

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones  
(Mecanismo Complementario)

**CORN PRODUCTS INTERNATIONAL, INC.**

Demandante

y

**LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**

Demandada

---

**DECISIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD**

---

Ante el Tribunal de Arbitraje constituido conforme al Capítulo XI del  
Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) e integrado por:

Profesor Andreas F. Lowenfeld

Licenciado Jesús Alfonso Serrano de la Vega

Profesor Christopher J. Greenwood (Presidente)

*Secretario del Tribunal*

Sr. Gonzalo Flores

Fecha de envío a las partes: 15 de enero de 2008

## ÍNDICE

<b>I.</b>	<b>Resumen del caso</b>	párrafos 1-14
<b>II.</b>	<b>Historia Procesal</b>	párrafos 15-25
<b>III.</b>	<b>Hechos</b>	párrafos 26-48
<b>IV.</b>	<b>Posiciones de las partes</b>	párrafos 49-73
	<i>A. La Demandante</i>	párrafos 50-58
	<i>B. La Demandada</i>	párrafos 59-71
	<i>C. Respuesta de la Demandante al argumento de las contramedidas</i>	párrafos 72-73
<b>V.</b>	<b>Enfoque del Tribunal con respecto a las cuestiones en litigio</b>	párrafos 74-78
<b>VI.</b>	<b>La reclamación sobre requisitos de desempeño al amparo del Artículo 1106</b>	párrafos 79-80
<b>VII.</b>	<b>La reclamación sobre expropiación al amparo del Artículo 1110</b>	párrafos 81-94
<b>VIII.</b>	<b>La reclamación sobre trato nacional al amparo del Artículo 1102</b>	párrafos 95-143
	<i>A. Argumentos de la Demandante</i>	párrafos 96-101
	<i>B. Argumentos de la Demandada</i>	párrafos 102-108

C.	<i>Análisis del Tribunal</i>	párrafos 109-143
<b>IX.</b>	<b>La defensa de la Demandada basada en la doctrina de las contramedidas</b>	párrafos 144-191
A.	<i>Derecho Internacional sobre contramedidas</i>	párrafos 145-149
B.	<i>Argumentos de las partes</i>	párrafos 150-152
C.	<i>Análisis del Tribunal</i>	párrafos 153-191
(1)	<i>¿Las decisiones de la OMC impiden a México plantear una defensa basada en la doctrina de las contramedidas?</i>	párrafos 154-160
(2)	<i>¿Es aplicable el Derecho Internacional sobre contramedidas a las reclamaciones enmarcadas en el Capítulo XI del TLCAN?</i>	párrafos 161-179
(3)	<i>¿Se cumplieron los requisitos propios de una contramedida legítima?</i>	párrafos 180-192
<b>X.</b>	<b>Conclusiones</b>	párrafo 193

## DECISIÓN

### I. Resumen del caso

1. El presente caso se refiere a una reclamación planteada por Corn Products International, Inc. ("CPI"), una sociedad constituida en Delaware y por lo tanto compañía estadounidense a los efectos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte ("el TLCAN"), en contra de los Estados Unidos Mexicanos ("México"). La reclamación se refiere a supuestas violaciones del Capítulo XI del TLCAN y se ha incoado conforme al Artículo 2 del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI"). Las principales etapas del procedimiento se reseñan en la **Parte II** de la Decisión.
2. CPI es un importante productor de jarabe de maíz de alta fructosa ("JMAF"), edulcorante fabricado con maíz amarillo y usado, *inter alia*, como edulcorante en refrescos. Tras la entrada en vigor del TLCAN, CPI, a través de su subsidiaria de propiedad plena, una compañía mexicana actualmente conocida como Corn Products Ingredientes ("CPIng"), se dedicó a la producción en gran escala de JMAF en México, suministrando la mayor parte de esa producción al sector de los refrescos de México, en el que compitió con edulcorantes hechos con caña de azúcar.
3. En diciembre de 2001 el Congreso Federal Mexicano aprobó una enmienda a las disposiciones del Impuesto Especial sobre Producción y

Servicios (“IEPS”), que es un impuesto al consumo. El efecto fue imponer un impuesto del 20% a las bebidas que utilizaran edulcorantes no hechos con caña de azúcar. Los antecedentes de hecho del caso se resumen en mayor detalle en la **Parte III** de la Decisión.

4. CPI sostuvo que el efecto inmediato de tal impuesto consistió en que las embotelladoras de refrescos que eran sus clientes dejaron de utilizar JMAF y comenzaron a usar edulcorantes de caña de azúcar, destruyendo su mercado. CPI se vio obligada a cerrar una de sus plantas y a reducir considerablemente su producción global en México, por más que sus ventas se recuperaron en 2004 [REDACTED]

[REDACTED] El impuesto (que el Tribunal denominará, por razones de comodidad, “impuesto al JMAF”) fue derogado en diciembre de 2006 con efecto a partir del 1 de enero de 2007.

5. CPI inició procedimientos en el marco del Capítulo XI del TLCAN, sosteniendo que la aplicación del impuesto por parte de México violaba las siguientes disposiciones del TLCAN:-

*Artículo 1102*, que impone a cada uno de los Estados Partes de ese Tratado la obligación de otorgar a los inversionistas de otro Estado Parte y a sus inversiones un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios inversionistas y a sus inversiones. CPI sostuvo que los productores de caña de azúcar y los productores de JMAF se encontraban en circunstancias similares y que el impuesto estaba diseñado para favorecer a los compañías productoras de azúcar de

propiedad predominantemente mexicana, a expensas de las compañías productoras de JMAF, cuyos propietarios eran extranjeros;

*Artículo 1106*, que se refiere a los requisitos de desempeño. Según CPI, el efecto del impuesto consistió en condicionar la recepción de una ventaja —la exención de pago del impuesto— a la utilización de azúcar de caña de producción mexicana;

*Artículo 1110*, sobre la base que el impuesto era una medida equivalente a la expropiación de la inversión de CPI.

6. México sostuvo que el impuesto al JMAF era una contramedida adoptada en respuesta a la anterior violación del TLCAN por parte de los Estados Unidos de América. Según México, los Estados Unidos restringió la exportación de azúcar mexicana a su territorio en violación de las disposiciones de transición del TLCAN aplicables a las exportaciones de ese producto, y bloqueó el funcionamiento del mecanismo de solución de controversias entre Estados previsto en el Capítulo XX del TLCAN, lo que impidió a México obtener una sentencia favorable conforme al Capítulo XX con respecto a la incompatibilidad de las medidas de los Estados Unidos con las obligaciones que les imponía el TLCAN. México sostuvo que conforme a los principios de Derecho Internacional sobre responsabilidad del Estado, el carácter de contramedida del impuesto al JMAF precluía su ilicitud *vis à vis* los Estados Unidos, y que CPI, como inversionista de nacionalidad estadounidense, no podía gozar, en el marco del TLCAN, de derechos más amplios que los de los Estados Unidos.

7. Si bien México alegó, pues, que el carácter de contramedida que tenía el impuesto al JMAF era una defensa completa frente a las reclamaciones de CPI, sostuvo también, como argumento independiente del de las contramedidas, que CPI no había probado la infracción de ninguna de las disposiciones del Capítulo XI que invocaba. Los escritos de las partes se examinan en mayor detalle en la **Parte IV** de la Decisión.
  
8. El Tribunal considera que las cuestiones de si el impuesto al JMAF era una contramedida y, si lo era, de si podía invocarse como respuesta a las reclamaciones de CPI, sólo operan si el Tribunal primeramente concluye que, en ausencia de una defensa de ese tipo, los argumentos de CPI triunfarían bajo una o más de las tres disposiciones en las que se basa (véase la **Parte V** de la Decisión). En consecuencia, en la Decisión se considera en primer lugar el tema de si —dejando de lado la cuestión de las contramedidas— la posición de CPI puede prevalecer al amparo de los Artículos 1106, 1110 u 1102.
  
9. En la **Parte VI** el Tribunal examina la reclamación bajo el Artículo 1106 y concluye que CPI no ha logrado probar que el impuesto al JMAF esté comprendido en el Artículo 1106(1) o (3). A juicio del Tribunal, el impuesto al JMAF no es un requisito de desempeño y por lo tanto no puede dar lugar a responsabilidad bajo el Artículo 1106.
  
10. En la **Parte VII** de la Decisión, el Tribunal examina la reclamación por expropiación basada en el Artículo 1110, y considera que CPI no ha

logrado sostener dicha reclamación bajo ese numeral. Si bien acepta que el impuesto al JMAF provocó pérdidas a CPI en el período 2002-2004, considera que la imposición de dicho tributo no alcanzó a constituir una expropiación o una medida equivalente a una expropiación, en la acepción dada a ese término por el Artículo 1110.

11. El Tribunal se refiere luego, en la **Parte VIII** de la Decisión, a la reclamación basada en el Artículo 1102. Concluye que México faltó a su obligación de otorgar a CPI y a su inversión un trato no menos favorable que el que otorgaba en circunstancias similares a sus propios inversionistas, es decir a los productores mexicanos de azúcar que competían por el mercado de edulcorantes para refrescos. En consecuencia, a menos que se acoja el argumento de México sobre contramedidas, ha habido una violación del Artículo 1102.
12. La cuestión de si puede prosperar la defensa de México basada en la doctrina de las contramedidas se considera en la **Parte IX** de la Decisión. Por las razones allí expresadas, el Tribunal ha concluido que esta defensa es inadmisibile. El Tribunal considera que aun cuando la doctrina de las contramedidas pudiera eliminar la ilicitud de un acto entre los Estados Partes del TLCAN (cuestión sobre la que el Tribunal no se pronuncia), no tiene tal efecto en los procedimientos del Capítulo XI en que el demandante es un inversionista.
13. En consecuencia, el Tribunal concluye (en la **Parte X** de la Decisión) que México ha violado el Artículo 1102 del TLCAN. El monto de la



indemnización a que da lugar esa transgresión se considerará en la siguiente fase de los procedimientos. Las otras reclamaciones de CPI, basadas en los Artículos 1106 y 1110 del TLCAN, son rechazadas. La decisión del Tribunal es unánime, pero el Profesor Lowenfeld acompaña una opinión separada de los razonamientos sostenidos por el Tribunal –en mayoría- con respecto a la cuestión de las contramedidas.

14. El Tribunal desea expresar su gratitud a las partes y a sus abogados, por sus minuciosas presentaciones hechas a propósito de todos los aspectos de la reclamación. El Tribunal las ha encontrado muy útiles.

## **II. El procedimiento**

15. La Demandante en el presente caso, Corn Products International, Inc. (“CPI”), es una sociedad constituida bajo las leyes del Estado de Delaware. La Demandada es los Estados Unidos Mexicanos (“México”). El 28 de enero de 2003, CPI hizo llegar a México una Notificación de Intención, en la que anunciaba su propósito de iniciar los procedimientos previstos en el Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”). El 21 de octubre de 2003, CPI presentó ante al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones una Solicitud de Arbitraje conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI. El caso se registró el 26 de enero de 2004.

16. Conforme al Artículo 1123 del TLCAN y al Artículo 6 del Reglamento, las partes procedieron a constituir el Tribunal. CPI nombró al Profesor Andreas Lowenfeld, nacional de los Estados Unidos. México nombró al Licenciado Manuel Tron, nacional de México. El Secretario General, tras consultar con las partes, designó como Presidente del Tribunal al Profesor Christopher Greenwood, CMG, QC, de nacionalidad británica. El Tribunal se constituyó el 28 de abril de 2004. El 3 de mayo de 2004 el Licenciado Manuel Tron renunció como miembro del Tribunal. De conformidad con el Artículo 14(3) del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI (“el Reglamento”), los restantes miembros del Tribunal consideraron su renuncia y, través de la Resolución Procesal No. 1, la aceptaron. Conforme al Artículo 17 del Reglamento, el 17 de junio de 2004 México nombró al Licenciado Jesús Alfonso Serrano de la Vega para llenar la vacante. El Tribunal quedó reconstituido el 13 de julio de 2004. El Sr. Gonzalo Flores, consejero jurídico superior del CIADI, fue designado Secretario del Tribunal.
17. Las partes acordaron que el lugar del arbitraje sería la ciudad de Toronto, en Ontario, Canadá, pero que podrían celebrarse audiencias en otros sitios, si se estimare conveniente.
18. Por carta del 8 de septiembre de 2004, dirigida al Secretario General del CIADI, México solicitó el establecimiento de un tribunal de acumulación al amparo del Artículo 1126 del TLCAN, para considerar la acumulación de la reclamación de CPI con la presentada por Archer Daniels Midland

Co. y Tate and Lyle Ingredients Americas, Inc. (entonces A.E. Staley Manufacturing Co.) (“caso ADM/Staley”). En una carta de la misma fecha, dirigida al Tribunal, México solicitó la suspensión del presente procedimiento hasta que el tribunal de acumulación se pronunciara.

19. La primera sesión del Tribunal tuvo lugar en Londres, Reino Unido, el 16 de septiembre de 2004. Durante dicha sesión, el Tribunal escuchó a los abogados de ambas partes con respecto a la solicitud de suspensión. El Tribunal se ocupó de esa solicitud en su Resolución Procesal No. 2, que en lo pertinente establece:-

“4. Si un tribunal es establecido de conformidad con el Artículo 1126, y si ese tribunal decide que el presente caso y el caso ADM/Staley tienen una cuestión de derecho o de hecho en común, entonces, bajo el Artículo 1126(2) del TLCAN, ese tribunal puede decidir que sería “en interés de una resolución justa y eficiente” de las dos reclamaciones que las mismas sean oídas conjuntamente. En tal evento, el Artículo 1126(2) faculta al tribunal a asumir jurisdicción sobre los dos casos total o parcialmente. Por el contrario, el presente Tribunal no tiene poder para decidir si ambos casos deben o no ser acumulados y tampoco tiene jurisdicción sobre el caso ADM/Staley.

5. El Artículo 1126(8) del TLCAN establece que:-

“Un tribunal establecido conforme al Artículo 1120 no tendrá jurisdicción para resolver una reclamación, o parte de ella, respecto de la cual haya asumido jurisdicción un tribunal establecido conforme a este artículo”.

En consecuencia, si un tribunal establecido conforme al Artículo 1126 asume jurisdicción sobre el presente caso, la jurisdicción del presente Tribunal llegará a su término con respecto a la parte o partes de la reclamación sobre la cual el tribunal establecido conforme al Artículo 1126 asuma jurisdicción.

6. El Tribunal observa que el caso ADM/Staley aún no ha sido registrado por el Centro y que no se ha establecido todavía un tribunal conforme al Artículo 1126. En consecuencia, el Tribunal mantiene control sobre el presente caso y, sujeto a cualquier objeción

jurisdiccional que pudiera posteriormente ser interpuesta por México, tiene jurisdicción sobre el mismo. Nada en el Artículo 1126, o en otra disposición del TLCAN o en el Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI, requiere que el Tribunal suspenda el procedimiento en tal situación.

7. El Tribunal considera, no obstante, que, si bien no tiene el deber de suspender el presente procedimiento, tiene discrecionalidad para hacerlo. Tal discrecionalidad parece estar implícita en el Artículo 1126(9) del TLCAN, que establece:-

“A solicitud de una parte contendiente, un tribunal establecido de conformidad con este artículo podrá, en espera de su decisión conforme al párrafo 2, disponer que los procedimientos de un tribunal establecido de acuerdo al Artículo 1120 se aplacen, *a menos que ese último tribunal haya suspendido sus procedimientos*”. (Énfasis añadido)

El Tribunal ha, por lo tanto, tratado la solicitud de México como una solicitud a fin de que el Tribunal use su discrecionalidad para suspender el procedimiento en espera de una decisión del Tribunal establecido al amparo del Artículo 1126.

8. El Tribunal considera que los dos principios bajo los cuales debe guiarse en el ejercicio de esta discrecionalidad son (a) la conducción eficiente del procedimiento y (b) la justicia hacia ambas partes en la controversia.

9. Con respecto al primer principio, si un tribunal establecido al amparo del Artículo 1126 asumiera jurisdicción sobre el presente caso, aun parcialmente, bien pudiera establecer un calendario completamente nuevo para la presentación de las actuaciones escritas, existiendo el peligro de que el trabajo realizado por las partes en la preparación de presentaciones escritas para el presente Tribunal deba ser duplicado. Por otro lado, al Tribunal le preocupa que la presente reclamación haya sido presentada ya desde octubre de 2003. El Tribunal, si bien no se encuentra en esta fase indagando las causas, está preocupado por el hecho de que haya transcurrido tanto tiempo desde la fecha en que la reclamación fue presentada. Si un tribunal no es establecido al amparo del Artículo 1126, o si tal tribunal es establecido pero decide no asumir jurisdicción sobre el presente caso, si este Tribunal hubiera suspendido el procedimiento, habría una demora adicional —quizá de varios meses— antes de que un calendario para las actuaciones escritas sea incluso determinado. La incertidumbre acerca de la solicitud presentada por México al Centro se aumenta por el hecho de que no existe todavía un tribunal establecido conforme al Artículo 1126 y además porque el caso ADM/Staley no ha sido ni siquiera registrado.

10. En cuanto al deber de justicia para con las partes, el Tribunal fue persuadido por las presentaciones de los abogados de México, que es,

por supuesto, parte en ambos casos, el presente y el de ADM/Staley, en cuanto a que no debiera ponérsele en posición de tener que conducir procedimientos tanto ante este Tribunal como ante un tribunal establecido al amparo del Artículo 1126 y de que no debiera exigírsele que gaste tiempo y dinero en la preparación de presentaciones escritas para este Tribunal cuando el tribunal del Artículo 1126 pudiera eventualmente asumir jurisdicción y en consecuencia poner fin (al menos momentáneamente) a este procedimiento. Por otro lado, la Demandante ha tenido que soportar ya el transcurso de un tiempo considerable en este procedimiento y sus representantes han indicado que la perjudicarían demoras adicionales.

11. El Tribunal nota que es la Demandante la que tiene que preparar la primera actuación escrita, el Memorial de Demanda. En vista del tiempo que probablemente requiera el establecimiento de un tribunal conforme al Artículo 1126 y la consideración por dicho tribunal de si asume o no jurisdicción sobre el presente caso, si el vencimiento para la presentación del Memorial de Demanda se fija en una fecha a principios de 2005, es probable que un tribunal instalado al amparo del Artículo 1126, si fuere convocado, tomaría la decisión sobre la cuestión de acumulación antes de que el Memorial de Demanda tenga que ser presentado. Si bien existe la posibilidad de que, si tal tribunal decidiera acumular los dos casos y asumir la jurisdicción sobre la presente reclamación poco antes de que la Demandante deba presentar su Memorial de Demanda, la Demandante tenga que detenerse y preparar actuaciones escritas conforme a cualquier nuevo calendario que determine el tribunal establecido al amparo del Artículo 1126, es improbable que ello cause algún perjuicio real a la Demandante. Como la representante de la Demandante ha explicado, de todas formas la Demandante estaría obligada a realizar el trabajo que implica la preparación del Memorial de Demanda en cualquier caso. Más aun, si existiera algún perjuicio sería para la Demandante y la Demandante ha declarado que está preparada para asumir tal riesgo.

