

Date of dispatch to the parties: December 16, 2002

**International Centre for
Settlement of Investment Disputes**

MARVIN FELDMAN

v.

MEXICO
CASE No. ARB(AF)/99/1

AWARD

President : Prof. Konstantinos D. KERAMEUS

Members of the Tribunal : Mr. Jorge COVARRUBIAS BRAVO
Prof. David A. GANTZ

Secretary of the Tribunal : Mr. Alejandro A. ESCOBAR
and Ms. Gabriela ALVAREZ AVILA

In Case No. ARB(AF)/99/1,
between Mr. Marvin Roy Feldman Karpa,
represented by
Mr. Mark B. Feldman, Ms. Mona M. Murphy, Mr. Douglas R.M. King
of Feldman Law Offices, P.C. (formely Feith & Zell, P.C.), and
Mr. Nathan Lewin and Ms. Stephanie Martz of the Law Firm of Miller, Cassidy,
Larroca & Lewin, L.L.P.

and

The United Mexican States,
represented by Lic. Hugo Perezcano Díaz, Consultor Jurídico Subsecretaría de
Negociaciones Comerciales Internacionales
Ministry of Economy

THE TRIBUNAL,
Composed as above,
Makes the following Award

TABLE OF CONTENTS

A	Introduction and Summary of the Dispute	1
B	Representation.....	1
C	The Arbitral Agreement.....	1
D	Facts and Allegations.....	2
E	The Proceedings	8
F	Jurisdiction	13
F.1	Standing.....	14
F.2	Time Limitation	15
F.3	Admissibility of an Additional Claim under NAFTA Article 1102.....	15
F.4	Relevance of Claims Pre-Dating NAFTA's Entry into Force	15
G	Additional Jurisdictional Issues	15
G.1	Estoppel with regard to the Period of Limitation and the Basis of the Claim	15
G.2	Exhaustion of Local Remedies	21
G.3	Analysis	23
G.4	Other Jurisdictional Constraints.....	26
H	Merits	30
H.1	Expropriation: Overview of the Positions of the Disputing Parties	30
H.2	Applicable Law: NAFTA Article 1110 and International Law	33
H.3	Respondent's Actions as an Expropriation Under Article 1110.....	39
H.3.1	Many Business Problems Are Not Expropriations	41
H.3.2	Gray Market Exports and International Law.....	42
H.3.3	Continuing Requirements of Article 4(III) of IEPS Law.....	44
H.3.4	Public Purpose	54
H.3.5	Non-Discrimination.....	55
H.3.6	Due Process/Fair and Equitable Treatment/Denial of Justice	56
H.3.7	The Claimant in Control of CEMSA	58
H.3.8	Other NAFTA Decisions	59
I	National Treatment (NAFTA Article 1102).....	63
I.1	Views of the Disputing Parties	64
I.2	Analysis by the Tribunal	67

I.2.1	In Like Circumstances.....	69
I.2.2	Existence of Discrimination.....	71
I.2.3	Discrimination as a Result of Nationality	75
I.2.4	Most Favored Investor Requirement?.....	77
J	Damages	79
K	Costs and Fees.....	86
L	Decision	88

A INTRODUCTION AND SUMMARY OF THE DISPUTE

1. This case concerns a dispute regarding the application of certain tax laws by the United Mexican States (hereinafter “Mexico” or “the Respondent”) to the export of tobacco products by Corporación de Exportaciones Mexicanas, S.A. de C.V. (“CEMSA”), a company organized under the laws of Mexico and owned and controlled by Mr. Marvin Roy Feldman Karpa (hereinafter “Mr. Feldman” or “the Claimant”), a citizen of the United States of America (“United States”). The Claimant, who is suing as the sole investor on behalf of CEMSA, alleges that Mexico’s refusal to rebate excise taxes applied to cigarettes exported by CEMSA and Mexico’s continuing refusal to recognize CEMSA’s right to a rebate of such taxes regarding prospective cigarette exports constitute a breach of Mexico’s obligations under the Chapter Eleven, Section A of the North American Free Trade Agreement (hereinafter “NAFTA”). In particular, Mr. Feldman alleges violations of NAFTA Articles 1102 (National Treatment), 1105 (Minimum Level of Treatment), and 1110 (Expropriation and Indemnification).¹ Mexico denies these allegations.

B REPRESENTATION

2. The Claimant is represented in these proceedings by Mr. Mark B. Feldman of Feldman Law Offices, P.C. (formerly Feith & Zell, P.C.) The Respondent is represented by Lic. Hugo Perezcano Díaz, Consultor Jurídico, Subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales, Secretaría de Economía, Government of Mexico.

C THE ARBITRAL AGREEMENT

¹ See the Notice of Intent to Submit a Claim, submitted under NAFTA Article 1119, p. 2. The Notice of Intent also mentioned NAFTA Article 1106, on performance requirements, but the obligations of this provision were not invoked in the Notice of Claim.

3. The dispute is subject to arbitration under the North American Free Trade Agreement, concluded between the Government of the United States of America, the Government of Canada and the Government of the United Mexican States, and which entered into force on January 1, 1994.

4. NAFTA Article 1117 entitles an investor to bring a claim against a NAFTA State Party on behalf of an enterprise of another NAFTA Party which the investor owns or controls. NAFTA Article 1139 provides that an “enterprise of a Party means an enterprise constituted or organized under the law of a [NAFTA] Party.”

5. NAFTA Article 1120 provides that arbitral proceedings may be instituted under the Additional Facility Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (“ICSID”), as modified by the provisions of Chapter Eleven, Section B of the NAFTA, provided that either the disputing Party whose measure is alleged to be a breach referred to in Article 1117 (in this case, Mexico) or the Party of the investor (in this case, the United States), but not both, is a party to the ICSID Convention.² The ICSID Additional Facility Rules, rather than the ICSID Convention, are applicable in this case since only the United States, as the Party of the investor, but not the United Mexican States, as the Respondent in this case, is a Contracting State to the ICSID Convention. Under NAFTA Article 1122(1), in conjunction with NAFTA Articles 1116, 1117 and 1120, Mexico expresses its consent to the submission to arbitration of claims of investors who are nationals of another State Party to the NAFTA either under the ICSID Convention, under the Additional Facility Rules, or under the UNCITRAL Arbitration Rules.

D FACTS AND ALLEGATIONS

6. Much of the complexity of this case results from the parties’ disagreements with regard to the facts. The reasons for this are several. First, in some instances, records are not available because they have been destroyed, as records are routinely destroyed at the Mexican Ministry of Finance and Public Credit (*Secretaría de Hacienda y Crédito Público*, hereinafter

2 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, opened for signature March 18, 1965, entered into force October 14, 1966.

“SHCP”) after five years (counter-memorial, para. 144). Secondly, there are disagreements to particular facts which the Tribunal cannot rectify on the basis of the material presented, either because the information does not exist or because the Respondent has been unwilling or unable to produce it. As a result, in some instances, the “evidence” presented by both sides results in an assertion of facts rather than proof of facts. This section summarizes what the Tribunal believes to be the key facts and assertions, noting when the "facts" are from a particular party's point of view. They are discussed in more detail in the relevant sections of this award.

7. The case concerns the tax rebates which may be available when cigarettes are exported. Mexico imposes a tax on production and sale of cigarettes in the domestic market under the Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios (“IEPS”) law, a special or excise tax on products and services. In some circumstances, however, a zero tax rate has been applied to cigarettes that are exported. According to the Respondent, the IEPS Law “has basically remained the same since its origins [in 1981], although the underlying methodology of the tax has changed several times” (counter-memorial, para. 85). Review of the various versions of the IEPS law between 1990 and 1999 confirms this conclusion.

8. Under the 1991 IEPS law, certain activities generated liability for the tax, including, *inter alia*, selling domestically, importing and exporting the goods listed in Article 2, section I of the Law. The IEPS law also included the tax rate for each product. In the case of domestic sales and imports of cigarettes, the rates were 139.3% from 1990 through 1994, and 85% from 1995 through 1997 (Article 2). However, the IEPS rate on exports of cigarettes from 1990 through 1997 was 0%. From 1992, only exports to countries that were not considered low income tax jurisdictions (tax havens) -- in general, countries with an income tax rate above 30% -- were eligible for a 0% rate. In most instances, when cigarettes were purchased in Mexico at a price that included the tax, and subsequently exported, the tax amounts initially paid could be rebated.

9. The Claimant’s firm, CEMSA, first began exporting cigarettes in 1990. According to the Respondent, the record shows that SHCP paid the IEPS rebates to the claimant for 1990-1991 in full (including amounts properly owing to inflation and interest) and declined

only to pay the demanded "financial costs" for which there was no provision under the Fiscal Code (counter-memorial, para. 142(b)). While the Claimant contended that CEMSA had by 1991 established a cigarette export business, the Respondent alleges that CEMSA's request for IEPS rebates in November 1990-1991 related solely to exports of beer and alcoholic beverages (counter-memorial, para. 142(a)).

10. According to the Claimant, an authorized producer of cigarettes in Mexico, Carlos Slim "protested [regarding Claimant's exports] and the government took administrative steps and passed legislation to cut off rebates to CEMSA in 1991" (memorial, p. 2). This assertion is contested by the Respondent. The 1991 legislation was apparently designed to provide IEPS rebates to exports undertaken by producers of cigarettes (such as Cigatam, a firm allegedly controlled by Carlos Slim), but to deny rebates for exports by resellers of cigarettes, such as CEMSA (memorial, p. 2, counter-memorial, para. 93). The amendments to Article 2, Section III in 1991, specified that a 0% rate applied to final exports, under the terms of the customs legislation, by producers and bottlers of the goods, and by foreign trade companies, as well as by persons entering into contracts with producers and bottlers, including for sale abroad, as long as they complied with certain requirements to be issued by SHCP (counter-memorial, para. 93). The Claimant, as a reseller, became ineligible for rebates.

11. The Claimant initiated an *Amparo* action before the Mexican courts in February, 1991, challenging the constitutional validity of Article 2, Section III, in that it limited the 0% tax rate to producers and bottlers. The *Amparo* alleged that these measures infringed upon the constitutional principle of "equity of taxpayers" by excluding all other exporters from the possibility of obtaining the 0% rate (counter-memorial, para. 102). In April, 1991, the Fifth District Judge in Administrative Matters dismissed CEMSA's *Amparo*, in part, but granted it, in part, citing that SHCP had no authority to issue the implementing fiscal regulations for 1991, which CEMSA was challenging. The decision was appealed by both sides in May, 1991. In July, CEMSA also filed a criminal complaint against the SHCP officials responsible for enactment of the 1991 amendment to Article 2 section III of the IEPS Law, for abuse of authority and conspiracy (counter-memorial, para. 107).

12. Pending final resolution of the *Amparo*, the Mexican Congress amended the IEPS law, effective January 1, 1992, to allow IEPS rebates to all cigarette exporters, and CEMSA was able to export cigarettes with rebates most of that year. Effectively, this new law reverted to the system in force in 1990, making all final exports eligible for application of the 0% rate (counter-memorial, para. 93). As far as the Tribunal is able to determine, the 1992 legislation remained unchanged in all aspects relevant to this case through 1997.

13. According to the Claimant, after the IEPS law was amended in 1992, the Claimant began to export cigarettes. Claimant claims to have received rebates thereafter (counter-memorial, paras. 144, 146); this assertion is neither confirmed nor denied by the Respondent, because the records have been destroyed after five years in accordance with normal SHCP policies (counter-memorial, para. 144).

14. In January, 1993, according to the Claimant, the Respondent shut down CEMSA's cigarette export business for a second time, (memorial, p. 3) because the Claimant could not meet other requirements of the IEPS law (counter-memorial, paras. 151-152). The reasons for the Claimant's inability to produce invoices are rather complicated.

15. The IEPS requires cigarette producers to pay the 85% tax, which is then passed on to purchasers in their purchase price (Article 8 of IEPS). The taxable base is the sales price to the retailer, and further tax is not paid on subsequent sales (Article 4, Section 8 of IEPS). To be eligible for the tax rebate, the IEPS tax on the cigarettes must be stated "separately and expressly on their invoices" (memorial, p. 3; counter-memorial, paras. 89, 91). This is required by Article 4 of the IEPS Law, which applies to all taxes covered by the IEPS, not just taxes on cigarettes. Only producers, and not resellers, have access to the itemized invoice. CEMSA purchased the cigarettes from volume retailers such as Wal-Mart or Sam's club (rather than the producers), at a price that included the IEPS tax, but was not itemized separately on the invoice. CEMSA thus was never able to obtain invoices separating the tax.

16. In August, 1993, the Supreme Court of Justice ruled in favor of CEMSA, finding unanimously that "measures allowing IEPS rebates only to producers and their distributors

violated constitutional principles of tax equity and non-discrimination" (memorial, p. 2; see also counter-memorial, para. 108). The court did not discuss or rule explicitly on any other relevant issues, such as whether the Claimant was entitled to rebates notwithstanding the Claimant's inability to produce invoices stating the tax amounts separately.

17. During the period 1993-1995, the Respondent recognized that CEMSA was a taxpayer entitled to the 0% tax rate on cigarette exports, but continued to demand that the Claimant meet the invoice requirements of Article 4 of the IEPS law, even though it was impossible for CEMSA to meet those requirements.

18. CEMSA claims that Mexican tax officials gave the Claimant "assurances" in 1995-1996 that rebates would be paid (memorial, p. 2) and alleges that negotiation of an oral "agreement" took place in 1995, confirmed and finally implemented in 1996, which would permit CEMSA to resume exporting cigarettes in large quantities in June 1996. As discussed in detail in Section F5, the Respondent vigorously denies the existence of any such agreement, and asserts that it was complying with the 1993 Supreme Court *Amparo* decision by affording Claimant access to the 0% tax rate for exports. Neither party was able to produce conclusive evidence of the existence or non-existence of such an agreement or understanding.

19. Regardless of the possible existence or non-existence of an agreement, the Claimant states that he was paid rebates from June 1996 to September 1997, a total of sixteen months (memorial, pp. 2, 3). CEMSA claims that during these sixteen months, "Hacienda officials knew that CEMSA was receiving IEPS rebates on cigarette exports without having obtained invoices separating the tax" (memorial, p. 4). The Respondent counters by observing that it is standard practice for SHCP to pay requests for rebates promptly as they are submitted, given that they have the authority to audit IEPS tax returns to determine if the requirements of the law have been complied with. According to the Claimant, "by late 1997, CEMSA accounted for almost 15% of Mexico's cigarette exports" (memorial, p. 4).

20. However, this situation did not last. The Respondent finally terminated rebates to CEMSA on or before December 1, 1997. According to the Claimant, this was done without

prior warning (memorial, pp. 2, 4), and the Respondent refused to pay rebates of US \$2.35 million owed to CEMSA on exports made in October and November 1997 (memorial, p. 4) .

21. Since December 1, 1997, the IEPS law has been amended to bar rebates to cigarette resellers such as CEMSA, limiting such rebates to the "first sale" in Mexico. Articles 11 and 19 of the IEPS were amended so as to provide that tax rebates are not allowed on sales subsequent to those made to the retailer. The amendments also imposed an obligation on exporters of certain goods, including cigarettes, of registering in the Sectorial Exporters Registry in order to be entitled to apply for the 0% IEPS rate on exports. Subsequently, under the 1998 amendment, CEMSA was also refused registration as an authorized exporter of cigarettes and alcoholic beverages (memorial, p. 4, see also reply, para. 5). Absent such registration, Mexican Customs authorities will not issue the "pedimento" (export documentation) that is required to export goods from Mexico. The Respondent contends that this refusal was a result of an ongoing audit of CEMSA's earlier claims for IEPS tax reimbursements.

22. On July 14, 1998, SHCP began an audit of CEMSA and demanded that CEMSA repay the approximately US\$25 million for IEPS rebates SHCP asserts the Claimant received during the twenty one-month period of January 1996 to September 1997, with interest and penalties. To avoid forfeiture and criminal sanctions for non-payment, CEMSA challenged the "assessment" in the Mexican courts. This assessment proceeding in the Mexican courts remains pending. A separate proceeding, which has been concluded, challenged the Respondent's denial of IEPS rebates for the period October-November 1997.

23. The Claimant is not the only reseller/exporter of cigarettes in Mexico. The Claimant and the Respondent agree that at least two other firms, Mercados I and Mercados II, owned by named Mexican nationals (the "Poblano Group") are resellers of cigarettes in "like circumstances" with CEMSA (counter-memorial, paras. 460-470, 48). The Claimant asserts that these Mexican firms have been permitted to obtain rebates for taxes on exported cigarettes during periods when such rebates have been denied to the Claimant, notwithstanding the inability of these firms to produce the necessary invoices stating the tax amounts separately. The Respondent concedes that at least five companies have been registered as cigarette exporters, but

has been unable or unwilling to provide any detailed information on the status of those firms or their access to IEPS tax rebates. The Respondent, however, alleges that the Claimant and the “Poblano Group” belong effectively to the same business entity and, therefore, are not eligible to be compared to each other for national treatment purposes.

E THE PROCEEDINGS

24. The present arbitration was initiated on April 30, 1999, when the Claimant, pursuant to NAFTA Article 1120, submitted a Notice of Arbitration and request for approval of access to the Additional Facility to the Secretary-General of ICSID. The Claimant asserted that Mexico’s actions in this case were “tantamount to nationalization or expropriation and constitute[d] a denial of justice in violation of the rules and principles of international law and NAFTA Articles 1110 and 1105(1).”³ The Claimant requested the following relief:

- (a) a declaration that Mexico has breached its obligations to Marvin Feldman by expropriating his investments without providing prompt, adequate and effective compensation, and by failing to accord to CEMSA fair and equitable treatment and full protection and security;⁴
- (b) an order directing Mexico to pay Marvin Feldman damages in respect of the loss CEMSA has suffered through Mexico’s conduct described above of US\$50 million, or approximately \$475 million Mexican pesos, along with interest on the award to be computed at the applicable rate of interest; and
- (c) any other legal or equitable relief deemed just and warranted.

The Acting Secretary-General of ICSID approved access to the Additional Facility on May 27, 1999 and issued a Certificate of Registration of the Notice of Arbitration on the same day.

³ The Claimant’s Notice of Arbitration, p. 5 (submitted on April 30, 1999).

⁴ The Claimant subsequently submitted an additional request for a declaration that Mexico had breached its obligations to afford CEMSA national treatment under NAFTA Article 1102.

25. An arbitral tribunal was constituted in accordance with NAFTA Articles 1123 and Article 6 of the ICSID Arbitration (Additional Facility) Rules (hereinafter "the Arbitration Rules"). The Claimant appointed Professor David A. Gantz (a national of the United States) and Mexico appointed Mr. Jorge Covarrubias Bravo (a national of Mexico), as arbitrators. Following a request made by the Claimant under NAFTA Article 1124, and after extensive consultation with the parties, the Secretary-General of ICSID appointed Professor Konstantinos D. Kerameus (a national of Greece) as President of the Tribunal. On July 30, 1999, in accordance with NAFTA Article 1125, the Claimant agreed in writing to the appointment of all the arbitrators. On January 18, 2000, in accordance with Article 14 of the Arbitration Rules, ICSID informed the parties that all the arbitrators had accepted their appointment and that the Tribunal was therefore deemed to be constituted, and the proceeding to have begun, on that date. Mr. Alejandro A. Escobar, Senior Counsel, ICSID, was assigned to serve as the secretary of the Tribunal. All subsequent written communications between the parties were to be made through the ICSID Secretariat.

26. The first session of the Tribunal was held, with the parties' agreement, in Washington, D.C. on March 10, 2000. Among the matters agreed on at the first session, it was determined that the languages of the proceeding would be English and Spanish. In accordance with NAFTA Article 1130 and Articles 20 and 21 of the Arbitration Rules, the Tribunal then issued Procedural Order No. 1, determining that the place of arbitration would be Ottawa, Province of Ontario, Canada, without prejudice to the Arbitral Tribunal meeting at any other place, with or without the parties, as may be convenient. The parties accepted this determination.

27. On February 15, 2000, the Claimant had submitted a request for provisional measures for the preservation of his rights, to which the Respondent replied on March 6, 2000. Proposals and observations on the scheduling of the proceedings were also exchanged. Following further discussion on these matters at the first session of the Tribunal, on May 3, 2000 the Tribunal issued Procedural Order No. 2, declining, under NAFTA Article 1134, to grant the Claimant's request for provisional measures. In Procedural Order No. 2, the Tribunal also determined a schedule for the request, disclosure and production of documents, and for the filing

of a memorial and counter-memorial, reserving any instructions that the parties file a reply and a rejoinder.

28. In the context of the parties' requests for documentation, the Claimant submitted communications of May 23, June 20, and July 11, 2000, to which the Respondent replied by a communication of July 11, 2000. Finding that the foregoing communications raised "jurisdictional issues that both parties wish[ed] the Tribunal to consider and rule upon before the exchange of written pleadings on the merits," the Tribunal, on July 18, 2000, issued Procedural Order No. 3 directing the parties to exchange written pleadings on preliminary jurisdictional matters and suspending the schedule set forth in the second procedural order. Under this order, the Claimant was requested to file a memorial on jurisdictional issues, the Respondent was then to file a counter-memorial, and the parties were then simultaneously to file further observations on such jurisdictional issues.

29. On July 18, 2000, the Claimant requested the revision of Procedural Order No. 3 asking for the jurisdictional issue to be joined to the merits, for the briefing schedule on other issues to be adjusted, and for a direction that discovery proceed pending such disposition. On July 20, 2000, the Respondent replied opposing the Claimant's request for revision of Procedural Order No. 3.

30. Referring to the correspondence from both the Claimant and the Respondent subsequent to the issuance of Procedural Order No. 3, the Tribunal on August 3, 2000 issued Procedural Order No. 4 reaffirming the directions given in Procedural Order No. 3 and fixing a revised schedule for the briefing of preliminary jurisdictional issues.

31. By respective communications of August 15, 2000, Canada and the United States requested that the Tribunal permit each of them to make submissions pursuant to NAFTA Article 1128 on the jurisdictional issues raised in the case within 14 days of the date of the last filing by a party on such issues. By letter of August 18, 2000, the Respondent referred to those communications from Canada and the United States, and requested an additional time period for commenting on their submissions made under NAFTA Article 1128 as well as on the Claimant's

additional observations on jurisdiction. By letter of August 21, 2000, the Claimant opposed such modification of the briefing schedule sought by the Respondent, and on the same day submitted his memorial on jurisdictional issues as directed by the Tribunal.

32. By letter of the Secretary of August 24, 2000, the Tribunal determined it unnecessary to modify the briefing schedule set forth in Procedural Order No. 4, under which "the parties have been afforded an opportunity of a simultaneous second round of written pleadings on preliminary issues in order to address, by way of further explanation, arguments already made." Also on August 24, 2000, the Tribunal invited Canada and the United States to file any NAFTA Article 1128 submissions on preliminary issues by October 6, 2000.

33. On August 29, 2000, the Respondent requested that the Tribunal order the production of documents by the Claimant concerning the preliminary issues briefed by the parties. On September 1, 2000, the Tribunal directed both parties to promptly comply with any requests for the production of documents which they regard to be in good faith, and after exhaustion of all best efforts, to be admissible, relevant and otherwise inaccessible to the party requesting them.

34. On September 8 and 11, 2000, respectively, the Respondent filed English and Spanish versions of its counter-memorial on preliminary issues. On September 13, 2000, following a request by the Claimant, the Respondent filed an English translation of the Appendixes of its counter-memorial.

35. On September 22, 2000, the parties simultaneously filed their additional observations on the preliminary jurisdictional issues in English and, in Spanish on September 27 and 28, 2000, respectively. On October 6, 2000, Canada and the United States of America filed their respective submissions under NAFTA Article 1128.

36. The Claimant, by letter of October 6, 2000, opposed what it alleged were two new motions made by the Respondent in its additional observations as submitted on September 22, 2000 regarding the production of documents and the matter of confidentiality with regard to

public statements made by the parties in the case. On October 20, 2000, the Respondent submitted its observations on the submissions of Canada and the United States, the Claimant's communication of October 6, 2000 and the Claimant's additional observations of September 22, 2000. The Respondent further requested a hearing on the preliminary issues briefed by the parties. The Claimant submitted a letter on October 24, 2000 in which it opposed a hearing on preliminary issues. The Tribunal decided not to hold a hearing on these matters.

37. On December 6, 2000, the Tribunal issued its Interim Decision on Preliminary Jurisdictional Issues (the "Interim Decision"), ruling on certain jurisdictional questions and joining others to the merits of the case, as described further below. Also on December 6, 2000, the Tribunal issued its Procedural Order No. 5, declining to grant the requests of the Respondent regarding the production of documents and the confidentiality of matters related to the proceedings. The Tribunal set forth a new schedule for the exchange of documents and pleadings on the merits.

38. On December 22, 2000, the Claimant requested the Secretariat to distribute certain documents he had filed with the Secretariat in response to a request by the Respondent. On December 29, 2000, in accordance with Procedural Order No. 5, the parties filed their submissions on the presentation of witnesses and the production of documents. On January 5, 2001 the Tribunal issued further directions regarding the production of documents.

39. Pursuant to the Tribunal's directions of January 5, 2001, the Claimant filed, on January 10, 2001, a letter indicating the reasons for which he opposed the production of certain documents and informed which documents have already been produced to the Respondent. Similarly on January 11, 2001, the Respondent indicated the reasons for which it opposed the production of certain documents requested by the Claimant and commented on the Claimant's communication of December 29, 2000.

40. The Claimant, by letter of January 16, 2001, commented on the Respondent's previous correspondence regarding the production of documents. On February 5, 2001, the Tribunal issued further directions regarding the production of documents.

41. The Claimant's memorial and the Respondent's counter-memorial on the merits were filed respectively on March 30 and May 24, 2001. The Claimant filed his reply to the counter-memorial on the merits on June 11, 2001. The Tribunal, on June 19, 2001, issued its Procedural Order No. 6 concerning the marshalling of evidence at the hearing on the merits. The Respondent's rejoinder was filed on June 25, 2001.

42. On June 28, 2001, Canada made a NAFTA Article 1128 submission on issues concerning the merits. The United States made no such submission.

43. From July 9 to July 13, 2001, the Tribunal held its hearing on the merits in Washington, D.C., at which both parties appeared and presented witnesses. Witnesses called by the Claimant for cross-examination were Rafael Obregón-Castellanos and Fernando Hefty-Etienne; witnesses called for cross-examination by the Respondent were Oscar Roberto Enríquez Enríquez, Marvin Feldman Karpa and Jaime Zaga Hadid. Full verbatim transcripts in English were made of the hearing and distributed to the parties.

44. On April 17, 2002, the Tribunal asked the parties and the NAFTA Parties to submit their views on how the Tribunal should treat parallel proceedings and on the issue of relief. The Claimant filed his submission on May 28, 2002 and the Respondent its submission on May 29, 2002. The NAFTA Parties made no submission in this respect.

45. The Deputy Secretary-General, by letter of August 5, 2002, informed the Tribunal that Mr. Alejandro A. Escobar, to the Secretariat's regret, left ICSID for private legal practice and indicated that Ms. Gabriela Alvarez Avila, Counsel, ICSID, was replacing him as Secretary of the Tribunal.

F JURISDICTION

46. In its Procedural Order No. 4, the Tribunal identified the five preliminary jurisdictional questions on which the parties were to submit their written pleadings:

- a. Whether the Claimant, being a citizen of the United States of America, and a registered permanent resident in Mexico, had standing to sue under Chapter Eleven of NAFTA?
- b. Whether the Respondent was entitled to raise any defense on the basis of the time limitation set forth in NAFTA Article 1117(2), and in particular whether such time limitation affected the Tribunal's consideration of facts relevant to the claim or claims, and whether the Respondent was estopped from relying on such time limitation?
- c. Whether the Claimant had properly submitted a point of claim in this arbitration proceeding concerning an alleged violation of NAFTA Article 1102?
- d. Whether the Claimant was allowed to submit additional claims, if any, or amend its claim, on the basis of an alleged violation of NAFTA Article 1102?
- e. Whether measures alleged to be taken by the Respondent in the period between late 1992 and January 1, 1994, when NAFTA came into force, and which are alleged to be in violation of NAFTA, general international law, or domestic Mexican law, were relevant for the support of the claim or claims?

47. The Tribunal, in its Interim Decision of December 6, 2000, decided most of the jurisdiction issues, which will be summarized below under the headings of standing, time limitation, admissibility of an additional claim under NAFTA Article 1102, and relevance of claims pre-dating NAFTA's entry into force. Discussion of additional jurisdiction issues, not addressed in the Interim Decision, will follow, including issues of estoppel with regard to the period of limitation and the basis of the claim and exhaustion of local remedies.

F.1 Standing

48. On the issue of the Claimant's standing, the Tribunal ruled in its Interim Decision of December 6, 2000 (paras. 24-38), that the Claimant, being a citizen of the United States and of the United States only, and despite his permanent residence (*inmigrado* status) in Mexico, has standing to sue in the present arbitration under NAFTA Chapter 11. The Tribunal accordingly dismissed the Respondent's preliminary defense pertaining to the Claimant's lack of standing because of his permanent residence in Mexico, and found that it was not necessary to address the Claimant's allegation that Respondent's defense about the Claimant's standing is not timely.

F.2 Time Limitation

49. Regarding the issue of time limitation under NAFTA Article 1117(2) for submitting claims to arbitration, the Tribunal found in its Interim Decision (paras. 39-47) that the cut-off date of such three-year limitation period is April 30, 1996 rather than February 16, 1995. Two additional questions concerning such time limitation were joined to the consideration of the merits of the case and are discussed further below (paras. 53-65).

F.3 Admissibility of an Additional Claim under NAFTA Article 1102

50. As to whether the Claimant has submitted or is allowed to submit additional claims, or amend his claims, on the basis of an alleged violation of NAFTA Article 1102 concerning denial of national treatment, the Tribunal found in its Interim Decision (paras. 50-59) that the point of claim concerning an alleged violation of NAFTA Article 1102 was properly before the Tribunal because it had been in substance included in the notice of intent to submit the claim to arbitration (i.e., “the notice of arbitration” referred to in the Interim Decision), and had been presented in a timely fashion. In addition, to the extent that such point of claim was subsequently presented as ancillary claim, the Tribunal accepts such incidental or additional claim to be within its jurisdiction.

F.4 Relevance of Claims Pre-Dating NAFTA’s Entry into Force

51. On the issue whether measures alleged to be taken by the Respondent in the period between late 1992 and January 1, 1994, when NAFTA came into force, and which are alleged to be in violation of NAFTA, general international law, or domestic Mexican law, are relevant for the support of the claim or claims, the Tribunal found in its Interim Decision (paras. 60-63) that only measures alleged to be taken by the Respondent after January 1, 1994, when NAFTA came into force, and which are alleged to be in violation of NAFTA, are relevant for the support of the claim or claims under consideration.

52. The Tribunal hereby confirms each of the findings on jurisdictional questions, and the reasons on which they are based, set forth in its Interim Decision of December 6, 2000, which is attached to this Award and forms an integral part hereof.

G ADDITIONAL JURISDICTIONAL ISSUES

G.1 Estoppel with regard to the Period of Limitation and the Basis of the Claim

53. In its Interim Decision of December 6, 2000, the Arbitral Tribunal, joined the following questions to the examination of the merits (Interim Decision para. 49):

- (a) whether the Parties on or about June 1, 1995 reached an agreement concerning CEMSA's right to export cigarettes and to receive tax rebates on such exports, and whether deviation from this agreement was formally confirmed in February 1998, thus bringing about a suspension of the limitation period for some 32.5 months, i.e. from June 1, 1995 to mid-February 1998; and
- (b) whether the Respondent is equitably estopped from invoking any limitation period because it gave the Claimant assurances that exports would be permitted and rebates paid to CEMSA (*ibid.*, para. 48).

During the examination of the merits, the Claimant enlarged his invocation of estoppel, in order for it to cover not merely the defense of limitation but the very basis of the damages claim itself (see Claimant's memorial, Introduction and Summary, p. 8, and paras. 179-186).

54. The first, and more technical, issue of a possible suspension of the limitation period for about 32.5 months has been addressed by the Claimant in his memorial (paras. 62-68, 184, 187) and partly in his reply (para. 65), and by the Respondent partly in its counter-memorial (paras. 18-20, 57, 401-427) and partly in its rejoinder (paras. 106-143).

55. In essence, the Claimant alleges several meetings with middle- and high- ranking SHCP officials in 1995 concerning the resumption of cigarette exports by CEMSA with rebates of the IEPS. During these meetings, Claimant alleges that oral assurances were given by the Mexican tax administration to the Claimant. The Claimant understands such assurances as amounting to an agreement. He concludes by asserting that a suspension or "tolling" of the period of limitation is "appropriate in a case such as this one where a lawsuit was discouraged by the actions of a defendant. Although the clearest example is where a defendant has expressly agreed not to raise a defence based upon a statute of limitations, other representations, promises, or actions will suffice to estop a party from invoking a statute of limitations" (memorial, para. 187; footnotes omitted).

56. The Respondent denies that any oral agreement was reached. Even if there had been an oral agreement, such an agreement could have no legal effect under Mexican law, and the Claimant was or should have been aware of that (counter-memorial, paras. 19-20).

57. The scope of this issue seems to be more limited than it appears at first sight. In fact, the Claimant asks for a suspension of the period of limitation for about 32.5 months. If accepted, such suspension would effectively extend backwards the cut-off date of the three-year limitation period under NAFTA Article 1117(2) from April 30, 1996 to mid-August 1993. Since, however, the Tribunal's jurisdiction *ratione temporis* starts only from January 1, 1994, when NAFTA came into force (see *supra*, para. 51, and in more detail, the Interim Decision of December 6, 2000, para. 62), the same date would necessarily be the *terminus post quem* for limitation purposes if a suspension, as requested, were to be admitted.

58. In substance, in view of the Tribunal, such suspension or "tolling" of the period of limitation is unwarranted. NAFTA Article 1117(2) does not provide for any suspension of the three-year period of limitation. Even under general principles of law to be applied by international tribunals, it should be noted that in several national legal systems such suspension is provided only in the final part of the limitation period (*e.g.* in the last six months) and only either in cases of act of God or if the debtor maliciously prevented the right holder from instituting a suit (see *e.g.* German Civil Code para. 203; Greek Civil Code Article 255). In this case no such unavoidable events have been pleaded. Basically, the Claimant maintains that a lawsuit was "discouraged" by the Respondent's actions (memorial, para. 187), among other things because the Claimant took the revocation of an audit as a confirmation of alleged previous agreements (*ibid.*, para. 68). However, "discouraging" a lawsuit does not amount to preventing it. The decision whether, and when, to bring a lawsuit lies with the prospective plaintiff, who also bears the respective benefits and risks. Among the various factors to be taken into consideration is the running of the period of limitation and its interruption as well. Nothing in the file shows that the Claimant, appropriately represented by counsel, was prevented from taking into consideration all relevant factors. Therefore, the Tribunal confirms April 30, 1996 as the cut-off date of the three-year limitation period under NAFTA Article 1117(2).

59. We turn now to the more general issue of the Respondent's estoppel from invoking any limitation period because it gave the Claimant assurances that exports would be permitted and rebates paid to CEMSA, as well as from denying the very basis of the damages

claim itself (see *supra*, para. 53). According to the Claimant, the IEPS law in force from January 1, 1992 through December 31, 1997 recognized that all cigarette exporters were entitled to rebates of the IEPS tax included in the purchase price of cigarettes. The Respondent is estopped from asserting a contrary view in this arbitration, because Mexican officials confirmed that interpretation to the Claimant over the years both in writing and verbally (memorial, para. 170 b). The formal requirement of the IEPS law that a taxpayer seeking a rebate obtain a vendor's invoice stating the IEPS tax separately and expressly is not applicable to CEMSA as a matter of Mexican or international law because that requirement could not be complied with by CEMSA for reasons beyond its control (*ibid.*, para. 170 c). SHCP was fully aware of CEMSA's export activities and, without requiring invoices stating the IEPS tax separately and expressly, agreed to grant rebates, which they did until the policy was changed in November 1997 (memorial, para. 175). SHCP officials made express commitments to the Claimant that SHCP would rebate IEPS taxes to CEMSA, and that CEMSA was entitled to calculate the tax itself without having invoices from its vendors stating the IEPS tax separately and expressly. The Claimant and CEMSA relied on such commitments and representations to their detriment when CEMSA purchased cigarettes including an 85% IEPS tax. The Respondent is, therefore, estopped from (1) denying CEMSA's application for rebates in October-November 1997, and (2) claiming repayment for rebates on exports in 1996-1997 (memorial, paras. 184, 185).

60. In addition, the Claimant asserts, within the same issue of estoppel, that a statement regarding how a law is applied is a statement of fact. In any event, the distinction is not relevant under international law. Estoppel can be availed of to deny both statements as well as their legal consequences. Domestic tax law rules do not have the function or the authority of establishing or refuting the estoppel principle. The doctrine of estoppel, based on the fundamental legal interest in predictability, reliance and consistency, is particularly important in the context of NAFTA, a regime designed to protect and promote trade and investment among the parties (reply, paras. 59-63).

61. The Respondent, on the other hand, denies that any oral agreement to waive the invoice requirement was ever reached. Even if existent, such agreement would have been legally irrelevant under Mexican law. Under the tax systems of all three NAFTA countries, taxpayers

are precluded from raising an estoppel preventing the enforcement of tax laws, as they are written, through the methods followed by the Claimant (counter-memorial, para. 20). More generally, estoppel may have effect only in relation to statements of fact, not to statements on the meaning of a law. Presently, the alleged estoppel results not from statements of fact but rather from statements, if any, as to the meaning of the IEPS law, an alleged agreement as to the calculation of IEPS and so on (counter-memorial, paras. 401-407). The Respondent alleges that the approach taken to the issue of estoppel by the three NAFTA countries is relevant to a consideration of estoppel under international law. In Mexico, only a written resolution by SHCP to resolve a real and concrete issue of tax law is binding. In Canada, a government official cannot create an estoppel in relation to the interpretation of legislation. In the United States, an erroneous interpretation of the law by tax authorities does not stop them from asserting an appropriate tax (counter-memorial, paras. 411-427). There can be no agreement whereby CEMSA could overstate the amount of IEPS claimed so that it receives more money than paid by the original taxpayers. Indeed, the Claimant has grossly miscalculated the IEPS tax paid (counter-memorial, paras. 428-433).

62. In addition, according to the Respondent, the cases cited by the Claimant in support of estoppel involve state boundary disputes and even there it is not clear whether the International Court of Justice really applied the doctrine of estoppel. An attempt to borrow underdeveloped and peripheral principles from such an area of international law and apply them to another should be made with caution. The same legal effect that attaches to the conduct of States in boundary disputes, which they are presumed to have considered with the utmost seriousness, cannot apply in cases where a large state bureaucracy deals with an individual taxpayer (rejoinder, paras. 108-111, 127). Finally, preclusion of estoppel under the domestic law of the NAFTA countries is important because it disproves the Claimant's allegations (1) that there was reliance on his part, (2) that there is an international law of estoppel directly applicable to SHCP, as it would be extraordinary to conclude that the NAFTA Parties had imposed on their tax authorities an obligation contrary to their domestic laws, and (3) that such an estoppel is part of customary international law (*ibid.*, paras. 38-143).

63. In view of conflicting arguments by the Parties (*supra*, paras. 59-62), the Arbitral Tribunal stresses that, like many other legal systems, NAFTA Articles 1117(2) and 1116(2) introduce a clear and rigid limitation defense which, as such, is not subject to any suspension (see *supra*, para. 58), prolongation or other qualification. Thus the NAFTA legal system limits the availability of arbitration within the clear-cut period of three years, and does so in full knowledge of the fact that a State, *i.e.*, one of the three Member Countries, will be the Respondent, interested in presenting a limitation defense. The quality of one Party as a State as well as all specificities and constraints necessarily connected to any state activity neither exclude nor qualify resort to the defense of limitation. Of course, an acknowledgment of the claim under dispute by the organ competent to that effect and in the form prescribed by law would probably interrupt the running of the period of limitation. But any other state behavior short of such formal and authorized recognition would only under exceptional circumstances be able to either bring about interruption of the running of limitation or estop the Respondent State from presenting a regular limitation defense. Such exceptional circumstances include a long, uniform, consistent and effective behavior of the competent State organs which would recognize the existence, and possibly also the amount, of the claim. No such circumstances were presented to the Tribunal in this case. It is true that some assurances on CEMSA's entitlement to IEPS tax rebates were given to Claimant and CEMSA at various times by various middle-and high-ranking SHCP officials, and with varying content. But such assurances never amounted to either an authorized and formal acknowledgment of the claim by the Respondent or to a uniform, consistent and effective behavior of Respondent. Therefore, the Tribunal does not deem that the Respondent is estopped from invoking the three-year limitation period under NAFTA Article 1117(2).

64. Analogous, although not identical, considerations prevail with regard to the next issue, to wit whether the Respondent is, on account of the same assurances and promises, estopped from denying the very basis of the damages claim itself (see *supra*, paras. 53 *in fine*, 59). Here again the criterion is a long, uniform, consistent and effective behavior of the competent State organs (see *supra*, para. 63). The Tribunal recognizes again that some assurances on CEMSA's entitlement to IEPS tax rebates were given to Claimant and CEMSA at various times, probably over a longer period, by various middle- and high-ranking SHCP

officials, and with varying content. However, the Tribunal misses the uniform, consistent and effective character of such behavior as well as its connection with the competent State organs at all times. In this respect, the Tribunal also takes into consideration that in any state governed by the rule of law there is no way to impose, to reduce, to claim, to recuperate, or to transfer any tax burdens by agreements with some tax officials not provided by the law. Such agreements would necessarily have a *quasi* private character and could neither bind the State nor be enforced against it.

65. Accordingly, the Tribunal does not find that the Respondent is equitably or otherwise estopped from denying the very basis of the damages claim itself. Notwithstanding this finding, the Tribunal will consider such behavior of several SHCP officials while examining the bases of “creeping” or otherwise relevant form of expropriation, or effective denial of national treatment, under NAFTA Articles 1110 and 1102. Indeed, it is possible that behavior of some State organs such as the ones under consideration here may have led the Claimant to initiate, or to expand, his investment and, thus, may have contributed to the occurrence or the amount of his damage, if any. This may be particularly relevant with respect to more or less technical or “procedural” aspects of Mexican legislation on taxation, such as the requirement of separately and expressly stating the IEPS tax in invoices issued to CEMSA.

G.2 Exhaustion of Local Remedies

66. Both Parties have addressed the relationship between domestic litigation in Mexico and this international arbitration as well as the related doctrine of exhaustion of local remedies (memorial, paras. 214-219; counter-memorial, paras. 365-378; reply, paras. 34-52; rejoinder, paras. 41-51).

67. In essence, the Claimant alleges that NAFTA Chapter 11, and particularly its Section B, was designed to provide investors of the NAFTA Parties with impartial international dispute resolution. A prospective claimant must make an election. If he wants to pursue a damage claim under NAFTA, he has to waive his rights to pursue damages in the local courts. Thus, Mexico traded its traditional position on the exclusive jurisdiction of its courts in exchange for the enormous benefits to be drawn from NAFTA (see opening statement by Mr. Feldman on July 9, 2001, transcript, vol. 1, pp. 52-53). Accordingly, this Arbitral Tribunal may well examine both Mexican domestic laws and the conduct of Mexican tax authorities to determine whether they meet minimum standards of international law, including due process of law, fair

and equitable treatment, and full protection and security, as incorporated by NAFTA Articles 1110(1)(c) and 1131(1) (*ibid.*, pp. 54-55). Therefore, an international tribunal reviewing state action under international law may reach a different result than a domestic tribunal reviewing the same conduct under domestic law. The potential difference of results is due to the difference of standards. This could readily happen in a case where the domestic statutory framework was designed to discriminate against the claimant (see closing statement by Mr. Feldman on July 13, 2001, transcript, vol. 5, p. 182).

68. In addition, the Claimant maintains that both the investor and the investment have waived their right to claim damages in the Mexican courts, as required by NAFTA Article 1121 (reply, para. 34). Whatever proceedings may be pending now in Mexico, they do not constrain the Arbitral Tribunal since (1) under Mexican procedure, the Claimant was required to challenge SHCP's actions in order to avoid seizure of property and, likely, imprisonment; and (2) after this Tribunal was constituted, the Claimant filed papers seeking to terminate all domestic litigation (reply, para. 39). In sum, the Claimant neither has any effective legal remedy under Mexican law nor can be required to introduce every year a new *Amparo* procedure in order to meet all annual minor amendments to the IEPS law, no matter how marginal and irrelevant these legislative amendments may be.

69. The Respondent basically denies that the Claimant has any right to receive IEPS rebates as a matter of Mexican law. Subject to constitutional questions, the particular issue of the requirement of separate and express invoices has been resolved in two separate proceedings before the Mexican courts, which have sole jurisdiction over issues of Mexican law, and is likely to be addressed again in one of the proceedings for an extended period of time. Neither is there any international legal right to IEPS rebates nor is this Arbitral Tribunal authorized to substitute its views of domestic law for those of the local courts (rejoinder, paras. 29-33). According to the Respondent, the Claimant is having his day in court in Mexico, and in any event, as those proceedings involve issues of Mexican law they are not relevant to this proceeding. Those proceedings would be relevant only if the Claimant were in a position to challenge the Mexican court actions as constituting a denial of justice under international law, which the Claimant has not done. Consequently, it would be incorrect to state that there were an absence of an effective

legal remedy just because the Claimant lost in one of the proceedings; at the time of the Respondent's submission, the Claimant appears to be prevailing in the second action, but it is not final. If that were true, every disappointed litigant who otherwise met the standing requirements of NAFTA Chapter Eleven, Section B, would bring a claim under international law (rejoinder, paras. 40, 41). The Respondent concludes therefore that, with the exception of the claim for an alleged denial of national treatment, all of the claims advanced in this proceeding would require the Arbitral Tribunal to apply domestic law in the place of the proper judicial body (counter-memorial, para. 40).

70. In addition, the Respondent maintains that, in any event, any CEMSA's claimed right to IEPS rebates would depend on issuing invoices separately and expressly stating the tax. This particular condition, which was never complied with by the Claimant, is now *sub judice* on appeal in the Mexican courts (counter-memorial, paras. 11, 360-364). Accordingly, the international responsibility of a State cannot be engaged unless and until the measure in issue has been tested at the local level and has become final by pronouncement of the highest competent authority (counter-memorial, para. 371). The exhaustion of local remedies rule is applicable under NAFTA as in general under international law. Nor does any relevant waiver exist here, since the waiver required by NAFTA Article 1121 is limited to damages only (transcript, vol. 2, pp. 79, 81) and, in any event, the Claimant neither discontinued proceedings in the domestic courts nor did he refrain from initiating others with respect to measures allegedly in breach of NAFTA Chapter Eleven, Section A (rejoinder, paras. 47-51).

G.3 Analysis

71. The decision on the issue of exhaustion of local remedies as a condition for claim admissibility primarily depends on the wording and construction of the relevant NAFTA provisions. Indeed, it is generally understood that the local remedies rule may be derogated from, qualified, or varied by virtue of any binding treaty (*Case Concerning Elettronica Sicula, S.p.A.*, United States of America v. Italy, 1989, I.C.J. Reports 4, para. 50). Such qualification took place here under NAFTA Articles 1121 and Annex 1120.1.

72. Article 1121(2)(b) and (3) in its relevant parts provides as follows:

2. A disputing investor may submit a claim under Article 1117 [Claim by an Investor of a Party on Behalf of an Enterprise] to arbitration only if both the investor and the enterprise:

.....

(b) waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach referred to in Article 1117, except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party.

3. A consent and waiver required by this Article shall be in writing, shall be delivered to the disputing Party and shall be included in the submission of a claim to arbitration.

73. It appears that this Article, rather than confirming or repeating the classical rule of exhaustion of local remedies, envisages a situation where domestic proceedings with respect to the same alleged breach referred to in Article 1117 are either available or even pending in a court or tribunal operating under the law of any Party. In such case, Article 1121(2)(b) requires, for a recourse to arbitration to be open, that the disputing investor waive his right to initiate or continue the other domestic proceedings. Therefore, in contrast to the local remedies rule, Article 1121(2)(b) gives preference to international arbitration rather than domestic judicial proceedings, provided that a waiver with regard to the latter is declared by the disputing investor. This preference refers, however, to a claim for damages only, explicitly leaving available to a claimant "proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief" before the national courts. Thus, Article 1121(2)(b) and (3) substitutes itself as a qualified and special rule on the relationship between domestic and international judicial proceedings, and a departure from the general rule of customary international law on the exhaustion of local remedies. The thrust of such substitution seems to consist in making recourse to NAFTA arbitration easier and speedier, as opposed to the general pattern of opening up international arbitration to private parties as against third states.

74. In particular with respect to Mexico as Respondent, Annex 1120.1 of NAFTA restricts resort to arbitration. According to this provision in its relevant parts,

"With respect to the submission of a claim to arbitration:

.....

(b) where an enterprise of Mexico that is a juridical person that an investor of another Party owns or controls directly or indirectly alleges in proceedings before a Mexican court or administrative tribunal that Mexico has breached an obligation under
(i) Section A,
.....,
the investor may not allege the breach in an arbitration under this Section".

75. Annex 1120.1 of NAFTA gives, thus, a statutory preference to domestic proceedings in Mexico vis-à-vis a possible international arbitration under NAFTA Chapter 11, Section A, by obviously preventing the disputing investor from instituting, then waiving domestic proceedings and, only thereafter resorting to arbitration, as provided under Article 1121(2)(b) (see *supra*, paras. 72, 73). This prohibition applies, however, only if the Claimant "alleges in proceedings before a Mexican court or administrative tribunal that Mexico has breached an obligation under ... Section A". In any event, since the Respondent expressly confirms that "the Claimant has also not sought to submit an alleged breach of the NAFTA to the Mexican courts, so there is no conflict with Annex 1120.1" (rejoinder, para. 48), the Tribunal does not see any obstacle to the present arbitration connected to Annex 1120.1 of NAFTA.

76. As far as the waiver requirement under Article 1121(2)(b) and (3) is concerned, the Arbitral Tribunal is satisfied that the appropriate waivers were attached by both the Claimant and CEMSA as Exhibits B and C to the Notice of Arbitration of April 30, 1999 and also delivered to the Respondent, as indicated in the Notice of Arbitration (p. 3 under B(1)(a)), noting that the Respondent has not challenged the delivery or the sufficiency of the waivers (rejoinder, para. 46).

77. Under Article 1121(2)(b), the waivers are required for, and limited to, claims for damages only. Indeed, the Notice of Arbitration presents as requests four related claims for damages (p. 11 under D); they do not apply to "proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief." A later request by the Claimant with regard to the illegality or invalidity of a tax assessment by the Respondent for about US\$25 million asks for declaratory relief only and, therefore, does not require a waiver under Article 1121(2)(b) (see *supra*, paras. 72, 73). It has to be examined below, however, whether this request, while relieved from the requirement of waiver, stands properly before the Tribunal in terms of its scope of authority (see *infra*, para. 88).

