibilidad de que el propietario razonablemente explote el potencial económico de la propiedad.”³³

132. Pero este Tribunal no necesita decidir si la destrucción *parcial* de los intereses de los accionistas puede equivaler a una expropiación. En cualquier caso sería necesaria la evaluación del valor de las acciones en GAM al momento en que el Decreto de Expropiación fue adoptado. GAM estaba y se mantiene en manos de sus propietarios. Sus activos más importantes habían

³⁰ 5 ICSID REPORTS 230 (énfasis añadido).

³¹ *Ibid.* 260.

³² 6 IRAN-US CLAIMS TRIBUNAL REPORTS 219, 226 (1986).

³³ 5 ICSID REPORTS 172, párrafo 76.

sido expropiados. Pero el derecho mexicano le concedió protecciones sustantivas. GAM podría demandar para obtener la reversión de la toma. O podría aceptar la toma y reclamar la compensación. (Por supuesto GAM ha obtenido exitosamente la devolución de los tres ingenios y está esperando la compensación por los otros dos. Parece difícil sugerir que GAM ha sido indebidamente pasivo en cuanto a la protección de sus derechos. Naturalmente tal caso podría ser imaginado. Entonces la minoría de accionistas no tendría manera efectiva de iniciar una acción en nombre de la compañía. Pero esto tendría que ser demostrado). GAMI puede haber tenido *aprehensiones subjetivas* que las posibles acciones ante el sistema judicial mexicano no serían suficientes. Pero este Tribunal solo puede actuar en base a las *conclusiones objetivas justificadas por la evidencia* sobre la destrucción o deterioro del valor de GAM como empresa.

133. Con conocimiento de la magnitud de la disminución uno puede encontrarse en la posición de considerar si debe trazarse una línea más allá de la cual la pérdida es tan importante que constituye una toma. Pero GAMI ha basado su caso en el argumento de que el mal que se le ha causado de hecho destruyó el valor total de su inversión. GAMI busca proporcionar credibilidad a su posición aceptando la renuncia de sus acciones en GAM como condición para el laudo que desea. Por lo tanto sugiere que cualquier valor residual no es aceptable. Esta postura es insostenible. El Tribunal no puede mostrar indiferencia al verdadero efecto del acto supuestamente ilícito sobre el valor de la inversión. GAMI ha negado dar cualquier importancia a los recursos disponibles para GAM. La evaluación de su efecto en el valor de la inversión de GAMI es condición previa para considerar que fue tomada. GAMI no ha probado que su inversión haya sido expropiada para los efectos del artículo 1110.

8. COSTAS

134. El Tribunal desea expresar su agradecimiento por el riguroso profesionalismo con el que ambas partes han presentado el caso. Los argumentos bien organizados de las partes y la actitud constructiva con respecto a asunto procesales han sido de gran ayuda para el Tribunal. Han demostrado que la cortesía es compatible con la decidida defensa de un caso.

135. Las demandas no son acogidas. Aun así el Tribunal considera equitativo que ambas partes corran con sus costas. Hay dos razones por las cuales no se le permite a México la recuperación de las costas. La primera es que México interpuso una objeción a la jurisdicción que se convirtió en un asunto importante en el procedimiento. México insistió en contra de los deseos de GAMI que las objeciones se resolvieran separadamente. Las costas asociadas con esa audiencia especial fueron significativas. La segunda es que la queja de GAMI debe ser considerada seriamente. Plantea asuntos inquietantes sobre actos y omisiones regulatorios.

136. Los árbitros tienen amplia discreción bajo las normas de la CNUDMI con respecto a la distribución de costas. Ellos consideran apropiado no conceder costas. Cada parte deberá cargar con sus propios gastos. Las cantidades pagadas al Tribunal con motivo de sus honorarios y gastos se dividen en partes iguales.

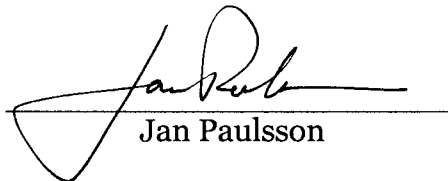
9. DECISIÓN

137. Por los motivos anteriormente expuestos, el Tribunal declara de manera unánime que tiene jurisdicción sobre las demandas y las desestima en su totalidad. Todos los planteamientos en contrario son rechazados. No hay condena en costas.

Otorgado el 15 de noviembre de 2004 en versiones en español e inglés igualmente válidas.


Julio Lacarte Muró


W. Michael Reisman


Jan Paulsson