12. Fijar un calendario para la presentación de las actuaciones escritas que implique la presentación del Memorial de Demanda a principios de 2005 no conllevaría injusticia alguna hacia México, ya que es probable que un tribunal establecido conforme al Artículo 1126 tomaría la decisión sobre la acumulación antes de que México haya tenido que comenzar los trabajos de su Memorial de Contestación. En todo caso, en el supuesto de que la posición respecto a la acumulación permaneciera indefinida para una fecha próxima al vencimiento del plazo para que la Demandante presente su Memorial de Demanda, el Tribunal estaría perfectamente dispuesto a escuchar una solicitud de cualquiera de las partes para modificar el calendario. El Tribunal también observa que el Artículo 1126(9) autoriza a un tribunal establecido conforme al Artículo 1126 a ordenar la suspensión de nuestro procedimiento”.

20. El Tribunal también decidió, con el acuerdo de las partes, que las actuaciones consistirían en dos rondas de argumentos escritos y una fase oral referente a la cuestión de la responsabilidad; con la cuestión de los daños diferida hasta después de que el Tribunal haya rendido su decisión sobre la responsabilidad.
21. El 20 de mayo de 2005 el tribunal de acumulación decidió no ordenar la acumulación del presente caso al de ADM/Staley.
22. CPI presentó su Memorial de Demanda el 11 de abril de 2005. México presentó su Memorial de Contestación el 15 de septiembre de 2005. CPI presentó su Réplica el 26 de octubre de 2005 y México su Dúplica el 12 de diciembre de 2005.
23. El 17 de marzo de 2006, CPI solicitó al Tribunal que reconsiderara la decisión de bifurcar los procedimientos. La solicitud fue rechazada a través de la Resolución Procesal No. 5.
24. Las audiencias orales tuvieron lugar del 10 al 13 de julio de 2006 en la sede del Centro, en Washington, DC. Las partes estuvieron representadas por las siguientes personas:

*Demandante*

Sra. Lucinda Low  
Sr. Jeffrey Pryce  
Sr. José Ramón González Magaz  
Sr. Owen Bonheimer  
Sr. Sergio Puig  
Sra. Megan Ihrle, todos ellos de Steptoe and Johnson LLP;  
Sra. Mary Ann Hynes, de CPI  
Sra. Christine Castellano, de CPI y  
Sra. María del Carmen Portilla Pons, de CPIIngredientes.

*Demandada*

Sr. Hugo Perezcano Díaz, de la Secretaría de Economía  
Sr. Salvador Behar  
Sra. Laura Martínez, ambos de la Embajada de México ante los Estados Unidos  
Sr. Stephan E. Becker  
Sr. Sanjay Mullick, ambos de Pillsbury, Winthrop, Shaw and Pittman LLP  
Sr. J. Christopher Thomas, QC  
Sr. J. Cameron Mowatt  
Sr. Alejandro Barragán  
Sra. Celeste Mowatt, todos ellos de Thomas and Partners, y  
Profesor James Crawford, SC, de Matrix Chambers.

25. Los Miembros del Tribunal fueron asistidos, con el acuerdo de las partes, por la Sra. Jessica Wells, *Barrister-at-Law*, de Essex Court Chambers, quien asistió a la audiencia y asumió un compromiso de confidencialidad idéntico al de los Miembros del Tribunal.

### **III. Hechos**

26. El jarabe de maíz de alta fructosa (“JMAF”) es uno de los productos del maíz refinado. Se produce a través de la molienda húmeda de maíz, para producir una lechada de almidón que luego se refina para obtener una serie de productos finales, uno de los cuales es el JMAF. Si bien el proceso de refinado existe desde hace mucho tiempo, el JMAF es un producto relativamente reciente. El JMAF se utiliza principalmente como edulcorante en la industria de los alimentos y bebidas, en donde compite directamente con edulcorantes elaborados a partir de azúcar. Existen dos concentraciones principales del JMAF para su uso como edulcorante en alimentos y bebidas: JMAF grado 55 (“JMAF 55”), que contiene un 55% de fructosa y cuyo nivel de dulzura es equivalente al del azúcar, y JMAF grado 42 (“JMAF 42”), que contiene un 42% de fructosa. El JMAF 55 se utiliza principalmente en la industria de los refrescos. A mediados de los ochenta, el JMAF se había convertido en el edulcorante más comúnmente utilizado en refrescos en los Estados Unidos y Canadá, obteniendo una ventaja competitiva con respecto al azúcar, pues era generalmente más barato y se suministraba en forma líquida, siendo por lo tanto de más conveniente utilización.
  
27. Al iniciarse la década de los noventa, Corn Products International, Inc. (“CPI”) era, desde hacía largo tiempo, un importante productor de JMAF y proveedor del sector de los refrescos en los Estados Unidos. Además era



propietaria de instalaciones en México a través de su subsidiaria, actualmente conocida como CP Ingredientes (“CPIng”). En 1993-94 CPI formó una asociación en participación con una compañía mexicana, Arancia, para producir JMAF en México a fin de competir con el azúcar para el mercado de edulcorantes de refrescos en México. En abril de 1994, el Gobierno Mexicano se comprometió por escrito a garantizar el acceso del maíz amarillo importado, libre de arancel aduanero, con el propósito de producir JMAF. La asociación en participación fue hecha para producir JMAF en México. El propósito esencial de tal asociación sobre el mercado-objetivo, era vender edulcorantes a la industria mexicana de refrescos, que anteriormente había utilizado edulcorantes elaborados a partir de azúcar.

28. La asociación en participación emprendió lo que describió como “Proyecto Colibrí”, para establecer una importante planta de producción de JMAF en México. En la primera fase de ese proyecto, en 1995-97, CPI realizó una considerable inversión en el establecimiento de instalaciones de producción de JMAF en la planta de San Juan del Río (“SJR”), que ya era propiedad de CPIng. Las nuevas instalaciones se diseñaron para funcionar en forma continua y producir alrededor de [REDACTED] toneladas diarias de JMAF. La producción comenzó a fines de 1996 y la planta fue formalmente inaugurada en mayo de 1997 por el entonces Presidente de México, Ernesto Zedillo. En 1997 [REDACTED] uno de los principales clientes potenciales, certificó que la planta cumplía con sus normas de calidad. La capacidad de producción se incrementó a fines de 1997. El

JMAF producido en la planta se convirtió en una importante fuente de edulcorantes para la industria mexicana de refrescos.

29. En 1998 CPI acordó la compra de Arancia a sus propietarios, la familia Aranguren. [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]
30. En 2001 CPI declaraba haber captado aproximadamente el [REDACTED] del mercado de edulcorantes para refrescos en México, con los edulcorantes de azúcar representando el [REDACTED] y el resto correspondiendo a otros proveedores de JMAF. Según las pruebas presentadas por CPI, en 2001 el total de la producción de JMAF alcanzado por CPI en México era de [REDACTED] toneladas.
31. Al mismo tiempo que el JMAF iba desplazando al azúcar en una parte considerable del mercado de edulcorantes para refrescos, la industria azucarera mexicana mantenía una disputa con los Estados Unidos respecto al acceso al mercado estadounidense del azúcar.
32. A comienzos de los años noventa, México consumía más azúcar de la que producía, pero tras una amplia reestructuración de la industria, como parte de reformas económicas introducidas por el Gobierno Mexicano, la producción de azúcar fue en aumento, y en el período en que se estaba

negociando el TLCAN el Gobierno Mexicano consideraba que el déficit no tardaría en desaparecer y que México tendría un superávit de azúcar para el que se requerirían mercados de exportación. Por lo tanto negoció el acceso al mercado de los Estados Unidos. En todos los períodos relevantes, el precio del azúcar tanto en los Estados Unidos como en México fue considerablemente mayor que el precio del mercado mundial.

33. El Gobierno de los Estados Unidos no estaba preparado para abrir su mercado a las exportaciones mexicanas de azúcar con efectos inmediatos, pero sí estaba preparado a conceder acceso a excedentes de producción mediante un régimen de transición incorporado en el TLCAN, que operaría hasta el 31 de diciembre de 2007. No obstante, existía una diferencia entre los dos Gobiernos acerca de cómo se determinaría la existencia y magnitud de cualquier superávit. En particular, los dos Gobiernos difirieron sobre cómo sería tomado en consideración el efecto del desplazamiento del azúcar por el JMAF, de parte del mercado tradicional de México.
34. Esa cuestión dio lugar a un intercambio de cartas paralelas al TLCAN (“las cartas paralelas”). Sin embargo, ha habido una diferencia entre ambos Gobiernos acerca de cuál fue el texto, finalmente aceptado, de estas cartas paralelas. Este Tribunal no tiene jurisdicción para resolver esa cuestión, ni es necesario que la resuelva. A los efectos de la presente Decisión es suficiente señalar, como antecedente de la controversia entre CPI y México que tiene ante sí el Tribunal, que entre 1997 y 2006 el Gobierno de los Estados Unidos admitió en su mercado un volumen de

azúcar mexicano más reducido que el que, según el Gobierno de México y los productores mexicanos de azúcar, debió haberse admitido conforme a las disposiciones del TLCAN y de las cartas paralelas.

35. El resultado fue que, durante los años noventas, México pasó a una posición en la cual tenía un superávit de azúcar que en la mayor parte de los años fue incapaz de exportar a los Estados Unidos (el único otro mercado potencialmente disponible en el que los precios eran, por mucho, superiores a los precios del mercado mundial). Más aun, la participación del azúcar en el mercado de los edulcorantes para refrescos en México había caído a causa de la competencia del JMAF.
36. En ese período, la industria azucarera mexicana, en la que trabajaban aproximadamente dos millones de personas, experimentó considerables problemas económicos que dieron lugar a quiebras, desempleo y a la caída de los precios pagados a los productores de caña de azúcar. Una consecuencia de ese fenómeno fue la reestructuración interna del sector, que incluyó la expropiación de algunos ingenios azucareros que el Gobierno consideró que estaban en dificultades financieras<sup>1</sup>.
37. El Gobierno de México formuló una queja ante el Gobierno de los Estados Unidos, al que acusó de restringir el acceso de los excedentes de azúcar mexicana al mercado de ese País, infringiendo así las obligaciones que le

---

<sup>1</sup> Esta reestructuración dio lugar a reclamaciones en el marco del Capítulo XI del TLCAN; véase *GAMI c. México*, laudo del 15 de noviembre de 2004, que se analiza en los párrafos 131-132 y 140, *infra*.

imponían el TLCAN y las cartas paralelas. Los Estados Unidos negaron que sus actos implicaran la violación de esas obligaciones.

38. Por lo tanto, el Gobierno Mexicano acudió al sistema de solución de controversias previsto en el Capítulo XX del TLCAN. En marzo de 1998 solicitó la celebración de consultas conforme al Artículo 2006. Las consultas se realizaron, pero no resolvieron la cuestión. Entonces México solicitó una reunión de la Comisión de Libre Comercio establecida por el TLCAN. Con ello tampoco se logró una resolución de las diferencias entre México y los Estados Unidos con respecto al acceso del azúcar. En agosto de 2000 México solicitó el establecimiento de un tribunal arbitral conforme al Artículo 2008 del TLCAN.
39. Ningún tribunal fue establecido. La razón de ello es objeto de una controversia entre los Estados Unidos y México, con respecto a la cual este Tribunal no tiene jurisdicción. Basta decir que México mantuvo que los Estados Unidos efectivamente frustraron el mecanismo de operación del Capítulo XX, contraviniendo así esa parte del TLCAN. Los Estados Unidos han negado que actuaron contrariamente a sus obligaciones bajo el Capítulo XX.
40. En diciembre de 2001, el Congreso Federal de México promulgó una ley enmendando la del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios ("IEPS"), que es un impuesto al consumo. En virtud de esas enmiendas, las embotelladoras debían pagar un impuesto del 20% sobre el precio total de cada refresco. El impuesto recaía también sobre cada incremento de

precios provocado por la transferencia del refresco en la cadena de distribución que terminaba en el comerciante minorista, pero se preveía una exención del impuesto si el refresco se fabricaba utilizando edulcorantes producidos exclusivamente con caña de azúcar. El resultado fue que, en la práctica, el nuevo impuesto (referido durante el presente procedimiento y en esta Decisión como el “impuesto al JMAF”) sólo recayó sobre los refrescos fabricados utilizando JMAF<sup>2</sup>. Fue intrascendente que el JMAF se produjera en México o se importara, ya que el impuesto al JMAF se aplicó en todos los casos en que el JMAF se vino utilizando como edulcorante en refrescos.

41. La introducción del impuesto al JMAF fue el resultado de iniciativas provenientes del Congreso Federal y no de una propuesta del Poder Ejecutivo. El expediente demuestra que el Ejecutivo se opuso al establecimiento del impuesto. No obstante, el Gobierno Mexicano sostuvo que dicho impuesto fue establecido por México como contramedida frente al supuesto incumplimiento, por parte de los Estados Unidos, de las obligaciones impuestas a su cargo por el TLCAN, concernientes a la disputa con respecto al acceso del azúcar, así como que notificó a los Estados Unidos de la naturaleza de dicha medida.
42. CPI no aceptó esa explicación, sosteniendo que el motivo de la aplicación del impuesto al JMAF fue proteccionista; que el impuesto no generaba

---

<sup>2</sup> El IEPS también habría sido pagadero sobre refrescos fabricados utilizando edulcorantes elaborados a partir de remolacha azucarera u otras fuentes distintas de la caña de azúcar, pero el Tribunal no tiene ante sí ninguna evidencia de cualquier utilización significativa de esos edulcorantes por parte de los embotelladores mexicanos de refrescos.

ingreso fiscal alguno, ya que podía evitarse sustituyendo los edulcorantes elaborados con JMAF por edulcorantes de caña de azúcar, y que la finalidad del tributo fue proteger a la industria azucarera mexicana, promoviendo un mayor consumo de azúcar. CPI citó diversas declaraciones de miembros del Congreso Federal que respaldaron el establecimiento del impuesto, que, según sostuvo CPI, probaban la intención proteccionista detrás del mismo.

43. El impuesto al JMAF comenzó a regir el 1 de enero de 2002. Sin embargo, el 5 de marzo de ese año el Poder Ejecutivo suspendió su aplicación. Esa decisión fue impugnada por el Congreso ante la Suprema Corte, que en julio de 2002 declaró que el Poder Ejecutivo no estaba facultado para suspender la aplicación del impuesto y ordenó su restablecimiento.
44. Aunque el impuesto al JMAF no era pagadero por CPIng sino por las embotelladoras de refrescos, produjo un efecto inmediato sobre CPIng, ya que las embotelladoras pudieron evitar –y evitaron- su pago, sustituyendo el edulcorante de JMAF por edulcorantes de caña de azúcar. Según CPI, no bien se estableció el impuesto al JMAF cesaron los pedidos de JMAF provenientes de sus clientes de refrescos. El [REDACTED] CPIng se vio obligada a dejar de producir JMAF 55 en una planta. En 2002 la producción se redujo considerablemente. En 2003 y 2004 la producción de JMAF 55 se vio menoscabada y en ciertos períodos cesó por completo. [REDACTED]  
[REDACTED]
45. CPIng impugnó el impuesto al JMAF ante los tribunales mexicanos, pero se sobreseyó en el juicio derivado de su demanda, por falta de interés

jurídico, ya que el impuesto no era pagadero por CPIng, sino por las embotelladoras de refrescos<sup>3</sup>. Algunas de esas embotelladoras promovieron juicios por sí mismas y en 2004 se incrementaron los pedidos de JMAF [REDACTED] lo que dio lugar a una considerable recuperación de las ventas.

46. Las partes discrepan en cuanto a la magnitud de las pérdidas causadas a CPI y CPIng por el impuesto al JMAF. Ninguna de ellas negó que el efecto inicial fue una considerable reducción de la demanda, con la consiguiente disminución de la producción. México alegó, sin embargo, que CPIng fue capaz de compensar en parte esas pérdidas reorientando la producción de manera de atender la demanda de otros mercados de JMAF;

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] CPI negó que sus intentos de mitigar sus pérdidas encontrando mercados alternativos hubieran provocado esos efectos sustanciales, y mantuvo que la recuperación de la producción fue posterior a la fecha alegada por México. Dada la decisión del Tribunal (enunciada más abajo) sobre la necesidad de que los temas cuantitativos se resuelvan en una segunda fase del procedimiento, el Tribunal no se pronunciará en esta etapa sobre esas cuestiones.

---

<sup>3</sup> Decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 25 de agosto de 2004, en el *Amparo en Revisión 756/2004, Arancia-Corn Products SA de CV*, Documento de prueba C143.



47. El 7 de octubre de 2005, un Grupo Especial de la Organización Mundial de Comercio (“OMC”) declaró que el impuesto al JMAF contravenía el Artículo III del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (“GATT”) de 1994, y que no se justificaba bajo el Artículo XX(d) del GATT. El Grupo Especial concluyó que el JMAF y los edulcorantes derivados del azúcar eran “productos similares” a los efectos del Artículo III del GATT, y que el impuesto estaba claramente diseñado para favorecer a los edulcorantes derivados del azúcar, a expensas del JMAF. El 6 de marzo de 2006, el Órgano de Apelación de la OMC emitió un Informe (*México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/AB/R) en el que refrendaba las conclusiones del Grupo Especial, en el sentido de que el impuesto al JMAF contravenía el Artículo III y de que México no había demostrado que se justificara conforme al Artículo XX. Las partes en el presente procedimiento difirieron en cuanto al alcance de las decisiones de la OMC.
48. El impuesto al JMAF fue finalmente derogado en 2006, en virtud de un acuerdo entre los Estados Unidos y México con respecto al acceso del azúcar mexicano a los mercados de los Estados Unidos durante el resto del período de transición.

#### **IV. Posiciones de las partes**

49. En este capítulo de la Decisión se resumen los principales argumentos de las partes. Algunos aspectos de esos argumentos se consideran en mayor detalle dentro de **las Partes VI a IX, infra**.