78. The Respondent observes that the Claimant, in spite of the waiver, did not in fact withdraw from several related domestic proceedings in Mexico; nor does the Respondent suggest that it was incumbent upon the Claimant to withdraw (see rejoinder, paras. 47, 48). The Arbitral Tribunal, however, does not find the point to be pertinent. Mexican courts are hailed by the Respondent as the appropriate forum for determining the Claimant's rights under the IEPS law (see, *e.g.*, counter-memorial, paras. 367, 368; rejoinder, paras. 48-51). In the first instance, we agree. However, questions as to whether Mexican law as determined by administrative authorities or Mexican courts is consistent with the requirements of NAFTA and international law are to be determined in this arbitral proceeding, and we are not barred from making that determination by the fact that not all of the issues have yet been resolved by Mexican courts. Otherwise, any arbitral tribunal could be prevented from making a decision simply by delaying local court proceedings. Nor is an action determined to be legal under Mexican law by Mexican courts necessarily legal under NAFTA or international law. At the same time, an action deemed to be illegal or unconstitutional under Mexican law may not rise to the level of a violation of international law.

G.4 Other Jurisdictional Constraints

79. As noted earlier, several jurisdictional issues in this arbitration have been resolved by the Tribunal's "Interim Decision on Preliminary Jurisdictional Issues" rendered on December 6, 2000. However, this decision was limited to "the specific preliminary issues set forth in [the Tribunal's] Procedural Order No. 4 and at paragraph 11" of the Interim Decision itself. Other jurisdictional issues were not precluded, to the extent they have arisen in the course of this arbitral proceeding.

80. Such an additional jurisdictional issue, which arose later, pertains to the authority of this Tribunal to grant declaratory relief with respect to the validity or legality of the 1998 audit and the corresponding tax assessment by SHCP vis-à-vis CEMSA.

81. It appears to be common ground between the Parties (memorial, paras. 121-126; counter-memorial, paras. 240-268) that in July 1998 SHCP launched an audit, or a verification

visit by an audit team (*visitadores*), with regard to CEMSA's 1996-1997 exports. The audit was conducted with the presence of the police and with the use of several photocopying machines brought by the visiting team for that purpose. Several months later, on March 1, 1999, SHCP issued its determination by which it concluded the audit through a tax assessment against CEMSA in the amount of \$250,551,635 Mexican pesos for wrongfully obtained tax rebates in 1996-1997, plus interest, fines, and actualization on account of inflation. The Claimant (memorial, para. 123) alleges that this amount is equal to about US\$25 million, including a claim of recovery of some US\$9.1 million in IEPS rebates paid in 1996 and 1997.

82. Thereafter, in March 1999, CEMSA challenged the audit of the April 1996 - September 1997 IEPS rebates and the ensuing tax assessment before the first-instance Fiscal Tribunal of the Federation. The Claimant argued that there was a fatal inconsistency between his right to the 0% tax rate under Article 2 of the IEPS and the invoice requirements under Article 4 of the same law. The Fiscal Tribunal's decision held in favor of CEMSA on some points and in favor of SHCP on others. Apparently the decision held that SHCP could not require invoices with the IEPS expressly transferred and stated separately since it was a requirement with which it was impossible to comply in the case of cigarette exports (see counter-memorial, paras. 261, 571-574). On the other hand, the decision denied any tax rebates on processed tobacco exports to "low tax jurisdictions", notably Honduras, in accordance with Article 2 of the IEPS law. As a result, however, the tax assessment by SHCP was quashed.

83. Both parties opposed this decision (*supra*, paras. 68-69). The Claimant also filed an *Amparo* proceeding before the Circuit Court; SHCP availed itself of a "recourse of revision" before the same court. The circuit courts held that the requirements of Articles 2 and 4 were not contradictory. Further appeals ensued. In the most recent (March 29, 2002) determination in this litigation, a Mexican court of appeals has apparently held that the Claimant did have a constitutional right under the IEPS law in force in 1996-1997 notwithstanding his inability to produce invoices showing the tax amounts separately, on the ground that the invoice "formality" discriminates among different taxpayers (producers and exporters) who carry on the same activity. The decision also appears to hold unconstitutional the provision of the IEPS law that precludes receipt of tax refunds for exports to low tax jurisdictions (see Claimant's May 8

submission, 2002, paras. 7-8.). However, both Parties agree that this most recent decision is not final so that the proceeding remains *sub judice* before the competent federal courts (Claimant's May 8, 2002 submission, para. 17; Respondent May 8, 2002 submission, para. 18; memorial, para. 124; counter-memorial, para. 268).

84. What, then, is the relevance of these Mexican court decisions for this Tribunal? The Tribunal is not inclined to give them significant weight, in part because neither of the Parties has suggested that they are controlling, although the Mexican courts' discussion of legal issues provides necessary background to the Tribunal's understanding of these issues as required for a proper application of NAFTA and international law. First, of course, the 1998 assessment proceeding is not final. While the most recent decision favors the Claimant, the Respondent may prevail at the next step. Second, the 1998 decision, related to the negative response to a request presented to the tax authority (this decision differs from the Claimant's position specifically with regard to the exigency of separately stating the IEPS amounts in the invoices) which is final, essentially reinforces the Respondent's position, creating a conflict which this Tribunal cannot and should not try to resolve. Third, and probably most important, Mexican courts are applying Mexican law, while this Tribunal must apply the provisions of NAFTA and international law, which do not necessarily provide the same results as under Mexican law. Finally, as noted earlier, the Claimant has not challenged any of the Mexican court decisions, even those unfavorable to the Claimant, as breaching the international law standard for denial of justice, and it is premature to consider any question of possible non-compliance of a Mexican court decision by the Respondent, since the issue of compliance has not yet arisen.

85. The purely declaratory character of the relief sought by the Claimant, to wit to declare the Respondent's 1999 tax assessment as invalid, is not necessarily inconsistent with NAFTA Chapter 11, Section B, in particular Articles 1116(1) and 1117(1), which appear to limit relief to claim for "loss or damage by reason of, or arising out, that breach". It may also not be generally inconsistent with the exception of taxation measures in view of NAFTA Article 2103(6). Particular attention should be drawn, however, to the question whether such declaratory relief is admissible in the circumstances of this case.

86. The Claimant qualifies the requested declaration as “an incidental or additional claim respecting the audit and tax assessment ... The issues and the evidence are the same as those in the original claim, and the Tribunal will necessarily decide the new claim when it decides the first” (reply, para. 31). The Claimant concludes on this point by asserting a denial of justice if the Tribunal should award damages to the Claimant and the Respondent could seek to set off against those damages any audit liability assessed by the Mexican tax authorities, given that the issues at stake are the same with the ones litigated before the Tribunal (reply, paras. 32-33).

87. The Respondent answers by denying this Tribunal’s jurisdiction to entertain the Claimant’s request for “a declaration that Respondent is not entitled to recover rebates paid to CEMSA in respect of cigarette exports in 1996-1997” because

- (a) NAFTA Chapter Eleven, Section B, vests the Tribunal only with jurisdiction to award monetary compensation;
- (b) the Claimant has not submitted to arbitration a claim in respect of the 1998 audit; and
- (c) the requested declaration would usurp the jurisdiction of the Mexican courts and would not be enforceable in any event (counter-memorial, para. 575).

Further, according to the Respondent, the Tribunal has no jurisdiction to entertain the claim that a contingent award be issued in the amount of any tax assessment levied against the Claimant as a result of the 1998 audit, for the additional reason that such claim would not yet be ripe (*ibid.*, paras. 576, 577).

88. In view of conflicting arguments by the Parties (*supra*, paras. 86-87), the Arbitral Tribunal stresses that, according to NAFTA Article 1136(1), an award made by a Tribunal shall have binding force between the disputing Parties and in respect of the particular case. This rule also implies that a NAFTA State Party must comply with a final arbitral award in its entirety as well. *In casu*, CEMSA’s entitlement to tax rebates in the critical period necessarily constitutes an important segment of the present arbitration. Any decision by this Arbitral Tribunal thereon

is bound to have, under the terms of NAFTA Article 1136(1), a direct bearing upon any domestic litigation (pending or final) on the entitlement to tax rebates. Therefore the validity or legality of the 1999 tax assessment with respect to the tax rebates obtained in the years 1996 and 1997 hardly constitutes an independent or unrelated count in this arbitration. Rather, the validity or recovery of these tax rebates functionally have an impact on, and belong to, the Tribunal's evaluation whether a "creeping" or any other relevant (under NAFTA Articles 1110 and 2103(6)) form of expropriation has taken place. In addition, it appears to the Arbitral Tribunal that the Claimant as well understands this declaratory relief in the context of expropriation under NAFTA Article 1110 since his request seeks an arbitral finding that such tax assessment by the Respondent "constitutes a measure tantamount to expropriation under, and in breach of, NAFTA Article 1110" (memorial, submission A(4), p. 130). Similarly, the validity or recovery of these tax rebates may be relevant to determining whether Respondent has violated Article 1102, to the extent the Tribunal determines that Claimant has been treated less favourably with regard to the tax rebates than domestic investors in like circumstances, as discussed in Section I, *infra*. Therefore, since the Claimant submits this allegation of invalidity within the framework of NAFTA Articles 1102 and 1110, the invalidity issue will be dealt with within the appropriate framework but does not warrant an autonomous answer in the operative part of this Award.

H MERITS

H.1 Expropriation: Overview of the Positions of the Disputing Parties

89. In this proceeding, the Claimant's key contention is that the various actions of Mexican authorities, particularly SHCP, in denying the IEPS rebates on cigarette exports to CEMSA, resulted in an indirect or "creeping" expropriation of the Claimant's investment and were tantamount to expropriation under Article 1110. They were also arbitrary, confiscatory and discriminatory, a violation of the Claimant's right to due process (see memorial, Introduction and Summary, p. 6; first Swan's affidavit, paras. 30-34). The Claimant asserts that the "measures" he has complained about may also be characterized as a "denial of justice" (one aspect of denial of due process) under article 1110 (memorial, paras. 189-203). Nor does the Claimant believe that the Mexican government policy of limiting cigarette exports is justified by public policy

concerns, particularly in light of the stated purpose of the IEPS law in 1980, which was to encourage Mexican exports (memorial, para. 189, quoting Statement of Purpose of IEPS Law for 1981, Diario Oficial, Dec. 30, 1980).

90. In particular, the Claimant asserts that the 1993 Supreme Court *Amparo* decision required Mexican officials not only to provide CEMSA with the 0% excise tax rate on exports, but also to permit CEMSA to obtain rebates of the tax amounts included in the price CEMSA paid its suppliers, Walmart and Sam's Club. According to the Claimant, the decision makes no sense if it holds Article 2 of the IEPS Law -- permitting only manufacturers, not resellers, to obtain the 0% tax rate for exported cigarettes -- unconstitutional, but continues to permit SHCP to deny the rebates to firms that are not IEPS taxpayers and do not have invoices showing the tax amounts stated separately, as Article 4(III) of the IEPS law specifies. In seeking the rebates, the Claimant asserts that he reasonably relied on a series of letters from SHCP officials, oral assurances from those officials, and their actions in granting the rebates during some periods (1992 and April 1996 to September 1997). Rebates were granted although the officials were fully aware at all relevant times that the Claimant lacked invoices that stated the tax amounts separately, and would rely on their actions. Some of the same officials had denied those rebates during earlier periods. In fact, according to the Claimant, there was effectively an oral agreement or understanding with SHCP officials, concluded through a series of meetings and exchanges of letters in 1994 and 1995, to the effect that the 1993 *Amparo* decision provided the Claimant the right to receive rebates, rather than simply the right to a 0% IEPS tax on cigarette exports (memorial, paras. 68-69). This understanding, according to the Claimant, resulted from the impossibility of the Claimant's obtaining the invoices, the influences of the U.S. Embassy and the entry into force of NAFTA (memorial, Introduction and Summary, pp. 3-4).

91. It is the Claimant's view, however, that the Mexican government did not comply with the *Amparo* decision, despite the oral agreement to afford the Claimant the rebates. Rather, Mexican government officials sought return of the rebates that had been granted between April 1996 and September 1997, and ultimately denied the Claimant's rebates for October and November 1997, effectively preventing the Claimant from exporting cigarettes. The application of the IEPS law by Mexican authorities (particularly strict application of Article 4(III)) requiring

invoices with the separate statement of tax amounts, even though it was impossible for CEMSA to obtain them, had the intended result. SHCP's actions effectively drove CEMSA out of the cigarette export business, in violation of Article 1110. According to the Claimant, these facts precisely fit the traditional definition of indirect or creeping expropriation: Mexico's intent was to put the Claimant out of the cigarette export business through manipulation or interpretation of IEPS legal requirements, and by denying the IEPS rebates over a period of time. The Claimant concludes that the fact that tax laws are applied in such a way as to accomplish the expropriation does not convert an expropriation into valid regulation.

92. The Respondent disagrees on a variety of grounds. First, SHCP's actions -- demanding invoices with the IEPS tax amounts stated separately as a condition of the IEPS rebates -- were required by the IEPS law. That requirement in the Respondent's view is fully consistent with the 1993 Mexican *Amparo* Supreme Court case, which applied to both cigarette and alcoholic beverage exports, and decided *only* that resellers such as the Claimant, as well as producers, were entitled to the 0% IEPS tax rate on their exports (counter-memorial, paras. 1-2). SHCP was prepared to apply the 0% tax rate and to grant the rebates, but if and only if the Claimant complied with the other requirements of the IEPS law, including those relating to invoices. According to the Respondent, the question of the requirement that the person seeking the rebates be a taxpayer and, particularly, of invoices stating the tax amounts separately was never before the Mexican Supreme Court and was not decided by it (counter-memorial, para. 23). Moreover, there was never any intent on the part of SHCP officials to waive the requirements of Article 4 of the IEPS law. Rebates are initially granted in a virtually automatic process, with SHCP reserving the right under the law to audit recipients to determine whether they were entitled to the rebates and whether the amounts sought were correct.

93. According to the Respondent, there is no basis for finding an "agreement" between the Claimant and SHCP that the Claimant was entitled to rebates under the *Amparo* decision. There was no such agreement beyond the obvious understanding of SHCP officials, communicated to the Claimant both orally and in writing, that they would comply with the *Amparo* decision. That decision goes no further than to require that the Claimant be afforded the 0% tax rate. SHCP officials did not, and could not have, abrogated the other requirements of the

IEPS law, including but not limited to providing invoices with tax amounts separately stated, in accordance with Article 2 (counter-memorial, paras. 168, 172).

94. Also, the Mexican circuit court has determined, *inter alia*, in the “nullification” proceeding initiated by the Claimant in 1998, that IEPS legal provisions requiring invoices stating the tax amounts separately as a condition of obtaining rebates are not inconsistent with principles of tax equity. In the Respondent’s view, this is a determination under Mexican law that is not properly before the Tribunal (rejoinder, para. 16). While the arguments are in general detailed and complex, the Respondent believes that this litigation proves that Mexican administrative authorities acted consistently with Mexican law and court decisions (even though the case only applies by its actual terms to applications for rebates submitted in November and December 1997). Thus, there is no denial of justice under Mexican law, or other violation of international law that could be considered the basis for a violation of Article 1110.

95. The Respondent also questions whether the Claimant can demonstrate the ownership of an “investment” that was allegedly expropriated in Mexico by Mexican authorities; in the absence of an investment, the Claimant has no standing to bring an action under Chapter 11. In particular, to the extent the Claimant is seeking payment of rebate amounts for October and November 1997, this is a debt obligation that is specifically excluded from the definition of investment under NAFTA Article 1139. Nowhere is there an “investment” of which the Respondent seized ownership and control (counter-memorial, para. 302 ff.).

H.2 Applicable Law: NAFTA Article 1110 and International Law

96. A threshold question is whether there is an “investment” that is covered by NAFTA. The term “investment” is defined in Article 1139, in exceedingly broad terms. It covers almost every type of financial interest, direct or indirect, except certain claims to money. The first listed item under “investment” is “an enterprise.” There is no disagreement among the parties that Corporación de Exportaciones Mexicanas, S.A. (CEMSA) is a corporate entity organized under the laws of Mexico, essentially wholly owned by the American citizen investor, Marvin Roy Feldman Karpa (first Feldman statement, para. 1). Among the dictionary definitions of “enterprise” are “a unit of economic organization or activity; esp. a business organization”

(Webster's New Collegiate Dictionary, 1977 ed.). As such, the Tribunal determines that CEMSA comes within the term "enterprise" and is thus an "investment" under NAFTA. This conclusion is consistent with that reached by other NAFTA Chapter 11 tribunals. For example, the tribunal in *S.D. Myers v. Canada* concluded that a Canadian corporation organized for the purpose of facilitating hazardous waste exports to the United States, an affiliate of S.D. Myers in the United States owned by the same shareholders as S.D. Myers, satisfied the NAFTA requirements for an "investment." (*S.D. Myers v. Government of Canada*, Partial Award, November 13, 2000, paras. 230-231, <http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf>.)

97. Expropriation under Chapter 11 is governed by NAFTA Article 1110, although NAFTA lacks a precise definition of expropriation. That provision reads in pertinent part as follows:

1. No Party may *directly or indirectly* nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or *take a measure tantamount to nationalization or expropriation* of such an investment ("expropriation"), except:
 - (a) for a public purpose;
 - (b) on a non-discriminatory basis;
 - (c) in accordance with due process of law and article 1105(1); and
 - (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6.5

The key issue, in general and in the instant case, is whether the Respondent's actions constitute an expropriation.

98. The Article 1110 language is of such generality as to be difficult to apply in specific cases. In the Tribunal's view, the essential determination is whether the actions of the Mexican government constitute an expropriation or nationalization, or are valid governmental activity. If there is no expropriatory action, factors a-d are of limited relevance, except to the extent that they have helped to differentiate between governmental acts that are expropriation

5 Emphasis added. Paras. 2-6 provide for compensation "equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place;" that compensation be paid without delay and be fully realizable; include interest in a hard currency; and be freely transferable. *Id.* Article 1110(1) (2-6).

and those that are not, or are parallel to violations of NAFTA Articles 1102 and 1105. If there is a finding of expropriation, compensation is required, *even if* the taking is for a public purpose, non-discriminatory and in accordance with due process of law and Article 1105(1).

99. The view that the conditions (other than the requirement for compensation) are not of major importance in determining expropriation is confirmed by the Restatement of the Law of Foreign Relations of the United States, a source relied on by many American and Canadian lawyers that has been discussed in the memorials of both the Claimant and the Respondent in this proceeding.⁶ For example, according to the Restatement, the public purpose requirement “has not figured prominently in international claims practice, perhaps because the concept of public purpose is broad and not subject to effective reexamination by other states.” (AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement of the Law Third, the Foreign Relations of the United States, USA, American Law Institute Publishers, Vol. 1, 1987, (hereinafter Restatement), Section 712, Comment g.). Similarly, the Restatement suggests that if proper compensation is paid for an expropriation, the fact that the taking was not for a public purpose and was discriminatory, “might not in fact be successfully challenged.” A comment observes, perhaps somewhat inconsistently, that “economic injuries [falling under section 712(3)] are generally unlawful because they are discriminatory or are otherwise arbitrary.” (*Id.*, Sec. 712, Comment i.) This last clause suggests that if the government actions (legislative, administrative or judicial) are discriminatory or arbitrary (or perhaps unfair or inequitable), as arguably is the case here, they are more likely to be viewed as expropriatory, imparting a degree of circularity to the “expropriation versus regulation” dichotomy.

100. Most significantly with regard to this case, Article 1110 deals not only with direct takings, but indirect expropriation and measures “tantamount to expropriation,” which potentially encompass a variety of government regulatory activity that may significantly interfere with an investor’s property rights. The Tribunal deems the scope of both expressions to be

6 Memorial, paras. 151 ff.; counter-memorial, paras. 335 ff. (with some qualifications). It is important to note that the language used by the Restatement, section 712, differs significantly from that used in NAFTA, even though the concepts are similar.

functionally equivalent. Recognizing direct expropriation is relatively easy: governmental authorities take over a mine or factory, depriving the investor of all meaningful benefits of ownership and control. However, it is much less clear when governmental action that interferes with broadly-defined property rights -- an “investment” under NAFTA, Article 1139 -- crosses the line from valid regulation to a compensable taking, and it is fair to say that no one has come up with a fully satisfactory means of drawing this line.

101. By their very nature, tax measures, even if they are designed to and have the effect of an expropriation, will be indirect, with an effect that may be tantamount to expropriation. If the measures are implemented over a period of time, they could also be characterized as “creeping,” which the Tribunal also believes is not distinct in nature from, and is subsumed by, the terms “indirect” expropriation or “tantamount to expropriation” in Article 1110(1). The Claimant has alleged “creeping expropriation.” The Respondent has objected that the Claimant has in effect added a new element to the case which, among other things, should have been submitted to the Competent Authorities under Article 2103(6) for a determination as to whether it should be excluded from consideration as an expropriation. The Restatement defines “creeping expropriation” in part as a state seeking “to achieve the same result [as an outright taking] by taxation and regulatory measures designed to make continued operation of a project uneconomical so that it is abandoned” (Restatement, Section 712, Reporter’s Note 7). Since the Tribunal believes that creeping expropriation, as defined in the Restatement, noted above, is a form of indirect expropriation, and may accordingly constitute measures “tantamount to expropriation”, the Tribunal includes consideration of creeping expropriation along with its consideration of these closely related terms. 7

7 The Tribunal notes that the *S.D. Myers* tribunal (citing *Pope & Talbot*) effectively concluded that the words “tantamount to expropriation” were designed to embrace the concept of “creeping” expropriation rather than to “expand the internationally accepted scope of the term expropriation.” See *S.D. Myers v. Government of Canada*, Partial Award, November 13, 2000, para. 286, <http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf>.

102. Ultimately, decisions as to when regulatory action becomes compensable under article 1110 and similar provisions in other agreements appear to be made based on the facts of specific cases. This Tribunal must necessarily take the same approach.

103. The Tribunal notes that the ways in which governmental authorities may force a company out of business, or significantly reduce the economic benefits of its business, are many. In the past, confiscatory taxation, denial of access to infrastructure or necessary raw materials, imposition of unreasonable regulatory regimes, among others, have been considered to be expropriatory actions. At the same time, governments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like. Reasonable governmental regulation of this type cannot be achieved if any business that is adversely affected may seek compensation, and it is safe to say that customary international law recognizes this (see *infra* para. 105).

104. Drawing the line between expropriation and regulation has proved difficult both in the pre-NAFTA context and for the handful of NAFTA Chapter 11 tribunals that have considered the issue. Here again, despite the less specific language and the lack of references to “tantamount to expropriation,” the Restatement is somewhat helpful, particularly the comments, in understanding customary international law in this area. Section 712 reads in pertinent part as follows:

“A state is responsible under international law for injury resulting from:

- (1) a taking by the state of the property of a national of another state that
 - (a) is not for a public purpose, or
 - (b) is discriminatory, or
 - (c) is not accompanied by provision for just compensation.”

While the language itself differs considerably from Article 1110, many of the essential substantive elements are the same, particularly the concept of a taking and the conditions.

105. The “comments” to the Restatement are designed to assist in determining, *inter alia*, how to distinguish between an indirect expropriation and valid government regulation:

A state is responsible as for an expropriation of property under Subsection (1) when it subjects alien property to taxation, regulation, or other action that is confiscatory, or that prevents, unreasonably interferes with, or unduly delays, effective enjoyment of an alien’s property or its removal from the state’s territory... *A state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states, if it is not discriminatory....* (Restatement, Section 712, comment g, emphasis supplied.)

106. It is notable that the Restatement comment specifically includes “taxation” as a possible expropriatory action and establishes state responsibility, *inter alia*, for unreasonable interference with an alien’s property. At the same time, non-discriminatory, bona fide *general* taxation does not establish liability. The Reporter’s Notes to the Restatement further suggest that “whether an action by the state constitutes a taking and requires compensation under international law, or is a police power regulation or tax that does not give rise to an obligation to compensate even though a foreign national suffers loss as a consequence” must be determined in light of all the circumstances (Restatement, Section 712, Reporter’s Note 5).

107. Along with the Restatement, this Tribunal has also sought guidance in the decisions of several earlier NAFTA Chapter 11 Tribunals that have interpreted Article 1110. The Tribunal realizes that under NAFTA Article 1136(1), “An award made by a Tribunal shall have no binding force except between the disputing parties and in respect of the particular case,” and that each determination under Article 1110 is necessarily fact-specific. However, in view of the fact that both of the parties in this proceeding have extensively cited and relied upon some of the earlier decisions, the Tribunal believes it appropriate to discuss briefly relevant aspects of earlier decisions, particularly *Azinian v. United Mexican States* and *Metalclad v. United Mexican States*. Nevertheless, there has been only one prior finding of a taking under Article 1110, in *Metalclad*, and the principal rationale for that decision was substantially overruled by the reviewing court, the Supreme Court of British Columbia. In the other decisions to date which

have considered allegations of a violation of Article 1110 and attempted to articulate criteria for the determination (*S.D. Myers v. Canada* and *Pope & Talbot v. Canada*) the tribunals for various reasons have failed to find violations of Article 1110.

H.3 Respondent's Actions as an Expropriation Under Article 1110.

108. The Tribunal has struggled at considerable length, in light of the facts and legal arguments presented, the language of Article 1110 and other relevant NAFTA provisions, principles of customary international law and prior NAFTA tribunal decisions, to determine whether the actions of the Respondent relating to the Claimant constituted indirect or “creeping” expropriation, or actions tantamount to expropriation. (There is in this case no allegation of a direct expropriation or taking under Article 1110.) The conclusion that they do not is explained below.

109. The facts presented here might, depending on their interpretation, appear to support a finding of an indirect or creeping expropriation. The Claimant, through the Respondent's actions, is no longer able to engage in his business of purchasing Mexican cigarettes and exporting them, and has thus been deprived completely and permanently of any potential economic benefits from that particular activity.⁸ Between 1991, when the Claimant brought his *Amparo* action, and December 1997, when SHCP definitively refused to provide CEMSA with tax rebates on exported cigarettes, SHCP followed an inconsistent and non-transparent course of action. In some instances, SHCP authorized and paid the rebates (for 1992 exports, for example), in others, for significant periods of time (1994 -1995), it denied them. At various times SHCP officials provided written documentation to the Claimant that might have led some persons—reasonably or otherwise-- to believe that SHCP had agreed with the Claimant's position that the 1993 *Amparo* decision required that the Claimant be afforded the rebates (see, e.g., letters of March 12, 1992, May 10, 1994 and March 16, 1997). SHCP has

⁸As discussed in the “Damages” section of this Award (paras. 189-207), there is a serious question as to whether the Claimant's business would have been economically viable even had SHCP consistently granted the rebates in the proper amount, given the very low gross profit, based on the gross profit of less than US\$0.10 between CEMSA's net-of-tax cost of the cigarettes and the selling prices realized from CEMSA's customers.

sought through a tax audit a refund of rebates paid to the Claimant in 1996 and 1997, increased by an inflation factor, interest and possible penalties. Also, under Article 2103(6) of NAFTA, the State Parties expressly confirm that tax regulatory activity may be expropriatory under Article 1110, albeit with significant limitations.⁹

110. No one can seriously question that in some circumstances government regulatory activity can be a violation of Article 1110. For example, in *Pope & Talbot*, Canada argued that “mere interference is not expropriation; rather, a significant degree of deprivation of fundamental rights of ownership is required.”¹⁰ That tribunal rejected this approach:

Regulations can indeed be characterized in a way that would constitute creeping expropriation... Indeed, much creeping expropriation could be conducted by regulation, and a blanket exception for regulatory measures would create a gaping loophole in international protection against expropriation. (*Id.*, para. 99.)

However, the *Pope & Talbot* tribunal failed to find a violation of Article 1110 in that case. This Tribunal finds the legal arguments against a finding of expropriation more persuasive, for reasons described in detail below, and reaches the same conclusion on facts very different from those in *Pope & Talbot*.

111. This Tribunal’s rationale for declining to find a violation of Article 1110 can be summarized as follows: (1) As Azinian suggests, not every business problem experienced by a foreign investor is an expropriation under Article 1110; (2) NAFTA and principles of customary

9 First, NAFTA Article 2103 generally excludes tax measures from coverage under NAFTA: “Except as set out in this Article, nothing in this Agreement shall apply to tax measures.” However, this exclusion is not absolute. Article 2103(3)(b) makes Article 1102 applicable to tax measures, and Article 2103(6) makes Article 1110 applicable under certain conditions. Article 1105 is not mentioned among the exceptions to the exclusion; therefore, it does not apply to tax measures, other than in a situation in which an expropriation under Article 1110 has been found, and there is an analysis as to whether the expropriatory action met the requirements of due process and Article 1105 as provided in Article 1110(1)(c).

10 *Pope & Talbot v. Government of Canada*, Interim Award, June 26, 2000, paras. 87-88, <http://www.state.gov/documents/organization/3989.pdf>. Canada also asserted that “tantamount” simply means “equivalent,” and that this language was not intended to expand Article 1110’s coverage beyond creeping expropriation to cover regulatory action. *Id.* para. 89.

international law do not *require* a state to permit “gray market” exports of cigarettes; (3) at no relevant time has the IEPS law, as written, afforded Mexican cigarette resellers such as CEMSA a “right” to export cigarettes (due primarily to technical/legal requirements for invoices stating tax amounts separately and to their status as non-taxpayers); and (4) the Claimant’s “investment,” the exporting business known as CEMSA, as far as this Tribunal can determine, remains under the complete control of the Claimant, in business with the apparent right to engage in the exportation of alcoholic beverages, photographic supplies, contact lenses, powdered milk and other Mexican products--any product that it can purchase upon receipt of invoices stating the tax amounts-- and to receive rebates of any applicable taxes under the IEPS law. While none of these factors alone is necessarily conclusive, in the Tribunal’s view taken together they tip the expropriation / regulation balance away from a finding of expropriation.

H.3.1 Many Business Problems Are Not Expropriations

112. First, the Tribunal is aware that not every business problem experienced by a foreign investor is an indirect or creeping expropriation under Article 1110, or a denial of due process or fair and equitable treatment under Article 1110(1)(c). As the *Azinian* tribunal observed, “It is a fact of life everywhere that individuals may be disappointed in their dealings with public authorities... It may be safely assumed that many Mexican parties can be found who had business dealings with governmental entities which were not to their satisfaction...” (*Robert Azinian and Others v. The United Mexican States*, Award, November 1, 1999, para. 83, 14 ICSID Review. FILJ 2, 1999.) To paraphrase *Azinian*, not all government regulatory activity that makes it difficult or impossible for an investor to carry out a particular business, change in the law or change in the application of existing laws that makes it uneconomical to continue a particular business, is an expropriation under Article 1110. Governments, in their exercise of regulatory power, frequently change their laws and regulations in response to changing economic circumstances or changing political, economic or social considerations. Those changes may well make certain activities less profitable or even uneconomic to continue.

113. Here, it is undeniable that the Claimant has experienced great difficulties in dealing with SHCP officials, and in some respects has been treated in a less than reasonable manner, but that treatment under the circumstances of this case does not rise to the level of a

violation of international law under Article 1110. Unfortunately, tax authorities in most countries do not always act in a consistent and predictable way. The IEPS law on its face (although not necessarily as applied) is undeniably a measure of general taxation of the kind envisaged by Restatement Comment g (see *supra*, paras. 105, 106). As in most tax regimes, the tax laws are used as instruments of public policy as well as fiscal policy, and certain taxpayers are inevitably favored, with others less favored or even disadvantaged.

114. Moreover, the Claimant could have availed himself early on of the procedures available under Mexican law to obtain a formal, binding ruling on the invoice issue from SHCP, but apparently chose not to do so (see prepared testimony of Fernando Hefty, paras. 7-9). Despite the legal uncertainties of the issues upon which the success of his business depended, the Claimant asked for clarification of the legal issues under Article 4 of the IEPS law only when effectively forced to do so, in April 1998 after SHCP denied the Claimant's request for tax rebates for the October 1997 – January 1998 exports, and in March 1999 when as a result of a tax audit SHCP demanded return of rebates, plus interest, inflation adjustment and penalties, for rebates earlier received in 1996 and 1997¹¹. It is unclear why he refrained from seeking clarification, but he did so at his peril, particularly given that he was dealing with tax laws and tax authorities, which are subject to extensive formalities in Mexico and in most other countries of the world.

H.3.2 Gray Market Exports and International Law

115. Second, NAFTA and principles of customary international law do not, in the view of the Tribunal, *require* a state to permit cigarette exports by unauthorized resellers (gray market exports). A prohibition to this effect may rely on objective reasons. Such reasons include

11 Also, although the Tribunal is aware, as indicated earlier, that the 1999 Fiscal Court proceedings challenging SHCP's efforts to recoup tax rebates from the Claimant are not final, the most recent decision has upheld the Claimant's position that the requirements of the IEPS law for invoices stating the tax amounts separately and precluding rebates for exports to low tax jurisdictions, are unconstitutional under Mexican law. The significance of this court decision is somewhat offset by the fact that in a separate, 1998 proceeding challenging denials of tax rebates from October 1997 through January 1998, which is final, another Mexican court determining essentially the same issues found in favor of SHCP (*see* Amparo decision of August 24, 2000).

discouragement of smuggling (of cigarettes purportedly exported back into Mexico), which may deprive a government of substantial amounts of tax revenue, maintenance of high cigarette taxes to discourage smoking (as in Canada) and, as a Mexican government official has suggested, assisting producers in complying with trademark licensing obligations under private agreements (see statement of Ismael Gomez Gordillo, App. 6045-6054). It is undeniable, as both parties in this proceeding have recognized, that smuggling of cigarettes is a serious problem not only for Mexico but for many other nations.¹²

116. The conclusion that neither NAFTA nor rules of customary international law require a state to permit gray market cigarette exports is to some extent reinforced by the determination of the U.S. Competent Authority that Mexico's action in enacting legislation effective January 1, 1998, which restricted the availability of rebates of excise taxes to those who purchase cigarettes in the "first sale" within Mexico (i.e., the sale from the producer to the producer's customer, but not any subsequent resales) was not an expropriation under Article 1110 of NAFTA. (Letter of Feb. 17, 1999 from Assistant U.S. Treasury Secretary Donald C. Lubick to Mexican Under Secretary of Revenue Tomas Ruiz.) The effect of this 1998 IEPS amendment had exactly the same objective as the 1991 IEPS amendment that denied resellers the availability of the zero tax rate for their exports. (This was the 1991 IEPS amendment that was held unconstitutional in the *Amparo* decision by the Mexican Supreme Court in 1993.) The U.S. Competent Authority letter attempts to de-link the 1998 measure to the earlier measures by stating that "No inference should be drawn concerning my views or the views of the United States government regarding whether the first two measures described above [the alleged refusal of Mexico to implement the *Amparo* decision and its refusal to provide the IEPS rebates] is an expropriation under Article 1110 of the NAFTA," but the comparison is inescapable. At minimum, it suggests that tax law and policy changes are intended to be given relatively broad

12 See, e.g., Annex 6 of the Claimant's reply memorial, providing copies of recent newspaper reports regarding the smuggling of U.S. cigarettes to Canada and several European countries; indications that cigarette producers in Mexico have reduced cigarette prices by 25% in order to compete more effectively with smuggled cigarettes (transcript, July 12, 2001, p. 148); and documentation provided by the Respondent suggesting that some cigarettes exported from Mexico to the United States are being re-imported into Mexico from El Paso.

leeway under NAFTA, even if their effect is to make it impractical for certain business activities to continue.

H.3.3 Continuing Requirements of Article 4(III) of IEPS Law

117. Third, in the present case, a *per se* government ban on reseller exports of cigarettes (or other products) from Mexico was *not* in force during the entire 1990-1997 period. The Respondent's efforts to impose such a ban legislatively in 1990 were held unconstitutional by the Supreme Court in a 1993 *Amparo* decision. In a narrow interpretation of that decision – that it required both producers and resellers be offered the zero percent tax rate for exports, but no more – it was legally possible for the Claimant to export cigarettes at the 0% rate if the Claimant could meet the other requirements of the IEPS law.¹³ However, the Claimant was effectively prevented from benefiting from the 0% rate, and therefore from exporting cigarettes, unless he could also obtain a rebate of the taxes reflected (but not separately stated) in the price that the Claimant paid to large retailers – Walmart and Sam's – for his cigarettes. This problem resulted from the fact that Mexican cigarette producers – particularly Cigatam, the Mexican licensee of the Marlboro brand – refused to sell to him because they wanted to maintain an export monopoly (according to first Feldman statement, para. 14) or perhaps for other reasons, a refusal which was apparently within their right under Mexican law. In economic terms, it would have been impossible for the Claimant to pay the price of the cigarettes in Mexico, including the 85% excise tax required under the IEPS law, and then sell the cigarettes in any foreign country. (Once the foreign nation added its own excise taxes upon importation, the Mexican cigarettes with both tax amounts included would have been priced far out of the market.)

118. In his efforts to obtain the rebates, the Claimant was stymied by a long-standing requirement of the IEPS law, the requirement in Article 4(III) that when seeking rebates he, as non-taxpayer, present invoices showing that the IEPS tax had been separately transferred to the

13 Technically, the *Amparo* appears to apply only to the IEPS law challenged, i.e. the 1990 version. However, Article 2(III) of the law was further amended in 1992 to provide the 0% tax rate to reseller/exporters as well as producer/exporters, so long as the destination nation was not a low tax (tax haven) jurisdiction.

taxpayer (see *supra* para.15). However, even assuming that the Claimant is a “taxpayer” under this provision given the peculiarities of the tax calculation for cigarettes – and there is some doubt as to this conclusion – he could not obtain the required invoices at any relevant time. The Claimant could not obtain the information from the retailers who supplied his cigarettes (since they did not know the tax amounts themselves), and the producers of the cigarettes were unwilling to provide the information.¹⁴ Thus, it appears to the Tribunal that the Claimant never really possessed a “right” to obtain tax rebates upon exportation of cigarettes, but only a right to the 0% tax rate. This is important, because as far as the Tribunal can determine, the only significant asset of the investment, the enterprise known as CEMSA, is its alleged right to receive IEPS tax rebates upon exportation of cigarettes, and to profit from that business.¹⁵ We also note that the Claimant concedes that “discrimination between cigarette producers and resellers is [not] necessarily a violation of international law.” (See Claimant’s May 8, 2002 submission, para. 9.) The Claimant relies, rather, on the alleged refusal of Mexican authorities to comply with the 1993 *Amparo* decision and the alleged subsequent agreement between the Claimant and SHCP officials that the Claimant would be permitted the rebates despite the absence of invoices stating the tax amounts separately.

119. The key contentious issue here is whether the denial of IEPS rebates for failure to meet with the invoice requirement constituted expropriation of the Claimant’s investment (a right to export cigarettes) under Article 1110. A related issue is the denial of tax rebates for

14 Although the tax base for the IEPS cigarette tax was the retail sale price, under the IEPS law the party responsible for paying the tax was the producer or its controlled distributor, not the retailer, presumably to assure that the full amount of the taxes would be paid in a distribution system where many of the retailers were small kiosk operators who apparently were not trusted to remit the proper tax amounts to SHCP, or to maintain records adequate to assure SHCP that the full taxes were being paid. See IEPS Law, Article 11 (1991).

15 The record is largely devoid of any statement of CEMSA’s physical assets. The Claimant asserts that the initial capitalization of CEMSA upon its formation in 1998 was a total of \$ 510,000 Mexican pesos, but there is no indication as to what percentage of this was paid in capital. Feldman declaration of March 28, 2001, para. 1. Moreover, the Claimant’s claim for compensation is based almost entirely on a calculation of lost profits and its value as a going business [concern], plus a demand for the rebates anticipated but not paid for October - November 1997. See memorial, para. 231.

exports allegedly made to a low tax jurisdiction (Honduras), also purportedly barred under the IEPS law (see *supra* para.8). However, in determining whether the Claimant was deprived of a “fundamental right of ownership” (the term used by the *Pope & Talbot* tribunal) by Mexican government actions in the critical 1996-1997 period, it is important to observe that the invoice requirements of the IEPS law were not new, and had not been changed by Mexican officials (except to the extent or non-extent of enforcement) to the detriment of the Claimant. At *all* times between January 1, 1987, including April 1990, when CEMSA was first registered as an export company, and January 1, 1998, when the new IEPS law definitively denied rebates except for the “first sale” in Mexico, Article 4(III) of the IEPS law as written (even if not always as applied) effectively required resellers such as CEMSA to obtain invoices stating the tax amounts separately. Even if the 1999 Mexican Fiscal Court proceeding ultimately results in a decision that the denial of the rebates for 1996-1997 is unconstitutional under Mexican law, this is not a situation in which the Claimant can reasonably argue that post investment changes in the law destroyed the Claimant’s investment, since the IEPS law at all relevant times contained the invoice requirements. Of course, Mexico had first sought to ban such exports in 1990 by denying the 0% tax rate to resellers, but that effort was defeated by the Supreme Court. Thus, in retrospect, the Claimant’s most intractable problem with regard to cigarette exports was *not* the 0% tax rate, but the technical requirements of the IEPS law with regard to invoices and, much later, the denial of tax rebates for exports to low tax jurisdictions, also clearly stated in the IEPS law during all relevant periods.

120. The Claimant argues that the 1993 *Amparo* Supreme Court decision resolved not only the 0% tax rate, but the invoice and taxpayer limitations in the IEPS law as well, and contends that SHCP improperly limited the scope of that decision to the 0% tax rate. There is language in the opinion that condemns discrimination between producers and other sellers generally, which is not limited to the 0% tax rate. Also, there is some inherent logic behind the Claimant’s position; if the Claimant were correct, this would be a strong argument for finding a creeping expropriation or denial of justice. If the *Amparo* decision resolves only the 0% tax rate, but the Claimant cannot satisfy the other requirements of the IEPS law, including Article 4 regarding invoices, there is no possibility of CEMSA’s benefiting from that decision with regard

to cigarette exports, as the company is still prevented from carrying on its cigarette export business.

121. The problem for the Claimant is that a careful reading of the *Amparo* Supreme Court decision reveals no mention of Article 4; the discussion is confined solely to the availability of the 0% tax rate under Article 2 of IEPS law to resellers as well as producers, and to a general assessment of the unconstitutionality of discrimination. For various reasons, Article 4 was not raised by the Claimant and was not discussed by the Supreme Court, even though the issue of the 0% tax rate was specifically raised with regard to both alcoholic beverages and cigarettes.¹⁶ There is no indication in the opinion that the Supreme Court intended to abrogate or modify this critical provision of the IEPS law, since it apparently did not even consider the issue, and the Tribunal has no way of guessing what the result would have been had the Article 4 issue been squarely presented to the Supreme Court. In this respect, even the Claimant admits that the court in the *Amparo* case did not review the mechanics of IEPS (reply, para. 43). Rather, as noted above, no Mexican court directly addressed these issues until the Claimant brought the April 1998 and March 1999 challenges.

122. Moreover, the *Amparo* judgment limited to Article 2 (and a parallel *Amparo* decision sought by another company, Lynx) were successful in protecting the Claimant's (and Lynx's) rights to export alcoholic beverages, since both the Claimant and Lynx could obtain the necessary invoices from their suppliers due to their ability to purchase alcoholic beverages directly from the Mexican manufacturers and function as eligible taxpayers, and the different IEPS tax structure applicable to alcoholic beverages.¹⁷ Thus, the decision had considerable

16 Several possible reasons emerged during the hearing. It was suggested that Article 4 of the IEPS law could only have been challenged within 15 days of the enactment of the provision, which occurred in 1984 or 1985, well before CEMSA was incorporated, or because at the time the Article 4 requirements had not been applied to the Claimant (transcript, July 12, 2001, pp. 127-135, testimony of Oscar Enriquez Enriquez).

17 The IEPS applied to alcoholic beverages appears to function in a manner similar to normal value added taxes, with each succeeding seller being treated as a taxpayer. The special rules using the retail price as the tax base but making the producer or distributor the person
(Continued ...)

practical benefit for the Claimant at the time even without addressing or resolving the Article 4 question which the Claimant had not raised in the proceeding. In this Tribunal's view, that court decision did not resolve the Claimant's problems with obtaining tax rebates on cigarette exports because the Claimant failed to challenge Article 4 of the IEPS law.

123. The documentation and testimony regarding what transpired subsequently between the Claimant and the Respondent concerning the IEPS requirements is unfortunately ambiguous and often conflicting, making it difficult for this Tribunal to determine exactly what occurred. For example, a letter was provided to the Claimant by SHCP on March 12, 1992, in response to a written request from the Claimant – before the *Amparo* decision but after the 1992 changes in the IEPS law. It is unclear whether the request was treated by SHCP as a formal ruling under Article 34 of the Fiscal Code; SHCP officials subsequently have asserted that the letter was general and did not relate to a specific situation, and thus was not treated as a formal, binding ruling under Article 34. (See witness statement of Jose Riquer, May 17, 2001, para. 7). That letter refers to Article 2 of the IEPS law and Articles 22, 34 and 42 of the Fiscal Code, but does not mention Article 4 of the IEPS law.¹⁸ However, this letter may have been issued at a time when the invoices stating the taxes separately were not yet at issue, as the Claimant's statement of facts suggests (see memorial, para. 14-18, discussing the problem in the context of denial of IEPS rebates to re-sellers).

responsible for paying the taxes for cigarettes apparently apply only to tobacco products, gasoline and diesel fuel. See IEPS law, Article 11 (1992 and other years).

18 It states in operative part that "you are hereby confirmed your opinion in the sense that you are entitled to request the return of the balance in your favor resulting from the crediting of the special tax on production and services paid on the acquisition of alcoholic beverages and processed tobacco exported as from January 1st, 1992, provided such exports are made to countries with an Income Tax rate applicable to legal entities exceeding 30%." (Letter from Jose Antonio Riquer Ramos to CEMSA, March 12, 1992, App. 0062-0069.) SHCP reserved the rights of surveillance and verification. It is also unfortunate that neither the Claimant nor the Respondent were able to produce a copy of the February 6, 1992, letter to which SHCP's letter was a response, so it is impossible for the Tribunal to know whether this response was in the context of a letter raising the Article 4 invoice issue, or, equally likely, raising only the 0% tax rate issue which was then before the Supreme Court.

124. Other than this 1992 letter and an even more ambiguous May 10, 1994, letter confirming the obligation of tobacco and alcoholic beverage *sellers* to show the transfer of the tax amount separately on the invoice, there are no other written communications that could reasonably be treated as formal rulings, and none at all that specifically address the Article 4 requirement. SHCP officials state that they have been unwilling to provide written rulings to the Claimant on the issues raised by the Claimant informally, and that only a written ruling pursuant to Article 34 of the Fiscal Code would be binding. (See testimony of Fernando Hefty Etienne, paras. 8-11.) Officials explain this on the not unreasonable ground that the Claimant did not follow proper administrative procedures under Article 34 of the Fiscal Code in requesting such determinations. Insofar as the Tribunal has been able to determine, at no time before 1998 did the Claimant present the Article 4 issue to a Mexican court, or seek a formal, binding administrative ruling from SHCP.

125. The Claimant also contends that, in accordance with the Claimant's interpretation of the *Amparo* decision, SHCP effectively concluded an oral agreement with the Claimant to permit the rebates, and then refused to carry out the agreement. Such a failure, if proven, could be evidence of a denial of due process or fair and equitable treatment, and support a conclusion that the IEPS law was intentionally being administered in a manner designed to destroy CEMSA's export operations. There is considerable evidence in the record of some sort of an informal agreement or understanding between the Claimant and SHCP in 1995, based on a number of meetings and correspondence. The Claimant suggests that the agreement was to provide rebates without the invoices, with the understanding that SHCP would then not have to seek the invoices from Carlos Slim/Cigatam as may be required of SHCP by Mexican law (first Feldman Statement, paras. 40-42). Perhaps the best evidence for some sort of understanding is the fact that a high profile taxpayer such as the Claimant was granted the rebates for a sixteen month period in 1996-1997, even though SHCP officials were well aware that it was impossible for the Claimant to obtain invoices with the IEPS tax amounts separately stated. On the other hand, given SHCP's authority to audit rebates after the event, and the fact that it is a large organization with various offices accepting IEPS and other tax rebate applications in significant

numbers, it is possible that the Claimant's applications did in fact receive routine treatment/approval.

126. Unfortunately for the Claimant, however, even if there was some sort of oral understanding, there is little persuasive evidence as to its scope, i.e., whether it was limited to assuring the availability of the 0% tax rate as required by the 1993 *Amparo* Supreme Court decision, or whether it also authorized the Claimant to obtain rebates notwithstanding the lack of invoices stating the tax amounts separately, or even authorized the Claimant to obtain rebate amounts in excess of those otherwise permitted. Not only has no written document from SHCP been made available to the Tribunal, but apparently neither the Claimant nor his counsel prepared any contemporaneous memoranda reflecting such an agreement, despite the many meetings with SHCP officials.

127. SHCP flatly denies the existence of an oral agreement (testimony of Fernando Hefty Etienne, para. 3). While SHCP contends it has not violated the *Amparo* decision requiring the 0% tax rate (counter-memorial, paras.112-113), it also takes position that the decision applied only to the 1990 law, not to subsequent versions of the IEPS law, and in any event that the law at all relevant times required the Claimant to possess invoices stating the tax amounts separately, since SHCP had no authority to exempt the Claimant from the requirements of Article 4(III) of the IEPS law (*Id.*, paras. 6, 12). Thus, even if the Claimant has met his burden of proof with regard to the existence of an oral agreement or understanding, he has not met that burden with regard to demonstrating the precise subject matter of such an undertaking. SHCP's inconsistent actions (or inactions) belie any clear understanding between the Claimant and SHCP, beyond compliance with the application of the 0% tax rate to CEMSA's exports.

128. As noted above, a finding of expropriation here depends in significant part on whether under the circumstances the Article 4 invoice requirements are inconsistent with the Claimant's rights under NAFTA Article 1110. On the basis of the evidence presented to the Tribunal, the Tribunal is not persuaded that they are. The Article 4 invoice requirements have been part of the IEPS law at least since 1987, that is, for at least three years *before* CEMSA was first registered as an export company in 1991. Since the operation of its export business

depended substantially on the terms of the IEPS law, the Claimant was or should have been aware at all relevant times that the separate invoice requirement existed, as there has been no *de jure* change in it at any time relevant to this dispute. Equally important, the Tribunal is reluctant to find an expropriation based largely on the failure of Mexican government officials to comply with an agreement in which those officials allegedly waived an explicit requirement of a tax law, even though there is some evidence, albeit contested by the Respondent, that the requirement was *de facto* ignored at some times both for the Claimant and for other cigarette resellers, including but not limited to members of the [so-called] Poblano group.¹⁹ This, however, is not in the view of the Tribunal evidence of expropriatory action and will be dealt with below in the section on national treatment.

129. If the IEPS law, Article 4, obligation to possess invoices stating the tax amounts separately was simply a technical requirement of the IEPS law, the result here might be considered formalistic and unreasonable. As noted earlier (para. 114, note 11), it is under challenge as unconstitutional discrimination between taxpayers in Mexico, according to the still pending 1999 Fiscal Court proceedings. However, the Tribunal does not consider the invoicing requirements to be a mere formality or patently unreasonable, to be waived easily by officials based on their discretion. The obvious and legitimate purpose of the requirement that the IEPS tax amounts be stated separately on invoices to be submitted to SHCP authorities on demand as the basis of a tax rebate is to make it possible for the tax authorities to determine in a straightforward manner whether the tax amounts on exported products for which a rebate is sought are accurate and not overstated. This is clearly a rational tax policy and a reasonable legal requirement.