##### *A. La Demandante*

50. La Demandante, CPI, reclamó por cuenta propia, como inversionista de los Estados Unidos, al amparo del Artículo 1116 del TLCAN. Reclamó también, bajo el Artículo 1117, en representación de su subsidiaria de propiedad plena constituida en México, CPIIng, que es “una empresa de otra Parte que [es] una persona moral propiedad del inversionista o que est[á] bajo su control directo o indirecto” (Artículo 1117(1)). CPI dijo que la inversión a la que se refiere su reclamación basada en los Artículos 1102 y 1106 es la propia CPIIng. Con respecto a la reclamación basada en el Artículo 1110, en cambio, CPI sostuvo en su Memorial que la inversión relevante era la propiedad que CPI mantenía, en forma indirecta a través de CPIIng, relacionada con los negocios de producción y suministro de JMAF. La identificación hecha por CPI de la inversión relevante para los efectos de su reclamación basada en el artículo 1110 sufrió algún refinamiento, en el curso de sus promociones orales y escritas, como se explica en la **Parte VII, infra**.
51. CPI sostuvo que el impuesto al JMAF en realidad no era, en absoluto, un impuesto. Alegó que México había reconocido abiertamente que ese impuesto no generaría ningún ingreso fiscal significativo, o ingreso alguno, pues las embotelladoras podrían evitar su pago sustituyendo el JMAF por edulcorantes de caña de azúcar, y que el propósito del impuesto al JMAF era, precisamente, presionar a las embotelladoras para que realizaran esa sustitución. Por tanto, era irrelevante que el impuesto no gravara a CPI ni a los otros productores/proveedores de edulcorantes, sino a los embotelladores de refrescos. El efecto del impuesto —tanto en su intención como en su efecto— fue cerrar el acceso del JMAF al mercado

de refrescos, cuando los embotelladores de refrescos procedieran en masa a utilizar como edulcorante el azúcar de caña no gravado.

52. La primera reclamación de CPI se basó en el Artículo 1102 del TLCAN. CPI invocó los párrafos 1 y 2 de ese artículo, que establecen lo siguiente:

**“Artículo 1102: Trato nacional**

1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

2. 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”.

53. CPI sostuvo que un productor de JMAF para el mercado de refrescos mexicanos se encontraba en circunstancias similares (para efectos del Artículo 1102(1)) a un productor de azúcar que también pretendiera abastecer el mismo mercado. Asimismo sostuvo que (para los efectos del Artículo 1102(2)) su inversión se encontraba en circunstancias similares a las de los productores de azúcar. En tanto que la industria azucarera mexicana era predominantemente propiedad de nacionales mexicanos (incluido el Estado Mexicano), CPI y el único otro fabricante de JMAF en México eran de propiedad extranjera.
54. CPI se apoyó en gran medida en lo que podría denominarse “análisis del mercado competitivo”. Señaló que el JMAF y el azúcar competían directamente —en verdad, eran tratados como productos

intercambiables— en el mercado de edulcorantes para refrescos. Respaldó sus argumentos en las decisiones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación de la OMC, según las cuales el JMAF y el azúcar eran “productos similares” para efectos del Artículo III del GATT. Aunque CPI admitió que la prueba requerida para demostrar la similitud de circunstancias conforme al Artículo 1102 no era idéntica a la exigible para probar la similitud de productos prevista por el GATT, alegó que el hecho de que los dos productos fueran intercambiables en el mercado relevante y compitieran entre sí en forma directa, era de la mayor significancia y que, en el caso de que se trata, llevaba a la conclusión de que se había cumplido el requisito de la similitud de circunstancias.

55. Adicionalmente, CPI se basó en la finalidad del impuesto al JMAF. CPI no aceptó que el impuesto fuera una contramedida encaminada a contrarrestar los efectos de los supuestos incumplimientos del TLCAN por parte de los Estados Unidos; y sostuvo que en realidad se trataba de un régimen legal proteccionista diseñado para ayudar a la industria azucarera mexicana, eliminando, en la práctica, a su principal competidor en el importante mercado de edulcorantes para refrescos. En consecuencia, CPI sostuvo que el impuesto se basaba en el reconocimiento de las similitudes entre el JMAF y el azúcar, lo que según CPI demostraba aún más claramente que quienes producían ambos productos se encontraban en circunstancias similares.
56. A juicio de CPI resultaba, pues, evidente que los proveedores de JMAF habían recibido un trato menos favorable. Aunque el impuesto no los gravaba, sino que se aplicaba a los embotelladores, ellos eran el objetivo

perseguido a través del impuesto, y quienes habían sufrido los efectos del mismo. Como la producción de azúcar en México estaba en manos de empresas de propiedad predominantemente mexicana en el periodo pertinente, en tanto que el JMAF era importado de los Estados Unidos o producido en México por productores de propiedad extranjera (incluyendo a CPIng), el impuesto discriminaba, tanto *de jure* como *de facto*, entre compañías mexicanas y extranjeras. Además, la afirmación de México de que el impuesto había sido concebido como una contramedida constituía, según CPI, una prueba adicional de que el impuesto discriminaba por razones de nacionalidad, ya que una contramedida destinada a afectar a los Estados Unidos, tendría que imponer una carga desproporcionadamente gravosa a los intereses y a los inversionistas de los Estados Unidos.

57. CPI sostuvo también que el impuesto al JMAF constituía un requisito de desempeño del tipo de los prohibidos por el Artículo 1106 del TLCAN.
58. Finalmente, CPI alegó que el impuesto constituía una expropiación indirecta o una medida equivalente a la expropiación en los términos del Artículo 1110 del TLCAN, pues la había privado del uso y goce de sus activos para la fabricación de JMAF por un período durante el cual éste a la vez gravaba a sus clientes con el impuesto al JMAF. En los párrafos 81 a 85 se resumen más detalladamente los argumentos de CPI sobre este punto.

*B. La Demandada*

59. En su Memorial de Contestación, la principal respuesta de México a las alegaciones de CPI consistió en que el impuesto al JMAF era una contramedida adoptada por México en respuesta a previas violaciones al TLCAN por parte de los Estados Unidos. Como tal fue, en los términos de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional (“los Artículos de la CDI”), una “circunstancia que exclu[ía] la ilicitud”, y representaba (según México) una defensa completa frente a las reclamaciones, independientemente de que éstas, por lo demás, fueran fundadas, puesto que CPI declaraba ser inversionista de los Estados Unidos.
60. El argumento de México fue que la controversia entre CPI y México no podía independizarse de la controversia, más amplia, entre México y los Estados Unidos, con respecto al acceso del azúcar mexicano al mercado de los Estados Unidos (véanse los párrafos 31 a 39, *supra*). México sostuvo que los Estados Unidos habían transgredido el TLCAN al restringir el volumen del excedente de azúcar de México que podía exportarse a los Estados Unidos en un período en el que México estaba admitiendo JMAF producido en los Estados Unidos, y que el JMAF importado, junto con el producido en México por la Demandante y el otro productor en México, contribuía directamente a generar el excedente de azúcar en México, al desplazar parcialmente el azúcar del mercado de edulcorantes para refrescos.

61. Adicionalmente, México sostuvo que los Estados Unidos había frustrado la aplicación del mecanismo de solución de controversias del Capítulo XX, para que México no pudiera lograr que un tribunal de arbitraje conociera de la reclamación de que los Estados Unidos habían incumplido las obligaciones que les imponía el TLCAN en cuanto al acceso a su mercado de azúcar. Según México, ello constituía un segundo e independiente incumplimiento del TLCAN por parte de los Estados Unidos.
62. En estas circunstancias, México sostuvo estar facultado para aplicar contramedidas a los Estados Unidos para los efectos de asegurar que un tribunal del Capítulo XX conociera de la controversia referente al azúcar. Las contramedidas, según México, constituyen un mecanismo reconocido del Derecho Internacional general. Se refirió a los Artículos de la CDI (en especial los Artículos 22 y 49-54) y a la decisión adoptada por la Corte Internacional de Justicia en el caso concerniente al *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*<sup>4</sup>, en que la Corte reconoció expresamente el derecho de un Estado a adoptar contramedidas contra otro Estado que hubiera incurrido en una violación anterior del Derecho Internacional. Partiendo de la base de que esas contramedidas sí cumplieron con los requisitos del Derecho Internacional (que se analizan en la **Parte IX** de la Decisión), México postuló que esas contramedidas no supusieron la violación de las obligaciones internacionales de él como Estado que recurrió a ellas.
63. México sostuvo que el impuesto al JMAF cumplió todos los requisitos previstos en el Derecho Internacional para la aplicación de una

---

<sup>4</sup> ICJ Reports, 1997, pág. 7.

contramedida legítima. Argumentó que era una respuesta proporcionada a los actos de los Estados Unidos; fue dirigida contra ese País y tuvo como fin asegurar el cumplimiento de las obligaciones que el TLCAN imponía a los Estados Unidos. México aceptó que la iniciativa de adopción del impuesto se había originado en el Congreso Federal Mexicano y no en el Poder Ejecutivo de ese País, pero negó que ese factor tuviera importancia sustancial, y sostuvo que había notificado la medida a los Estados Unidos, intimando a ese País a cumplir las obligaciones que le imponía el TLCAN.

64. Según México, una vez que fuera admitido que el impuesto al JMAF era una contramedida legítima, la consecuencia consistiría en excluir la ilicitud de los actos realizados por ese País al adoptar y aplicar el impuesto no sólo *vis à vis* los Estados Unidos, sino también *vis à vis* CPI.
65. A juicio de México, el Capítulo XI del TLCAN no puede interpretarse en el sentido de que confiera derechos sustantivos a los inversionistas. Los derechos sustantivos creados por esas disposiciones rigen exclusivamente en las relaciones entre Estados, y según México, están sujetos, por lo tanto, al mecanismo de defensa consistente en las contramedidas. El inversionista goza exclusivamente de un derecho procesal de acceso al arbitraje. Al ejercerlo, los derechos que pretende hacer respetar mediante el consiguiente arbitraje son los de su Estado. En consecuencia, según México, en el presente arbitraje CPI promovió los derechos de los Estados Unidos y el mecanismo de defensa de las contramedidas podía invocarse en relación con esos derechos cuyo cumplimiento pretendía CPI, como si los Estados Unidos hubieran promovido por sí mismos ese resultado.



Según México, CPI, como inversionista estadounidense, no podría reivindicar derechos más amplios que los de los Estados Unidos.

66. En este contexto, México negó toda relevancia a los procedimientos ante la OMC, que guardan relación con un tratado diferente. El hecho de que se haya declarado que el impuesto al JMAF violó las obligaciones impuestas a México por el GATT, no privaba a México del derecho de recurrir a contramedidas como defensa frente a una violación, por parte de los Estados Unidos, de sus obligaciones bajo el TLCAN. México negó que hubiera recurrido a contramedidas como defensa en el procedimiento ante la OMC y rechazó la aseveración de que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación de la OMC hubieran concluido que el impuesto al JMAF no constituyera una contramedida legítima.
67. México admitió que el Tribunal no podía pronunciarse acerca de si asistía la razón a México o a los Estados Unidos en la disputa sobre el acceso al mercado del azúcar. Su argumento era que como México estaba genuina y razonablemente convencido de que los Estados Unidos había violado sus obligaciones bajo el TLCAN, México tenía derecho a aplicar el impuesto al JMAF como contramedida, extinguiendo con ello los derechos de CPI. Alternativamente, México sostuvo (durante la audiencia) que este Tribunal debería posponer la adopción de una decisión hasta que un tribunal del Capítulo XX se hubiera pronunciado sobre la cuestión de si los Estados Unidos habían violado las obligaciones frente a México que les imponía el TLCAN y por lo tanto si México tenía la potestad de adoptar contramedidas contra aquel País.

68. Si bien México sostuvo sistemáticamente que el carácter de contramedida del impuesto al JMAF era una defensa completa frente a las reclamaciones de CPI, también alegó que de todos modos esas reclamaciones eran infundadas.
69. Con respecto a la reclamación bajo el Artículo 1102, México sostuvo que CPI no se encontraba en circunstancias similares a las de los productores mexicanos de azúcar. Negó que el criterio de “productos similares” previsto en el GATT/OMC fuera determinante en cuanto a que los productores de esos productos estuvieran o no en “circunstancias similares” a los efectos del Artículo 1102 del TLCAN. En el presente caso, un factor sumamente significativo, según México, fue que la producción, por parte de CPI, de JMAF para la venta en el mercado mexicano, había contribuido en forma directa a generar el excedente de azúcar y por lo tanto había exacerbado el efecto de las restricciones impuestas por los Estados Unidos al acceso del azúcar a su mercado, en un período en el que CPI se había visto directamente beneficiada por la apertura de los mercados mexicanos a que dio lugar el TLCAN y había obtenido acceso a los Estados Unidos para JMAF producido en México. Más aun, México sostuvo que, en México, el precio del azúcar estaba sujeto a una reglamentación oficial, en tanto que el precio del JMAF se determinaba libremente.
70. México negó que fuera plausible considerar al impuesto al JMAF como requisito de desempeño en la acepción dada a ese término por el Artículo 1106, y calificó de “fantasiosa” la reclamación de CPI basada en ese artículo.

71. En lo referente a la reclamación bajo el Artículo 1110, México enfatizó que CPI no había sido privada del título de propiedad legítima/legal de ninguna parte de su inversión, ni del control físico de la misma. Sostuvo que la aplicación del impuesto no había surtido el efecto postulado por CPI, de esterilizar el mercado para el producto de CPIIng, y adujo la recuperación experimentada por las ventas de JMAF de CPIIng en 2003 y 2004, [REDACTED] cuando sus clientes lograron, a través de acciones de amparo, liberarse de la obligación de pagar el impuesto si utilizaban JMAF como edulcorante. Si bien México admitió que el concepto de “medidas equivalentes a expropiación” no era idéntico a los conceptos de expropiación directa o indirecta, negó que fuera tan amplio como lo sostenía CPI, y sostuvo que infligir pérdidas a una empresa restringiendo temporalmente un mercado no podía constituir una medida equivalente a expropiación.

*C. Respuesta de la Demandante al argumento de las contramedidas*

72. CPI sostuvo que la doctrina de las contramedidas no era admisible para eliminar la ilicitud en el presente caso, pues como el Tribunal carecía de jurisdicción para decidir si los Estados Unidos habían violado el TLCAN, faltaba una condición previa para que prosperara una defensa de ese género. Además, el Capítulo XI del TLCAN confería a CPI, como inversionista, derechos independientes y claramente distintos de los derechos y obligaciones de los Estados Unidos. Además, el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, creado por el Capítulo XI, fue diseñado para evitar que las disputas entre un

inversionista de una Parte del TLCAN y otra Parte del TLCAN se entremezclaran con disputas entre Estados. Por lo tanto, rechazó la posibilidad de que México recurriera a contramedidas como defensa frente a una reclamación planteada por CPI, y no por los Estados Unidos.

73. Más aun, CPI sostuvo asimismo que aunque una defensa basada en la doctrina de las contramedidas pudiera en principio ser admisible en un contexto del Capítulo XI, ello tendría que fracasar en el presente caso, ya que el impuesto al JMAF no cumplió los criterios propios de una contramedida legítima, según lo codificado en los Artículos de la CDI.

#### **V. Enfoque del Tribunal con respecto a las cuestiones en litigio**

74. El Tribunal comienza por señalar que no se ha cuestionado su jurisdicción para conocer de las reclamaciones de CPI. En particular, México no ha negado que CPI sea un inversionista de una Parte, en la acepción del Capítulo XI, ni que CPIIng constituya una inversión de CPI<sup>5</sup>. Análogamente, no cabe duda de que la reclamación formulada por CPI está comprendida dentro de las disposiciones sobre jurisdicción del Capítulo XI.

75. Por lo tanto, el Tribunal procede a su análisis basándose en que posee jurisdicción y que, en principio, debe ejercerla. No obstante, su jurisdicción se limita al Capítulo XI del TLCAN y a las partes en el

---

<sup>5</sup> En el párrafo 81 se consideran las presentaciones de las partes con respecto al argumento de CPI de que su inversión, a los efectos de la reclamación bajo el Artículo 1110, era distinta de la inversión para los efectos de sus otras dos reclamaciones.

presente caso. Como ambas partes lo admiten, carece de jurisdicción para establecer si los Estados Unidos, que no son parte en este procedimiento, han violado disposiciones del TLCAN ajenas al Capítulo XI de ese Tratado. Tal como se explica en la **Parte IX** de la Decisión, esa limitación resulta significativa para los enfoques que debe adoptar el Tribunal frente a la cuestión de las contramedidas.

76. Una segunda cuestión con respecto a la cual existe amplio consenso entre las partes —por lo menos en cuanto a los principios aplicables— se refiere al Derecho que debe aplicar el Tribunal. Conforme al Artículo 1131(1) del TLCAN, el Tribunal “decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del Derecho Internacional”. El Tribunal considera que esas reglas incluyen las relativas a la interpretación de tratados (que, según es objeto de aceptación general, se han codificado en forma autorizada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969). Las normas sobre responsabilidad del Estado (cuyo enunciado más autorizado, según se admite, se encuentra en los Artículos de la CDI) son aplicables, en principio, en el marco del TLCAN, salvo en la medida en que lo excluyan las disposiciones del TLCAN, como *lex specialis*.
77. Las partes han citado un significativo número de laudos arbitrales emitidos en otros casos bajo el Capítulo XI y en procedimientos iniciados por inversionistas bajo otros acuerdos internacionales. Naturalmente, en el Derecho Internacional no existe una doctrina de obligatoriedad de los precedentes, ni ninguna razón de principio por la cual lo decidido por el tribunal que primero se haya pronunciado sobre un tema, deba tratarse

necesariamente como habiendo hablado en definitiva sobre el asunto. No obstante, las opiniones de otros tribunales sobre temas similares a los que se plantean en el presente caso y sobre cuestiones de principios que influyan sobre los temas planteados en estos procedimientos, son necesariamente valiosas para el Tribunal, por lo que han sido tomadas en cuenta.

78. Aunque el principal argumento de México, por lo menos en su Memorial de Contestación, fue que el impuesto al JMAF era una contramedida, por lo que al ser tal no podía constituir incumplimiento del Capítulo XI del TLCAN, también negó que su conducta infringiera, en todo caso, alguna de las disposiciones invocadas por CPI. El Tribunal considera que el argumento basado en la doctrina de las contramedidas invocado por México, sólo debe tratarse si el Tribunal previamente concluye que —a falta de la defensa basada en esa doctrina— la conducta de México violó una o más de las tres disposiciones invocadas por CPI. En consecuencia, el Tribunal ha considerado en primer lugar la cuestión de si el impuesto al JMAF implicó el incumplimiento de alguna de esas disposiciones. En las audiencias orales los abogados de México aceptaron que ese era el curso procesal correcto que correspondía seguir.

**VII. Reclamación sobre requisitos de desempeño basada en el Artículo 1106**

79. El Tribunal comenzará por considerar la reclamación formulada por CPI al amparo del Artículo 1106, que en lo pertinente establece lo siguiente:

**“Artículo 1106: Requisitos de desempeño**

1. Ninguna de las Partes podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ningún compromiso o iniciativa, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país no Parte en su territorio para:

- (a) exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios;
- (b) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
- (c) adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios prestados en su territorio, o adquirir bienes de productores o servicios de prestadores de servicios en su territorio;
- (d) relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;
- (e) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a ganancias que generen en divisas;
- (f) transferir a una persona en su territorio, tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento reservado, salvo cuando el requisito se imponga o el compromiso o iniciativa se hagan cumplir por un tribunal judicial o administrativo o autoridad competente para reparar una supuesta violación a las leyes en materia de competencia o para actuar de una manera que no sea incompatible con otras disposiciones de este Tratado; o
- (g) actuar como el proveedor exclusivo de los bienes que produce o servicios que presta para un mercado específico, regional o mundial.

2. La medida que exija que una inversión emplee una tecnología para cumplir en lo general con requisitos aplicables a salud, seguridad o medio ambiente, no se considerará incompatible con el párrafo 1(f).

Para brindar mayor certeza, los Artículos 1102 y 1103 se aplican a la citada medida.

3. Ninguna de las Partes podrá condicionar la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo la misma, en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista de un país Parte o no Parte, al cumplimiento de cualquiera de los siguientes requisitos:

- (a) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
- (b) comprar, utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos en su territorio, o a comprar bienes de productores en su territorio;
- (c) relacionar, en cualquier forma, el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión; o
- (d) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas”.

80. CPI admite espontáneamente que su reclamación carece de precedentes. Los abogados de México la describieron como “fantasiosa”. El Tribunal no llegará a ese extremo, pero es evidente que CPI no ha desarrollado con éxito sus argumentos basados en esa disposición. El impuesto sancionado por el Congreso Mexicano, que grava los refrescos en que se utiliza el JMAF como edulcorante, no impuso obligación alguna a CPI. México no exigió a CPI que incrementara su inversión, aumentara el volumen de sus adquisiciones locales ni que contratara más empleados locales. Tampoco el impuesto, ni ninguna otra disposición regulatoria citada por CPI, pretendió prescribir el nivel de las ventas internas, las importaciones, las exportaciones o los ingresos de divisas de dicha compañía. Si bien el impuesto que aquí se impugna se adoptó con la intención y el efecto de reducir el uso, por parte de los clientes de CPI, del producto de CPI, el requisito de desempeño, si existió alguno, recayó sobre los fabricantes de



refrescos, y aun ello sin carácter obligatorio. En consecuencia, la reclamación basada en el Artículo 1106 es rechazada.

## **VII. Reclamación sobre expropiación basada en el Artículo 1110**

81. La segunda reclamación de CPI es que el impuesto al JMAF representaba una expropiación indirecta o una medida equivalente a una expropiación de su inversión. CPI sostuvo que para los efectos de su reclamación bajo el Artículo 1110, la “inversión” con respecto a la cual se había formulado la reclamación difería de la inversión con respecto a la cual reclamó basada en los Artículos 1102 y 1106<sup>6</sup>. En tanto que para los propósitos de sus reclamaciones basadas en los Artículos 1102 y 1106 CPI alegó que la “inversión” era CPIIng, para los efectos de su reclamación bajo el Artículo 1110 sostuvo que la inversión pertinente consistía en “los bienes que tiene de manera indirecta, a través de CPIIngredientes, en relación con sus negocios de suministro y producción de JMAF<sup>7</sup>”. Esto plantea la cuestión de si un demandante bajo el Capítulo XI tiene derecho a recurrir a diferentes nociones de lo que constituye la “inversión” para los efectos de diferentes reclamaciones emanadas del mismo conjunto de hechos. México cuestionó este aspecto de los escritos de CPI, pero el Tribunal no ha profundizado la consideración del tema, porque ha concluido que, aun cuando se acepte lo manifestado por CPI con respecto a la noción de “inversión” a los efectos del Artículo 1110, la reclamación basada en la

---

<sup>6</sup> Véanse párrafos 50 y 74, *supra*.

<sup>7</sup> Memorial, párrafo 252.

pretendida expropiación debe rechazarse de todas maneras, por las razones que más abajo se exponen.

82. Un problema-umbral con respecto a esta parte de los argumentos de CPI es que ésta mantuvo en todo momento el título de propiedad y la posesión física de todos los activos en cuestión. CPI lo admitió, pero sostuvo que no se requiere la toma de posesión física ni la transferencia del título de propiedad para que se den o bien una expropiación directa o medidas equivalentes a la expropiación. Se basó en gran medida en el laudo dictado en el caso *Metalclad c. México*<sup>8</sup> y en dos dictámenes periciales preparados para ella por el Profesor Dolzer. En especial invocó la declaración del tribunal en el caso *Metalclad*, de que “privar ... en parte significativa, al propietario ... del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad<sup>9</sup>” podía llegar a constituir una expropiación.
83. En ese contexto, CPI alegó que el impuesto al JMAF la había privado del “aprovechamiento económico esperado y de las ganancias de sus inversiones relacionadas con el JMAF<sup>10</sup>”, al destruir de la noche a la mañana su mercado de JMAF. Enfatizó que dicho impuesto (en contraposición con el del IEPS en conjunto) no tenía como propósito generar ingresos fiscales, sino destruir el mercado de refrescos disponible para el JMAF, en beneficio de la industria azucarera mexicana. También concedió gran peso a lo que, según alegó, era el carácter discriminatorio del impuesto.

---

<sup>8</sup> Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1; 5 *ICSID Reps.* 209.

<sup>9</sup> Ídem, párrafo 103.

<sup>10</sup> Memorial, párrafo 379.

84. México discrepó de CPI tanto respecto al contenido del Derecho que enuncia el Artículo 1110 del TLCAN, como a su aplicación a los hechos del caso. Alegó (invocando los casos *Pope and Talbot*<sup>11</sup>, *SD Myers*<sup>12</sup> y *Feldman*<sup>13</sup>) que una medida no es “equivalente a expropiación”, a menos que surta los mismos efectos que esta última. Añadió que el laudo dictado en el caso *Metalclad* había sido ampliamente criticado, que la Corte Suprema de Columbia Británica lo había anulado en parte<sup>14</sup>, y que aun cuando esa decisión hubiera sido correcta, lo que se debatía en el caso *Metalclad* era la destrucción permanente del negocio del demandante, en tanto que la producción de JMAF por parte de CPI se recuperó dentro de los dos años siguientes, [REDACTED]

A ese respecto, México hizo referencia a los informes presentados por CPI correspondientes a 2002, 2003 y 2004, que demostraron que la aplicación del impuesto al JMAF no había reducido el valor contable de los activos de esa compañía y contenían una serie de manifestaciones optimistas sobre la probabilidad de que dicho tributo fuera derogado.

85. Sobre este último punto CPI replicó que los informes reflejaban convenciones contables, así como el estado de los negocios de CPI en México en su conjunto, y no el de la inversión pertinente que, según sostuvo, se vio afectada en mucha mayor medida.

86. El Artículo 1110(1) del TLCAN establece:-

---

<sup>11</sup> Laudo del 10 de abril de 2001, 7 *ICSID Reps.* 102.

<sup>12</sup> Primer Laudo parcial sobre responsabilidad, 13 de noviembre de 2000; 8 *ICSID Reps.* 18.

<sup>13</sup> Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1; 7 *ICSID Reps.* 341.

<sup>14</sup> 5 *ICSID Reps.* 236 y 6 *ICSID Reps.* 52.

“1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

- (a) por causa de utilidad pública;
- (b) sobre bases no discriminatorias;
- (c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y
- (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6”.

87. En el laudo recientemente dictado en el caso *Fireman's Fund Insurance Company c. México*<sup>15</sup> (“FFIC”) se resumen los efectos de la jurisprudencia existente del TLCAN sobre expropiación (se omiten notas al pie de página), en los siguientes términos:

“(a) La expropiación requiere la toma (misma que puede incluir la destrucción), por parte de una autoridad de tipo gubernamental, de una inversión realizada por un inversionista cubierto por el TLCAN.

(b) La inversión cubierta podrá incluir activos tangibles e intangibles.

(c) La toma deberá ser la privación sustancialmente total del uso económico y goce de los derechos de propiedad, o de distintas partes identificables de éstos (v.g. se acerca al daño total).

(d) La toma deberá ser permanente, y no efímera o temporal.

(e) La toma generalmente implica la transferencia de propiedad en favor de otra persona (frecuentemente la autoridad gubernamental implicada), pero eso no necesariamente tiene que suceder en ciertos casos (v.g. la destrucción total de una inversión debido a medidas tomadas por la autoridad gubernamental, sin transmisión de derechos).

(f) Los efectos de las medidas tomadas por el Estado receptor son dispositivas, no el objetivo subyacente, para determinar si acaso existe una expropiación.

(g) La toma puede ser *de jure* o *de facto*.

(h) La toma puede ser ‘directa’ o ‘indirecta’.

---

<sup>15</sup> Caso CIADI No. ARB(AF)/02/01. El laudo recién se dio a conocer públicamente en forma redactada en julio de 2007, aunque había sido notificado a las partes de ese caso en julio de 2006.

(i) La toma puede adoptar la forma de una sola acción o de una serie de acciones, relacionadas o no relacionadas, realizadas en el transcurso de un periodo (llamada “expropiación en etapas” [*“creeping expropriation”*]).

(j) Para distinguir entre una expropiación compensable y una regulación no-compensable, por parte de un Estado receptor los siguientes factores (generalmente en combinación) podrán ser tomados en consideración: si la acción se encuentra dentro de los poderes de policía reconocidos del Estado receptor; el objetivo (público) y efectos de la medida; si la medida es discriminatoria; la proporcionalidad entre las medidas tomadas y el objetivo buscado; y que la naturaleza de la medida sea de buena fe.

(k) Las razonables ‘expectativas fundadas’ del inversionista pueden ser un factor relevante, para verificar si una expropiación (indirecta) ha sucedido<sup>16</sup>.

88. El presente Tribunal coincide en general con este análisis. A su juicio tres puntos revisten especial importancia para el caso que tiene ante sí.
89. Primero, es importante no confundir la cuestión de si ha habido una expropiación con la de si se han cumplido los cuatro criterios señalados en los párrafos (a) a (d) del Artículo 1110. Esos párrafos sólo entran en juego si se ha concluido que ha existido una expropiación o una medida equivalente a una expropiación, pero la ausencia de uno o más de ellos no indica de por sí una expropiación<sup>17</sup>.
90. En segundo lugar, como lo recuerda el tribunal en el caso *FFIC*, es necesario tener en cuenta la distinción entre trato discriminatorio de la propiedad de un inversionista (y, a este respecto, trato injusto e inequitativo) y expropiación. El hecho de que una medida que afecte derechos de propiedad sea discriminatoria no implica de por sí una expropiación (o el equivalente de una expropiación). En lugar de ello, si

---

<sup>16</sup> Ídem, párrafo 176.

<sup>17</sup> Véase *FFIC*, párrafo 174.

se demuestra que una medida constituye una expropiación (o el equivalente a una expropiación), ella no puede justificarse si es discriminatoria. En el caso *FFIC*, el tribunal declaró que se estaba ante un caso evidente de trato discriminatorio, pero no al extremo de hacer admisible una reclamación bajo el Artículo 1110<sup>18</sup>.

91. En tercer lugar, en los casos en que no existe toma de posesión física de bienes ni transferencia forzosa del título, en los términos del laudo del caso *FFIC*, “[l]a toma deberá ser la privación sustancialmente total del uso económico y goce de los derechos de propiedad, o de distintas partes identificables de éstos (v.g., se acerca al daño total)<sup>19</sup>”. En los términos del laudo dictado por el tribunal en el caso *Waste Management (No. 2)*, “[n]o es función del Artículo 1110 indemnizar los emprendimientos comerciales que fracasan, ante la ausencia de una intervención arbitraria del Estado *que equivalga a una confiscación virtual o a una esterilización de la empresa*<sup>20</sup>”.

92. Aplicando ese criterio a la reclamación formulada por CPI, el Tribunal ha concluido que CPI no ha probado el fundamento de su reclamación bajo el Artículo 1110. A falta de una toma de posesión física o transferencia de la propiedad, CPI tenía que probar que hubiera sufrido un grado de interferencia tal que su negocio se hubiera esterilizado; en los términos utilizados por el tribunal que entendió en el caso *FFIC*, “[l]a toma deberá ser la privación sustancialmente total del uso económico y goce de los

---

<sup>18</sup> Véase *FFIC*, párrafos 203-209.

<sup>19</sup> Párrafo 176 (c).

<sup>20</sup> Párrafo 160. Énfasis añadido.

derechos de propiedad, o de distintas partes identificables de éstos<sup>21</sup>”. CPI no probó eso. No cabe duda de que las plantas de JMAF de CPI sufrieron un considerable detrimento de sus mercados durante aproximadamente dos años, pero CPI mantuvo en todo momento el control completo de su inversión; pudo informar a sus accionistas que el impuesto al JMAF no afectaría a largo plazo a sus negocios, [REDACTED]

[REDACTED] En ese contexto, el Tribunal considera insostenible concluir que los efectos del impuesto al JMAF hayan representado una privación sustancialmente total del uso económico y goce de la inversión, aun cuando (véase el párrafo 81, *supra*) se adopte el punto de vista más restrictivo de lo que constituye una inversión a los efectos de lo sostenido por CPI en su reclamación basada en el Artículo 1110.

93. Las medidas gubernamentales que afectan desfavorablemente a los mercados de un inversionista, aunque sean discriminatorias (cuestión que se considera en la próxima sección de esta Decisión), no son expropiatorias a menos que su efecto sea destruir el negocio en cuestión. Ello sencillamente no ocurrió en el presente caso. Se considere o no que el criterio enunciado en el laudo del caso *Metalclad* era demasiado amplio, el hecho es que lo sucedido en el presente caso no satisfizo ese criterio.
94. En consecuencia, el Tribunal rechaza la reclamación por violación del Artículo 1110.

---

<sup>21</sup> Véase *FFIC*, párrafo 176 (c), citado en el párrafo 87, *supra*.

## VIII. Reclamación sobre trato nacional basada en el Artículo 1102

95. El Artículo 1102 tiene, en lo pertinente, el texto siguiente:-

### “Artículo 1102: Trato nacional

1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

2. 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”.

#### *A. Argumentos de la Demandante*

96. CPI se apoyó en los incisos (1) y (2) del Artículo 1102. Sostuvo que el impuesto al JMAF, aunque formalmente recaía sobre las embotelladoras de refrescos, implicaba, por sus efectos, la aplicación a CPI de cierto trato con respecto a la operación de su inversión (en la acepción del Artículo 1102(1)) y de cierto trato a esa inversión (en la acepción del Artículo 1102(2)), que eran menos favorables que los concedidos por México, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas y a las inversiones de estos últimos.

97. Según CPI, el criterio a aplicarse conforme al Artículo 1102 era sencillo y se había identificado en una serie de laudos anteriores dictados por tribunales del TLCAN que aplicaron esa disposición. CPI invocó en especial, los laudos dictados en los casos *Pope and Talbot c. Canadá*<sup>22</sup>,

---

<sup>22</sup> 7 ICSID Reps. 43.



*SD Myers c. Canadá*<sup>23</sup>, *ADF c. los Estados Unidos*<sup>24</sup> y *Feldman c. México*<sup>25</sup>, y sostuvo que en ellos se estableció un criterio uniforme, que debe aplicar este Tribunal.

98. Los inversionistas mexicanos con los que, según lo manifestado por CPI, ésta se hallaba en “circunstancias similares” en el período pertinente eran los productores de azúcar. En este contexto CPI se basó en gran medida en el hecho de que el JMAF y el azúcar eran en todo momento competidores directos y productos directamente sustituibles, el uno por el otro en el mercado de edulcorantes para refrescos en México. Señaló que aún antes de que la OMC considerara la cuestión, el propio Gobierno Mexicano, en el curso de su investigación antidumping<sup>26</sup>, había tratado a ambos productos como intercambiables, y que no cuestionó la afirmación de que el JMAF y el azúcar fueran “productos similares” en la acepción del Artículo III del GATT.
99. CPI se apoyó también, en considerable medida, en los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación de la OMC en relación con el caso *Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, que estaban directamente relacionados con el impuesto al JMAF. El referido Grupo Especial, cuyas conclusiones fueron refrendadas por el Órgano de Apelación<sup>27</sup>, declaró, *inter alia*, que el JMAF y el azúcar eran productos

---

<sup>23</sup> 8 *ICSID Reps.* 3.

<sup>24</sup> Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1; 6 *ICSID Reps.* 449.

<sup>25</sup> Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1; 7 *ICSID Reps.* 318.

<sup>26</sup> Resolución final de la investigación antidumping, párrafos 423-428, Diario Oficial de la Federación, 23 de enero de 1998, Documento de prueba C17B; carta del 22 de abril de 2002 expedida por el Secretario Ejecutivo de la Comisión Federal de Competencia, Documento de prueba C 144.

<sup>27</sup> Informe del Órgano de Apelación, del 6 de marzo de 2006, WT/DS308/AB/R.

similares en la acepción del Artículo III del GATT<sup>28</sup>. CPI admitió que el hecho de que el JMAF y el azúcar fueran “productos similares” a los efectos del GATT no era de por sí determinante de que los productores de JMAF y de azúcar se encontraran en “circunstancias similares” a los efectos del Artículo 1102, pero alegó que la conclusión de la OMC era sumamente pertinente para la aplicación del criterio de las “circunstancias similares” contenido en el Artículo 1102.