19 As discussed more fully in the section of this award on discrimination, evidence in the record suggests that there are 5-10 or more firms registered under Mexican law as cigarette exporters. (Obregon-Castellanos testimony, transcript, July 9, 2001, p. 141). It may well be that the requirements of Article 4 have been waived from time to time for them as well given the practical impossibility for resellers to export without the tax rebates, although the Mexican government has unfortunately been unwilling or unable to enlighten the Tribunal on this fact.

130. The Claimant himself is an excellent example of why this requirement is necessary to protect the revenue. Without invoices, it was of course impossible for the Claimant to know the precise amount of the IEPS taxes included in the selling price of the cigarettes he purchased from Walmart or Sam's Club, for his exports in 1996 and 1997. However, a very close approximation of the IEPS tax amounts could have been made by the Claimant for these years, just as it was in 1992 (see Zaga-Hadid affidavit, annex A) based on the IEPS tax rate for cigarettes applicable in 1996 and 1997 (85%), by dividing the selling price (inclusive of tax) by 1.85 to determine the price net of taxes, and then subtracting that amount from the selling price to determine the tax amounts. For example, if as the Claimant alleges, he paid US\$7.40 per carton for cigarettes, and the tax rate specified in the IEPS law was 85%, the tax included in the US\$7.40 price was approximately US\$3.40.20

131. The Claimant apparently used this formula in 1992, and received the rebates. He used a somewhat different formula in 1996, which over-stated the rebate amounts.²¹ Then, in 1997, he used a completely different formula, which had the effect of grossly overstating the tax amounts, US\$6.55 instead of US\$3.40 per carton, an overstatement of 93%.²² The Claimant asserts that this methodology was explicitly approved by Director of Major Taxpayers Jose Riquer Ramos (Feldman affidavit, Mar. 28, 2001, para. 70). Mr. Riquer has denied this (Riquer statement, May 17, 2001, paras. 19-25). In the final analysis, the Tribunal does not find the Claimant's testimony on this issue to be credible. It is inconceivable to the Tribunal that even if SHCP officials were prepared to forego the invoice requirement informally during some periods,

20 Using the formula $7.40 = 1.85 X$, where X is the price net of tax, $X = 7.40/1.85 = 4.00$. (See Feldman affidavit, Mar. 28, 2001, para. 6.) The remaining amount is the tax, $\text{US\$}7.40 - \text{US\$}4.00 = \text{US\$}3.40$. See IEPS law, Article 2(1)(H).

21 Although the methodology used in 1996 is relatively obscure (see Zaga-Hadid affidavit, annex A, exh. 3 of memorial), the result of the methodology used was to increase the portion of the purchase price treated as IEPS taxes subject to rebates from 45.95% to 55.95% of the purchase price.

22 He arrived at this figure by simply multiplying the price of US\$7.40 by 85%, in other words, treating 85% of the purchase price as tax amounts subject to government rebate upon exportation. (Zaga-Hadid affidavit, annex 3; first Feldman statement, para. 70.) This increased the tax amounts, in an unwarranted way, from 45.95% to 85% of the gross sales price.

as appears to be the case, they would have given the Claimant or any other taxpayer carte blanche to over-estimate the amount of the rebates, in flagrant violation of the IEPS law.²³

132. The Claimant also argues that notwithstanding the Respondent's (and this Tribunal's) interpretation of the scope of the 1993 *Amparo* decision, SHCP's actions between 1993 and 1997, particularly certain oral and written communications, were so arbitrary as to constitute expropriatory action. The Tribunal, as noted earlier (para. 125), has some sympathy with the Claimant's position here. The various written and oral communications from SHCP to the Claimant are at best ambiguous and misleading, perhaps intentionally so in some instances, as were SHCP's actions in permitting rebates during some periods and denying them in others. However, a reasonable person, given the complex and exacting nature of tax laws and regulations, and the ambiguity of statements by and correspondence with SHCP officials, should have sought expert tax counsel if it was not already available to him. Had this occurred, the Tribunal doubts than any competent tax attorney would have confirmed the Claimant's right to rebates in the absence of proper invoices showing the tax amounts separately, given the text of Article 4 of the IEPS law and the lack of apparent legal authority on part of SHCP officials to waive this requirement.

133. While the transparency in some of the actions of SHCP may be questioned, it is doubtful that lack of transparency alone rises to the level of violation of NAFTA and international law, particularly given the complexities not only of Mexican but most other tax laws. The British Columbia Supreme Court held in its review of the *Metalclad* decision that Section A of Chapter 11, which establishes the obligations of host governments to foreign investors, nowhere mentions an obligation of transparency to such investors, and that a denial of transparency alone thus does not constitute a violation of Chapter 11 (*United Mexican States v.*

23 There was considerable discussion in the testimony of the parties regarding whether one of the Poblano Group companies, Lynx, had received excess IEPS rebates for 1991 as a result of Lynx's *Amparo* suit. (See third statement of Enrique Diaz Guzman, paras. 7-8, App. 6455-6456; declaration of Oscar Enriquez Enriquez, Jun. 8, 1991, paras. 3 bis - 14 bis.) However, the Tribunal believes that the Claimant failed to demonstrate that the amounts received on behalf of Lynx were excessive, once interest and an inflation factor for the five year period between accrual and payment are factored in.

Metalclad, Supreme Court of British Columbia, Reasons for Judgment of the Honorable Mr. Justice Tysoe, May 2, 2001, paras. 70-74, <http://www.naftalaw.org.>; transparency is a general NAFTA obligation of the NAFTA Parties under Chapter 18). While this Tribunal is not required to reach the same result as the British Columbia Supreme Court, it finds this aspect of their decision instructive.

134. Under the circumstances, therefore, the Claimant would have been wise to seek a formal administrative ruling on the applicability of Article 4 of the IEPS, and court review if the ruling were adverse, far before he was forced to do so in 1998, but for whatever reason he chose not to do so. Formal administrative procedures and the courts, according to the record, were at all times available to him, and have not been challenged here as being inconsistent with Mexico's international law obligations. Moreover, in Mexico, as in the United States and most other countries, oral or informal opinions are not binding on the tax authorities (see Article 34 of Fiscal Code, counter-memorial, paras. 18-20). Regardless of the results of the ruling process the Claimant would have been better off. If he had received a favorable ruling on Article 4, it would have been much easier for him to defend his rights under Mexican law and before this Tribunal. If he had lost, he could have at least avoided the uncertainties of his alleged right to rebates during much of the 1992-1997 period, and could have brought a NAFTA claim under Chapter 11 much earlier.

H.3.4 Public Purpose

135. As noted earlier, in the absence of a finding of expropriation and in view of the Restatement comments the Tribunal is reluctant to give excessive weight to the public purpose, non-discrimination and due process criteria in Article 1110(1). However, in this instance even if they are considered significant the Tribunal believes that they do not contradict an otherwise negative finding. The Claimant suggests, accurately in the view of this Tribunal, that Mexican government policy is designed to prevent cigarette resellers including CEMSA from exporting cigarettes from Mexico to other countries. He attributes this to political pressures from Carlos Slim, a major owner of Mexico's largest cigarette producer, Cigatam. He alleges that this policy is in conflict with normal Mexican policies that promote exports, and cites such policies as

evidence that the restrictions do not have a valid public purpose (see memorial, paras. 31, 188, 189).

136. However, the Tribunal has already indicated its view that there are rational public purposes for this policy. These include, *inter alia*, discouraging “grey” market exports and seeking to control illegal re-exportation of Mexican cigarettes into Mexico. There is ample evidence on the record to suggest that cigarette smuggling is a significant problem for Mexico, even if that evidence does not effectively link the Claimant with the illegal imports.²⁴ It may be that Mexican authorities feel they have greater control over cigarette producers who export (or that such producers are constrained by licensing agreements, such as the one that presumably exists between Philip Morris of the United States and Cigatam, the Marlboro producer, in Mexico), than they do over independent resellers. Also, as noted above, there are valid public policy reasons for requiring invoices that separately state the IEPS tax amounts as a condition of receiving the refunds, i.e., to prevent inaccurate or excessive claims for rebates.²⁵

H.3.5 Non-Discrimination

137. The Chapter 11 scheme establishes a right to national treatment for investors (and damages for breach thereof) that is distinct from the right to damages from acts of expropriation.²⁶ In this respect, the Tribunal notes that the *S.D. Myers* tribunal, having weighed

24 Respondent made an extensive effort in its briefs and during the hearing to document a series of export transactions by the Claimant, and to link those exports with re-entry of the cigarettes into Mexico. While Respondent was unable to demonstrate that the Claimant was aware of any such illegal practices, or that any of the cigarettes the Claimant exported were re-entered into Mexico, Respondent did demonstrate evidence of a serious problem. Counter-memorial, pp. 104-116, and transcript, July 12, 2001, pp. 148 ff.

25 See *supra*, paras. 130, 131, and Respondent’s exhibits for cross-examination of the Claimant, Vol. II, tab 6.

26 Moreover, under international law, there is considerable doubt whether the discrimination provision of Article 1110 covers discrimination other than that between nationals and foreign investors, i.e., it is not applicable to discrimination among different classes of investors, such as between producers and resellers of tobacco products, at least unless all producers are nationals and all resellers are aliens. Thus, under the Restatement, the relevant comment states that “a program of taking that singles out aliens generally, or aliens of a

(Continued ...)

the allegations of expropriation and finding no violation of Article 1110, nevertheless found Canada in violation of its obligations under Article 1102 and Article 1105 (*S.D. Myers v. Government of Canada*, Partial Award, November 13, 2000, paras. 256, 268, <http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf>), violations that also constituted discrimination under Article 1110(1)(b) and denial of fair and equitable treatment under Article 1110(1)(c). This issue is examined below: see the section I on Article 1102.

H.3.6 Due Process/Fair and Equitable Treatment/Denial of Justice

138. Regarding the possible claim of a denial of due process or a denial of justice, the Tribunal notes that the Claimant actually alleges a denial of justice primarily with regard to SHCP's failure – the failure of the Executive Branch – to implement the 1993 *Amparo* decision (memorial, p. 8). The Claimant only suggests in passing that the nullification decision of the circuit court may rely on a provision of the 1998 IEPS law to deny rebates that the Claimant sought for 1997 (reply, p. 16). In April 1998, the Claimant was effectively forced to seek “injunctive, declaratory or other extraordinary relief” before the Mexican Fiscal Court, as permitted under Article 1121. In that first case, CEMSA sought a declaratory judgment confirming CEMSA’s right to receive tax rebates. This was necessary because of a determination of the tax authorities that CEMSA was not entitled to the rebates for exports made in October-November 1997, since CEMSA could not present invoices that complied with the Article 4 requirement that the IEPS tax amounts be stated separately, and was not a taxpayer entitled to claim IEPS rebates under Article 11 (the latter applied only to the situation under the amended IEPS law effective January 1, 1998). In that action the Mexican courts ultimately decided, *inter alia*, that CEMSA was subject to the invoice requirements of Article 4 (proceeding related to the negative response to a request presented to the tax authority referred above in

particular nationality, or particular aliens, would violate international law.” The comment does not refer to discrimination between national producers and resellers (whether national or foreign) operating under somewhat different circumstances, particularly under the tax laws. Also, there is an implication in the NAFTA Parties’ interpretation of Article 1105 of July 31, 2001, that a breach of one substantive provision of Section A should not in itself be considered a breach of a separate provision (NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, July 31, 2001, consulted on the web site of the Department of Foreign Affairs and International Trade of the Government of Canada. See NAFTA Articles 1131(2) and 2001).

paragraph 84). The Tribunal notes that this decision is in obvious conflict with the Claimant's interpretation of the 1993 *Amparo* decision as guaranteeing the Claimant's right to obtain IEPS rebates notwithstanding the Article 4 invoice requirement. In a separate action challenging SHCP's decision to audit CEMSA and ultimately to demand return of the rebate amounts paid to CEMSA between April 1996 and September 1997, discussed *supra* at paras. 82-83, the issue of whether the invoice requirements under Article 4 of the IEPS law are legal under Mexican law and the Mexican constitution remains pending.

139. Assuming that Article 1110 must be interpreted in accordance with international law, as Article 1131(1) states, not just any denial of due process or of fair and equitable treatment (the latter through the cross-reference in Article 1110(1)(c) to Article 1105) constitutes a violation of international law. In this instance, the allegations of denial of due process or denial of justice are weakened by several factors. Here, as in *Azinian*, the Claimant does not effectively contend that there was a denial of justice by Mexican courts, either with regard to the Supreme Court's *Amparo* decision or the various lower courts' subsequent determinations in the nullification and assessment cases. Rather, in the instant case the Claimant's assertions of denial of justice relate to actions of SHCP rather than the courts. (See Claimant's May 8, 2002 submission, para. 9, stating that "the Claimant maintains that Respondent's insistence on such discrimination [between producers and exporters] in disregard of both the Supreme Court decision and the agreement Mexican officials made with the Claimant in 1995-96 constitutes discrimination and denial of justice under international law.") *Azinian* states that "A governmental authority surely cannot be faulted for acting in a manner validated by its own courts *unless the courts themselves are disavowed at the international level.*" *Azinian* further suggests that there must be a showing that the court decision itself is a violation of NAFTA, or that the relevant courts have not accepted the suit, or there is "a clear and malicious misapplication of the law" (*Robert Azinian and Others v. The United Mexican States*, Award, November 1, 1999, paras. 97, 102, 103, 14 ICSID Review. FILJ 2, 1999.).

140. This is a standard that the nullity and assessment decisions almost certainly do not meet.²⁷ Given as noted earlier that Mexican courts and administrative procedures at all relevant times have been open to the Claimant, the Claimant's victory in the 1993 *Amparo* decision, and the availability of court review in the nullity and assessment decisions filed by the Claimant in 1998, there appears to have been no denial of due process or denial of justice there as would rise to the level of a violation of international law. As the Respondent concedes, this Tribunal could find a NAFTA violation even if Mexican courts uphold Mexican law (counter-memorial, para. 364); this Tribunal is not bound by a decision of a local court if that decision violates international law. Also, as discussed in Section G2, NAFTA does not require a claimant to exhaust local court remedies before submitting a claim to arbitration. The Claimant is limited only by the requirements of Article 1121(2)(b).

141. While there may be an argument for a violation of Article 1105 under the facts of this case (a denial of fair and equitable treatment), this Tribunal has no jurisdiction to decide that issue directly. As noted earlier, Article 1105 is not available in tax cases, but may be relevant in the cross-reference of Article 1110(1)(c). The Tribunal does not need to decide whether this cross-reference makes a full Article 1105 consideration appropriate in a tax matter. Even assuming, *arguendo*, that the Respondents' actions in the aggregate do constitute a denial of fair and equitable treatment that reaches the relatively egregious level of a violation of international law, this alone does not establish the existence of an illegal expropriation under Article 1110. As *S.D. Myers* indicates, it may be appropriate for a NAFTA tribunal to find a violation of Article 1105 and at the same time decline to find a violation of Article 1110(1)(c).

H.3.7 The Claimant in Control of CEMSA

142. Although the Tribunal does not consider this a controlling argument, the regulatory action has not deprived the Claimant of control of his company, CEMSA, interfered

27 Moreover, the Mexican courts have been deciding issues of national law which it is inappropriate for the Tribunal to review, except and unless those determinations (or of Mexican administrative agencies such as SHCP) are themselves denials of justice or otherwise in violation of NAFTA or international law.

directly in the internal operations of CEMSA or displaced the Claimant as the controlling shareholder. The Claimant is free to pursue other continuing lines of business activity, such as exporting alcoholic beverages or photographic supplies, as in the past, or other products for which he can obtain from Mexico the invoices required under Article 4. Of course, he was effectively precluded from exporting cigarettes, certainly by the IEPS law amendments, that went into force in 1998 making the IEPS rebates available only to producers, and in the Tribunal's view by the invoice requirements of Article 4(III), which were stated requirements of Mexican law at least since 1987, and did not change at any relevant time subsequently. However, this does not amount to Claimant's deprivation of control of his company.

H.3.8 Other NAFTA Decisions

143. The Tribunal's conclusion that the actions by the Mexican government against the Claimant – even though in some instances inconsistent, and arbitrary – should not be treated as expropriatory, is in the Tribunal's view consistent with earlier NAFTA Chapter 11 decisions that have sought to interpret Article 1110, including not only *Metalclad*, *Azinian* and *S.D. Myers*, discussed above, but also *Pope & Talbot*.

144. *Metalclad v. United Mexican States* is the only NAFTA decision to date in which a violation of Article 1110 has been found. Metalclad was granted a federal government permit for a hazardous waste disposal facility in January 1993, and began construction shortly thereafter. However, despite early support, opposition arose from the state and municipal governments, apparently because of the usual “NIMBY” (not in my back yard) concerns. Work on the new facility, which included a clean up of the residues left by the previous operators, was completed in March 1995, but opposition from local interests intensified, despite efforts of Metalclad and the federal government to satisfy them.²⁸

28 See *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, Award, August 30, 2000, paras. 1, 32, 38, 40, 45-46, 16 ICSID Review. FILJ 1, 2001. Metalclad and Mexican federal environmental authorities entered into an agreement in which Metalclad agreed, *inter alia*, to make certain modifications in the site, take specified conservation steps, recognize the participation of a Technical Scientific Committee and a Citizen Supervision Committee, employ

(Continued ...)

145. Ultimately, the municipality denied Metalclad's construction permit, in a process which was closed to Metalclad, and the governor of San Luis Potosi issued an "Ecological Decree" declaring the area of the landfill to be a "Natural Area for the protection of rare cactus" (see *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, Award, August 30, 2000, paras. 50, 54, 57, 59-60, 16 ICSID Review. FILJ 1, 2001). Based on these actions, the *Metalclad* Tribunal opined that Article 1110,

includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property... but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of the property even if not necessarily to the obvious benefit of the host state. (*Id.* para. 103.)

146. The tribunal, in reaching its finding of indirect expropriation, not only cited "reasonably-to-be-expected economic benefit," but found it important that Metalclad had relied on the representations of the Mexican federal government of its exclusive authority to issue permits for hazardous waste disposal facilities. It also faulted the lack of transparency in the Mexican legal system for siting of hazardous waste facilities. Separately, without much discussion, the Tribunal found that the state government's decree fixing Metalclad's site as an "ecological preserve" effectively barring the landfill operation permanently, was a "further ground for a finding of expropriation." 29

147. The *Metalclad* Tribunal's finding of an expropriation based on transparency and, implicitly, on reliance by the Claimant, was effectively vacated by the British Columbia

local manual labor, and make regular contributions toward the social welfare of the municipality, including limited free medical advice. *Id.*, para. 48.

29 This is rather strangely characterized as an act "tantamount to expropriation," although it probably was more accurately described as a direct expropriation. *Id.* paras. 109-111. Ultimately, the tribunal awarded Metalclad compensation of US\$16,685,000 for the loss of its investment in Mexico (more than US\$90 million in damages was sought) based on violations of NAFTA Articles 1105 (fair and equitable treatment) and 1110 (expropriation). See *Metalclad*, *Id.* paras. 76-92, 103-105, 123-125, 128, 131.

Supreme Court (British Columbia was the “seat” of the arbitration), responding to a challenge by the Government of Mexico. However, the tribunal’s determination that the Mexican state’s decision to make Metalclad’s site into an ecological preserve was expropriatory was confirmed by the British Columbia Court. (*United Mexican States v. Metalclad*, Supreme Court of British Columbia, Reasons for Judgment of the Honorable Mr. Justice Tysoe, May 2, 2001, para. 84, <http://www.naftalaw.org.>)

148. The facts, and the reasonableness of the Claimant’s reliance in *Metalclad*, are thus quite different from the instant case. The assurances received by the investor from the Mexican government in *Metalclad* were definitive, unambiguous and repeated, in stating that the federal government had the authority to authorize construction and operation of hazardous waste landfills, and that Metalclad had obtained all necessary federal and other permits for the facility. (See *ibid.*, paras. 28-41.) Nor is there any indication that the assurances received by Metalclad, despite some ambiguities, were inconsistent with Mexican law on its face. Finally, Metalclad was deprived of all beneficial use of its property, which was incorporated into an ”ecological preserve.”

149. In contrast, in the present case, the Mexican government essentially opposed the Claimant’s business activities at every step of the way, notwithstanding a few periods when the rebates were granted. Also, in the present case the assurances allegedly relied on by the Claimant (which assurances are disputed by Mexico) were at best ambiguous and largely informal (since the Claimant never sought a formal written tax ruling on the Article 4 issue, or litigated the issue until 1998). They were also in direct conflict with Article 4(III) of Mexico’s IEPS law requiring the possession of invoices stating the taxes separately as a condition of receiving tax rebates.³⁰

30 Here, as in *Metalclad*, there was without doubt a lack of transparency with regard to some actions by Mexican government officials. Yet, if the British Columbia Supreme Court is correct that lack of transparency is not in itself a violation of Chapter 11 of NAFTA, the fact that SHCP communications and other actions after the 1993 *Amparo* decision were inconsistent and ambiguous, and difficult for the Claimant to assess, are insufficient to justify a finding of expropriation under Article 1110.

150. *S.D. Myers v. Canada* involved a government action barring exports (hazardous waste). There, the tribunal noted that expropriation normally constitutes a taking of “property” with a view toward transfer of ownership,³¹ a situation that did not occur in that case or in this one. No expropriation was found in *S.D. Myers*, although the Tribunal did find violations of Articles 1102, 1105 and 1106 (see paras. 123, 256, 280, 284).

151. Somewhat different issues arise in comparison with *Pope & Talbot* which again focused on the alleged denial of a right to export, in this instance, softwood lumber.³² The *Pope & Talbot* Tribunal had opined (in what would be considered *dicta* in the US legal system) that regulatory measures could constitute expropriation under Article 1110, and found that the lumber export control regime came within Article 1110. However, it also noted that the investor was able to continue to export and to earn profit on those exports, and declined to find a violation of Article 1110, based on this consideration and on the ground that the investor “remains in control of the Investment, it directs the day-to-day operations of the Investment, and no officers or employees of the Investment have been detained.... Canada does not...take any other actions outing the Investor from full ownership and control of his investment.” The Tribunal suggested further that in determining “whether a particular interference with business activities amounts to an expropriation, the test is whether that interference is sufficiently restrictive to support a conclusion that the property has been ‘taken’ from its owner.” (*ibid.*, paras. 100, 102.)

31 *S.D. Myers v. Government of Canada* , Partial Award, November 13, 2000, para. 280, <http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf> .

32 The Claimant had argued that the Canadian lumber export control regime had “deprived the Investment of its ordinary ability to alienate its product to its traditional and natural market,” and that by reducing the claimant’s quota of lumber that could be exported to the United States without paying a fee, Canada violated Article 1110. *Pope & Talbot v. Government of Canada*, Interim Award, June 26, 2000, para. 81, <http://www.state.gov/documents/organization/3989.pdf> .

152. Given that the Claimant here has lost the effective ability to export cigarettes, and any profits derived therefrom³³, application of the *Pope & Talbot* standard might suggest the possibility of an expropriation. However, as with *S.D. Myers*, it may be questioned as to whether the Claimant ever possessed a “right” to export that has been “taken” by the Mexican government. Also, here, as in *Pope & Talbot*, the regulatory action (enforcement of long-standing provisions of Mexican law) has not deprived the Claimant of control of the investment, CEMSA, interfered directly in the internal operations of CEMSA or displaced the Claimant as the controlling shareholder. The Claimant is free to pursue other continuing lines of export trading, such as exporting alcoholic beverages, photographic supplies, or other products for which he can obtain from Mexico the invoices required under Article 4, although he is effectively precluded from exporting cigarettes. Thus, this Tribunal believes there has been no “taking” under this standard articulated in *Pope & Talbot*, in the present case.

153. On the factual basis set out in the record, and this analysis, the Tribunal holds that the actions of Mexico with regard to the Claimant’s investment do not constitute an expropriation under Article 1110 of NAFTA.

I NATIONAL TREATMENT (NAFTA ARTICLE 1102)

154. In the present case, there are only a handful of relevant investors, one foreign (the Claimant) and one domestic (the Poblano-Guemes Group), each engaged in the business of purchasing Mexican cigarettes and marketing those cigarettes abroad. These investors cannot purchase the cigarettes from Mexican cigarette producers because the producers (and their wholly owned distributors) refuse to sell to them. Therefore, the Claimant or the Poblano Group firms must purchase their cigarettes from volume retailers, Walmart and Sam’s Club. Since Walmart and Sam’s Club are retailers and not IEPS taxpayers, they do not have available to them the precise amounts of the IEPS taxes included in the price paid first by the retailers in the transaction with the producers or distributors, and then by the Claimant and other reseller/exporters. Accordingly, neither the Claimant nor the Poblano Group companies can

33 For a discussion of the profitability of the Claimant’s cigarette exporting business (or lack thereof), see Section J, *infra*.

comply with the requirement of the IEPS law, Article 4(III), which makes it a condition of obtaining tax rebates upon export that the applicant be a taxpayer who possesses invoices showing the tax amount stated separately.

I.1 Views of the Disputing Parties

155. The essence of the Claimant's denial of national treatment argument is that Mexico discriminated against CEMSA in the 1998-2000 period. During that period, SHCP permitted at least three resellers of cigarettes (Mercados Regionales and Mercados Extranjeros – respectively Mercados I and Mercados II: the Poblano Group, and MEXCOBASA, ownership unknown) and possibly some others, to export cigarettes and to receive rebates, notwithstanding the fact that like the Claimant, they purchased their goods from retailers, are not formally taxpayers and thus could not have invoices stating the IEPS tax amounts separately (memorial, paras. 128-135, 225). The Claimant also objects to similar discriminatory treatment in the 1996 - 1997 period. The Claimant reports that the Respondent admits paying NP\$ 91,000,000 to three cigarette exporter/trading companies after September 1996, a period when the Claimant was either denied rebates or an effort was made by SHCP to recoup rebate amounts originally granted (memorial, para. 134).

156. In addition, the Claimant's firm, CEMSA, was denied registration as an export trading company, while no similar denial occurred with regard to the members of the Poblano Group. There is no persuasive evidence that SHCP has made any parallel effort to recoup the rebates paid to the members of the Poblano Group during the relevant periods. Thus, according to the Claimant, CEMSA and the members of the Poblano group have been treated differently, and "there is a NAFTA violation under the ordinary meaning of the words used in Article 1102" (reply, para. 12).

157. The Claimant also argues that discrimination under Article 1102 is actionable whether it is *de jure* or *de facto*. In this case, even though the IEPS law is non-discriminatory on its face, it has been applied in a discriminatory manner. Nor is there any need to demonstrate that the reason for the discrimination is a result of the Claimant's nationality, if in fact the

Claimant is being treated less favorably than a domestic investor in like circumstances (memorial, paras. 224-226).

158. The Respondent counters that the known domestic investors in the business of reselling/exporting cigarettes, the “Poblano-Gamez-Guemes network companies” were in fact related to CEMSA rather than competitors (counter-memorial, paras. 487-500). The Respondent asserts that the evidence shows that there were not really distinct entities, CEMSA and the Poblano Group. Rather, CEMSA and the Poblano Group companies were effectively part of the same corporate group, even if there was no common ownership of shares. They sold goods to each other; Poblano group members loaned money under favorable terms to CEMSA; and they engaged in a range of financial and business dealings which were not arms-length in nature. As a legal matter there cannot be discrimination under Article 1102 unless there exists a foreign investor and an unrelated domestic investor who are treated differently. If the foreign investor and the domestic firms in like circumstances are really one and the same, there can be no discrimination as between Mexican and foreign investors.

159. The Respondent also argues that there is no *de jure* discrimination in the IEPS law, in the sense that the law by its terms treats all re-sellers in the same manner. Also, because of the manner in which the law operates Mexican authorities do not know until after the fact who is seeking rebates on cigarettes and therefore, there can be no *de facto* discrimination (counter-memorial, paras. 501-504). It was SHCP’s policy to deny IEPS rebates to all cigarette reseller/exporters who lacked the requisite invoices, regardless of nationality (counter-memorial, para. 505). The Respondent has demonstrated that all resellers are being audited and will be assessed if there is evidence that they did not have the proper invoices (Díaz Guzman first and second statements, rejoinder, para. 184).

160. According to the Respondent, notwithstanding the fact that CEMSA is arguing *de facto* discrimination, because CEMSA cannot show *de jure* discrimination, it would be highly inappropriate for the Tribunal to find a violation of national treatment based on the failure of SHCP to provide a benefit which they had no authority under Mexican law to provide. Under Article 4(III) of the IEPS law, SHCP has no authority to provide IEPS rebates to persons

claiming such rebates unless those claimants have invoices showing the tax amounts stated separately. Thus, a SHCP official would be acting *ultra vires* if he agreed that CEMSA could apply for and receive IEPS rebates without regard to the amounts or whether the correct formula for calculating the rebates was used by CEMSA. Moreover, the fact that the overstatement of the rebate amounts by CEMSA was discovered only after an audit reinforces the reasonableness of Mexican legislation (Article 4 of the IEPS law) which requires a taxpayer to have invoices with the correct tax amounts stated therein as a condition of receiving the rebates.

161. Thus, according to the Respondent, there is simply no indication of discrimination between foreign investors and domestic investors in this instance. Evidence on the record indicates that the Poblano group, like CEMSA, even if unrelated, is also being audited with regard to irregularities in tax payments. SHCP conducts hundreds or thousands of audits each year and the fact that it audits one company (which happens to be foreign) sooner than it audits a company in like circumstances (which happens to be domestic) is not in itself evidence of discrimination. Administrative agencies must receive some latitude in carrying out their duties, as the tribunals in *Pope & Talbot v. Canada* and *S.D. Myers v. Canada* have stated.

162. According to Mexico, denial of CEMSA's registration as an export trading company – a separate but related issue – was not a denial of national treatment, because in this instance CEMSA and the Poblano Group were not in like circumstances. CEMSA was at the time under audit and SHCP had discovered discrepancies in the amounts of the IEPS rebates sought for 1996 and 1997. The Poblano Group was not at that time under audit. Thus, it was reasonable for SHCP to deny export registration to CEMSA until the irregularities discovered in the audit had been resolved.

163. Assuming, *arguendo*, that there is different treatment, Mexico argues that it is not sufficient under Article 1102 just to show different treatment for there to be a violation of Article 1102. Rather, any discrimination shown between the Claimant and domestically owned cigarette seller/exporters must be shown to be a result of the fact that the Claimant is a foreign national. (rejoinder, para. 174; see transcript, July 10, 2002, pp. 107-109.)

164. Neither Canada nor the United States has exercised its right under Article 1128 to express views on the proper interpretation of Article 1102 in its Article 1128 submission, and the Tribunal for that reason is left to consider only the views of the Claimant and Mexico.³⁴

I.2 Analysis by the Tribunal

165. The national treatment/non-discrimination provision is a fundamental obligation of Chapter 11.³⁵ The concept is not new with NAFTA. Analogous language in Article III of the GATT has applied as between Canada and the United States since 1947, and with Mexico since 1985, with regard to trade in goods. Article 1602 of the United States - Canada Free Trade Agreement, with regard to investment, applied between those two NAFTA Parties from 1989-1993. NAFTA's Article 1102(2) provides that

"Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments."

(Article 1102(1) is the same except that it refers to "investors" rather than to "investments of investors;" under Article 1102(3), the obligation applies to state/provincial governments as well, but this is not relevant here.)

166. Despite its deceptively simple language, the interpretative hurdles for Article 1102 are several. They include (a) which domestic investors, if any, are in "like circumstances" with the foreign investor; (b) whether there has been discrimination against foreign investors, either *de jure* or *de facto*; (c) the extent to which differential treatment must be demonstrated to

34 Mexico has provided excerpts from United States submissions in other cases, which imply that there must be a showing that the reason for differential treatment is nationality. See, e.g., U.S. Submission of April 7, 2000, in *Pope & Talbot*, <http://www.state.gov/documents/organization/4097.pdf>. However, such statements were made in the context of cases with different fact situations and, possibly, legal and policy considerations. Under those circumstances, this Tribunal chooses not to consider them.

35 See Daniel M. Price & P. Brian Christy, *An Overview of the NAFTA Investment Chapter, in The North American Free Trade Agreement: A New Frontier in International Trade and Investment in the Americas* 165, 174 (Judith H. Bello, Allan F. Holmer & Joseph J. Norton, eds., 1994).

be *a result* of the foreign investor's nationality; and (d) whether a foreign investor must receive the most favorable treatment given to *any* domestic investor or to just some of them.³⁶

167. Analysis of these issues in the present case is complicated by the fact that only a limited amount of relevant factual information has been presented to the Tribunal, particularly with regard to the various domestic companies which may be in the business of reselling and exporting cigarettes from Mexico, and the treatment by SHCP of those resellers other than the Claimant. Neither party suggests that there are any foreign owned reseller/exporters other than the Claimant. One of the Respondent's witnesses indicated under questioning that there might be 5-10 or more other firms registered in Mexico for exporting cigarettes. There is agreement between the parties that there is at least one Mexican owned reseller/exporter, the so-called "Poblano Group," consisting of Mercados Regionales and Mercados Extranjeros ("Mercados I" and "Mercados II") and possibly other entities. A third company, MEXCOBASA, was mentioned by the Claimant but the ownership is not indicated in the record (first Feldman statement, para. 94). A Mexican official, Enrique Díaz Guzman, has confirmed that at least three trading companies (i.e., not producers) received IEPS rebates for cigarette exports at various times between September 1996 and May 2000, in the total amount of approximately NP\$ 91,000,000 (first Diaz Guzman statement, App. 0506, 0515). Many of those rebates were authorized and paid after January 1, 1998, when amendments to the IEPS law effectively made the 0% tax rate and IEPS rebates on cigarette exports legally unavailable to *anyone* other than producers (by limiting the payment of the tax rebates to the first sale) (1998 IEPS law, Article 11).

168. There is disagreement as to how these trading companies (presumably the Poblano Group companies) were treated in comparison to the Claimant, that is, whether the

36 The issue of whether the size of the "universe" of foreign investors, and of domestic investors, matters has been an issue in other NAFTA Chapter 11 cases, including *S.D. Myers* (see *S.D. Myers v. Government of Canada*, Partial Award, November 13, 2000, paras. 93, 112, 256, <http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf>) and particularly in *Pope & Talbot* (see *Pope & Talbot v. Government of Canada*, Interim Award, June 26, 2000, paras. 11, 24, 36, 38, <http://www.state.gov/documents/organization/3989.pdf>). However, the Respondent here has not raised that issue, and the Tribunal accordingly does not address it (see *infra* paras. 185, 186).

Poblano Group was provided IEPS tax rebates denied during some periods to the Claimant, notwithstanding the same lack of invoices stating the tax amounts separately, as required by Article 4 and, after January 1, 1998, notwithstanding the bar to rebates except on the first sale. There is also a lack of detailed information as to whether SHCP has made effective efforts to recoup the rebates provided to the Poblano Group for the 1996-1997 period, as it has with respect to the Claimant, or for IEPS payments made in 1998 to 2000. On the grounds that there is an ongoing audit of Caesar Poblano, the principal owner of the Poblano Group companies, SHCP has declined to provide any detailed information on the treatment of the Poblano Group and how that treatment compares to treatment by SHCP of the Claimant. One of SHCP's witnesses, Mr. Diaz Guzman, did, however, state that only one of the three trading companies he identified was in the process of audit (as of March 2001), so presumably there are two others which have not been audited, despite being in like circumstances with the Claimant.

169. Also, given that this is a case of likely *de facto* discrimination, it does not matter for purposes of Article 1102 whether in fact Mexican law authorizes SHCP to provide IEPS rebates to persons who are not formally IEPS taxpayers and do not have invoices setting out the tax amounts separately, as has been required by the IEPS law consistently since at least 1987 and perhaps earlier. The question, rather, is whether rebates have *in fact* been provided for domestically owned cigarette exporters while denied to a foreign re-seller, CEMSA. Mexico is of course entitled to strictly enforce its laws, but it must do so in a non-discriminatory manner, as between foreign investors and domestic investors. Thus, if the IEPS Article 4 invoice requirement is ignored or waived for domestic cigarette reseller/exporters, but not for foreign owned cigarette reseller/exporters, that *de facto* difference in treatment is sufficient to establish a denial of national treatment under Article 1102.

I.2.1 In Like Circumstances

170. In the investment context, the concept of discrimination has been defined to imply *unreasonable* distinctions between foreign and domestic investors in like circumstances (Restatement, Sec. 712, Comment f). As discussed in the Article 1110 section (*supra*, paras. 115, 129), there are at least some rational bases for treating producers and re-sellers differently, e.g., better control over tax revenues, discourage smuggling, protect intellectual property rights,

and prohibit gray market sales, even if some of these may be anti-competitive.³⁷ Thus, as discussed in the expropriation section, the Tribunal does not believe that such producer - reseller discrimination is a violation of international law.

171. In this instance, the disputing parties agree that CEMSA is in “like circumstances” with Mexican owned resellers of cigarettes for export, including the two members of the Poblano Group, Mercados Regionales and Mercados Extranjeros (see memorial, para. 222; counter-memorial, para. 486), although Mexico of course denies that there has been any discrimination largely on the ground that CEMSA and the Poblano Group are effectively the same entity. In the Tribunal’s view, the “universe” of firms in like circumstances are those foreign-owned and domestic-owned firms that are in the business of reselling/exporting cigarettes. Other Mexican firms that may also export cigarettes, such as Mexican cigarette producers, are not in like circumstances. While the Claimant’s *Amparo* decision held discrimination between producers and resellers of alcohol and tobacco products (at least as to the availability of the 0% tax rate for exported goods) to be unconstitutional, such discrimination is effectively reinstated by the 1998 IEPS law that limits IEPS tax rebates to the first sale, excluding any subsequent purchaser/exporter from the benefit, and has effectively been upheld in the other litigation brought by the Claimant in 1998, also discussed earlier. The Tribunal also notes that Article 1102 says nothing regarding discrimination among different classes of a Party’s own investors.

172. Accordingly, the Tribunal holds that the companies which are in like circumstances, domestic and foreign, are the trading companies, those in the business of purchasing Mexican cigarettes for export, which for purposes of this case are CEMSA and the corporate members of the Poblano Group.

³⁷ With minor exceptions, NAFTA does not regulate the creation and maintenance of monopolies. “Nothing in this Agreement shall be construed to prevent a Party from designating a monopoly.” Article 1502(1). Thus, affording cigarette producers a monopoly on exports would not appear to be an article 1102 violation, as long as all non-producers, both domestic and foreign, are treated in the same manner.

I.2.2 Existence of Discrimination

173. The limited facts made available to the Tribunal demonstrate on balance to a majority of the Tribunal that CEMSA has been treated in a less favorable manner than domestically owned reseller/exporters of cigarettes, a *de facto* discrimination by SHCP, which is inconsistent with Mexico's obligations under Article 1102. The only confirmed cigarette exporters on the limited record before the tribunal are CEMSA, owned by U.S. citizen Marvin Roy Feldman Karpa, and the Mexican corporate members of the Poblano Group, Mercados I and Mercados II. According to the available evidence, CEMSA was denied the rebates for October-November 1997 and subsequently; SHCP also demanded that CEMSA repay rebate amounts initially allowed from June 1996 through September 1997. Thus, CEMSA was denied IEPS rebates during periods when members of the Poblano Group were receiving them (see *supra* para. 167, memorial, p. 3).

174. Even if Mexico is auditing Mr. Poblano, the process was begun long after the audit of CEMSA, and according to the files provided to the Tribunal concerning this audit, there is no documentation that the audit continued after approximately March 2000, or that it even involved IEPS rebates (transcript, July 11, 2001, p. 2). CEMSA's rebates (before and after audits) have already been denied, and several years later no such action has been taken with regard to the Poblano Group. Arguably, the fact that CEMSA has been audited well before any other domestic reseller/exporters is in itself evidence of discrimination, even if SHCP is legally authorized to audit all taxpayers. If Mexican authorities are auditing or intend to audit other taxpayers who are in like circumstances with CEMSA, the Government of Mexico, as the only party with access to such information, has not been particularly forthcoming in presenting the necessary evidence. The two files presented to the Tribunal during the hearing (designated nos. 328 and 333) are incomplete, indicating no final or even continuing audit action (transcript, July 11, 2001, p. 2). The only clear knowledge that Mr. Poblano is subject to some sort of audit was supplied by the Claimant (first Feldman affidavit, para. 92), and counsel for the Claimant asserts that the evidence in the record demonstrates only that Mr. Poblano is subject to a personal audit for 1997 (transcript, July 13, 2001, p. 155). The Mexican Government has declined to provide any specific information as to the number of other possible taxpayers in like circumstances (resellers). The government's witness, Mr. Obregon-Castellanos, admitted that there were more

than five, and likely more than ten firms registered as cigarette exporters (transcript, July 9, 2001, p.141), but was evasive with regard to tobacco exporter numbers even though he testified confidently and explicitly that there were 400 registered exporters of alcoholic beverages (transcript, July 11, 2001, p. 10).

175. The evidence also shows that CEMSA was denied registration as an export trading company, apparently in part because this action was filed, and in part as a result of the ongoing audit of the rebates for exports during 1996 and 1997, even though, as Mr. Diaz Guzman indicated, three other cigarette export trading companies had been granted registration. An unsigned memorandum which reasonably could have been generated only in SHCP indicates that registration was being denied on the basis of the audit of the Claimant's rebate payments. There is no evidence that any domestic reseller/exporter has been denied export privileges in this manner. Moreover, there appears to have been differential treatment between CEMSA and Mr. Poblano with regard to registration issues as well. According to the Claimant's witness, Mr. Carvajal, taxpayer CEMSA filed its application for export registration status on June 30, 1998; information was still being requested in writing seven months later. For taxpayer Mr. Poblano, information was requested by SHCP orally within 14 days of the date of Poblano's application, and any questions were apparently resolved (transcript, July 11, 2001, p. 3).

176. The extent of the evidence of discrimination on the record is admittedly limited. There are only a few documents in the record bearing directly on the existence of differing treatment, particularly the statement of Mr. Diaz Guzman, the "mystery" memorandum from SHCP's files, and the tax registration statement for Mercados Regionales, owned by the Poblano Group. One member of this Tribunal believes that this evidence on the record is insufficient to prove discrimination (see dissent). The majority's view is based first on the conclusion that the burden of proof was shifted from the Claimant to the Respondent, with the Respondent then failing to meet its new burden, and on an assessment of the record as a whole. But it is also based on a very simple two-pronged conclusion, as neither point was ever effectively challenged by the Respondent:

- a. No cigarette reseller-exporter (the Claimant, Poblano Group member or otherwise) could legally have qualified for the IEPS rebates, since none under the facts established in this

case would have been able to obtain the necessary invoices stating the tax amounts separately.

- b. The Claimant was denied the rebates at a time when at least three other companies in like circumstances, i.e. resellers and exporters (see *supra* para. 171) apparently including at least two members of the Poblano Group, were granted them.

177. On the question of burden of proof, the majority finds the following statement of the international law standard helpful, as stated by the Appellate Body of the WTO:

... various international tribunals, including the International Court of Justice, have generally and consistently accepted and applied the rule that the party who asserts a fact, whether the claimant or respondent, is responsible for providing proof thereof. Also, it is a generally accepted canon of evidence in civil law, common law and, in fact, most jurisdictions, that the burden of proof rests upon the party, whether complaining or defending, who asserts the affirmative of a claim or defence. *If that party adduces evidence sufficient to raise a presumption that what is claimed is true, the burden then shifts to the other party, who will fail unless it adduces sufficient evidence to rebut the presumption.* (Emphasis supplied.)³⁸

Here, the Claimant in our view has established a presumption and a *prima facie* case that the Claimant has been treated in a different and less favorable manner than several Mexican owned cigarette resellers, and the Respondent has failed to introduce any credible evidence into the record to rebut that presumption.

178. In weighing the evidence, including the record of the five day hearing, the majority is also affected by the Respondent's approach to the issue of discrimination. If the Respondent had had available to it evidence showing that the Poblano Group companies had not been treated in a more favorable fashion than CEMSA with regard to receiving IEPS rebates, it

³⁸ *United States – Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, Adopted 23 May 1997, WT/DS33/AB/R, p. 14. Accordingly, *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Reports, pp. 246, 272, 1990. (“In case a party adduces some evidence which *prima facie* supports his allegation, the burden of proof shifts to his opponent.”).

has never been explained why it was not introduced. Instead, the Respondent spent a substantial amount of its time during the hearing and in its memorials seeking (unsuccessfully in the Tribunal's view) to demonstrate that CEMSA and the Poblano Group were related companies (as there could be no discrimination, presumably within a single company group)³⁹. Yet, if the Poblano Group firms had not received the rebates, that evidence of relationship would have been totally irrelevant. Why would any rational party have taken this approach at the hearing and in the briefs if it had information in its possession that would have shown that the Mexican owned cigarette exporters were being treated in the same manner as the Claimant, that is, denied IEPS rebates for cigarette exports where proper invoices were not available? Thus, it is entirely reasonable for the majority of this Tribunal to make an inference based on the Respondent's failure to present evidence on the discrimination issue. It is also notable that despite the lengthy presentation of evidence by the Respondent seeking (unsuccessfully in the Tribunal's view) to link the Claimant with an alleged smuggling operation *operated by or on behalf of Mr. Poblano*, export registration was nevertheless granted for Mr. Poblano's companies. This occurred at approximately the same time as registration was being denied for CEMSA, apparently because of the pending CEMSA audit. Again, the differing treatment of CEMSA and the Poblano Group is obvious.

179. There is also evidence in the record to suggest that Lynx, an earlier Poblano Group company, was treated somewhat more favorably by Mexico, as the Federal Fiscal Tribunal decided in February 1996 that Lynx was entitled to IEPS rebates on cigarette exports,

39 Counter-memorial, para. 488; see, e.g., transcript, July 10, 2001, pp. 110-113. It is undeniable that CEMSA and the Poblano Group maintained a business relationship; CEMSA, *inter alia*, was a seller of cigarettes to several of the Poblano Group companies from time to time, and had borrowed working capital from Mr. Poblano (memorial, paras. 101-102). However, there is no evidence of any common stock ownership, common membership on corporate boards of directors or any of the normal indices of common ownership and control. Moreover, SHCP has treated the two as completely separate taxpayers, audited CEMSA early on, while more than three years later no final action has been taken against the Poblano Group. Clearly, there is no evidence that the Mexican government considered CEMSA and the Poblano Group companies to be a common enterprise prior to this proceeding. Accordingly, this Tribunal would not be inclined to treat them as such so as to defeat the Claimant's assertion of discrimination.

despite the likely absence of invoices stating the tax amounts separately (*e.g.* memorial, para. 36; App. 1047-1070). As a result of this decision and Lynx' *Amparo* victory (which applied specifically only to alcoholic beverage exports), SHCP also paid rebates to Lynx for IEPS taxes applicable to cigarette exports in 1992, along with substantial additional amounts for interest and inflation.⁴⁰ This was a period during which CEMSA faced uncertainty over the availability of rebates for cigarette exports, despite the fact that limited exports were made in 1992 by CEMSA. However, by 1996, when SHCP recognized Lynx' right to the rebates, SHCP had denied rebates to CEMSA for test shipments for several years.

180. All of this confirms a further weakness in the Respondent's argument that there can be no *de facto* discrimination under circumstances where rebates are essentially granted initially on the basis of a ministerial decision, with the detailed analysis coming later in the event of questions or an audit. Given the Claimant's notoriety at SHCP over the years, the newspaper articles and threats of litigation against SHCP officials, the audit that was initiated and then abruptly terminated in 1995, the multiple meetings with SHCP officials, etc., it is difficult for the Tribunal to believe that the Claimant's requests and actions were not well-known to and carefully monitored by SHCP officials. Those factors certainly created the necessary conditions for discrimination.

I.2.3 Discrimination as a Result of Nationality

181. It is clear that the concept of national treatment as embodied in NAFTA and similar agreements is designed to prevent discrimination on the basis of nationality, or "by reason of nationality." (U.S. Statement of Administrative Action, Article 1102.) However, it is not self-evident, as the Respondent argues, that any departure from national treatment must be

40 See Zaga-Hadid testimony, transcript, July 13, 2001, p. 142, tables introduced into evidence during the hearing. Allegations that Lynx had been intentionally paid excessive rebates by SHCP were denied (third witness statement of Diaz-Guzman, App. 06455-06456) and further disputed at the hearing by both parties. The evidence on this issue before the Tribunal is conflicting, and the Tribunal is not convinced that the amounts paid, including interest paid and the inflation adjustment for the 1993-1996 period, were in fact excessive.

explicitly shown to be a result of the investor's nationality. There is no such language in Article 1102. Rather, Article 1102 by its terms suggests that it is sufficient to show less favorable treatment for the foreign investor than for domestic investors in like circumstances. In this instance, the evidence on the record demonstrates that there is only one U.S. citizen/investor, the Claimant, that alleges a violation of national treatment under NAFTA Article 1102 (transcript, July 13, 2001, p. 178), and at least one domestic investor (Mr. Poblano) who has been treated more favorably. For practical as well as legal reasons, the Tribunal is prepared to assume that the differential treatment is a result of the Claimant's nationality, at least in the absence of any evidence to the contrary.

182. However, in this case there is evidence of a nexus between the discrimination and the Claimant's status as a foreign investor. In the first place, there does not appear to be any rational justification in the record for SHCP's less favorable *de facto* treatment of CEMSA other than the obvious fact that CEMSA was owned by a very outspoken foreigner, who had, prior to the initiation of the audit, filed a NAFTA Chapter 11 claim against the Government of Mexico. Certainly, the action of filing a request for arbitration under Chapter 11 could *only* have been taken by a person who was a citizen of the United States or Canada (rather than Mexico), i.e., as a result of his (foreign) nationality. While a tax audit in itself is not, of course, evidence of a denial of national treatment, the fact that the audit was initiated shortly after the Notice of Arbitration (first Feldman affidavit, paras. 85-86) and the existence of the unsigned memo at SHCP noting the filing of the Chapter 11 claim in the context of the Claimant's export registration efforts, at minimum raise a very strong suspicion that the events were related, given that no similar audit action was taken against domestic reseller/exporter taxpayers at the time.

183. More generally, requiring a foreign investor to prove that discrimination is based on his nationality could be an insurmountable burden to the Claimant, as that information may only be available to the government. It would be virtually impossible for any claimant to meet the burden of demonstrating that a government's motivation for discrimination is nationality rather than some other reason. Also, as the Respondent argues, if the motives for a government's actions should not be examined, there is effectively no way for the Claimant or this Tribunal to make the subjective determination that the discriminatory action of the government is a result of

the Claimant's nationality, again in the absence of credible evidence from the Respondent of a different motivation. If Article 1102 violations are limited to those where there is explicit (presumably *de jure*) discrimination against foreigners, e.g., through a law that treats foreign investors and domestic investors differently, it would greatly limit the effectiveness of the national treatment concept in protecting foreign investors.

184. This conclusion is consistent with that reached in an earlier Chapter 11 proceeding, *Pope & Talbot v. Government of Canada*. The *Pope & Talbot* tribunal indicated its inclination to presume that discriminatory treatment of foreign investors in like circumstances would be in violation of Article 1102. According to that tribunal such differences between domestic and foreign investors would "presumptively violate Article 1102(2), unless they have a reasonable nexus to rational government policies that (1) do not distinguish, on their face or *de facto*, between foreign-owned and domestic companies, and (2) do not otherwise unduly undermine the investment liberalizing objectives of NAFTA." One of that tribunal's concerns was that if there had to be a showing that the discrimination was based on nationality, it would "tend to excuse discrimination that is not facially directed at foreign owned investments" (*Pope & Talbot v. Government of Canada*, Award on the Merits of Phase 2, April 10, 2001, paras. 78, 79, http://www.dfaid-maeci.gc.ca/tna-nac/Award_Merits-e.pdf) (The *Pope & Talbot* tribunal, on the facts, ultimately declined to find a violation of national treatment). In the instant case, the treatment between the foreign investor and domestic investors in like circumstances is different on a *de facto* basis, and such discrimination is clearly in conflict with the investment liberalization objective found in Article 1102. This Tribunal sees no reason to disagree with the *Pope & Talbot* tribunal's articulation in this respect.