100. CPI sostuvo que el Artículo 1102 se refería a la discriminación *de facto* y *de jure*, pero que el impuesto al JMAF representaba un caso de discriminación *de jure*. Destacó el hecho de que en el período relevante las únicas compañías productoras de JMAF existentes en México eran de propiedad extranjera, en tanto que la mayoría de las compañías productoras de azúcar en México eran de propiedad mexicana; muchas de ellas de propiedad del Estado mexicano. CPI sostuvo que conforme al Artículo 1102 sólo había que probar que el trato recibido era menos favorable que el mejor trato acordado por México a productores de azúcar de propiedad mexicana.
101. CPI sostuvo también que el propio México había aceptado el hecho de que el impuesto al JMAF era discriminatorio para con CPI, dada la nacionalidad estadounidense de esta compañía. A este respecto mencionó declaraciones formuladas en el Congreso Mexicano durante el proceso de adopción del impuesto, según las cuales éste tenía un designio proteccionista, así como la defensa mexicana de que el impuesto era una contramedida, lo cual, según CPI, demostraba que el impuesto se había

---

<sup>28</sup> Informe del Grupo Especial, del 7 de octubre de 2005, WT/DS308/R, párrafo 8.136.

adoptado contra los productores e importadores de JMAF como un mecanismo de represalia en contra de los Estados Unidos, lo que indicaba que se pretendía que surtiera un efecto discriminatorio.

## B. Argumentos de la Demandada

102. México sostuvo que muy al margen de su argumento de que el impuesto al JMAF fuera una contramedida legítima, dicho impuesto no era incompatible con el Artículo 1102. No cuestionó el argumento de que el JMAF y el azúcar fueran *productos* similares en el mercado de edulcorantes para refrescos, pero sí la pertinencia de la conclusión de la OMC a esos efectos con respecto a la cuestión de si los productores de JMAF y los productores de azúcar para ese mercado se encontraban en *circunstancias* similares. Según México, que invocó el laudo dictado en el caso *Methanex c. los Estados Unidos*<sup>29</sup>, los dos criterios eran muy diferentes.

103. México hizo hincapié en un pasaje del laudo dictado en el caso *Methanex*, en que el tribunal declaró:-

“... si los redactores del TLCAN hubieran querido incluir criterios comerciales en el capítulo de inversiones adoptando una fórmula del tipo de la del GATT, podrían haber elaborado una versión del Artículo 1102 que estableciera: ‘Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas [o a las inversiones] de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios inversionistas, en circunstancias similares *con respecto a cualesquiera bienes similares, directamente competitivos o sustituibles*’. De esa labor interpretativa se desprende claramente cuán incongruente —a decir verdad extraño— sería yuxtaponer en una disposición única referente a inversiones las expresiones ‘circunstancias similares’ y ‘cualquiera bienes similares, directamente competitivos o sustituibles’<sup>30</sup>”. (Traducción del Tribunal)

104. México sostuvo que para contravenir el Artículo 1102, una medida tenía que discriminar contra un inversionista de otra Parte del TLCAN (o contra

<sup>29</sup> 44 ILM (2005) 1343, Parte II, Capítulo B, párrafos 4-6.

<sup>30</sup> Ídem, párrafos 33-34.

la inversión de un inversionista de otra Parte) *qua* inversionista. Según lo planteado por México, el impuesto al JMAF no iba dirigido contra CPI *qua* inversionista, sino que era más bien una respuesta a la crisis financiera experimentada por la industria azucarera. Según México, la producción y el consumo de JMAF en su territorio eran factores cardinales de esa crisis, ya que los Estados Unidos se rehusaban a tener en cuenta la producción de JMAF en México para calcular si México tenía o no un excedente azucarero que le confiriera derecho de acceso al mercado estadounidense.

105. A juicio de México, ello llevó a la conclusión de que los productores de JMAF y los productores de azúcar no se encontraban en circunstancias similares, porque dentro de un mercado sumamente regulado, los productores de JMAF, como CPI, tenían acceso irrestricto tanto al mercado de México como al de los Estados Unidos, en tanto que los productores mexicanos de azúcar tenían que hacer frente a un aumento de la competencia de JMAF en el mercado interno, en un período en que su acceso al mercado de los Estados Unidos sufría graves restricciones.
106. En lo que respecta a la jurisprudencia, México alegó que el Tribunal no debía basarse en los casos *Pope and Talbot* o *Myers*, cuyos laudos describió como “de ‘primera generación’, que reflejaban un análisis incipiente, tentativo<sup>31</sup>”, que no había sido aceptado por las Partes del TLCAN en sus manifestaciones en casos ulteriores. Según México, los otros dos casos invocados principalmente por CPI —*ADF* y *Feldman*— no eran pertinentes: el primero porque giraba en torno a la aplicación de las

---

<sup>31</sup> Dúplica, párrafo 144.

disposiciones del TLCAN a las adquisiciones públicas, y el segundo porque en él México había admitido que los diversos exportadores de cigarrillos se encontraban en circunstancias similares.

107. México instó al Tribunal a basarse, en cambio, en el laudo dictado en el caso *GAMI c. México*<sup>32</sup>, según el cual los productores de azúcar cuya situación financiera era sólida, en México, no se encontraban en circunstancias similares a las de los productores de azúcar que experimentaban dificultades financieras, por lo cual el Gobierno Mexicano no había violado el Artículo 1102 al expropiar ciertas empresas de estos últimos, algunas de las cuales eran de propiedad de inversionistas de los Estados Unidos, mientras dejaba en régimen de propiedad privada otros ingenios cuya situación financiera era sólida, algunos de los cuales eran de propiedad mexicana.
108. México invocó también el laudo dictado en el caso *Loewen c. los Estados Unidos*<sup>33</sup>, que interpretó como fundamento de la aseveración de que las partes con intereses contrapuestos tampoco se encontrarían en circunstancias similares a los efectos del Artículo 1102. Según México, CPI y los productores mexicanos de azúcar mantenían intereses contrapuestos, no sólo porque competían mutuamente en el mercado de edulcorantes para refrescos, sino también porque CPI, a través de la asociación empresarial que integraba, se había opuesto a la flexibilización de los obstáculos impuestos por los Estados Unidos al acceso del azúcar mexicano al mercado estadounidense.

---

<sup>32</sup> Laudo del 15 de noviembre de 2004; que ha de publicarse en 13 *ICSID Reps.*

<sup>33</sup> Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3; 7 *ICSID Reps.* 421.

### C. Análisis del Tribunal

109. El Tribunal señala, para comenzar, que el Artículo 1102 expresa un principio de fundamental importancia en el Derecho Comercial Internacional y en el Derecho Internacional de las inversiones: el de la no discriminación. En un estudio preparado para UNCTAD, incluso se señala:

“La cláusula del trato nacional es tal vez la más importante cláusula de trato contenida en los acuerdos internacionales en materia de inversión<sup>34</sup>”. (traducción del Tribunal)

110. La significancia que ese principio reviste en el régimen jurídico del GATT/OMC, está más allá de toda duda. El Artículo III del GATT, que incorpora el principio del trato similar para productos similares, independientemente de su origen nacional, es una de las piedras angulares de ese régimen. El Artículo III.4 establece:-

“Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de estos productos en el mercado interior. Las disposiciones de este párrafo no impedirán la aplicación de tarifas diferentes en los transportes interiores, basadas exclusivamente en la utilización económica de los medios de transporte y no en el origen del producto<sup>35</sup>”.

111. El carácter absoluto de esta disposición, así como el papel cardinal que la misma cumple dentro del régimen, fueron destacados en los siguientes términos por el Grupo Especial del GATT en el caso *Section 337*, que se

---

<sup>34</sup> UNCTAD, *National Treatment* (1999), Doc. de las Naciones Unidas UNCTAD/ITE/IIT/11 (vol. IV), pág. 1

<sup>35</sup> Véase también el Artículo XVII del AGCS.

refiere a la impugnación, por parte de la Comunidad Europea, de procedimientos de determinación de diferencias referentes a patentes entre productos nacionales e importados:-

“El Grupo Especial observó que, en lo referente a las cuestiones a él sometidas, la prescripción del párrafo 4 del artículo III, de que el trato no sea ‘menos favorable’, no va acompañada de reserva ni precisión alguna. ... La frase ‘no deberán recibir un trato menos favorable’ ... exige una igualdad efectiva de oportunidades para los productos importados en lo relativo a la aplicación de cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior. Ello establece claramente el criterio mínimo ... Como el objetivo fundamental es garantizar la igualdad de trato, es la parte contratante que aplique un trato diferente la que debe demostrar que, a pesar de esa diferencia, sus disposiciones satisfacen el criterio establecido por el Artículo III, de que los productos importados no reciban un trato menos favorable<sup>36</sup>”.

112. La relación entre el principio de no discriminación en materia de comercio y el de no discriminación en materia de inversiones queda claramente de manifiesto en el Tratado de Libre Comercio Canadá-los Estados Unidos, el texto de cuyo Capítulo 16 en gran medida se reflejó en el del Capítulo XI del TLCAN (aunque el Capítulo XI del TLCAN contuvo el importante atributo adicional del arbitraje entre inversionistas y Estados, que no figuraba en el tratado anterior).
113. El principio del trato nacional ocupa un lugar prominente en el enunciado de los objetivos del TLCAN, en el Artículo 102(1), que establece:-

“Los objetivos del presente Tratado, desarrollados de manera más específica a través de sus principios y reglas, incluidos los de *trato nacional*, trato de nación más favorecida y transparencia, son los siguientes:

---

<sup>36</sup> *Los Estados Unidos, Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, Informe del Grupo Especial del GATT adoptado el 7 de noviembre de 1989, BISD 36th Supp. 345 (1990), párrafo 5.11.



- (a) eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las Partes;
- (b) promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;
- (c) aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;
- (d) proteger y hacer valer, de manera adecuada y efectiva, los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada una de las Partes;
- (e) crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias; y
- (f) establecer lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado<sup>37</sup>.

114. Casos específicos del principio de no discriminación aparecen en los Artículos 301 (trato nacional con respecto a bienes), 1202 (trato nacional con respecto a servicios) y 1405 (trato nacional con respecto a servicios financieros), así como en el Artículo 1102, cuyas disposiciones describió el tribunal en el caso *Feldman* como “una obligación fundamental que emana del Capítulo XI<sup>38</sup>”. El tribunal en el caso *Feldman* destacó también que el Artículo III del GATT y el Tratado de Libre Comercio Canadá-los Estados Unidos contenían un texto análogo al del Artículo 1102<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Énfasis añadido. El Artículo 102(2) establece: “Las Partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este Tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1 y de conformidad con las normas aplicables del Derecho Internacional”.

<sup>38</sup> 7 *ICSID Reps.* 318, párrafo 165.

<sup>39</sup> Ídem.

115. Las partes del presente caso coincidieron en que el Artículo 1102 se aplica tanto a la discriminación *de facto*, como a la discriminación *de jure*<sup>40</sup>. El Tribunal comparte esa afirmación. Las partes discreparon, en cambio, en lo referente a casi todos los restantes temas pertinentes para la aplicación del Artículo 1102 al impuesto al JMAF.
116. Por lo tanto, el Tribunal considera necesario acudir ante todo a los primeros principios. El texto del Artículo 1102 indica que una reclamación basada en esa disposición sólo puede prosperar si se cumplen tres requisitos.
117. Primero, debe probarse que el Estado demandado ha concedido al inversionista extranjero o a su inversión “un trato... en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición” de las inversiones pertinentes. En segundo lugar, el inversionista o las inversiones extranjeras deben estar “en circunstancias similares” a las de un inversionista o una inversión del Estado demandado (“el comparador”). Por último, el trato debe haber sido menos favorable que el acordado al comparador<sup>41</sup>.
118. No obstante, al aplicar ese triple criterio se deben tener en cuenta las circunstancias especiales de cada caso, centrandó el análisis en el carácter específico de la medida que se impugna. A este respecto existe una estrecha relación entre la cuestión de si el Estado discriminó intencionalmente por razones de nacionalidad y la prueba de las

---

<sup>40</sup> CPI sostuvo, en el párrafo 298 de su Memorial, que el Artículo 1102 incluía discriminación *de facto*. México aceptó esa aseveración en respuesta a una cuestión planteada por el Tribunal en las audiencias orales, Transcripción, día 4, pág. 1019, renglones 15-16 (Sr. Becker).

<sup>41</sup> Véase, por ejemplo, el Laudo sobre el Fondo, del 24 de mayo de 2007, en *UPS c. Canadá*, párrafo 83.

circunstancias similares. Tal como lo han destacado otros tribunales del Capítulo XI, es necesario considerar en su totalidad el contexto fáctico y jurídico correspondiente<sup>42</sup>.

119. Al aplicar estos principios a los hechos del presente caso, la primera cuestión es si la aplicación del impuesto al JMAF a los embotelladores de refrescos puede considerarse como el “trato” acordado por México a CPI. El Tribunal considera que en efecto así es. México admite que el impuesto no estaba destinado a generar ingreso fiscal, sino a ayudar a la industria azucarera mexicana en una época de crisis y a dar respuesta a lo que a juicio de México era una violación, por parte de los Estados Unidos, de otras disposiciones del TLCAN. Es evidente que para alcanzar cualquiera de esos objetivos el impuesto habría tenido que afectar a los productores y proveedores de JMAF, el principal de los cuales era CPI (con aproximadamente ██████████ de la proporción de JMAF del mercado antes de que entrara en vigor el impuesto al JMAF). Por el contrario, no existió intención de producir cualquier otro efecto sobre los embotelladores, más que el de presionarlos para que sustituyeran el JMAF por azúcar como edulcorante. En tales circunstancias, sería hacer prevalecer la forma sobre la sustancia el sostener que el hecho de que el impuesto fue estructurado como un impuesto sobre los embotelladores, y no sobre los proveedores de edulcorantes, impidiera que el mismo constituya el trato aplicado a estos últimos para los efectos del Artículo 1102.

---

<sup>42</sup> Laudo del caso *Pope and Talbot*, párrafos 75-78; *SD Myers*, párrafo 245.

120. Pasando a la cuestión de si CPI y los otros productores de JMAF en México estaban en circunstancias similares a los productores mexicanos de azúcar —que son el único comparador sugerido— el Tribunal concluye que este requisito se cumple en relación con los hechos del presente caso. El Tribunal cree necesario comenzar por una comparación entre los inversionistas nacionales y extranjeros que operan en el mismo negocio o sector económico que la Demandante<sup>43</sup>. Es indudable que los productores mexicanos de azúcar operaban en el mismo negocio o sector económico que CPI. En relación con el suministro de edulcorantes al sector de los refrescos, sus productos competían directamente entre sí, y los consumidores y la legislación mexicana los trataban como intercambiables. El propósito del impuesto al JMAF fue, abiertamente, el de alterar las condiciones de competencia entre esos productos.
121. En ese contexto el Tribunal toma nota de que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación de la OMC declararon que el JMAF y el azúcar eran “productos similares” a los efectos del Artículo III del GATT. El Tribunal tiene en cuenta la advertencia, contenida en el laudo del caso *Methanex*<sup>44</sup>, de que las condiciones del Artículo III del GATT se introdujeron en el Capítulo III del TLCAN y no en el Capítulo XI de ese Tratado, en el que se utilizó un lenguaje distinto. También está consciente de que su jurisdicción se limita a las disposiciones del Capítulo XI y no se extiende al Capítulo III. Admite que la reclamación de CPI basada en el Artículo 1102 no puede prosperar simplemente porque la Demandante demuestre que el JMAF y el azúcar sean “productos similares” a los fines del

---

<sup>43</sup> Véase, por ejemplo, *Pope and Talbot*, párrafos 75-78.

<sup>44</sup> 44 ILM (2005) 1343, Parte IV, Capítulo B, párrafo 30.

Artículo III del GATT, ni entiende que CPI haya formulado ese argumento. El criterio previsto en el Artículo 1102 es independiente y claramente distinto del previsto en el Artículo III.4 del GATT (o, en lo pertinente, del criterio del Artículo 301 del TLCAN).

122. No obstante, el Tribunal no admite que el hecho de que el JMAF y el azúcar sean productos similares a los efectos del GATT carezca de trascendencia a los efectos de la aplicación del criterio del Artículo 1102. Por el contrario, lo considera sumamente relevante para la aplicación de ese parámetro. Si bien el Tribunal no sostiene que el hecho de que un inversionista extranjero y un inversionista nacional estén produciendo productos similares obligue a admitir que ambos se encuentran en circunstancias similares a los efectos del Artículo 1102, o que el trato diferencial suponga necesariamente la violación de esa disposición, cuando la medida a la que se atribuye el carácter violatorio del Artículo 1102 guarda relación directa con los productos y está destinada a discriminar a favor de uno contra el otro, existe un muy fuerte indicio de incumplimiento del Artículo 1102.

123. Aunque el fragmento del Laudo Final del caso *Methanex* que se cita en el párrafo 103, *supra*, pueda interpretarse como expresión de un criterio diferente, el Tribunal considera que dicho laudo, tomado en conjunto, no es incompatible con el enfoque mencionado en el párrafo precedente. El tribunal en el referido caso reconoció expresamente la pertinencia de la jurisprudencia del GATT/OMC<sup>45</sup>. Corresponde señalar, además, que ese tribunal hizo fuerte hincapié en que el metanol no era un producto que

---

<sup>45</sup> 44 ILM (2005) 1343, Parte II, Capítulo B, párrafo 6.

compitiera directamente con el etanol, pues este último se utilizaba como aditivo para la gasolina, en tanto que el primero no era más que un ingrediente del aditivo MTBE<sup>46</sup>, y que la medida descrita como violatoria del Artículo 1102 no era discriminatoria *prima facie* —ya que se aplicaba igualmente a productores estadounidenses de metanol que obviamente eran los comparadores de Methanex<sup>47</sup>— y se había adoptado por razones reglamentarias legítimas.

124. Por el contrario, el JMAF puede sustituir directamente al azúcar como edulcorante para refrescos, y como ya se señaló, México siempre lo había tratado como tal. Ello además hace que los hechos del presente caso difieran de los del caso *UPS*, en que el tribunal señaló que Canadá y otros Estados sometían a un trato diferente a los envíos remitidos por correo y a los remitidos por mensajería (y que así había ocurrido históricamente).

125. En su respuesta, México adujo tres factores que a su juicio impedían que CPI y los productores de azúcar se encontraran en circunstancias similares: (1) el hecho de que el precio del azúcar estaba regulado, lo que no ocurría con el precio del JMAF, (2) el hecho de que en el período relevante el azúcar mexicano estaba privado, en medida considerable, de acceso al mercado de los Estados Unidos, en tanto que el JMAF podía comerciarse sin obstáculos a través de la frontera Estados Unidos-México, y (3) el hecho de que la asociación empresarial a la que pertenecía CPI había abogado en los Estados Unidos para que no se incrementara el volumen de azúcar mexicano que podía importarse en los Estados Unidos.

---

<sup>46</sup> “El hecho incontrovertible es que Methanex producía metanol como ingrediente del aditivo MTBE y no, en cuanto metanol, como aditivo de la gasolina” (traducción al Español del Tribunal). (Ídem, Parte IV, Capítulo B, párrafo 28).

<sup>47</sup> Párrafo 21.

El Tribunal ha considerado cuidadosamente cada uno de esos factores, pero no está convencido de que ellos impidan concluir que CPI y los productores de azúcar se encontraran en circunstancias similares.

126. En primer lugar, consideremos la cuestión de la regulación de precios. México sostuvo que el azúcar en México (al igual que en otros países, incluido los Estados Unidos) está sujeto a un régimen regulatorio destinado a afectar el precio, en tanto que el precio del JMAF no está regulado, lo que impide considerar que ambos productos, o las inversiones realizadas en las respectivas industrias, se encuentren “en circunstancias similares”. El Tribunal ha considerado cuidadosamente ese argumento a la luz del objeto y fin de las disposiciones sobre no discriminación que cruzan el Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Nosotros concluimos que cuando los productos de que se trata son intercambiables e indistinguibles desde el punto de vista de los usuarios finales (es decir, del comprador de refrescos), los productos, y por lo tanto las respectivas inversiones, se encuentran en circunstancias similares. Cualquier otra interpretación privaría de eficacia a las cláusulas sobre no discriminación, ya que siempre sería posible encontrar diferencias —en cuanto a propiedad, administración, regulación o mecanismo de fijación de precios— entre productos que compiten entre sí. Así como una regulación sobre la margarina es discriminatoria cuando está destinada a proteger a los productores de mantequilla, aunque sólo uno de esos productos se elabora con leche, así también una regulación aplicada al JMAF es discriminatoria cuando tiene como fin proteger a los productores de azúcar. Cuando el impacto evidente de la discriminación recae sobre el

inversionista extranjero, el resultado es la violación del Artículo 1102 del TLCAN.

127. A este respecto, el Tribunal toma nota de que no existió prueba de que si se hubiera desregulado el mercado de azúcar y los productores mexicanos de azúcar hubieran podido vender sus productos al costo económico (más una tasa de retorno razonable), dichos productores hubieran podido competir con el JMAF, en cuanto al precio. Los edulcorantes elaborados con caña de azúcar eran más costosos que el JMAF, ya que el costo de producción del azúcar era más elevado<sup>48</sup>. Además, si el problema hubiera sido la reglamentación del precio del azúcar, México podría haberla flexibilizado, por lo menos en cuanto al azúcar utilizado como edulcorante para refrescos. En cambio, la finalidad reconocida del impuesto al JMAF consistió en elevar el costo del JMAF como edulcorante y al mismo tiempo mantener los elevados precios de los edulcorantes de caña de azúcar.
128. El segundo argumento de México consistió en que en el contexto del TLCAN no podía considerarse que los productores de JMAF y los productores de azúcar de México se encontraran en circunstancias similares, ya que a estos últimos se les negaba acceso al mercado de azúcar de los Estados Unidos, en tanto que los primeros tenían acceso a ambos mercados, el de los Estados Unidos y el de México.
129. Es imposible no sentir simpatía frente a los graves trastornos sufridos por los productores mexicanos de azúcar a quienes se privó, en forma

---

<sup>48</sup> México no cuestionó la aseveración de CPI (Memorial, párrafo 25) de que el costo de producción del JMAF era más bajo que el del azúcar (Memorial de Contestación, Apéndice 1, pág. 12).



sustancial, de acceso al mercado de los Estados Unidos en el período relevante, representara ello o no el incumplimiento del TLCAN. No obstante, el Tribunal no puede admitir que ese hecho altere la conclusión de que los productores de azúcar y CPI se encontraban en circunstancias similares. El Artículo 1102 exige que los inversionistas (o las inversiones) que se comparan estén en circunstancias *similares*; no *idénticas*. El hecho de que CPI tuviera acceso a mercados en los Estados Unidos fue enteramente irrelevante para la decisión de establecer el impuesto al JMAF, pues ésta obedeció a la participación del JMAF en el mercado de México.

130. Además, no se ha probado que CPI, confrontada con la pérdida de su mercado mexicano en virtud del impuesto al JMAF, haya transferido —o pudiera haber transferido— a clientes de los Estados Unidos su JMAF producido en México. Por el contrario, el hecho de que se viera obligada a cerrar una planta y reducir considerablemente la producción en otras partes de México, conjuntamente con los esfuerzos que realizó para elaborar productos alternativos para diferentes mercados dentro de México (por ejemplo tratar de elaborar productos de limpieza elaborados con JMAF), lleva a pensar que en realidad no encontró un mercado alternativo en los Estados Unidos.
131. Tampoco existe entre CPI y los productores de azúcar una diferencia sustancial como la existente en el caso *GAMI* entre los ingenios expropiados y los no expropiados. En el caso *GAMI*, los factores de nacionalidad y competencia entre los diferentes productores no influyeron sobre la selección de los productores cuyas empresas habían de

expropiarse. Fueron razones de estabilidad financiera las que llevaron a incluir a algunas y excluir a otras.

132. El presente caso podría ser equivalente al caso *GAMI* si el JMAF hubiera sido producido en volúmenes iguales (o casi iguales) por empresas de propiedad mexicana y estadounidense. En ese caso no podría haberse sostenido que una medida destinada a afectar desfavorablemente al mercado de JMAF para proteger la posición de la industria azucarera violara el requisito del trato nacional. No obstante, las pruebas no cuestionadas existentes en este caso según las cuales la producción de JMAF en México se concentró enteramente en empresas de propiedad extranjera (predominantemente CPI, que poseía ██████████ del mercado de edulcorantes para refrescos que correspondía al JMAF), en tanto que la producción de azúcar estaba a cargo en gran medida de nacionales mexicanos (y el Estado mexicano mismo generaba una proporción sustancial de la producción de azúcar). Por lo tanto, el efecto de lo que era, sustancialmente, un impuesto especial al JMAF, fue la distorsión del mercado a favor de los proveedores internos y en desventaja de los inversionistas extranjeros protegidos por el Capítulo XI del TLCAN.
133. Por último, México alegó que el hecho de que los productores azucareros mexicanos trataran de obtener acceso al mercado del azúcar de los Estados Unidos, en tanto que la asociación empresarial de la que era miembro CPI realizara gestiones para que ese acceso no se ampliara, demostraba que CPI y los productores de azúcar no se encontraban en circunstancias similares. Según México, ese argumento se veía respaldado

por el laudo del caso *Loewen*<sup>49</sup>, que México interpretó como respaldo de la proposición de que no pueden considerarse en circunstancias similares dos partes con intereses directamente contrapuestos.

134. El Tribunal no considera convincente este argumento. En primer lugar, el Tribunal considera que el tribunal del caso *Loewen* no estableció ningún principio de amplitud semejante a la sugerida por México. En aquel asunto el tribunal estaba preocupado —en un pasaje notable por su brevedad<sup>50</sup>— por mostrar que las circunstancias de un demandante en un litigio civil difieren de aquellas en que se encuentra el demandado, a tal grado que el trato acordado para un demandante en un caso particular, por sí mismas no pueden ser suficientes para establecer que el tratamiento acordado para el demandado fuera una violación del principio de trato nacional. Aun esa afirmación ha generado ciertas críticas, pero el Tribunal no tiene por qué tomar parte en esa controversia. Aunque el tribunal del caso *Loewen* esté en lo cierto al sostener que existen diferencias sustanciales entre demandante y demandado en un litigio civil, las circunstancias del presente caso son totalmente diferentes. CPI y los productores azucareros no eran partes contrapuestas en un litigio.

135. El hecho de que competidores económicos tengan intereses contrapuestos —y cada uno abogue por los suyos— no es en modo alguno sorprendente. Se trata, por el contrario, de un hecho de la vida económica y política que se da en cualquier sociedad abierta. Lejos de indicar que las partes no se encuentran en circunstancias similares, tiende a sugerir lo contrario. Es

---

<sup>49</sup> Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3; 7 *ICSID Reps.* 421, pág. 442.

<sup>50</sup> *Ídem*, párrafo 140.

precisamente porque compiten intensamente, que promueven la satisfacción de sus respectivos intereses contra los del otro -si no compitieran en el mercado a favor de lo que en la práctica son productos intercambiables, no se preocuparían de mantener esas actividades de promoción de sus intereses. Aceptar el argumento de México en toda su amplitud equivaldría a neutralizar los efectos del Artículo 1102, porque es precisamente en la esfera en que los intereses de los inversionistas extranjeros y los nacionales están en conflicto, que el principio de la no discriminación adquiere suma importancia.

136. Además, en pronunciada contraposición con los casos *Methanex* y *GAMI*, el presente caso se refiere a una medida cuya finalidad consistía en afectar la competencia entre productos producidos por los inversionistas extranjeros y nacionales y otorgar una considerable ventaja competitiva a estos últimos. La competencia entre dos productos —JMAF y azúcar— fue un componente central de la medida adoptada. En cambio, en el caso *Methanex* lo que preocupaba a quienes adoptaban la medida no era la competencia, sino el efecto ambiental de uno de los productos. En el caso *GAMI* la competencia entre los productos era intrascendente en gran medida. En tales circunstancias, el Tribunal no puede eludir la conclusión de que los productores de productos similares que competían mutuamente en forma directa se encontraban en circunstancias similares frente una medida destinada expresamente a afectar a esa competencia.
137. También es relevante considerar que, nuevamente en contraposición con los casos *GAMI* y *Methanex*, la nacionalidad era un factor sumamente pertinente en el establecimiento del impuesto. Esto no implica que el

Tribunal haga suyos los argumentos formulados por CPI basados en las manifestaciones de integrantes individuales del Congreso Mexicano sobre la finalidad de la correspondiente legislación. Dudamos de que esos comentarios puedan legítimamente considerarse como prueba plena de la intención de la Legislatura en su conjunto, y mucho menos del propio Estado, de imponer una medida de ese tipo, aunque en definitiva no tenemos por qué pronunciarnos sobre la cuestión. En lugar de ello, lo que consideramos importante es la justificación basada en las contramedidas que formuló México. Si el impuesto al JMAF fue concebido como una contramedida dirigida a los Estados Unidos, tuvo que haber sido construido de modo tal que gravitara especialmente sobre intereses estadounidenses, pues de lo contrario no habría podido resultar eficaz o constituir una contramedida legítima. Como expresó el abogado de México durante la audiencia oral, “la contramedida modelo es aquella que causa daño”<sup>51</sup>. Pero ese daño debe hacerse recaer sobre el Estado al que va dirigida la contramedida; en este caso los Estados Unidos. Aunque el Tribunal considerará en la parte siguiente de la Decisión la cuestión de si el impuesto al JMAF fue una contramedida legítima, en esta etapa debemos decir que el hecho mismo de que se haya formulado esta justificación representa el reconocimiento, por parte de México, de que, por lo menos en parte, los productores y proveedores de JMAF eran el objetivo del impuesto, dada la amplitud de los vínculos que mantenían con los Estados Unidos.

---

<sup>51</sup> Profesor Crawford, Transcripción, día 4, pág. 902 (en respuesta a una pregunta formulada por el Licenciado Serrano).

138. Este factor también reviste importancia decisiva en relación con la tercera parte del criterio enunciado en el párrafo 117, *supra*. Demuestra la intención de México de tratar a CPI en forma diferente debido a su nacionalidad. Mientras que la existencia de la intención de discriminar no es un requisito para que se configure la violación del Artículo 1102 (y ambas partes parecen admitirlo), cuando tal intención es evidenciada, eso es suficiente para satisfacer el tercer requisito. Pero el Tribunal añadiría que aun cuando no se hubiera probado la intención de discriminar, el hecho de que los efectos desfavorables del impuesto fueron resentidos exclusivamente por los productores y proveedores de JMAF, todos ellos de propiedad extranjera, en beneficio de los productores de azúcar, la mayoría de los cuales eran de propiedad mexicana, bastaría para demostrar el cumplimiento del tercer requisito: un “trato menos favorable”.
139. Antes de que el Tribunal deje de lado el tema del Artículo 1102 es necesario considerar brevemente dos asuntos. El primero guarda relación con el tratamiento que ha de darse a los laudos anteriores relativos al Artículo 1102. Existió una pronunciada diferencia entre las partes con respecto al valor que haya de darse a esos laudos. Como ya se explicó, CPI centró la atención principalmente en los laudos de los casos *SD Myers, Pope and Talbot, ADF y Feldman*. México, en cambio, distinguió esos casos en virtud de sus hechos o procuró descartar su pertinencia aduciendo que se trata de “laudos de primera generación” cuyos considerandos habían sido superados, a esa altura, por los de los casos *GAMI, Methanex y Loewen*.

140. El Tribunal no admite que se trate de líneas jurisprudenciales contrapuestas. A su juicio las diferencias entre esos laudos son más de énfasis —lo que en gran medida obedece a diferencias entre los hechos de los casos de que se trata, y por lo tanto totalmente comprensibles— que de principios. De los casos que invoca México, *Loewen* y *Methanex* ya han sido analizados. Los hechos del caso *GAMI* hacen de éste una categoría bastante especial. El caso se refería a los planes de México de reestructurar el sector azucarero frente a una grave crisis financiera. Esos planes implicaban la expropiación de algunos ingenios azucareros que experimentaban dificultades financieras. Los demandantes alegaron que sus ingenios habían sido expropiados, lo que no había ocurrido con otros, algunos de los cuales eran de propiedad mexicana. El tribunal rechazó el argumento de que el hecho de que la expropiación afectara sólo a algunos ingenios azucareros implicaba necesariamente el incumplimiento del Artículo 1102. La nacionalidad de los propietarios de los ingenios (incluidos los accionistas de las compañías propietarias de los mismos) no había gravitado en la selección de los ingenios que habían de expropiarse, decisión que se basó en la manera en que el Gobierno percibía su situación económica. El Tribunal no pone en tela de juicio que la decisión recaída en el caso *GAMI* haya sido acertada, pero sí duda de que ayude a entender sobre las cuestiones a las que se refiere el presente procedimiento. El análisis del Artículo 1102 en ese caso abarcó apenas dos páginas del laudo y en gran medida se refirió a los hechos del caso, que, como ya se señaló (párrafos 131-132), difieren pronunciadamente de los del presente.

141. El segundo asunto guarda relación con el argumento de México de que el Artículo 1102 impone la obligación de tratar a un inversionista extranjero en forma no menos favorable *qua* inversionista, siendo que, según alegó México, el impuesto al JMAF no implicó someter a CPI a cierto trato *qua* inversionista, sino que fue una medida adoptada para hacer frente a la crisis que experimentaba la industria azucarera mexicana.
142. La falla de este argumento es que en él se confunde la naturaleza de la medida adoptada con el motivo por el cual se adoptó. El Tribunal no pone en duda que existiera una crisis en la industria azucarera mexicana, ni que la aplicación del impuesto al JMAF fuera motivada por el propósito de hacer frente a esa crisis. Ello no altera el hecho de que la naturaleza de la medida adoptada por México hizo que los productores de JMAF fueran tratados en forma pronunciadamente menos favorable que los productores mexicanos de azúcar. La discriminación no pierde su carácter de tal, ni hace dejar de incurrir en la correspondiente responsabilidad internacional que de ella deriva, por el hecho de que se efectúe para lograr una meta loable ni porque la consecución de esa meta pueda describirse como necesaria.
143. En consecuencia, el Tribunal concluye que, a menos que prospere el argumento de México referente a las contramedidas (cuestión a la que nos referiremos a continuación), el impuesto al JMAF infringió los derechos de CPI conforme al Artículo 1102 (1) y (2) del TLCAN.



## **IX. La defensa de la Demandada basada en la doctrina de las contramedidas**

144. Las conclusiones a las que llegó el Tribunal con respecto al Artículo 1102, hacen necesario considerar la defensa de México basada en la doctrina de las contramedidas. Antes de examinar lo manifestado por las partes sobre ese tema, primeramente el Tribunal enunciará los principios de Derecho Internacional general que rigen las contramedidas que no entrañan el uso de la fuerza. En general las partes coinciden en cuanto al contenido de esos principios; lo que las divide es la cuestión de si esos principios son aplicables a una reclamación basada en el Capítulo XI, y de ser así, si el Tribunal puede concluir que se cumplieron las condiciones que hacen que una contramedida sea legítima.

### *A. Derecho Internacional sobre contramedidas*

145. El concepto de contramedidas está firmemente establecido en el Derecho Internacional consuetudinario. El que una contramedida que cumpla determinadas condiciones puede excluir la ilicitud de un acto que de lo contrario sería contrario a obligaciones de Derecho Internacional del Estado que la haya aplicado fue reconocido expresamente por la Corte Internacional de Justicia en el *Caso concerniente al Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría c. Eslovaquia)*<sup>52</sup>, así como por el tribunal arbitral que conoció del caso *US-France Air Services*<sup>53</sup>. En general se admite (y la cuestión ciertamente no fue objeto de controversia entre las partes en el

---

<sup>52</sup> ICJ Reps, 1997, pág. 3, párrafo 83.

<sup>53</sup> (1978) 54 ILR 303, párrafo 81.

presente procedimiento) que las condiciones que debe cumplir una contramedida son las enunciadas en los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado (especialmente los Artículos 22 y 49-53).

146. Estas condiciones pueden resumirse como sigue. Para que una contramedida no pueda considerarse ilícita, debe:-

- (1) adoptarse en respuesta a una transgresión anterior del Derecho Internacional en que haya incurrido otro Estado<sup>54</sup>;
- (2) estar dirigida contra el Estado que haya cometido el hecho ilícito<sup>55</sup>;
- (3) adoptarse con la finalidad de inducir a ese Estado a cumplir sus obligaciones internacionales<sup>56</sup>;
- (4) estar limitada en el tiempo y, en la medida de lo posible, adoptarse en forma que permita la reanudación del cumplimiento de dichas obligaciones<sup>57</sup>;
- (5) ser proporcional al perjuicio causado por el hecho ilícito original, teniendo en cuenta la gravedad de este último y los derechos en cuestión<sup>58</sup>; y,
- (6) estar acompañada por la intimación al Estado responsable del hecho ilícito original para que cumpla sus obligaciones, y por un intento de buena fe de negociar o resolver la controversia en cuestión a través de otros mecanismos de solución de diferencias<sup>59</sup>.

---

<sup>54</sup> Artículo 49(1) de la CDI.

<sup>55</sup> Artículo 49(1) de la CDI.

<sup>56</sup> Artículo 49(1) de la CDI.

<sup>57</sup> Artículo 49(2) y (3) de la CDI.

<sup>58</sup> Artículo 51 de la CDI.

<sup>59</sup> Artículo 52 de la CDI.

147. Las contramedidas son un recurso excepcional, y no deben adoptarse si la cuestión puede plantearse ante una corte o tribunal internacional competente, a menos que el Estado responsable del ilícito original no aplique de buena fe el proceso de solución de controversias<sup>60</sup>. Deben dejar de aplicarse no bien el Estado responsable del ilícito original ha cumplido sus obligaciones<sup>61</sup>.
148. Una contramedida que cumple estas condiciones, tiene el efecto de eliminar la ilicitud del acto que la constituye, pero la ilicitud queda excluida sólo en relación con el Estado responsable del hecho ilícito original y no *vis à vis* en relación con ninguna otra parte<sup>62</sup>. Más adelante será necesario considerar en mayor detalle este aspecto del Derecho de las contramedidas.
149. Por último, en aras de completar la consideración del tema —y aunque no resulta directamente relevante para el presente caso, hay que decir que la doctrina de las contramedidas no afecta a determinadas obligaciones, como las referentes al uso de la fuerza, al Derecho de los derechos humanos o a las normas que tienen carácter de *jus cogens*<sup>63</sup>.

#### *B. Argumentos de las partes*

150. México sostuvo que el impuesto al JMAF era una contramedida adoptada por México en respuesta a una transgresión del TLCAN anteriormente cometida por los Estados Unidos. En el curso de la exposición de los

---

<sup>60</sup> Artículo 52(3) y (4) de la CDI.

<sup>61</sup> Artículo 53 de la CDI.

<sup>62</sup> Comentario a los Artículos 22 y 49 de la CDI, Crawford, *Los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado* (2004), pág. 204-7 y 332-6 (en lo sucesivo, "*Los Artículos de la CDI* (2004)").

<sup>63</sup> Artículo 50 de la CDI.

argumentos del caso, México desarrolló sus argumentos con respecto a la indicada violación anterior, en los términos siguientes: Imputó a los Estados Unidos dos infracciones independientes. Primero, sostuvo que la denegación de acceso a su mercado, por parte de los Estados Unidos, a la mayor parte de los excedentes de azúcar producidos por México, fue una violación del TLCAN y de las cartas paralelas sobre el azúcar. En segundo término, atribuyó a los Estados Unidos el incumplimiento de sus obligaciones frente a México que le imponía el Capítulo XX del TLCAN, al frustrar el mecanismo de solución de controversias previsto en ese capítulo, impidiendo así a México ser oído ante un tribunal en relación con la disputa relativa al acceso del azúcar.

151. Asimismo, México sostuvo que el impuesto cumplía todos los restantes requisitos que permitían considerarlo como una contramedida. Afirmó, en especial, que el impuesto al JMAF era una medida dirigida contra los Estados Unidos. También alegó que no existía ilicitud con respecto a CPI, ya que ésta carecía de derechos sustantivos propios conforme al Capítulo XI, que se limitaba a facultar a CPI a aducir, en un arbitraje, derechos pertenecientes a los Estados Unidos. Según México, un inversionista no puede estar en una posición más sólida, conforme al Capítulo XI, que la del Estado de cuyos derechos depende.

152. CPI formuló seis objeciones al argumento referente a las contramedidas:-

- (1) La controversia con respecto al acceso del azúcar era una disputa comercial surgida al margen del Capítulo XI, y por lo tanto ajena a la jurisdicción del Tribunal;

- (2) La doctrina de las contramedidas no tiene cabida en el TLCAN;
- (3) El argumento de las contramedidas aducido por México ya había sido rechazado en los procedimientos de la OMC, por lo cual México no podía invocarlo en el presente caso;
- (4) La defensa basada en la doctrina de las contramedidas sólo era admisible si se concluía que los Estados Unidos había violado las obligaciones que le impone el TLCAN. Este Tribunal no pudo llegar a esa conclusión, y ningún tribunal competente para ello había llegado a una conclusión de ese género;
- (5) La adopción de contramedidas no excluía la ilicitud frente a un tercero, como CPI, y
- (6) De todos modos, el impuesto al JMAF no era una contramedida. Los miembros del Congreso Mexicano que lo promovieron lo concibieron como una medida proteccionista, y no cumplió los restantes requisitos para ser una contramedida legítima, incluidos los de notificación a los Estados Unidos y proporcionalidad.

### *C. Análisis del Tribunal*

153. El Tribunal considera que la defensa de México basada en las contramedidas, sólo puede prosperar si México persuade al Tribunal de la validez de cada una de las tres proposiciones siguientes:

- (1) que las decisiones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación de la OMC no impiden a México recurrir a la defensa basada en la doctrina de las contramedidas en el presente caso;
- (2) que aunque concebida en el contexto de las relaciones jurídicas entre Estados, la doctrina de las contramedidas es aplicable a una

reclamación planteada no por un Estado contra otro, sino por un inversionista privado que formule una reclamación en el marco del Capítulo XI del TLCAN; y,

- (3) que si la doctrina de las contramedidas es aplicable en principio a las reclamaciones formuladas en el marco del Capítulo XI del TLCAN, en el presente caso se cumplen las condiciones establecidas por el Derecho Internacional general para que pueda prosperar la defensa basada en esa doctrina.

El Tribunal considera dichas cuestiones en orden.

*1. ¿Las decisiones de la OMC impiden a México plantear una defensa basada en la doctrina de las contramedidas?*

154. El Tribunal rechaza que las decisiones adoptadas contra ese País por el Grupo Especial y el Órgano de Apelación de la OMC, impiden a México formular la defensa basada en la doctrina de las contramedidas. Esas decisiones giran en torno a los términos del GATT, y en especial al Artículo XX(d) de ese acuerdo, cuyo texto es el siguiente:

*“Artículo XX: Excepciones generales*

A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

...

- (d) necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de las medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los

monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del artículo II y con el artículo XVII, a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error”.

155. El Órgano de Apelación declaró que esa disposición se aplica exclusivamente a las medidas adoptadas por un Estado destinadas a lograr el cumplimiento de las leyes y los reglamentos propios de ese Estado, y no abarcan a las contramedidas en el sentido dado a ese concepto por el Derecho Internacional. El alcance de las decisiones surge claramente de los siguientes pasajes de la decisión del Órgano de Apelación:

“68. En nuestra opinión, la cuestión fundamental planteada en esta apelación es si la expresión ‘para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos’ que figura en el apartado d) del artículo XX del GATT de 1994 abarca medidas incompatibles con las normas de la OMC aplicadas por un Miembro de la OMC para lograr la observancia de las obligaciones que corresponden a otro Miembro de la OMC en el marco de un acuerdo internacional.

...

75. ... Aunque pudiera considerarse que las ‘contramedidas internacionales’ tienen por objeto ‘lograr la observancia’, aquello de lo que procuran ‘lograr la observancia’ -es decir, las obligaciones internacionales de otro Miembro de la OMC- no estaría comprendido en el ámbito de aplicación del apartado d) del artículo XX. Esto se debe a que la expresión ‘leyes y reglamentos’, en el sentido de dicho apartado, se refiere a las normas que forman parte del ordenamiento jurídico nacional del Miembro de la OMC que invoca la disposición, y no abarca las obligaciones internacionales de *otro* Miembro de la OMC<sup>64</sup>”. (Énfasis añadido)

156. La decisión del Órgano de Apelación es concluyente, en el sentido de que el impuesto al JMAF no podría justificarse conforme al Artículo XX(d) del GATT y, tomada en conjunto con las restantes conclusiones, establece que el impuesto al JMAF violó el Artículo III.4 del GATT. No decide, en

---

<sup>64</sup> México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas, WT/DS308/AB/R, 6 de marzo de 2006.

cambio, que el impuesto no sea una contramedida, ni que, si lo fuera, no pudiera excluir la ilicitud del acto conforme al TLCAN. De hecho, el Órgano de Apelación se esforzó en destacar que no podía pronunciarse sobre cuestiones de legalidad en el marco del TLCAN.

157. Por lo tanto, la decisión de la OMC no implica el rechazo de la defensa basada en la doctrina de las contramedidas en virtud del Derecho Internacional general y del contexto del TLCAN, ni impide a México valerse de esa defensa en el presente caso.
158. Tampoco el hecho de que el impuesto violara las obligaciones que imponía a México el GATT puede entenderse en el sentido de que constituyera una contramedida cuyo efecto fuera excluir la ilicitud en el marco del TLCAN. Una de las características de las contramedidas es que pueden excluir esa ilicitud en relación con una obligación del Estado que las adopta, sin por ello afectar a otras obligaciones de ese Estado. Así surge claramente del texto del Artículo 50 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado, cuyo párrafo 1 establece:

“Las contramedidas no afectarán:

- (a) La obligación de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, como está enunciada en la Carta de las Naciones Unidas;
- (b) Las obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos fundamentales;
- (c) Las obligaciones de carácter humanitario que prohíben las represalias;
- (d) Otras obligaciones que emanan de normas imperativas del Derecho Internacional general”.



El lenguaje de esa disposición es esclarecedor. No indica que una medida que contravenga alguna de las obligaciones mencionadas en los párrafos (a) a (d) no pueda constituir una contramedida, sino simplemente que las contramedidas no pueden afectar a esas obligaciones. Parece considerar la posibilidad de que una medida contraria a alguna de esas obligaciones implique, de parte del Estado que la adopte, el incumplimiento de *esa* obligación, pero que de todos modos puede excluir la ilicitud en relación con *otra* obligación del Estado, no comprendida en lo dispuesto por los párrafos (a) a (d).

159. Además, en el Comentario sobre ese artículo<sup>65</sup> se aclara que “los Estados pueden convenir entre sí otras normas de Derecho Internacional que no podrán ser objeto de contramedidas” conforme al principio de *lex specialis* previsto en el Artículo 55. En ese caso se aplicarían idénticas conclusiones, a saber, que un acto contrario a esa *lex specialis* haría incurrir en responsabilidad al Estado conforme a la *lex specialis* en cuestión, pero no impediría que el principio de las contramedidas excluyera la ilicitud del acto en relación con obligaciones emanadas de otros acuerdos internacionales o de normas de Derecho Internacional consuetudinario.
160. En consecuencia, el Tribunal considera que los procedimientos seguidos ante la OMC y las decisiones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación no impiden a México invocar el principio de las contramedidas en los presentes procedimientos.

---

<sup>65</sup> *Los Artículos de la CDI* (2004), pág. 336-343, párrafo 10.

**2. *¿Es aplicable el Derecho Internacional sobre contramedidas a las reclamaciones enmarcadas en el Capítulo XI del TLCAN?***

161. El Tribunal ha concluido, sin embargo, que la doctrina de las contramedidas, concebida en el contexto de las relaciones entre Estados, no es aplicable a las reclamaciones enmarcadas en el Capítulo XI del TLCAN, ya que son inversionistas, y no Estados, los que las plantean. Un propósito central del Capítulo XI del TLCAN consistió en sacar a esas reclamaciones del plano de las relaciones entre Estados y asegurar que los inversionistas pudieran hacer valer sus derechos directamente contra un Estado receptor. A juicio del Tribunal, ante una reclamación de ese tipo no cabe una defensa basada en que el ilícito no se haya cometido por el demandante, sino por el Estado de su nacionalidad, que no es parte en los procedimientos.
162. El Tribunal desea subrayar que lo que aquí está en juego no es si las contramedidas pueden excluir la ilicitud en el marco del TLCAN todo, sino tan sólo si pueden excluirla contra un inversionista que formule una reclamación basada en el Capítulo XI<sup>66</sup>. Ello depende en gran medida de la naturaleza de los derechos y obligaciones emergentes del Capítulo XI.
163. Es un atributo firmemente establecido del derecho referente a las contramedidas que toda contramedida debe dirigirse contra el Estado que haya cometido el hecho ilícito anterior. Además, aunque la contramedida vaya dirigida contra ese Estado, si también constituye un acto incompatible con una obligación del Estado que adopta la contramedida

---

<sup>66</sup> El Tribunal no se pronuncia sobre la cuestión de si una defensa basada en la doctrina de las contramedidas podría esgrimirse en procedimientos seguidos entre dos Estados del TLCAN conforme al Capítulo XX de ese tratado.

frente a otra parte, la doctrina de las contramedidas no excluye la ilicitud de la medida en relación con esa otra parte. Así, en el Comentario del Artículo 49 de la CDI se explica lo siguiente:-

“Un segundo elemento esencial de las contramedidas es que deben “estar dirigidas contra” un Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito y no ha cumplido sus obligaciones de cesación y reparación conforme a la segunda parte de los presentes artículos. La palabra “solamente” que figura en el párrafo 1 se aplica igualmente al Estado contra el que se adoptan las contramedidas y al propósito de ellas y tiene por objeto expresar que las contramedidas solamente pueden adoptarse contra un Estado que sea el autor del hecho internacionalmente ilícito. Las contramedidas no pueden adoptarse contra Estados distintos del Estado responsable. En una situación en que el Estado que adopta las contramedidas tiene una obligación internacional para con un tercer Estado y esa obligación es violada por la contramedida, la ilicitud de la medida no está excluida respecto del tercer Estado. En ese sentido el efecto de las contramedidas en lo que se refiere a la exclusión de la ilicitud es relativo. Afecta a las relaciones jurídicas entre el Estado lesionado y el Estado responsable<sup>67</sup>”.

164. Por lo tanto, una contramedida no puede extinguir ni afectar de otro modo a los *derechos* de una parte distinta del Estado responsable del hecho ilícito anterior. Por otra parte, puede afectar a los *intereses* de esa parte. Cabe citar una vez más el Comentario al Artículo 49:-

“Esto no significa que las contramedidas no puedan incidentalmente afectar la posición de terceros Estados o, de hecho, de otros terceros. Por ejemplo, si el Estado lesionado suspende los derechos de tránsito del Estado responsable de conformidad con este capítulo, otros, incluidos terceros Estados, pueden resultar afectados por esa medida. Si no tienen derechos particulares en este asunto no podrán reclamar. Lo mismo ocurre si, como consecuencia de la suspensión de un acuerdo comercial, se ve afectado el comercio con el Estado responsable y una o más sociedades ven reducido su volumen de negocios o incluso quiebran. Esos efectos indirectos o colaterales no pueden evitarse enteramente<sup>68</sup>”.

---

<sup>67</sup> *Los Artículos de la CDI* (2004), pág. 332-336, párrafo 4. Véase también el Comentario al Artículo 22, págs. 204-7.

<sup>68</sup> *Los Artículos de la CDI* (2004), pág. 332-336, párrafo 5.

165. Por lo tanto la cuestión consiste en establecer si un inversionista, en la acepción dada a ese término por el Artículo 1101 del TLCAN, tiene derechos propios, distintos de los del Estado de su nacionalidad, o sólo meros intereses. En el primer caso, una contramedida adoptada por México en respuesta a un hecho ilícito de los Estados Unidos no excluirá la ilicitud en lo que respecta a CPI, aunque la excluya en relación con los Estados Unidos.
166. En el curso de las audiencias orales, los abogados de México alegaron que el Capítulo XI del TLCAN sólo concede al inversionista un derecho procesal y no un derecho sustancial. El inversionista de la Parte del TLCAN goza del derecho de incoar procedimientos contra otra Parte sin necesidad de que el Estado de su nacionalidad inicie procedimientos en su nombre (como habría ocurrido en el marco del Derecho Internacional tradicional de la protección diplomática). No obstante —alegó México— el derecho sustancial cuyo cumplimiento el inversionista tenía la facultad de exigir seguía siendo el derecho del Estado como Parte del TLCAN. México sostuvo que este enfoque era respaldado por el hecho de que las disposiciones sustanciales del Capítulo XI no estaban formuladas en términos de derechos individuales. También invocó el laudo del tribunal en el caso *Loewen*<sup>69</sup>, y lo que describió como práctica concordante subsiguiente de las tres Partes del TLCAN.
167. El Tribunal ha concluido que esos argumentos no son convincentes. A su juicio, el TLCAN confiere a los inversionistas derechos sustantivos

---

<sup>69</sup> 7 ICSID Repts. 442.

independientes y claramente distintos de los del Estado del que son nacionales.

168. De esta manera resulta claro que los Estados no son las únicas entidades que pueden gozar de derechos conforme al Derecho Internacional; también las personas físicas y las sociedades pueden poseer derechos bajo el Derecho Internacional. En el caso de los derechos que se digan derivados de un tratado, la cuestión consistirá en establecer si el texto del tratado revela la intención de conferir derechos no sólo a las partes del mismo, sino también a personas físicas y/o sociedades.
169. En el caso del Capítulo XI del TLCAN, el Tribunal considera que la intención de las Partes consistió en conferir derechos sustantivos en forma directa a los inversionistas. Así resulta del lenguaje utilizado, y lo confirma el hecho de que el Capítulo XI conceda derechos procesales a los inversionistas. La noción de que el Capítulo XI haya conferido a los inversionistas un derecho propio, y en beneficio propio, de incoar procedimientos encaminados a exigir el cumplimiento de derechos que no sean suyos, sino exclusivamente del Estado de su nacionalidad, es contraria al sentido común.
170. Hace mucho tiempo que los abogados internacionales tratan como ficción la noción de que en los casos de protección diplomática el Estado invocaba un derecho propio, violado porque un perjuicio causado a su nacional constituía en realidad un perjuicio infligido al Estado mismo. Se trataba de una ficción necesaria, ya que desde el punto de vista procesal sólo un Estado podía plantear una reclamación internacional, pero el hecho de que no reflejara una realidad sustancial se traslucía no sólo en

los textos de los jurisprudencias, sino también en diversas normas de Derecho dictadas en torno a las reclamaciones sobre protección diplomática. Dos ejemplos serán suficientes.

171. Primero, la norma sobre agotamiento de los recursos locales es aplicable en el Derecho Internacional general a las reclamaciones planteadas por un Estado por la vía de la protección diplomática, pero no a reclamaciones en que el Estado exige el cumplimiento de obligaciones que le son debidas en forma directa. No obstante, si la noción de que los derechos que se hacen cumplir en las reclamaciones sobre protección diplomática fueran los derechos del propio Estado, es difícil percibir por qué debería darse un tratamiento diferente a una y otra categoría de casos.
172. En segundo lugar, la doctrina de Derecho Internacional general sobre nacionalidad continua requiere que en un caso de protección diplomática el nacional individual en relación con el cual se plantea la reclamación haya sido nacional del Estado reclamante no sólo en la fecha del supuesto acto ilícito, sino además, en forma continua, desde esa fecha hasta la fecha del laudo (o, según algunas opiniones, hasta la fecha de presentación de la reclamación). También aquí, si un perjuicio infligido al nacional representa la violación de los derechos del Estado, es difícil percibir qué trascendencia puede tener la nacionalidad de la víctima después de la fecha del perjuicio; de todos modos se habrían violado los derechos del Estado, y no existe razón lógica alguna por la que el Estado no esté facultado para plantear una reclamación en relación con esa violación de derechos, sea cual fuere la suerte ulterior de la víctima individual.

173. Lo que en realidad demuestran esas dos reglas, es que cuando un Estado formulaba una reclamación relacionada con un acto ilícito perpetrado contra uno de sus nacionales, en realidad estaba reclamando en nombre de ese nacional, en lugar de reivindicar un derecho propio. Esa ficción era necesaria, pues sólo el Estado gozaba de acceso a los mecanismos internacionales de solución de diferencias y de reclamaciones. Sin embargo, no es necesario mantener tal simulación en un caso en el que la persona privada goce del derecho de plantear reclamaciones por sí misma. En ese caso no está en juego la cuestión de si un inversionista reclama en nombre del Estado. El Estado de nacionalidad de la Demandante no controla la conducción del caso<sup>70</sup>. Ninguna indemnización que se disponga será pagadera al Estado. La persona privada puede incluso formular una reclamación que el Estado repruebe, o basarla en un principio jurídico con el que el Estado discrepe. Así ocurrió en el caso *GAMI*, en que los Estados Unidos sostuvieron que el tribunal carecía de jurisdicción con respecto a ciertas reclamaciones formuladas por los demandantes en calidad de accionistas. El tribunal rechazó esa excepción y sostuvo que gozaba de jurisdicción en relación con todo tipo de reclamaciones<sup>71</sup>. Si *GAMI*, como inversionista de los Estados Unidos, no hacía más que invocar los derechos sustantivos de los Estados Unidos, es

---

<sup>70</sup> El Artículo 2103(6) del TLCAN confiere al Estado de nacionalidad del inversionista una potestad limitada con respecto a una reclamación por expropiación basada en una medida tributaria, pero esto tiene carácter excepcional, y de todos modos no confiere al Estado de nacionalidad del inversionista el control del procedimiento, sino que su efecto es que el Estado de nacionalidad y el Estado demandado pueden, de común acuerdo, impedir conjuntamente, en la práctica, una reclamación de ese género, estableciendo que la medida en cuestión no fue una expropiación. Esto no afecta al análisis del texto que antecede.

<sup>71</sup> Véanse los párrafos 29-30 y 43 del Laudo.

difícil percibir cómo podría haberse llegado a una conclusión de ese tipo<sup>72</sup>.

174. A juicio del Tribunal, la realidad que subyace en el Capítulo XI es la de que un inversionista que plantea una reclamación trata de hacer respetar derechos de los que afirma ser titular conforme al Tratado, en lugar de ejercer la potestad de hacer respetar derechos que en realidad pertenecen al Estado.
175. A juicio del Tribunal, en el laudo del caso *Loewen*<sup>73</sup> no se adopta una posición diferente. El pasaje de dicho laudo que fue citado como respaldo de la noción de que el inversionista promueve el reconocimiento de los derechos del Estado<sup>74</sup>, en realidad se refiere a un punto mucho más restringido y se limita a expresar que los derechos “en su origen” pertenecen a los Estados.
176. El Tribunal concluye, por lo tanto, que el inversionista —por ejemplo CPI— tiene derechos propios conforme al Capítulo XI del TLCAN. En consecuencia, se trata de un tercero en toda diferencia entre su propio Estado y otra Parte del TLCAN, y una contramedida adoptada por ese otro Estado contra el Estado de nacionalidad del inversionista no puede privar a este último de sus derechos. Volviendo a los dos diferentes ejemplos dados por la CDI en su Comentario del Artículo 49(1), se trata de un caso

---

<sup>72</sup> Véase también la posición del Gobierno canadiense en el Caso *Mondev c. los Estados Unidos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, 6 *ICSID Reps.* 18, y el artículo de Douglas, “The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration” 74 *BYIL* (2003) 151, pág. 170. La Corte de Apelaciones para Inglaterra y Gales hizo suya la opinión de que en el marco del TLCAN y de tratados bilaterales de inversiones, los inversionistas invocaban derechos propios en lugar de ejercer la potestad meramente procesal de hacer respetar los derechos de su Estado; véase *República de Ecuador c. Occidental Exploration and Production Co* [2005] EWCA Civ 1116, [2006] QB 432, párrafos 14-22.

<sup>73</sup> 7 *ICSID Reps.* 421.

<sup>74</sup> Párrafos 232-233.



referente a los *derechos* de un tercero, y no meramente a sus *intereses*. Conforme al Capítulo XI del TLCAN, México mantenía obligaciones frente a CPI, que eran independientes de las que mantenía frente a los Estados Unidos en virtud del TLCAN todo. Aunque la doctrina de las contramedidas excluya la ilicitud del impuesto al JMAF *vis à vis* con los Estados Unidos (cuestión sobre la cual, por las razones que más abajo se expresan, el Tribunal no se pronuncia), no sucedería otro tanto, *vis à vis*, con CPI.

177. El caso *US-France Air Services*<sup>75</sup>, que México invocó repetidamente, fue muy distinto del presente caso. Se trataba de una reclamación formulada por los Estados Unidos, según la cual Francia había violado el Acuerdo sobre Servicios Aéreos celebrado mutuamente por ambos Estados, al rehusarse a autorizar a Pan-American, una aerolínea designada por los Estados Unidos conforme al Acuerdo, a seguir operando un servicio desde la costa occidental de los Estados Unidos hasta París, con cambio de aeronave en Londres. Una de las cuestiones que se planteó en los procedimientos fue la de si la medida adoptada por los Estados Unidos contra una aerolínea designada por Francia, Air France, era una contramedida legítima. El tribunal declaró que el acto adoptado por los Estados Unidos contra Air France (la amenaza de bloquear los vuelos de Air France de París a la costa occidental de los Estados Unidos) constituía una contramedida legítima, lo que en consecuencia excluía su ilicitud<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> 54 ILR 303.

<sup>76</sup> 54 ILR 303, págs. 335-341, párrafos 72-98.

178. No obstante, las partes en los procedimientos seguidos en ese caso eran los dos Estados en cuestión. Además, el tribunal simplemente consideró que los procedimientos se referían a los derechos de los dos Estados, y no a derechos de la aerolínea, ya que sostuvo, en otra parte de su laudo, que la regla del agotamiento de los recursos locales era inaplicable, porque el caso se refería a un perjuicio directo infligido a un Estado, y no a derechos conferidos a una entidad privada<sup>77</sup> Por el contrario, el presente caso se plantea entre CPI y México y, por las razones arriba expresadas, el Tribunal considera que afecta los derechos, y no meramente los intereses, de CPI.

179. El Tribunal tampoco está persuadido de que la práctica de las tres Partes del TLCAN pruebe la aplicabilidad de la doctrina de las contramedidas conforme al Capítulo XI del TLCAN. El Artículo 31(3)(b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, establece que “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado *por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado*” (énfasis añadido) debe tenerse en cuenta para la interpretación de ese tratado. Por lo tanto, el Tribunal coincide con México en que la práctica subsiguiente de las tres Partes del TLCAN debe tenerse en cuenta para la interpretación de dicho Tratado, si ella establece el acuerdo de las tres Partes con respecto a la adecuada interpretación de las disposiciones pertinentes del TLCAN. No obstante, es esencial considerar con precisión qué acuerdo, según se alega, corresponde extraer de la práctica de las Partes. La práctica invocada por México (por ejemplo la imposición, por

---

<sup>77</sup> 54 ILR 303, págs. 323-5, párrafos 29-31.

parte de los Estados Unidos, de aranceles aduaneros al azúcar canadiense<sup>78</sup>, el Memorándum de Entendimiento entre Canadá y los Estados Unidos con respecto al comercio de trigo<sup>79</sup> y la diferencia entre México y los Estados Unidos con respecto al transporte por camión<sup>80</sup>) no indica ninguna coincidencia entre las Partes del TLCAN con respecto a la cuestión que se plantea en el presente arbitraje; a saber, si las contramedidas pueden constituir una defensa admisible en los procedimientos del Capítulo XI. Sea cual fuere la relevancia de esa práctica en lo que respecta al efecto de las contramedidas en las relaciones entre Estados en el marco del TLCAN, se trata de una cuestión enteramente independiente (tal como el Tribunal lo señaló *supra*, párrafo 162).

### 3. *¿Se cumplieron los requisitos propios de una contramedida legítima?*

180. La conclusión anterior hace innecesario abordar la tercera cuestión, identificada en el párrafo 155, *supra*: si el impuesto al JMAF cumplió los requisitos que permiten considerarlo como una contramedida legítima según el Derecho Internacional general; por ejemplo, si observó el principio de proporcionalidad y cumplió el requisito de la adecuada notificación. Abordar esas preguntas no sólo sería innecesario, sino también inapropiado, dado que la cuestión de si ese impuesto era una contramedida, y por lo tanto excluía la ilicitud con respecto a los Estados Unidos, quizá haya de ser determinada por otro tribunal. En consecuencia

---

<sup>78</sup> Memorial de Contestación, párrafos 264-6.

<sup>79</sup> Memorial de Contestación, párrafos 267-9

<sup>80</sup> Dúplica, párrafo 76.

este Tribunal no agregará nada sobre esas cuestiones. Sin embargo, es preciso decir algo sobre un asunto que ha sido intensamente debatido ante el Tribunal (y al que no se aplican las consideraciones que anteceden): el efecto de los límites impuestos a la jurisdicción del Tribunal con respecto a la defensa basada en la doctrina de las contramedidas.

181. Se admite comúnmente que la jurisdicción de este Tribunal se limita a supuestas violaciones del Capítulo XI del TLCAN y a las partes que ante él comparecen. El Tribunal carece de jurisdicción para establecer si se ha producido la violación de cualquier otra disposición del TLCAN o para pronunciarse sobre la conducta de los Estados Unidos, que no son parte de estos procedimientos.
182. De inmediato se advierte que estas cuestiones de jurisdicción suscitan graves dificultades en relación con el manejo de la defensa de México referente a las contramedidas. México sostuvo que tenía derecho a adoptar contramedidas porque los Estados Unidos habían violado las obligaciones que les imponía el TLCAN (a) denegando el acceso a su mercado a los productores mexicanos de azúcar y (b) frustrando la aplicación del mecanismo de solución de controversias del Capítulo XX. No obstante, el Tribunal carece de jurisdicción para establecer si esas alegaciones son o no fundadas. Los Estados Unidos no son parte en estos procedimientos ni el Tribunal tiene jurisdicción para establecer si se ha violado alguna disposición del TLCAN que no figure en el Capítulo XI. ¿Cómo, entonces, puede el Tribunal establecer si el impuesto al JMAF fue una respuesta a una violación anterior del Derecho Internacional? Y si no puede establecer que se ha cumplido ese requisito necesario para que se

configure una contramedida legítima, ¿cómo puede declarar válida la defensa de México basada en la doctrina de las contramedidas?

183. México admitió que el Tribunal carece de jurisdicción para establecer si los Estados Unidos habían faltado o no al cumplimiento del TLCAN, pero alegó que de todas maneras podía prosperar su defensa basada en la doctrina de las contramedidas. Éstas, según sostuvo, necesariamente son adoptadas por un Estado antes de que un tribunal internacional declare la existencia de un ilícito anterior. Invocó un pasaje del caso *US-France Air Services*, en relación con el cual el tribunal comentó lo siguiente:-

“Según las normas del Derecho Internacional de nuestros días, y a menos que surja lo contrario de obligaciones especiales emanadas de determinados tratados, notablemente de mecanismos creados en el marco de organismos internacionales, cada Estado establece para sí su situación jurídica en relación con otros Estados. Si se plantea otra situación que a juicio de un Estado implique la violación de una obligación internacional por parte de otro Estado, el primer Estado tiene derecho, dentro de los límites establecidos por las normas generales de Derecho Internacional referentes al uso de la fuerza armada, a hacer valer sus derechos a través de ‘contramedidas’<sup>81</sup>.”  
(Traducción del Tribunal)

184. Sobre esa base, México alegó que para que su defensa basada en la doctrina de las contramedidas prosperara, no era necesario que probara que los Estados Unidos *habían* violado las disposiciones del TLCAN (en relación con la denegación de acceso al mercado del azúcar o a la frustración de las disposiciones sobre solución de controversias). Bastaba que demostrara al Tribunal que al imponer el impuesto al JMAF, México mantenía, y había seguido manteniendo mientras rigió el impuesto, la genuina convicción de que si la cuestión se planteaba ante un tribunal

---

<sup>81</sup> 54 ILR 303, pág. 337, párrafo 81.

competente, tenía razonables posibilidades de demostrar que los Estados Unidos habían incurrido en incumplimiento.

185. Pese a la habilidad con que se formuló este argumento, el Tribunal no cree posible “lograr la cuadratura del círculo”, del modo que lo sugiere México. El requisito de la violación anterior del Derecho Internacional es una pre-condición absoluta del derecho de adoptar contramedidas. Así lo estableció claramente la Corte de Justicia Internacional en el caso *Gabčíkovo- Nagymaros*, señalando:-

“Para justificarse, una contramedida debe cumplir ciertas condiciones... En primer lugar debe adoptarse en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito cometido anteriormente por otro Estado y estar dirigida contra ese Estado<sup>82</sup>”.

186. Ese requisito se reitera en el Artículo 49(1) de los Artículos de la CDI, que establece:-

“El Estado lesionado solamente podrá adoptar contramedidas contra el Estado que sea responsable de un hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducirlo a cumplir las obligaciones que le incumban a tenor de lo dispuesto en la segunda parte”.

En el comentario de esa disposición se señala:-

“Un requisito previo fundamental para que una contramedida sea legítima es la existencia de un hecho internacionalmente ilícito que ha perjudicado al Estado que adopta la contramedida<sup>83</sup>”.

187. Evidentemente, este Tribunal no está facultado a dispensar del cumplimiento de un pre-requisito fundamental de este tipo. Tampoco el hecho de que se adopten contramedidas antes de que un tribunal se

---

<sup>82</sup> ICJ Reps., 1997, págs. 7 a 55, párrafo 83.

<sup>83</sup> Comentario, párrafo 2; *Los Artículos de la CDI* (2004), pág. 333.

pronuncie acerca de si se ha producido un hecho ilícito anterior o no, altera la importancia o la naturaleza objetiva de ese pre-requisito fundamental. Cabe citar una vez más el comentario de la CDI:

“El párrafo 1 del artículo 49 presupone una norma objetiva para la adopción de contramedidas y, en particular, requiere que la contramedida se adopte contra el Estado que sea responsable de un hecho internacionalmente ilícito con el objeto de inducirlo a cumplir sus obligaciones de cesación y reparación. *Un Estado que adopta contramedidas lo hace por su cuenta y riesgo, si resulta que su opinión sobre la cuestión de la ilicitud no está bien fundada. Un Estado que recurre a la aplicación de contramedidas sobre la base de su evaluación unilateral de la situación lo hace por su cuenta y riesgo y puede incurrir en responsabilidad por su propio comportamiento ilícito en caso de que la evaluación sea incorrecta*<sup>84</sup>”. (Énfasis añadido)

188. Además, en el Comentario de la CDI se considera expresamente (en una nota al pie de página al texto arriba citado) la declaración del tribunal en el caso *US-France Air Services*, invocada por México:

“La observación del tribunal en el asunto *Air Services* en el sentido de que “cada Estado establece para sí mismo su situación jurídica respecto de otros Estados” (*U.N.R.I.A.A.*, vol. XVIII, pág. 416 (1979), en pág. 443, párr. 81), no debe interpretarse en el sentido de que hubiera estado justificada la adopción de contramedidas por los Estados Unidos independientemente de que Francia hubiera violado o no el Acuerdo. En ese caso el Tribunal afirmó que los Estados Unidos respondían de hecho a una violación del Acuerdo por parte de Francia y que su respuesta cumplía los requisitos para la adopción de contramedidas según el Derecho Internacional, en particular en lo que se refiere al propósito y la proporcionalidad. El Tribunal no decidió que una creencia injustificada de los Estados Unidos en cuanto a la existencia de una violación hubiera sido suficiente<sup>85</sup>”.

189. Como la carga de demostrar la presencia de todos los elementos de la defensa basada en la doctrina de las contramedidas recae sobre México, por ser la parte que aduce esa defensa, aun cuando (contrariamente a lo

---

<sup>84</sup> Comentario, párrafo 3; ídem, págs. 333 (énfasis añadido).

<sup>85</sup> Ídem, No. 788, pág. 333.

que opina este Tribunal) la doctrina de las contramedidas fuera aplicable a los procedimientos del Capítulo XI, la defensa de México sería necesariamente inadmisibles si México no pudiera probar alguno de los requisitos de una contramedida (especialmente el primero y más fundamental de ellos: el de que toda contramedida debe adoptarse en respuesta a un incumplimiento anterior del Derecho Internacional, cometido por otro Estado).

190. Durante las audiencias orales, México propuso que el Tribunal suspendiera los procedimientos hasta que se hubiera resuelto a nivel interestatal la cuestión de si los Estados Unidos habían actuado o no ilegalmente en la controversia sobre acceso al mercado del azúcar, y luego reanudar la consideración de la cuestión de las contramedidas. El Tribunal no aceptó esa propuesta<sup>86</sup>.

191. Por las razones que anteceden, el Tribunal considera que la doctrina de las contramedidas de todos modos no es aplicable conforme al Capítulo XI, por lo cual es innecesario que se pronuncie sobre la solicitud de suspensión de los procedimientos. Además considera impracticable que tribunales del Capítulo XI suspendan los procedimientos y aguarden a que cuestiones de este tipo se resuelvan a nivel interestatal. El Tribunal toma nota de que en el presente caso la cuestión de si los Estados Unidos incurrió o no en incumplimiento del TLCAN en la controversia sobre acceso al mercado del azúcar aún no ha sido resuelta, pese a que las audiencias orales finalizaron hace más de un año.

---

<sup>86</sup> Transcripción, día 4, páginas 662-663.



192. Por lo tanto el Tribunal rechaza la defensa basada en la doctrina de las contramedidas.

## **X. Conclusiones y Decisión**

193. En virtud de lo expuesto, el Tribunal decide:-

- (1) México ha incurrido en responsabilidad por violación del Artículo 1102 en relación con CPI y CPIng;
- (2) El monto de la indemnización se determinará en una fase ulterior de los procedimientos;
- (3) Se rechazan las restantes reclamaciones de CPI y CPIng;
- (4) La cuestión de los costos se determinará como parte de la siguiente fase del procedimiento.

[firma]

Andreas F. Lowenfeld

[firma]

Jesús Alfonso Serrano de la Vega

[firma]

Christopher J. Greenwood