I.2.4 Most Favored Investor Requirement?

185. NAFTA is on its face unclear as to whether the foreign investor must be treated in the most favorable manner provided for *any* domestic investor, or only with regard to the treatment generally accorded to domestic investors, or even the least favorably treated domestic investor. There is no "most-favored investor" provision in Chapter 11, parallel to the most favored nation provision in Article 1103, that suggests that a foreign investor must be treated no less favorably than the most favorably treated national investor, if there are other national

investors that are treated less favorably, that is, in the same manner as the foreign investor. At the same time, there is no language in Article 1102 that states that the foreign investor must receive treatment equal to that provided to the *most* favorably treated domestic investor, if there are multiple domestic investors receiving differing treatment by the respondent government.

186. It may well be that the size of the domestic investor class here is larger than two – one Mexican government witness stated that there might be 5-10 or more registered to export cigarettes – and it may also be that some of those other investors have been treated in a manner more similar to the Claimant’s treatment than to the more favorable treatment afforded to the Poblano Group. However, in the absence of evidence to this effect presented by Mexico – the only party in a position to provide such information – the Tribunal need not decide whether Article 1102 requires treatment equivalent to the best treatment provided to *any* domestic investors. Presumably, if there was evidence that another domestic investor had been treated in a manner equivalent to the Claimant, in terms of export registration, audit, and granting or withholding of rebates, the Respondent would have provided that evidence to the Tribunal. In this case, the known “universe” of investors is only two, or at the most three, one foreign (the Claimant) and one domestic (the Poblano Group companies), and the Tribunal must make its decision on the evidence before it. Thus, the only relevant domestic investor is the Poblano Group and the comparison must be between the Poblano Group and Claimant.

187. On the basis of this analysis, a majority of the Tribunal concludes that Mexico has violated the Claimant’s rights to non-discrimination under Article 1102 of NAFTA. The Claimant has made a *prima facie* case for differential and less favorable treatment of the Claimant, compared with treatment by SHCP of the Poblano Group. For the Poblano Group and for other likely cigarette reseller/exporters, the Respondent has asserted that audits are or will be conducted in the same manner as for the Claimant, and implied that they will ultimately be treated in the same way as the Claimant. However, the evidence that this has occurred is weak and unconvincing. The inescapable fact is that the Claimant has been effectively denied IEPS rebates for the April 1996 through November 1997 period, while domestic export trading companies have been given rebates not only for much of that period but through at least May 2000, suggesting that Article 4(III) of the law has been *de facto* waived for some if not all

domestic firms. While the Claimant has also been effectively precluded from exporting cigarettes from 1998 to 2000, there is evidence that the Poblano Group companies have apparently been allowed to do so, notwithstanding Article 11 of the IEPS law. Finally, the Claimant has not been permitted to register as an exporting trading company, while the Poblano Group firms have been granted this registration. All of these results are inconsistent with the Respondent's obligations under Article 1102, and the Respondent has failed to meet its burden of adducing evidence to show otherwise.

188. In reaching the conclusion that the Respondent has breached its obligations to the Claimant under Article 1102, the majority observes that the cigarette exports by the Claimant and other similar situated resellers may be economically unsustainable, if IEPS rebates are unavailable, but there is nothing in the IEPS law during the relevant period (after the 1993 *Amparo* decision and before the 1998 amendments) that legally precludes the exports per se. The majority is also of the view that the factual pattern in this case reveals more than a minor error or two by the Respondent. Rather, it demonstrates a pattern of official action (or inaction) over a number of years, as well as de facto discrimination that is actionable under Article 1102. That being said, there is no disagreement that Chapter 11 jurisdiction over tax matters is carefully circumscribed by Article 2103, or that this Tribunal would be derelict in its duties if it either expanded or reduced that jurisdiction.

J DAMAGES

189. Concerning the quantum of damages to be awarded to the Claimant, the Tribunal observes at the outset that the appropriate measure and amount of damages is only generally and cursorily discussed by the Parties. Still more limited is the amount of evidence presented to the Arbitral Tribunal in this respect.

190. The Claimant assumes that CEMSA's damages for the Respondent's unlawful discrimination under Article 1102 are identical to those claimed for the unlawful expropriation, without either allowing for any divergence in both cases or taking into account the particular

case of only *de facto* discrimination (memorial, para. 233). Regarding the valuation of damages, the Claimant asks for three elements of compensation (memorial, paras. 236-246):

(1) \$64,582,645 Mexican pesos (or US\$6,458,264) for IEPS due in the period of October-December 1997; (2) \$90,350,605 Mexican pesos (or US\$9,035,060) for lost profits in the period of January 1, 1994 - May 1996, calculated on the expected exports applying a profit margin of 62.4% and (3) \$148,886,141 Mexican pesos (or US\$14,888,614), requesting CEMSA's "going concern value" on the basis of the present discounted value of the future cash flow. The sum of the three elements amounts to \$303,819,391 Mexican pesos (or US\$30,381,938).

191. In his reply of June 11, 2001, the Claimant asserted that his calculation of IEPS, even if erroneous, was never challenged by the Respondent (reply, paras. 72-75). He adds a claim for lost profits after December 1, 1997, without specifying any amounts (reply, para. 76(3)). He concludes by alleging that, even if CEMSA claimed more IEPS than Cigatam already paid, it would "still be entitled to damages in the order of twenty million dollars" (reply, para. 78).

192. The Respondent, on the other hand, alleges that CEMSA's financial records in the critical period were either inadequate or missing altogether. In addition, it is asserted that CEMSA's cigarette export business was not profitable (counter-memorial, paras. 513-517). Further, the Respondent denies that CEMSA was "a normal trading company" (counter-memorial, para. 560) or had any fair market value at all material times (counter-memorial, paras. 532-539, 564).

193. In its rejoinder, the Respondent objects to the calculation of damages by the Claimant (rejoinder, paras. 202-262). In particular, the Respondent challenges the new claim for lost profits and concludes that the gross profit on each carton sold could be, at best, only five cents (rejoinder, para. 258).

194. The Tribunal, first, observes that under NAFTA Article 1117(1) *in f.* (as well as Article 1116(1) *in f.*) an investor of a Party on behalf of an enterprise may submit to arbitration a claim that the other Party violated, among other provisions, the obligation to accord national

treatment under NAFTA Article 1102 and, therefore, “that the enterprise has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach”. NAFTA provides no further guidance as to the proper measure of damages or compensation for situations that do not fall under Article 1110 (expropriation); the only detailed measure of damages specifically provided in Chapter 11 is in Article 1110(2-3), “fair market value,” which necessarily applies only to situations that fall within that Article 1110. It follows that, in case of discrimination that constitutes a breach of Article 1102, what is owed by the responding Party is the amount of loss or damage that is adequately connected to the breach. In the absence of discrimination that also constitutes indirect expropriation or is tantamount to expropriation, a claimant would not be entitled to the full market value of the investment which is granted by NAFTA Article 1110. Thus, if loss or damage is the requirement for the submission of a claim, it arguably follows that the Tribunal may direct compensation in the amount of the loss or damage actually incurred.

195. To date only two other NAFTA tribunals, in *S.D. Myers* and *Pope & Talbot*, have found a compensable violation, of Articles 1102 and 1105 (respectively). The damages phase of *S.D. Myers* has not been completed. However, in outlining its intended approach to damages, that tribunal concluded that in the absence of a special provision, the drafters of the NAFTA intended to leave it open to tribunals to determine a measure of compensation appropriate to the specific circumstances of the case, taking into account the principles of both international law and the provisions of NAFTA. (*S.D. Myers v. Government of Canada* , Partial Award, November 13, 2000, paras. 303-319, <http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf>.)

196. In *Pope & Talbot*, the tribunal found only a relatively minor breach of Article 1105; claims of Article 1102 and Article 1110 violations and additional alleged Article 1105 violations, among others, were rejected. In its opinion of May 31, 2002, that tribunal did not explain its rationale for damages in detail, emphasizing only the rejection of the claimed damages for the cost of management time to deal with the respondent’s breach of Article 1105, and of lost profits for a short period of time during which the firm’s mills were shut down by the respondent, again in breach of Article 1105(the latter were rejected not in principle, but because the tribunal, after considering the claimant’s assertions, determined that there had been no loss of profits). The only damages that were allowed were out-of-pocket expenses relating to the

respondent's violation, incurred by the Claimant in defending itself. (These were items such as legal and accounting, and lobbyist fees.) (*Pope & Talbot v. Government of Canada*, Award in Respect of Damages, May 31, 2002, paras. 81-90, <http://www.naftalaw.org>).

197. It is obvious that in both of these earlier cases, which as here involved non-expropriation violations of Chapter 11, the tribunals exercised considerable discretion in fashioning what they believed to be reasonable approaches to damages consistent with the requirements of NAFTA.

198. On this rationale, the Tribunal focuses on the most recent articulation of damages asked for by the Claimant in his reply (see *supra*, para. 191). For reasons stated earlier, of the three elements of damages sought for by the Claimant, the third one representing CEMSA's "going concern value" is to be dismissed because this item requires a finding of expropriation, which is not the present case (see *supra*, paras. 108-114).⁴¹

199. The second element of damages seeks lost profits in the period of January 1, 1994 - May 1996 and, therefore, is covered by the three-year limitation period under NAFTA Article 1117(2), as explained in paras. 39-47 of the Interim Decision on Preliminary Jurisdictional Issues of December 6, 2000. In that Interim Decision we held that the cut-off date of the three-year limitation period is April 30, 1996. Even if the Claimant asks, under the element under discussion, for lost profits for one month (May 1996) coming immediately after the cut-off date, the claim does not specify its amount with regard to that particular month and, in any case, has not convinced the Tribunal with respect to both existence and extent.

41 We observe, without deciding, that even if there had been an expropriation, there is inadequate proof in the record to demonstrate that CEMSA had more than negligible going concern value. As noted in footnote 15, there is no statement of CEMSA's physical assets in the record, other than an assertion of an initial capitalization of 510,000 Mexican pesos at the time of formation in 1988, without any indication as to what percentage of this was paid in. The going concern value of an enterprise which earns 90% of its alleged revenues from gray market sales of cigarettes is also suspect. As discussed in para. 201, *infra*, after selling and financing costs, this
(Continued ...)

200. Again, even had there been greater specificity on the part of the Claimant, the Tribunal is not convinced on the basis of the evidence in the record that CEMSA's operations would have been profitable, should CEMSA had received the IEPS rebates during the relevant time in the proper amounts. As discussed earlier, when the IEPS tax rate was 85%, the Claimant erroneously treated 85% of the invoice price as taxes subject to rebate. (In fact, only approximately 45.95% of the invoice price was properly attributable to taxes.) If the gross price to Sam's was US\$7.40, and it is assumed that the IEPS rebate is 85% of the gross price, the net price (less the rebates) would be US\$4.00 ($7.40/1.85$). This produces a gross margin of only US\$0.05 from an export selling price of US\$4.05, which could not possibly cover the Claimant's expenses, including but not limited to the 14% interest on his loans from the Poblano Group (see Feldman affidavit, paras. 6, 72). Even if these approximations are slightly off, there is simply insufficient gross margin to cover normal operating expenses, let alone profit, unless of course, the Claimant can obtain IEPS tax rebates from SHCP, as he did in 1996 and 1997.

201. Assertions that the Claimant, had he been aware of the correct amount of the rebates, would have simply raised his US\$4.05 per carton selling price, are totally unpersuasive from a business or economic point of view. Any reasonable businessman would set his prices based on supply and demand. If the Claimant could have obtained US\$5.00 or US\$6.00 or more per carton, he undoubtedly would have done so, as the Respondent contends (see rejoinder, paras. 216-221). Moreover, the Claimant had no significant customer base. All of his sales in his best year, 1997, were either to members of the Poblano Group, or to an apparently fictitious company, Dilosa, S.A. which may have been allegedly doing business in Honduras, a low tax jurisdiction for which IEPS rebates were not legally available (IEPS Law, 1997, Article 2(III)). In short, the Tribunal is convinced that the Claimant did not have a viable business exporting cigarettes purchased from retailers in Mexico, and could not have made a profit regardless of whether SHCP provided the IEPS rebates, assuming of course that the rebates sought and provided approximated the actual amount of IEPS taxes originally assessed on the cigarettes.

operation could not have been profitable, and a money losing business seldom has significant value as a going concern.

202. There remains only the first element of damages, concerning IEPS rebates due in the period of October - December 1997. According to the Claimant, their amount is \$64,582,645 Mexican pesos (or US\$ 6,458,264). In the record there are customs documents that reasonably reflect the relevant exportations during that period (pp. 3057 to 3199 of volume 8 that is annexed to the memorial).

203. Notwithstanding this assertion, the record demonstrates that during the three months of the relevant period, the Claimant filed only three requests for IEPS rebates for a total amount of \$18,978,361 Mexican pesos as follows:

On November 3, 1997, he requested \$10,134,669 Mexican pesos

On December 1, 1997, he requested \$8,841,061 Mexican pesos

On January 5, 1998, he requested \$2,631 Mexican pesos

To calculate the correct amount of the tax, the value of the exported merchandise should be divided by 1.85. The result, the value of the cigarettes, is subtracted from the gross invoice price, to arrive at the correctly estimated tax amounts. Thus, beginning with the \$18,978,361 Mexican pesos, specified by the Claimant, according to the applications presented November 3, December 1, both of 1997, and January 5, 1998, and assuming that this number results from the erroneous calculation of the tax amounts that was made by the Claimant (applying simply the 85% against the gross invoice price, as discussed earlier (para. 131) and dividing that number by 85 and multiplying it by 100), the gross selling price for the cigarettes on the basis of which CEMSA requested the payment of IEPS is \$22,327,483 Mexican pesos. This amount coincides with the invoices presented by the Claimant, that related to the relevant period.

204. As the gross invoice price is \$22,327,483 Mexican pesos, the tax that corresponds to that amount is \$10,258,573.5 Mexican pesos. This is the result of the following operation:

$\$22,327,483 / 1.85 = \$12,068,909.73$ Mexican pesos (This is the price of the cigarettes net of the IEPS)

$\$22,327,483 - \$12,068,909.73 = \$10,258,573.5$ Mexican pesos (This is the approximate correct IEPS amount assuming an 85% tax rate.)

205. However, the Tribunal believes it appropriate to exclude the IEPS that correspond to an exportation to Honduras made in the relevant period. As Honduras is a tax haven jurisdiction (jurisdicción de baja imposición fiscal), this export was not legally subject to an IEPS rebate under Article 2(III) of the IEPS law. Thus, the total IEPS amount of \$10,258,573.50 Mexican pesos should be reduced by the amount of \$793,946.00 Mexican pesos (the rebate amount for the Honduran sale). Thus, the revised total award is \$9,464,627.50 Mexican pesos. (This amount of \$793,946.00 Mexican pesos is obtained by dividing the price paid by CEMSA when it acquired the merchandise that it exported to Honduras, by 1.85%. CEMSA bought 27,000 Marlboro Flip Top from Sam's Club, for an amount of \$1,728,000.00 Mexican pesos, according to invoice 2060 dated September 29, 1997; that same merchandise was exported to Honduras on October 15, 1997 with export declaration 3465-7007533, also dated October 15, 1997, and with the invoice 2068 issued by CEMSA, which refers to 450 boxes or master cases of Marlboro Flip Top; one box or master case of Marlboro Flip Top contains 60 Flip Top packs). The total revised award indicated above of \$9,464,627.50 Mexican pesos is increased by simple interest calculated from the date the rebates should have been paid (see below) to the date of this decision, in accordance with the interest rate paid on Federal Treasury Certificates or bonds issued by the Mexican Government, with a maturity of 28 days (see annex). The total interest so calculated is \$7,496,428.47 Mexican pesos.

The amount of the rebates that should have been paid to Claimant is as follows:

on January 19, 1998, \$4,684,253.45 Mexican pesos;

on February 16, 1998, \$4,778,951.89 Mexican pesos; and

on March 3, 1998, \$1,422.16 Mexican pesos.

The interest should be calculated according to the law in force for the rebates requested in 1997 (payable 51 days after the request) and for the rebates requested in 1998 (payable 41 days after the request). Thus, as of the date of this decision, the total amount awarded by the tribunal is \$16,961,056 Mexican pesos (principal amount of \$9,464,627.50 plus interest of \$7,496,428.47).

If the Respondent, for any reason, does not immediately pay the amount of compensation herein mentioned, at the time payment is made, the Respondent shall add the interest that continues to

be generated on the original amount of \$9,464,627.50 Mexican pesos, using the same calculation methodology as described above and in the annex of this award.

206. Thus, the correct amount for this (only proved) element of damages, based on the above analysis, is \$9,464,627.50 Mexican pesos, plus simple interest at the rate calculated in conformity with the Mexican Government Federal Treasury Certificates interest rates (CETES) at maturity of 28 days.

207. Concerning the currency of the Award, the Tribunal observes that the Claimant in his Notice of Arbitration of April 30, 1999 asked for an "award of approximately 475 million pesos, which, assuming an exchange rate of \$9.5 Mexican pesos to the U.S. dollar, equals U.S. 50 million dollars" (Notice of Arbitration, p. 11). Thus, it appears that, according to the Claimant, the principal currency of the Award should be the Mexican peso. Such currency also corresponds to the facts of the case since the monetary amount is requested by the Claimant in lieu of IEPS rebates due to him but not paid by the Respondent, such IEPS rebates being necessarily expressed in the Respondent's official currency. Therefore, the Tribunal considers that the Award should also be expressed in Mexican pesos, regardless of whether the Parties in subsequent communications may have referred also to U.S. dollar as a matter of convenience. It must be added that the parity between the Mexican peso and the U.S. dollar does not seem to have significantly changed in the last three years or so. In any event, even more significant changes must have been approximately reflected in the respective rates of interest. For reasons of consistency, then, the Tribunal will apply the Mexican Government bond interest rates to the award of damages expressed in Mexican pesos.

K COSTS AND FEES

208. Regarding the costs of this arbitration, the Tribunal recalls Article 59(1) of the Arbitration (Additional Facility) Rules. Under this provision, "[u]nless the parties otherwise agree, the Tribunal shall decide how and by whom the fees and expenses of the members of the Tribunal, the expenses and charges of the Secretariat and the expenses incurred by the parties in connection with the proceeding shall be borne". In the absence of any agreement by the parties

in this respect, the Tribunal takes into account that both parties have partly won and partly lost, and that the percentage of victory and loss did not have any measurable effect on the amount of costs. Accordingly, the Tribunal decides that each party bear half of the costs of the arbitration (fees and expenses of the members of the Tribunal as well as expenses and charges of the Secretariat), as billed by ICSID. In addition, each party bears its own legal fees and costs in connection with the arbitration.

L. DECISION

For these reasons, the Tribunal

209. Finds that the Respondent has not violated the Claimant's rights or acted inconsistently with the Respondent's obligations under NAFTA Article 1110;

210. Finds that the Respondent has acted inconsistently with the Claimant's rights and the Respondent's obligations under NAFTA Article 1102;

211. Orders the Respondent to pay immediately to the Claimant the sum of \$ 9,464,627.50 Mexican pesos as principal, plus interest generated at the time of signature of this award, in the amount of \$7,496,428.47 Mexican pesos, which interest shall accrue until the date the payment is effectively made, pursuant to the last part of paragraph 205 of this award; the interest to be calculated shall be simple interest, for each month of the period of calculation at a rate equivalent to the yield for the month, of the Federal Treasury Certificates, issued by the Mexican Government, with a maturity of 28 days.

212. Denies all other claims for compensation;

213. Orders that each party be responsible for its own legal fees and related costs, and that the costs of the arbitration, as billed by ICSID, be shared equally by the parties.

Made as at Ottawa, Province of Ontario, Canada, in English and Spanish.

Professor Konstantinos D. Kerameus
Date:

Mr. Jorge Covarrubias Bravo
(subject to the attached dissenting opinion)
Date:

Professor David A. Gantz
Date:

Fecha de envío a las partes: 16 de diciembre de 2002

**Centro Internacional de
Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones**

MARVIN FELDMAN

contra

MÉXICO

CASO N° ARB(AF)/99/1

LAUDO ARBITRAL

Presidente : Prof. Konstantinos D. KERAMEUS

Miembros del Tribunal : Sr. Jorge COVARRUBIAS BRAVO
Prof. David A. GANTZ

Secretario del Tribunal : Sr. Alejandro A. ESCOBAR
y Sra. Gabriela ALVAREZ AVILA

En relación con el Caso N° ARB(AF)/99/1,
entre el Sr. Marvin Roy Feldman Karpa,
representado por
Sr. Mark B. Feldman, Sra. Mona M. Murphy y Sr. Douglas R.M. King
del estudio jurídico Feldman Law Offices, P.C. (anteriormente, Feith & Zell,
P.C.) y Sr. Nathan Lewin y Sra. Stephanie Martz del estudio jurídico Miller,
Cassidy, Larroca & Lewin, L.L.P.

y
los Estados Unidos Mexicanos,
representados por el Lic. Hugo Perezcano Díaz, Consultor Jurídico Subsecretaría
de Negociaciones Comerciales Internacionales
Secretaría de Economía

EL TRIBUNAL,
integrado en la forma antes señalada,
dicta el siguiente Laudo Arbitral:

INDICE DE MATERIAS

Página.

A	Introducción y Síntesis de la Controversia	1
B	Representación.....	1
C	Convenio de arbitraje	1
D	Hechos y argumentos	2
E	Procedimiento	9
F	Jurisdicción	15
F.1	Legitimación.....	16
F.2	Prescripción del plazo	17
F.3	Admisibilidad de una reclamación adicional en virtud del Artículo 1102 del TLCAN	17
F.4	Pertinencia de las reclamaciones anteriores a la entrada en vigor del TLCAN	18
G	Cuestiones adicionales de jurisdicción.....	18
G.1	Estoppel en relación con el plazo de prescripción y el fundamento de la reclamación.....	18
G.2	Agotamiento de los recursos internos	25
G.3	Análisis	27
G.4	Otras restricciones jurisdiccionales.....	31
H	Fondo.....	35
H.1	Expropiación: Visión de conjunto de las posturas de las partes contendientes.....	35
H.2	Ley aplicable: Artículo 1110 del TLCAN y el derecho internacional.....	39
H.3	Actos del Demandado considerados una expropiación conforme al Artículo 1110	45
H.3.1	Muchos problemas comerciales no constituyen expropiaciones	48
H.3.2	Exportaciones del mercado gris y el derecho internacional	50
H.3.3	Requisitos que consistentemente se han mantenido en el Artículo 4(III) de la Ley del IEPS ..	51
H.3.4	Utilidad Pública.....	63
H.3.5	No discriminación.....	64
H.3.6	Debido Proceso/Trato Justo y Equitativo/Denegación de Justicia	65
H.3.7	El Demandante ejerce el control de CEMSA.....	67
H.3.8	Otros decisiones vinculados al TLCAN	68
I	Trato nacional (Artículo 1102 del tlcan).....	72
I.1	Puntos de vista de las partes contendientes	73
I.2	Ánalisis del Tribunal.....	77

I.2.1	En circunstancias similares.....	79
I.2.2	La existencia de discriminación	81
I.2.3	Discriminación por motivos de nacionalidad.....	86
I.2.4	¿Requisito del inversionista más favorecido?	88
J	Daños.....	91
K	Costas y honorarios	98
L	Decisión.....	100

A INTRODUCCIÓN Y SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1. Este caso considera la controversia surgida en relación con la aplicación de ciertas leyes tributarias de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, “México” o “el Demandado”) sobre la exportación de productos tabacaleros de Corporación de Exportaciones Mexicanas, S.A. de C.V. (“CEMSA”), una compañía constituida en virtud de las leyes de México, de propiedad y bajo el control del Sr. Marvin Roy Feldman Karpa (en adelante, el “Sr. Feldman” o “el Demandante”), ciudadano de los Estados Unidos de América (los “Estados Unidos”). El Demandante, quien ha iniciado este procedimiento como inversionista único en representación de CEMSA, alega que la negativa de México a devolver los impuestos internos que gravan los cigarros exportados por CEMSA y su continuo rechazo del derecho de CEMSA a la devolución de tales impuestos sobre las futuras exportaciones de cigarros constituyen una violación de las obligaciones de México conforme al Capítulo XI, Sección A del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante, “TLCAN”). Específicamente, el Sr. Feldman alega que se han violado los Artículos 1102 (Trato nacional), 1105 (Nivel mínimo de trato) y 1110 (Expropiación e indemnización) del TLCAN.¹ México niega tales afirmaciones.

B REPRESENTACIÓN

2. En las presentes actuaciones, el Demandante está representado por el Sr. Mark B. Feldman, de Feldman Law Offices, P.C. (anteriormente, Feith & Zell, P.C.). El Demandado está representado por el Lic. Hugo Perezcano Díaz, Consultor Jurídico, Subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales, Secretaría de Economía, Gobierno de México.

C CONVENIO DE ARBITRAJE

¹ Ver la Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje, presentada de conformidad con el Artículo 1119 del TLCAN, p.2. La Notificación de Intención también menciona el Artículo 1106 del TLCAN en relación con los requisitos de desempeño, pero las obligaciones que se derivan de esta disposición no fueron invocadas en la Notificación de la reclamación.

3. Esta controversia está sujeta a arbitraje de conformidad con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno de Canadá y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y que entró en vigor el 1º de enero de 1994.

4. El Artículo 1117 del TLCAN autoriza a un inversionista a entablar una reclamación contra un Estado parte del TLCAN en representación de una empresa de otra Parte del TLCAN que sea de propiedad o esté bajo el control del inversionista. Según el Artículo 1139 del TLCAN, “empresa de una Parte significa una empresa constituida u organizada de conformidad con la ley de una Parte [del TLCAN].”

5. El Artículo 1120 del TLCAN dispone que podrá iniciarse un procedimiento arbitral conforme a las Reglas del Mecanismo Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”), con las modificaciones introducidas por las disposiciones del Capítulo XI, Sección B del TLCAN, con la salvedad de que, o bien la Parte contendiente cuya acción presuntamente causó la violación mencionada en el Artículo 1117 (en este caso, México), o bien la Parte del inversionista (en este caso, los Estados Unidos), pero no ambas, es parte del Convenio del CIADI.² El Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, y no el Convenio del CIADI, resulta aplicable a este caso, ya que únicamente los Estados Unidos, como Parte del inversionista, pero no los Estados Unidos Mexicanos, como el Demandado en este caso, son Parte Contratante del Convenio del CIADI. Conforme al Artículo 1122(1) del TLCAN, conjuntamente con los Artículos 1116, 1117 y 1120, México consiente en someter a arbitraje las reclamaciones de inversionistas que sean nacionales de otro Estado Parte del TLCAN ya sea de conformidad con el Convenio del CIADI, el Reglamento del Mecanismo Complementario o las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.

D HECHOS Y ARGUMENTOS

6. En gran medida, la complejidad de este caso surge del desacuerdo de las partes en cuanto a los hechos. Los motivos son diversos. En primer lugar, hay casos en los que no existen registros por haber sido destruidos, ya que en la Secretaría de

Hacienda y Crédito Público (en adelante “SHCP”) los registros se destruyen al cabo de cinco años (memorial de contestación, par. 144); en segundo lugar, existen desacuerdos en cuanto a determinados hechos que el Tribunal no puede rectificar sobre la base del material presentado, ya sea porque la información no existe o porque el Demandado no ha podido o no ha estado dispuesto a producirla. Como resultado de ello, las “pruebas” presentadas por ambas partes constituyen en algunos casos una aseveración de la existencia de los hechos más que una prueba propiamente dicha. Esta sección resume lo que el Tribunal considera que son los hechos y las afirmaciones principales, e indica cuando los “hechos” corresponden al punto de vista de una de las partes. Todo ello se presenta con mayor detalle en las secciones pertinentes de este laudo.

7. El caso se ocupa de las devoluciones impositivas a que puede dar lugar la exportación de cigarros. En México, la Ley del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios (“IEPS”) grava la producción y venta de cigarros en el mercado local. En ciertas circunstancias, sin embargo, se ha aplicado una tasa cero a los cigarros que se exportan. De acuerdo con el Demandado, la Ley del IEPS “ha permanecido básicamente igual desde sus orígenes [en 1981], si bien la mecánica del impuesto ha cambiado en diversas ocasiones” (memorial de contestación, par. 85). Un análisis de las diversas versiones de la Ley del IEPS entre 1990 y 1999 confirma esta conclusión.

8. Según la Ley del IEPS de 1991, ciertas actividades generaban una obligación tributaria, entre ellas, la venta en el mercado local, la importación y exportación de los bienes enumerados en el Artículo 2, fracción I de la Ley. La Ley del IEPS también incluía la tasa correspondiente a cada producto. En el caso de las ventas locales y la importación de cigarros, la tasa fue del 139.3% entre 1990 y 1994, y del 85% entre 1995 y 1997 (Artículo 2). Sin embargo, la tasa del IEPS sobre la exportación de cigarros entre 1990 y 1997 fue del 0%. A partir de 1992, solamente pudieron acceder a una tasa del 0% las exportaciones a países no considerados jurisdicciones de baja imposición a los ingresos (paraísos fiscales); en general, son países con una tasa del impuesto sobre la renta que supera el 30%. En la mayoría de los casos, cuando se compraban cigarros en México a un precio que incluía el impuesto y, posteriormente,

² El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados fue abierto a firma el 18 de marzo de 1965 y entró en vigor el 14 de octubre de 1966.

esos cigarros eran exportados, podía devolverse el monto correspondiente al impuesto inicialmente pagado.

9. La empresa del Demandante, CEMSA, comenzó a exportar cigarros en 1990. De acuerdo con el Demandado, los registros muestran que la SHCP pagó al Demandante la totalidad de las devoluciones del IEPS correspondientes al ejercicio 1990-1991 (incluidos los montos correspondientes por inflación e intereses) y sólo rechazó el pago de los “costos financieros” exigidos, respecto de los cuales no existía ninguna disposición en el Código Fiscal (memorial de contestación, par. 142(b)). Mientras que el Demandante sostiene que, para 1991, CEMSA había establecido un negocio de exportación de cigarros, el Demandado alega que las solicitudes de CEMSA de devolución del IEPS en noviembre de 1990-1991 únicamente correspondían a exportaciones de cerveza y bebidas alcohólicas (memorial de contestación, par. 142(a)).

10. Según el Demandante, un productor autorizado de cigarros en México, Carlos Slim, "protestó [por las exportaciones del Demandante] y el gobierno tomó medidas administrativas y aprobó una legislación que impidió las devoluciones a CEMSA en 1991" (memorial, p. 2). Esta afirmación fue rebatida por el Demandado. Aparentemente, la legislación de 1991 había sido concebida para proporcionar devoluciones del IEPS a las exportaciones efectuadas por productores de cigarros (tales como Cigatam, una empresa supuestamente controlada por Carlos Slim), pero a la vez para denegarlas en el caso de exportaciones realizadas por revendedores de cigarros, tales como CEMSA (memorial, p. 2, memorial de contestación, par. 93). Las reformas introducidas en 1991 al Artículo 2, fracción III, especificaban que, conforme a los términos de la legislación aduanera, correspondía aplicar una tasa del 0% a las exportaciones definitivas realizadas por productores y envasadores de bienes, por empresas de comercio exterior, así como personas que celebraran contratos con productores y envasadores, inclusive para la venta al exterior, siempre y cuando cumplieran con ciertos requisitos emitidos por la SHCP (memorial de contestación, par. 93). El Demandante, en su carácter de revendedor, no cumplía con las condiciones exigidas para obtener devoluciones.

11. En febrero de 1991, el Demandante interpuso un juicio de amparo ante los tribunales de México impugnando la constitucionalidad del Artículo 2, fracción III,

en cuanto restringía la aplicación de la tasa impositiva del 0% únicamente a los productores y envasadores. En el amparo se argumentó que "estas medidas violaban el principio constitucional de "equidad tributaria" al excluir a los demás exportadores de la posibilidad de beneficiarse de la tasa del 0%" (memorial de contestación, par. 102). En abril de 1991, el Tribunal Quinto de Distrito en materia Administrativa desestimó parcialmente el amparo de CEMSA, aunque también lo otorgó parcialmente, al manifestar que la SHCP no estaba facultada para emitir los reglamentos fiscales para 1991, cuestionados por CEMSA. La decisión fue apelada por ambas partes en mayo de 1991. En julio, CEMSA también presentó una denuncia penal contra los funcionarios de la SHCP responsables de la elaboración en 1991 de la iniciativa de reforma al Artículo 2, fracción III de la Ley del IEPS, por abuso de autoridad y coalición (memorial de contestación, par. 107).

12. Durante la tramitación del amparo, el Congreso mexicano introdujo una reforma a la Ley del IEPS, que entró en vigor el 1º de enero de 1992, en virtud de la cual se aprobaron las devoluciones del IEPS a todos los exportadores de cigarros y CEMSA pudo exportar cigarros con devoluciones durante la mayor parte de ese año. En efecto, esta nueva ley regresó el sistema en vigor en 1990, permitiendo la aplicación de la tasa del 0% a todas las exportaciones definitivas (memorial de contestación, par. 93). Hasta donde le ha sido posible determinar a este Tribunal, la legislación de 1992 se mantuvo sin cambios en todos los aspectos pertinentes a este caso hasta 1997.

13. Según el Demandante, después de que la Ley del IEPS fue reformada en 1992, el Demandante comenzó a exportar cigarros y a recibir devoluciones por dichas transacciones (memorial de contestación, par. 144, 146); esta afirmación no ha sido confirmada ni denegada por el Demandado, puesto que los registros fueron destruidos al cabo de cinco años, de conformidad con la política habitual de la SHCP (memorial de contestación, par. 144).

14. En enero de 1993, según el Demandante, el Demandado cerró por segunda vez el negocio de exportación de cigarros de CEMSA (memorial, p. 3), porque el Demandante no podía cumplir con otros requisitos de la Ley del IEPS (memorial de contestación, par. 151-152). Los motivos por los que el Demandante no podía presentar facturas resultan un tanto complicados.

15. La Ley del IEPS exige que los productores de cigarros abonen un impuesto del 85%, que luego es trasladado a los compradores cuando se lo incorpora al precio de compra (Artículo 8 de la Ley del IEPS). La base impositiva es el precio de venta al minorista y no se paga un impuesto adicional en la venta posterior (Artículo IV, fracción 8 de la Ley del IEPS). Para poder acceder a la devolución del impuesto, el IEPS sobre los cigarros debe constar "en forma expresa y por separado en las facturas" (memorial, p. 3; memorial de contestación, par. 89, par. 91). Esta exigencia requerida por el Artículo 4 de la Ley del IEPS, se aplica a todos los impuestos contemplados en la Ley del IEPS y no solamente a aquellos que gravan los cigarros. Sólo los productores, y no los revendedores, tienen acceso a obtener facturas con el impuesto trasladado expreso y por separado. CEMSA compraba los cigarros por volumen a minoristas, tales como Wal-Mart o el Sam's club (en vez de adquirirlos de los productores), a un precio que incluía el IEPS, pero no lo trasladaba expreso y por separado en la factura. Por lo tanto, CEMSA nunca pudo obtener facturas que trasladaran expreso y por separado el monto correspondiente al impuesto.

16. En agosto de 1993, la Suprema Corte de Justicia emitió su sentencia a favor de CEMSA, resolviendo por unanimidad que "las medidas que otorgan devoluciones del IEPS únicamente a los productores y a sus distribuidores violan los principios constitucionales de equidad tributaria y no discriminación" (memorial, p. 2; ver, asimismo, el memorial de contestación, par. 108). La Corte no argumentó ni falló explícitamente sobre ningún otro tema pertinente, tal como si el Demandante tenía derecho a percibir devoluciones pese a su imposibilidad de presentar facturas trasladaran expreso y por separado los montos correspondientes al impuesto.

17. Durante el período 1993-1995, el Demandado reconoció que CEMSA era un contribuyente con derecho a la tasa del 0% sobre sus exportaciones de cigarros, pero persistió en su exigencia de que el Demandante cumpliera con los requisitos de facturación establecidos en el Artículo 4 de la Ley del IEPS, aun cuando a CEMSA le era imposible cumplir con tales requisitos.

18. CEMSA asegura que hubo funcionarios mexicanos del área fiscal que en 1995-1996 le dieron al Demandante "garantías" de que percibiría las devoluciones

(memorial, p. 2) y alega que en 1995 se negoció un “acuerdo” verbal, el que fue confirmado y puesto definitivamente en práctica en 1996, que le permitiría a CEMSA reanudar sus exportaciones de cigarros en grandes cantidades en junio de 1996. Tal como se detalla en la Sección F5, el Demandado niega rotundamente la existencia de tal acuerdo y afirma que fue en cumplimiento de la decisión adoptada por la Suprema Corte en 1993 respecto del amparo que se le permitió al Demandante acceder a la tasa del 0% sobre sus exportaciones. Ninguna de las partes ha podido presentar pruebas concluyentes acerca de la existencia o no de tal acuerdo o entendimiento.

19. Independientemente de la existencia o no de un acuerdo, el Demandante alega que se le pagaron las devoluciones desde junio de 1996 a septiembre de 1997, lo que hace un total de dieciséis meses (memorial, pp. 2, 3). CEMSA aduce que durante esos dieciséis meses, "los funcionarios de la SHCP sabían que CEMSA estaba recibiendo devoluciones del IEPS sobre sus exportaciones de cigarros aun cuando no contaban con facturas que trasladaran expreso y por separado el impuesto" (memorial, p. 4). El Demandado replica que es una práctica normal de la SHCP pagar las solicitudes de devoluciones en cuanto le son presentadas, teniendo en cuenta que goza de facultades de auditoría sobre las declaraciones de IEPS para determinar si se han cumplido los requisitos exigidos por la ley. De acuerdo con el Demandante, "a fines de 1997, CEMSA representaba casi el 15% de las exportaciones de cigarros de México" (memorial, p. 4).

20. Sin embargo, esta situación no duró mucho tiempo. El Demandado finalmente canceló las devoluciones a CEMSA antes del 1º de diciembre de 1997. De acuerdo con el Demandante, esta medida se adoptó sin previo aviso (memorial, pp. 2, 4), y el Demandado se negó a pagar devoluciones por un valor de US\$ 2,350,000 que se adeudaban a CEMSA por concepto de exportaciones realizadas durante octubre y noviembre de 1997 (memorial, p. 4) .

21. A partir del 1º de diciembre de 1997, la Ley del IEPS fue reformada con el objeto de prohibir las devoluciones a revendedores de cigarros tales como CEMSA, limitando así el pago de los mismos a la “primera venta” realizada en México. Los Artículos 11 y 19 de la Ley del IEPS fueron reformados de modo tal que no se permitieran las devoluciones de impuestos sobre aquellas ventas subsecuentes a

aquellas realizadas al minorista. Estas reformas también impusieron a los exportadores de ciertos bienes, incluidos los cigarros, la obligación de inscribirse en el Padrón Sectorial de Exportadores para poder tener derecho a la aplicación de la tasa del IEPS del 0% sobre sus exportaciones. Posteriormente, de conformidad con la reforma de 1998, también se le negó a CEMSA el registro como exportador autorizado de cigarros y bebidas alcohólicas (memorial, p. 4; ver, asimismo, dúplica, par. 5). En ausencia de tal registro, las autoridades aduaneras de México dejaron de emitir el “pedimento de exportación”, documento exigido para poder exportar bienes desde México. El Demandado sostiene que esta negativa fue el resultado de una auditoría que se llevaba a cabo sobre las reclamaciones efectuadas anteriormente por CEMSA en relación con los reembolsos del IEPS.

22. El 14 de julio de 1998, la SHCP inició una auditoría de CEMSA y le solicitó pagar aproximadamente US\$25,000,000 por las devoluciones del IEPS que la SHCP alega había recibido el Demandante durante el período de veintiún meses transcurrido entre enero de 1996 y septiembre de 1997, con intereses y multas. Para evitar el decomiso y las sanciones penales por falta de pago, CEMSA impugnó la “solicitud” ante los tribunales mexicanos, proceso que aún está pendiente de resolución. Asimismo, presentó otra demanda, ya resuelta, en la que impugnó la negativa del Demandado a efectuar las devoluciones del IEPS correspondientes al período octubre-noviembre de 1997.

23. El Demandante no es el único revendedor/exportador de cigarros en México. El Demandante y el Demandado concuerdan en que existen al menos otras dos empresas, Mercados I y Mercados II, propiedad de los ciudadanos mexicanos mencionados (el “Grupo Poblano”), que son revendedores de cigarros en “circunstancias similares” a las de CEMSA (memorial de contestación, par. 460-470, 48). El Demandante sostiene que a dichas empresas mexicanas se les permitió obtener la devolución de impuestos sobre los cigarros exportados durante períodos en los que tales devoluciones le fueron negadas al Demandante, a pesar de que dichas empresas no pudieron exhibir las facturas necesarias con el monto de los impuestos trasladados expreso y por separado. El Demandado admite que existen al menos cinco compañías registradas como exportadoras de cigarros, pero no ha podido, o no ha querido, brindar información detallada sobre la situación de tales empresas o sobre su acceso a las

devoluciones de impuestos del IEPS. No obstante, el Demandado alega que el Demandante y el “Grupo Poblano” pertenecen efectivamente a la misma entidad comercial y, por lo tanto, no pueden ser comparados entre sí a los fines del trato nacional.

E PROCEDIMIENTO

24. Este procedimiento de arbitraje se inició el 30 de abril de 1999, cuando el Demandante, de conformidad con el Artículo 1120 del TLCAN, presentó una Notificación de arbitraje y una solicitud de aprobación de un acuerdo sobre acceso al Mecanismo Complementario al Secretario General del CIADI. El Demandante aseveró que las medidas adoptadas por México en este caso eran “equivalentes a una nacionalización o expropiación y constitúan una denegación de justicia en violación de las normas y principios del derecho internacional y de los Artículos 1110 y 1105(1) del TLCAN”.³ El Demandante solicitó la siguiente reparación:

- (a) una declaración en el sentido de que México ha violado sus obligaciones para con Marvin Feldman al expropiar sus inversiones sin suministrarle una indemnización inmediata, adecuada y efectiva, y al negarse a brindarle a CEMSA un trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas;⁴
- (b) una orden dándole instrucciones a México de abonarle a Feldman US\$50,000,000, o aproximadamente \$475,000,000 de pesos mexicanos, más intereses sobre el laudo calculados a la tasa aplicable de interés; y
- (c) toda otra compensación legal y equitativa que se considere justa y merecida.

³ La Notificación de Arbitraje del Demandante, p. 5 (presentada el 30 de abril de 1999).

⁴ El Demandante también presentó posteriormente una solicitud de declaración en el sentido de que México había violado sus obligaciones de acordar a CEMSA un trato nacional conforme al Artículo 1102 del TLCAN.

El Secretario General Interino del CIADI aprobó el acceso al Mecanismo Complementario el 27 de mayo de 1999 y emitió un Certificado de Registro de la Notificación de Arbitraje en la misma fecha.

25. Se constituyó un Tribunal de arbitraje de conformidad con el Artículo 1123 del TLCAN y el Artículo 6 de las Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI (en adelante, las “Reglas de Arbitraje”). El Demandante designó al Profesor David A. Gantz (nacional de los Estados Unidos) y México designó al Sr. Jorge Covarrubias Bravo (nacional de México) en calidad de árbitros. A partir de una solicitud del Demandante conforme al Artículo 1124 del TLCAN y luego de una amplia consulta con las partes, el Secretario General del CIADI designó al Profesor Konstantinos D. Kerameus (nacional de Grecia) como Presidente del Tribunal. El 30 de julio de 1999, conforme al Artículo 1125 del TLCAN, el Demandante prestó su acuerdo por escrito a la designación de todos los árbitros. El 18 de enero de 2000, de conformidad con el Artículo 14 de las Reglas de Arbitraje, el CIADI informó a las partes que todos los árbitros habían aceptado sus designaciones y que, por consiguiente, se consideraba al Tribunal debidamente constituido y al proceso iniciado en esa fecha. Se designó en esa misma fecha al Sr. Alejandro A. Escobar, consejero jurídico principal del CIADI, para desempeñar la función de Secretario del Tribunal. Todas las comunicaciones escritas posteriores entre las partes debían hacerse a través de la Secretaría del CIADI.

26. Con el acuerdo de las partes, la primera reunión del Tribunal tuvo lugar en Washington, D.C., el 10 de marzo de 2000. Entre las cuestiones acordadas durante esa primera sesión, se determinó que los idiomas del procedimiento serían el inglés y el español. De conformidad con el Artículo 1130 del TLCAN y con los Artículos 20 y 21 de las Reglas de Arbitraje, el Tribunal emitió entonces la Resolución procesal N° 1, en virtud de la cual se determinó Ottawa, Provincia de Ontario, Canadá, como el lugar del arbitraje, sin perjuicio de que el Tribunal de Arbitraje se reuniese en cualquier otro lugar, con o sin la presencia de las partes, según resultara conveniente. Las partes estuvieron de acuerdo con esta determinación.

27. El 15 de febrero de 2000, el Demandante había presentado una solicitud para que se adoptaran medidas provisorias destinadas a salvaguardar sus derechos, a la cual contestó el Demandado el 6 de marzo de 2000. También se intercambiaron propuestas y observaciones relativas al calendario del procedimiento. Tras discusiones adicionales sobre tales cuestiones en su primera reunión del 3 de mayo de 2000, el Tribunal emitió la Resolución procesal N° 2, por la cual denegó, conforme al Artículo 1134 del TLCAN, la solicitud de adopción de medidas provisionales presentada por el Demandante. En la Resolución procesal N° 2, el Tribunal también fijó un calendario para la solicitud, entrega y producción de documentos, y para la presentación de un memorial y memorial de contestación, dejando expresa reserva de que las partes podían presentar una réplica y una dúplica.

28. En el contexto de las solicitudes de documentos de las partes, el Demandante presentó las comunicaciones del 23 de mayo, 20 de junio y 11 de julio de 2000, a las que el Demandado contestó mediante una comunicación del 11 de julio de 2000. En vistas de que las comunicaciones mencionadas planteaban “cuestiones jurisdiccionales que ambas partes desean que el Tribunal considere y decida antes del intercambio de los alegatos por escrito sobre el fondo,” el Tribunal emitió el 18 de julio de 2000 la Resolución procesal N° 3 por la cual se instruyó a las partes a intercambiar escritos sobre cuestiones preliminares de jurisdicción y suspendió el calendario fijado en la segunda orden procesal. Conforme a esta resolución, se solicitaba al Demandante presentar un memorial sobre cuestiones de jurisdicción, luego de lo cual el Demandado debía presentar un memorial de contestación, y a continuación las partes debían presentar simultáneamente toda otra observación que desearan plantear respecto de tales cuestiones de jurisdicción.

29. El 18 de julio de 2000, el Demandante solicitó la modificación de la Resolución procesal N° 3, solicitando que las cuestiones jurisdiccionales se unieran al fondo, que se reajustara el calendario de presentación de escritos sobre otros temas y que se ordenara la producción de documentos mientras se resolvían tales solicitudes. El 20 de julio de 2000, el Demandado contestó oponiéndose a la solicitud del Demandante de modificar la Resolución procesal N° 3.

30. En relación con la correspondencia entre el Demandante y el Demandado posterior a la emisión de la Resolución procesal N° 3, el 3 de agosto de 2000 el Tribunal dictó la Resolución procesal N° 4 en la que confirmó las directivas impartidas en la Resolución procesal N° 3 y fijó un calendario modificado para la presentación de escritos acerca de las cuestiones preliminares de jurisdicción.

31. Mediante comunicaciones del 15 de agosto de 2000, Canadá y los Estados Unidos solicitaron al Tribunal un plazo de 14 días, a partir del último escrito de las partes respecto de la jurisdicción, para presentar sus respectivas comunicaciones sobre las cuestiones jurisdiccionales, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 1128 del TLCAN. Mediante una carta fechada el 18 de agosto de 2000, el Demandado se refirió a dichas comunicaciones de Canadá y de los Estados Unidos y solicitó un plazo adicional para formular comentarios acerca de las comunicaciones presentadas conforme al Artículo 1128 del TLCAN, como también acerca de las observaciones adicionales del Demandante respecto de la jurisdicción. Mediante una carta del 21 de agosto de 2000, el Demandante se opuso a la modificación del calendario para la presentación de los escritos solicitada por el Demandado y el mismo día presentó su memorial sobre cuestiones jurisdiccionales, conforme a lo ordenado por el Tribunal.

32. Por carta del Secretario fechada el 24 de agosto de 2000, el Tribunal determinó que no era necesario modificar el calendario para la presentación de escritos establecido en la Resolución procesal N° 4, conforme a la cual “se ha brindado a las partes la oportunidad de presentar un segundo intercambio simultáneo de escritos acerca de las cuestiones preliminares a fin de abordar, en forma de explicaciones adicionales, los argumentos ya formulados.” Asimismo, el 24 de agosto de 2000, el Tribunal invitó a Canadá y a los Estados Unidos a efectuar sus presentaciones sobre cuestiones preliminares a más tardar el 6 de octubre de 2000, conforme al Artículo 1128 del TLCAN.

33. El 19 de agosto de 2000, el Demandado solicitó que el Tribunal ordenara al Demandante la producción de documentos relativos a las cuestiones preliminares respecto de las cuales las partes habían de presentar sus escritos. El 1º de septiembre de 2000, el Tribunal ordenó a ambas partes cumplir con prontitud con toda solicitud de producción de documentos que ellas consideraran de buena fe, y después de agotar

todos los esfuerzos admisibles y pertinentes y de otro modo inaccesibles a la parte que así lo solicitara.

34. El 8 y el 11 de septiembre de 2000 el Demandado presentó, respectivamente, las versiones en inglés y en español de su memorial de contestación sobre las cuestiones preliminares. El 13 de septiembre de 2000, en respuesta a una solicitud efectuada por el Demandante, el Demandado presentó una traducción al inglés de los Apéndices de su memorial de contestación.

35. El 22 de septiembre de 2000, las partes presentaron en forma simultánea sus observaciones adicionales sobre las cuestiones jurisdiccionales en inglés, y en español el 27 y 28 de septiembre de 2000, respectivamente. El 6 de octubre de 2000, Canadá y los Estados Unidos de América presentaron sus respectivas comunicaciones conforme al Artículo 1128 del TLCAN.

36. El Demandante, por carta del 6 de octubre de 2000, se opuso a lo que argumentó constituían dos nuevas mociones del Demandado en sus observaciones adicionales presentadas el 22 de septiembre de 2000 y que se referían a la producción de documentos y a la cuestión de la confidencialidad de las declaraciones públicas de las partes en relación con el caso. El 20 de octubre de 2000, el Demandado formuló observaciones acerca de las presentaciones de Canadá y los Estados Unidos de América, de la comunicación del Demandante de fecha 6 de octubre de 2000 y de las observaciones adicionales del Demandante del 22 de septiembre de 2000. El Demandado solicitó, asimismo, la celebración de una audiencia para considerar las cuestiones preliminares acerca de las cuales las partes presentaron sus escritos. El Demandante presentó una carta fechada el 24 de octubre de 2000 en la que se oponía a la celebración de dicha audiencia sobre cuestiones preliminares. El Tribunal resolvió no celebrar una audiencia para tratar dichas cuestiones.

37. El 6 de diciembre de 2000, el Tribunal emitió su Decisión provisional acerca de cuestiones jurisdiccionales preliminares (en adelante, la “Decisión Provisional”), decidiendo sobre ciertas cuestiones jurisdiccionales y reservándose otras para resolver junto con el fondo, tal como se detalla más adelante. Asimismo, el 6 de diciembre de 2000, el Tribunal emitió su Resolución procesal N° 5, por la cual rechazó

las solicitudes presentadas por el Demandado acerca de la producción de documentos y la confidencialidad de los temas relacionados con el procedimiento. El Tribunal fijó un nuevo calendario para el intercambio de documentos y la presentación de escritos sobre el fondo.

38. El 22 de diciembre de 2000, el Demandante solicitó al Secretariado que distribuyera ciertos documentos que había presentado ante el Secretariado en respuesta a una solicitud del Demandado. El 29 de diciembre de 2000, de conformidad con la Resolución procesal N° 5, las partes presentaron sus respectivos escritos sobre la comparecencia de testigos y la producción de documentos. El 5 de enero de 2001, el Tribunal emitió otras directivas acerca de la producción de documentos.

39. En virtud de las directivas del Tribunal de fecha 5 de enero de 2001, el Demandante hizo llegar, el 10 de enero de 2001, una carta que explicaba los motivos por los cuales se oponía a la producción de ciertos documentos y en la que se informaba qué documentos ya habían sido entregados al Demandado. De manera similar, el 11 de enero de 2001, el Demandado explicó las razones por las cuales se oponía a la producción de ciertos documentos solicitados por el Demandante y comentó acerca de la comunicación del Demandante de fecha 29 de diciembre de 2000.

40. Mediante carta fechada el 16 de enero de 2001, el Demandante comentó sobre la correspondencia previa presentada por el Demandado acerca de la producción de documentos. El 5 de febrero de 2001, el Tribunal emitió nuevas directivas en relación con la producción de documentos.

41. El memorial del Demandante y el memorial de contestación del Demandado acerca del fondo se presentaron el 30 de marzo y el 24 de mayo de 2001, respectivamente. El Demandante presentó su réplica al memorial de contestación sobre el fondo el 11 de junio de 2001. El 19 de junio de 2001, el Tribunal emitió su Resolución procesal N° 6 sobre el ordenamiento de la prueba en la audiencia sobre el fondo. El Demandado presentó su dúplica el 25 de junio de 2001.

42. El 28 de junio de 2001, Canadá presentó su comunicación sobre el fondo, de conformidad con el Artículo 1128 del TLCAN. Los Estados Unidos de América no realizaron dicha presentación.

43. El Tribunal celebró la audiencia sobre el fondo del 9 al 13 de julio de 2001, en Washington, D.C., con la comparecencia de ambas partes y sus respectivos testigos. Los testigos convocados por el Demandante para la formulación de reprenguntas fueron Rafael Obregón-Castellanos y Fernando Hefty-Etienne; los testigos convocados por el Demandado para la formulación de reprenguntas fueron Oscar Roberto Enríquez Enríquez, Marvin Feldman Karpa y Jaime Zaga Hadid. Se realizaron transcripciones en inglés y se distribuyeron a las partes.

44. El 17 de abril de 2002, el Tribunal pidió a las partes y a las Partes del TLCAN que presentaran sus puntos de vista acerca de cómo debería el Tribunal tratar los procedimientos paralelos y la cuestión de la reparación. El Demandante presentó su escrito el 28 de mayo de 2002 y el Demandado hizo lo propio el 29 de mayo de 2002. Las Partes del TLCAN no presentaron ningún escrito al respecto.

45. El Secretario General Adjunto, mediante carta del 5 de agosto de 2002, informó al Tribunal que el Sr. Alejandro A. Escobar, con gran pesar del Secretariado dejó el CIADI para abocarse a la práctica privada e informó que la Sra. Gabriela Alvarez Avila, Consejero jurídico del CIADI, lo reemplazaría en su función de Secretario del Tribunal.

F JURISDICCIÓN

46. En su Resolución procesal N° 4, el Tribunal identificó las cinco cuestiones jurisdiccionales preliminares respecto de las cuales las partes debían presentar sus escritos:

- a. Si el Demandante, en su calidad de ciudadano de los Estados Unidos de América y residente permanente registrado en México, estaba legitimado para presentar una acción legal en virtud del Capítulo XI del TLCAN.

- b. Si el Demandado tenía derecho a oponer cualquier excepción sobre la base del plazo de prescripción establecido en el Artículo 1117(2) del TLCAN y, en particular, si dicho plazo de prescripción afectaba la consideración por el Tribunal de los hechos pertinentes a la reclamación o a las reclamaciones y si el Demandado se veía impedido de oponer dicha excepción.
- c. Si el Demandante había presentado correctamente una reclamación en este procedimiento arbitral con respecto a una supuesta violación del Artículo 1102 del TLCAN.
- d. Si el Demandante podía presentar otras reclamaciones, de haberlas, o modificar su reclamación, sobre la base de una supuesta violación del Artículo 1102 del TLCAN.
- e. Si las medidas supuestamente adoptadas por el Demandado durante el período comprendido entre fines de 1992 y el 1º de enero de 1994, cuando el TLCAN entró en vigor y que según se alega, constituyen una violación del TLCAN, del derecho internacional general o del derecho mexicano, son pertinentes para fundar la reclamación o las reclamaciones.

47. El Tribunal, en su Decisión Provisional del 6 de diciembre de 2000, decidió la mayor parte de las cuestiones jurisdiccionales, las que se resumen a continuación bajo los títulos de legitimación, plazo de prescripción, admisibilidad de una reclamación adicional en virtud del Artículo 1102 del TLCAN y pertinencia de las reclamaciones anteriores a la entrada en vigor del TLCAN. A continuación se considerarán otras cuestiones jurisdiccionales que no fueron abordadas en la Decisión Provisional, incluidas las cuestiones del estoppel relacionadas con el plazo de prescripción y el fundamento de la reclamación y el agotamiento de los recursos internos.

F.1 Legitimación

48. En relación con la legitimación del Demandante, el Tribunal, en su Decisión Provisional del 6 de diciembre de 2000 (par. 24-38), resolvió que el

Demandante, como ciudadano de los Estados Unidos y únicamente de los Estados Unidos, y a pesar de su residencia permanente en México (en condición de inmigrado), tenía legitimación para demandar en el presente arbitraje, conforme al Capítulo XI del TLCAN. Por lo tanto, el Tribunal desestimó la excepción interpuesta por el Demandado en el sentido de que el Demandante carecía de legitimación a causa de su residencia permanente en México, y resolvió que no era necesario hacer referencia a la alegación del Demandante de que la excepción del Demandado acerca de la legitimación del Demandante se había presentado en tiempo.

F.2 Prescripción del plazo

49. En relación con la cuestión del plazo de prescripción establecido en el Artículo 1117(2) del TLCAN para someter reclamaciones a arbitraje, el Tribunal resolvió en su Decisión Provisional (par. 39-47) que la fecha de interrupción del plazo de prescripción de tres años fue el 30 de abril de 1996 y no el 16 de febrero de 1995. Sobre otras dos cuestiones relativas al plazo de prescripción el Tribunal decidió unirlas al examen del fondo y se comentarán más adelante (par.53-65).

F.3 Admisibilidad de una reclamación adicional en virtud del Artículo 1102 del TLCAN

50. En cuanto a si el Demandante ha presentado o le está permitido presentar reclamaciones adicionales, o modificar sus reclamaciones sobre la base de una supuesta violación del Artículo 1102 del TLCAN respecto de la denegación de trato nacional, el Tribunal resolvió en su Decisión Provisional (par. 50-59) que la reclamación relativa a la supuesta violación del trato nacional o la violación del Artículo 1102 del TLCAN se ha presentado debidamente ante el Tribunal puesto que ha sido en sustancia incluida en la notificación de arbitraje (es decir, “la notificación de arbitraje” mencionada en la Decisión Provisional) y ésta ha sido presentada en tiempo. Además, en la medida en que se presentó posteriormente como reclamación subsidiaria, el Tribunal acepta que tal reclamación adicional o incidental está dentro de su jurisdicción.

F.4 Pertinencia de las reclamaciones anteriores a la entrada en vigor del TLCAN

51. En relación con la cuestión de si las medidas supuestamente adoptadas por el Demandado durante el período comprendido entre fines de 1992 y el 1º de enero de 1994, cuando entró en vigor el TLCAN, y que supuestamente constituyen una violación del TLCAN, del derecho internacional o del derecho mexicano, eran pertinentes para fundar la reclamación o las reclamaciones, el Tribunal resolvió en su Decisión Provisional (par. 60-63) que únicamente las medidas supuestamente tomadas por el Demandado con posterioridad al 1º de enero de 1994, cuando el TLCAN entró en vigor y que según se alega, constituyen una violación del TLCAN, son pertinentes para fundar la reclamación o reclamaciones que se analizan.

52. El Tribunal confirma por el presente cada una de las conclusiones sobre cuestiones de jurisdicción y los motivos sobre las que se fundan, transcritos en su Decisión Provisional del 6 de diciembre de 2000 y que se adjunta a este Laudo Arbitral como parte integrante del mismo.

G CUESTIONES ADICIONALES DE JURISDICCIÓN

G.1 Estoppel en relación con el plazo de prescripción y el fundamento de la reclamación

53. En su Decisión Provisional del 6 de diciembre de 2000, el Tribunal de Arbitraje unió los siguientes puntos a la cuestión de fondo de la diferencia a resolver (Decisión Provisional, par. 49):

- (a) si las Partes el 1º de junio de 1995 o aproximadamente en esa fecha habían llegado a un acuerdo con respecto al derecho de CEMSA a exportar cigarros y recibir devoluciones fiscales para dichas exportaciones, y si se confirmó formalmente el apartamiento de tal acuerdo en febrero de 1998, por lo que el plazo de prescripción se suspendió durante unos 32.5 meses, es decir, a partir del 1º de junio de 1995 hasta mediados de febrero de 1998, y
- (b) si el Demandado se ve impedido, conforme a principios de equidad, de invocar un plazo de prescripción porque le dio al Demandante la seguridad de

que las exportaciones serían permitidas (*ibid.*, par. 48) y de que las devoluciones serían pagadas a CEMSA.

Durante el examen del fondo, el Demandante amplió su invocación del estoppel, de forma tal que abarcara no solamente la excepción relativa a la prescripción sino la base misma de la reclamación por daños (ver el memorial del Demandante, Introducción y Síntesis, p. 8, y par. 179-186).

54. La primera cuestión, y la más técnica, acerca de la posible suspensión del plazo de prescripción durante alrededor de 32.5 meses ha sido abordada por el Demandante en su memorial (par. 62-68, 184, 187) y, parcialmente, en su réplica (par. 65), y por el Demandado, parcialmente en su memorial de contestación (par. 18-20, 57, 401-427) y también parcialmente en su dúplica (par. 106-143).

55. Esencialmente, el Demandante alega haber mantenido, durante 1995, varias reuniones con funcionarios de la SHCP de mediano y alto rango para tratar el tema de la reanudación de las exportaciones de cigarros de CEMSA bajo el régimen de devolución del IEPS. Durante dichas reuniones, el Demandante asevera que la administración fiscal mexicana le dio garantías verbales. El Demandante entiende dichas garantías como equivalentes a un acuerdo. Concluye afirmando que una suspensión o interrupción del período de prescripción es “apropiada en un caso como el presente, en el que los actos del Demandado hicieron desistir al Demandante de iniciar una demanda judicial. A pesar de que el ejemplo más claro es cuando un demandado acuerda expresamente no interponer un recurso basado en la prescripción de la acción, existen otras manifestaciones, promesas o actos que resultan suficientes para impedir que una parte invoque la prescripción” (memorial, par. 187; notas al pie de página omitidas).

56. El Demandado niega que se haya llegado a cualquier acuerdo verbal. Incluso si hubiese existido un acuerdo oral, éste no tendría efectos jurídicos de conformidad con el derecho mexicano, y el Demandante lo sabía o debía haberlo sabido (memorial de contestación, par. 19-20).

El alcance de esta cuestión parece más limitado de lo que parece a primera vista. De hecho, el Demandante solicita una suspensión del plazo de prescripción por un

período de 32.5 meses. De aceptarse tal solicitud, la suspensión retrotraería la fecha de corte del período de prescripción de tres años, establecido en el Artículo 1117(2) del TLCAN, del 30 de abril de 1996 a mediados de agosto de 1993. Como, sin embargo, la jurisdicción *ratione temporis* del Tribunal se inicia recién el 1º de enero de 1994, con la entrada en vigor del TLCAN (ver supra, par. 51, y, en más detalle, la Decisión Provisional del 6 de diciembre de 2000, par. 62), esa misma fecha sería necesariamente el terminus post quem a los efectos del cálculo del plazo de prescripción si se admitiera una suspensión, conforme a lo solicitado.

58. En esencia, en opinión del Tribunal, dicha suspensión o interrupción del período de prescripción no corresponde. El Artículo 1117(2) del TLCAN no contempla ninguna suspensión del plazo de prescripción de tres años. Incluso, corresponde señalar que, de acuerdo con los principios generales de derecho aplicados por tribunales internacionales, una suspensión de esa índole, en diversos sistemas jurídicos nacionales, sólo se ordena al final del plazo de prescripción (por ejemplo, en los últimos seis meses) y únicamente en casos de fuerza mayor o cuando un deudor impide dolosamente que el titular del derecho entable un juicio (ver, por ejemplo, el par. 203 del Código Civil alemán y el Artículo 255 del Código Civil griego). En este caso no se han alegado circunstancias inevitables de tal naturaleza. Fundamentalmente, el Demandante sostiene que los actos del Demandado “desalentaron” la iniciación de un juicio (memorial, par. 187), entre otros motivos porque el Demandante consideró la revocación de una auditoría como la confirmación de supuestos acuerdos previos (*ibid.*, par. 68). Sin embargo, “desalentar” un juicio no equivale a impedirlo. La decisión de entablar una acción judicial y de cuándo hacerlo dependen de la parte actora, quien también asume los riesgos y recibe los beneficios. Entre los diversos factores a considerar se encuentra el curso del período de prescripción, así como su interrupción. Nada de lo que contiene el expediente demuestra que el Demandante, debidamente representado por un abogado, se haya visto impedido de considerar todos los factores pertinentes. Por lo tanto, el Tribunal confirma que la fecha de corte del período de tres años de prescripción de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1117(2) del TLCAN es el 30 de abril de 1996.

59. El Tribunal aborda, a continuación, la cuestión más general del estoppel en relación con el Demandado para invocar el período de prescripción por haber dado

garantías al Demandante de que se permitirían las exportaciones y se pagarían devoluciones a CEMSA, así como de negar la base misma del reclamo por daños (ver supra, par. 53). De acuerdo con el Demandante, la Ley del IEPS en vigor desde el 1º de enero de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1997 reconocía que todos los exportadores de cigarros tenían derecho a percibir la devolución del IEPS incluido en el precio de compra de los cigarros. El Demandado no puede alegar lo contrario en este arbitraje, en virtud de que los funcionarios mexicanos han confirmado dicha interpretación al Demandante a lo largo de los años tanto oralmente como por escrito (memorial, par. 170 b). El requisito formal de la Ley del IEPS en cuanto a que el contribuyente que buscara una devolución debía obtener una factura del proveedor en la que constara trasladado expreso y por separado el IEPS no es aplicable a CEMSA como cuestión de derecho internacional o mexicano, ya que este requisito era de imposible cumplimiento para CEMSA por razones ajenas a su voluntad (*ibid.*, par. 170 c). La SHCP tenía pleno conocimiento de las actividades de exportación de CEMSA y, sin exigirle facturas en las que el IEPS estuviese consignado expresamente y de manera separada, acordó otorgarle devoluciones y así lo hizo hasta que dicha política fue modificada en noviembre de 1997 (memorial, par. 175). Los funcionarios de la SHCP expresaron al Demandante su compromiso de que la SHCP devolvería el IEPS a CEMSA y que CEMSA tenía derecho a hacer los cálculos por sí misma del monto del impuesto, al no contar con facturas de sus proveedores que consignaran el monto del IEPS en forma expresa y por separado. Al comprar cigarros con un 85% de IEPS, el Demandante y CEMSA se basaron en tales compromisos y declaraciones, lo cual les perjudicó. Por consiguiente, el Demandado está impedido de (1) denegar la solicitud de devoluciones de CEMSA de octubre-noviembre de 1997, y de (2) reclamar las devoluciones por exportaciones efectuadas en 1996-1997 (memorial, par. 184, 185).

60. Asimismo, el Demandante afirma, en relación con la misma cuestión del estoppel, que una declaración acerca de cómo se aplica una ley es una declaración de hecho. De cualquier modo, la distinción no es pertinente para el derecho internacional. Se puede utilizar el estoppel para negar ambas declaraciones, así como sus consecuencias legales. El derecho fiscal local no tiene la función ni la autoridad necesarias para establecer o refutar la teoría del estoppel. La doctrina del estoppel, basada en el interés jurídico fundamental de la previsibilidad, la seguridad y la consistencia, es de particular importancia en el contexto del TLCAN, sistema concebido

para proteger y promover el comercio y la inversión entre las partes (réplica, par. 59-63).

61. El Demandado, por otra parte, niega que se haya llegado a algún acuerdo verbal por el cual se dispensara al Demandante del requisito de las facturas. Incluso si tal acuerdo oral hubiese existido, éste no hubiera tenido efectos jurídicos conforme al derecho mexicano. De conformidad con los sistemas fiscales de los tres países miembros del TLCAN, los contribuyentes no pueden argumentar un estoppel para evitar la aplicación de las leyes fiscales, en los términos en que fueron redactadas, a través de los métodos sugeridos por el Demandante (memorial de contestación, par. 20). En términos más generales, el estoppel tiene un efecto únicamente por lo que se refiere a las declaraciones de los hechos, no a interpretación del derecho. En este caso, el supuesto estoppel resulta no de declaraciones de hecho, sino de declaraciones, si las hubo, relativas al significado de la Ley del IEPS, un supuesto acuerdo sobre el método utilizado para calcular el IEPS y así sucesivamente (memorial de contestación, par. 401-407). El Demandado alega que el criterio adoptado por los tres países del TLCAN en materia de estoppel es de relevancia para considerar el estoppel en derecho internacional. En México, sólo es vinculante una resolución escrita emitida por la SHCP para resolver una situación real y concreta en materia de derecho fiscal. En Canadá, un funcionario gubernamental no puede crear un estoppel en relación con la interpretación de una ley. En los Estados Unidos, una interpretación errónea de la ley por parte de las autoridades fiscales no les impide recaudar un impuesto aplicable (memorial de contestación, par. 411-427). No es posible que haya existido un acuerdo por el cual CEMSA podía sobreestimar la cantidad de IEPS que reclamaba, de modo que recibiera más dinero del fisco que el pagado por los contribuyentes originales. En realidad, el cálculo del IEPS que hizo el Demandante era excesivo (memorial de contestación, par. 428-433).

62. Por otra parte, de acuerdo con el Demandado, los casos citados por el Demandante fundado el estoppel se refieren a diferencias entre Estados sobre limitación territorial e incluso en esos casos no es claro si la Corte Internacional de Justicia efectivamente aplicó la doctrina del estoppel. Debería considerarse con suma cautela cuando se parte de principios tangenciales y que no están bien desarrollados de esta área del derecho internacional para aplicarlos a otra. Simplemente no son comparables los

efectos jurídicos que se desprenden de la conducta de los Estados en diferencias sobre limitación territorial, que debe presumirse fueron considerados con la mayor seriedad, con la manera en que la gran burocracia de un Estado trata a un solo contribuyente (dúplica, par. 108-111, 127). Finalmente, es importante la exclusión del estoppel en virtud de la legislación de los países del TLCAN, ya que refuta los argumentos del Demandante de que (1) hubo seguridad de su parte, (2) existe un derecho internacional del estoppel directamente aplicable a la SHCP, ya que resultaría extraordinario concluir que las tres partes del TLCAN hubieran impuesto una obligación a sus propias autoridades fiscales que fuera directamente contraria a su legislación existente, y (3) el estoppel es parte del derecho internacional consuetudinario (*ibid.*, par. 38-143).

63. En vista de los argumentos contradictorios de las Partes (*supra*, par. 59-62), el Tribunal de Arbitraje subraya que, como en muchos otros sistemas jurídicos, los Artículos 1117(2) y 1116(2) del TLCAN introducen una excepción relativa a la prescripción que es clara y rígida que, como tal, no está sujeta a suspensión (ver *supra*, par. 58), prolongación u otra calificación. Es así que el sistema jurídico del TLCAN restringe la posibilidad del arbitraje a un período de tres años claramente delimitado, y se hace con pleno conocimiento de que un Estado, es decir, uno de los tres países Miembros, tendrá el carácter de Demandado, y por tanto podrá tener interés en oponer la excepción de la prescripción. Las condiciones y circunstancias de un Estado que es parte en un arbitraje, lo cual comprende toda la problemática y limitaciones inherentes a la actividad estatal, no excluyen ni condicionan el hacer uso de la excepción de prescripción. Por supuesto, el reconocimiento de la reclamación objeto de la diferencia por parte del órgano competente a tal efecto y en la forma prescrita por la ley probablemente interrumpiría el plazo de la prescripción. Pero cualquier otro comportamiento del Estado que no prestara dicho reconocimiento formal y autorizado podría sólo en circunstancias excepcionales interrumpir la prescripción o impedir al Estado demandado interponer el recurso ordinario de prescripción de la acción. Esas circunstancias excepcionales incluyen un comportamiento sostenido, uniforme, consecuente y efectivo de los órganos estatales competentes que reconocieran la existencia y, posiblemente también, el monto de la reclamación. No se han presentado circunstancias de esta índole ante este Tribunal. Es cierto que diversos funcionarios de la SHCP, de mediano y alto rango, dieron en distintos momentos al Demandante y a CEMSA algunas garantías de diverso contenido respecto del derecho de CEMSA a

percibir la devolución del IEPS. Pero dichas garantías nunca llegaron a constituir un reconocimiento formal y autorizado de la reclamación por parte del Demandado o un comportamiento uniforme, consecuente y efectivo del Demandado. Por lo tanto, el Tribunal no considera que el Demandado esté impedido de invocar el período de prescripción de tres años establecido en el Artículo 1117(2) del TLCAN.

64. Consideraciones similares, aunque no idénticas, se aplican a la siguiente cuestión, es decir, si el Demandado se ve impedido, sobre la base de las mismas garantías y promesas, de negar el fundamento mismo de la reclamación por daños (ver supra par. 53 *in fine* y par. 59). Aquí también se impone el criterio del comportamiento sostenido, uniforme, consecuente y efectivo de los órganos estatales competentes (ver supra par. 63). El Tribunal reconoce también que diversos funcionarios de la SHCP, de mediano y alto rango, dieron al Demandante y a CEMSA en distintos momentos, probablemente durante un período más prolongado, algunas garantías de diverso contenido acerca del derecho de CEMSA a percibir devoluciones del IEPS. Si embargo, el Tribunal no encuentra que dicho comportamiento tenga un carácter uniforme, consecuente y efectivo ni que el mismo se vincule en todo momento con los órganos estatales competentes. A este respecto, el Tribunal tiene también en cuenta que en ningún Estado que se rija por el imperio de la ley existe forma alguna de imponer, reducir, reclamar, recuperar o transferir las obligaciones fiscales mediante acuerdos no contemplados por la ley con funcionarios fiscales. Tales acuerdos necesariamente tendrían un carácter quasi privado y no podrían ser vinculantes para el Estado ni exigibles en su contra.

65. Por consiguiente, el Tribunal no encuentra que el Demandado se vea impedido justamente o de otra manera, de negar el fundamento mismo de la reclamación por daños. A pesar de esta conclusión, el Tribunal considerará este comportamiento de varios funcionarios de la SHCP cuando examine los fundamentos de la expropiación “progresiva” u otra forma pertinente de expropiación o denegación efectiva del trato nacional, conforme a los Artículos 1110 y 1102 del TLCAN. En efecto, es posible que el comportamiento de algunos organismos estatales, como los considerados en este caso, puedan haber inducido al Demandante a iniciar o ampliar su inversión, contribuyendo de esa forma a que se produzca un daño o se incremente el monto de dicho daño, si lo hubiere. Ello puede ser particularmente pertinente en

relación con aspectos más o menos técnicos o “de procedimiento” de la legislación fiscal mexicana, tales como el requisito de trasladar expreso y por separado el IEPS en las facturas emitidas a CEMSA.

G.2 Agotamiento de los recursos internos

66. Ambas partes han considerado la relación entre un juicio local en México y este arbitraje internacional, así como la doctrina acerca del agotamiento de los recursos internos (memorial, par. 214-219; memorial de contestación, par. 365-378; réplica, par. 34-52; dúplica, par. 41-51).

67. El Demandante argumenta, básicamente, que el Capítulo XI del TLCAN, y en particular la Sección B, fue concebido para proporcionar a los inversionistas de las Partes del TLCAN un mecanismo internacional de arreglo de diferencias imparcial. Todo potencial demandante debe hacer una elección. Si desea presentar una reclamación por daños conforme al TLCAN, debe renunciar a su derecho de continuar un procedimiento por daños ante los tribunales locales. De ese modo, México modificó su postura tradicional acerca de la jurisdicción exclusiva de sus tribunales a cambio de los enormes beneficios que le reportaba el TLCAN (ver los alegatos de apertura del Sr. Feldman del 9 de julio de 2001, transcripción, volumen 1, p. 52-53). Por lo tanto, este Tribunal de Arbitraje bien puede examinar la legislación local mexicana y la conducta de las autoridades fiscales mexicanas para determinar si se ajustan a los estándares mínimos del derecho internacional, incluyendo el debido proceso, el trato justo y equitativo y la protección y seguridad plenas, según lo establecido por los Artículos 1110(1)(c) y 1131(1) del TLCAN (*ibid*, p. 54-55). Por tal motivo, un tribunal internacional que analice los actos de un Estado desde el punto de vista del derecho internacional puede llegar a una conclusión diferente de la de un tribunal local que examine la misma conducta de conformidad con el derecho local. Las razones de la diferencia de resultados radica en la diferencia de los estándares. Esto podría fácilmente ocurrir en un caso en el que el marco jurídico a nivel local hubiera sido concebido para discriminar al Demandante (ver el alegato de cierre del Sr. Feldman de fecha 13 de julio de 2001, transcripción, volumen 5, p. 182).

68. Asimismo, el Demandante sostiene que tanto el inversionista como la inversión han renunciado a su derecho a reclamar daños ante los tribunales de México, según lo exigido por el Artículo 1121 del TLCAN (réplica, par. 34). Cualesquiera sean los procedimientos actualmente pendientes en México, éstos no imponen limitación alguna al Tribunal de Arbitraje puesto que (1) de conformidad con el procedimiento mexicano, el Demandante debió impugnar las medidas adoptadas por la SHCP a modo de evitar el secuestro de sus bienes y, posiblemente, la prisión, y (2) después de haberse constituido este Tribunal, el Demandante presentó documentos con el objeto de poner fin a todo litigio local (réplica, par. 39). En suma, el Demandante no dispone de ningún recurso jurídico efectivo conforme a la legislación mexicana ni puede ser obligado a interponer cada año un nuevo juicio de amparo para cumplir con todas las reformas menores que se introducen anualmente a la Ley del IEPS, independientemente de cuán insignificantes y ajenas al caso sean tales reformas legislativas.

69. El Demandado, en esencia, niega que el Demandante tenga derecho a percibir devoluciones del IEPS. Sujeto a cuestiones constitucionales, el problema específico relativo a la obligación de contar con facturas con el impuesto expresamente consignado por separado ha sido resuelto en dos procedimientos separados ante los tribunales mexicanos, que tienen jurisdicción exclusiva sobre cuestiones relativas a la legislación mexicana y tal vez sea considerado nuevamente en uno de los procedimientos durante un período prolongado. No existe derecho en materia internacional a la devolución del IEPS, como tampoco este Tribunal de Arbitraje está autorizado a reemplazar el punto de vista de los tribunales locales por sus propios puntos de vista acerca de la legislación local (dúplica, par. 29-33). De acuerdo con el Demandado, el Demandante está ejerciendo sus derechos procesales en México y, en cualquier caso, como dichos procedimientos implican cuestiones derivadas de la legislación mexicana, no son pertinentes para este procedimiento. Dichos procedimientos serían pertinentes sólo si el Demandante estuviera en situación de cuestionar las medidas de los tribunales de México alegando que constituyen una denegación de justicia conforme al derecho internacional, lo cual no ha sido alegado por el Demandante. Por consiguiente, sería incorrecto afirmar que no existe recurso eficaz alguno sólo porque el Demandante perdió uno de los procesos; al momento de la presentación del Demandado, el Demandante parece ser la parte favorecida en el segundo proceso, pero esto no es definitivo. Si ello fuere cierto, cualquier litigante

decepcionado que, por otros motivos, llegare a reunir los requisitos de legitimación procesal previstos en la Sección B del Capítulo XI del TLCAN podría presentar una reclamación por una supuesta violación al derecho internacional (dúplica, par. 40, 41). El Demandado, por lo tanto, concluye que, con excepción de la reclamación por una supuesta denegación de trato nacional, todas las reclamaciones presentadas en este procedimiento requerirían que el Tribunal de Arbitraje aplique la legislación mexicana, desplazando a los órganos judiciales competentes (memorial de contestación, par. 40).

70. Además, el Demandado sostiene que, en cualquier caso, los derechos a devoluciones del IEPS que CEMSA reivindica dependerían de la emisión de facturas que trasladaran expreso y por separado el impuesto. Este requerimiento específico, que nunca fue cumplido por el Demandante, está sub judice ante tribunales mexicanos en instancia de apelación (memorial de contestación, par. 11, 360-364). Por lo tanto, la responsabilidad internacional de un Estado no puede estar en juego a menos y hasta que la medida impugnada haya sido examinada a nivel local y se convierta en resolución definitiva por pronunciamiento de la autoridad competente de mayor jerarquía (memorial de contestación, par. 371). La regla de agotamiento de los recursos internos se aplica de acuerdo con el TLCAN, así como de acuerdo con el derecho internacional general. Tampoco en este caso existe una renuncia, ya que la renuncia exigida por el Artículo 1121 del TLCAN se limita exclusivamente a daños (volumen 2, transcripción, par. 79, 81) y, en cualquier caso, el Demandante no descontinuó los procedimientos en el foro nacional ni se abstuvo de iniciar otros procedimientos, todos ellos relativos a las medidas que se alegan son violatorias del Capítulo XI, Sección A del TLCAN (dúplica, par. 47-51).

G.3 Análisis

71. La decisión respecto de agotar los recursos internos como una condición para considerar procedente la reclamación depende fundamentalmente de la redacción e interpretación de las disposiciones correspondientes del TLCAN. De hecho, por lo general se entiende que la regla de los recursos internos puede ser derogada, admitida o modificada en virtud de un tratado vinculante (*Case Concerning Elettronica Sicula, S.p.A., United States of America v. Italy, 1989, I.C.J. Reports 4*, par. 50). Tal

calificación tuvo lugar en este caso conforme al Artículo 1121 y al Anexo 1120.1 del TLCAN.

72. En las partes pertinentes del Artículo 1121(2)(b) y (3), se dispone lo siguiente:

2. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1117, sólo si tanto el inversionista como la empresa:

.....

(b) renuncian a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento con respecto a la medida de la Parte contendiente que presuntamente sea una de las violaciones a las que se refiere el Artículo 1117 ante cualquier tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme al derecho de la Parte contendiente.

3. El consentimiento y la renuncia requeridos por este Artículo se manifestarán por escrito, se entregarán a la Parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje.

73. Parece que este Artículo, más que confirmar o repetir la clásica regla del agotamiento de los recursos internos, prevé una situación en la que los recursos internos respecto del supuesto incumplimiento al que hace referencia el Artículo 1117 se hallen disponibles o incluso pendientes de resolución en un tribunal o corte conforme al derecho de cualquiera de las Partes. En tal caso, el Artículo 1121(2)(b) estipula que el inversionista contendiente, para poder recurrir al arbitraje, debe renunciar a su derecho a iniciar o continuar los procedimientos en el foro local. Por ende, a diferencia de la regla de los recursos internos, el Artículo 1121(2)(b) da preferencia al arbitraje internacional por sobre los procedimientos judiciales a nivel nacional, a condición de que el inversionista contendiente presente una renuncia respecto a estos últimos. No obstante, esta preferencia hace referencia sólo a una reclamación por daños y en forma explícita pone a disposición del Demandante “medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario” ante los tribunales nacionales. Así, el Artículo 1121(2)(b) y (3) constituye una regla especial y calificada sobre la relación entre los procedimientos judiciales nacionales e internacionales y se aparta de la regla general del derecho internacional consuetudinario sobre el agotamiento de los recursos internos. Esta sustitución parece tener como objetivo primordial facilitar y agilizar el sometimiento de las reclamaciones al arbitraje del TLCAN, en oposición a la regla

general de poner el arbitraje internacional a disposición de los particulares en contra de terceros Estados.

74. Específicamente con respecto a México en calidad de Demandado, el Anexo 1120.1 del TLCAN limita los casos en que se puede recurrir al arbitraje. De acuerdo con las partes pertinentes de esta disposición:

“Respecto al sometimiento de la reclamación al arbitraje:

.....

(b) cuando una empresa mexicana que sea una persona moral propiedad de un inversionista de otra Parte o que esté bajo su control directo o indirecto, alegue en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo mexicano, que México ha violado presuntamente una obligación establecida en:

i. la Sección A.....,

el inversionista no podrá alegar la presunta violación en un procedimiento arbitral conforme a esta sección.”

75. Así, el Anexo 1120.1 del TLCAN otorga una preferencia estatutaria a los recursos internos en México frente a un posible arbitraje internacional conforme al Capítulo XI, Sección A del TLCAN, al claramente impedir que el inversionista contendiente inicie y luego renuncie a recursos internos y que sólo después someta su reclamación a arbitraje, según lo dispuesto por el Artículo 1121(2)(b) (ver supra, par. 72, 73). Sin embargo, esta prohibición procede sólo si el Demandante “alega en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo mexicano que México ha violado una obligación establecida en la ... Sección A”. De todos modos, en vistas de que el Demandado confirma expresamente que “el Demandante tampoco ha intentado someter una presunta violación del TLCAN ante los tribunales mexicanos, de modo que no hay conflicto con el Anexo 1120.1” (duplica, par. 48), el Tribunal no halla obstáculo alguno al presente arbitraje en relación con el Anexo 1120.1 del TLCAN.

76. Respecto de la renuncia exigida por el Artículo 1121(2)(b) y (3), el Tribunal de Arbitraje considera que las renuncias respectivas fueron adjuntadas por el Demandante y CEMSA como Anexos B y C a la Notificación de Arbitraje del 30 de abril de 1999 y también entregadas al Demandado, conforme a lo que se indica en la Notificación de Arbitraje (B)(1)(a), p. 3), y se hace notar que el Demandado no ha impugnado la entrega ni la suficiencia de tales renuncias (duplica, par. 46).

77. El Artículo 1121(2)(b) establece que las renuncias son requeridas solamente en caso de reclamaciones por daños. De hecho, la Notificación de Arbitraje presenta como solicitudes cuatro reclamaciones relacionadas por daños (p. 11, sección D); no se aplican a “medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario”. Una solicitud posterior efectuada por el Demandante respecto de la ilegalidad o invalidez de una liquidación de impuestos efectuada por el Demandado por alrededor de US\$ 25 millones exige sólo medidas precautorias de carácter declaratorio y por ello no requiere una renuncia de conformidad con lo establecido en el Artículo 1121(2)(b) (ver supra par. 72, 73). No obstante, más adelante debe analizarse si esta solicitud, aunque exenta del requisito de la renuncia, es admisible para el Tribunal en términos de su ámbito de autoridad (ver infra, par. 88).

78. El Demandado observa que el Demandante, a pesar de la renuncia, de hecho no retiró varios recursos internos conexos iniciados en México. Sin embargo, el Demandado tampoco sugiere que el Demandante estaba obligado a retirarlos (ver dúplica, par. 47, 48). Sin embargo, el Tribunal de Arbitraje no considera que este punto sea pertinente. El Demandado estima que los tribunales mexicanos constituyen el foro adecuado para determinar los derechos del Demandante de conformidad con la Ley del IEPS (ver, por ejemplo, memorial de contestación, par. 367, 368; dúplica, par. 48-51). Nuestra opinión es, en principio, coincidente. No obstante, cuestiones, tales como si el derecho mexicano tal como es determinado por las autoridades administrativas o los tribunales mexicanos es congruente con los requisitos del TLCAN y el derecho internacional, deben ser resueltas en este procedimiento arbitral, y no nos encontramos impedidos de resolverlas por el hecho de que los tribunales mexicanos no han resuelto aún la totalidad de las cuestiones. De otro modo, se podría impedir que un Tribunal de Arbitraje tomase una decisión simplemente demorando los procedimientos judiciales que se tramitan en el foro local. Tampoco una acción considerada legal por los tribunales mexicanos en virtud del derecho mexicano será necesariamente legal conforme al TLCAN o al derecho internacional. A su vez, una acción considerada ilegal o inconstitucional en el derecho mexicano puede no llegar a constituir una violación del derecho internacional.

G.4 Otras restricciones jurisdiccionales

79. Como ya se señaló, la “Decisión Provisional sobre Cuestiones Jurisdiccionales Preliminares”, dictada por el Tribunal el 6 de diciembre de 2000, resolvió varias cuestiones jurisdiccionales en este procedimiento arbitral. Sin embargo, tal decisión se limitó a abordar “las cuestiones preliminares específicas establecidas en la Resolución Procesal No. 4 [del Tribunal] y en el par. 11” de la Decisión Provisional. No se impidió el trato de otras cuestiones jurisdiccionales, en tanto que hubiesen surgido durante el transcurso de este procedimiento arbitral.

80. Una cuestión jurisdiccional adicional, surgida con posterioridad, se refiere a la autoridad de este Tribunal para dictar medidas precautorias de carácter declaratorio respecto de la validez o legalidad de la auditoría de 1998 y la correspondiente liquidación de impuestos a CEMSA por parte de la SHCP.

81. Al parecer, ambas partes sabían (memorial, par. 121-126; memorial de contestación, par. 240-268) que en julio de 1998 la SHCP llevó a cabo una auditoría o una visita de verificación por intermedio de un equipo de visitadores, en relación con las exportaciones efectuadas por CEMSA en el período 1996-1997. La auditoría se realizó en presencia de integrantes de la fuerza pública y se utilizaron varias fotocopiadoras que los visitadores habían llevado consigo a tal efecto. Varios meses después, el 1 de marzo de 1999, la SHCP emitió su resolución con la cual se dio por concluida la auditoría y se presentó a CEMSA una liquidación impositiva por la suma de \$250,551,635 pesos mexicanos por haber obtenido devoluciones fiscales en forma indebida en el período de 1996-1997, además de los intereses, las multas y la correspondiente actualización inflacionaria. El Demandante (memorial, par. 123) alega que esta suma equivale a aproximadamente US\$ 25 millones, incluyendo una reclamación por recuperación de alrededor de US\$ 9.1 millones en concepto de devoluciones del IEPS pagadas en el período de 1996 y 1997.

82. Más tarde, en marzo de 1999, CEMSA impugnó la auditoría sobre las devoluciones del IEPS correspondientes al período comprendido entre abril de 1996 y septiembre de 1997, así como la correspondiente liquidación impositiva ante el Tribunal Fiscal de la Federación en primera instancia. El Demandante argumentó que existía una

sustancial incongruencia entre su derecho a una tasa fiscal del 0% en virtud del Artículo 2 de la Ley del IEPS y la exigencia de presentar facturas conforme al Artículo 4 de la misma Ley. El Tribunal Fiscal emitió sentencia en la que resolvió unos puntos a favor de CEMSA y otros a favor de la SHCP. Al parecer, la sentencia determinaba que la SHCP no podía requerir la presentación de facturas con el IEPS trasladado expreso y por separado, ya que se trataba de un requisito de imposible cumplimiento en el caso de las exportaciones de cigarros (ver memorial de contestación, par. 261, 571-574). Por otra parte, la resolución denegaba toda devolución de impuestos sobre las exportaciones de tabaco destinadas a "jurisdicciones de baja imposición fiscal", en particular Honduras, de acuerdo con el Artículo 2 de la Ley del IEPS. No obstante y como resultado de tal sentencia, la liquidación impositiva calculada por la SHCP quedó invalidada.

83. Ambas partes se opusieron a esta resolución (supra, par. 68-69). El Demandante presentó un recurso de amparo ante el Tribunal de Circuito y la SHCP interpuso un recurso de revisión ante el mismo tribunal. Los tribunales de circuito determinaron que los requisitos establecidos en los Artículos 2 y 4 no eran contradictorios. Esta sentencia fue seguida de una serie de apelaciones. En la resolución más reciente dictada en este litigio (29 de marzo de 2002), un tribunal de apelaciones mexicano aparentemente sostuvo que el Demandante tenía efectivamente un derecho constitucional de acuerdo con la Ley del IEPS vigente en 1996-1997 a pesar de no poder presentar las facturas con el monto de los impuestos trasladado expreso y por separado, fundado en que la "formalidad" de la factura discrimina entre los distintos tipos de contribuyentes (productores y exportadores) que realizan la misma actividad. La resolución también parece considerar inconstitucional la disposición de la Ley del IEPS que prohíbe recibir devoluciones de impuestos por exportaciones a jurisdicciones de baja imposición fiscal (ver el escrito del Demandante, 8 de mayo de 2002, par. 7-8). Sin embargo, ambas partes coinciden en que esta última resolución no tiene carácter definitivo, por lo que el procedimiento permanece sub judice ante los tribunales federales competentes (escrito del Demandante, 8 de mayo de 2002, par. 17; escrito del Demandado, 8 de mayo de 2002, par. 18; memorial, par. 124; memorial de contestación, par. 268).

84. Entonces, ¿cuál es la trascendencia para este Tribunal de estas sentencias dictadas por los tribunales mexicanos? El Tribunal no les atribuye un peso significativo, dado que ninguna de las partes ha sugerido que sean decisivas, si bien el análisis de las cuestiones jurídicas llevado a cabo por los tribunales mexicanos brinda a este Tribunal el marco necesario para entender estas cuestiones, tal como lo exige la adecuada aplicación del TLCAN y del derecho internacional. En primer lugar, el procedimiento relativo a la liquidación impositiva de 1998 no es definitivo. Si bien la resolución más reciente favorece al Demandante, el Demandado puede resultar favorecido en la siguiente instancia. En segundo lugar, la decisión de 1998, relacionada con una respuesta negativa a una solicitud presentada a la autoridad fiscal (esta resolución difiere de la posición del Demandante específicamente respecto de la exigencia de indicar por separada el monto del IEPS en las facturas), que es definitiva, refuerza principalmente la posición del Demandado, generando así un conflicto que este Tribunal no puede ni debe intentar resolver. En tercer lugar, y probablemente es el aspecto más importante, los tribunales mexicanos aplican el derecho mexicano, mientras que este Tribunal debe aplicar las disposiciones del TLCAN y el derecho internacional, los cuales no conducen necesariamente a los mismos resultados que el derecho mexicano. Por último y como ya se señaló, el Demandante no ha impugnado ninguna de las sentencias de los tribunales mexicanos, ni siquiera las que le eran desfavorables, sobre la base de que resultaban violatorias de los estándares del derecho internacional por constituir un caso de denegación de justicia y resulta prematuro considerar cualquier cuestión referida al posible incumplimiento de una sentencia de los tribunales mexicanos por parte del Demandado, dado que aún no se ha planteado la cuestión del cumplimiento.

85. El carácter netamente declaratorio de la reparación solicitada por el Demandante, a saber: declarar la invalidez de la liquidación de impuestos del Demandado en 1999 no es necesariamente incongruente con el Capítulo XI, Sección B del TLCAN, en particular con los Artículos 1116(1) y 1117(1), que parecen limitar la reparación a las reclamaciones por “pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella”. A su vez, puede no ser tampoco incongruente con la excepción relativa a las medidas fiscales en vista del Artículo 2103(6) del TLCAN. No obstante, debe prestarse particular atención a fin de determinar si dicha medida precautoria de carácter declaratorio es admisible dadas las circunstancias de este caso.

86. El Demandante considera la declaración requerida como “una demanda incidental o adicional respecto de la auditoría y la determinación fiscal... Los problemas y la evidencia son las mismas que aquellos de la demanda original, y el Tribunal decidirá sobre la nueva reclamación una vez que lo haya hecho respecto de la primera” (réplica, par. 31). El Demandante concluye este punto alegando que existiría denegación de justicia si el Tribunal resolviese fijar una indemnización por daños a favor del Demandante y el Demandado podría compensar dicha indemnización con cualquier tipo de obligación emergente de la auditoría realizada por las autoridades fiscales mexicanas, dado que los asuntos planteados son los mismos que se encuentran en litigio ante el Tribunal (réplica, par. 32-33).

87. El Demandado contesta alegando que este Tribunal no tiene competencia para resolver la solicitud del Demandante para que resuelva “que la demandada está impedida de impugnar los derechos de CEMSA a las devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarros realizadas en 1996-1997” por las razones siguientes:

- (a) la sección B del Capítulo XI del TLCAN confiere al Tribunal la competencia para otorgar una indemnización pecuniaria;
- (b) el Demandante no ha sometido una reclamación a arbitraje respecto de la auditoría de 1998; y
- (c) la declaración solicitada usurparía la competencia de los tribunales mexicanos y en ningún caso sería ejecutable (memorial de contestación, par. 575).

Además, según el Demandado, el Tribunal tampoco tiene competencia para resolver la solicitud de un laudo contingente sentenciando al pago de daños por la cantidad de cualquier liquidación fiscal en contra del Demandante como resultado de la auditoría de 1998 por la razón adicional de que dicha reclamación aún no está madura (*ibid.*, par. 576, 577).

88. En vista de la controversia entre las partes (supra, par. 86-87), el Tribunal de Arbitraje hace hincapié en que, conforme al Artículo 1136(1) del TLCAN, el laudo dictado por un tribunal será obligatorio y vinculante para las partes contendientes y respecto del caso concreto. Esta disposición implica, a la vez, que el Estado signatario del TLCAN también deberá cumplir con el laudo arbitral definitivo en su totalidad. In

caso, el derecho de CEMSA a las devoluciones fiscales en el período crítico constituye necesariamente una porción importante del presente arbitraje. Cualquier decisión al respecto que adopte este Tribunal de Arbitraje, conforme a los términos del Artículo 1136(1) del TLCAN, incidirá directamente sobre cualquier litigio local (pendiente o definitivo) relacionado con el derecho a las devoluciones de impuestos. Por lo tanto, la validez o legalidad de la liquidación impositiva de 1999 vinculada con las devoluciones de impuestos obtenidas en los años 1996 y 1997 no puede ser considerado un tema independiente o sin relación alguna con este procedimiento arbitral. Por el contrario, la validez o recuperación de los montos correspondientes a estas devoluciones de impuestos incide de manera funcional sobre la evaluación del Tribunal, ya sea que se haya producido una expropiación “progresiva” o cualquier otra forma pertinente de expropiación (conforme a los Artículos 1110 y 2103(6) del TLCAN). Asimismo, el Tribunal de Arbitraje es de la opinión de que el Demandante también entiende esta medida precautoria de carácter declaratorio dentro del contexto de la expropiación de conformidad con el Artículo 1110 del TLCAN, ya que su solicitud apunta a que el laudo arbitral determine que la liquidación impositiva impuesta por el Demandado “constituye una medida equivalente a la expropiación de acuerdo con el Artículo 1110 del TLCAN y, por ello, una violación del mismo” (memorial, escrito A(4), p. 130). Del mismo modo, la validez o recuperación de estas devoluciones de impuestos puede resultar pertinente a fin de determinar si el Demandado ha incurrido en violación del Artículo 1102, en la medida en que el Tribunal determine que, en lo que respecta a las devoluciones de impuestos, se le ha otorgado al Demandante un trato menos favorable que a otros inversionistas nacionales en circunstancias similares, tal como se discute en la Sección I, infra. Por consiguiente, dado que el Demandante presenta este alegato de invalidez dentro del marco de los Artículos 1102 y 1110 del TLCAN, la cuestión de la invalidez será tratada dentro del marco apropiado, pero ello no garantiza una respuesta autónoma en la parte dispositiva de este Laudo.

H FONDO

H.1 Expropiación: Visión de conjunto de las posturas de las partes contendientes

89. En este procedimiento, el argumento clave del Demandante es que las diversas medidas tomadas por las autoridades mexicanas, especialmente la SHCP, en el

sentido de negarle a CEMSA las devoluciones del IEPS sobre las exportaciones de cigarros constituyen una expropiación indirecta o “progresiva” de la inversión del Demandante y resultan equivalentes a la expropiación de acuerdo con el Artículo 1110. Asimismo, son arbitrarias, confiscatorias y discriminatorias y constituyen una violación del derecho del Demandante al debido proceso (ver memorial, Introducción y Resumen, p. 6; primera declaración testimonial de Swan, par. 30-34). El Demandante sostiene que las “medidas” que motivaron su queja pueden ser consideradas también como una “denegación de justicia” (un aspecto de la denegación del debido proceso) conforme el Artículo 1110 (memorial, par. 189-203). El Demandante tampoco cree que la política del gobierno mexicano tendiente a limitar las exportaciones de cigarros se justifique por razones de política pública, en especial a la luz del expreso propósito de la Ley del IEPS de 1980, que apuntaba a fomentar las exportaciones mexicanas (memorial, par. 189, cita de la Declaración de Motivos de la Ley del IEPS para 1981, Diario Oficial, 30 de diciembre de 1980).

90. En particular, el Demandante afirma que la decisión de 1993 del recurso de amparo ante la Suprema Corte ordenaba no sólo que los funcionarios mexicanos debían aplicar a CEMSA una tasa impositiva del 0% sobre las exportaciones, sino también que se le permitiera a CEMSA obtener la devolución de los impuestos incluidos en el precio que CEMSA pagaba a sus proveedores, Walmart y Sam’s Club. De acuerdo con el Demandante, la decisión carece de sentido si se declara inconstitucional el Artículo 2 de la Ley del IEPS —que permite sólo a los fabricantes y no a los revendedores obtener una tasa impositiva del 0% sobre la exportación de cigarros— pero se continua permitiendo que la SHCP deniegue las devoluciones de impuestos a compañías que no son contribuyentes del IEPS y no disponen de facturas en las cuales el impuesto esté consignado en forma expresa y por separado, de conformidad con el Artículo 4(III) de la Ley del IEPS. Con respecto a su intento de obtener las devoluciones, el Demandante sostiene haber confiado en una serie de cartas y promesas verbales de funcionarios de la SHCP y en el hecho de que éstos le habían otorgado devoluciones durante algunos períodos (1992 y desde abril de 1996 hasta septiembre de 1997). Se otorgaron las devoluciones a pesar de que los funcionarios siempre estuvieron al tanto de que el Demandante carecía de facturas en las que el monto correspondiente al impuesto estuviese trasladado expreso y por separado y tenía confianza en sus acciones. Algunos de esos mismos funcionarios habían denegado

dichas devoluciones en períodos anteriores. De hecho, según el Demandante, hubo un acuerdo o entendimiento verbal con funcionarios de la SHCP, al que se llegó tras una serie de reuniones e intercambio de correspondencia entre 1994 y 1995, de forma tal que el amparo de 1993 le confirió al Demandante el derecho a recibir devoluciones, en vez de simplemente limitarse a otorgarle el derecho a una tasa de IEPS del 0% sobre las exportaciones de cigarros (memorial, par. 68-69). De acuerdo con el Demandante, este entendimiento era producto de su imposibilidad de obtener las facturas, de las influencias de la Embajada de los Estados Unidos de América y de la entrada en vigor del TLCAN (memorial, Introducción y Resumen, pp. 3-4).

91. No obstante, el Demandante considera que el gobierno mexicano no cumplió con el amparo, a pesar del acuerdo verbal de conceder al Demandante las devoluciones. Por el contrario, los funcionarios del gobierno mexicano buscaron regresara las devoluciones que se habían otorgado en el período comprendido entre abril de 1996 y septiembre de 1997 y denegaron al Demandante las devoluciones fiscales correspondientes a octubre y noviembre de 1997, lo cual le impidió efectivamente al Demandante exportar cigarros. La aplicación de la Ley del IEPS por parte de las autoridades mexicanas (especialmente la aplicación estricta del Artículo 4(III)), que exige que el impuesto conste en las facturas por separado, pese a la imposibilidad de CEMSA de obtenerlos, rindió el fruto esperado. Efectivamente, las maniobras de la SHCP dejaron a CEMSA fuera del negocio de exportación de cigarros, violando así el Artículo 1110. De acuerdo con el Demandante, estos hechos constituyen claramente una expropiación progresiva o indirecta: la intención de México era apartar al Demandante del negocio de exportación de cigarros a través de la manipulación e interpretación de los requisitos legales del IEPS y mediante la denegación de la devolución del IEPS durante un tiempo. El Demandante concluye que el hecho de que las leyes fiscales se apliquen de manera tal a lograr la expropiación no convierte a la expropiación en una reglamentación válida.

92. El Demandado está en desacuerdo por varios motivos. En primer lugar, los actos de la SHCP –al exigir que en las facturas constara el IEPS por separado como condición para acceder a la devolución de dicho impuesto– constituyen un requisito exigido por la Ley del IEPS. En opinión del Demandado, ese requisito es completamente compatible con la sentencia de amparo de la Suprema Corte mexicana

en 1993, que era aplicable a las exportaciones de bebidas alcohólicas y de cigarros, y que sólo decidió que los revendedores, tales como el Demandante, al igual que los productores, tenían derecho a la aplicación de una tasa impositiva del 0% sobre sus exportaciones (memorial de contestación, par. 1-2). La SHCP estaba dispuesta a aplicar la tasa impositiva del 0% y a otorgar las devoluciones, pero si y solo si el Demandante cumplía con los demás requisitos exigidos por la Ley del IEPS, incluidos aquellos relativos a las facturas. Según el Demandado, el requisito de ser un contribuyente para acceder a la devolución impositiva y, especialmente, la exigencia de que el impuesto conste por separado en las facturas nunca fueron puestos a consideración de la Suprema Corte de Justicia de México, que por lo tanto jamás dictó sentencia alguna al respecto (memorial de contestación, par. 23). Además, jamás existió por parte de los funcionarios de la SHCP la intención de renunciar a los requisitos exigidos por el Artículo 4 de la Ley del IEPS. Las devoluciones se otorgan, en un principio, mediante un proceso virtualmente automático, en el cual la SHCP se reserva el derecho legal de auditar a los beneficiarios para determinar si tenían derecho a las devoluciones y si los montos consignados eran correctos.

93. Según el Demandado, no hay fundamentos para resolver que hubo “acuerdo” entre el Demandante y la SHCP en el sentido de que el Demandante tenía derecho a las devoluciones de acuerdo con la sentencia de amparo. Nunca hubo un acuerdo de esta índole, más allá del entendimiento obvio de los funcionarios de la SHCP, comunicado al Demandante tanto verbalmente como por escrito, de que cumplirían con la sentencia de amparo. Esa sentencia no va más allá de exigir que se le otorgue al Demandante la tasa impositiva del 0%. Los funcionarios de la SHCP no abrogaron, ni podrían haber abrogado, los demás requisitos de la Ley del IEPS, entre los cuales se incluye de manera no limitativa la presentación de facturas con el monto de los impuestos trasladado expreso y por separado de conformidad con el Artículo 2 (memorial de contestación, par. 168 y 172).

94. Además, el Tribunal Colegiado de Circuito determinó en el proceso de nulidad iniciado por el Demandante en 1998, entre otras cosas, que las disposiciones de la Ley del IEPS que exigen facturas con el monto de los impuestos trasladado expreso y por separado como condición para obtener devoluciones no es contrario al principio de igualdad tributaria. Desde el punto de vista del Demandado, ésta es una determinación conforme al derecho mexicano que no es correcto que sea abordada por el Tribunal

(dúplica, par. 16). Mientras que los argumentos son, en general, detallados y complejos, el Demandado estima que este juicio prueba que las autoridades administrativas mexicanas actuaron de manera congruente con el derecho mexicano y las decisiones de los tribunales (aun cuando el caso solamente se relaciona, de acuerdo con sus términos reales, a las solicitudes de devoluciones presentadas en noviembre y diciembre de 1997). Por lo tanto, no hay denegación de justicia conforme al derecho mexicano ni otra violación del derecho internacional que pudiera considerarse como fundamento de una violación del Artículo 1110.

95. El Demandado también cuestiona si el Demandante puede demostrar la propiedad de la “inversión” presuntamente expropiada en México por las autoridades mexicanas; en ausencia de una inversión, el Demandante no tiene la legitimación necesaria para iniciar una acción de conformidad con el Capítulo XI. Especialmente, en la medida en que el Demandante busca el pago de devoluciones correspondientes a octubre y noviembre de 1997, ésta es una deuda específicamente excluida de la definición de inversión conforme al Artículo 1139 del TLCAN. No existe una “inversión” de la que el Demandado se haya apropiado o sobre la cual se haya adjudicado el control (memorial de contestación, par. 302 y siguientes.).

H.2 Ley aplicable: Artículo 1110 del TLCAN y el derecho internacional

96. Una cuestión inicial es si existe una “inversión” cubierta por el TLCAN. El término “inversión” está definido en el Artículo 1139 en términos sumamente amplios. Cubre prácticamente todos los tipos de interés financiero, directo o indirecto, salvo ciertos reclamos monetarios. El primer punto incluido bajo “inversión” es “una empresa”. No hay desacuerdo entre las partes acerca de que la Corporación de Exportaciones Mexicanas, S.A. (CEMSA) es una persona jurídica constituida de conformidad con las leyes de México y casi totalmente controlada por el ciudadano inversionista estadounidense Marvin Roy Feldman Karpa (Primera declaración testimonial de Feldman, par. 1). Entre las definiciones que proporciona el diccionario de la palabra “empresa” consta la siguiente: “una unidad de organización o actividad económica, especialmente, una organización comercial” (Webster’s New Collegiate Dictionary, 1977 ed.). Como tal, el Tribunal determina que CEMSA está incluida en la

definición del término “empresa” y, por lo tanto, es una “inversión” de conformidad con el TLCAN. Esta conclusión es compatible con la conclusión a la que llegaron otros tribunales que han juzgado casos relacionados con el Capítulo XI del TLCAN. Por ejemplo, en el caso S.D. Myers c. el Gobierno de Canadá, el tribunal concluyó que una sociedad canadiense constituida con el propósito de facilitar las exportaciones de residuos peligrosos a los Estados Unidos, una filial de S.D. Myers en los Estados Unidos de propiedad de los mismos accionistas propietarios de S.D. Myers, cumplía los requisitos del TLCAN para ser considerada una “inversión.” (S.D. Myers c. el Gobierno de Canadá, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, par. 230-231, <http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf>.)

97. La expropiación conforme al Capítulo XI se rige por el Artículo 1110 del TLCAN, a pesar de que el TLCAN carece de una definición precisa de expropiación. En su parte pertinente, dicho artículo especifica lo siguiente:

1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar o 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 par. 2 a 6.⁵

La cuestión clave, tanto en términos generales como en el caso que nos ocupa, es si los actos del Demandado constituyen una expropiación.

98. La redacción del Artículo 1110 es tan amplia que se hace difícil aplicarlo a casos específicos. Según el punto de vista del Tribunal, la determinación esencial es si los actos del gobierno mexicano constituyen una expropiación o nacionalización, o una acción gubernamental válida. Si no existe un acto expropiatorio, los factores enumerados en los puntos (a) al (d) tienen una pertinencia limitada, salvo en la medida

⁵ El énfasis es nuestro. Los par. 2-6 prevén una indemnización “equivalente al justo valor de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo”; que el pago de la indemnización se haga sin demora y sea completamente liquidable; que incluya intereses en una moneda fuerte; y que pueda transferirse libremente. *Idem* Artículo 1110(1) (2-6).

en que han contribuido a diferenciar entre actos gubernamentales que representan una expropiación y aquellos que no, o son equivalentes a violaciones de los Artículos 1102 y 1105 del TLCAN. Si se resuelve que ha habido expropiación, se exige una indemnización incluso si la confiscación se funda en razones de utilidad pública, es no discriminatoria y con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1).

99. El punto de vista de que las condiciones (excepto el requisito de indemnización) no son de importancia primordial para determinar la expropiación ha sido confirmada por el Restatement of the Law of Foreign Relations of the United States, fuente en la que se basan muchos abogados estadounidenses y canadienses y que ha sido mencionada en los memoriales tanto del Demandante como del Demandado en este procedimiento.⁶ Por ejemplo, de acuerdo con el Restatement, el requisito de la causa de utilidad pública “no ha figurado en forma destacada en la práctica de las reclamaciones internacionales, tal vez porque el concepto de utilidad pública es amplio y no está efectivamente sujeto a un análisis adicional por parte de otros Estados.” (AMERICAN LAW INSTITUTE, Restatement of the Law Third, the Foreign Relations of the United States, USA, American Law Institute Publishers, Vol. 1, 1987, (en adelante, el Restatement), Sección 712, Comentario g.). Del mismo modo, el Restatement sugiere que, si se paga la indemnización que corresponde por una expropiación, el hecho de que la confiscación no sea por causa de utilidad pública y haya sido discriminatoria “podría incluso no dar lugar a una impugnación con resultado favorable.” Un comentario señala, quizá de manera un tanto inconsistente, que “los daños económicos [incluidos bajo la sección 712(3)] son generalmente ilegales por ser discriminatorios o arbitrarios.” (Idem, Sección 712, Comentario i.) Esta última cláusula da a entender que si los actos gubernamentales (legislativos, administrativos o judiciales) son discriminatorios o arbitrarios (o tal vez injustos o inequitativos), como se alega que ocurre en este caso, será más probable que se los considere expropiatorios, lo cual confiere un grado de circularidad a la dicotomía “expropiación c. reglamentación”.

100. Es más significativo, en relación con este caso, que el Artículo 1110 no sólo considera las confiscaciones directas sino también la expropiación indirecta y

⁶ Memorial, par. 151 y siguientes; memorial de contestación, par. 335 y siguientes (con algunas calificaciones). Es importante destacar que el lenguaje utilizado en la *Restatement*, Sección 712, difiere en forma significativa de la empleada en el TLCAN, aun cuando los conceptos son similares.

aquellas medidas que sean “equivalentes a la expropiación”, lo cual, potencialmente, engloba una variedad de actividades regulatorias gubernamentales que pueden interferir significativamente con los derechos de propiedad de un inversionista. El Tribunal considera que, desde un punto de vista funcional, ambas expresiones tienen un alcance equivalente. Se reconoce que la expropiación directa es relativamente fácil: las autoridades gubernamentales toman el control de una mina o una fábrica, privando al inversionista de todos los beneficios significativos de propiedad y control. Sin embargo, es mucho menos claro determinar cuándo un acto gubernamental que interfiere con derechos de propiedad definidos en forma amplia —una “inversión” de conformidad con el Artículo 1139 del TLCAN— dejan de ser una reglamentación válida y se transforman en una afectación de la propiedad sujeta a indemnización, y es justo reconocer que nadie ha podido trazar en forma satisfactoria una clara línea divisoria entre ambos conceptos.

101. Por su propia naturaleza, las medidas impositivas, incluso si están concebidas como una expropiación y tienen tal efecto, serán indirectas y tendrán un efecto que puede ser equivalente al de la expropiación. Si las medidas se instrumentan a lo largo de un período de tiempo, también podrían ser tipificadas como “progresivas”, cuya naturaleza, en opinión también del Tribunal, no es distinta de aquellas designadas como expropiación “indirecta” o “equivalente a la expropiación” según los términos del Artículo 1110(1); y, se encuentra subsumida en dichos términos. El Demandante ha alegado “expropiación progresiva”. El Demandado ha objetado que el Demandante no ha hecho, en realidad, sino agregar un nuevo elemento al caso que, entre otras cosas, debiera haber sido presentado a consideración de las autoridades competentes de conformidad con el Artículo 2103(6) para que determinaran si debía ser excluido de la definición de expropiación. El Restatement define a la “expropiación progresiva”, en parte, como a un Estado que busca “lograr el mismo resultado [que el de una confiscación propiamente dicha] por medio de medidas fiscales y regulatorias concebidas con el fin de que la ejecución permanente de un proyecto resulte antieconómica y sea abandonado” (Restatement, Sección 712, Nota 7 del Reporter). Dado que el Tribunal es de la opinión de que la expropiación progresiva, según la define el Restatement antes mencionada, es una forma de expropiación indirecta y puede, por lo tanto, constituir medidas “equivalentes a la expropiación”, el Tribunal incluye la

expropiación progresiva en su consideración conjuntamente con estos otros términos estrechamente vinculados⁷.

102. En última instancia, las decisiones acerca de cuándo las medidas regulatorias se tornan indemnizables conforme al Artículo 1110 y a disposiciones similares en otros acuerdos se toman, al parecer, sobre la base de los hechos presentados en casos específicos. Este Tribunal debe, necesariamente, adoptar el mismo criterio.

103. El Tribunal observa que son muchas las formas en que las autoridades gubernamentales pueden dejar a una empresa fuera del negocio o reducir significativamente los beneficios económicos de su actividad comercial. Antiguamente, los impuestos confiscatorios, la denegación del acceso a la infraestructura o a las materias primas necesarias o la imposición de regímenes regulatorios arbitrarios, entre otros, han sido considerados medidas expropiatorias. Al mismo tiempo, los gobiernos deben tener la libertad de actuar en pro del interés público más amplio a través de la protección del medio ambiente, regímenes impositivos nuevos o modificados, el otorgamiento o cancelación de subsidios gubernamentales, la reducción o el aumento de los niveles arancelarios, la imposición de zonas restringidas y medidas similares. Ninguna reglamentación gubernamental razonable de este tipo puede lograrse si se permite que los negocios que se vean perjudicados busquen una indemnización, y cabe afirmar con certeza que el derecho internacional consuetudinario reconoce esta circunstancia (ver infra, par. 105).

104. Trazar una línea divisoria entre la expropiación y la actividad regulatoria ha sido una tarea difícil, tanto en el período anterior al TLCAN como para los pocos tribunales arbitrales que hasta ahora se han conformado en los términos del Capítulo XI del TLCAN que han debido considerar esta cuestión. Aquí también, a pesar del lenguaje menos específico y la falta de referencias a la expresión “equivalente a la expropiación,” el Restatement resulta de cierta ayuda, especialmente los comentarios, para entender el

⁷ Este Tribunal observa que el tribunal que juzgó el caso *S.D. Myers* (citando a *Pope & Talbot*) llegó efectivamente a la conclusión de que las palabras “equivalente a la expropiación” tenían la intención de abarcar el concepto de expropiación “progresiva” más que “ampliar el alcance internacionalmente aceptado del término expropiación.” Ver *S.D. Myers c. el Gobierno de Canadá*, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, par. 286, <http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf>

derecho internacional consuetudinario en este punto. En su parte pertinente, la Sección 712 reza lo siguiente:

“Conforme al derecho internacional, un Estado es responsable por daños derivados de:

(1) la confiscación, por parte del Estado, de los bienes de un ciudadano de otro Estado que

- (a) no sea por causa de utilidad pública, o
- (b) sea discriminatoria, o
- (c) no esté acompañada por una justa indemnización.”

Mientras que esta redacción difiere considerablemente de la redacción del Artículo 1110, contiene muchos de sus elementos esenciales, particularmente el concepto de la confiscación y las condiciones.

105. Los “comentarios” del Restatement tienen la intención de ayudar a determinar, *inter alia*, cómo distinguir entre una expropiación indirecta y una reglamentación gubernamental válida:

‘Un Estado es responsable por la expropiación de bienes conforme al apartado (1) cuando somete los bienes extranjeros a impuestos, regulaciones u otras medidas de naturaleza confiscatoria o que impidan, interfieran arbitrariamente o demoren indebidamente el goce efectivo de los bienes extranjeros o su traslado desde el territorio de ese Estado... *Un Estado no es responsable de la pérdida de bienes u otras desventajas económicas derivadas de tributos o regulaciones impuestos de buena fe y en general, de la confiscación por delitos u otros actos de este tipo que sean comúnmente aceptados como parte del poder de policía de los Estados, si no son discriminatorios....*’ (Restatement, Sección 712, comentario g, el énfasis es nuestro.)

106. Es notable que el comentario del Restatement incluya específicamente los “impuestos” como una posible medida expropiatoria y atribuya responsabilidad al Estado, entre otras cosas, cuando interfiere arbitrariamente con la propiedad de un extranjero. Al mismo tiempo, los impuestos establecidos de buena fe y no discriminatorios no crean responsabilidad. Las Notas del Reporter al Restatement dan a entender, además, que “el hecho de que un acto estatal constituya una confiscación y exija indemnización conforme al derecho internacional, o sea un impuesto o reglamentación dentro del poder de policía que no de lugar a una obligación de

indemnizar, incluso si un ciudadano extranjero sufre una pérdida como consecuencia de ello” debe determinarse a la luz de todas las circunstancias del caso (Restatement, Sección 712, Nota 5 del Reporter).

107. Además del Restatement, este Tribunal también procuró contar con la guía de las decisiones adoptadas por varios tribunales anteriores del Capítulo XI del TLCAN que han interpretado el Artículo 1110. El Tribunal comprende que, conforme al Artículo 1136(1) del TLCAN, “El laudo dictado por un tribunal será obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto” y que cada determinación conforme al Artículo 1110 se basa necesariamente en los hechos específicos de cada caso. Sin embargo, en virtud de que ambas partes en este procedimiento han citado extensamente algunas decisiones anteriores y se han basado en ellas, el Tribunal considera conveniente examinar brevemente las partes pertinentes de las decisiones previas, en particular Azinian c. Estados Unidos Mexicanos y Metalclad c. Estados Unidos Mexicanos. De todos modos, sólo ha habido un laudo previo de confiscación conforme al Artículo 1110, en Metalclad, y los principales fundamentos de esa decisión fueron en gran medida anulados por la corte de revisión, la Suprema Corte de la Columbia Británica. En las demás decisiones que hasta la fecha han considerado alegaciones de una violación al Artículo 1110 y que han intentado coordinar criterios para arribar a sus decisiones (S.D. Myers c. Canadá y Pope & Talbot c. Canadá), los tribunales, por diversos motivos, no encontraron violaciones al Artículo 1110.

H.3 Actos del Demandado considerados una expropiación conforme al Artículo 1110

108. El Tribunal se ha esforzado considerablemente, a la luz de los hechos y los argumentos jurídicos presentados, en interpretar la redacción del Artículo 1110 y otras disposiciones pertinentes del TLCAN, los principios del derecho internacional consuetudinario y las decisiones anteriores de tribunales vinculados con el TLCAN, a fin de determinar si los actos del Demandado relacionados con el Demandante constituyeron una expropiación indirecta o “progresiva”, o actos equivalentes a una expropiación. (En este caso, no se alega una expropiación o confisca directa conforme

al Artículo 1110.) La conclusión de que no constituyen actos de expropiación se explica a continuación.

109. Los hechos aquí presentados, dependiendo de su interpretación, parecen sustentar el criterio de expropiación indirecta o progresiva. El Demandante, por los actos del Demandado, ya no puede dedicarse al negocio de compra y exportación de cigarros mexicanos, por lo cual ha sido privado en forma total y permanente de todos los posibles beneficios económicos derivados de dicha actividad.⁸ Entre 1991, cuando el Demandante inició su recurso de amparo, y diciembre de 1997, cuando la SHCP se negó definitivamente a otorgarle a CEMSA devoluciones de impuestos sobre sus exportaciones de cigarros, la SHCP siguió un curso de acción contradictorio y faltó de transparencia. En algunos casos, autorizó y pagó las devoluciones (correspondientes por ejemplo a las exportaciones de 1992); en otros, durante períodos significativos (1994-1995), los denegó. En diversos momentos, funcionarios de la SHCP suministraron al Demandante documentación escrita que podría haber llevado a algunas personas, en forma razonable o no, a creer que la SHCP estaba de acuerdo con la postura del Demandante en el sentido de que la sentencia de amparo de 1993 exigía que se le concediera al Demandante devoluciones (ver, por ejemplo, las cartas del 12 de marzo de 1992, del 10 de mayo de 1994 y del 16 de marzo de 1997). La SHCP intentó, mediante una auditoría fiscal, obtener el reembolso de las devoluciones pagadas al Demandante en 1996 y en 1997, más la tasa de inflación, los intereses y posibles multas. Asimismo, conforme al Artículo 2103(6) del TLCAN, los Estados Parte expresamente confirman que las reglamentaciones tributarias pueden ser expropiatorias según lo dispuesto en el Artículo 1110, aunque con significativas restricciones.⁹

⁸ Según lo analizado en la Sección “Daños” de este Laudo Arbitral (par. 189-207), existe un serio cuestionamiento acerca de si el negocio del Demandante, incluso si la SHCP hubiera otorgado sistemáticamente las devoluciones en sus montos correctos, hubiera sido económicamente viable, teniendo en cuenta el escaso margen de ganancias basado en una utilidad bruta de menos de US \$0.10 entre el costo neto de impuestos de CEMSA de los cigarros y el precio de venta pagado por los clientes de CEMSA.

⁹ En primer lugar, el Artículo 2103 del TLCAN excluye de manera general las medidas impositivas del alcance del TLCAN: “Salvo lo indicado en este Artículo, nada de lo contenido en este Convenio se aplicará a las medidas impositivas.” Sin embargo, esta exclusión no es absoluta. El Artículo 2103(3)(b) hace que el Artículo 1102 sea aplicable a las medidas impositivas y el Artículo 2103(6) hace que el Artículo 1110 sea aplicable bajo ciertas condiciones. No se menciona el Artículo 1105 entre las excepciones a la exclusión; por lo tanto, no se aplica a las medidas impositivas, salvo que se haya probado una expropiación conforme al Artículo 1110, y hay un análisis acerca de si el acto expropiatorio satisface los requisitos de legalidad y del Artículo 1105, según lo dispuesto en el Artículo 1110(1)(c).

110. Nadie puede cuestionar seriamente que, en ciertas circunstancias, la actividad reglamentaria del gobierno puede constituir una violación del Artículo 1110. Por ejemplo, en *Pope & Talbot*, Canadá argumentó que “la mera interferencia no es expropiación; en realidad, para que haya expropiación, se requiere un grado importante de privación de los derechos fundamentales de propiedad”.¹⁰ El tribunal rechazó este criterio:

Las reglamentaciones pueden, sin duda, tipificarse de modo que constituyan una expropiación progresiva... De hecho, muchas expropiaciones progresivas podrían ejecutarse mediante reglamentaciones, y una excepción global de las medidas reglamentarias crearía un vacío enorme en la protección internacional contra las expropiaciones. (*Idem*, par. 99.)

Sin embargo, el tribunal en el caso *Pope & Talbot* no halló una violación del Artículo 1110. Este Tribunal considera más persuasivos los argumentos jurídicos en contra de un fallo de expropiación, por los motivos que se detallan más adelante, y llega a la misma conclusión sobre hechos muy distintos de los presentados en el caso *Pope & Talbot*.

111. Los fundamentos en los que se basa este Tribunal para desestimar la alegación de una violación del Artículo 1110 pueden resumirse del siguiente modo: (1) Como sugiere el caso Azinian, no todos los problemas comerciales que experimenta un inversionista extranjero constituyen una expropiación conforme al Artículo 1110; (2) el TLCAN y los principios de derecho internacional consuetudinario no le exigen a un Estado que autorice exportaciones de cigarros en un mercado gris; (3) en ningún momento la Ley del IEPS, tal como ha sido formulada, confirió a los revendedores de cigarros mexicanos como CEMSA el “derecho” de exportar cigarros (debido, fundamentalmente, al requisito legal/técnico de que las facturas consignaran el monto de los impuestos en forma separada y a su condición de no contribuyente); y (4) la “inversión” del Demandante, el negocio de exportación conocido como CEMSA, sigue estando, hasta donde puede determinarlo este Tribunal, bajo el control total del Demandante, una empresa con el derecho aparente a dedicarse a la exportación de bebidas alcohólicas, materiales fotográficos, lentes de contacto, leche en polvo y otros

¹⁰ *Pope & Talbot c. el Gobierno de Canadá*, Laudo Provisorio, 26 de junio de 2000, par. 87-88, <http://www.state.gov/documents/organization/3989.pdf>. Canadá también manifestó que “tantamount” simplemente significa “equivalente,” y que esta redacción no tenía la intención de ampliar el alcance del

productos mexicanos —todo producto que pueda adquirir contra la recepción de facturas que trasladen expresamente y por separado el monto de los impuestos— y a recibir devoluciones de todo impuesto aplicable conforme a la Ley del IEPS. Pese a que ninguno de estos factores por sí mismo es necesariamente concluyente, desde el punto de vista del Tribunal, si son tomados en forma conjunta, inclinan la balanza de la expropiación/reglamentación en contra de la la decisión de expropiación.

H.3.1 Muchos problemas comerciales no constituyen expropiaciones

112. En primer lugar, el Tribunal está consciente de que no todo problema comercial que experimente un inversionista extranjero constituye un caso de expropiación indirecta conforme al Artículo 1110, o una denegación del principio de legalidad o de un trato justo y equitativo conforme al Artículo 1110(1)(c). Tal como observó el tribunal del caso Azinian, “Es una circunstancia ordinaria de la vida en todo lugar que las personas puedan decepcionarse en sus tratos con las autoridades públicas... Podemos tener la certeza de que existen muchas empresas mexicanas que han tenido relaciones comerciales con entidades gubernamentales las cuales no han concluido a su satisfacción...” (Robert Azinian y Otros c. los Estados Unidos Mexicanos, Laudo Arbitral del 1º de noviembre de 1999, par. 83, 14 ICSID Review. FILJ 2, 1999.) Parafraseando el caso Azinian, no toda la actividad reglamentaria del gobierno que le dificulta o imposibilita a un inversionista llevar a cabo un determinado negocio, ni todo cambio en la legislación o en la aplicación de leyes existentes que torna antieconómico continuar un determinado negocio constituyen una expropiación conforme al Artículo 1110. En el ejercicio de sus poderes regulatorios, los gobiernos frecuentemente cambian sus leyes y regulaciones en respuesta a los cambios que se producen en las circunstancias económicas o en los aspectos políticos, económicos o sociales. Estos cambios bien pueden tornar algunas actividades menos rentables o inclusive antieconómicas.

113. En este caso, es innegable que el Demandante ha experimentado grandes dificultades en su relación con funcionarios de la SHCP y, en ciertos aspectos, ha sido tratado de una forma menos que razonable, pero el trato dispensado de acuerdo con las circunstancias de este caso no llega a constituir una violación del derecho internacional

Artículo 1110 de forma que, además de la expropiación progresiva, también cubriese las medidas

conforme al Artículo 1110. Lamentablemente, las autoridades fiscales, en la mayoría de los países, no actúan siempre en forma consistente y predecible. La Ley del IEPS, en principio (aunque no necesariamente en la forma en que se aplicó), es sin lugar a dudas una medida impositiva general del tipo previsto en el Comentario g del Restatement (ver supra par. 105, 106). Como en la mayoría de los regímenes fiscales, las leyes fiscales se utilizan como instrumentos de política pública así como de política fiscal, y mientras que ciertos contribuyentes se ven inevitablemente favorecidos, otros se ven menos favorecidos o incluso perjudicados.

114. Más aún, el Demandante podría haber utilizado más tempranamente los procedimientos disponibles conforme al derecho mexicano para obtener un fallo formal y vinculante sobre el tema de las facturas exigidas por la SHCP, pero al parecer decidió no hacerlo (ver el testimonio preparado de Fernando Hefty, par. 7-9). A pesar de las dudas de carácter legal sobre los aspectos de los que dependía el éxito de este negocio, el Demandante solicitó una aclaración de las cuestiones legales derivadas del Artículo 4 de la Ley del IEPS sólo cuando se vio efectivamente forzado a hacerlo, en el mes de abril de 1998, después de que la SHCP le denegó la solicitud de devoluciones de impuestos correspondientes a las exportaciones efectuadas entre octubre de 1997 y enero de 1998 y, luego en marzo de 1999, cuando, como resultado de una auditoría de impuestos, la SHCP reclamó el reembolso de la devoluciones más los intereses, el ajuste por inflación y las multas sobre las devoluciones de impuestos previamente recibidas en 1996 y 1997¹¹. No resulta claro por qué se abstuvo de buscar una aclaración, pero lo hizo a su propio riesgo, sobre todo teniendo en cuenta que se enfrentaba a leyes impositivas y a autoridades fiscales, que están sujetas a importantes formalidades en México y en la mayoría de los demás países del mundo.

regulatorias. *Idem*, par. 89.

¹¹ Asimismo, a pesar de que el Tribunal está consciente, según lo indicado anteriormente, que los procedimientos ante el Tribunal Fiscal de 1999, que cuestionaron las acciones de la SHCP para recuperar del Demandante las devoluciones de impuestos, no han finalizado, la decisión más reciente hizo lugar al argumento del Demandante en el sentido de que los requisitos de la Ley del IEPS respecto del traslado expreso y por separado de los montos de los impuestos en las facturas y la exclusión de devoluciones por exportaciones a jurisdicciones de baja imposición fiscal, son inconstitucionales conforme a la legislación mexicana. La importancia de esta resolución judicial se ve en parte contrarrestada por el hecho de que, en otro procedimiento de 1998, ya finalizado, que cuestionó la denegación de las devoluciones de impuestos entre octubre de 1997 y enero de 1998, otro tribunal mexicano que consideró esencialmente las mismas cuestiones falló a favor de la SHCP (ver la sentencia de amparo del 24 de agosto de 2000).

H.3.2 Exportaciones del mercado gris y el derecho internacional

115. En segundo lugar, desde el punto de vista de este Tribunal, el TLCAN y los principios de derecho internacional consuetudinario no le exigen a un Estado a que autorice a exportar cigarros a revendedores no autorizados (exportaciones del mercado gris). Una prohibición de esta índole puede fundarse en razones objetivas. Tales razones incluyen la necesidad de desalentar el contrabando (de cigarros que presuntamente se exportan de vuelta a México) que puede privar a un gobierno de ingresos fiscales significativos, o el mantenimiento de altos impuestos sobre los cigarros para desalentar el hábito de fumar (como ocurre en Canadá) y, tal como sugirió un funcionario del gobierno mexicano, la voluntad de ayudar a los productores a cumplir con sus obligaciones de pago de licencias de marcas registradas conforme a convenios privados (ver Declaración de Ismael Gómez Gordillo, Apéndice 6045-6054). Tal como ambas partes han reconocido en este procedimiento, es innegable que el contrabando de cigarros es un problema grave no sólo para México sino para muchas otras naciones.¹²

116. La conclusión de que ni el TLCAN ni las reglas del derecho internacional consuetudinario exigen que un Estado autorice las exportaciones de cigarros del mercado gris se ve, en cierta medida, reforzada por la resolución de la autoridad competente de los Estados Unidos de que la acción de México de adoptar una ley, que entró en vigor el 1º de enero de 1998, por la cual se limitaba la disponibilidad de las devoluciones de los impuestos internos a aquellos que compraban cigarros en la “primera venta” realizada dentro de México (es decir, en la venta del productor al cliente del productor, pero no en las reventas subsiguientes) no constituía una expropiación conforme al Artículo 1110 del TLCAN. (Carta del 17 de febrero de 1999 del Secretario Adjunto del Tesoro de los Estados Unidos, Donald C. Lubick, al Subsecretario de Ingresos de México, Tomás Ruiz.) El efecto de esta reforma de la Ley del IEPS en 1998 tuvo exactamente el mismo objetivo que la reforma de 1991, que negaba a los revendedores la posibilidad de gozar de una tasa del 0% sobre sus exportaciones. (Esta reforma de 1991 fue declarada inconstitucional por la sentencia de

¹² Ver, por ejemplo, el Anexo 6 de la réplica del Demandante, que incluye copias de recientes informes periodísticos acerca del contrabando de cigarros estadounidenses a Canadá y a varios países europeos; indicaciones de que los productores de cigarros en México han bajado el precio del cigarro en un 25% para poder competir más eficazmente con los cigarros de contrabando (transcripción, 12 de julio de 2001, p. 148); y documentación proporcionada por el Demandado, que sugiere que algunos cigarros exportados de México a los Estados Unidos volvían a importarse a México desde El Paso.

amparo emitida por la Corte Suprema en 1993.) La carta de la autoridad competente de los Estados Unidos intenta desvincular la medida de 1998 con la previa al manifestar que “no debe extraerse ninguna inferencia de mis opiniones, o de las opiniones del gobierno de los Estados Unidos, en cuanto a si las dos primeras medidas descritas previamente [la presunta negativa de México a aplicar la sentencia de amparo y a otorgar las devoluciones del IEPS] constituyen una expropiación conforme a lo dispuesto en el Artículo 1110 del TLCAN”, pero la comparación es inevitable. Como mínimo, sugiere que corresponde dar a los cambios en la legislación y en la política fiscal un margen relativamente amplio bajo el TLCAN, aun cuando tengan el efecto de hacer impráctica la continuidad de ciertas actividades comerciales.

H.3.3 Requisitos que consistentemente se han mantenido en el Artículo 4(III) de la Ley del IEPS

117. En tercer lugar, en este caso *no* hubo, durante todo el período que transcurre entre 1990 y 1997, una prohibición gubernamental que por sí misma impidiera a los revendedores a exportar cigarros (u otros productos) desde México. Los esfuerzos realizados por el Demandado para imponer por la vía legislativa una prohibición de este tipo en 1990 fueron considerados inconstitucionales por la Suprema Corte en la sentencia de amparo de 1993. En una interpretación limitada de tal sentencia —que la misma exigía que tanto productores como revendedores gozarán de la tasa del 0% sobre sus exportaciones, pero nada más— era legalmente posible para el Demandante exportar cigarros a una tasa del 0% si cumplía los demás requisitos exigidos en la Ley del IEPS.¹³ Sin embargo, el Demandante estaba efectivamente impedido de aprovechar la tasa del 0% y, por lo tanto, de exportar cigarros, a menos que pudiera obtener también la devolución de los impuestos incluidos (pero no trasladados expreso y por separado) en el precio que pagaba a los grandes minoristas —Walmart y Sam’s— por sus cigarros. Este problema se originaba en el hecho de que los productores mexicanos de cigarros —especialmente Cigatam, la licenciataria mexicana de la marca Marlboro— se negaban a venderle al Demandante porque querían preservar un monopolio de la exportación (de acuerdo con la primera declaración

¹³ Técnicamente, el amparo parece aplicarse solamente a la Ley del IEPS cuestionada, es decir, a la versión de 1990. Sin embargo, el Artículo 2(III) de la ley fue reformado una vez más en 1992, de forma tal de que se aplicara la tasa del 0% tanto para revendedores/exportadores como para

testimonial de Feldman, par. 14) o quizás por otros motivos, negativa que está al parecer dentro de sus derechos de acuerdo con las leyes mexicanas. En términos económicos, habría sido imposible para el Demandante pagar el precio de los cigarros en México, incluido el 85% de impuestos internos exigidos por la Ley del IEPS, y vender luego esos cigarros en algún país extranjero. (Una vez que la nación extranjera sumara sus propios impuestos internos a la importación, el precio de los cigarros mexicanos con ambos impuestos sumados se habría ubicado a un valor totalmente fuera de mercado.)

118. En sus esfuerzos por obtener las devoluciones, el Demandante se vio bloqueado por un requisito de la Ley del IEPS vigente desde larga data, el requisito contenido en el Artículo 4(III), por el cual se le exige que cuando busca obtener devoluciones, como no contribuyente, presente facturas que demuestren que el impuesto IEPS ha sido trasladado expreso y por separado al contribuyente (ver supra, par. 15). Sin embargo, aun en el supuesto de que el Demandante fuese un “contribuyente” conforme a esta disposición, en vistas de las peculiaridades del cálculo de los impuestos sobre los cigarros —y hay ciertas dudas respecto de este supuesto—, el Demandante no podría obtener las facturas exigidas en ningún momento. El Demandante no podía obtener la información de los minoristas que le suministraban los cigarros (ya que ellos mismos desconocían esos montos impositivos), y los productores de cigarros no estaban dispuestos a proporcionarle dicha información.¹⁴ Por lo tanto, el Tribunal tiene la impresión de que el Demandante nunca tuvo realmente “derecho” a obtener las devoluciones de los impuestos que gravaban la exportación de cigarros, sino únicamente el derecho a gozar de la tasa del 0%. Esto es relevante ya que, en la medida en que así lo ha podido determinar el Tribunal, el único activo importante de CEMSA, es su supuesto derecho a percibir las devoluciones del impuesto IEPS sobre la exportación de cigarros y obtener ganancias de ese negocio.¹⁵ También observamos

productores/exportadores, siempre que el país de destino no fuera una jurisdicción de baja imposición (paraísos fiscales).

¹⁴ A pesar de que la base imponible del IEPS a los cigarros es el precio de venta al minorista, conforme a la ley del IEPS, la parte responsable de pagar el impuesto es el productor o su distribuidor controlado, no el minorista, presumiblemente para asegurar que el monto total de los impuestos se pagaran dentro de un sistema de distribución en el que muchos de los minoristas eran operadores de pequeños quioscos, de quienes la SHCP aparentemente desconfiaba le fueran a pagar los montos impositivos correctos o llevaran registros adecuados que le garantizaran a la SHCP que se estaba pagando el total de los impuestos. Ver Artículo 11 de la ley del IEPS (1991).

¹⁵ En el expediente no obran pruebas de la existencia de activos tangibles significativos de CEMSA. El Demandante afirma que la capitalización inicial de CEMSA en el momento de su constitución, en 1998, fue de un total de \$510,000 pesos mexicanos, pero no hay indicación de qué porcentaje de esta suma fue

que el Demandante admite que “la discriminación entre productores y revendedores de cigarros [no] entraña necesariamente una violación del derecho internacional.” (Ver el escrito del Demandante del 8 de mayo de 2002, par. 9.) Antes bien, el Demandante se basa en la presunta negativa de las autoridades mexicanas a cumplir con la sentencia de amparo de 1993 y en el presunto convenio posterior entre el Demandante y funcionarios de la SHCP, en virtud del cual la primera podría obtener devoluciones impositivas a pesar de no contar con facturas que trasladaran expreso y por separado los montos del impuesto.

119. El principal tema de controversia aquí es si la denegación de las devoluciones del IEPS por la imposibilidad de cumplir con el requisito de presentar las facturas exigidas constituyó una expropiación de la inversión del Demandante (el derecho a exportar cigarros) conforme al Artículo 1110. Una cuestión conexa es la denegación de percibir devoluciones de impuestos sobre exportaciones presuntamente efectuadas a una jurisdicción de baja imposición fiscal (Honduras), también presuntamente prohibida por la Ley del IEPS (ver supra par. 8). No obstante, con el objeto de determinar si los actos del gobierno mexicano en el período crítico comprendido entre 1996 y 1997 privaron al Demandante de un “derecho fundamental de propiedad” (término utilizado por el tribunal en el caso Pope & Talbot), es importante observar que el requisito relativo a las facturas de la Ley del IEPS no era nuevo ni había sido modificado por los funcionarios mexicanos (salvo en cuanto al alcance o no alcance de su aplicación) en perjuicio del Demandante. En todo momento durante el período comprendido entre el 1º de enero de 1987, incluyendo abril de 1990, cuando CEMSA se inscribió como compañía exportadora, y el 1º de enero de 1998, cuando la nueva Ley del IEPS definitivamente impidió las devoluciones salvo para la “primera venta” en México, el Artículo 4(III) de la Ley del IEPS, tal como había sido redactado (aunque no tal como siempre fuera aplicado), requería efectivamente a los revendedores de cigarros como CEMSA obtener las facturas con el traslado expreso y por separado de los montos de los impuestos. Aun cuando el procedimiento de 1999 ante el Tribunal Fiscal de México llegue en última instancia a resolver que la denegación de las devoluciones en 1996 y 1997 es inconstitucional conforme al derecho mexicano, no es

pagada en capital. Declaración de Feldman del 28 de marzo de 2001, par. 1. Por otra parte, la reclamación de indemnización del Demandante se basa casi en su totalidad en un cálculo de lucro cesante y el valor

ésta una cuestión de la que el Demandante pueda razonablemente argumentar que los cambios en la ley posteriores a su inversión destruyeron su inversión, ya que la Ley del IEPS, en todo momento pertinente, contenía el requisito relativo a las facturas. Por supuesto, México intentó primero prohibir tales exportaciones en 1990, negando a los revendedores la tasa del 0%, pero ese intento fue frustrado por la Suprema Corte. Es así que, en retrospectiva, el problema más arduo del Demandante en relación con las exportaciones de cigarros no fue la tasa del 0%, sino los requisitos técnicos de la Ley del IEPS acerca de las facturas y, mucho después, la negativa de otorgar devoluciones de impuestos por aquellas exportaciones destinadas a jurisdicciones de baja imposición fiscal, disposición que también se mantuvo siempre claramente expresada en la Ley del IEPS durante todos los períodos pertinentes al caso.

120. El Demandante argumenta que la sentencia de amparo dictada por la Suprema Corte en 1993 resolvió no sólo la cuestión de la tasa del 0%, sino también lo relativo a los requisitos que imponía la Ley del IEPS en cuanto a facturas y contribuyentes, y sostiene que la SHCP limitó incorrectamente el alcance de esa decisión a la tasa del 0%. Hay elementos en la sentencia que condenan la discriminación entre productores y otros vendedores en general, que no se limitan a la tasa del 0%. Asimismo, hay una lógica inherente en la posición del Demandante; si el Demandante tuviera razón, ello sería un argumento sólido para resolver en favor de la expropiación progresiva o la denegación de justicia. Si la sentencia de amparo resuelve únicamente la cuestión de la tasa del 0%, pero el Demandante no puede cumplir con los demás requisitos de la Ley del IEPS, incluido el Artículo 4 relativo a las facturas, no hay posibilidades de que CEMSA pueda beneficiarse de esa decisión en relación con las exportaciones de cigarros, ya que la empresa todavía se ve impedida de continuar su negocio de exportación de cigarros.

121. El problema para el Demandante es que de una lectura cuidadosa de la sentencia de amparo de la Suprema Corte surge que tal sentencia no menciona el Artículo 4; el análisis se limita estrictamente a la disponibilidad de la tasa del 0% establecida en el Artículo 2 de la Ley del IEPS para revendedores y productores y a una evaluación de carácter general sobre la constitucionalidad de la discriminación. Por

del negocio en marcha, más el reclamo por las devoluciones solicitadas pero no pagadas, correspondientes a octubre y noviembre de 1997. Ver memorial, par. 231

diversos motivos, el Demandante no mencionó el Artículo 4 y el mismo no fue considerado por la Suprema Corte, aun cuando se planteó específicamente la cuestión de la tasa del 0% para bebidas alcohólicas y cigarros.¹⁶ No hay indicación alguna en la sentencia de que la Suprema Corte tuviera la intención de abrogar o reformar esta disposición de importancia crítica de la Ley del IEPS, ya que, aparentemente, ni siquiera la consideró, y este Tribunal no tiene forma de adivinar cuál hubiera sido el resultado si la cuestión del Artículo 4 hubiese sido directamente sometida a consideración de la Suprema Corte. En este aspecto, incluso el Demandante admite que la Corte, en el amparo, no analizó la mecánica del IEPS (réplica, par. 43). En lugar de ello, tal como ya se señaló, ningún tribunal mexicano consideró directamente estas cuestiones hasta que el Demandante presentó sus cuestionamientos en abril de 1998 y marzo de 1999.

122. Por otra parte, la sentencia de amparo se limitó al Artículo 2 (y otra sentencia de amparo paralela referente a otra compañía, Lynx), fueron favorables al proteger los derechos del Demandante (y de Lynx) de exportar bebidas alcohólicas, ya que tanto el Demandante como Lynx podían obtener las facturas requeridas de sus proveedores, dada su posibilidad de adquirir las bebidas alcohólicas directamente de los productores mexicanos y de operar como contribuyentes elegibles y por la diferente estructura con la que se aplica el IEPS a las bebidas alcohólicas.¹⁷ Por lo tanto, la decisión tuvo considerables beneficios prácticos para el Demandante en ese momento, aun cuando no considerara o resolviese la cuestión del Artículo 4, no planteada por el Demandante en el procedimiento. El Tribunal es de la opinión que esa decisión judicial no resolvió los problemas del Demandante en cuanto a la obtención de las devoluciones de impuestos sobre las exportaciones de cigarros en razón de que el Demandante omitió cuestionar el Artículo 4 de la Ley del IEPS.

¹⁶ Durante la audiencia surgieron varias razones posibles. Se sugirió que el Artículo 4 de la Ley del IEPS sólo podría haber sido impugnado dentro de los 15 días siguientes a su entrada en vigor, hecho que tuvo lugar en 1984 o 1985, bastante antes de la constitución de CEMSA, o que, en aquel momento, los requisitos del Artículo 4 no le fueron aplicados al Demandante (transcripción, 12 de julio de 2001, pp. 127-135, testimonio de Oscar Enríquez Enríquez).

¹⁷ El IEPS aplicado a las bebidas alcohólicas parece funcionar en forma similar a los impuestos normales al valor agregado, por el cual cada vendedor sucesivo es tratado como contribuyente. Las reglas especiales que utilizan el precio de minorista como base imponible pero que hacen responsables al productor o al distribuidor del pago del impuesto a los cigarros, se aplican aparentemente sólo a los productos tabacaleros, la gasolina y el combustible diesel. Ver Artículo 11 de la Ley del IEPS (1992 y otros años).

123. La documentación y los testimonios relativos a lo sucedido posteriormente entre el Demandante y el Demandado en relación con los requisitos de la Ley del IEPS son, lamentablemente, ambiguos y a menudo contradictorios, lo cual hace difícil para este Tribunal determinar exactamente qué fue lo que ocurrió. Por ejemplo, la SHCP le envió una carta al Demandante el 12 de marzo de 1992, en respuesta a una solicitud por escrito del Demandante, es decir,—antes de la sentencia de amparo pero después de los cambios introducidos en 1992 a la Ley del IEPS. No resulta claro si la SHCP consideró la solicitud como una resolución formal conforme al Artículo 34 del Código Fiscal; los funcionarios de la SHCP han afirmado posteriormente que la carta era de índole general y no se refería a una situación específica y, por ello, no fue tratada como una resolución formal y vinculante conforme al Artículo 34. (Ver la declaración testimonial de José Riquer del 17 de mayo de 2001, par. 7.) Esa carta se refiere al Artículo 2 de la Ley del IEPS y a los Artículos 22, 34 y 42 del Código Fiscal, pero no hace mención al Artículo 4 de la Ley del IEPS.¹⁸ Sin embargo, esta carta puede haber sido emitida en una época en la que las facturas con el monto del impuesto trasladado expreso y por separado no estaban todavía en discusión, como sugiere la declaración de hechos del Demandante (ver memorial, par. 14-18, que analiza el problema en el contexto de la denegación de devoluciones del IEPS a revendedores).

124. Aparte de esta carta de 1992 y de otra fechada el 10 de mayo de 1994, incluso más ambigua, que confirmaba la obligación de los vendedores de tabaco y bebidas alcohólicas de exhibir el traslado del monto de impuestos en sus facturas en forma separada, no existe otra comunicación escrita que pueda razonablemente ser considerada como una resolución formal, y absolutamente ninguna que considere específicamente el requisito del Artículo 4. Los funcionarios de la SHCP manifiestan que no han querido proporcionar resoluciones por escrito al Demandante sobre las cuestiones que éste planteaba informalmente, y que sólo una resolución escrita de

¹⁸ Manifiesta en su parte operativa que “se confirma su criterio, en el sentido de que tiene derecho a solicitar la devolución de los saldos a favor que resulten del acreditamiento del impuesto especial sobre producción y servicios pagados en la adquisición de bebidas alcohólicas y tabacos laborados que exporte a partir del 1º de enero del año en curso, siempre y cuando las exportaciones se efectúan a países con una tasa de Impuesto sobre la Renta aplicable a personas morales al 30%” (Carta de José Antonio Riquer Ramos a CEMSA del 12 de marzo de 1992, Apéndice 0062-0069) La SHCP se reservó el derecho de control y verificación. Es también lamentable que ni el Demandante ni el Demandado pudieran presentar una copia del escrito del 6 de febrero de 1992, a la cual respondía el oficio de la SHCP, de modo que es imposible para el Tribunal saber si esta respuesta se dio en el contexto de una consulta que planteara la cuestión de las facturas del Artículo 4, o bien, solamente la cuestión de la tasa del 0%, que en ese momento estaba a consideración de la Suprema Corte.

acuerdo con el Artículo 34 del Código Fiscal sería vinculante. (Ver el testimonio de Fernando Hefty Etienne, par. 8-11.) Los funcionarios lo explican con el fundamento, no faltó de lógica, de que el Demandante no siguió los procedimientos administrativos correspondientes, conforme al Artículo 34 del Código Fiscal, al solicitar tales determinaciones. Hasta donde el Tribunal ha podido determinarlo, en ningún momento anterior a 1998 el Demandante presentó la cuestión del Artículo 4 ante un tribunal mexicano o procuró obtener una resolución administrativa vinculante de la SHCP.

125. El Demandante también argumenta que, según su propia interpretación de la sentencia de amparo, la SHCP efectivamente concluyó un acuerdo verbal con el Demandante a fin de concederle las devoluciones, pero luego se negó a cumplirlo. Dicho incumplimiento, de quedar demostrado, constituiría una prueba de que hubo una denegación de justicia o de un trato justo y equitativo, y permitiría llegar a la conclusión de que se estaba aplicando la Ley del IEPS con la intención de acabar con las exportaciones de CEMSA. En autos obran suficientes pruebas —una serie de reuniones y correspondencia— de que en 1995 el Demandante y la SHCP celebraron algún tipo de entendimiento o acuerdo informal. El Demandante sugiere que el acuerdo le permitiría obtener devoluciones de impuestos sin necesidad de contar con las facturas con requisitos, en el entendido de que CEMSA después no tendría que procurar obtenerlas de parte de Carlos Slim/Cigatam, tal como puede ser exigido por la SHCP de acuerdo con las leyes mexicanas (Primera declaración de Feldman, par. 40-42). Quizá la prueba más contundente de la existencia de algún tipo de entendimiento es el hecho de que se le otorgaran a un contribuyente de tan alto perfil como el Demandante devoluciones durante dieciséis meses en el período 1996-1997, si bien los funcionarios de la SHCP sabían que al Demandante le era imposible obtener facturas donde constaran por separado los montos correspondientes al IEPS. Por otra parte, dadas las facultades de la SHCP para auditar las devoluciones de impuestos después de realizadas y el hecho de que es una dependencia de gobierno de gran tamaño que cuenta con diversas oficinas que reciben numerosas solicitudes de devolución del IEPS y otros impuestos, es posible que de hecho las solicitudes del Demandante hayan recibido un trato o una aprobación de rutina.

126. Sin embargo, desafortunadamente para el Demandante, aun y cuando hubiese existido algún acuerdo verbal, hay pocas pruebas convincentes respecto de su

alcance, es decir, no queda precisado si el supuesto acuerdo sólo tenía como objetivo asegurar la disponibilidad de la tasa impositiva del 0% tal como lo requería la sentencia de amparo dictada por la Suprema Corte en 1993, o si también autorizaba al Demandante a obtener devoluciones pese a la ausencia de facturas donde se trasladara expreso y por separado los montos correspondientes al impuesto, o si incluso autorizaba al Demandante a obtener devoluciones por montos superiores a los permitidos. No sólo no se ha puesto a disposición del Tribunal ningún documento escrito de la SHCP, sino que además ni el Demandante ni su abogado, al parecer, prepararon en aquella época algún documento que reflejara dicho acuerdo, pese a las numerosas reuniones mantenidas con los funcionarios de la SHCP.

127. La SHCP niega rotundamente la existencia de un acuerdo verbal (Testimonio de Fernando Hefty, par. 3). Si bien la SHCP argumenta que no ha violado la sentencia de amparo que resolvió lo relativo a la tasa impositiva del 0% (memorial de contestación, par. 112-113), también alega que la decisión sólo es aplicable a la ley de 1990 y no a versiones posteriores de la Ley del IEPS y que, en todo caso, la ley le exigía al Demandante en todo momento contar con las facturas con los impuestos trasladados expreso y por separado, dado que la SHCP no tenía facultades para eximir al Demandante de los requisitos del Artículo 4(III) de la Ley del IEPS (Id. par. 6, 12). Así, aun cuando el Demandante hubiese cumplido con la carga de la prueba en relación con la existencia de un entendimiento o acuerdo verbal, no lo ha hecho para demostrar el objeto exacto de tal compromiso. Las acciones (o inacciones) inconsistentes por parte de la SHCP desmienten cualquier entendimiento inequívoco entre ésta y el Demandante, más allá del cumplimiento de aplicar la tasa impositiva del 0% a las exportaciones de CEMSA.

128. Tal como ya se señaló, una decisión de expropiación depende aquí en gran medida de si, dadas las circunstancias del caso, los requisitos exigidos por el Artículo 4 en relación con las facturas sean inconsistentes con los derechos del Demandante conforme al Artículo 1110 del TLCAN. El Tribunal no está convencido de que lo sean en virtud de las pruebas que le fueron presentadas. Los requisitos exigidos por el Artículo 4 han estado incorporados a la Ley del IEPS al menos desde 1987, es decir, al menos tres años antes de que CEMSA se registrara por primera vez como una empresa exportadora en 1991. Dado que las transacciones de su negocio de

exportaciones dependían sustancialmente de los términos de la Ley del IEPS, el Demandante estaba o debería haber estado al tanto en todo momento de la existencia del requerimiento vinculado con las facturas en las que se trasladara el impuesto expreso y por separado, puesto que nunca se ha introducido ninguna modificación de jure que sea pertinente a esta controversia. Resulta igualmente importante el hecho de que este Tribunal esté reticente a determinar que hubo expropiación basándose sobre todo en el hecho de que los funcionarios del gobierno mexicano no cumplieron con un acuerdo por el cual ellos presuntamente dispensaron la observancia de un requisito explícito de una ley fiscal, aun cuando existen ciertas pruebas, si bien impugnadas por el Demandado, de que en algunas oportunidades se ignoró de facto el requisito tanto a favor del Demandante como de otros revendedores de cigarros, incluyendo, entre otros, al [así llamado] Grupo Poblano¹⁹. No obstante, en opinión del Tribunal, esto no constituye prueba de una acción de expropiación y se abordará más adelante en la sección referida a trato nacional.

129. Si la obligación impuesta por el Artículo 4 de la Ley del IEPS de contar con facturas que consignaran en forma separada los impuestos era simplemente un requisito técnico de dicha ley, el resultado aquí podría ser considerado una mera formalidad o algo poco razonable. Como ya se explicó (par. 114, nota 11), según el procedimiento ante el Tribunal Fiscal iniciado en 1999 y aún pendiente de resolución, se lo ha presentado como un caso de discriminación constitucional entre contribuyentes en México. Sin embargo, el Tribunal no considera que el requisito relativo a las facturas represente una mera formalidad o sea algo manifiestamente irrazonable, fácilmente sujeto a renuncia a discreción de los funcionarios. El requisito de que el IEPS se consigne por separado en las facturas que deben presentarse cuando las autoridades de la SHCP así lo disponen como condición para obtener las devoluciones de impuestos tiene como obvio y legítimo objetivo posibilitar a las autoridades fiscales determinar en forma directa si el impuesto sobre los productos exportados, por los que se solicita la devolución, son exactos y no han sido calculados

¹⁹ Como se analiza más detalladamente en la sección de este laudo que aborda la cuestión de la discriminación, las pruebas que obran en el expediente sugieren que hay 5-10 o más empresas registradas como exportadoras de cigarros conforme a las leyes mexicanas. (Testimonio de Obregón-Castellanos, transcripción, 9 de julio de 2001, p. 141). Es posible que los requisitos del Artículo 4 les hayan sido ocasionalmente dispensados, dado que a los revendedores les resultaba imposible desde el punto de vista práctico exportar si no percibían las devoluciones de impuestos, aunque desafortunadamente el gobierno mexicano no ha podido o no ha querido esclarecer este hecho ante este Tribunal.

en exceso. Ésta es una política fiscal claramente racional y un requisito jurídico razonable.

130. El Demandante es un ejemplo perfecto de la razón por la cual este requisito es necesario para proteger los ingresos. Por supuesto que sin las correspondientes facturas, le era imposible al Demandante saber con exactitud a cuánto ascendía el IEPS incluido en el precio de venta de los cigarros que adquiría de Walmart o del Sam's Club para sus exportaciones de 1996 y 1997. Sin embargo, el Demandante podría haber hecho un cálculo del IEPS correspondiente a dichos años que fuese sumamente aproximado, tal como ocurrió en 1992, (ver la declaración de Zaga-Hadid, Anexo A) en función de la tasa del IEPS sobre cigarros que se aplicó en 1996 y 1997 (85%), dividiendo el precio de venta (incluido el impuesto) por 1.85 para determinar el precio neto de impuestos y luego restando dicho monto del precio de venta a fin de calcular los montos correspondientes al impuesto. Por ejemplo, si el Demandante, tal como alega, pagó US\$7.40 por cada cartón de cigarros y la tasa impositiva fijada en la Ley del IEPS era del 85%, el impuesto incluido en el precio de US\$7.40 era aproximadamente de US\$3.4020.

131. Según parece, el Demandante utilizó esta fórmula en 1992 y recibió las devoluciones. En 1996, utilizó una fórmula algo diferente que sobreestimaba los montos de las devoluciones²¹. Y en 1997 aplicó una fórmula completamente diferente que calculaba en exceso estos montos: US\$6.55 en lugar de US\$3.40 por cartón, es decir una sobreestimación del 93%²². El Demandante alega que esta metodología contaba con la aprobación explícita del Administrador de Grandes Contribuyentes, José Riquer Ramos (Declaración de Feldman, 28 de marzo de 2001, par. 70). El señor Riquer ha negado este hecho (Declaración de Riquer, 17 de mayo de 2001, par. 19-25). En el

²⁰ Usando la fórmula $7.40 = 1.85 X$, donde X es el precio neto de impuestos, $X = 7.40/1.85 = 4.00$. (Ver la Declaración de Feldman, 28 de marzo de 2001, par. 6.) El monto restante es el impuesto: $\text{US\$}7.40 - \text{US\$}4.00 = \text{US\$}3.40$. Ver el Artículo 2(1)(H) de la Ley del IEPS.

²¹ Si bien la metodología aplicada en 1996 resulta relativamente confusa (ver Declaración de Zaga-Hadid, Anexo A, Prueba 3 del memorial), tenía como resultado incrementar la fracción del precio de compra considerada impuesto IEPS y sujeta a devoluciones del 45.95% al 55.95% del precio de compra.

²² Obtuvo esta cifra simplemente multiplicando el precio de US\$7.40 por el 85%; en otras palabras, trató el 85% del precio de compra como impuesto sujeto a la devolución del gobierno aplicada sobre la exportación. (Declaración de Zaga-Hadid, Anexo 3; Primera Declaración de Feldman, par. 70.) Esto aumentó los montos del impuesto de modo injustificado del 45.95% al 85% del precio de venta bruto.

análisis final, al Tribunal no le resulta creíble el testimonio del Demandante al respecto. Aun cuando los funcionarios de la SHCP hubiesen estado dispuestos a dispensar por vías informales el incumplimiento del requisito de contar con las facturas durante ciertos periodos, tal como parece ser el caso, este Tribunal considera inconcebible que dichos funcionarios hubiesen otorgado al Demandante o a cualquier otro contribuyente carta blanca para calcular en exceso los montos correspondientes a las devoluciones, en flagrante violación de la Ley del IEPS²³.

132. Asimismo, el Demandante sostiene que, pese a la interpretación del Demandado (y de este Tribunal) del alcance de la sentencia de amparo de 1993, los actos de la SHCP entre 1993 y 1997, en especial ciertas comunicaciones verbales y escritas, fueron lo suficientemente arbitrarios como para constituir un caso de expropiación. El Tribunal, como ya se hizo notar previamente (par. 125), de alguna manera comprende la postura del Demandante. Las diversas comunicaciones escritas y orales que la SHCP mantuvo con el Demandante son, en el mejor de los casos, ambiguas y confusas, tal vez deliberadamente en ocasiones, tal como lo fue la conducta de la SHCP al autorizar las devoluciones durante algunos períodos y negarlas durante otros. No obstante, dada la complejidad y rigurosidad de las leyes y reglamentos fiscales, así como la ambigüedad de las declaraciones efectuadas por los funcionarios de la SHCP y de la correspondencia mantenida con éstos, una persona razonable debería haber procurado asesoramiento fiscal de un abogado si aún no contaba con él. Si ese hubiera sido el caso, el Tribunal duda que algún abogado fiscalista competente le hubiese confirmado al Demandante su derecho a las devoluciones en ausencia de las facturas apropiadas que indicasen los montos del impuesto por separado, a la luz de las disposiciones del Artículo 4 de la Ley del IEPS y de la falta de evidentes facultades legales de parte de los funcionarios de la SHCP para dispensar tal requisito.

133. Si bien cabría cuestionar la transparencia de algunas de las acciones de la SHCP, es improbable que la falta de transparencia por sí sola llegue a constituir una

²³ Hubo considerable discusión en los testimonios prestados por las partes sobre si Lynx, una de las compañías del Grupo Poblano, había recibido devoluciones excesivas del IEPS correspondientes al año 1991 como resultado del recurso de amparo interpuesto por dicha empresa. (Ver la tercera declaración de Enrique Díaz Guzmán, par. 7-8, Ap. 6455-6456; la declaración de Oscar Enríquez Enríquez, 8 de junio de 1991, par. 3 bis - 14 bis). No obstante, el Tribunal cree que el Demandante no consiguió demostrar que las sumas recibidas de Lynx hayan sido excesivas una vez calculados los

violación del TLCAN y del derecho internacional, en especial en razón de la complejidad no sólo del derecho fiscal mexicano sino de la mayoría de los países. La Suprema Corte de la Columbia Británica sostiene en su revisión de la sentencia pronunciada en el caso Metalclad que en la Sección A del Capítulo XI, donde se estipulan las obligaciones de los gobiernos receptores respecto de los inversionistas extranjeros, no se hace ningún tipo de mención a la obligación de transparencia para con dichos inversionistas y que, por ende, la denegación de transparencia en sí misma no constituye una violación del Capítulo XI. (Estados Unidos Mexicanos c. Metalclad, Suprema Corte de la Columbia Británica, Razones en que se funda la sentencia del Honorable Juez Tysoe, 2 de mayo de 2001, par. 70-74, <http://www.naftalaw.org.>; en su Capítulo XVIII, el TLCAN dispone que la transparencia es una obligación general para las Partes del TLCAN). Si bien este Tribunal no tiene la obligación de llegar a la misma conclusión que la Suprema Corte de la Columbia Británica, considera ilustrativo este aspecto de su decisión.

134. Por lo tanto, dadas las circunstancias, habría sido prudente que el Demandante hubiera procurado obtener una resolución administrativa formal sobre la aplicabilidad del Artículo 4 de la Ley del IEPS y que hubiese interpuesto una apelación en caso de una resolución adversa mucho antes de 1998 cuando se vio efectivamente forzado a hacerlo; no obstante, optó por no hacerlo, independientemente de cuáles hayan sido las razones. La posibilidad de recurrir a los tribunales y de iniciar procedimientos administrativos formales, según lo que consta en autos, siempre estuvieron a su alcance y no han sido impugnados en el presente procedimiento por ser inconsistentes con las obligaciones de México conforme al derecho internacional. Además en México, al igual que en los Estados Unidos de América y la mayoría de los países, las opiniones verbales o informales no son vinculantes para las autoridades fiscales (ver el Artículo 34 del Código Fiscal, el memorial de contestación, par. 18-20). Independientemente de los resultados del proceso de emisión de una resolución, el Demandante se habría visto beneficiado. Si hubiera obtenido una resolución favorable respecto del Artículo 4, le habría sido más fácil defender sus derechos conforme al derecho mexicano y ante este Tribunal. Si hubiera perdido, podría al menos haber despejado las dudas sobre su supuesto derecho a las devoluciones durante gran parte del

intereses y los ajustes por inflación correspondientes a los cinco años transcurridos entre el momento en que fueron devengados y el momento de su pago efectivo.

período 1992-1997 y podría haber presentado mucho antes una reclamación conforme al Capítulo XI del TLCAN.

H.3.4 Utilidad Pública

135. Como ya se ha señalado, en virtud de que no se encontró que se hubiera producido una expropiación, y a la luz de lo expresado en el Restatement, el Tribunal es reticente a dar un peso excesivo en este caso, a los criterios de utilidad pública, no discriminación y debido proceso que figuran en el Artículo 1110(1); además, el Tribunal considera que tales principios no contradicen una resolución una resolución sobre este aspecto. No obstante, en este caso, aun cuando fueran considerados importantes, el Tribunal es de la opinión de que no contradicen una resolución negativa. El Demandante sugiere, y con razón en la opinión de este Tribunal, que la política del Gobierno de México apunta a impedir que los revendedores de cigarros, incluso CEMSA, exporten cigarros de México hacia otros países. El Demandante lo atribuye a presiones políticas ejercidas por Carlos Slim, uno de los principales propietarios de la mayor tabacalera de México, Cigatam. Alega que esta política es contradictoria con las políticas normales de México que fomentan las exportaciones, y enumera dichas políticas como prueba de que las restricciones no tienen una utilidad pública válida (ver el memorial, par. 31, 188, 189).

136. No obstante, el Tribunal ya ha expresado su opinión respecto de que esta política se funda en razones de utilidad pública, entre las que se incluyen, inter alia, la de desalentar las exportaciones del mercado “gris” e intentar controlar la reexportación ilegal a México de cigarros mexicanos. Existen abundantes pruebas en autos que sugieren que el contrabando de cigarros constituye un problema significativo para México, si bien dichas pruebas no involucran al Demandante en el tema de las importaciones ilegales²⁴. Puede ser que las autoridades mexicanas sientan que tienen un mayor control sobre los productores de cigarros que exportan (o que dichos productores se encuentran bajo los límites impuestos por contratos de licencia, tal como el que

²⁴ El Demandado hizo un gran esfuerzo para documentar en sus escritos y durante la audiencia una serie de transacciones de exportaciones efectuadas por el Demandante y para vincular dichas exportaciones con la reentrada de los cigarros en México. Si bien el Demandado no pudo probar que el Demandante estaba consciente de dichas prácticas ilegales, ni de que los cigarros exportados por el Demandante reingresaban México, el Demandado sí pudo aportar pruebas sobre un problema serio. Memorial de contestación, pp. 104-116, y trascipción, 12 de julio de 2001, pp. 148 y siguientes.

probablemente existe entre Philip Morris, de los Estados Unidos de América, y Cigatam, el productor de Marlboro, en México) que sobre los revendedores independientes. Como también se mencionó anteriormente, existen razones válidas de política pública para exigir que en las facturas conste trasladado expreso y por separado el IEPS como una condición para recibir las devoluciones, o en otras palabras, para impedir solicitudes excesivas o inexactas de devoluciones.²⁵

H.3.5 No discriminación

137. El esquema del Capítulo XI establece el derecho al trato nacional para los inversionistas (y a una indemnización por daños en caso de violación de tal derecho) que se diferencia del derecho a una indemnización por daños por actos de expropiación²⁶. Al respecto, este Tribunal destaca que el tribunal en el caso de S.D. Myers, luego de haber analizado las alegaciones de expropiación y de no encontrar violación alguna del Artículo 1110, resolvió sin embargo que Canadá violaba las obligaciones del Artículo 1102 y del Artículo 1105 (S.D. Myers c. Gobierno de Canadá, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, par. 256, 268, <http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf>), violaciones que también constituían discriminación conforme al Artículo 1110(1)(b) y una denegación de trato justo y equitativo de acuerdo con el Artículo 1110(1)(c). Esta cuestión es analizada más adelante: ver la sección I sobre el Artículo 1102.

²⁵ Ver *supra*, par. 130, 131 y los anexos del Demandado para la interrogación del Demandante, Vol. II, tab 6.

²⁶ Además, conforme al derecho internacional, hay dudas considerables acerca de si la disposición sobre discriminación del Artículo 1110 cubre a otro tipo de discriminación además de aquella entre inversionistas nacionales y extranjeros, es decir, no es procedente en el caso de discriminación entre distintos tipos de inversionistas, por ejemplo, entre productores y revendedores de productos de tabaco, a menos que todos los productores fueran nacionales y los revendedores, extranjeros. Así, el comentario pertinente de la *Restatement* sostiene que “un programa de confiscación que diferenciara entre extranjeros en general, extranjeros de una nacionalidad en particular o ciertos extranjeros en particular violaría el derecho internacional.” El comentario no hace referencia a la discriminación entre productores nacionales y revendedores (ya sean nacionales o extranjeros) que operen en circunstancias de alguna manera distintas, sobre todo respecto de las leyes fiscales. También hay una implicación en la interpretación del 31 de julio de 2001 de las Partes del TLCAN acerca del Artículo 1105 de que la violación de una disposición sustantiva de la Sección A no debería ser considerada en sí misma como una violación de una disposición individual (Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Notas sobre la Interpretación de Ciertas Disposiciones del Capítulo XI, 31 de julio de 2001, consultadas en el sitio de Internet del Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional del Gobierno de Canadá. Ver Artículos 1131(2) y 2001 del TLCAN).

H.3.6 Debido Proceso/Trato Justo y Equitativo/Denegación de Justicia

138. Respecto de la posible reclamación por denegación del debido proceso o denegación de justicia, el Tribunal observa que el Demandante alega en realidad una denegación de justicia, fundamentalmente en relación con el hecho de que la SHCP —es decir, el Poder Ejecutivo— no cumplió con la ejecutoria de la sentencia de amparo de 1993 (memorial, p. 8). El Demandante sólo atina a sugerir que la sentencia de nulidad del tribunal de circuito tal vez se base en una disposición de la Ley del IEPS de 1998 para denegar las devoluciones correspondientes a 1997 que el Demandante solicitó (réplica, p. 16). En abril de 1998, el Demandante se vio de hecho obligado a solicitar “medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario” ante el Tribunal Fiscal mexicano, de conformidad con el Artículo 1121. En esa primera instancia, CEMSA procuró obtener una sentencia declaratoria que confirmara el derecho de CEMSA a percibir devoluciones de impuestos. Esto fue necesario porque las autoridades fiscales habían determinado que CEMSA no tenía derecho a las devoluciones sobre las exportaciones efectuadas en el período octubre-noviembre de 1997, puesto que CEMSA no había podido obtener facturas que cumplieran con los requerimientos del Artículo 4 de que el IEPS constara por separado, y por el hecho de que no gozaba de la condición de contribuyente con derecho a solicitar devoluciones del IEPS conforme al Artículo 11. (Esto último sólo era procedente según la modificación de la Ley del IEPS vigente a partir del 1 de enero de 1998.) En esa demanda, los tribunales mexicanos en definitiva resolvieron, *inter alia*, que CEMSA quedaba sujeta al requisito de presentación de facturas según lo estipulado en el Artículo 4 (procedimiento relacionado con la respuesta negativa a una solicitud presentada ante la autoridad fiscal mencionada en el párrafo 84 anterior). El Tribunal advierte que esta decisión está en franca contradicción con la interpretación que el Demandante hace de la sentencia de amparo de 1993, el cual, a su entender, le garantiza su derecho a obtener devoluciones del IEPS a pesar del requisito sobre facturas del Artículo 4. En otra acción judicial en la que impugna la decisión de la SHCP de auditar a CEMSA y, en última instancia, de solicitarle el reembolso de los montos de devoluciones pagados a CEMSA entre abril de 1996 y septiembre de 1997, lo cual es analizado *supra* en los par. 82-83, queda pendiente de resolución la cuestión de si el requisito sobre facturas establecido en el Artículo 4 de la Ley del IEPS es legal conforme al derecho y a la constitución mexicanos.

139. Suponiendo que el Artículo 1110 deba interpretarse de conformidad con el derecho internacional, como manifiesta el Artículo 1131(1), no cualquier denegación del debido proceso o de un trato justo y equitativo (este último, por la referencia al Artículo 1105 que hace el Artículo 1110(1)(c)) constituye una violación del derecho internacional. En este caso, los argumentos de denegación del debido proceso o de justicia se ven debilitados por varios factores. Aquí, como en el caso Azinian, el Demandante no afirma efectivamente que hubo denegación de justicia por parte de los tribunales mexicanos, ya sea en relación con la sentencia de amparo de la Suprema Corte o con las decisiones posteriores de diversos tribunales inferiores respecto de las demandas de nulidad y de liquidación de impuestos. En lugar de ello, en el caso que nos ocupa, las afirmaciones de denegación de justicia que hace el Demandante son por actos de la SHCP más que por decisiones de los tribunales. (Ver la presentación del Demandante del 8 de mayo de 2002, par. 9, cuando manifiesta que “el Demandante sostiene que la insistencia del Demandado en tal discriminación [entre productores y exportadores], desestimando la sentencia de la Suprema Corte y el acuerdo entre los funcionarios mexicanos y el Demandante en 1995-96, constituye un acto de discriminación y denegación de justicia conforme al derecho internacional.”) En el caso Azinian se afirma que “Una autoridad pública no puede ser inculpada por realizar un acto respaldado por sus tribunales, a menos que los propios tribunales sean desautorizados en el plano internacional.” El caso Azinian da a entender, además, que debe haber pruebas de que la decisión misma del tribunal es una violación del TLCAN o de que los tribunales competentes se negaron a admitir la demanda, o que existe “una aplicación incorrecta de la ley en una forma clara y maliciosa” (Robert Azinian y Otros c. los Estados Unidos Mexicanos, Laudo Arbitral, 1º de noviembre de 1999, par. 97, 102, 103, 14 ICSID Review. FILJ 2, 1999.).

140. Este estándar no se presenta en el juicio de nulidad ni en la liquidación de impuestos.²⁷ Teniendo en cuenta, según lo señalado previamente, que el Demandante tuvo acceso irrestricto, en todos los momentos pertinentes, a los tribunales mexicanos y a los procedimientos administrativos, su victoria en la sentencia de amparo de 1993, así

²⁷ Por otra parte, los tribunales mexicanos han resuelto cuestiones de derecho nacional que sería inapropiado que el Tribunal analizara, excepto y a menos que tales determinaciones (o las

como el recurso de revisión de las decisiones de nulidad y liquidación de impuestos interpuesto por el Demandante en 1998, no parece haber existido denegación del debido proceso ni denegación de justicia que pudiera llegar en este caso al nivel de una violación del derecho internacional. Tal como reconoce el Demandado, este Tribunal podría determinar que hubo violación del TLCAN incluso si los tribunales mexicanos respaldaran el derecho mexicano (memorial de contestación, par. 364); este Tribunal no está obligado por decisiones de un tribunal local si tales decisiones infringen el derecho internacional. Además, como se menciona en la Sección G2, el TLCAN no exige que un demandante agote los recursos internos antes de someter una reclamación a arbitraje. El Demandante sólo está limitado por los requisitos establecidos en el Artículo 1121(2)(b).

141. Mientras que podría argumentarse que hubo violación del Artículo 1105 en virtud de los hechos de este caso (denegación de un trato justo y equitativo), este Tribunal no es competente para decidir la cuestión en forma directa. Como se indicó anteriormente, el Artículo 1105 no es aplicable a casos fiscales, aunque el mismo puede ser pertinente en la referencia que de él hace el Artículo 1110(1)(c). No es necesario que el Tribunal decida si esta referencia hace procedente un análisis completo del Artículo 1105 en relación con un tema fiscal. Incluso suponiendo, como hipótesis, que los actos del Demandado constituyeran, en conjunto, una denegación de trato justo y equitativo que alcance el nivel relativamente egregio de una violación del derecho internacional, ello por sí solo no prueba la existencia de una expropiación ilegal conforme al Artículo 1110. Según muestra el caso S.D. Myers, es tal vez apropiado que un Tribunal del TLCAN acepte que ha habido una violación del Artículo 1105 y, al mismo tiempo, resuelva que no ha habido una violación del Artículo 1110(1)(c).

H.3.7 El Demandante ejerce el control de CEMSA

142. A pesar de que el Tribunal no considera este argumento como decisivo, los actos regulatorios no han privado al Demandante del control sobre su compañía, CEMSA, no han interferido directamente en las operaciones internas de CEMSA ni han desplazado al Demandante de su posición como accionista controlante. El Demandante es libre de continuar con otras líneas de su actividad comercial, como la exportación de bebidas alcohólicas o artículos fotográficos, tal como lo hacía anteriormente, u otros

determinaciones de organismos administrativos mexicanos tales como la SHCP) fueran en sí mismas

productos respecto de los cuales pueda obtener en México las facturas que exige el Artículo 4. Por supuesto que se ha visto efectivamente impedido de exportar cigarros, ciertamente por las reformas introducidas a la Ley del IEPS que entraron en vigencia en 1998, y que concedía el derecho a las devoluciones del IEPS únicamente a los productores, y, en opinión del Tribunal, por el requisito relativo a las facturas contenido en el Artículo 4(III), exigencia expresamente incluida en la ley mexicana desde, por lo menos, 1987, que no se modificó posteriormente en ningún momento pertinente al caso. Sin embargo, esto no significa que al Demandante se la haya privado del control de su compañía.

H.3.8 Otros decisiones vinculados al TLCAN

143. La conclusión del Tribunal de que los actos del gobierno mexicano contra el Demandante —aunque, en algunos casos, inconsistentes y arbitrarios— no deberían considerarse expropiatorios es, en opinión del Tribunal, consistente con las decisiones de otros tribunales del Capítulo XI del TLCAN y que intentaron interpretar el Artículo 1110, entre los cuales se incluyen no solamente los tribunales de los casos Metalclad, Azinian y S.D. Myers, mencionados anteriormente, sino también el de Pope & Talbot.

144. Metalclad c. los Estados Unidos Mexicanos es el único laudo bajo el TLCAN en el cual se resolvió que hubo una violación del Artículo 1110. Metalclad fue autorizado por el Gobierno Federal para construir y operar una planta de tratamiento de residuos peligrosos en enero de 1993; la construcción se inició poco tiempo después. Sin embargo, a pesar del respaldo inicial, el proyecto despertó la oposición de los gobiernos del Estado de San Luis Potosí y del Municipio del mismo nombre, aparentemente por las habituales inquietudes sobre este tipo de riesgos en el territorio propio. El trabajo en la nueva planta, que incluyó la limpieza de los residuos dejados por los operadores anteriores, finalizó en marzo de 1995, pero la oposición de la comunidad local se intensificó a pesar de los esfuerzos de Metalclad y del Gobierno Federal por satisfacer sus inquietudes.²⁸

denegaciones de justicia o que por otros motivos violaran el TLCAN o el derecho internacional.

²⁸ Ver *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo Arbitral, 30 de agosto de 2000, par. 1, 32, 38, 40, 45-46, 16 ICSID Review. FILJ 1, 2001. Metalclad y las autoridades ambientales del Gobierno Federal mexicano celebraron un acuerdo según el cual Metalclad convino, entre otras cosas, introducir ciertas modificaciones en el sitio, tomar ciertas medidas de conservación

145. Finalmente, la municipalidad le negó a Metalclad el permiso de construcción, en un proceso en el que la empresa no tuvo la oportunidad de participar, y el gobernador de San Luis Potosí emitió un “Decreto ecológico” por el que se declaraba la zona del relleno sanitario “Área natural para la protección de un cactus único” (ver Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos, Laudo Arbitral, 30 de agosto de 2000, par. 50, 54, 57, 59-60, 16 ICSID Review. FILJ 1, 2001). Sobre la base de esos actos, el Tribunal del caso Metalclad opinó que el Artículo 1110,

incluye no solamente la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa... pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor. (*Idem*, par. 103.)

146. En los fundamentos de su laudo de expropiación indirecta, el tribunal no sólo citó “el beneficio económico que pudiera razonablemente preverse,” sino que halló importante que Metalclad se hubiese basado en manifestaciones del Gobierno Federal mexicano acerca de su autoridad exclusiva para emitir permisos de instalaciones destinadas al tratamiento de residuos peligrosos. También criticó la falta de transparencia del sistema jurídico mexicano en relación con el emplazamiento de instalaciones para residuos peligrosos. En forma separada y sin gran debate, el Tribunal determinó que el decreto del Gobierno Estatal por el cual se designaba “área ecológica” al sitio de Metalclad, prohibiendo de ese modo, con carácter efectivo y permanente, toda operación del relleno sanitario, constituía “otro fundamento para la resolución de expropiación.”²⁹

147. La resolución del Tribunal del caso Metalclad que resolvió que hubo una expropiación fundada en la transparencia e, implícitamente, en la confianza depositada

específicas, reconocer la participación de un Comité Técnico Científico y un Comité Ciudadano de Vigilancia, emplear mano de obra local y efectuar aportes regulares a las obras sociales de la municipalidad, incluido un limitado asesoramiento médico gratuito. *Idem*, par. 48.

²⁹ Este acto fue, un tanto extrañamente, tipificado como “equivalente a una expropiación”, a pesar de que probablemente hubiera sido más exacto describirlo como una expropiación directa. *Id.*, par. 109-111. Finalmente, el tribunal le otorgó una indemnización de US \$16,685,000 a Metalclad por la pérdida de su inversión en México (se solicitaron más de US\$90,000,000 por concepto de daños) fundada

por el Demandante, fue efectivamente anulada por la Suprema Corte de la Columbia Británica (la Columbia Británica fue la sede del arbitraje), en respuesta a una impugnación del Gobierno de México. Sin embargo, la decisión del tribunal sobre la decisión del Estado mexicano de declarar área de reserva ecológica el sitio donde se encontraba Metalclad constituía una expropiación fue confirmada por el Tribunal de la Columbia Británica. (Estados Unidos Mexicanos c. Metalclad, Corte Suprema de la Columbia Británica, Razones en que se funda la sentencia del Honorable Juez Tysoe, 2 de mayo de 2001, par. 84, <http://www.naftalaw.org.>)

148. Los hechos, y la razonabilidad de que el Demandante se basara en el caso Metalclad, son, por lo tanto, muy distintos del caso que nos ocupa. En el caso Metalclad, las garantías que el gobierno mexicano le proporcionó al inversionista al manifestar que el Gobierno Federal era la autoridad que concedía el permiso para la construcción y operación de rellenos sanitarios y que Metalclad había obtenido todos los permisos federales y de otro tipo para dichas instalaciones, fueron definitivas, inequívocas y expresadas en repetidas oportunidades. (Ver *ibid*, par. 28-41.) Como tampoco hay indicación alguna de que las garantías recibidas por Metalclad, a pesar de ciertas ambigüedades, fueran, en principio, incompatibles con la legislación mexicana. Finalmente, a Metalclad se le privó del uso de su propiedad, la que fue transformada en un “área ecológica.”

149. En cambio, en este caso, el gobierno mexicano se opuso a las actividades comerciales del Demandante en todo momento, salvo unos pocos períodos durante los cuales se le otorgaron las devoluciones. Asimismo, en este caso, las garantías en las que presuntamente se basó el Demandante (garantías que México niega haber dado) fueron, en el mejor de los casos, ambiguas y en gran medida informales (ya que el Demandante nunca intentó obtener una resolución formal y por escrito sobre la cuestión planteada por el Artículo 4, ni litigó el asunto sino hasta 1998). Por otra parte, esas garantías estaban en directa contradicción con el Artículo 4(III) de la Ley del IEPS de México, que exigía contar con facturas que discriminaran el importe de los impuestos como condición para recibir las devoluciones de impuestos.³⁰

en violaciones del Artículo 1105 (trato justo y equitativo) y del Artículo 1110 (expropiación) del TLCAN. Ver *Metalclad*, *Id.*, par. 76-92, 103-105, 123-125, 128, 131.

³⁰ Aquí, como en *Metalclad*, hubo sin ninguna duda falta de transparencia en algunas de las

150. El caso S.D. Myers c. Canadá comprendía medidas gubernamentales que prohibían exportaciones (residuos peligros). En ese caso, el tribunal observó que la expropiación normalmente representa la confiscación de “la propiedad” con vistas a la transferencia de su titularidad,³¹ situación que no se planteó en ese caso ni en éste. En el caso S.D. Myers se resolvió que no hubo una expropiación, a pesar de que el Tribunal sí concluyó que hubo violaciones de los Artículos 1102, 1105 y 1106 (ver par. 123, 256, 280 y 284).

151. Surgen aquí cuestiones algo distintas de las planteadas en el caso *Pope & Talbot*, en el que también se analizó la pretendida denegación del derecho a exportar, en este caso, leña de coníferas y frondosas.³² El tribunal que conoció del caso *Pope & Talbot* opinó (en lo que se hubiese considerado *dicta* en el sistema legal estadounidense) que las medidas regulatorias podían constituir expropiación conforme al Artículo 1110, y concluyó que el sistema de control de la exportación de leña entraba dentro de lo dispuesto en el Artículo 1110. Sin embargo, también observó que el inversionista pudo continuar exportando y generando ganancias a través de tales exportaciones, y desestimó la existencia de una violación del Artículo 1110 sobre la base de esa consideración y de que el inversionista “sigue teniendo el control de la Inversión, dirige sus operaciones cotidianas y no hay funcionarios o empleados de la Inversión que hayan sido detenidos... Canadá no... toma ninguna otra medida que implique quitarle al Inversionista el control y dominio absolutos de su inversión.” Además, el Tribunal sugirió que, al analizar “si una determinada interferencia con las actividades comerciales constituye una expropiación, la prueba consiste en saber si dicha interferencia es suficientemente restrictiva como para fundar una conclusión de que el bien le ha sido ‘confiscado’ a su propietario.” (*ibid*, par. 100, 102.)

medidas adoptadas por funcionarios gubernamentales mexicanos. Pero, si la Corte Suprema de la Columbia Británica tiene razón en cuanto a que la falta de transparencia no constituye en sí misma una violación del Capítulo XI del TLCAN, el hecho de que las comunicaciones de la SHCP y otras medidas posteriores a la sentencia de amparo de 1993 fueran contradictorias y ambiguas, y difíciles de evaluar por el Demandante, son insuficientes como para justificar una decisión de expropiación conforme al Artículo 1110.

³¹ *S.D. Myers c. el Gobierno de Canadá*, Laudo Arbitral Parcial, 13 de noviembre de 2000, par. 280, <http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf>.

³² El Demandante argumentó que el sistema de control de la exportación de leña canadiense había “privado a la Inversión de su capacidad ordinaria de transferencia del producto a su mercado natural y tradicional,” y que, al reducir la cuota de leña que el Demandante podía exportar a los Estados Unidos

152. Teniendo en cuenta que, en este caso, el Demandante ha perdido la capacidad efectiva de exportar cigarros y de generar ganancias con tal actividad³³, la aplicación del estándar del caso *Pope & Talbot* podría indicar la posibilidad de una expropiación. Sin embargo, al igual que en el caso *S.D. Myers*, podría cuestionarse si el Demandante tuvo en algún momento un “derecho” a exportar que le fue “confiscado” por el gobierno mexicano. Además, en este caso, como en el de *Pope & Talbot*, las medidas regulatorias (aplicación de disposiciones bien establecidas en la legislación mexicana) no privó al Demandante del control de la inversión, es decir, de CEMSA, no interfirió directamente con las operaciones internas de CEMSA, ni desplazó al Demandante de su posición como accionista controlante. El Demandante es libre de seguir adelante con otras líneas de sus negocios de exportación, como la exportación de bebidas alcohólicas, artículos fotográficos u otros productos para los que pueda conseguir en México las facturas exigidas en el Artículo 4, a pesar de haber quedado efectivamente fuera del negocio de exportación de cigarros. Es por ello que el Tribunal considera que no ha existido en este caso una “confiscación” conforme a este estándar, tal como se definió en *Pope & Talbot*.

153. Sobre la base de los hechos descritos en las actuaciones y de este análisis, el Tribunal sostiene que las medidas de México respecto de la inversión del Demandante no constituyen una expropiación conforme al Artículo 1110 del TLCAN.

I TRATO NACIONAL (ARTÍCULO 1102 DEL TLCAN)

154. En el presente caso sólo hay un puñado de inversionistas involucrados, uno extranjero (el Demandante) y otro local (el Grupo Poblano-Güemes), cada uno de los cuales se dedicaba al negocio de comprar cigarros mexicanos para comercializarlos en el exterior. Estos inversionistas no pueden adquirir los cigarros de manos de los productores mexicanos porque los productores (y sus distribuidoras totalmente controladas) se niegan a vendérselos. Por lo tanto, el Demandante o las firmas del Grupo Poblano se ven obligadas a comprarle a los minoristas que venden en grandes

sin pagar derechos, Canadá violó el Artículo 1110. *Pope & Talbot c. el Gobierno de Canadá*, Laudo Provisorio, 26 de junio de 2000, par. 81, <http://www.state.gov/documents/organization/3989.pdf>.

³³ Para un análisis de la rentabilidad (o falta de rentabilidad) del negocio de exportación de cigarros del Demandante, ver Sección J, *infra*.

volúmenes, que son Walmart y el Sam's Club. Como Walmart y el Sam's Club son minoristas y no contribuyentes sujetos al régimen del IEPS, no disponen del monto exacto correspondiente a ese impuesto que está incluido en el precio pagado primero por los minoristas en la transacción con los productores o distribuidores, y luego en aquella entre el Demandante y otros revendedores/exportadores. Por ello, ni el Demandante ni las compañías del Grupo Poblano pueden cumplir con los requisitos del Artículo 4(III) de la Ley del IEPS, que condiciona la obtención de las devoluciones de impuestos sobre la exportación a que el solicitante sea un contribuyente que posea facturas con el monto del impuesto trasladado expreso y por separado.

I.1 Puntos de vista de las partes contendientes

155. Lo esencial del argumento de denegación de trato nacional presentado por el Demandante es que México discriminó a CEMSA en el período 1998-2000. Durante ese lapso, la SHCP permitió que, al menos tres revendedores de cigarros (Mercados Regionales y Mercados Extranjeros –respectivamente, Mercados I y Mercados II: el Grupo Poblano, y MEXCOBASA, de propietario desconocido), y posiblemente algunos otros, exportaran cigarros y recibieran devoluciones, a pesar del hecho de que, al igual que el Demandante, compraban sus productos a minoristas, no cumplían formalmente con la condición de contribuyentes y, por lo tanto, no podían obtener facturas que consignaran el monto del IEPS trasladado expreso y por separado (memorial, par. 128-135, 225). El Demandante también alega un trato discriminatorio similar en el período 1996-1997. El Demandante señala que el Demandado admite haber pagado NP\$ 91,000,000 a tres compañías de exportación/comercialización con posterioridad al mes de septiembre de 1996, período durante el cual se le negó al Demandante las devoluciones, y que la SHCP intentó recuperar devoluciones originalmente otorgadas (memorial, par. 134).

156. Además, a CEMSA, la empresa del Demandante, se le negó la posibilidad de registrarse como empresa de exportación, mientras que para las empresas integrantes del Grupo Poblano no hubo una negativa similar. No hay pruebas convincentes de que la SHCP haya realizado en forma paralela un esfuerzo para recuperar las devoluciones pagadas a las empresas integrantes del Grupo Poblano durante los períodos pertinentes. Es por estos motivos que, de acuerdo con el

Demandante, se ha otorgado un trato distinto a CEMSA y a las empresas del Grupo Poblano y “existe una violación del TLCAN de acuerdo con el significado ordinario de los términos utilizados en el Artículo 1102” (réplica, par. 12).

157. El Demandante también alega que la discriminación conforme al Artículo 1102 da derecho a una acción ya sea *de jure* o *de facto*. En este caso, a pesar de que la Ley del IEPS no es en principio discriminatoria, ha sido aplicada en forma discriminatoria. Tampoco hay necesidad de demostrar que el motivo de la discriminación es la nacionalidad del Demandante, si el Demandante es objeto de un trato menos favorable que un inversionista local en las mismas circunstancias (memorial, par. 224-226).

158. El Demandado replica que los inversionistas locales conocidos dentro del negocio de reventa/exportación de cigarros, las “empresas de la red Poblano-Gamez-Güemes”, eran, en realidad, empresas vinculadas a CEMSA más que competidoras (memorial de contestación, par. 487-500). El Demandado afirma que las pruebas muestran que CEMSA y las compañías del Grupo Poblano no eran verdaderamente entidades separadas, sino en realidad parte del mismo grupo de interés, aun cuando no hubiera propiedad común de acciones. Se vendían productos entre sí, los miembros del Grupo Poblano le prestaban dinero a CEMSA en condiciones favorables y ambas entidades tenían toda una gama de negocios financieros y comerciales que no eran independientes. Desde el punto de vista legal, no puede haber discriminación conforme al Artículo 1102 a menos que haya un inversionista extranjero y un inversionista local no vinculado con el primero que reciban un trato diferente. Si el inversionista extranjero y las empresas locales en circunstancias similares son una y la misma entidad, no puede haber discriminación como la que podría existir entre inversionistas mexicanos y extranjeros.

159. El Demandado también argumenta que no existe una discriminación de *jure* en la Ley del IEPS, en el sentido de que la ley, de acuerdo con sus términos, trata a todos los revendedores por igual. Además, por la forma en que funciona dicha ley, las autoridades mexicanas no saben quién busca obtener devoluciones sobre cigarros hasta después de que ello ocurre y, por lo tanto, no puede haber una discriminación de *facto* (memorial de contestación, par. 501-504). Era

política de la SHCP negar devoluciones del IEPS a todos los revendedores/exportadores de cigarros que no contaban con las facturas exigidas, independientemente de su nacionalidad (memorial de contestación, par. 505). El Demandado ha demostrado que todos los revendedores son auditados y recibirán la liquidación de impuestos correspondiente si se demuestra que no cuentan con las facturas exigidas (Primera y segunda declaración de Díaz Guzman, dúplica, par. 184).

160. De acuerdo con el Demandado, a pesar del hecho de que CEMSA alega que ha habido una discriminación de facto, al no poder demostrar una discriminación de jure, sería totalmente improcedente que el Tribunal determinara la existencia de una violación del principio de trato nacional basado en la falta de otorgamiento, por parte de la SHCP, de un beneficio que, conforme a la ley mexicana, la SHCP no estaba autorizada a otorgar. De conformidad con el Artículo 4(III) de la Ley del IEPS, la SHCP no tiene autoridad para conceder devoluciones del IEPS a quienes lo solicitan, a menos que dichos solicitantes tengan facturas con el monto de los impuestos trasladado expreso y por separado. Es así que un funcionario de la SHCP estaría actuando ultra vires si aceptara que CEMSA está en condiciones de solicitar y recibir devoluciones del IEPS, independientemente de los montos involucrados o de que CEMSA utilice la fórmula correcta de cálculo de los devoluciones. Es más, el hecho de que se descubriera sólo con posterioridad a una auditoría que CEMSA había calculado en exceso el monto de las devoluciones, refuerza la razonabilidad de la legislación mexicana (Artículo 4 de la Ley del IEPS), que le exige al contribuyente contar con facturas que indiquen correctamente el monto de los impuestos como condición para recibir devoluciones.

161. Es por ello que, de acuerdo con el Demandado, simplemente no hay ningún indicio de discriminación entre inversionistas extranjeros y locales en esta instancia. Las pruebas que obran en el expediente indican que el Grupo Poblano, como CEMSA, aun cuando no estuviesen vinculados, también es objeto de auditorías en relación con irregularidades en materia de pagos fiscales. La SHCP lleva a cabo cientos o miles de auditorías cada año y el hecho de auditar a una compañía (que sólo por casualidad es una empresa extranjera) antes que a otra (que sólo por casualidad es local) en circunstancias similares, no constituye per se una prueba de discriminación. Los organismos administrativos deben tener cierta libertad de acción en el desempeño de sus

obligaciones, como lo han manifestado los tribunales en los casos de *Pope & Talbot c. Canadá* y de *S.D. Myers c. Canadá*.

162. Según México, la negativa a registrar a CEMSA como compañía exportadora —una cuestión distinta, pero relacionada—, no fue una denegación de trato nacional porque, en este caso, las circunstancias de CEMSA y el Grupo Poblano no eran las mismas. En aquel momento, CEMSA estaba siendo auditada y la SHCP había descubierto discrepancias en los montos de las devoluciones del IEPS correspondientes a 1996 y 1997 que CEMSA buscaba obtener. El Grupo Poblano no estaba siendo objeto de ninguna auditoría en ese entonces. Por tal motivo, era razonable que la SHCP se negara a registrar a CEMSA como compañía exportadora hasta que se hubieran resuelto las irregularidades detectadas en la auditoría.

163. Suponiendo, como hipótesis, que hubiese existido un trato diferente, México considera que no es suficiente conforme al Artículo 1102 tan sólo demostrar un trato distinto para que haya una violación del Artículo 1102. Lo que debe demostrarse es que la discriminación entre el Demandante y los vendedores/exportadores de cigarros de propiedad local se deriva de la condición de nacional extranjero del Demandante (duplica, par. 174; ver transcripción, 10 de julio de 2002, pp. 107-109).

164. Ni Canadá ni los Estados Unidos ejercieron su derecho de conformidad con el Artículo 1128 de expresar sus puntos de vista acerca de la apropiada interpretación del Artículo 1102 en su escrito conforme al Artículo 1128. Por ese motivo, sólo le queda al Tribunal considerar los puntos de vista del Demandante y de México.³⁴

³⁴ México ha proporcionado extractos de las presentaciones efectuadas por los Estados Unidos en otros casos, que implican la necesidad de probar que la diferencia en el trato surge por el hecho de la nacionalidad. Ver, por ejemplo, la Presentación de los Estados Unidos del 7 de abril de 2000, en *Pope & Talbot*, <http://www.state.gov/documents/organization/4097.pdf>. Sin embargo, tales declaraciones se efectuaron en el contexto de casos basados en distintos hechos y, posiblemente, distintas consideraciones jurídicas y políticas. Por tales circunstancias, este Tribunal opta por no considerarlas.

I.2 Análisis del Tribunal

165. La disposición de trato nacional/no discriminación es una obligación fundamental que emana del Capítulo XI.³⁵ El concepto no surgió con el TLCAN. El Artículo III del GATT aplicado entre Canadá y los Estados Unidos desde 1947, y con México desde 1985, en relación con el comercio de mercaderías, tiene una redacción análoga. El Artículo 1602 del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá, en relación con las inversiones, se aplicó entre estas dos Partes del TLCAN entre 1989 y 1993. El Artículo 1102(2) del TLCAN dispone lo siguiente:

“Cada una de las partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, 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.”

(El Artículo 1102(1) es igual, salvo que se refiere a los “inversionistas” en lugar de a “las inversiones de inversionistas”; de conformidad con el Artículo 1102(3), la obligación también se aplica a los gobiernos de los Estados o provincias, pero esto no es pertinente en este caso.)

166. No obstante la sencillez de su redacción, son varios los obstáculos de interpretación que plantea el Artículo 1102. Entre ellos: (a) qué inversionistas locales, si los hubiere, se encuentran en “circunstancias similares” a las del inversionista extranjero; (b) si ha habido discriminación contra el inversionista extranjero, sea de jure o de facto; (c) en qué medida debe demostrarse que el trato diferente otorgado deriva de la nacionalidad del inversionista extranjero; y (d) si un inversionista extranjero debe recibir el trato más favorable otorgado a cualquier inversionista local o a algunos de ellos solamente.³⁶

³⁵ Ver Daniel M. Price & P. Brian Christy, *An Overview of the NAFTA Investment Chapter, in The North American Free Trade Agreement: A New Frontier in International Trade and Investment in the Americas* 165, 174 (Judith H. Bello, Allan F. Holmer & Joseph J. Norton, eds., 1994).

³⁶ La cuestión de si el tamaño del “universo” de inversionistas extranjeros y de inversionistas locales cuenta ha sido objeto de análisis en otros casos relativos al Capítulo XI del TLCAN, incluyendo el caso *S.D. Myers* (ver *S.D. Myers c. el Gobierno de Canadá*, Laudo Arbitral Parcial, 13 de noviembre de 2000, par. 93, 112, 256, <http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf>) y, especialmente, en *Pope &*

167. El análisis de estas cuestiones en el caso que nos ocupa se complica por el hecho de que sólo se le ha presentado al Tribunal una cantidad limitada de hechos concretos, especialmente en relación con las diversas compañías locales que tal vez se dedican al negocio de reventa y exportación de cigarros desde México, y el trato otorgado por la SHCP a revendedores que no fueran el Demandante. Ninguna de las partes sugiere que haya otros revendedores/exportadores extranjeros distintos del Demandante. Uno de los testigos del Demandado indicó durante el interrogatorio que podría haber entre 5 y 10, o más, empresas registradas en México para exportar cigarros. Las partes coinciden en que hay, por lo menos, un revendedor/exportador de propiedad mexicana, el denominado “Grupo Poblano,” que está integrado por Mercados Regionales y Mercados Extranjeros (“Mercados I” y “Mercados II”) y posiblemente otras entidades. Una tercera compañía, MEXCOBASA, fue mencionada por el Demandante, pero no se ha probado en el expediente la propiedad de la misma (Primera declaración de Feldman, par. 94). Un funcionario mexicano, Enrique Díaz Guzmán, ha confirmado que al menos tres compañías comercializadoras (es decir, no productores) recibieron devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarros en diversos momentos entre septiembre de 1996 y mayo de 2000, por un total aproximado de NP\$ 91,000,000 (Primera declaración de Díaz Guzmán, Apéndice 0506, 0515). Muchas de estas devoluciones fueron autorizadas y pagadas después del 1º de enero de 1998, cuando las reformas introducidas a la Ley del IEPS hicieron que la tasa del 0% y las devoluciones del IEPS sobre las exportaciones de cigarros quedaran legalmente fuera del alcance de cualquiera que no fuese un productor (al limitar el pago de las devoluciones de impuestos a la primera venta) (Ley del IEPS de 1998, Artículo 11).

168. Hay desacuerdo en cuanto a cómo fueron tratadas estas empresas comercializadoras (presumiblemente las compañías del Grupo Poblano) en comparación con el Demandante. Es decir, si se le otorgó al Grupo Poblano devoluciones del IEPS durante períodos en los que se le negaban al Demandante, a pesar de que ambas entidades carecían de facturas con los montos de los impuestos trasladado expreso y por separado, tal como lo exige el Artículo 4 y, después del 1º de enero de 1998, a pesar de

Talbot (ver *Pope & Talbot c. el Gobierno de Canadá*, Laudo Arbitral Provisorio, 26 de junio de 2000, par. 11, 24, 36, 38, <http://www.state.gov/documents/organization/3989.pdf>).

la prohibición de otorgar devoluciones, salvo en los casos de primera venta. También falta información detallada acerca de si la SHCP hizo intentos efectivos de recuperar las devoluciones proporcionadas al Grupo Poblano durante el período 1996-1997, tal como lo hizo con el Demandante, o los pagos del IEPS efectuados entre 1998 y 2000. Sobre la base de que hay una auditoría en curso de Caesar Poblano, el principal propietario de las empresas del Grupo Poblano, la SHCP se ha negado a suministrar información detallada sobre el trato otorgado al Grupo Poblano y sobre cómo se compara dicho trato con el dispensado por la SHCP al Demandante. Uno de los testigos de la SHCP, el Sr. Díaz Guzmán, manifestó, sin embargo, que sólo una de las tres empresas comercializadoras que él había identificado tenía una auditoría en curso (en marzo de 2001), de modo que, presumiblemente, hay otras dos que no han sido auditadas a pesar de encontrarse en las mismas circunstancias que el Demandante.

169. Asimismo, si partimos de la premisa de que éste es un caso de posible discriminación *de facto*, no tiene importancia, a los fines del Artículo 1102, que la ley mexicana autorice a la SHCP a proporcionar devoluciones del IEPS a personas que no sean formalmente contribuyentes del IEPS y carezcan de facturas que trasladen expresamente y por separado los montos de los impuestos, como lo ha exigido sistemáticamente la Ley del IEPS desde, al menos, 1987, y tal vez antes. La cuestión, en realidad, es si las devoluciones han sido acordados *de hecho* a los exportadores locales de cigarros al mismo tiempo que eran denegados a un revendedor extranjero, CEMSA. Por supuesto, México tiene derecho a ser estricto en la aplicación de sus leyes, pero debe hacerlo en forma no discriminatoria entre los inversionistas extranjeros y los locales. Por consiguiente, si se ignora o se dispensa de cumplir del requisito del Artículo 4 de la Ley del IEPS a los exportadores/revendedores de cigarros locales, pero no a los exportadores/revendedores de cigarros extranjeros, esa diferencia *de facto* en el trato es suficiente para determinar que existe una denegación de trato nacional conforme al Artículo 1102.

I.2.1 En circunstancias similares

170. En el contexto de una inversión, el concepto de discriminación ha sido definido de manera tal que implica diferencias *no razonables* entre inversionistas

Sin embargo, el Demandado en esta causa no ha planteado esa cuestión, y el Tribunal, por consiguiente,

extranjeros y locales en circunstancias similares. (*Restatement*, Sección 712, Comentario f.) Según lo analizado en la sección del Artículo 1110 (*supra* par. 115, 129), existen al menos algunos fundamentos lógicos para tratar en forma distinta a los productores y a los revendedores, por ejemplo, mejor control de la recaudación fiscal, freno al contrabando, protección de los derechos de propiedad intelectual y prohibición de las ventas del mercado gris, aun cuando algunos de ellos puedan resultar anticompetitivos.³⁷ Por ello, conforme a lo señalado en la sección sobre expropiación, el Tribunal no considera que tal discriminación entre productores y revendedores constituya una violación del derecho internacional.

171. En esta instancia, las partes contendientes están de acuerdo en que CEMSA está en circunstancias “similares” a las de revendedores de cigarros para exportación de origen mexicano, incluidos los dos miembros del Grupo Poblano, Mercados Regionales y Mercados Extranjeros (ver memorial, par. 222; memorial de contestación, par. 486), a pesar de que México niega, por supuesto, que haya habido discriminación, principalmente basándose en el argumento de que CEMSA y el Grupo Poblano son efectivamente la misma entidad. Desde el punto de vista del Tribunal, el “universo” de empresas en circunstancias similares abarca las empresas de propiedad local y propiedad extranjera que se dedican al negocio de reventa y exportación de cigarros. Las circunstancias de otras empresas mexicanas que pueden también exportar cigarros, tales como los productores de cigarros mexicanos, no son similares. Mientras que la sentencia de amparo en relación con el Demandante sostuvo que la discriminación entre productores y revendedores de productos alcohólicos y tabacaleros (por lo menos, en cuanto a poder gozar del beneficio de la tasa del 0% sobre los bienes exportados) era inconstitucional, esta discriminación es efectivamente reinstaurada por la Ley del IEPS de 1998, que limita las devoluciones del IEPS a la primera venta efectuada, excluyendo a todo comprador/exportador subsiguiente de tal beneficio, y, según lo indicado anteriormente, ha sido reafirmada efectivamente en otro litigio entablado por el Demandante en 1998. El Tribunal también observa que el Artículo

no la considera (ver *infra* par. 185 y 186).

³⁷ Salvo raras excepciones, el TLCAN no regula la creación y mantenimiento de monopolios. “Ninguna disposición de este Tratado se interpretará para impedir a las Partes designar un monopolio.” Artículo 1502(1). Por lo tanto, permitirle a los productores de cigarros un monopolio de las exportaciones no parecería ser una violación del Artículo 1102, siempre que todos los no productores, tanto locales como extranjeros, reciban el mismo trato.

1102 nada dice sobre discriminación entre las diferentes clases de inversores propios de una Parte.

172. Por consiguiente, el Tribunal sostiene que las compañías que se encuentran en circunstancias similares, locales y extranjeras, son las empresas comercializadoras, las que se dedican al negocio de comprar cigarros mexicanos para la exportación que, a los fines de este caso, son CEMSA y los miembros societarios del Grupo Poblano.

I.2.2 La existencia de discriminación

173. Los pocos hechos que se han expuesto a este Tribunal demuestran a su mayoría que, en conjunto, CEMSA ha sido tratada menos favorablemente que los revendedores/exportadores locales de cigarros, una discriminación de facto por parte de la SHCP que es incompatible con las obligaciones de México conforme al Artículo 1102. Los únicos exportadores de cigarros según los limitados datos probados con que cuenta el Tribunal son CEMSA, de propiedad del ciudadano estadounidense Marvin Roy Feldman Karpa, y los miembros mexicanos del Grupo Poblano, Mercados I y Mercados II. De acuerdo con las pruebas disponibles, a CEMSA se le denegaron las devoluciones de octubre-noviembre de 1997 y de manera subsecuente la SHCP también solicitó que CEMSA reembolsará el monto de las devoluciones originalmente otorgadas desde junio de 1996 hasta septiembre de 1997. Por lo tanto, se le denegaron a CEMSA devoluciones del IEPS durante periodos en los cuales miembros del Grupo Poblano los recibieron (ver supra, par. 167, memorial, p. 3)

174. Aun cuando México está auditando al Sr. Poblano, el proceso se inició mucho después de la auditoría de CEMSA y, según los archivos proporcionados al Tribunal acerca de esta auditoría, no hay documentación que pruebe que dicha auditoría continuó con posterioridad al mes de marzo de 2000, o incluso que involucrara las devoluciones del IEPS (transcripción, 11 de julio de 2001, p. 2). Las devoluciones de CEMSA (antes y después de las auditorías) ya habían sido denegadas y, varios años después, no se habían tomado medidas similares en relación con el Grupo Poblano. Posiblemente, el hecho de que CEMSA haya sido auditada mucho antes que cualquier otro revendedor/exportador local es en sí mismo prueba de discriminación, incluso si la

SHCP está legalmente autorizada a auditar a todos los contribuyentes. Si las autoridades mexicanas están auditando o tienen la intención de auditar a otros contribuyentes que se encuentran en circunstancias similares a las de CEMSA, el Gobierno de México, como única parte con acceso a esa información, no se ha mostrado particularmente interesado en presentar las pruebas necesarias. Los dos archivos sometidos a consideración del Tribunal durante la audiencia (designados con los números 328 y 333) están incompletos, no indican que la auditoría haya finalizado y ni siquiera si todavía se la está llevando a cabo (transcripción, 11 de julio 2001, p. 2). La única información clara de que el Sr. Poblano se encuentra sujeto a algún tipo de auditoría fue proporcionada por el Demandante (Primera declaración de Feldman, par. 92), y los abogados del Demandante afirmaron que las pruebas que obran en las actuaciones demuestran solamente que al Sr. Poblano se le hizo una auditoría personal en 1997 (transcripción, 13 de julio de 2001, p. 155). El Gobierno de México se ha negado a suministrar información específica respecto de la cantidad de otros posibles contribuyentes en circunstancias similares (revendedores). El testigo del gobierno, el señor Obregón-Castellanos, admitió que eran más de cinco, y posiblemente fueran también más de diez las empresas registradas como exportadoras de cigarros (transcripción, 9 de julio de 2001, p. 141), pero se mostró evasivo respecto de la cantidad de exportadores de tabaco, a pesar de haber declarado en forma explícita y con seguridad que había 400 exportadores registrados de bebidas alcohólicas (transcripción, 11 de julio de 2001, p. 10).

175. Las pruebas también confirman que a CEMSA se le negó el registro como empresa exportadora, aparentemente y en parte, por la presentación de esta reclamación y, en parte, como resultado de la auditoría sobre las devoluciones por exportaciones llevada a cabo durante 1996 y 1997, aun cuando, como lo indicó el señor Díaz Guzmán, había otras tres sociedades exportadoras de cigarros a quienes se les había otorgado dicho registro. Un memorando sin firma, que es razonable pensar que sólo pudo haberse generado en la SHCP, indica que se denegó el registro sobre la base de la auditoría al Demandante por las devoluciones pagadas. No hay pruebas de que se le hayan denegado derechos de exportación a otros revendedores/exportadores locales en esta forma. Más aún, también parece haberse otorgado un trato distinto a CEMSA y al Sr. Poblano en relación con las cuestiones de registro. De acuerdo con el testigo del Demandante, el señor Carvajal, el contribuyente CEMSA presentó su solicitud para el registro como empresa exportadora el 30 de junio de 1998; siete meses más tarde,

todavía se estaba solicitando información por escrito al respecto. Al contribuyente Poblano, la SHCP le pidió información verbalmente dentro de los 14 días siguientes a la fecha de su solicitud y aparentemente se resolvió toda dificultad que pudiera haber surgido (transcripción, 11 de julio de 2001, p. 3).

176. El alcance de la pruebas de discriminación que obran en las actuaciones es, desde luego, limitado. Hay sólo unos pocos documentos en autos que tengan directa relación con la existencia de un trato distinto, particularmente la declaración del Sr. Díaz Guzmán, el memorándum “misterioso” de los archivos de la SHCP y una certificación del registro fiscal de Mercados Regionales, de propiedad del Grupo Poblano. Un miembro de este Tribunal cree que ello es insuficiente para probar un acto de discriminación (ver opinión disidente). El punto de vista de la mayoría se basa, en primer lugar, en la conclusión de que se transfirió la carga de la prueba del Demandante al Demandado, éste último no habiendo cumplido con esta nueva carga de la prueba y en la evaluación de las actuaciones en conjunto. Pero también se basa en una simple conclusión, ya que ninguno de esos puntos fue efectivamente cuestionado por el Demandado:

- a. Ningún revendedor/exportador de cigarros (el Demandante, algún miembro del Grupo Poblano u otro) podría legalmente haber cumplido con los requisitos para acceder a las devoluciones del IEPS, ya que ninguno de ellos, conforme a los hechos establecidos en este caso, podría haber obtenido las facturas exigidas con los impuestos trasladados expreso y por separado.
- b. Al Demandante se le denegaron las devoluciones en el mismo período en que esas devoluciones se otorgaban, como mínimo, a otras tres empresas en circunstancias similares, por ejemplo revendedores/exportadores (ver *supra* par, 171) que aparentemente incluían a no menos de dos miembros del Grupo Poblano.

177. En cuanto a la carga de la prueba, la mayoría encontró de utilidad la siguiente declaración de un estándar de derecho internacional, hecha por el Órgano de Apelaciones de la Organización Mundial del Comercio:

... diversos tribunales, incluida la Corte Internacional de Justicia, han aceptado y aplicado general y uniformemente la regla según la cual la

parte que afirma un hecho, sea al Demandante o el Demandado, es responsable de suministrar la prueba respectiva. Asimismo, es un dogma generalmente aceptado de prueba en el derecho civil, el derecho consuetudinario y, en realidad, en la mayoría de las jurisdicciones, que la carga de la prueba recae en la parte, sea la reclamante o la reclamada, que afirma un reclamo o defensa como verdadero. *Si esa parte presenta pruebas suficientes como para crear la presunción de que su reclamación es verdadera, la carga de la prueba pasa a la otra parte, quien será la que pierda a menos que introduzca pruebas suficientes como para refutar tal presunción.* (El resaltado es nuestro.)³⁸

En este caso, somos de la opinión de que el Demandante ha creado una presunción y establecido *prima facie* la existencia de un trato distinto y menos favorable respecto del Demandante que el otorgado a varios revendedores de cigarros de propiedad mexicana, y el Demandado no logró presentar ninguna prueba creíble en las actuaciones para refutar tal presunción.

178. Al evaluar las pruebas, incluidos los cinco días de audiencia que obran en autos, la mayoría también se ve influida por el enfoque de la cuestión de discriminación adoptado por el Demandado. Si el Demandado contaba con pruebas demostrando que las empresas del Grupo Poblano no habían sido tratadas más favorablemente que CEMSA en cuanto al otorgamiento de las devoluciones del IEPS, nunca explicó por qué no las había aportado. En lugar de ello, el Demandado dedicó parte sustancial del tiempo que se le otorgó durante la audiencia y en sus memoriales intentando (infértilmente, en opinión del Tribunal) demostrar que CEMSA y el Grupo Poblano eran empresas vinculadas (apuntando a que no podría, presumiblemente, darse una discriminación dentro de un mismo grupo de compañías)³⁹. Sin embargo, si

³⁸ United States – Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India, adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R, p. 14. Del mismo modo, Asian Agricultural Products Limited c. Republic of Sri Lanka, ICSID Reports, pp. 246, 272, 1990. (“En el caso de que una parte presente alguna prueba que prima facie respalde su pretensión, la carga de la prueba pasará a su oponente.”).

³⁹ Memorial de contestación, par. 488; ver, por ejemplo, transcripción, 10 de julio de 2001, pp. 110-113. Es innegable que CEMSA y el Grupo Poblano tenían una relación comercial; CEMSA, entre otras cosas, le vendía de vez en cuando cigarros a varias empresas del Grupo Poblano y el Sr. Poblano le había prestado capital de trabajo (memorial, par. 101-102). Sin embargo, no existen pruebas de titularidad común de acciones, integración común de los consejos de administración o cualquier otro indicador normal de propiedad y control conjuntos. Más aún, la SHCP los había tratado como contribuyentes totalmente independientes, auditando a CEMSA muy tempranamente mientras que, más de tres años después, no se han tomado medidas definitivas contra el Grupo Poblano. Es claro que no hay pruebas de que el Gobierno mexicano considerase a CEMSA y a las empresas del Grupo Poblano como una sola empresa antes de este procedimiento. Por consiguiente, este Tribunal no se ve inclinado a acordar tal trato y frustrar así la afirmación de discriminación hecha por el Demandante.

las empresas pertenecientes al Grupo Poblano no hubiesen recibido las devoluciones, esa prueba de vinculación habría sido totalmente improcedente. ¿Por qué motivo una parte, de manera razonable, adoptaría este enfoque en la audiencia y los escritos si tuviera información en su poder que pudiera probar que los exportadores de cigarros mexicanos recibían el mismo trato que el Demandante, es decir, que se les denegaban las devoluciones del IEPS por sus exportaciones de cigarros cuando no contaban con las facturas apropiadas? Es por ello que la inferencia que realiza la mayoría del Tribunal ante la falta de presentación de pruebas por el Demandado sobre la cuestión de discriminación resulta enteramente razonable.

También es notable que, a pesar de la copiosa presentación de pruebas hecha por el Demandado intentando (infructuosamente, según el criterio del Tribunal) vincular al Demandante con una supuesta operación de contrabando manejada por el Sr. Poblano o en su representación, se les haya concedido, empero, a las compañías del Sr. Poblano el registro como empresas exportadoras. Esto ocurrió aproximadamente en la misma época en la que se denegó el mismo registro a CEMSA, al parecer en razón de la auditoría pendiente de CEMSA. Una vez más, la diferencia de trato entre CEMSA y el Grupo Poblano resulta obvia.

179. También hay pruebas en autos que sugieren que Lynx, una empresa que anteriormente pertenecía al Grupo Poblano, recibió un trato algo más favorable por parte de México, ya que el Tribunal Fiscal Federal decidió en febrero de 1996 que Lynx tenía derecho a percibir devoluciones del IEPS sobre sus exportaciones de cigarros, a pesar de la probable ausencia de facturas que contaran con los montos de los impuestos trasladados expreso y por separado (por ejemplo, memorial, par. 36; Apéndices 1047-1070). Como resultado de esta decisión y de la victoria lograda en el amparo de Lynx (que se aplicaba única y específicamente a las exportaciones de bebidas alcohólicas), la SHCP también le pagó a Lynx devoluciones del IEPS aplicables a las exportaciones de cigarros en 1992, más una suma sustancial por concepto de intereses y ajuste por inflación⁴⁰. Éste fue un período durante el cual la disponibilidad de devoluciones por

⁴⁰ Ver las tablas presentadas como prueba durante la audiencia en la que tuvo lugar la declaración testimonial de Zaga-Hadid, transcripción, 13 de julio 2001, p. 142. Se negaron, y ambas partes volvieron a discutir durante la audiencia, afirmaciones de que la SHCP había pagado deliberadamente devoluciones excesivas a Lynx (Tercera declaración testimonial de Díaz-Guzmán, Apéndice 06455-06456). Las pruebas sobre esta cuestión presentadas al Tribunal son contradictorias y el Tribunal no está

exportaciones de cigarros para CEMSA era incierta, a pesar del hecho de que sus exportaciones durante 1992 habían sido escasas. Sin embargo, para cuando la SHCP reconoció el derecho de Lynx a las devoluciones, en 1996, ya hacía varios años que le eran negados a CEMSA por embarques con exportaciones de prueba.

180. Todo ello confirma otra debilidad del argumento del Demandado de que no pudo haber existido bajo estas circunstancias discriminación *de facto* cuando fundamentalmente las devoluciones se otorgaban en principio en base a decisiones ministeriales, con el análisis detallado efectuado posteriormente en caso de cuestionamientos o auditoría. En vistas de la notoriedad del Demandante en la SHCP a lo largo de los años, de los artículos de prensa y de las amenazas de juicio en contra de funcionarios de la SHCP, de la auditoría que fue iniciada y luego concluida abruptamente en 1995, de las numerosas reuniones con funcionarios de la SHCP, etcétera, se le hace difícil al Tribunal creer que las solicitudes y los actos del Demandante no fueran bien conocidos y cuidadosamente monitoreados por los funcionarios de la SHCP. Estos factores ciertamente crearon las condiciones necesarias para que hubiera discriminación.

I.2.3 Discriminación por motivos de nacionalidad

181. Es obvio que el concepto de trato nacional consagrado en el TLCAN y en convenios similares tiene la intención de impedir la discriminación basada en la nacionalidad o “por motivos de nacionalidad.” (*U.S. Statement of Administrative Action*, Artículo 1102.) Sin embargo, no es obvio de por sí, como argumenta el Demandado, que deba demostrarse *explícitamente* que todo apartamiento del trato nacional tiene su origen en la nacionalidad del inversionista. El Artículo 1102 no lo formula en esos términos; más bien, de acuerdo con sus términos, el Artículo 1102 sugiere que es suficiente con mostrar un trato menos favorable del inversionista extranjero que del local en circunstancias similares. En este caso, las pruebas en autos demuestran que hay un solo inversionista/ciudadano estadounidense, el Demandante, que alega una violación del principio de trato nacional de conformidad con el Artículo 1102 del TLCAN (transcripción, 13 de julio de 2001, p. 178), y al menos un inversionista local (el Sr. Poblano) que ha recibido un trato más favorable. Por motivos prácticos y jurídicos,

convencido de que los montos pagados, más intereses y ajuste por inflación durante el período 1993-

el Tribunal está dispuesto a basarse en la premisa de que el motivo de este trato diferencial es la nacionalidad del Demandante, al menos dada la ausencia de pruebas en contrario.

182. No obstante, en este caso hay evidencias de un nexo entre la discriminación y la condición de inversionista extranjero del Demandante. En primer lugar, en las actuaciones no parece haber una justificación racional del trato de facto menos favorable hacia CEMSA que el hecho evidente de que su propietario era un extranjero muy expresivo quien, antes de comenzar la auditoría, ya había presentado una reclamación contra el Gobierno de México fundada en el Capítulo XI del TLCAN. Ciertamente, la presentación de una solicitud de arbitraje de conformidad con el Capítulo XI sólo podría haberla hecho un ciudadano de los Estados Unidos o de Canadá (y no de México), es decir, en virtud de su nacionalidad (extranjera). Si bien una auditoría fiscal no prueba por sí misma la existencia de una denegación de trato nacional, el hecho de que esta auditoría se iniciara poco después de la Notificación de Arbitraje (Primera declaración de Feldman, par. 85-86) y la existencia de un memorando no firmado en la SHCP, haciendo notar la presentación de la reclamación conforme al Capítulo XI en el contexto de los trámites de registro como exportador que realizaba por entonces el Demandante, despiertan como mínimo una muy fuerte sospecha de que existió un vínculo entre todos estos sucesos, teniendo en cuenta que no se realizaron auditorías similares de contribuyentes que fueran revendedores/exportadores locales en la misma época.

183. En términos más generales, exigir que un inversionista extranjero pruebe que la discriminación se basa en su nacionalidad podría ser un obstáculo insalvable para el Demandante, ya que sólo el gobierno puede tener acceso a esta información. Sería virtualmente imposible para cualquier demandante allegar pruebas que demostrarían que la discriminación manifestada por un gobierno está motivada en la nacionalidad y no en otras razones. Asimismo, tal como argumenta el Demandado, si no deben analizarse los motivos de los actos gubernamentales, no hay forma en que el Demandante o este Tribunal puedan llegar a la determinación subjetiva de que las medidas discriminatorias del gobierno obedecen a la nacionalidad del Demandante, en ausencia nuevamente de

1996, fueran en realidad excesivos.

pruebas creíbles que el Demandado podría haber aportado acerca de una motivación distinta. Si las violaciones del Artículo 1102 se limitan a la existencia de una discriminación explícita (presumiblemente, de jure) contra los extranjeros, por ejemplo a través de una ley que acuerde un trato diferente a los inversionistas extranjeros y a los locales, la efectividad del concepto de trato nacional como medio de proteger al inversionista extranjero se vería seriamente limitada.

184. Esta conclusión es concordante con la alcanzada en un procedimiento anterior sobre el Capítulo XI, el caso Pope & Talbot c. el Gobierno de Canadá. El tribunal que consideró el caso Pope & Talbot señaló su disposición a creer que el trato discriminatorio hacia los inversionistas extranjeros en circunstancias similares violaría las disposiciones del Artículo 1102. De acuerdo con ese tribunal, esas diferencias entre inversionistas locales y extranjeros “presumiblemente violarían el Artículo 1102(2), a menos que tengan un nexo razonable con políticas gubernamentales racionales que (1) no distingan, a primera vista o de facto, entre empresas de propiedad extranjera y empresas locales, y (2) no socaven indebidamente los objetivos del TLCAN en materia de liberalización de inversiones.” Una de las inquietudes de ese tribunal fue que, si debía demostrarse que la discriminación se basaba en la nacionalidad, ello “tendería a disculpar toda discriminación que no estuviera abiertamente dirigida en contra de las inversiones extranjeras” (Pope & Talbot c. el Gobierno de Canadá, Laudo sobre el fondo de la fase 2, abril 10, 2001, par. 78, 79, http://www.dfaid-maeci.gc.ca/tnanac/Award_Merits-e.pdf) (El tribunal del caso Pope & Talbot desestimó en última instancia, sobre la base de los hechos, el reclamo de violación del principio de trato nacional). En el caso que nos ocupa, el trato otorgado a inversionistas extranjeros y a inversionistas locales en circunstancias similares es distinto de facto, y tal discriminación es claramente contraria al objetivo de liberalización de las inversiones del Artículo 1102. Este Tribunal no encuentra motivos para discrepar con los fundamentos del caso Pope & Talbot en este respecto.

I.2.4 ¿Requisito del inversionista más favorecido?

185. A primera vista, el TLCAN no es claro acerca de si el inversionista extranjero debe recibir el trato más favorable acordado a cualquier inversionista local o solamente el trato general que reciben los inversionistas locales, o incluso el trato

menos favorable otorgado a un inversionista local. No existe en el Capítulo XI una disposición sobre el “inversionista más favorecido” paralela a la disposición de la nación más favorecida del Artículo 1103, que sugiere que un inversionista extranjero debe recibir un trato no menos favorable que el dado al inversionista nacional más favorablemente tratado, si es que hay otros inversionistas nacionales cuyo trato es menos favorable, es decir, del mismo modo que el inversionista extranjero. Al mismo tiempo, no hay nada en el Artículo 1102 que estipule que el inversionista extranjero deberá recibir el mismo trato que el dispensado al inversionista local más favorablemente tratado, en caso de haber muchos inversionistas locales que reciban un trato diferente del gobierno en su carácter de parte demandada.

186. Podría muy bien ocurrir que la cantidad de inversionistas locales dentro de su clase fuera de más de dos —un testigo del gobierno mexicano manifestó que podría haber entre 5 y 10 o más empresas registradas como exportadoras de cigarros— y también podría ocurrir que el trato de algunos de esos otros inversionistas hubiera sido más parecido al que recibió el Demandante que al trato más favorable dispensado al Grupo Poblano. Sin embargo, en ausencia de pruebas a este efecto presentadas por México —la única parte en situación de proporcionar tal información—, no es necesario que el Tribunal decida si el Artículo 1102 exige un trato equivalente al mejor que se haya suministrado a cualquier inversionista local. Presumiblemente, si hubiera pruebas de que otro inversionista local ha sido tratado en la misma forma que el Demandante en cuanto a su registro como empresa exportadora, a la auditoría y al otorgamiento o la denegación de devoluciones, el Demandado habría suministrado tales pruebas al Tribunal. En este caso, el “universo” conocido de inversionistas está compuesto por sólo dos partes, o cuando mucho tres, una extranjera (el Demandante) y otra local (las empresas del Grupo Poblano), y el Tribunal debe tomar su decisión sobre la base de las pruebas con las que cuenta. Por lo tanto, el único inversionista local pertinente es el Grupo Poblano y la comparación debe hacerse entre el Grupo Poblano y el Demandante.

187. Sobre la base de este análisis, una mayoría del Tribunal llegó a la conclusión de que México ha violado los derechos del Demandante a no ser discriminado, conforme al Artículo 1102 del TLCAN. El Demandante ha demostrado que, prima facie, ha existido un trato diferente y menos favorable hacia el Demandante, comparado con el otorgado por la SHCP al Grupo Poblano. En relación con el Grupo

Poblano y otros revendedores/exportadores de cigarros, el Demandado ha afirmado que se están realizando o se realizarán auditorías de dichas empresas del mismo modo que la efectuada al Demandante, y dio a entender que, en última instancia, ellas recibirán el mismo trato que el Demandante. Sin embargo, las pruebas de que ello haya ocurrido son débiles y poco convincentes. El hecho ineludible es que al Demandante se le han efectivamente denegado las devoluciones del IEPS en el período comprendido entre abril de 1996 y noviembre de 1997, mientras que las empresas locales de comercialización y exportación sí las recibieron, no solamente durante la mayor parte de ese período sino por lo menos hasta mayo de 2000, lo cual sugiere que, de facto, se dispensó del cumplimiento de los requisitos exigidos en el Artículo 4(III) a algunas empresas locales, si no a todas. Mientras que el Demandante se ha visto efectivamente impedido de exportar cigarros entre 1998 y 2000, hay pruebas de que a las compañías del Grupo Poblano aparentemente se les permitió hacerlo, a pesar del Artículo 11 de la Ley del IEPS. Finalmente, al Demandante no se le permitió registrarse como una empresa exportadora, mientras que a las empresas del Grupo Poblano se les concedió el permiso para efectuar dicho registro. Todos estos hechos son incompatibles con las obligaciones del Demandado conforme al Artículo 1102, y el Demandado no presentó pruebas que demostraran lo contrario.

188. Para llegar a la conclusión de que el Demandado ha violado sus obligaciones respecto del Demandante de conformidad con el Artículo 1102, la mayoría observa que la exportación de cigarros del Demandante, y de otros revendedores en situación similar, puede ser económicamente insostenible, si las devoluciones del IEPS no están disponibles. Pero no hay nada en la ley del IEPS durante el periodo pertinente (después de la sentencia de amparo de 1993 y antes de las reformas de 1998) que legalmente impida *per se* las exportaciones. La mayoría también opina que el patrón de hechos en este caso revela más que uno o dos errores menores del Demandante. Más bien, demuestra un patrón de acción (o inacción) oficial durante un número de años, así como una discriminación *de facto* violatoria del Artículo 1102. Habiendo dicho lo anterior, no existe desacuerdo respecto de que la jurisdicción del Capítulo XI en relación con asuntos fiscales está cuidadosamente circunscrita por el Artículo 2103, o que este Tribunal sería negligente en sus obligaciones si expandiera o redujera esa jurisdicción.

J DAÑOS

189. En relación con el monto de los daños a otorgar al Demandante, el Tribunal observa en principio que las partes sólo mencionan en forma general y superficial el cálculo y monto correctos en concepto de daños. Más limitada aún es la cantidad de pruebas presentadas al Tribunal de Arbitraje al respecto.

190. El Demandante supone que los daños de CEMSA por la ilegal discriminación conforme al Artículo 1102 ejercida por el Demandado son idénticos a los reclamados por expropiación ilegal, y no reconoce ninguna diferencia entre ambos casos ni tiene en cuenta únicamente el caso específico de la discriminación de facto (memorial, par. 233). Respecto de la valuación de los daños, el Demandante solicita una indemnización por tres conceptos (memorial, par. 236-246):

(1) \$64,582,645 pesos mexicanos (o US\$6,458,264) por concepto de IEPS adeudados correspondientes al período de octubre a diciembre de 1997; (2) \$90,350,605 pesos mexicanos (o US\$ 9,035,060) por lucro cesante durante el lapso comprendido entre el 1º de enero de 1994 y mayo de 1996, calculado sobre la base de las exportaciones estimadas y aplicando un margen de ganancias del 62.4%, y (3) \$148,886,141 pesos mexicanos (o US\$14.888.614), por concepto de “valor del negocio en marcha de CEMSA”, sobre la base del valor del flujo de caja actualizado. La suma de los tres conceptos asciende a \$303,819,391 pesos mexicanos (o US\$30,381,938).

191. En su réplica del 11 de junio de 2001, el Demandante aseveró que su cálculo del IEPS, aun cuando fuese erróneo, nunca había sido cuestionado por el Demandado (réplica, par. 72-75), y agregó un reclamo por lucro cesante a partir del 1º de diciembre de 1997, sin especificar el monto (réplica, par. 76 (3)). Finalizó diciendo que, aunque CEMSA reclamara más IEPS de lo pagado por Cigatam, “todavía tenía derecho a unos veinte millones de dólares por concepto de daños” (réplica, par. 78).

192. El Demandado, por su parte, argumentó que los registros contables de CEMSA durante el período crítico eran insuficientes o directamente inexistentes. Asimismo, afirmó que el negocio de exportación de cigarros de CEMSA no era rentable

(memorial de contestación, par. 513-517) y negó que CEMSA fuera “una empresa comercializadora típica” (memorial de contestación, par. 560) o que hubiera tenido un valor justo de mercado en cualquiera de los momentos pertinentes al caso (memorial de contestación, par. 532-539, 564).

193. En su dúplica, el Demandado objeta el cálculo de daños del Demandante (dúplica, par. 202-262). Específicamente, el Demandado impugna el nuevo reclamo por lucro cesante y finaliza diciendo que la utilidad bruta por cada cartón de cigarros vendido, en el mejor de los casos, sólo hubiera sido de cinco centavos (dúplica, par. 258).

194. En primer lugar, el Tribunal observa que, de conformidad con la última parte del Artículo 1117(1) del TLCAN (así como la última parte del Artículo 1116(1)), los inversionistas de una parte que representan a una empresa pueden someter a arbitraje una reclamación por la cual aduzcan que la otra Parte ha violado, entre otras disposiciones, la obligación de otorgar trato nacional conforme al Artículo 1102 del TLCAN y, por consiguiente, “que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella”. El TLCAN no brinda otra guía en cuanto al modo correcto de evaluar daños o indemnizaciones en situaciones que no encuadren dentro de las disposiciones del Artículo 1110 (expropiación); la única evaluación detallada de daños específicamente contemplada en el Capítulo XI es la del Artículo 1110(2-3), cuando se refiere al “valor justo de mercado,” que se aplica necesariamente sólo en situaciones que encuadren en las disposiciones del Artículo 1110. De ello se desprende que, en casos de discriminación que constituyan una violación del Artículo 1102, lo que adeude el Demandado será el monto de la pérdida o daño razonablemente vinculado a tal violación. En ausencia de una discriminación que también constituya una expropiación indirecta o sea equivalente a una expropiación, el Demandante no tendría derecho al total valor de mercado de la inversión que se otorga conforme al Artículo 1110 del TLCAN. Por lo tanto, si el requisito necesario para someter una reclamación a arbitraje es la existencia de daños, se deriva posiblemente que el Tribunal pueda ordenar una indemnización por el monto de las pérdidas o los daños en los que realmente se ha incurrido.

195. Hasta la fecha, sólo otros dos tribunales del TLCAN que intervinieron en los casos S.D. Myers y Pope & Talbot han determinado que hubo violaciones susceptibles de indemnización, de conformidad con los Artículos 1102 y 1105, respectivamente. La etapa relativa a daños del caso S.D. Myers no ha finalizado aún. Sin embargo, al trazar las líneas generales del enfoque dado a la cuestión de los daños, el tribunal concluyó que, en ausencia de una disposición especial, los redactores del TLCAN tenían la intención de dar libertad a los tribunales para que determinaran el monto de la indemnización apropiada a las circunstancias particulares del caso, teniendo en cuenta los principios del derecho internacional y las disposiciones del TLCAN. (S.D. Myers c. el Gobierno de Canadá, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, par. 303-319, <http://www.state.gov/documents/organization/3992.pdf>.)

196. En *Pope & Talbot*, el tribunal determinó únicamente la existencia de una violación relativamente menor del Artículo 1105, y rechazó las reclamaciones por violación de, entre otros, los Artículos 1102 y 1110 y una supuesta violación adicional del Artículo 1105. En su opinión del 31 de mayo de 2002, ese tribunal no explicó en detalle el razonamiento empleado para evaluar la cuestión de los daños, sino que hizo hincapié únicamente en su rechazo de los daños por el costo del tiempo de gestión reclamados como resultado de la violación, por el Demandado, del Artículo 1105, y el lucro cesante por un corto lapso durante el cual el Demandado cerró los molinos de la empresa, nuevamente en violación del Artículo 1105 (esto último fue rechazado, no por principio, sino porque el tribunal, después de considerar las aseveraciones del Demandante, determinó que no había existido tal lucro cesante). Los únicos daños que el tribunal concedió fueron los gastos incurridos por el Demandante al defenderse por la violación del Demandado. (Estos conceptos incluían los gastos legales y contables, y los honorarios de *lobbyistas*). (*Pope & Talbot c. el Gobierno de Canadá*, Laudo sobre Daños, 31 de mayo de 2002, par. 81-90, <http://www.naftalaw.org>).

197. Es obvio que en estos dos casos anteriores, como en el presente, no hubo una violación de las disposiciones del Capítulo XI relativa a la expropiación, los tribunales ejercieron considerable discreción para articular lo que, en su opinión, eran enfoques razonables sobre la cuestión de los daños, consistentes con los requisitos del TLCAN.

198. Basándose en esta lógica, el Tribunal se centra en la solicitud más reciente de daños presentada por el Demandante en su réplica (ver *supra* par. 191). Por los motivos manifestados anteriormente, de los tres conceptos de daños que reclama el Demandante, se desestimarán el tercero, que representa el “valor del negocio en marcha de CEMSA”, ya que el mismo exige una resolución de expropiación, lo que no ocurre en este caso (ver *supra* par. 108-114).⁴¹

199. El segundo concepto de daños es el del lucro cesante en el período que transcurre entre el 1º de enero de 1994 y mayo de 1996 y, por lo tanto, está cubierto por el plazo de prescripción de tres años establecido en el Artículo 1117(2) del TLCAN, según lo explicado en los par. 39-47 de la Decisión Provisional acerca de Cuestiones Jurisdiccionales Preliminares del 6 de diciembre de 2000. En dicha Decisión Provisional sostuvimos que la fecha de interrupción del plazo de prescripción de tres años era el 30 de abril de 1996. Aun cuando el Demandante solicite, bajo el concepto analizado, una indemnización por lucro cesante de un mes (mayo de 1996) inmediatamente a continuación de la fecha de interrupción del plazo de prescripción, la reclamación no especifica el monto correspondiente a ese mes y, de cualquier modo, el Tribunal no ha quedado convencido de su existencia como tampoco de su alcance.

200. Una vez más, aun cuando el Demandante hubiese presentado información más específica, el Tribunal no ha quedado convencido, sobre la base de las pruebas en autos, que las actividades de CEMSA hubieran sido rentables si hubiese percibido las devoluciones del IEPS durante el período pertinente y en los montos correctos. Tal como fue analizado anteriormente, cuando la tasa del IEPS era del 85%, el Demandante consideró, erróneamente, que el 85% del precio facturado representaba el monto del impuesto sujeto a devolución. (En realidad, sólo aproximadamente el 45.95% del precio facturado correspondía a impuestos.) Si el precio bruto a Sam's era

⁴¹ Observamos, sin llegar a una decisión, que aun en el caso de haber existido una expropiación, no obran en autos pruebas suficientes que demuestren que el valor del negocio en marcha de CEMSA pueda ser significativo. Según lo indicado en el pie de página 15, en las actuaciones no figura ningún estado de activos físicos que no sea la declaración de una capitalización inicial de 510,000 pesos mexicanos en el año de constitución de la empresa, 1988, sin ninguna indicación acerca de qué porcentaje de esta suma se habría pagado. El valor del negocio en marcha de una compañía que genera el 90% de sus pretendidas utilidades mediante ventas efectuadas en el mercado gris de cigarros también desperta dudas. Como se discute en el par. 201 *infra*, una vez deducidos los costos de venta y de financiamiento, esta actividad no podría haber sido rentable y un negocio que pierde dinero rara vez tiene un valor del negocio en marcha significativo.

de US\$7.40 y se supone que la devolución del IEPS es del 85% del precio bruto, el precio neto (menos las devoluciones) sería de US\$4 ($7.40/1.85$). Este cálculo produce —a partir de un precio de venta para exportación de US\$4.05— un margen bruto de sólo US\$0.05, con el cual es imposible cubrir los gastos del Demandante que incluyen, entre otros, el 14% de interés sobre los préstamos recibidos del Grupo Poblano (ver la declaración de Feldman, par. 6, 72). Aun cuando estos cálculos aproximados no sean totalmente exactos, este margen bruto simplemente no alcanza a cubrir los gastos operativos normales, menos aún las ganancias, a menos, por supuesto, que el Demandante pueda obtener devoluciones del IEPS de la SHCP, tal como ocurrió en 1996 y 1997.

201. Las afirmaciones de que el Demandante, de haberse percatado de cuál era el monto correcto de las devoluciones, hubiera sencillamente elevado el precio de venta de US\$4.05 de su cartón de cigarros, no son nada convincentes desde un punto de vista comercial o económico. Cualquier hombre de negocios razonable fijaría sus precios sobre la base de la oferta y la demanda. Si el Demandante hubiera podido conseguir US\$5.00 US\$6.00 o más por cartón, indudablemente lo habría hecho, como sostiene el Demandado (ver dúplica, par. 216-221). Más aún, el Demandante no tenía una cartera de clientes significativa. Todas las ventas logradas durante su mejor ejercicio, el de 1997, fueron efectuadas a miembros del Grupo Poblano o a una compañía aparentemente ficticia, Dilosa, S.A., que presuntamente desarrollaba sus actividades en Honduras, una jurisdicción de baja imposición fiscal para la que legalmente no podía obtenerse devoluciones del IEPS (Ley del IEPS, 1997, Artículo 2(III)). En resumen, el Tribunal está convencido de que el negocio del Demandante de exportar cigarros adquiridos a minoristas en México no era un negocio viable, y no podría haber sido rentable independientemente de si la SHCP le otorgaba devoluciones del IEPS, partiendo por supuesto de la premisa de que las devoluciones solicitadas y obtenidas se ajustaran al monto real del IEPS que originalmente gravaban los cigarros.

202. Sólo queda el primer concepto de daños, las devoluciones del IEPS correspondientes al período comprendido entre octubre y diciembre de 1997. De acuerdo con el Demandante, su monto asciende a \$64,582,645 pesos mexicanos (o US\$6,458,264). En el expediente figuran documentos de aduanas que reflejan de modo

razonable las exportaciones correspondientes a ese período (pp. 3057 a 3199 del volumen 8, adjunto al memorial).

203. No obstante esta afirmación, las actuaciones demuestran que durante los tres meses correspondientes a este periodo, el Demandante solo presentó tres solicitudes de devoluciones del IEPS por un monto de \$18,978,361 pesos mexicanos de conformidad a lo siguiente:

El 3 de noviembre de 1997, solicitó \$10,134,669 pesos mexicanos

El 1 de diciembre de 1997, solicitó \$8,841,061 pesos mexicanos

El 5 de enero de 1998, solicitó \$2,631 pesos mexicanos

Para calcular el monto correcto del impuesto, el valor de las mercaderías exportadas debe dividirse por 1.85. El resultado, que es el valor de los cigarros, se resta del precio bruto facturado para llegar al monto del impuesto correctamente calculado. De este modo, comenzando con los \$18,978,361 pesos mexicanos especificados por el Demandante, de acuerdo con las solicitudes presentadas el 3 de noviembre y 1º de diciembre de 1997 y el 5 de enero de 1998, y suponiendo que esta cifra sea el resultado del cálculo erróneo del impuesto efectuado por el Demandante (sencillamente aplicando el 85% al precio bruto de factura, según lo ya explicado (par. 131), dividiendo el resultado por 85 y multiplicándolo por 100), el precio bruto de venta de los cigarros en el que se basó CEMSA para solicitar el pago del IEPS es de \$22,327,483 pesos mexicanos. Este monto coincide con las facturas presentadas por el Demandante, que corresponden al período en cuestión.

204. Considerando un precio bruto de facturación de \$22,327,483 pesos mexicanos, el impuesto que corresponde a esa cifra es de \$10,258,573,50 pesos mexicanos, según la siguiente operación:

$$\$22,327,483 / 1.85 = \$12,068,909.73$$
 pesos mexicanos (Este es el precio de los cigarros neto del IEPS)

$$\$22,327,483 - \$12,068,909.73 = \$10,258,573.50$$
 pesos mexicanos (Este es el monto correcto aproximado del IEPS, tomando una tasa impositiva del 85%).

205. Sin embargo, el Tribunal estima apropiado excluir el IEPS que corresponde a una operación de exportación a Honduras efectuada durante el período

pertinente. Puesto que Honduras es una jurisdicción de baja imposición fiscal, esta exportación no fue legalmente sujeta a la devolución del IEPS de conformidad con el Artículo 2(III) de la Ley del IEPS. Por lo tanto, el total del monto del IEPS de \$10,258,573.50 pesos mexicanos debería reducirse por un monto de \$793,946.00 pesos mexicanos (el monto de la devolución por la venta a Honduras). De esta manera, el total del laudo revisado es de \$9,464,627.50. (Este monto de \$793,946.00 pesos mexicanos se obtiene dividiendo por 1.85% el precio pagado por CEMSA cuando adquirió las mercancías que exportó a Honduras. CEMSA compró a Sam's Club 27,000 Marlboro Flip Top, por un monto de \$1,728,000.00 pesos mexicanos, de conformidad con la factura 2060 de fecha 29 de septiembre de 1997; la misma mercancía fue exportada a Honduras el 15 de octubre de 1997 mediante pedimento de exportación 3465-7007533, también de fecha 15 de octubre de 1997, y con una factura no. 2068 emitida por CEMSA, la cual se refiere a 450 cajas o “master cases” de Marlboro Flip Top; una caja o “master case” de Marlboro Flip Top contiene 60 paquetes Flip Top). El total revisado del laudo de \$9,464,627.50 pesos mexicanos indicado anteriormente se incrementa por el cálculo del interés simple desde la fecha en que las devoluciones deberían haber sido pagadas (ver adelante) hasta la fecha de esta decisión, de conformidad con la tasa de interés igual al rendimiento de los Certificados de la Tesorería de la Federación o bonos emitidos por el Gobierno Mexicano, a un plazo de 28 días (ver anexo). El Total del interés calculado de esta manera es de \$7,496,428.47 pesos mexicanos

El monto original de las devoluciones que debería de haber sido pagado al Demandante es el siguiente:

El 19 de enero de 1998 \$4,684,253.45 pesos mexicanos;

El 16 de febrero de 1998 \$4,778,951.89 pesos mexicanos;

El 3 de marzo de 1998 \$1,422.16 pesos mexicanos.

Los intereses deben calcularse, de conformidad con la ley en vigor para las devoluciones solicitadas en 1997 (se generan a partir del día 51 posterior a la solicitud) y para las devoluciones solicitadas en 1998 (se generan a partir del día 41 posterior a la solicitud). Por lo tanto a la fecha de esta decisión, el monto total otorgado por el tribunal es de \$16,961,056 pesos mexicanos (monto principal de \$9,464,627.50 más intereses de \$7,496,428.47).

Si el Demandante, por cualquier razón, no paga inmediatamente el monto de la compensación aquí mencionada, al momento en que se efectúe el pago, el Demandado deberá agregar el interés que continue devengándose sobre el monto original de \$9,464,627.50 pesos mexicanos, usando el mismo método de cálculo descrito anteriormente y en el anexo de este laudo.

206. Así, sobre la base del análisis precedente, el monto correcto de este concepto de daños (el único probado) asciende a \$9,464,627.50 pesos mexicanos, más el interés simple a la tasa de interés dispuesta para los Certificados de la Tesorería de la Federación (CETES) del Gobierno Mexicano a plazo de 28 días.

207. En lo que hace a la moneda del Laudo, el Tribunal observa que el Demandante en su Notificación de Arbitraje del 30 de abril de 1999 solicitó una condena por "aproximadamente 475,000,000 de pesos mexicanos, el cual, suponiendo un tipo de cambio de \$9.5 pesos mexicanos por dólar estadounidense, representa un total de US\$ 50,000,000" (Notificación de Arbitraje, p. 11). Parece entonces que, de acuerdo con el Demandante, la principal moneda del Laudo debiera ser el peso mexicano. Esta moneda también corresponde a los hechos planteados en el caso, ya que el Demandante solicita un monto monetario en lugar de las devoluciones del IEPS que el Demandado le adeudaba y aún no le había pagado, devoluciones del IEPS que necesariamente están expresados en la moneda oficial del Demandado. Por ello, el Tribunal considera que el laudo también debiera estar expresado en pesos, independientemente de que las partes, en comunicaciones posteriores, puedan haber mencionado el dólar estadounidense por una cuestión de conveniencia. Debemos añadir que la paridad entre el peso mexicano y el dólar estadounidense no parece haberse modificado mucho en los últimos tres años. Y en cualquier caso, cualquier cambio más significativo debe aproximadamente haberse reflejado en las tasas de interés respectivas. Por una cuestión de consistencia, por lo tanto, el Tribunal aplicará la tasa de interés de los bonos del Gobierno de México al laudo sobre daños expresado en pesos mexicanos.

K COSTAS Y HONORARIOS

208. En relación con las costas de este arbitraje, el Tribunal se remite al Artículo 59(1) de las Reglas de Arbitraje del Mecanismo Complementario. De conformidad con esta disposición, “[s]alvo acuerdo contrario de las partes, el tribunal decidirá cómo y a quién corresponde sufragar los honorarios y gastos de los miembros del tribunal, los gastos y cargos del Secretariado y los gastos hechos por las partes en relación con el procedimiento”. No habiendo un acuerdo a este respecto entre las partes, el Tribunal tiene en cuenta que ambas partes han ganado parcialmente y han perdido parcialmente, aunque el porcentaje de victoria y derrota no ha tenido ningún efecto mensurable sobre el monto de las costas. Por consiguiente, el Tribunal decide que cada una de las partes deberá solventar el cincuenta por ciento de las costas del arbitraje (honorarios y gastos de los miembros del Tribunal, así como costas y gastos del Secretariado) como sean facturados por el CIADI. Asimismo, cada una de las partes se hará cargo de sus propios honorarios por representación legal y costos derivados del arbitraje.

L DECISIÓN

Por las razones expuestas, el Tribunal

209. decide que el Demandado no ha violado los derechos del Demandante ni ha actuado en forma inconsistente con las obligaciones del Demandado conforme al Artículo 1110 del TLCAN;

210. decide que el Demandado ha actuado en forma inconsistente con los derechos del Demandante y con las obligaciones del Demandado conforme al Artículo 1102 del TLCAN;

211. ordena al Demandado pagar inmediatamente al Demandante la suma de \$9,464,627.50 pesos mexicanos en concepto de monto principal, más los intereses devengados al momento de firma de este laudo, por un monto de \$7,496,428.47 pesos mexicanos, intereses que deberán acumularse hasta la fecha en que el pago tenga efectivamente lugar, de conformidad con la última parte del párrafo 205 de este laudo; el interés a calcular será un interés simple, a una tasa equivalente al rendimiento mensual de los Certificados de la Tesorería de la Federación, emitidos por el Gobierno Mexicano, a plazo de 28 días, aplicada en cada mes del período de cálculo.

212. desestima todo otro reclamo de indemnización;

213. ordena que cada una de las partes se haga cargo del pago de sus propios honorarios por representación legal y costos relacionados, y que las costas del arbitraje facturadas por el CIADI sean divididas en partes iguales entre las partes.

Hecho como en Ottawa, Provincia de Ontario, Canadá, en inglés y español.

Profesor Konstantinos D. Kerameus

Fecha:

Sr. Jorge Covarrubias Bravo
(sujeto a la opinión disidente adjunta)

Fecha:

Profesor David A. Gantz

Fecha: