

International Centre for Settlement of Investment Disputes
(Additional Facility)

CORN PRODUCTS INTERNATIONAL, INC.
Claimant

and

THE UNITED MEXICAN STATES
Respondent

DECISION ON RESPONSIBILITY

Before the Arbitral Tribunal constituted under Chapter Eleven of
the North American Free Trade Agreement (NAFTA), and comprised of:

Professor Andreas F. Lowenfeld
Licenciado Jesús Alfonso Serrano de la Vega
Professor Christopher J. Greenwood (President)

Secretary of the Tribunal
Mr. Gonzalo Flores

Date: 15 January 2008

TABLE OF CONTENTS

I.	Summary of the Case	paras. 1-14
II.	History of the Proceedings	paras. 15-25
III.	The Facts	paras. 26-48
IV.	The Positions of the Parties	paras. 49-73
	<i>A. The Claimant</i>	paras. 50-58
	<i>B. The Respondent</i>	paras. 59-71
	<i>C. Claimant's Response to the Countermeasures Argument</i>	paras. 72-73
V.	The Tribunal's Approach to the Issues	paras. 74-78
VI.	The Performance Requirements Claim under Article 1106	paras. 79-80
VII.	The Expropriation Claim under Article 1110	paras. 81-94
VIII.	The National Treatment Claim under Article 1102	paras. 95-143
	<i>A. The Claimant's Submissions</i>	paras. 96-101
	<i>B. The Respondent's Submissions</i>	paras. 102-108
	<i>C. The Tribunal's Analysis</i>	paras. 109-143
IX.	The Respondent's Countermeasures Defence	paras. 144-191
	<i>A. International Law regarding Countermeasures</i>	paras. 145-149
	<i>B. The Submissions of the Parties</i>	paras. 150-152
	<i>C. The Tribunal's Analysis</i>	paras. 153-191
	(1) <i>Is Mexico precluded from advancing a Countermeasures defence because of the WTO Decisions ?</i>	paras. 154-160

(2) *Is international law on countermeasures applicable to claims under Chapter XI?* paras. 161-179

(3) *Are the requirements for a lawful countermeasure satisfied?* paras. 180-192

X. Conclusions para. 193

DECISION

I. Summary of the Case

1. This case concerns a claim brought by Corn Products International, Inc. (“CPI”), a corporation incorporated in Delaware and thus a United States company for the purposes of the North American Free Trade Agreement (“the NAFTA”), against the United Mexican States (“Mexico”). The claim is for alleged violations of Chapter XI of the NAFTA and is brought pursuant to Article 2 of the Arbitration (Additional Facility) Rules of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (“ICSID”). The principal steps in the proceedings are recounted in **Part II** of the Decision.
2. CPI is a major manufacturer of High Fructose Corn Syrup (“HFCS”), a sweetener made from yellow corn and used, *inter alia*, as a sweetener in soft drinks. Following the entry into force of the NAFTA, CPI, through its wholly owned subsidiary, a Mexican company now known as Corn Products Ingredientes (“CPIng”), engaged in the large scale production of HFCS in Mexico, most of which was supplied to the Mexican soft drinks industry, where it competed with sweeteners made from cane sugar.
3. In December 2001 the Mexican Federal Congress adopted legislation amending the provisions for the Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios (“IEPS”), an excise tax. The effect was to impose a tax of 20% on any drink which used a sweetener not made from cane sugar. The factual

background to the case is summarised in greater detail in **Part III** of the Decision.

4. CPI claimed that the effect of the tax was immediately to cause those soft drink bottlers which were its customers to switch from HFCS to sugar cane sweeteners, thereby destroying its market. It was obliged to close one of its plants and significantly to reduce its overall production in Mexico, although sales recovered in 2004 [REDACTED] The tax (to which the Tribunal will refer for convenience as the “HFCS tax”) was repealed in December 2006 with effect from 1 January 2007.
5. CPI commenced proceedings under Chapter XI of the NAFTA, claiming that Mexico’s action in imposing the tax violated the following provisions of the NAFTA:-

Article 1102, which requires each State Party to the NAFTA to accord to investors of another State Party and their investments treatment no less favourable than that which it accords to its own investors and their investments. CPI maintained that cane sugar producers and HFCS producers were in like circumstances and that the tax was designed to favour the predominantly Mexican-owned sugar producers at the expense of the HFCS producers who were foreign-owned;

Article 1106, which deals with performance requirements. CPI maintained that the effect of the tax was to condition the receipt of an

advantage – exemption from paying the tax – on the use of Mexican produced cane sugar;

Article 1110, on the ground that the tax was a measure tantamount to expropriation of CPI's investment.

6. Mexico maintained that the HFCS tax was a countermeasure taken in response to prior violation of the NAFTA by the United States of America. Mexico submitted that the United States restricted exports of Mexican sugar to the United States in violation of the transitional provisions in the NAFTA for sugar exports and blocked the operation of the inter-State dispute settlement mechanism under Chapter XX of the NAFTA, with the result that Mexico was unable to obtain a ruling under Chapter XX regarding the incompatibility of the United States measures with its NAFTA obligations. Mexico contended that, in accordance with the principles of international law regarding State responsibility, the status of the HFCS tax as a countermeasure precluded its wrongfulness vis-à-vis the United States and that CPI, as an investor of United States nationality, could not enjoy rights under the NAFTA greater than those of the United States.
7. While Mexico thus argued that the status of the HFCS tax as a countermeasure was a complete defence to CPI's claims, it also contended that, quite apart from the issue of countermeasures, CPI had failed to establish a breach of any of the Chapter XI provisions on which it relied. The Parties' submissions are reviewed in greater detail in **Part IV** of the Decision.

8. The Tribunal considers that the questions whether the HFCS tax was a countermeasure and whether, if so, that provides an answer to CPI's claims arise only if the Tribunal first finds that, in the absence of a countermeasures defence, CPI would succeed under one or more of the three provisions on which it relies (see **Part V** of the Decision). Accordingly, the Decision first considers whether – setting aside the issue of countermeasures – CPI would succeed under Articles 1106, 1110 or 1102.
9. In **Part VI**, the Tribunal examines the claim under Article 1106 and concludes that CPI has failed to establish that the HFCS tax falls within either Article 1106(1) or (3). In the Tribunal's view, the HFCS tax is not a performance requirement and cannot give rise to liability under Article 1106.
10. In **Part VII** of the Decision, the Tribunal examines the expropriation claim under Article 1110. The Tribunal considers that CPI has failed to make out its claim under this provision. While it accepts that the imposition of the HFCS tax caused CPI losses during the period 2002-2004, it does not consider that the imposition of the tax rose to the level of an expropriation or a measure tantamount to an expropriation within the meaning of Article 1110.
11. The Tribunal then turns, in **Part VIII** of the Decision, to the claim under Article 1102. It concludes that Mexico failed to accord CPI, and its investment, treatment no less favourable than that it accorded to its own investors in like circumstances, namely the Mexican sugar producers who were competing for the market in sweeteners for soft drinks. Accordingly,

unless Mexico can succeed in its countermeasures argument, there has been a violation of Article 1102.

12. Whether Mexico can succeed in its countermeasures defence is considered in **Part IX** of the Decision. For the reasons there given the Tribunal has concluded that this defence fails. The Tribunal considers that, even if the doctrine of countermeasures can operate so as to exclude the wrongfulness of an act as between the States party to the NAFTA (on which the Tribunal expresses no opinion), it does not have this effect in Chapter XI proceedings where the claimant is an investor.
13. Accordingly, the Tribunal concludes (at **Part X** of the Decision) that Mexico has violated Article 1102 of the NAFTA. The amount of compensation due in respect of this violation will be considered in the next phase of the proceedings. CPI's other claims, under NAFTA Articles 1106 and 1110, are dismissed. The decision of the Tribunal is unanimous but Professor Lowenfeld appends a Separate Opinion regarding the reasoning of the Tribunal with respect to the issue of countermeasures.
14. The Tribunal wishes to express its gratitude to the Parties and their counsel for the very thorough submissions made on all aspects of the claim. The Tribunal has found them very helpful.

II. The Proceedings

15. The Claimant in the present case, Corn Products International, Inc. (“CPI”), is a corporation organized under the laws of the State of Delaware. The Respondent is the United Mexican States (“Mexico”). On 28 January 2003, CPI served on Mexico a Notice of Intent in which it stated its intention of commencing proceedings under Chapter XI of the North American Free Trade Agreement (“NAFTA”). On 21 October 2003, CPI delivered to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes a Request for Arbitration under the ICSID Additional Facility Rules. The case was registered on 26 January 2004.
16. In accordance with Article 1123 of NAFTA and Article 6 of the Rules, the parties proceeded to constitute the Tribunal. CPI appointed Professor Andreas Lowenfeld, a United States national. Mexico appointed Licenciado Manuel Tron, a Mexican national. The Secretary-General, following consultations with the parties, appointed Professor Christopher Greenwood, CMG, QC, a British national, as President of the Tribunal. The Tribunal was constituted on 28 April 2004. On 3 May 2004 Licenciado Manuel Tron resigned from the Tribunal. In accordance with Article 14(3) of the ICSID Additional Facility Arbitration Rules (“the Rules”), the remaining members of the Tribunal considered his resignation and consented thereto. That consent was recorded in Procedural Order No. 1. On 17 June 2004, Mexico appointed Licenciado Jesús Alfonso Serrano de la Vega to fill the resulting vacancy in accordance with Article 17 of the Rules. The Tribunal was

reconstituted on 13 July 2004. Mr Gonzalo Flores, Senior Counsel, ICSID, was appointed Secretary of the Tribunal.

17. The parties agreed that the seat of the arbitration would be the City of Toronto, in Ontario, Canada, but that the hearings might be arranged for other locations if that were considered convenient.
18. By a letter of 8 September 2004, addressed to the Secretary-General of ICSID, Mexico requested the establishment of a consolidation tribunal under Article 1126 of NAFTA to consider the consolidation of the CPI claim with one filed by Archer Daniels Midland Co. and Tate and Lyle Ingredients Americas, Inc. (then A.E. Staley Manufacturing Co.) ("the ADM/Staley case"). In a letter of the same date to the Tribunal, Mexico requested the suspension of the present proceedings pending the decision of the consolidation tribunal.
19. The first session of the Tribunal was held in London, United Kingdom, on 16 September 2004. At that session, the Tribunal heard counsel for both parties on the application for a suspension. The Tribunal dealt with that application in its Procedural Order No. 2, the relevant parts of which are as follows:-

"4. If a tribunal is established under Article 1126, and if that tribunal decides that the present case and the ADM/Staley case have a question of law or fact in common, then, under Article 1126(2) of NAFTA, that tribunal may decide that it would be "in the interests of fair and efficient resolution" of the two claims for them to be heard together. In that event, Article 1126(2) empowers that tribunal to assume jurisdiction over the two cases in whole or in part. By contrast, the present Tribunal has no power to decide whether or not the two cases

should be consolidated and, indeed, has no jurisdiction over the ADM/Staley case.

5. NAFTA Article 1126(8) provides that -

"A Tribunal established under Article 1120 shall not have jurisdiction to decide a claim, or a part of a claim, over which a Tribunal established under this Article has assumed jurisdiction."

Accordingly, if an Article 1126 tribunal assumes jurisdiction over the present case, then the jurisdiction of the present Tribunal will come to an end in respect of such part or parts of the claim over which the Article 1126 tribunal assumes jurisdiction.

6. The Tribunal notes that the ADM/Staley case has not yet been registered by the Center and that no tribunal has, as yet, been established under Article 1126. Accordingly, the Tribunal remains seised of the present case and, subject to any jurisdictional objection which may subsequently be raised by Mexico, has jurisdiction over it. Nothing in Article 1126, or in any other provision of NAFTA or the ICSID Additional Facility Arbitration Rules, requires the Tribunal to suspend proceedings in such a situation.

7. The Tribunal considers, however, that, while it has no duty to suspend the present proceedings, it has a discretion to do so. The existence of such a discretion appears to be implicit in Article 1126(9) of NAFTA, which provides that -

"On application of a disputing party, a Tribunal established under this Article, pending its decision under paragraph 2, may order that the proceedings of a Tribunal established under Article 1120 be stayed, *unless the latter Tribunal has already adjourned its proceedings.*" (Emphasis added)

The Tribunal has therefore treated the request by Mexico as an application that the Tribunal use its discretion to suspend the proceedings pending a decision of an Article 1126 tribunal.

8. The Tribunal considers that the two principles by which it should be guided in the exercise of its discretion are (a) the efficient conduct of the proceedings and (b) fairness to both disputing parties.

9. With regard to the first principle, if an Article 1126 tribunal should assume jurisdiction over the present case, even only in part, it may well wish to fix an entirely fresh schedule for submissions and there is a

danger that work done by the parties in preparing submissions for the present Tribunal may have to be duplicated. On the other hand, the Tribunal is concerned that the present claim was filed as long ago as October 2003. The Tribunal, while not at this stage seeking to inquire into the causes, is concerned by the fact that such a long period has elapsed since the claim was filed. If a tribunal is not established under Article 1126, or if such a tribunal is established but then decides not to assume jurisdiction over the present case, then if this Tribunal has suspended its proceedings, there will be a further delay – perhaps of several months – before a pleading schedule is even determined. The uncertainty regarding Mexico's application to the Center is enhanced by the fact that no Article 1126 tribunal exists as yet and, indeed, that the ADM/Staley case has not even been registered.

10. With regard to the duty of fairness to the parties, the Tribunal was impressed by the submissions of counsel for Mexico, which is, of course, party to both this case and ADM/Staley, that it should not be put in the position of having to conduct proceedings both before this Tribunal and before an Article 1126 tribunal and that it should not be required to expend time and money in preparing written submissions for this Tribunal when the Article 1126 tribunal may in due course assume jurisdiction and therefore put an end (at least for the time being) to these proceedings. On the other hand, the Claimant has already had to endure a considerable delay in the proceedings and its counsel has urged that further delay will prejudice it.

11. The Tribunal notes that it is the Claimant who will have to prepare the first written submissions, the Memorial. In view of the likely time scale for the establishment of an Article 1126 tribunal and the consideration by such a tribunal of whether or not to assume jurisdiction over the present case, if the deadline for the filing of the Memorial is set at a date early in 2005, it is probable that an Article 1126 tribunal, if one is convened, will have reached a decision on the question of consolidation before the Memorial has to be filed. While it remains the case that, if such a tribunal decides to consolidate the two cases and to assume jurisdiction over the present claim shortly before the Claimant is due to deposit its Memorial, the Claimant will have to halt in its tracks and prepare written submissions in accordance with whatever new timetable is determined by the Article 1126 tribunal, it is unlikely that that would cause any real prejudice to the Claimant. As the Claimant's counsel has explained, the Claimant would be obliged to do the work involved in preparing a Memorial in any event. Moreover, if there is any prejudice it would be to the Claimant and the Claimant has stated that it is prepared to take that risk.

12. Fixing a pleading schedule which involved the filing of the Memorial early in 2005 would involve no unfairness to Mexico, since it is probable that an Article 1126 tribunal would have taken a decision on consolidation before Mexico had to begin work on its Counter-Memorial. Nevertheless, in the event that the position regarding consolidation remained unclear by the time the deadline for the Claimant to file its Memorial approached, the Tribunal would be perfectly willing to hear an application from either party to vary the timetable. The Tribunal also notes that Article 1126(9) authorizes an Article 1126 tribunal to order suspension of our proceedings.”
20. The Tribunal also decided, with the agreement of the parties, that the proceedings would consist of two rounds of written pleadings and an oral phase, addressed to the question of responsibility, with the issue of damages deferred until after the Tribunal had rendered a decision on responsibility.
21. The consolidation tribunal decided on 20 May 2005 not to order consolidation of the present case with the ADM/Staley case.
22. CPI deposited its Memorial on 11 April 2005. Mexico filed its Counter-memorial on 15 September 2005. CPI deposited its Reply on 26 October 2005 and Mexico its Rejoinder on 12 December 2005.
23. On 17 March 2006, CPI asked the Tribunal to reconsider the decision to bifurcate the proceedings. That application was refused by Procedural Order No. 5.
24. Oral hearings were held on 10-13 July 2006 at the seat of the Centre in Washington, DC. The parties were represented as follows:

Claimant

Ms Lucinda Low

Mr Jeffrey Pryce

Mr José Ramón González Magaz,

Mr Owen Bonheimer

Mr Sergio Puig

Ms Megan Ihrie, all of Steptoe and Johnson LLP;

Ms Mary Ann Hynes, of CPI

Ms Christine Castellano, of CPI, and

Ms María del Carmen Portilla Pons, of CPI Ingrediente.

Respondent

Mr Hugo Pérezcano Díaz, of the Secretaría de Economía

Mr Salvador Behar

Ms Laura Martínez, both of the Embassy of Mexico to the United States

Mr Stephan E. Becker

Mr Sanjay Mullick, both of Pillsbury, Winthrop, Shaw and Pittman LLP

Mr J. Christopher Thomas, QC

Mr J. Cameron Mowatt

Mr Alejandro Barragán

Ms Celeste Mowatt, all of Thomas and Partners, and

Professor James Crawford, SC, of Matrix Chambers.

25. The Members of the Tribunal were assisted, with the agreement of the parties, by Mrs Jessica Wells, Barrister-at-Law, of Essex Court Chambers, who attended the hearing. Mrs Wells gave the same undertaking as to confidentiality as the Members of the Tribunal.

III. The Facts

26. High Fructose Corn Syrup (“HFCS”) is one of the products of refined corn. It is produced by the wet milling of corn so as to produce a slurry starch which is then refined to produce a number of end products of which HFCS is one. While the refining process has existed for a long time, HFCS is a comparatively recent product. HFCS is used primarily as a sweetener in the food and beverages industry, where it competes directly with sweeteners made from sugar. There are two principal concentrations of HFCS produced for use as a sweetener in food and beverages: HFCS grade 55 (“HFCS 55”), which contains 55% fructose and has a sweetness level equivalent to that of sugar, and HFCS grade 42 (“HFCS 42”), which contains 42% fructose. HFCS 55 is used principally in the soft drinks industry. By the mid-1980’s HFCS had become the sweetener most commonly used in soft drinks in the United States and Canada, gaining a competitive advantage over sugar both because it was generally cheaper and because it was supplied in liquid form and was therefore more convenient to use.

27. By the start of the 1990’s, Corn Products International, Inc. (“CPI”) had long been a major producer of HFCS and supplier to the soft drinks industry in the

United States. It also owned facilities in Mexico through its subsidiary, currently known as CP Ingredientes ("CPIng"). In 1993-94 CPI formed a joint venture with a Mexican company, Arancia, to produce HFCS in Mexico with the intention of competing with sugar for the soft drink sweeteners market in Mexico. The Mexican Government made a commitment in writing guaranteeing access to duty-free imported yellow corn for the purpose of producing HFCS in April 1994. The joint venture was to produce HFCS in Mexico. A key part of the intended market was to be sales of sweeteners to the Mexican soft drinks industry which had previously used sweeteners made from sugar.

28. The joint venture embarked upon what it described as the "Colibrí Project" to establish a substantial HFCS production facility in Mexico. In the first phase of that project, in 1995-97, CPI made a substantial investment in establishing HFCS production facilities at the San Juan del Rio plant ("SJR") already owned by CPIng. The new facilities were designed to operate on a continuous basis and to produce some [REDACTED] tons of HFCS a day. Production began in late 1996 and the plant was formally inaugurated by the then President of Mexico, Ernesto Zedillo, in May 1997. In 1997 [REDACTED] a major prospective customer, certified that the plant met its quality standards. Production capacity was increased at the end of 1997. HFCS produced at the plant became a major source of sweeteners for the Mexican soft drinks industry.

29. In 1998 CPI agreed to buy out the Aranguren family, the owners of Arancia.
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]

30. By 2001 CPI claimed to have acquired approximately [REDACTED] of the sweeteners market for soft drinks in Mexico, with sugar sweeteners accounting for [REDACTED] and the remainder being held by other HFCS suppliers. CPI's evidence gives the total production of HFCS by CPIng in Mexico in 2001 as [REDACTED] tons.

31. At the same time as HFCS was displacing sugar from a significant part of the market for soft drinks sweeteners, the Mexican sugar industry was engaged in a dispute with the United States over access to the United States sugar market.

32. In the early 1990's Mexico consumed more sugar than it produced but, following extensive restructuring of the industry as part of economic reforms introduced by the Mexican Government, sugar production was rising and, by the time that NAFTA was being negotiated, the Mexican Government considered that the deficit would soon disappear and Mexico would have a sugar surplus for which export markets would be needed. It therefore negotiated for access to the United States market. At all relevant times the price for sugar in both the United States and Mexico was substantially higher than the world market price.

33. The United States Government was not prepared to open its market to Mexican sugar imports with immediate effect but was prepared to concede access for surplus production under transitional arrangements, incorporated into the NAFTA, which would operate until 31 December 2007. There was, however, a difference between the two governments as to how the existence and size of any surplus was to be determined. In particular, the two governments differed over how the effect of HFCS displacement of sugar from part of its traditional market in Mexico was to be taken into account.
34. That issue was the subject of an exchange of letters attached to the NAFTA ("the side-letters"). There has, however, been a difference between the two governments over which text of these side-letters was finally agreed. This Tribunal has no jurisdiction to resolve that question, nor has it any need to do so. For present purposes it is sufficient to note, by way of background to the dispute between CPI and Mexico which is before this Tribunal, that between 1997 and 2006 the United States Government admitted to its market a smaller quantity of Mexican sugar than the Mexican Government and Mexican sugar producers maintained should have been admitted in accordance with the terms of NAFTA and the side-letters.
35. The result was that during the 1990's Mexico moved to a position in which it had a surplus of sugar which, in most years, it was unable to export to the United States (the only other potentially available market in which prices were so far in excess of the world market price). Moreover, sugar's share of

the market for soft drinks sweeteners in Mexico had fallen because of competition from HFCS.

36. There was considerable economic hardship in the Mexican sugar industry at that time. Approximately two million people were working in the sugar industry in Mexico and the economic situation led to a number of bankruptcies, unemployment and falling prices paid to sugarcane growers. One consequence was a restructuring within the industry which included the expropriation of a number of sugar mills which the Government considered to be in financial difficulties.¹
37. The Government of Mexico complained to the United States Government that the latter was restricting access for surplus Mexican sugar to the United States market in breach of its obligations under NAFTA and the side-letters. The United States denied that its actions constituted a violation of those obligations.
38. The Mexican Government therefore invoked the machinery for settlement of disputes in Chapter XX of NAFTA. In March 1998 Mexico requested consultations under Article 2006. The consultations were held but did not resolve the issue. Mexico then requested a meeting of the Free Trade Commission established by NAFTA. That also did not achieve a resolution of the differences between Mexico and the United States regarding sugar

¹ This restructuring gave rise to claims under NAFTA Chapter XI; see *GAMI v. Mexico*, award of 15 November 2004, discussed at paras. 131-132 and 140, below.

access. In August 2000 Mexico requested the establishment of an arbitral tribunal under Article 2008 of NAFTA.

39. No tribunal was established. Why that was so is the subject of a controversy between the United States and Mexico over which this Tribunal has no jurisdiction. Suffice it to say that Mexico maintained that the United States effectively frustrated the operation of the Chapter XX mechanism, thereby contravening that part of NAFTA. The United States has denied that it acted contrary to its obligations under Chapter XX.
40. In December 2001 the Federal Congress in Mexico enacted legislation amending the Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios (“IEPS”), an excise tax. These amendments required bottlers of soft drinks to pay a tax of 20% on the full price of each drink. The tax was also payable on each increase in price when the soft drink was transferred in the chain of distribution to the retailer. There was, however, an exemption from the tax if the soft drink was manufactured using sweeteners made exclusively from cane sugar. The result was that the new tax (referred to throughout the present proceedings and in this Decision as “the HFCS tax”) was effectively payable only on soft drinks made using HFCS.² It was irrelevant whether the HFCS was produced in Mexico or imported as the HFCS tax applied whenever HFCS was used as a sweetener in soft drinks.

² It would also have been payable on soft drinks made using sweeteners made from sugar beet or other sources apart from cane sugar but there was no evidence before the Tribunal of any significant use of such sweeteners by Mexican soft drink bottlers.

41. The imposition of the HFCS tax was the result of initiatives within the Federal Congress and not a proposal from the Executive Branch. The record demonstrates that the Executive was opposed to the imposition of the tax. Nevertheless, the Mexican Government maintained that the HFCS tax was imposed by Mexico as a countermeasure in response to the alleged failures of the United States to honour its NAFTA obligations concerning the sugar access dispute and that it was notified to the United States as such.
42. That explanation was not accepted by CPI which maintained that the motive for the imposition of the HFCS tax was protectionist, that the tax raised no revenue because it could be avoided by switching from HFCS to sugar cane sweeteners and that the purpose was to protect the Mexican sugar industry by encouraging increased consumption of sugar. CPI quoted a number of statements by Members of the Federal Congress who supported the imposition of the tax which, CPI contended, showed the protectionist intent behind the tax.
43. The HFCS tax was imposed with effect from 1 January 2002. However, it was suspended by the Executive on 5 March 2002. The decision of the Executive was challenged by the Congress before the Supreme Court which ruled, in July 2002, that the Executive had no authority to suspend the tax and ordered its reimposition.
44. Although the HFCS tax was payable not by CPIng but by the soft drinks bottlers, there was an immediate effect upon CPIng, because the bottlers

could – and did – avoid paying the tax by switching from HFCS to cane sugar sweeteners. According to CPI, as soon as the HFCS tax was imposed, orders for HFCS from its soft drinks customers dried up. On [REDACTED] CPIng was forced to shut down HFCS 55 production at one plant. During 2002 production declined significantly. In 2003 and 2004 HFCS 55 production was impaired and at times stopped completely. [REDACTED]

[REDACTED]

45. CPIng endeavoured to challenge the HFCS tax before the Mexican courts but its challenges were rejected on the ground that it lacked standing, since the tax was paid not by CPIng but by the soft drinks bottlers.³ Some of those bottlers did bring proceedings of their own and in 2004 there was an increase in orders for HFCS [REDACTED] leading to a significant recovery in sales.
46. The parties disagree as to the extent of the losses caused to CPI and CPIng by the HFCS tax. It was not denied that the initial effect was a significant reduction in orders leading to production cuts. Mexico alleged, however, that CPIng was able to make up for part of that loss by switching production to meet demand from other HFCS markets, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

³ Decision of the Supreme Court of 25 August 2004 in *Amparo en Revisión 756/2004, Arancia-Corn Products SA de CV*, Exhibit C143.

[REDACTED] CPI denied that its attempts to mitigate its loss by finding alternative markets had had such substantial effects and contended that the recovery in production occurred later than Mexico had alleged. In view of the Tribunal's decision (set out below) on the need for a second phase of proceedings to determine quantum issues, the Tribunal makes no findings on these issues at this stage.

47. On 7 October 2005 a Panel of the World Trade Organization ("WTO") held that the HFCS tax contravened Article III of the General Agreement on Tariffs and Trade, 1994 ("GATT") and was not justified under Article XX(d) of the GATT. The Panel considered that HFCS and sugar sweeteners were "like products" for the purposes of Article III of GATT and that the tax was clearly designed to favour sugar sweeteners at the expense of HFCS. On 6 March 2006, the Appellate Body of the WTO issued a Report (*Mexico – Tax Measures on "Soft Drinks" and Other Beverages*, WT/DS308/AB/R) upholding the Panel's conclusions that the HFCS tax was contrary to Article III and that Mexico had not established that it was justified under Article XX. The Parties to the present proceedings differed regarding the significance of the WTO decisions.
48. The HFCS tax was finally repealed in 2006 following an agreement between the United States and Mexico concerning access for Mexican sugar to United States markets during the remainder of the transitional period.

IV. The Positions of the Parties

49. This Part of the Decision summarises the principal arguments of the Parties.

Some aspects of these arguments are addressed in greater detail in **Parts VI to IX**, below.

A. The Claimant

50. The Claimant, CPI, claimed on its own behalf as an investor of the United States within Article 1116 of the NAFTA. It also claimed, under Article 1117, on behalf of its wholly owned subsidiary, CPIng, which is incorporated in Mexico, and which is “an enterprise of another Party that is a juridical person that the investor controls directly or indirectly” (Article 1117(1)). The investment to which the claim under Articles 1102 and 1106 relates was said to be CPIng itself. With regard to the Article 1110 claim, however, CPI’s Memorial maintained that the relevant investment was the property CPI held, indirectly through CPIng, relating to its HFCS production and supply business. CPI’s identification of the relevant investment for the purposes of the Article 1110 claim underwent some refinement during the course of the oral and written pleadings, as explained in **Part VII**, below.

51. CPI maintained that the HFCS tax was not, in reality, a tax at all. It claimed that it was openly acknowledged by Mexico that the HFCS tax would not raise significant, or any, revenue, because a bottler could avoid payment of the tax by switching from HFCS to sugar cane sweeteners and that the purpose of the tax was to put pressure on the bottlers to do precisely that. It

was therefore irrelevant that the tax was not levied on CPI or the other producers/suppliers of sweeteners but on the bottlers of soft drinks. The effect of the tax – both in intention and in the event – was to close off access for HFCS to the soft drinks market as the soft drinks bottlers switched *en masse* to the use of the untaxed cane sugar for use as a sweetener.

52. CPI's first claim was under Article 1102 of the NAFTA. CPI relied on paragraphs 1 and 2 of that Article, which provide as follows:-

"Article 1102: National Treatment

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

53. CPI maintained that a producer of HFCS for the Mexican soft drinks market was in like circumstances (for the purposes of Article 1102(1)) to a sugar producer which was also seeking to supply to the same market. Likewise, it argued that its investment was in like circumstances (for the purposes of Article 1102(2)) to those of the sugar producers. While the Mexican sugar industry was predominantly owned by Mexican nationals (including the Mexican State), CPI and the only other manufacturer of HFCS in Mexico were both foreign owned.

54. CPI relied heavily on what might be called a “competitive market analysis”. It noted that HFCS and sugar were in direct competition – indeed, were treated as interchangeable – in the market for soft drink sweeteners. It derived support from the decisions of the WTO Panel and Appellate Body that HFCS and sugar were “like products” for the purposes of Article III of the GATT. While it accepted that the test of like circumstances under Article 1102 was not identical to that of “like products” under the GATT, CPI argued that the fact that the two products were interchangeable in the relevant market and in direct competition were facts of the utmost significance and led in this case to the conclusion that the “like circumstances” test was satisfied.
55. In addition, CPI relied upon the purpose of the HFCS tax. CPI did not accept that the tax was a countermeasure, the purpose of which was to address alleged US violations of the NAFTA, and asserted that it was, in reality, a piece of protectionist legislation designed to aid the Mexican sugar industry by effectively removing its principal competitor in the important soft drinks sweetener market. As such, CPI claimed, the tax was based on a recognition of the similarities between HFCS and sugar, which, according to CPI, further demonstrated that those who produced the two products were in like circumstances.
56. In CPI’s view it then became plain that the HFCS suppliers were accorded less favourable treatment. Although the tax was not levied upon them but upon the bottlers, they were its intended target and they suffered the effects of it. Since sugar production in Mexico was predominantly Mexican-owned at

the relevant time, whereas HFCS was either imported from the United States or produced in Mexico by foreign-owned producers (including CPI), the tax discriminated, both *de jure* and *de facto*, between Mexican and foreign companies. Moreover, Mexico's claim that the tax was intended as a countermeasure was further proof, according to CPI, that the tax discriminated on grounds of nationality, since a countermeasure designed to target the United States would have to impose a disproportionate burden upon United States interests and United States investors.

- 57. CPI also maintained that the HFCS tax amounted to a performance requirement of the kind prohibited by Article 1106 of the NAFTA.
- 58. Lastly, CPI argued that the tax amounted to indirect expropriation, or to a measure tantamount to expropriation, within Article 1110 of the NAFTA, because CPI had been denied the use and enjoyment of its HFCS manufacturing assets for a period of time while the HFCS tax was being imposed upon its customers. CPI's arguments on this point are summarised in greater detail at paragraphs 81 to 85.

B. The Respondent

- 59. In its Counter-Memorial, Mexico's principal response to CPI's claims was that the HFCS tax was a countermeasure taken by Mexico in response to prior violations of the NAFTA by the United States. As such it was, in the language of the International Law Commission Articles on State Responsibility ("the ILC Articles"), a "circumstance precluding

wrongfulness”, which, because CPI was claiming as an investor of the United States, operated (according to Mexico) as a complete defence to the claims irrespective of whether those claims were otherwise well-founded.

60. Mexico’s case was that the dispute between CPI and Mexico could not be separated from the broader dispute between Mexico and the United States regarding access for Mexican sugar to the United States market (see paragraphs 31 to 39, above). Mexico maintained that the United States had acted in breach of the NAFTA by restricting the amount of Mexico’s surplus sugar production which could be exported to the United States at a time when Mexico was admitting HFCS produced in the United States and the imported HFCS, together with the HFCS produced by the Claimant and the other producer in Mexico, were directly contributing to the surplus of sugar in Mexico by displacing sugar from part of the soft drink sweetener market.
61. In addition, Mexico contended that the United States had frustrated the operation of the Chapter XX dispute settlement mechanism so that Mexico was unable to secure a hearing before an arbitration tribunal of its complaint that the United States was in breach of its NAFTA obligations regarding access to its sugar market. According to Mexico, this constituted a second, and separate, violation of the NAFTA by the United States.
62. In these circumstances, Mexico maintained that it was entitled to take countermeasures against the United States for the purpose of ensuring that the sugar dispute was heard by a Chapter XX tribunal. Mexico asserted that

countermeasures were a recognized part of general international law. It referred to the ILC Articles (in particular, Articles 22 and 49-54) and the decision of the International Court of Justice in the *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project*,⁴ in which the Court expressly recognized the right of a State to take countermeasures against another State which had committed a prior violation of international law. Provided that such countermeasures complied with the requirements of international law (which are discussed in **Part IX** of the Decision), Mexico claimed that they did not amount to a violation of the international obligations of the State having recourse to them.

63. Mexico argued that the HFCS tax met all of the requirements of international law for a lawful countermeasure. It claimed that the tax was a proportionate response to the actions of the United States, was directed against the United States and was intended to secure United States compliance with its NAFTA obligations. Mexico accepted that the initiative for adopting the tax had come from the Mexican Federal Congress rather than the Executive Government but denied that that was a material consideration and contended that it had notified the United States of the measure and called upon the United States to comply with its NAFTA obligations.
64. Once the HFCS tax were recognized to be a lawful countermeasure, Mexico contended, the effect would be to preclude the wrongfulness of Mexico's acts

⁴ ICI Reports, 1997, p. 7.

in adopting and enforcing the tax not only vis-à-vis the United States but also vis-à-vis CPI.

65. In Mexico's view, Chapter XI of the NAFTA could not be construed as conferring substantive rights upon investors. The substantive rights which it created existed solely at the inter-State level and were, according to Mexico, therefore subject to a defence of countermeasures. The investor was given only a procedural right of access to arbitration. If it exercised that right, then what it was enforcing in the arbitration that resulted was the rights of its State. Accordingly, Mexico maintained, CPI in the present arbitration was seeking to enforce the rights of the United States and the defence of countermeasures was equally available in respect of those rights when enforced by CPI as it would have been if the United States had sought to enforce them itself. As Mexico put it, CPI, as a United States investor, could not be entitled to rights which were greater than those of the United States.
66. In this context, Mexico denied that the WTO proceedings were of any relevance. They were concerned with a different treaty. The fact that the HFCS tax had been held to violate Mexico's obligations under the GATT did not preclude Mexico from relying on countermeasures as a defence to an action for violation of its obligations under the NAFTA. Mexico denied that it had relied upon countermeasures as a defence in the WTO proceedings and rejected the suggestion that the WTO Panel and Appellate Body had found that the HFCS tax was not a lawful countermeasure.

67. Mexico accepted that the Tribunal could not determine whether Mexico or the United States was right about the sugar market access dispute. Its argument was that since Mexico had a genuine and reasonable belief that the United States was in breach of its NAFTA obligations, it had been entitled to impose the HFCS tax as a countermeasure and that its action in doing so had the effect of extinguishing CPI's rights. Alternatively, Mexico advanced (at the oral hearings) an argument that this Tribunal should defer making a decision until a Chapter XX tribunal had ruled upon the question whether the United States had violated its NAFTA obligations to Mexico such as to justify Mexico in taking countermeasures against it.
68. While Mexico consistently maintained that the status of the HFCS tax as a countermeasure was a complete defence to CPI's claims, it also contended that those claims were unfounded in any event.
69. With regard to the Article 1102 claim, Mexico maintained that CPI was not in like circumstances to the Mexican sugar producers. It denied that the test of "like products" under the GATT/WTO was determinative with regard to whether or not the producers of such products were in "like circumstances" for the purposes of NAFTA Article 1102. In the present case, a highly material consideration, according to Mexico, was that the production of HFCS by CPI for sale in the Mexican market directly contributed to the sugar surplus and thus exacerbated the effect of the United States restrictions on market access for sugar, while CPI benefited directly from the opening up of Mexican markets by the NAFTA and had access to the United States for

HFCS produced in Mexico. Moreover, Mexico maintained, the price of sugar in Mexico was the subject of official regulation, whereas the price of HFCS was freely determined.

70. Mexico denied that the HFCS tax could plausibly be regarded as a performance requirement within the meaning of Article 1106 and argued that CPI's claim under this provision was "fanciful".

71. So far as the Article 1110 claim was concerned, Mexico emphasised that CPI had been deprived of neither legal title to, nor physical control of, any part of its investment. It maintained that the imposition of the tax had not had the claimed effect of sterilising the market for CPIng's product and pointed to a recovery in CPIng's sales of HFCS in 2003 and 2004. [REDACTED]

[REDACTED] as its customers succeeded, through *amparo* proceedings, in freeing themselves of the obligation to pay the tax if they used HFCS as a sweetener. While Mexico accepted that the concept of "measures tantamount to expropriation" was different from both direct and indirect expropriation, it denied that the concept was as broad as CPI claimed and submitted that the infliction on a business of losses occasioned by temporary restriction of a market was not capable of amounting to a measure tantamount to expropriation.

C. Claimant's Response to the Countermeasures' Argument

72. CPI maintained that countermeasures were not available as a circumstance excluding wrongfulness in the present case. It maintained that the Tribunal

lacked jurisdiction to decide whether the United States had violated NAFTA, so that a precondition for any successful countermeasures defence was absent. In addition, Chapter XI of the NAFTA conferred rights upon CPI as an investor which were separate and distinct from the rights and obligations of the United States. Moreover, the investor-State dispute resolution system created by Chapter XI was designed to avoid disputes between an investor of one NAFTA Party and another NAFTA Party becoming entangled with inter-State disputes. It therefore denied that Mexico could rely upon countermeasures as a defence to a claim by CPI, as opposed to one by the United States.

73. Furthermore, CPI contended that, even if a defence of countermeasures could, in principle, be maintained in a Chapter XI context, it had to fail in the present case, because the HFCS tax did not meet the criteria for a lawful countermeasure as codified in the ILC Articles.

V. The Tribunal's Approach to the Issues

74. The Tribunal begins by noting that there is no challenge to its jurisdiction over the CPI claims. In particular, Mexico has not denied that CPI is an investor of a Party within the meaning of Chapter XI or that CPIng constitutes CPI's investment.⁵ Similarly, there is no doubt that the claim made by CPI falls within the jurisdictional provisions of Chapter XI.

⁵ For the Parties' submissions regarding CPI's argument that its investment for purposes of the Article 1110 claim was different from the investment for the purposes of its two other claims, see para. 81.

75. The Tribunal therefore proceeds on the basis that it has jurisdiction and that, in principle, it must exercise that jurisdiction. Nevertheless, its jurisdiction is limited to Chapter XI of the NAFTA and to the parties before it. It has no jurisdiction – as both parties accept – to determine whether the United States, which is not a party to these proceedings, has violated provisions of the NAFTA which fall outside Chapter XI of that Agreement. That limitation is significant, as is explained in **Part IX** of the Decision, for the approach which the Tribunal must take to the issue of countermeasures.
76. A second matter on which there is broad agreement between the parties – at least as to the principles involved – concerns the law to be applied by the Tribunal. In accordance with Article 1131(1) of the NAFTA, the Tribunal “shall decide the issues in dispute in accordance with this Agreement and applicable rules of international law”. The Tribunal considers the applicable rules of international law to include the rules relating to the interpretation of treaties (which it is generally accepted have been authoritatively codified in the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969). The rules on State responsibility (of which, it is accepted, the most authoritative statement is to be found in the ILC Articles) are in principle applicable under the NAFTA save to the extent that they are excluded by provisions of the NAFTA as *lex specialis*.
77. The parties have cited a significant number of arbitration awards in other Chapter XI cases and in proceedings brought by investors under other international agreements. There is, of course, no doctrine of binding

precedent in international law, nor any reason of principle why the tribunal which has the first word on a subject should necessarily be treated as having spoken definitively thereon. Nevertheless, the views of other tribunals on issues similar to those arising in the present case and on questions of principle which impact upon the issues in these proceedings are necessarily of value to the Tribunal and have accordingly been taken into account.

78. Although Mexico's principal argument, at least in its Counter-Memorial, was that the HFCS tax was a countermeasure whose status as such precluded it from being a violation of Chapter XI of NAFTA, it also denied that its conduct would amount to a violation of any of the provisions relied upon by CPI in any event. The Tribunal considers that the question whether Mexico can succeed by reference to a countermeasures argument arises only if the Tribunal first concludes that – in the absence of a countermeasures defence – Mexico's conduct violated one or more of the three provisions invoked by CPI. The Tribunal has accordingly first considered whether the HFCS tax would breach any of these provisions. At the oral hearings counsel for Mexico accepted that this was the correct course to follow.

VI. The Performance Requirements Claim under Article 1106

79. The Tribunal will first deal with CPI's claim under Article 1106. In relevant part, Article 1106 provides as follows –

“Article 1106: Performance Requirements

1. No Party may impose or enforce any of the following requirements, or enforce any commitment or undertaking, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct or operation of an investment of an investor of a Party or of a non-Party in its territory:
 - (a) to export a given level or percentage of goods or services;
 - (b) to achieve a given level or percentage of domestic content;
 - (c) to purchase, use or accord a preference to goods produced or services provided in its territory, or to purchase goods or services from persons in its territory;
 - (d) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment;
 - (e) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or provides by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings;
 - (f) to transfer technology, a production process or other proprietary knowledge to a person in its territory, except when the requirement is imposed or the commitment or undertaking is enforced by a court, administrative tribunal or competition authority to remedy an alleged violation of competition laws or to act in a manner not inconsistent with other provisions of this Agreement; or
 - (g) to act as the exclusive supplier of the goods it produces or services it provides to a specific region or world market.
2. A measure that requires an investment to use a technology to meet generally applicable health, safety or environmental requirements shall not be construed to be inconsistent with paragraph 1(f). For greater certainty, Articles 1102 and 1103 apply to the measure.
3. No Party may condition the receipt or continued receipt of an advantage, in connection with an investment in its territory of an investor of a Party or of a non-Party, on compliance with any of the following requirements:

(a) to achieve a given level or percentage of domestic content;
(b) to purchase, use or accord a preference to goods produced in its territory, or to purchase goods from producers in its territory;
(c) to relate in any way the volume or value of imports to the volume or value of exports or to the amount of foreign exchange inflows associated with such investment; or
(d) to restrict sales of goods or services in its territory that such investment produces or provides by relating such sales in any way to the volume or value of its exports or foreign exchange earnings.”

80. CPI freely admits that its claim is without precedent. Counsel for Mexico described it as “fanciful”. The Tribunal would not go that far but it is clear that CPI has not made out its case under this provision. No requirement was imposed on CPI by the tax enacted by the Mexican Congress on soft drinks using HFCS as a sweetener. Mexico made no demand on CPI for increased investment, increased local procurement or a greater level of local employees. Nor did the tax or any other regulation cited by CPI purport to prescribe the level of its domestic sales, imports, exports, or foreign exchange earnings. While the tax here challenged was adopted with the intent and effect of reducing the use by CPI’s customers of CPI’s product, the performance requirement, if any, was placed on the soft drink manufacturers, and even that was not mandatory. The claim under Article 1106 fails.

VII. The Expropriation Claim under Article 1110

81. CPI's second claim is that the HFCS tax amounted to an indirect expropriation, or a measure tantamount to an expropriation, of its investment. CPI maintained that, for the purposes of its Article 1110 claim, the "investment" in respect of which the claim was made was different from that with respect to which it claimed under Articles 1102 and 1106.⁶ Whereas, for the purposes of its Article 1102 and 1106 claims, CPI argued that the "investment" was CPIng, for the purposes of its Article 1110 claim, CPI contended that the relevant investment was "the property it holds, indirectly through CP Ingredientes, relating to its HFCS production and supply business".⁷ This raises the question whether a claimant under Chapter XI is entitled to rely upon different notions of what constitutes the "investment" for the purpose of different claims arising out of the same set of facts. Mexico questioned this aspect of CPI's submissions but the Tribunal has not considered the matter further, because it has concluded that, even if CPI's submission regarding what constitutes the "investment" for the purposes of Article 1110 is accepted, the claim for expropriation still fails for the reasons set out below.
82. A threshold problem for this part of CPI's case is that it retained both title and physical possession of all of the assets in question at all times. CPI acknowledged that but maintained that neither a physical taking nor a transfer

⁶ See paragraphs 50 and 74, above.

⁷ Memorial, para. 252.

of title is required for indirect expropriation or for measures tantamount to expropriation. It relied heavily upon the award in *Metalclad v. Mexico*⁸ and on two expert opinions prepared for it by Professor Dolzer. In particular, CPI relied on the statement by the *Metalclad* tribunal that “depriving the owner ... in significant part ... of the reasonably-to-be-expected economic benefit of property”⁹ was capable of constituting expropriation.

83. In that context, CPI argued that the HFCS tax deprived it of “the expected economic use and benefits from its HFCS-related investments”¹⁰ by destroying overnight its market for HFCS. It emphasised that the purpose of the HFCS tax (as opposed to that of the IEPS as a whole) was not to raise revenue but to destroy the soft drinks market for HFCS to the benefit of the Mexican sugar industry. It also placed great weight on what it argued was the discriminatory nature of the tax.
84. Mexico differed from CPI both as regards the content of the law under Article 1110 of the NAFTA and its application to the facts of the case. It argued (relying upon *Pope and Talbot*,¹¹ *SD Myers*¹² and *Feldman*¹³) that a measure is not “tantamount to expropriation” unless it is equivalent to an expropriation, that *Metalclad* was a widely criticised award which was annulled in part by the British Columbia Supreme Court¹⁴ and that, even if it

⁸ ICSID Case No. ARB(AF)/97/1; 5 ICSID Reps 209.

⁹ Ibid., para. 103.

¹⁰ Memorial, para. 379.

¹¹ Award of 10 April 2001, 7 ICSID Reps. 102.

¹² First Partial Award on Liability, 13 November 2000; 8 ICSID Reps. 18.

¹³ ICSID Case No. ARB(AF)/99/1; 7 ICSID Reps. 341.

¹⁴ 5 ICSID Reps. 236 and 6 ICSID Reps. 52.

had been rightly decided, what was involved in *Metalclad* was the permanent destruction of the claimant's business, whereas CPI's production of HFCS recovered within two years and [REDACTED]

[REDACTED] In this connection, Mexico pointed to the reports filed by CPI for 2002, 2003 and 2004 which showed no write-down of the value of its assets as a result of the imposition of the HFCS tax and contained a series of optimistic statements about the likelihood of its repeal.

85. On this last point, CPI countered that the reports reflected accounting conventions and the position of CPI's Mexican business as a whole, rather than the relevant investment, which, it claimed, was far more heavily affected.
86. Article 1110(1) of the NAFTA provides that –

"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."

87. The recent award in *Fireman's Fund Insurance Company v. Mexico*¹⁵ ("FFIC") summarises the effects of the existing NAFTA jurisprudence on expropriation in the following terms (footnotes omitted) –

¹⁵ ICSID Case No. ARB(AF)/02/01. The award was only made public in a redacted form in July 2007, although it had been notified to the parties to that case in July 2006.

“(a) Expropriation requires a taking (which may include destruction) by a government-type authority of an investment by an investor covered by the NAFTA.

(b) The covered investment may include intangible as well as tangible property.

(c) The taking must be a substantially complete deprivation of the economic use and enjoyment of the rights to the property, or of identifiable distinct parts thereof (i.e., it approaches total impairment).

(d) The taking must be permanent, and not ephemeral or temporary.

(e) The taking usually involves a transfer of ownership to another person (frequently the government authority concerned), but that need not necessarily be so in certain cases (e.g., total destruction of an investment due to measures by a government authority without transfer of rights).

(f) The effects of the host State’s measures are dispositive, not the underlying intent, for determining whether there is expropriation.

(g) The taking may be *de jure* or *de facto*.

(h) The taking may be ‘direct’ or ‘indirect’.

(i) The taking may have the form of a single measure or a series of related or unrelated measures over a period of time (the so-called ‘creeping’ expropriation).

(j) To distinguish between a compensable expropriation and a non-compensable regulation by a host State the following factors (usually in combination) may be taken into account: whether the measure is within the recognized police powers of the host State; the (public) purpose and effect of the measure; whether the measure is discriminatory; the proportionality between the means employed and the aim sought to be realized; and the bona fide nature of the measure.

(k) The investor’s reasonable ‘investment-backed expectations’ may be a relevant factor whether (indirect) expropriation has occurred.”¹⁶

¹⁶ Ibid., para. 176.

88. The present Tribunal agrees generally with this analysis. It considers that three points are of particular importance for the present case.
89. First, it is important not to confuse the question whether there has been an expropriation with that of whether the four criteria in paragraphs (a) to (d) of Article 1110 have been satisfied. Those paragraphs come into play only if it has been decided that there has been an expropriation, or a measure tantamount to an expropriation, but the absence of one or more of them is not in itself indicative of expropriation.¹⁷
90. Secondly, as the tribunal in *FFIC* recalls, it is necessary to bear in mind that there is a distinction between discriminatory treatment of the property of an investor (and, for that matter, unfair and inequitable treatment) and expropriation. It is not the case that, because a measure which affects property rights is discriminatory, it is therefore an expropriation (or something tantamount to an expropriation). Rather, if a measure is established to be an expropriation (or something tantamount thereto), it cannot then be justified if it is discriminatory. In *FFIC*, the tribunal held that there was a clear case of discriminatory treatment but that this did not rise to the level of a claim under Article 1110.¹⁸

¹⁷ See *FFIC*, para. 174.

¹⁸ See *FFIC*, paras. 203-209.

91. Thirdly, where there is no physical taking of property or forcible transfer of title, in the words of the *FFIC* award, “the taking must be a substantially complete deprivation of the economic use and enjoyment of rights to the property, or of identifiable distinct parts thereof (i.e. it approaches total impairment)”.¹⁹ In the words of the tribunal in *Waste Management (No. 2)*, “it is not the function of Article 1110 to compensate for failed business ventures, absent arbitrary intervention by the State *amounting to a virtual taking or sterilising of the enterprise*”.²⁰
92. Applying that test to the claim advanced by CPI, the Tribunal has concluded that CPI has failed to make good its claim under Article 1110. In the absence of a physical taking or transfer of ownership, CPI needed to show that there had been such a degree of interference as to sterilise its business; in the words of the tribunal in *FFIC* “the taking must be a substantially complete deprivation of the economic use and enjoyment of the rights to the property, or of identifiable distinct parts thereof”.²¹ It has failed to do so. That CPI’s HFCS production facilities suffered a substantial blow to their market for a period of some two years is not in doubt. But CPI retained full control of its investment at all times, was able to report to its shareholders that the HFCS tax would not make a long term difference to its business [REDACTED]

[REDACTED] In these circumstances, the Tribunal concludes that the effects of the HFCS Tax cannot be considered to have amounted to a

¹⁹ Para. 176 (c).

²⁰ Para. 160. Emphasis added.

²¹ See *FFIC* para. 176 (c) quoted in para. 87, above.

substantially complete deprivation of the economic use and enjoyment of the investment, even if (see paragraph 81, above) one takes the more restrictive view of what constitutes the investment for which CPI contended in its Article 1110 claim.

93. Government measures which have a detrimental effect on an investor's markets, even if they are discriminatory (an issue considered in the next section of this award), are not expropriatory unless they have the effect of destroying the business in question. That was simply not the case here. Whether or not one considers the standard laid down in *Metalclad* to be too broad, the fact is that what happened in the present case would not meet that standard.
94. The Tribunal thus dismisses the claim for violation of Article 1110.

VIII. The National Treatment Claim under Article 1102

95. Article 1102 reads, in relevant part, as follows –

“Article 1102: National Treatment

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

A. The Claimant’s Submissions

96. CPI relied on both Article 1102(1) and 1102(2). It contended that the HFCS tax, although formally levied on the soft drink bottlers, was, in its effects, treatment of CPI with respect to the operation of its investment (within the meaning of Article 1102(1)) and treatment of that investment (within the meaning of Article 1102(2)) which was less favourable than Mexico accorded, in like circumstances, to its own investors and their investments.
97. To CPI, the test to be applied under Article 1102 was straightforward and had been identified in a series of earlier awards given by NAFTA tribunals applying that provision. CPI relied, in particular, upon the awards in *Pope and Talbot v. Canada*,²² *SD Myers v. Canada*,²³ *ADF v. USA*²⁴ and *Feldman*

²² 7 ICSID Reps. 43.

²³ 8 ICSID Reps. 3.

²⁴ ICSID Case No. ARB(AF)/00/1; 6 ICSID Reps. 449.

*v. Mexico.*²⁵ It claimed that these awards laid down a consistent standard which this Tribunal should apply.

98. The Mexican investors with whom CPI maintained it was in “like circumstances” at the relevant time were the sugar producers. In this context, CPI relied heavily on the fact that HFCS and sugar were at all times direct competitors and directly substitutable products in the market for soft drink sweeteners in Mexico. It pointed out that, even before the matter was considered by the WTO, the Mexican Government had itself treated the two products as interchangeable in the course of its anti-dumping investigation²⁶ and that it did not contest that HFCS and sugar were “like products” within the meaning of GATT Article III.
99. CPI also placed considerable reliance on the reports of the WTO Panel and Appellate Body regarding *Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages* which was directly concerned with the HFCS tax. The Panel there decided, *inter alia*, that HFCS and sugar were like products within the meaning of GATT Article III.²⁷ The Panel’s conclusions were upheld by the Appellate Body.²⁸ While CPI accepted that the fact that HFCS and sugar were “like products” for the purposes of GATT was not by itself determinative of whether the producers of HFCS and of sugar were in “like circumstances” for

²⁵ ICSID Case No. ARB(AF)/99/1; 7 ICSID Reps 318.

²⁶ Final Decision of the Antidumping Investigation, paras. 423-428, Official Gazette 23 January 1998, Exhibit C17B; Letter of 22 April 2002 from the Executive Secretary, Federal Commission on Competition, Exhibit C 144.

²⁷ Panel Report of 7 October 2005, WT/DS308/R, para. 8.136.

²⁸ Appellate Body Report of 6 March 2006, WT/DS308/AB/R.

the purposes of Article 1102, CPI argued that the WTO finding was highly relevant to the application of the “like circumstances” test in Article 1102.

100. CPI maintained that Article 1102 encompassed both *de facto* and *de jure* discrimination but that the HFCS tax was an instance of *de jure* discrimination. It pointed to the fact that, at the relevant time, the only producers of HFCS in Mexico were foreign-owned, whereas the majority of the sugar producers in Mexico were Mexican-owned, many of them being owned by the Mexican State. CPI contended that under Article 1102 it was required to show only that the treatment which it had received was less favourable than the best treatment accorded by Mexico to Mexican-owned sugar producers.
101. CPI also contended that Mexico had itself accepted that the HFCS tax discriminated against CPI because of its United States nationality. In that regard, it pointed both to statements made in the Mexican Congress, at the time of adoption of the tax, that the purpose of the tax was protectionist and to the Mexican defence that the tax was a countermeasure, arguing that this showed that the tax was directed against HFCS producers and importers as a means of retaliation against the United States, thus indicating that the tax was intended to have a discriminatory effect.

B. The Respondent's Submissions

102. Mexico contended that, quite apart from its argument that the tax was a lawful countermeasure, the HFCS tax was not inconsistent with Article 1102. Mexico did not contest that HFCS and sugar were like *products* in the market for soft drink sweeteners but challenged the relevance of the WTO finding to that effect for the question whether the producers of HFCS and the producers of sugar for that market were in like *circumstances*. According to Mexico, which relied on the award in *Methanex v. USA*,²⁹ the two tests were quite different.
103. Mexico emphasised a passage in the *Methanex* award, in which the Tribunal held that –
- “... if the drafters of NAFTA had wanted to incorporate trade criteria in its investment chapter by engraving a GATT-type formula, they could have produced a version of Article 1102 stating ‘Each Party shall accord to investors [or investments] of another Party treatment no less favourable than it accords its own investors, *in like circumstances with respect to any like, directly competitive or substitutable goods*’. It is clear from this constructive exercise how incongruous, indeed odd, would be the juxtaposition in a single provision dealing with investment of ‘like circumstances’ and ‘any like, directly competitive or substitutable goods’.”³⁰
104. Mexico maintained that, in order to contravene Article 1102, a measure had to discriminate against an investor of another NAFTA Party (or the investment of an investor of another Party) *qua* investor. In Mexico’s submission, the HFCS tax did not target CPI *qua* investor but was rather a response to the financial crisis in the sugar industry. According to Mexico,

²⁹ 44 ILM (2005) 1343, Part II, Chapter B, paras. 4-6.

³⁰ Ibid. at paras. 33-34.

the production and consumption of HFCS in Mexico was a central feature of that crisis, since the United States refused to take account of HFCS production in Mexico in calculating whether or not Mexico had a sugar surplus which carried an entitlement to access to the United States market.

105. That led, in Mexico's view, to the conclusion that HFCS and sugar producers were not in like circumstances, because, within a highly regulated market, HFCS producers like CPI had unfettered access to the market in both Mexico and the United States, whereas Mexican sugar producers had to contend with increased competition from HFCS in the home market while being severely limited in their access to the market in the United States.
106. So far as the case law was concerned, Mexico argued that the Tribunal should not rely upon *Pope and Talbot* or *Myers*, which it described as "first generation' awards reflecting an incipient and tentative analysis"³¹ that had not been accepted by the NAFTA Parties in their submissions in later cases. The other two cases primarily relied upon by CPI – *ADF* and *Feldman* – were of no assistance in Mexico's submission, *ADF* because it had turned on the application of the provisions in NAFTA on government procurement, and *Feldman* because Mexico had conceded in that case that the various cigarette exporters were in like circumstances.

³¹ Rejoinder, para. 144.

107. Instead, Mexico urged the Tribunal to rely upon the award in *GAMI v. Mexico*,³² where the tribunal had held that financially secure sugar producers in Mexico were not in like circumstances as those sugar producers which were in financial difficulty, so that the Mexican Government had not violated Article 1102 when it expropriated a number of financially insecure concerns, some of which were owned by United States investors, while leaving in private ownership other financially secure mills, some of which were Mexican-owned.

108. Mexico also relied on the award in *Loewen v. USA*,³³ which it read as authority for the proposition that parties in adverse interest could not also be in like circumstances for the purposes of Article 1102. CPI and the Mexican sugar producers were, it said, in adverse interest not only because they competed in the market for soft drink sweeteners but also because CPI, through the trade association of which it was a member, had opposed the relaxation of United States barriers on access for Mexican sugar to the United States market.

C. *The Tribunal's Analysis*

109. The Tribunal notes at the outset that Article 1102 embodies a principle of fundamental importance, both in international trade law and the international law of investment, that of non-discrimination. A study prepared for UNCTAD went so far as to say that –

³² Award of 15 November 2004; to be published in 13 ICSID Reps.

³³ ICSID Case No. ARB(AF)/98/3; 7 ICSID Reps. 421.

“the national treatment standard is perhaps the single most important standard of treatment embodied in international investment agreements.”³⁴

110. Its significance in the legal regime of GATT/WTO is also beyond doubt. GATT Article III, which embodies the principle of like treatment for like products irrespective of national origin is one of the cornerstones of that regime. Article III.4 provides that –

“The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use. The provisions of this paragraph shall not prevent the application of differential internal transportation charges which are based exclusively on the economic operation of the means of transport and not on the nationality of the product.”³⁵

111. The absolute character of this provision, as well as its central role within the regime, was highlighted by the GATT Panel in the *Section 337* case, involving a challenge by the European Community to procedures for determining patent disputes between domestic and imported products. The Panel there stated that –

“The Panel noted that, as far as the issues before it are concerned, the ‘no less favourable’ treatment requirement set out in Article III.4 is unqualified ... The words ‘treatment no less favourable’ ... call for effective equality of opportunities for imported products in respect of the application of laws, regulations and requirements affecting the internal sale, purchase, transportation, distribution or use of products. This clearly sets a minimum standard as a basis. ... Given that the underlying objective is to guarantee equality of treatment, it is incumbent on the contracting party applying differential treatment to

³⁴ UNCTAD, *National Treatment* (1999), United Nations Doc UNCTAD/ITE/IIT/11 (vol. IV), p. 1

³⁵ See also Article XVII of the GATS.

show that, in spite of such differences, the no less favourable treatment standard of Article III is met.”³⁶

112. The relationship between the principle of non-discrimination in matters of trade and non-discrimination in matters of investment was evident in the Canada-US Free Trade Agreement, Chapter 16 of which was largely carried over into Chapter XI of NAFTA (although Chapter XI of NAFTA contained the important additional feature of investor-State arbitration which had been absent from the earlier agreement).
113. The principle of national treatment is given prominence in the statement of the objectives of the NAFTA in Article 102(1), which provides that –

“The objectives of this Agreement, as elaborated more specifically through its principles and rules, including *national treatment*, most-favoured-nation treatment and transparency, are to:

 - (a) eliminate barriers to trade in, and facilitate the cross-border movement of, goods and services between the territories of the Parties;
 - (b) promote conditions of fair competition in the free trade area;
 - (c) increase substantially investment opportunities in the territories of the Parties;
 - (d) provide adequate and effective protection and enforcement of intellectual property rights in each Party’s territory;
 - (e) create effective procedures for the implementation and application of this Agreement, for its joint administration and for the resolution of disputes; and

³⁶ United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930, GATT Panel Report adopted 7 November 1989, BISD 36th Supp. 345 (1990), para. 5.11.

(f) establish a framework for further trilateral, regional and multilateral cooperation to expand and enhance the benefits of this Agreement.”.³⁷

114. Specific instances of the principle of non-discrimination appear in Articles 301 (national treatment with regard to goods), 1202 (national treatment with regard to services) and 1405 (national treatment with regard to financial services), as well as Article 1102, the provisions of which were described by the Tribunal in *Feldman* as “a fundamental obligation of Chapter XI”.³⁸ The *Feldman* Tribunal also stressed that language analogous to that of Article 1102 was to be found in GATT Article III and in the Canada-US Free Trade Agreement.³⁹

115. The parties in the present case agreed that Article 1102 embraces *de facto* as well as *de jure* discrimination.⁴⁰ The Tribunal agrees. The parties differed, however, on almost every other issue of relevance to the application of Article 1102 to the HFCS Tax.

116. The Tribunal considers, therefore, that it is necessary to start from first principles. The text of Article 1102 suggests that there are three elements which have to be established for a claim under that provision to succeed.

³⁷ Emphasis added. Article 102(2) provides that “the Parties shall interpret and apply the provisions of this Agreement in the light of its objectives as set out in paragraph 1 and in accordance with applicable rules of international law”.

³⁸ 7 ICSID Reps. 318, para. 165.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ CPI asserted that Article 1102 encompassed *de facto* discrimination in its Memorial, para. 298. Mexico accepted that proposition in response to a question from the Tribunal at the oral hearings, Transcript, Day 4, p. 1019, lines 15-16 (Mr Becker).

117. First, it must be shown that the Respondent State has accorded to the foreign investor or its investment “treatment …with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition” of the relevant investments. Secondly, the foreign investor or investments must be “in like circumstances” to an investor or investment of the Respondent State (“the comparator”). Lastly, the treatment must have been less favourable than that accorded to the comparator.⁴¹

118. The application of this three-fold test must, however, be sensitive to the particular circumstances of each case with the analysis focussing on the specific nature of the measure under challenge. In this respect, there is a close relationship between whether the State intentionally discriminated on grounds of nationality and the test of like circumstances. As other Chapter XI tribunals have emphasised, it is necessary to consider the entire factual and legal context.⁴²

119. Applying these principles to the facts of the present case, the first question is whether the imposition of the HFCS tax on the soft drink bottlers can be regarded as “treatment” accorded by Mexico to CPI. The Tribunal considers that it should be so regarded. Mexico concedes that the tax was not intended to raise revenue but to assist the Mexican sugar industry at a time of crisis and to respond to what Mexico considered was a US violation of other NAFTA provisions. It is obvious that if either of these objectives was to be

⁴¹ See, e.g., the Award on the Merits of 24 May 2007 in *UPS v. Canada*, para. 83.

⁴² *Pope and Talbot* Award, paras 75-78; *SD Myers*, para. 245.

achieved, the tax would have to produce an effect upon the HFCS producers and suppliers, of which CPI was the largest (with approximately [REDACTED] of the HFCS share of the market before the HFCS tax took effect). By contrast, there was no intention to produce any effect upon the bottlers other than of pressuring them to switch from HFCS to sugar as a sweetener. In these circumstances, it would be the triumph of form over substance to hold that the fact that the tax was structured as a tax on the bottlers, rather than the suppliers of sweeteners, precluded it from amounting to treatment of the latter for the purposes of Article 1102.

120. Turning to the question of whether CPI and the other producer of HFCS in Mexico were in like circumstances to the Mexican sugar producers – the only suggested comparator – the Tribunal concludes that this requirement is satisfied on the facts of the present case. It considers that it is necessary to begin with a comparison between domestic and foreign investors operating in the same business or economic sector as the claimant.⁴³ There can be no doubt that Mexican sugar producers operated in the same business or economic sector as CPI. When it came to supplying sweeteners to the soft drinks industry, their products were in direct competition with one another, treated both by customers and by Mexican law as being interchangeable. The purpose of the HFCS tax was avowedly to alter the terms of competition between them.

⁴³ See, e.g., *Pope and Talbot*, paras. 75-78.

121. In this context the Tribunal takes note of the fact that the WTO Panel and Appellate Body have held that HFCS and sugar were “like products” for the purposes of Article III of GATT. The Tribunal is mindful of the warning, afforded by *Methanex*,⁴⁴ that the terms of GATT Article III were taken into Chapter III of the NAFTA and not Chapter XI, where different language was used. It is also conscious that its jurisdiction is limited to the provisions of Chapter XI and does not extend to Chapter III. It accepts that CPI cannot succeed in its claim under Article 1102 simply by showing that HFCS and sugar are “like products” for the purposes of Article III of GATT, nor does it understand CPI to have advanced such an argument. The test under Article 1102 is a separate and distinct test from that under Article III.4 of GATT (or Article 301 of the NAFTA for that matter).
122. Nevertheless, the Tribunal does not accept that the fact that HFCS and sugar are like products for the purposes of GATT is irrelevant to the application of the Article 1102 test. On the contrary, it considers that this fact is highly relevant to the application of that test. While the Tribunal would not suggest that the fact that a foreign investor and a domestic investor are producing like products will necessarily mean that they are to be considered as being in like circumstances for the purposes of Article 1102, or that differential treatment will necessarily entail a violation of that provision, where the measure said to constitute the violation of Article 1102 is directly concerned with the products and designed to discriminate in favour of one and against the other,

⁴⁴ 44 ILM (2005) 1343 at Part IV, Chapter B, para. 30.

then that is a very strong indication that there has been a breach of Article 1102.

123. Although the passage from *Methanex* quoted in paragraph 103, above might be thought to take a different view, the Tribunal considers that the Final Award in *Methanex*, taken as a whole, is not inconsistent with the approach suggested in the preceding paragraph. The *Methanex* tribunal expressly recognized the relevance of GATT/WTO jurisprudence.⁴⁵ In addition, it is pertinent to note that that tribunal was at pains to emphasise that methanol was not a direct competitor with ethanol, since the latter was used as an additive to petrol whereas the former was merely one ingredient of the additive MTBE,⁴⁶ that the measure said to violate Article 1102 was not discriminatory on its face since it applied equally to US producers of methanol who were the obvious comparators for *Methanex*⁴⁷ and that the measure was adopted for legitimate regulatory reasons.
124. By contrast, HFCS is directly substitutable for sugar as a soft drink sweetener and, as stated above, had always been treated as such by Mexico. That fact also sets the present case apart from the facts of the *UPS* case, where the tribunal pointed out that packages delivered by mail and those sent by courier were treated differently (and had historically been treated differently) both by Canada and by other States.

⁴⁵ 44 ILM (2005) 1343 at Part II, Chapter B, para. 6.

⁴⁶ “The incontrovertible fact is that Methanex produced methanol as a feedstock for MTBE and not as a gasoline additive in its own right.” (*Ibid.*, at Part IV, Chapter B, para. 28).

⁴⁷ Para. 21.

125. In response, Mexico raised three factors which, it claimed, militated against CPI and the sugar producers being in like circumstances: (1) the fact that the price for sugar was regulated, whereas that for HFCS was not, (2) the fact that Mexican sugar was to a significant extent denied access to the United States market during the relevant period, whereas there was no barrier to trade in HFCS across the US-Mexican border, and (3) the fact that the trade association of which CPI was a member had lobbied in the United States against increasing the amount of Mexican sugar which could be imported into the United States. The Tribunal has carefully considered each of these factors but is not persuaded that they lead to the conclusion that CPI and the sugar producers were not in like circumstances.
126. To take, first, the issue of price regulation. Mexico argued that, since sugar in Mexico (as in certain other countries, including the United States) is subject to a regulatory regime designed to affect the price, whereas the price of HFCS is unregulated, the two products, or the investments in the respective industries, cannot be regarded as “in like circumstances.” The Tribunal has carefully considered this contention, in the light of the object and purpose of the non-discrimination provisions that run through the entire North American Free Trade Agreement. We conclude that where the products at issue are interchangeable and indistinguishable from the point of view of the end-users (i.e. the purchaser of soft drinks), the products, and therefore the respective investments, are in like circumstances. Any other interpretation would negate the effect of the non-discrimination clauses, because it would always be

possible to find differences between the way competing products are owned, managed, regulated, or priced. Just as a regulation on margarine is discriminatory when intended to protect the producers of butter, though only one of the products is made with milk, so a regulation on HFCS is discriminatory when intended to protect the producers of sugar. When the clear impact of that discrimination falls on the foreign investor, the result is a violation of Article 1102 of the NAFTA

127. In this regard, the Tribunal notes that there was no evidence that, if the market for sugar had been deregulated and Mexican sugar producers had been able to sell their products at economic cost (plus a reasonable rate of return), they would have been able to compete with HFCS on price. Sugar cane sweeteners were more expensive than HFCS, because the production costs of sugar were higher.⁴⁸ Moreover, if the problem had been the regulated price of sugar, Mexico could have relaxed that regulation – at least as regards sugar used to sweeten soft drinks. Instead, the avowed purpose of the HFCS tax was to raise the cost of HFCS as a sweetener, while retaining the existing high prices for sugar cane sweeteners.
128. Mexico's second contention was that HFCS producers and Mexican sugar producers could not be regarded as being in like circumstances within the context of the NAFTA because the latter were denied access to the United

⁴⁸ Mexico did not dispute CPI's assertion (Memorial, para., 25) that the production costs of HFCS were lower than those of sugar (Counter-Memorial, Appendix 1, p. 12).

States sugar market, whereas the former had access to markets in both the United States and Mexico.

129. It is impossible not to feel sympathy for the plight of the Mexican sugar producers who were substantially denied access to the market in the United States – whether in breach of NAFTA or not – during the relevant period. However, the Tribunal cannot accept that this fact alters the finding that the sugar producers and CPI were in like circumstances. Article 1102 requires that the investors (or investments) which are being compared are in *like* not *identical* circumstances. Whether CPI had access to markets in the United States was entirely irrelevant to the decision to impose the HFCS tax. It was because of HFCS's share of the market in Mexico that the tax was imposed.
130. Moreover, there is no evidence that CPI did – or could have – switched to customers in the United States for its Mexican-produced HFCS when it was confronted with the loss of its Mexican market as a result of the HFCS tax. On the contrary, the fact that it was obliged to close one plant and significantly reduce production elsewhere in Mexico, together with the lengths it went to in order to develop alternative products for different markets within Mexico (e.g. by trying to develop cleaning products based on HFCS) suggest that no alternative market in the United States was, in reality, to be found.
131. Nor is there a material difference between CPI and the sugar producers of the kind that existed in *GAMI* between the expropriated mills and those that were

not expropriated. In *GAMI*, considerations of nationality and the competition between the different producers were irrelevant to the choice of which producers were expropriated. It was financial stability which led to some being included while others were excluded

132. The present case might be analogous to *GAMI* if HFCS had been produced in equal (or nearly equal) volume by Mexican-owned and US-owned firms. In that circumstance, a measure designed adversely to affect the market for HFCS in order to protect the position of the sugar industry could not have been held to violate the requirement of national treatment. But the uncontradicted evidence in this case was that production of HFCS in Mexico was wholly concentrated in foreign-owned enterprises (predominantly CPI, which had ████████ of the HFCS share of the market for soft drink sweeteners), whereas production of sugar was largely carried out by Mexican nationals (with the Mexican State itself owning a substantial part of sugar production). Thus, the effect of what was, in substance, a special tax on HFCS was the distortion of the market in favour of domestic suppliers and to the disadvantage of the foreign investors protected by Chapter XI of the NAFTA.
133. Lastly, Mexico argued that the fact that Mexican sugar producers sought access to the United States sugar market, whereas, so Mexico claimed, the trade association of which CPI was a member, lobbied against extending such access, showed that CPI and the sugar producers were not in like circumstances. This argument was supported, in Mexico's view, by reference

to the *Loewen* case,⁴⁹ which Mexico interpreted as authority for the proposition that two parties whose interests were directly opposed to one another could not be regarded as being in like circumstances.

134. The Tribunal is not convinced by this argument. In the first place, the Tribunal consider that the *Loewen* tribunal was laying down a principle of anything like the breadth suggested by Mexico. The tribunal was there concerned – in a passage notable for its brevity⁵⁰ – to show that the circumstances of a plaintiff in civil litigation differ from those of a defendant to such an extent that the treatment accorded to the plaintiff in a particular case cannot by itself be sufficient to establish that the treatment accorded to the defendant was a breach of the principle of national treatment. Even that statement has attracted a degree of criticism but it is unnecessary for this Tribunal to enter into that controversy. Even if the *Loewen* tribunal was correct in holding that there are material differences between the plaintiff and the defendant in a civil case, the circumstances of the present case are completely different. CPI and the sugar producers were not opposing parties in litigation.
135. The fact that economic competitors have – and lobby for – different interests is not at all surprising. On the contrary, it is a fact of economic and political life which may be observed in any open society. Far from suggesting that they are not in like circumstances, it tends to suggest the opposite; it is

⁴⁹ ICSID Case No. ARB(AF)/98/3; 7 ICSID Reps. 421 at 442.

⁵⁰ *Ibid.*, para. 140.

precisely because they are in close competition that they lobby against each other – if they were not competing in the market for what are effectively interchangeable products, they would not trouble to maintain such lobbying activities. To accept Mexico’s argument in all its breadth would be to neuter Article 1102, because it is precisely where the interests of foreign investors and domestic investors are in conflict that the principle of non-discrimination becomes most important.

136. Moreover, in marked contrast to *Methanex* and *GAMI*, the present case concerns a measure the purpose of which was to affect the competition between the products produced by the foreign and domestic investors and to afford a considerable competitive advantage to the latter. The competition between the two products – HFCS and sugar – was at the heart of the measure adopted. By contrast, in *Methanex*, it was not the competition which concerned those taking the measure but the environmental effect of one of the products. In *GAMI* the competition between the products was largely irrelevant. In these circumstances, the Tribunal cannot escape the conclusion that the producers of like products which were directly competitive were in like circumstances as regards a measure designed expressly for the purpose of affecting that competition.

137. It is also relevant that, again in contrast to *GAMI* and *Methanex*, nationality was a highly pertinent factor in the imposition of the tax. In saying that, the Tribunal does not endorse the submissions made by CPI based upon the remarks of individual members of the Mexican Congress about the purpose of

the legislation. We have doubts about the extent to which such comments can legitimately be treated as evidence of the intent of the Legislature as a whole, let alone of the State itself, in imposing a measure of this kind, although we do not need finally to decide that point. Rather, it is the countermeasures justification advanced by Mexico which we consider important. If the HFCS tax was intended as a countermeasure targeted against the United States, it had to have been crafted in such a way that it bore especially heavily upon US interests, otherwise it would have had no chance of being effective or of being a lawful countermeasure. As counsel for Mexico said in the course of the oral hearing, “the model countermeasure is one that causes pain”.⁵¹ But that pain has to be caused to the State against whom the countermeasure is targeted, in this case the United States. While the Tribunal will consider whether the HFCS tax amounted to a lawful countermeasure in the next Part of the Decision, we must at this stage say that the very fact that such a justification has been advanced amounts to a recognition by Mexico that HFCS producers and suppliers were targeted, in part at least, because of the extent of their links to the United States.

138. That factor is also decisive for the third part of the test set out in paragraph 117, above. It demonstrates an intention on the part of Mexico to treat CPI differently because of its nationality. While the existence of an intention to discriminate is not a requirement for a breach of Article 1102 (and both parties seemed to accept that it was not a requirement), where such an

⁵¹ Professor Crawford, Transcript Day 4, p. 1071 (in answer to a question put by Licenciado Serrano).

intention is shown, that is sufficient to satisfy the third requirement. But the Tribunal would add that, even if an intention to discriminate had not been shown, the fact that the adverse effects of the tax were felt exclusively by the HFCS producers and suppliers, all of them foreign-owned, to the benefit of the sugar producers, the majority of which were Mexican-owned, would be sufficient to establish that the third requirement of “less favourable treatment” was satisfied.

139. Before the Tribunal leaves the subject of Article 1102, there are two matters which require brief consideration. The first relates to the treatment of the earlier awards on Article 1102. There was a marked difference between the parties concerning the weight to be given to the awards of other tribunals which have dealt with Article 1102. As explained above, CPI focussed primarily upon the awards in *SD Myers, Pope and Talbot, ADF* and *Feldman*. By contrast, Mexico either distinguished those cases on their facts or sought to explain them away as “first generation awards” the reasoning in which had now been superseded by that in *GAMI, Methanex* and *Loewen*.
140. The Tribunal does not accept that these are in fact competing lines of authority. It considers that the differences between them are more ones of emphasis – due, in large part, to differences between the facts of the cases concerned and therefore entirely understandable – than of principle. Of the cases relied upon by Mexico, *Loewen* and *Methanex* have already been discussed. The facts of *GAMI* place that award in a rather special category. The case concerned Mexico’s plans for restructuring the sugar industry in the

face of a severe financial crisis. Those plans entailed the expropriation of a number of sugar mills which were in financial difficulties. The claimants argued that their mills had been expropriated, whereas others, some of which were Mexican-owned, had not. The Tribunal rejected the argument that the fact that the expropriation affected only some sugar mills necessarily entailed a breach of Article 1102. The nationality of the mill owners (including the shareholders in the mill owning companies) was irrelevant to the choice of which mills were expropriated, a decision based upon governmental perceptions of their economic condition. The Tribunal does not question the correctness of the decision in *GAMI* but it does question how much light it sheds on the issues in the present proceedings. The discussion of Article 1102 in that case occupied barely two pages of the award and was largely confined to the facts of the case. As explained above (paras. 131-132), the facts of the present case are very different.

141. The second matter concerns Mexico's argument that Article 1102 requires that a foreign investor be treated in a less favourable way *qua* investor, whereas, so Mexico argued, the HFCS tax did not amount to treatment of CPI *qua* investor but rather was a measure taken to address a crisis in the Mexican sugar industry.
142. The problem with this argument is that it confuses the nature of the measure taken with the motive for which it was taken. The Tribunal does not doubt either that there was a crisis in the Mexican sugar industry, or that the motive for imposing the HFCS tax was to address that crisis. That does not alter the

fact that the nature of the measure which Mexico took was one which treated producers of HFCS in a markedly less favourable way than Mexican producers of sugar. Discrimination does not cease to be discrimination, nor to attract the international liability stemming therefrom, because it is undertaken to achieve a laudable goal or because the achievement of that goal can be described as necessary.

143. Accordingly, the Tribunal finds that, unless Mexico is successful in its countermeasures argument (to which we now turn), the HFCS tax was a violation of CPI's rights under Article 1102 (1) and (2) of the NAFTA.

IX. The Respondent's Countermeasures Defence

144. The Tribunal's conclusions regarding Article 1102 make it necessary to consider Mexico's countermeasures defence. Before reviewing the submissions of the parties on this issue, the Tribunal will first set out the principles of general international law relevant to non-forcible countermeasures. The parties were generally in agreement on the content of these principles; it was whether those principles were applicable to a claim under Chapter XI and, if so, whether the Tribunal could find that the conditions for a lawful countermeasure were satisfied, which divided them.

A. International Law regarding Countermeasures

145. The concept of countermeasures is well-established in customary international law. That a countermeasure which complied with certain conditions could preclude the wrongfulness of an act which would otherwise be contrary to the international law obligations of the State which carried it out was expressly recognized by the International Court of Justice in the *Case concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*⁵², as well as by the arbitral tribunal in the *US-France Air Services Case*.⁵³ It is generally agreed (and was certainly not in dispute between the parties in the present proceedings) that the conditions which a countermeasure is required to meet are as set out in the ILC Articles on State Responsibility (notably Articles 22 and 49-53).

146. Those conditions may be summarised as follows. In order to have the effect of precluding wrongfulness, a countermeasure must –

- (1) be taken in response to a prior breach of international law by another State;⁵⁴
- (2) be directed against that wrongdoing State;⁵⁵
- (3) be taken for the purpose of inducing that State to comply with its international obligations;⁵⁶

⁵² ICJ Reps, 1997, p. 3, at para. 83.

⁵³ (1978) 54 ILR 303, at para. 81.

⁵⁴ ILC Article 49(1).

⁵⁵ ILC Article 49(1).

- (4) be limited in time and, so far as possible, be taken in such a way as to permit resumption of the performance of the obligations in question;⁵⁷
 - (5) be proportionate to the injury caused by the original wrongful act, taking account of the gravity of the wrongful act and the rights in question;⁵⁸
 - (6) be accompanied by a call on the State responsible for the original wrongful act to fulfil its obligations and a good faith attempt to negotiate or resolve the dispute in question through other forms of dispute settlement.⁵⁹
147. Countermeasures are an exceptional remedy and must not be taken if the matter can be brought before a competent international court or tribunal unless the State responsible for the original wrong fails to implement the dispute settlement process in good faith.⁶⁰ A countermeasure must be terminated as soon as the State responsible for the original wrong has complied with its obligations.⁶¹
148. A countermeasure which meets these conditions has the effect of precluding the wrongfulness of the act which constitutes the countermeasure. It does so, however only vis-à-vis the State responsible for the original wrong and not

⁵⁶ ILC Article 49(1).

⁵⁷ ILC Article 49(2) and (3).

⁵⁸ ILC Article 51.

⁵⁹ ILC Article 52.

⁶⁰ ILC Article 52(3) and (4).

vis-à-vis any other party.⁶² It will be necessary to say more about this aspect of the law of countermeasures later.

149. Lastly, it should be said for the sake of completeness – though it has no direct relevance to the present case – that the doctrine of countermeasures does not affect certain obligations such as those concerning the use of force, the law of human rights or norms possessing the status of *jus cogens*.⁶³

B. The Submissions of the Parties

150. Mexico contended that the HFCS tax was a countermeasure adopted by Mexico in response to a prior violation of the NAFTA by the United States. As the arguments in the case unfolded, Mexico developed its submissions regarding the prior violation as follows. It identified what it alleged were two separate violations by the United States. First, it maintained that the denial by the United States of access for most of Mexico's surplus sugar produce to the United States market was a violation of the NAFTA and of the side-letters on sugar. Secondly, Mexico contended that the United States had violated its obligations to Mexico under Chapter XX of the NAFTA by frustrating the dispute settlement mechanism under that Chapter and thus preventing Mexico from getting a hearing before a tribunal in respect of the dispute over sugar access.

⁶¹ ILC Article 53.

⁶² Commentary to ILC Articles 22 and 49, Crawford, *The ILC Articles on State Responsibility* (2002), pp. 168-9 and 285 (hereinafter, “The ILC Articles (2002)”).

⁶³ ILC Article 50.

151. Mexico further maintained that the tax complied with all of the other requirements of a countermeasure. In particular, it submitted that the tax was a measure directed against the United States. It also argued that wrongfulness was precluded against CPI because CPI had no substantive rights of its own under Chapter XI but was merely empowered by the Chapter to assert, in arbitration, rights which belonged to the United States. According to Mexico, an investor could not be in a stronger position under Chapter XI than the State upon whose rights it was dependent.

152. CPI raised six objections to the countermeasures argument:-

- (1) The sugar access dispute was a trade dispute arising outside Chapter XI and was thus outside the jurisdiction of the Tribunal;
- (2) The doctrine of countermeasures found no room in the NAFTA;
- (3) Mexico had already lost the countermeasures argument in the WTO proceedings and could not therefore rely upon it in the present case;
- (4) The countermeasures defence depended upon a finding that the United States had violated its obligations under the NAFTA. This Tribunal could not make such a finding and no such finding had been made by any tribunal competent to do so;
- (5) Countermeasures did not exclude wrongfulness against a third party such as CPI; and

(6) The HFCS tax was not a countermeasure in any event. It had been intended by the members of the Mexican Congress who had promoted it as a protectionist measure and it did not satisfy the other requirements for a lawful countermeasure, including notification to the United States and proportionality.

C. The Tribunal's Analysis

153. The Tribunal considers that, for Mexico to succeed in its countermeasures defence it would have to satisfy the Tribunal regarding each of the following three propositions:-

- (1) that the decisions of the WTO Panel and Appellate Body do not preclude Mexico from relying upon the defence of countermeasures in this case;
- (2) that the doctrine of countermeasures, although devised in the context of the legal relations between States, is applicable to a claim brought not by one State against another, but by a private investor claiming under Chapter XI of the NAFTA; and
- (3) that, if the doctrine of countermeasures is applicable, in principle, to claims under Chapter XI of the NAFTA, the conditions laid down by general international law for a successful countermeasures defence are satisfied in the present case.

The Tribunal will consider these questions in turn.

1. Is Mexico precluded from advancing a countermeasures defence because of the WTO Decisions ?

154. The Tribunal does not accept that Mexico is precluded from raising the defence of countermeasures because of the rulings against it by the WTO Panel and Appellate Body. Those decisions turn on the language of the GATT and, in particular, of GATT Article XX(d), which reads as follows –

“Article XX General Exceptions

Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures:

...

(d) necessary to secure compliance with laws or regulations which are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to customs enforcement, the enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of Article II and Article XVII, the protection of patents, trade marks and copyrights, and the prevention of deceptive practices;”

155. The Appellate Body decided that this provision was restricted to measures taken by a State which were designed to secure compliance with that State's own laws and regulations and did not encompass countermeasures in the sense of international law. The scope of the decisions is made clear in the following passages from the decision of the Appellate Body –

“68. In our view, the central issue raised in this appeal is whether the terms ‘to secure compliance with laws or regulations’ in Article XX(d) of the GATT 1994 encompass WTO-inconsistent measures applied by a WTO Member to secure compliance with another WTO Member's obligations under an international agreement.

...

75. ... Even if ‘international countermeasures’ could be described as intended ‘to secure compliance’, what they seek ‘to secure compliance with’—that is, the international obligations of another WTO Member—would be outside the scope of Article XX(d). This is because ‘laws or regulations’ within the meaning of Article XX(d) refer to the rules that form part of the domestic legal order of the WTO Member invoking the provision and do not include the international obligations of *another* WTO Member.”⁶⁴

156. The Appellate Body’s decision is conclusive that the HFCS tax could not be justified under Article XX(d) of GATT and, taken together with the other findings, establishes that the HFCS tax violated Article III.4 of GATT. It does not, however, decide that the Tax could not amount to a countermeasure, or that, if it did, it could not preclude wrongfulness under the NAFTA. Indeed, the Appellate Body was at pains to stress that it could not determine questions of legality under the NAFTA.
157. The WTO decision is not, therefore, a rejection of the countermeasures defence under general international law and in the context of the NAFTA and does not preclude Mexico from advancing that defence in the present case.
158. Nor does the fact that the tax violated Mexico’s obligations under the GATT mean that it could not constitute a countermeasure which operated to preclude wrongfulness under the NAFTA. It is a feature of countermeasures that they may operate to preclude wrongfulness in respect of one obligation of the State which takes them, while not affecting another obligation of that State. This is apparent from the text of Article 50 of the ILC Articles on State Responsibility. Paragraph 1 of that Article provides that –

⁶⁴ *Mexico-Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages* WT/DS308/AB/R 6 March 2006.

"Countermeasures shall not affect:

- (a) The obligation to refrain from the threat or use of force as embodied in the Charter of the United Nations;
- (b) Obligations for the protection of fundamental human rights;
- (c) Obligations of a humanitarian character prohibiting reprisals;
- (d) Other obligations under peremptory norms of general international law."

The language of this provision is instructive. It does not say that a measure which contravenes one of the obligations cited in paragraphs (a) to (d) cannot constitute a countermeasure but simply that countermeasures cannot affect those obligations. It appears to contemplate that a measure which is contrary to one of these obligations will entail a breach of *that* obligation by the State which undertakes it but may nevertheless preclude the wrongfulness in relation to *another* obligation of the State which does not fall within paragraphs (a) to (d).

159. Moreover, the Commentary to this Article⁶⁵ makes clear that "States may agree between themselves on other rules of international law which may not be the subject of countermeasures" in accordance with the *lex specialis* principle in Article 55. In such a case, the same conclusions would apply, namely that an act which was contrary to such *lex specialis* would involve the responsibility of the State under the *lex specialis* in question but it would not prevent the countermeasures principle operating to preclude wrongfulness in respect of obligations arising under other international agreements or rules of customary international law.

160. Accordingly, the Tribunal considers that the proceedings before the WTO and the decisions of the Panel and Appellate Body do not prevent Mexico from relying on the countermeasures principle in the present proceedings.

2. Is the international law on countermeasures applicable to claims under Chapter XI of the NAFTA ?

161. The Tribunal has concluded, however, that the doctrine of countermeasures, devised in the context of relations between States, is not applicable to claims under Chapter XI of the NAFTA. Those claims are brought by investors, not by States. A central purpose of Chapter XI of the NAFTA was to remove such claims from the inter-State plane and to ensure that investors could assert rights directly against a host State. The Tribunal considers that, in the context of such a claim, there is no room for a defence based upon the alleged wrongdoing not of the claimant but of its State of nationality, which is not a party to the proceedings.
162. The Tribunal wishes to emphasise that what is in issue here is not whether countermeasures can preclude wrongfulness under the NAFTA as a whole but only whether they can preclude wrongfulness against an investor claiming under Chapter XI.⁶⁶ That depends in large part on the nature of the rights and obligations which arise under Chapter XI.
163. It is a well established feature of the law relating to countermeasures that a countermeasure must be directed against the State which has committed the

⁶⁵ *The ILC Articles* (2002), p. 290, para. 10.

prior wrongful act. Moreover, even if a countermeasure is directed against that State, if it also entails action inconsistent with an obligation which the State taking countermeasures owes to another party, the doctrine of countermeasures does not preclude the wrongfulness of the measure as against that other party. Thus, the Commentary to ILC Article 49 explains that –

“A second essential element of countermeasures is that they ‘must be directed against’ a State which has committed an internationally wrongful act and which has not complied with its obligations of cessation and reparation under Part Two of the present articles. The word ‘only’ in paragraph 1 applies equally to the target of the countermeasures as to their purpose and is intended to convey that countermeasures may only be adopted against a State which is the author of the internationally wrongful act. Countermeasures may not be directed against States other than the responsible State. In a situation where a third State is owed an international obligation by the State taking countermeasures and that obligation is breached by the countermeasure, the wrongfulness of the measure is not precluded as against the third State. In that sense the effect of countermeasures in precluding wrongfulness is relative. It concerns the legal relations between the injured State and the responsible State.”⁶⁷

164. A countermeasure cannot, therefore, extinguish or otherwise affect the *rights* of a party other than the State responsible for the prior wrongdoing. On the other hand, it can affect the *interests* of such a party. To quote from the Commentary to Article 49 once more –

“This does not mean that countermeasures may not incidentally affect the position of third States or indeed other third parties. For example, if the injured State suspends transit rights with the responsible State in accordance with this Chapter, other parties, including third States, may be affected thereby. If they have no individual rights in the matter they cannot complain. Similarly if, as a consequence of suspension of a trade

⁶⁶ The Tribunal expresses no view on the question whether a defence of countermeasures might operate in proceedings between two NAFTA States under Chapter XX of the NAFTA.

⁶⁷ *The ILC Articles* (2002), p. 285, para. 4. See also the Commentary to Article 22 at pp. 168-9.

agreement, trade with the responsible State is affected and one or more companies lose business or even go bankrupt. Such indirect or collateral effects cannot be entirely avoided.”⁶⁸

165. The question, therefore, is whether an investor within the meaning of Article 1101 of the NAFTA has rights of its own, distinct from those of the State of its nationality, or merely interests. If it is the former, then a countermeasure taken by Mexico in response to an unlawful act on the part of the United States will not preclude wrongfulness as against CPI, even though it may operate to preclude wrongfulness against the United States.
166. During the oral hearings counsel for Mexico argued that Chapter XI of the NAFTA grants an investor only a procedural, and not a substantive, right. The investor of one NAFTA Party is granted the right to bring proceedings against another Party rather than depending upon its State of nationality to bring proceedings on its behalf (as would have happened under the traditional international law of diplomatic protection). However, Mexico argued, the substantive right which the investor was empowered to enforce was still the right of the State as a Party to NAFTA. Mexico maintained that this approach was supported by the fact that the substantive provisions of Chapter XI were not cast in terms of individual rights. It also relied upon the award of the *Loewen* Tribunal⁶⁹ and what it claimed was the concordant subsequent practice of the three NAFTA Parties.

⁶⁸ *The ILC Articles* (2002), p. 285, para. 5.

⁶⁹ 7 ICSID Reps. 442.

167. The Tribunal has concluded that these arguments are not persuasive. In the Tribunal's view, the NAFTA confers upon investors substantive rights separate and distinct from those of the State of which they are nationals.
168. It is now clear that States are not the only entities which can hold rights under international law; individuals and corporations may also possess rights under international law. In the case of rights said to be derived from a treaty, the question will be whether the text of the treaty reveals an intention to confer rights not only upon the Parties thereto but also upon individuals and/or corporations.
169. In the case of Chapter XI of the NAFTA, the Tribunal considers that the intention of the Parties was to confer substantive rights directly upon investors. That follows from the language used and is confirmed by the fact that Chapter XI confers procedural rights upon them. The notion that Chapter XI conferred upon investors a right, in their own name and for their own benefit, to institute proceedings to enforce rights which were not theirs but were solely the property of the State of their nationality is counterintuitive.
170. It has long been the case that international lawyers have treated as a fiction the notion that in diplomatic protection cases the State was asserting a right of its own – violated because an injury done to its national was in fact an injury to the State itself. It was a necessary fiction, because procedurally only a State could bring an international claim, but the fact that it did not reflect substantive reality showed through not only in the juristic writing but also in

various rules of law surrounding diplomatic protection claims. Two examples will suffice.

171. First, the local remedies rule is applicable in general international law to claims brought by a State by way of diplomatic protection but not to claims in which it enforces obligations owed directly to it. Yet if the notion that the rights being enforced in diplomatic protection claims were the rights of the State itself, it is difficult to see why the two categories of cases should be treated differently.
172. Secondly, the doctrine of continuing nationality under general international law requires that in a diplomatic protection case the individual national in respect of whom the claim is brought must have been a national of the claimant State not only at the date of the alleged wrong but continuously from that date until the date of the award (or, on some views, the date of the claim being filed). Again, if an injury to the national is a violation of the rights of the State, it is difficult to see why the victim's nationality after the date of the injury is of any relevance at all; the rights of the State would have been violated anyway and there is no logical reason why the State should not claim in respect of that violation whatever subsequently becomes of the individual victim.
173. What these two rules actually demonstrate is that when a State claimed for a wrong done to its national it was in reality acting on behalf of that national, rather than asserting a right of its own. The pretence that it was asserting a

claim of its own was necessary, because the State alone enjoyed access to international dispute settlement and claims machinery. However, there is no need to continue that fiction in a case in which the individual is vested with the right to bring claims of its own. In such a case there is no question of the investor claiming on behalf of the State. The State of nationality of the Claimant does not control the conduct of the case.⁷⁰ No compensation which is recovered will be paid to the State. The individual may even advance a claim of which the State disapproves or base its case upon a proposition of law with which the State disagrees. That occurred in *GAMI*, in which the United States filed a submission that the Tribunal lacked jurisdiction with regard to certain shareholder claims advanced by the Claimants. The Tribunal disagreed and held that it had jurisdiction with regard to all the claims.⁷¹ Yet if *GAMI*, as an investor of the United States, was doing no more than asserting the substantive rights of the United States, it is difficult to see how such a conclusion could have been reached.⁷²

174. The Tribunal considers that the reality under Chapter XI is that an investor which brings a claim is seeking to enforce what it asserts are its own rights

⁷⁰ Article 2103(6) of the NAFTA gives the State of nationality of the investor a limited power regarding a claim for expropriation based upon a taxation measure but this is exceptional and, in any event, does not give the investor's State of nationality control over the proceedings; rather its effect is that the State of nationality and the respondent State, if agreed, can together effectively preclude such a claim by determining that the measure in question was not an expropriation. It does not affect the analysis in the text above.

⁷¹ See paras. 29-30 and 43 of the Award.

⁷² See also the position of the Canadian Government in *Mondev v. USA*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, 6 ICSID Reps. 18, and the article by Douglas, "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration" 74 BYIL (2003) 151 at 170. The Court of Appeal for England and Wales espoused the view that investors under both the NAFTA and bilateral investment treaties were asserting rights of their own rather than exercising a mere procedural power to enforce the rights of their State, see *Republic of Ecuador v. Occidental Exploration and Production Co* [2005] EWCA Civ 1116, [2006] QB 432 at paras. 14-22.

under the treaty and not exercising a power to enforce rights which are actually those of the State.

175. The Tribunal does not read the *Loewen* award⁷³ as taking a different position. The passage in *Loewen* which is quoted as supporting the notion that the investor is enforcing the rights of the State⁷⁴ is actually dealing with a far more restricted point and says only that the rights are “in origin” those of States.
176. The Tribunal therefore concludes that the investor, such as CPI, has rights of its own under Chapter XI of the NAFTA. As such, it is a third party in any dispute between its own State and another NAFTA Party and a countermeasure taken by that other State against the State of nationality of the investor cannot deprive that investor of its rights. To revert to the two different examples given by the ILC in its Commentary on Article 49(1), this is a case involving the *rights* of a third party and not merely its *interests*. Mexico owed obligations to CPI under Chapter XI of NAFTA which were separate from the obligations it owed to the United States under the NAFTA as a whole. Even if the doctrine of countermeasures could operate to preclude the wrongfulness of the HFCS tax vis-à-vis the United States (and, for the reasons given below, the Tribunal makes no comment on that question), they cannot do so vis-à-vis CPI.

⁷³ 7 ICSID Reps. 421.

⁷⁴ Paras. 232-233.

177. The *US-France Air Services* case,⁷⁵ on which Mexico relied heavily, was quite different from the present case. The *US-France Air Services* case involved a claim by the United States that France had violated the Air Services Agreement between the two States by refusing to allow Pan-American, an airline designated by the United States in accordance with the Agreement, to continue operating a service from the west coast of the United States to Paris which involved a change of aircraft in London. One of the issues which arose in the proceedings was whether retaliatory action taken by the United States against an airline designated by France, Air France, was a lawful countermeasure. The tribunal held that the United States action against Air France (a threat to block Air France flights from Paris to the west coast of the United States) was a lawful countermeasure and that its wrongfulness was therefore precluded.⁷⁶

178. However, the proceedings in that case were proceedings between the two States. Moreover, the tribunal plainly considered that the proceedings concerned the rights of the two States and not any rights of the airlines as it held, in another part of its award, that the local remedies rule was inapplicable, because the case was one concerning direct injury to a State and did not involve rights granted to a private party.⁷⁷ By contrast, the present case is between CPI and Mexico and, for the reasons given above, the

⁷⁵ 54 ILR 303.

⁷⁶ 54 ILR 303 at 335-341, paras. 72-98.

⁷⁷ 54 ILR 303 at 323-5; paras. 29-31.

Tribunal considers that it involves the rights, and not merely the interests, of CPI.

179. Nor is the Tribunal persuaded that the practice of the three NAFTA Parties demonstrates that the doctrine of countermeasures is applicable under Chapter XI of the NAFTA. Article 31(3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, provides that “any subsequent practice in the application of the treaty *which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation*” (emphasis added) shall be taken into account in the interpretation of that treaty. The Tribunal therefore agrees with Mexico that subsequent practice of the three NAFTA Parties must be taken into account in the interpretation of the NAFTA if that practice establishes the agreement of the three Parties regarding the proper interpretation of the relevant NAFTA provisions. It is essential, however, to consider precisely what agreement is said to be deduced from the practice of the Parties. The practice relied upon by Mexico (e.g., the United States imposition of tariffs upon Canadian sugar,⁷⁸ the Memorandum of Understanding between Canada and the United States regarding trade in wheat⁷⁹ and the Mexico-United States trucking dispute⁸⁰) does not point to any agreement between the NAFTA Parties regarding the question which arises in this arbitration, namely whether countermeasures may afford a defence in Chapter XI proceedings. Whatever may be the relevance of that practice as regards the

⁷⁸ Counter-Memorial, paras. 264-6.

⁷⁹ Counter-Memorial, paras. 267-9

⁸⁰ Rejoinder, para. 76.

effect of countermeasures on State-to-State relations under NAFTA, that is a quite separate question (as the Tribunal has pointed out above, paragraph 162).

3. Are the requirements of a lawful countermeasure satisfied?

180. That conclusion makes it unnecessary to address the third question, identified in paragraph 155, above, namely whether the HFCS tax met the requirements for a lawful countermeasure under general international law, for example, whether it complied with the principle of proportionality and the requirement of proper notice. To address these questions would not only be unnecessary, it would also be inappropriate, as the question of whether the Tax was a countermeasure, thus precluding wrongfulness vis-à-vis the United States, may fall to be determined by another tribunal. This Tribunal accordingly says nothing further about these questions. There is, however, one matter which was the subject of much debate before the Tribunal (and to which the foregoing consideration does not apply) on which it is necessary to say something. That concerns the effect of the limits on the Tribunal's jurisdiction upon the defence of countermeasures.
181. It is common ground that the jurisdiction of this Tribunal is limited to alleged violations of Chapter XI of the NAFTA and to the parties before it. It has no jurisdiction to determine whether there has been a breach of any of the other provisions of the NAFTA or to rule on the conduct of the United States which is not a party to these proceedings.

182. It is immediately apparent that these jurisdictional limits give rise to serious difficulties in relation to the handling of Mexico's countermeasures defence. Mexico maintained that it was entitled to take countermeasures because the United States had violated its obligations under the NAFTA (a) by denying access for Mexican sugar producers to the United States market and (b) by frustrating the operation of the Chapter XX disputes settlement mechanism. But the Tribunal does not have jurisdiction to determine whether these allegations against the United States are well-founded or not. The United States is not a party to these proceedings and the Tribunal does not have jurisdiction to determine whether any provision of the NAFTA falling outside Chapter XI has been violated. How, then, can the Tribunal determine whether the HFCS tax was a response to a prior violation of international law? And if it cannot determine that this requirement of a lawful countermeasure is satisfied, how can it uphold Mexico's countermeasures defence ?
183. Mexico conceded that the Tribunal lacks jurisdiction to determine whether or not the United States was in breach of the NAFTA but argued that it could still succeed in its countermeasures defence. It contended that countermeasures were necessarily taken by a State before the question of whether there had been a prior wrong has been established by an international tribunal. It relied upon a passage in the *US-France Air Services* case, in which the Tribunal commented that –

“Under the rules of present-day international law, and unless the contrary results from special obligations arising under particular treaties, notably from mechanisms created within the framework of international organizations, each State establishes for itself its legal situation vis-à-vis other States. If a situation arises which, in one State’s view, results in the violation of an international obligation by another State, the first State is entitled, within the limits set by the general rules of international law pertaining to the use of armed force, to affirm its rights through ‘countermeasures’.”⁸¹

184. On that basis, Mexico argued that, for it to succeed in its countermeasures defence, it was not necessary for it to establish that the United States *had* violated the provisions of the NAFTA (whether in respect of denial of access to the sugar market or frustration of the dispute resolution provisions). It needed only to satisfy the Tribunal that Mexico had, when it imposed the HFCS tax, and continued to have while the Tax was in place, a genuine belief that it had a reasonable prospect of succeeding in establishing that the United States was in breach, should that question come before a competent tribunal.

185. Notwithstanding the skill with which this argument was advanced, the Tribunal does not believe that it is possible to “square the circle” in the way suggested by Mexico. The requirement of a prior violation of international law is an absolute precondition of the right to take countermeasures. That was made clear by the International Court of Justice in the *Gabčíkovo-Nagymaros* case, when the Court said –

“In order to be justifiable, a countermeasure must meet certain conditions. ... In the first place it must be taken in response to a

⁸¹ 54 ILR 303 at 337, para. 81.

previous international wrongful act of another State and must be directed against that State.”⁸²

186. That requirement is reiterated in Article 49(1) of the ILC Articles, which states –

“An injured State may only take countermeasures against a State which is responsible for an internationally wrongful act in order to induce that State to comply with its obligations under Part Two.”

The Commentary to that provision observes that –

“A fundamental prerequisite for any lawful countermeasure is the existence of an internationally wrongful act which injured the State taking the countermeasure.”⁸³

187. It is plainly not open to this Tribunal to dispense with a fundamental prerequisite of this kind. Nor is the fact that countermeasures are taken before a tribunal rules on whether there has been a prior wrong alter the importance or the objective nature of this fundamental prerequisite. To quote the ILC Commentary again –

“Paragraph 1 of Article 49 presupposes an objective standard for the taking of countermeasures, and in particular requires that the countermeasures be taken against a State which is responsible for an internationally wrongful act in order to induce that State to comply with its obligations of cessation and reparation. *A State taking countermeasures acts at its peril, if its view of the question of wrongfulness turns out not to be well founded. A State which resorts to countermeasures based on its own unilateral assessment of the situation does so at its own risk and may incur responsibility for its own wrongful conduct in the event of an incorrect assessment.*”⁸⁴

⁸² ICJ Reps., 1997, p. 7 at p. 55, para. 83.

⁸³ Commentary, para. 2; *The ILC Articles* (2002), p. 284.

⁸⁴ Commentary, para. 3; *ibid.*, pp. 284-5 (emphasis added).

188. Moreover, the ILC Commentary expressly addresses (in a footnote to the passage just quoted) the statement by the Tribunal in the *US-France Air Services* case on which Mexico relies –

“The Tribunal's remark in the Air Services case, to the effect that ‘each State establishes for itself its legal situation vis-a-vis other States’, (R.I.A.A., vol. XVIII, p. 416 (1979), at p. 443, para. 81) should not be interpreted in the sense that the United States would have been justified in taking countermeasures whether or not France was in breach of the Agreement. In that case the Tribunal went on to hold that the United States was actually responding to a breach of the Agreement by France, and that its response met the requirements for countermeasures under international law, in particular in terms of purpose and proportionality. The Tribunal did not decide that an unjustified belief by the United States as to the existence of a breach would have been sufficient.”⁸⁵

189. Since the burden of establishing all of the elements of the countermeasures defence is on Mexico, as the party asserting that defence, it would follow that, even if (contrary to the view of this Tribunal) the doctrine of countermeasures were applicable to Chapter XI proceedings, Mexico's defence would necessarily fail if Mexico could not establish one of the requirements of a countermeasure (especially the first and most fundamental requirement, namely that any countermeasure must be taken in response to a prior breach of international law by another State).
190. During the oral hearings, Mexico proposed that the Tribunal should stay the proceedings until the question whether or not the United States had acted unlawfully in the sugar access dispute had been resolved at the inter-State

⁸⁵ Ibid., n. 788, p. 285.

level and then resume consideration of the countermeasures issue when that question had been resolved. The Tribunal did not accept that proposal.⁸⁶

191. For the reasons given above, the Tribunal considers that the doctrine of countermeasures does not apply under Chapter XI in any event. That renders it unnecessary for the Tribunal to decide upon the request for a stay. Moreover, the Tribunal considers that it would be impracticable for Chapter XI tribunals to stay proceedings and await resolution of issues of this kind at the inter-state level. The Tribunal notes that, in the present case, the question whether or not the United States was in breach of NAFTA in the sugar access dispute had still not been resolved more than a year after the conclusion of the oral hearings.
192. The Tribunal therefore rejects the countermeasures defence.

⁸⁶ Transcript, Day 4, pages 778-779.

X. Conclusions and Decision

193. The Tribunal therefore decides that:-

- (1) Mexico has incurred responsibility for a violation of Article 1102 in respect of CPI and CPIng;
- (2) The quantum of compensation will be determined in a later phase of the proceedings;
- (3) CPI and CPIng's other claims are dismissed;
- (4) The question of costs will be determined as part of the next phase of the proceedings.

[signature]

Andreas F. Lowenfeld

[signature]

Jesús Alfonso Serrano de la Vega

[signature]

Christopher J. Greenwood

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

CORN PRODUCTS INTERNATIONAL, INC.

Demandante

y

LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Demandada

DECISIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD

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

Profesor Andreas F. Lowenfeld
Licenciado Jesús Alfonso Serrano de la Vega
Profesor Christopher J. Greenwood (Presidente)

Secretario del Tribunal

Sr. Gonzalo Flores

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

ÍNDICE

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

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

DECISIÓN

I. Resumen del caso

1. El presente caso se refiere a una reclamación planteada por Corn Products International, Inc. (“CPI”), una sociedad constituida en Delaware y por lo tanto compañía estadounidense a los efectos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“el TLCAN”), en contra de los Estados Unidos Mexicanos (“Méjico”). La reclamación se refiere a supuestas violaciones del Capítulo XI del TLCAN y se ha incoado conforme al Artículo 2 del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”). Las principales etapas del procedimiento se reseñan en la **Parte II de la Decisión.**

2. CPI es un importante productor de jarabe de maíz de alta fructosa (“JMAF”), edulcorante fabricado con maíz amarillo y usado, *inter alia*, como edulcorante en refrescos. Tras la entrada en vigor del TLCAN, CPI, a través de su subsidiaria de propiedad plena, una compañía mexicana actualmente conocida como Corn Products Ingredientes (“CPIng”), se dedicó a la producción en gran escala de JMAF en Méjico, suministrando la mayor parte de esa producción al sector de los refrescos de Méjico, en el que compitió con edulcorantes hechos con caña de azúcar.

3. En diciembre de 2001 el Congreso Federal Mexicano aprobó una enmienda a las disposiciones del Impuesto Especial sobre Producción y

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11. El Tribunal se refiere luego, en la **Parte VIII** de la Decisión, a la reclamación basada en el Artículo 1102. Concluye que México faltó a su obligación de otorgar a CPI y a su inversión un trato no menos favorable que el que otorgaba en circunstancias similares a sus propios inversionistas, es decir a los productores mexicanos de azúcar que competían por el mercado de edulcorantes para refrescos. En consecuencia, a menos que se acoja el argumento de México sobre contramedidas, ha habido una violación del Artículo 1102.

12. La cuestión de si puede prosperar la defensa de México basada en la doctrina de las contramedidas se considera en la **Parte IX** de la Decisión. Por las razones allí expresadas, el Tribunal ha concluido que esta defensa es inadmisible. El Tribunal considera que aun cuando la doctrina de las contramedidas pudiera eliminar la ilicitud de un acto entre los Estados Partes del TLCAN (cuestión sobre la que el Tribunal no se pronuncia), no tiene tal efecto en los procedimientos del Capítulo XI en que el demandante es un inversionista.

13. En consecuencia, el Tribunal concluye (en la **Parte X** de la Decisión) que México ha violado el Artículo 1102 del TLCAN. El monto de la

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

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

II. El procedimiento

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Demandante

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

Demandada

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

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

III. Hechos

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

27. Al iniciarse la década de los noventa, Corn Products International, Inc. (“CPI”) era, desde hacía largo tiempo, un importante productor de JMAF y proveedor del sector de los refrescos en los Estados Unidos. Además era

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

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

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

29. En 1998 CPI acordó la compra de Arancia a sus propietarios, la familia Aranguren. [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]
- [REDACTED]

30. En 2001 CPI declaraba haber captado aproximadamente el [REDACTED] del mercado de edulcorantes para refrescos en México, con los edulcorantes de azúcar representando el [REDACTED] y el resto correspondiendo a otros proveedores de JMAF. Según las pruebas presentadas por CPI, en 2001 el total de la producción de JMAF alcanzado por CPIng en México era de [REDACTED] toneladas.

31. Al mismo tiempo que el JMAF iba desplazando al azúcar en una parte considerable del mercado de edulcorantes para refrescos, la industria azucarera mexicana mantenía una disputa con los Estados Unidos respecto al acceso al mercado estadounidense del azúcar.

32. A comienzos de los años noventa, México consumía más azúcar de la que producía, pero tras una amplia reestructuración de la industria, como parte de reformas económicas introducidas por el Gobierno Mexicano, la producción de azúcar fue en aumento, y en el período en que se estaba

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

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

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

35. El resultado fue que, durante los años noventas, México pasó a una posición en la cual tenía un superávit de azúcar que en la mayor parte de los años fue incapaz de exportar a los Estados Unidos (el único otro mercado potencialmente disponible en el que los precios eran, por mucho, superiores a los precios del mercado mundial). Más aun, la participación del azúcar en el mercado de los edulcorantes para refrescos en México había caído a causa de la competencia del JMAF.
36. En ese período, la industria azucarera mexicana, en la que trabajaban aproximadamente dos millones de personas, experimentó considerables problemas económicos que dieron lugar a quiebras, desempleo y a la caída de los precios pagados a los productores de caña de azúcar. Una consecuencia de ese fenómeno fue la reestructuración interna del sector, que incluyó la expropiación de algunos ingenios azucareros que el Gobierno consideró que estaban en dificultades financieras¹.
37. El Gobierno de México formuló una queja ante el Gobierno de los Estados Unidos, al que acusó de restringir el acceso de los excedentes de azúcar mexicana al mercado de ese País, infringiendo así las obligaciones que le

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

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

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

precios provocado por la transferencia del refresco en la cadena de distribución que terminaba en el comerciante minorista, pero se preveía una exención del impuesto si el refresco se fabricaba utilizando edulcorantes producidos exclusivamente con caña de azúcar. El resultado fue que, en la práctica, el nuevo impuesto (referido durante el presente procedimiento y en esta Decisión como el “impuesto al JMAF”) sólo recayó sobre los refrescos fabricados utilizando JMAF². Fue intrascendente que el JMAF se produjera en México o se importara, ya que el impuesto al JMAF se aplicó en todos los casos en que el JMAF se vino utilizando como edulcorante en refrescos.

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

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

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

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

jurídico, ya que el impuesto no era pagadero por CPIng, sino por las embotelladoras de refrescos³. Algunas de esas embotelladoras promovieron juicios por sí mismas y en 2004 se incrementaron los pedidos de JMAF [REDACTED] lo que dio lugar a una considerable recuperación de las ventas.

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

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

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

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

IV. Posiciones de las partes

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

A. La Demandante

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

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

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

“Artículo 1102: Trato nacional

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

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

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

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

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

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

B. La Demandada

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

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

⁴ ICJ Reports, 1997, pág. 7.

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

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

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

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

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

71. En lo referente a la reclamación bajo el Artículo 1110, México enfatizó que CPI no había sido privada del título de propiedad legítima/legal de ninguna parte de su inversión, ni del control físico de la misma. Sostuvo que la aplicación del impuesto no había surtido el efecto postulado por CPI, de esterilizar el mercado para el producto de CPIng, y adujo la recuperación experimentada por las ventas de JMAF de CPIng en 2003 y 2004, [REDACTED]

[REDACTED] cuando sus clientes lograron, a través de acciones de amparo, liberarse de la obligación de pagar el impuesto si utilizaban JMAF como edulcorante. Si bien México admitió que el concepto de “medidas equivalentes a expropiación” no era idéntico a los conceptos de expropiación directa o indirecta, negó que fuera tan amplio como lo sostenía CPI, y sostuvo que infligir pérdidas a una empresa restringiendo temporalmente un mercado no podía constituir una medida equivalente a expropiación.

C. Respuesta de la Demandante al argumento de las contramedidas

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

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

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

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

74. El Tribunal comienza por señalar que no se ha cuestionado su jurisdicción para conocer de las reclamaciones de CPI. En particular, México no ha negado que CPI sea un inversionista de una Parte, en la acepción del Capítulo XI, ni que CPIng constituya una inversión de CPI⁵. Análogamente, no cabe duda de que la reclamación formulada por CPI está comprendida dentro de las disposiciones sobre jurisdicción del Capítulo XI.

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

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

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

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

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

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

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

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

“Artículo 1106: Requisitos de desempeño

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

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

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

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

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

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

80. CPI admite espontáneamente que su reclamación carece de precedentes.

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

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

VII. Reclamación sobre expropiación basada en el Artículo 1110

81. La segunda reclamación de CPI es que el impuesto al JMAF representaba una expropiación indirecta o una medida equivalente a una expropiación de su inversión. CPI sostuvo que para los efectos de su reclamación bajo el Artículo 1110, la “inversión” con respecto a la cual se había formulado la reclamación difería de la inversión con respecto a la cual reclamó basada en los Artículos 1102 y 1106⁶. En tanto que para los propósitos de sus reclamaciones basadas en los Artículos 1102 y 1106 CPI alegó que la “inversión” era CPIng, para los efectos de su reclamación bajo el Artículo 1110 sostuvo que la inversión pertinente consistía en “los bienes que tiene de manera indirecta, a través de CPIngredientes, en relación con sus negocios de suministro y producción de JMAF⁷”. Esto plantea la cuestión de si un demandante bajo el Capítulo XI tiene derecho a recurrir a diferentes nociones de lo que constituye la “inversión” para los efectos de diferentes reclamaciones emanadas del mismo conjunto de hechos. México cuestionó este aspecto de los escritos de CPI, pero el Tribunal no ha profundizado la consideración del tema, porque ha concluido que, aun cuando se acepte lo manifestado por CPI con respecto a la noción de “inversión” a los efectos del Artículo 1110, la reclamación basada en la

⁶ Véanse párrafos 50 y 74, *supra*.

⁷ Memorial, párrafo 252.

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

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

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

⁹ Ídem, párrafo 103.

¹⁰ Memorial, párrafo 379.

84. México discrepó de CPI tanto respecto al contenido del Derecho que enuncia el Artículo 1110 del TLCAN, como a su aplicación a los hechos del caso. Alegó (invocando los casos *Pope and Talbot*¹¹, *SD Myers*¹² y *Feldman*¹³) que una medida no es “equivalente a expropiación”, a menos que surta los mismos efectos que esta última. Añadió que el laudo dictado en el caso *Metalclad* había sido ampliamente criticado, que la Corte Suprema de Columbia Británica lo había anulado en parte¹⁴, y que aun cuando esa decisión hubiera sido correcta, lo que se debatía en el caso *Metalclad* era la destrucción permanente del negocio del demandante, en tanto que la producción de JMAF por parte de CPI se recuperó dentro de los dos años siguientes, [REDACTED]

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

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

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

¹¹ Laudo del 10 de abril de 2001, 7 *ICSID Reps.* 102.

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

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

¹⁴ 5 *ICSID Reps.* 236 y 6 *ICSID Reps.* 52.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(k) Las razonables ‘expectativas fundadas’ del inversionista pueden ser un factor relevante, para verificar si una expropiación (indirecta) ha sucedido¹⁶.

88. El presente Tribunal coincide en general con este análisis. A su juicio tres puntos revisten especial importancia para el caso que tiene ante sí.
89. Primero, es importante no confundir la cuestión de si ha habido una expropiación con la de si se han cumplido los cuatro criterios señalados en los párrafos (a) a (d) del Artículo 1110. Esos párrafos sólo entran en juego si se ha concluido que ha existido una expropiación o una medida equivalente a una expropiación, pero la ausencia de uno o más de ellos no indica de por sí una expropiación¹⁷.
90. En segundo lugar, como lo recuerda el tribunal en el caso *FFIC*, es necesario tener en cuenta la distinción entre trato discriminatorio de la propiedad de un inversionista (y, a este respecto, trato injusto e inequitativo) y expropiación. El hecho de que una medida que afecte derechos de propiedad sea discriminatoria no implica de por sí una expropiación (o el equivalente de una expropiación). En lugar de ello, si

¹⁶ Ídem, párrafo 176.

¹⁷ Véase *FFIC*, párrafo 174.

se demuestra que una medida constituye una expropiación (o el equivalente a una expropiación), ella no puede justificarse si es discriminatoria. En el caso *FFIC*, el tribunal declaró que se estaba ante un caso evidente de trato discriminatorio, pero no al extremo de hacer admisible una reclamación bajo el Artículo 1110¹⁸.

91. En tercer lugar, en los casos en que no existe toma de posesión física de bienes ni transferencia forzosa del título, en los términos del laudo del caso *FFIC*, “[l]a toma deberá ser la privación sustancialmente total del uso económico y goce de los derechos de propiedad, o de distintas partes identificables de éstos (v.g., se acerca al daño total)¹⁹”. En los términos del laudo dictado por el tribunal en el caso *Waste Management (No. 2)*, “[n]o es función del Artículo 1110 indemnizar los emprendimientos comerciales que fracasan, ante la ausencia de una intervención arbitraria del Estado *que equivalga a una confiscación virtual o a una esterilización de la empresa*²⁰”.
92. Aplicando ese criterio a la reclamación formulada por CPI, el Tribunal ha concluido que CPI no ha probado el fundamento de su reclamación bajo el Artículo 1110. A falta de una toma de posesión física o transferencia de la propiedad, CPI tenía que probar que hubiera sufrido un grado de interferencia tal que su negocio se hubiera esterilizado; en los términos utilizados por el tribunal que entendió en el caso *FFIC*, “[l]a toma deberá ser la privación sustancialmente total del uso económico y goce de los

¹⁸ Véase *FFIC*, párrafos 203-209.

¹⁹ Párrafo 176 (c).

²⁰ Párrafo 160. Énfasis añadido.

derechos de propiedad, o de distintas partes identificables de éstos²¹”. CPI no probó eso. No cabe duda de que las plantas de JMAF de CPI sufrieron un considerable detrimiento de sus mercados durante aproximadamente dos años, pero CPI mantuvo en todo momento el control completo de su inversión; pudo informar a sus accionistas que el impuesto al JMAF no afectaría a largo plazo a sus negocios, [REDACTED]

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

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

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

VIII. Reclamación sobre trato nacional basada en el Artículo 1102

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

“Artículo 1102: Trato nacional

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

A. Argumentos de la Demandante

96. CPI se apoyó en los incisos (1) y (2) del Artículo 1102. Sostuvo que el impuesto al JMAF, aunque formalmente recaía sobre las embotelladoras de refrescos, implicaba, por sus efectos, la aplicación a CPI de cierto trato con respecto a la operación de su inversión (en la acepción del Artículo 1102(1)) y de cierto trato a esa inversión (en la acepción del Artículo 1102(2)), que eran menos favorables que los concedidos por México, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas y a las inversiones de estos últimos.
97. Según CPI, el criterio a aplicarse conforme al Artículo 1102 era sencillo y se había identificado en una serie de laudos anteriores dictados por tribunales del TLCAN que aplicaron esa disposición. CPI invocó en especial, los laudos dictados en los casos *Pope and Talbot c. Canada*²²,

²² 7 ICSID Reps. 43.

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

98. Los inversionistas mexicanos con los que, según lo manifestado por CPI, ésta se hallaba en “circunstancias similares” en el período pertinente eran los productores de azúcar. En este contexto CPI se basó en gran medida en el hecho de que el JMAF y el azúcar eran en todo momento competidores directos y productos directamente sustituibles, el uno por el otro en el mercado de edulcorantes para refrescos en México. Señaló que aún antes de que la OMC considerara la cuestión, el propio Gobierno Mexicano, en el curso de su investigación antidumping²⁶, había tratado a ambos productos como intercambiables, y que no cuestionó la afirmación de que el JMAF y el azúcar fueran “productos similares” en la acepción del Artículo III del GATT.
99. CPI se apoyó también, en considerable medida, en los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación de la OMC en relación con el caso *Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, que estaban directamente relacionados con el impuesto al JMAF. El referido Grupo Especial, cuyas conclusiones fueron refrendadas por el Órgano de Apelación²⁷, declaró, *inter alia*, que el JMAF y el azúcar eran productos

²³ 8 *ICSID Reps.* 3.

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

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

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

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

similares en la acepción del Artículo III del GATT²⁸. CPI admitió que el hecho de que el JMAF y el azúcar fueran “productos similares” a los efectos del GATT no era de por sí determinante de que los productores de JMAF y de azúcar se encontraran en “circunstancias similares” a los efectos del Artículo 1102, pero alegó que la conclusión de la OMC era sumamente pertinente para la aplicación del criterio de las “circunstancias similares” contenido en el Artículo 1102.

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

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

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

B. Argumentos de la Demandada

102. México sostuvo que muy al margen de su argumento de que el impuesto al JMAF fuera una contramedida legítima, dicho impuesto no era incompatible con el Artículo 1102. No cuestionó el argumento de que el JMAF y el azúcar fueran *productos similares* en el mercado de edulcorantes para refrescos, pero sí la pertinencia de la conclusión de la OMC a esos efectos con respecto a la cuestión de si los productores de JMAF y los productores de azúcar para ese mercado se encontraban en *circunstancias similares*. Según México, que invocó el laudo dictado en el caso *Methanex c. los Estados Unidos*²⁹, los dos criterios eran muy diferentes.
103. México hizo hincapié en un pasaje del laudo dictado en el caso *Methanex*, en que el tribunal declaró:-
- “... si los redactores del TLCAN hubieran querido incluir criterios comerciales en el capítulo de inversiones adoptando una fórmula del tipo de la del GATT, podrían haber elaborado una versión del Artículo 1102 que estableciera: ‘Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas [o a las inversiones] de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios inversionistas, en circunstancias similares *con respecto a cualesquiera bienes similares, directamente competitivos o sustituibles*’. De esa labor interpretativa se desprende claramente cuán incongruente —a decir verdad extraño— sería yuxtaponer en una disposición única referente a inversiones las expresiones ‘circunstancias similares’ y ‘cualesquiera bienes similares, directamente competitivos o sustituibles’³⁰. (Traducción del Tribunal)
104. México sostuvo que para contravenir el Artículo 1102, una medida tenía que discriminar contra un inversionista de otra Parte del TLCAN (o contra

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

³⁰ Ídem, párrafos 33-34.

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

105. A juicio de México, ello llevó a la conclusión de que los productores de JMAF y los productores de azúcar no se encontraban en circunstancias similares, porque dentro de un mercado sumamente regulado, los productores de JMAF, como CPI, tenían acceso irrestricto tanto al mercado de México como al de los Estados Unidos, en tanto que los productores mexicanos de azúcar tenían que hacer frente a un aumento de la competencia de JMAF en el mercado interno, en un período en que su acceso al mercado de los Estados Unidos sufría graves restricciones.
106. En lo que respecta a la jurisprudencia, México alegó que el Tribunal no debía basarse en los casos *Pope and Talbot* o *Myers*, cuyos laudos describió como “de ‘primera generación’, que reflejaban un análisis incipiente, tentativo³¹”, que no había sido aceptado por las Partes del TLCAN en sus manifestaciones en casos ulteriores. Según México, los otros dos casos invocados principalmente por CPI —*ADF* y *Feldman*— no eran pertinentes: el primero porque giraba en torno a la aplicación de las

³¹ Duplica, párrafo 144.

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

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

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

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

C. Análisis del Tribunal

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

“La cláusula del trato nacional es tal vez la más importante cláusula de trato contenida en los acuerdos internacionales en materia de inversión³⁴”. (traducción del Tribunal)

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

“Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de estos productos en el mercado interior. Las disposiciones de este párrafo no impedirán la aplicación de tarifas diferentes en los transportes interiores, basadas exclusivamente en la utilización económica de los medios de transporte y no en el origen del producto³⁵”.

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

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

³⁵ Véase también el Artículo XVII del AGCS.

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

“El Grupo Especial observó que, en lo referente a las cuestiones a él sometidas, la prescripción del párrafo 4 del artículo III, de que el trato no sea ‘menos favorable’, no va acompañada de reserva ni precisión alguna. ... La frase ‘no deberán recibir un trato menos favorable’ ... exige una igualdad efectiva de oportunidades para los productos importados en lo relativo a la aplicación de cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior. Ello establece claramente el criterio mínimo ... Como el objetivo fundamental es garantizar la igualdad de trato, es la parte contratante que aplique un trato diferente la que debe demostrar que, a pesar de esa diferencia, sus disposiciones satisfacen el criterio establecido por el Artículo III, de que los productos importados no reciban un trato menos favorable³⁶”.

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

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

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

- (a) eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y de servicios entre los territorios de las Partes;
- (b) promover condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio;
- (c) aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;
- (d) proteger y hacer valer, de manera adecuada y efectiva, los derechos de propiedad intelectual en territorio de cada una de las Partes;
- (e) crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias; y
- (f) establecer lineamientos para la ulterior cooperación trilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios de este Tratado³⁷.

114. Casos específicos del principio de no discriminación aparecen en los Artículos 301 (trato nacional con respecto a bienes), 1202 (trato nacional con respecto a servicios) y 1405 (trato nacional con respecto a servicios financieros), así como en el Artículo 1102, cuyas disposiciones describió el tribunal en el caso *Feldman* como “una obligación fundamental que emana del Capítulo XI³⁸”. El tribunal en el caso *Feldman* destacó también que el Artículo III del GATT y el Tratado de Libre Comercio Canadá-los Estados Unidos contenían un texto análogo al del Artículo 1102³⁹.

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

³⁸ 7 ICSID Reps. 318, párrafo 165.

³⁹ Ídem.

115. Las partes del presente caso coincidieron en que el Artículo 1102 se aplica tanto a la discriminación *de facto*, como a la discriminación *de jure*⁴⁰. El Tribunal comparte esa afirmación. Las partes discreparon, en cambio, en lo referente a casi todos los restantes temas pertinentes para la aplicación del Artículo 1102 al impuesto al JMAF.
116. Por lo tanto, el Tribunal considera necesario acudir ante todo a los primeros principios. El texto del Artículo 1102 indica que una reclamación basada en esa disposición sólo puede prosperar si se cumplen tres requisitos.
117. Primero, debe probarse que el Estado demandado ha concedido al inversionista extranjero o a su inversión “un trato... en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición” de las inversiones pertinentes. En segundo lugar, el inversionista o las inversiones extranjeras deben estar “en circunstancias similares” a las de un inversionista o una inversión del Estado demandado (“el comparador”). Por último, el trato debe haber sido menos favorable que el acordado al comparador⁴¹.
118. No obstante, al aplicar ese triple criterio se deben tener en cuenta las circunstancias especiales de cada caso, centrando el análisis en el carácter específico de la medida que se impugna. A este respecto existe una estrecha relación entre la cuestión de si el Estado discriminó intencionalmente por razones de nacionalidad y la prueba de las

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

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

circunstancias similares. Tal como lo han destacado otros tribunales del Capítulo XI, es necesario considerar en su totalidad el contexto fáctico y jurídico correspondiente⁴².

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

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

120. Pasando a la cuestión de si CPI y los otros productores de JMAF en México estaban en circunstancias similares a los productores mexicanos de azúcar —que son el único comparador sugerido— el Tribunal concluye que este requisito se cumple en relación con los hechos del presente caso. El Tribunal cree necesario comenzar por una comparación entre los inversionistas nacionales y extranjeros que operan en el mismo negocio o sector económico que la Demandante⁴³. Es indudable que los productores mexicanos de azúcar operaban en el mismo negocio o sector económico que CPI. En relación con el suministro de edulcorantes al sector de los refrescos, sus productos competían directamente entre sí, y los consumidores y la legislación mexicana los trataban como intercambiables. El propósito del impuesto al JMAF fue, abiertamente, el de alterar las condiciones de competencia entre esos productos.
121. En ese contexto el Tribunal toma nota de que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación de la OMC declararon que el JMAF y el azúcar eran “productos similares” a los efectos del Artículo III del GATT. El Tribunal tiene en cuenta la advertencia, contenida en el laudo del caso *Methanex*⁴⁴, de que las condiciones del Artículo III del GATT se introdujeron en el Capítulo III del TLCAN y no en el Capítulo XI de ese Tratado, en el que se utilizó un lenguaje distinto. También está consciente de que su jurisdicción se limita a las disposiciones del Capítulo XI y no se extiende al Capítulo III. Admite que la reclamación de CPI basada en el Artículo 1102 no puede prosperar simplemente porque la Demandante demuestre que el JMAF y el azúcar sean “productos similares” a los fines del

⁴³ Véase, por ejemplo, *Pope and Talbot*, párrafos 75-78.

⁴⁴ 44 ILM (2005) 1343, Parte IV, Capítulo B, párrafo 30.

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

122. No obstante, el Tribunal no admite que el hecho de que el JMAF y el azúcar sean productos similares a los efectos del GATT carezca de trascendencia a los efectos de la aplicación del criterio del Artículo 1102. Por el contrario, lo considera sumamente relevante para la aplicación de ese parámetro. Si bien el Tribunal no sostiene que el hecho de que un inversionista extranjero y un inversionista nacional estén produciendo productos similares obligue a admitir que ambos se encuentran en circunstancias similares a los efectos del Artículo 1102, o que el trato diferencial suponga necesariamente la violación de esa disposición, cuando la medida a la que se atribuye el carácter violatorio del Artículo 1102 guarda relación directa con los productos y está destinada a discriminar a favor de uno contra el otro, existe un muy fuerte indicio de incumplimiento del Artículo 1102.
123. Aunque el fragmento del Laudo Final del caso *Methanex* que se cita en el párrafo 103, *supra*, pueda interpretarse como expresión de un criterio diferente, el Tribunal considera que dicho laudo, tomado en conjunto, no es incompatible con el enfoque mencionado en el párrafo precedente. El tribunal en el referido caso reconoció expresamente la pertinencia de la jurisprudencia del GATT/OMC⁴⁵. Corresponde señalar, además, que ese tribunal hizo fuerte hincapié en que el metanol no era un producto que

⁴⁵ 44 ILM (2005) 1343, Parte II, Capítulo B, párrafo 6.

compitiera directamente con el etanol, pues este último se utilizaba como aditivo para la gasolina, en tanto que el primero no era más que un ingrediente del aditivo MTBE⁴⁶, y que la medida descrita como violatoria del Artículo 1102 no era discriminatoria *prima facie* —ya que se aplicaba igualmente a productores estadounidenses de metanol que obviamente eran los comparadores de Methanex⁴⁷— y se había adoptado por razones reglamentarias legítimas.

124. Por el contrario, el JMAF puede sustituir directamente al azúcar como edulcorante para refrescos, y como ya se señaló, México siempre lo había tratado como tal. Ello además hace que los hechos del presente caso difieran de los del caso *UPS*, en que el tribunal señaló que Canadá y otros Estados sometían a un trato diferente a los envíos remitidos por correo y a los remitidos por mensajería (y que así había ocurrido históricamente).
125. En su respuesta, México adujo tres factores que a su juicio impedían que CPI y los productores de azúcar se encontraran en circunstancias similares: (1) el hecho de que el precio del azúcar estaba regulado, lo que no ocurría con el precio del JMAF, (2) el hecho de que en el período relevante el azúcar mexicano estaba privado, en medida considerable, de acceso al mercado de los Estados Unidos, en tanto que el JMAF podía comerciarse sin obstáculos a través de la frontera Estados Unidos-México, y (3) el hecho de que la asociación empresarial a la que pertenecía CPI había abogado en los Estados Unidos para que no se incrementara el volumen de azúcar mexicano que podía importarse en los Estados Unidos.

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

⁴⁷ Párrafo 21.

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

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

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

127. A este respecto, el Tribunal toma nota de que no existió prueba de que si se hubiera desregulado el mercado de azúcar y los productores mexicanos de azúcar hubieran podido vender sus productos al costo económico (más una tasa de retorno razonable), dichos productores hubieran podido competir con el JMAF, en cuanto al precio. Los edulcorantes elaborados con caña de azúcar eran más costosos que el JMAF, ya que el costo de producción del azúcar era más elevado⁴⁸. Además, si el problema hubiera sido la reglamentación del precio del azúcar, México podría haberla flexibilizado, por lo menos en cuanto al azúcar utilizado como edulcorante para refrescos. En cambio, la finalidad reconocida del impuesto al JMAF consistió en elevar el costo del JMAF como edulcorante y al mismo tiempo mantener los elevados precios de los edulcorantes de caña de azúcar.
128. El segundo argumento de México consistió en que en el contexto del TLCAN no podía considerarse que los productores de JMAF y los productores de azúcar de México se encontraran en circunstancias similares, ya que a estos últimos se les negaba acceso al mercado de azúcar de los Estados Unidos, en tanto que los primeros tenían acceso a ambos mercados, el de los Estados Unidos y el de México.
129. Es imposible no sentir simpatía frente a los graves trastornos sufridos por los productores mexicanos de azúcar a quienes se privó, en forma

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

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

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

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

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

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

134. El Tribunal no considera convincente este argumento. En primer lugar, el Tribunal considera que el tribunal del caso *Loewen* no estableció ningún principio de amplitud semejante a la sugerida por México. En aquel asunto el tribunal estaba preocupado —en un pasaje notable por su brevedad⁵⁰— por mostrar que las circunstancias de un demandante en un litigio civil difieren de aquellas en que se encuentra el demandado, a tal grado que el trato acordado para un demandante en un caso particular, por sí mismas no pueden ser suficientes para establecer que el tratamiento acordado para el demandado fuera una violación del principio de trato nacional. Aun esa afirmación ha generado ciertas críticas, pero el Tribunal no tiene por qué tomar parte en esa controversia. Aunque el tribunal del caso *Loewen* esté en lo cierto al sostener que existen diferencias sustanciales entre demandante y demandado en un litigio civil, las circunstancias del presente caso son totalmente diferentes. CPI y los productores azucareros no eran partes contrapuestas en un litigio.
135. El hecho de que competidores económicos tengan intereses contrapuestos —y cada uno abogue por los suyos— no es en modo alguno sorprendente. Se trata, por el contrario, de un hecho de la vida económica y política que se da en cualquier sociedad abierta. Lejos de indicar que las partes no se encuentran en circunstancias similares, tiende a sugerir lo contrario. Es

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

⁵⁰ *Idem*, párrafo 140.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. Derecho Internacional sobre contramedidas

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

⁵² ICJ Reps, 1997, pág. 3, párrafo 83.

⁵³ (1978) 54 ILR 303, párrafo 81.

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

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

- (1) adoptarse en respuesta a una transgresión anterior del Derecho Internacional en que haya incurrido otro Estado⁵⁴;
- (2) estar dirigida contra el Estado que haya cometido el hecho ilícito⁵⁵;
- (3) adoptarse con la finalidad de inducir a ese Estado a cumplir sus obligaciones internacionales⁵⁶;
- (4) estar limitada en el tiempo y, en la medida de lo posible, adoptarse en forma que permita la reanudación del cumplimiento de dichas obligaciones⁵⁷;
- (5) ser proporcional al perjuicio causado por el hecho ilícito original, teniendo en cuenta la gravedad de este último y los derechos en cuestión⁵⁸; y,
- (6) estar acompañada por la intimación al Estado responsable del hecho ilícito original para que cumpla sus obligaciones, y por un intento de buena fe de negociar o resolver la controversia en cuestión a través de otros mecanismos de solución de diferencias⁵⁹.

⁵⁴ Artículo 49(1) de la CDI.

⁵⁵ Artículo 49(1) de la CDI.

⁵⁶ Artículo 49(1) de la CDI.

⁵⁷ Artículo 49(2) y (3) de la CDI.

⁵⁸ Artículo 51 de la CDI.

⁵⁹ Artículo 52 de la CDI.

147. Las contramedidas son un recurso excepcional, y no deben adoptarse si la cuestión puede plantearse ante una corte o tribunal internacional competente, a menos que el Estado responsable del ilícito original no aplique de buena fe el proceso de solución de controversias⁶⁰. Deben dejar de aplicarse no bien el Estado responsable del ilícito original ha cumplido sus obligaciones⁶¹.
148. Una contramedida que cumple estas condiciones, tiene el efecto de eliminar la ilicitud del acto que la constituye, pero la ilicitud queda excluida sólo en relación con el Estado responsable del hecho ilícito original y no *vis à vis* en relación con ninguna otra parte⁶². Más adelante será necesario considerar en mayor detalle este aspecto del Derecho de las contramedidas.
149. Por último, en aras de completar la consideración del tema —y aunque no resulta directamente relevante para el presente caso, hay que decir que la doctrina de las contramedidas no afecta a determinadas obligaciones, como las referentes al uso de la fuerza, al Derecho de los derechos humanos o a las normas que tienen carácter de *jus cogens*⁶³.

B. Argumentos de las partes

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

⁶⁰ Artículo 52(3) y (4) de la CDI.

⁶¹ Artículo 53 de la CDI.

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

⁶³ Artículo 50 de la CDI.

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

151. Asimismo, México sostuvo que el impuesto cumplía todos los restantes requisitos que permitían considerarlo como una contramedida. Afirmó, en especial, que el impuesto al JMAF era una medida dirigida contra los Estados Unidos. También alegó que no existía ilicitud con respecto a CPI, ya que ésta carecía de derechos sustantivos propios conforme al Capítulo XI, que se limitaba a facultar a CPI a aducir, en un arbitraje, derechos pertenecientes a los Estados Unidos. Según México, un inversionista no puede estar en una posición más sólida, conforme al Capítulo XI, que la del Estado de cuyos derechos depende.
152. CPI formuló seis objeciones al argumento referente a las contramedidas:-
 - (1) La controversia con respecto al acceso del azúcar era una disputa comercial surgida al margen del Capítulo XI, y por lo tanto ajena a la jurisdicción del Tribunal;

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

C. Análisis del Tribunal

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

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

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

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

El Tribunal considera dichas cuestiones en orden.

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

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

“Artículo XX: Excepciones generales

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

...

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

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

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

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

...
75. ... Aunque pudiera considerarse que las ‘contramedidas internacionales’ tienen por objeto ‘lograr la observancia’, aquello de lo que procuran ‘lograr la observancia’ -es decir, las obligaciones internacionales de otro Miembro de la OMC- no estaría comprendido en el ámbito de aplicación del apartado d) del artículo XX. Esto se debe a que la expresión ‘leyes y reglamentos’, en el sentido de dicho apartado, se refiere a las normas que forman parte del ordenamiento jurídico nacional del Miembro de la OMC que invoca la disposición, y no abarca las obligaciones internacionales de *otro* Miembro de la OMC⁶⁴. (Énfasis añadido)

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

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

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

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

“Las contramedidas no afectarán:

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

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

159. Además, en el Comentario sobre ese artículo⁶⁵ se aclara que “los Estados pueden convenir entre sí otras normas de Derecho Internacional que no podrán ser objeto de contramedidas” conforme al principio de *lex specialis* previsto en el Artículo 55. En ese caso se aplicarían idénticas conclusiones, a saber, que un acto contrario a esa *lex specialis* haría incurrir en responsabilidad al Estado conforme a la *lex specialis* en cuestión, pero no impediría que el principio de las contramedidas excluyera la ilicitud del acto en relación con obligaciones emanadas de otros acuerdos internacionales o de normas de Derecho Internacional consuetudinario.
160. En consecuencia, el Tribunal considera que los procedimientos seguidos ante la OMC y las decisiones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación no impiden a México invocar el principio de las contramedidas en los presentes procedimientos.

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

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

161. El Tribunal ha concluido, sin embargo, que la doctrina de las contramedidas, concebida en el contexto de las relaciones entre Estados, no es aplicable a las reclamaciones enmarcadas en el Capítulo XI del TLCAN, ya que son inversionistas, y no Estados, los que las plantean. Un propósito central del Capítulo XI del TLCAN consistió en sacar a esas reclamaciones del plano de las relaciones entre Estados y asegurar que los inversionistas pudieran hacer valer sus derechos directamente contra un Estado receptor. A juicio del Tribunal, ante una reclamación de ese tipo no cabe una defensa basada en que el ilícito no se haya cometido por el demandante, sino por el Estado de su nacionalidad, que no es parte en los procedimientos.
162. El Tribunal desea subrayar que lo que aquí está en juego no es si las contramedidas pueden excluir la ilicitud en el marco del TLCAN todo, sino tan sólo si pueden excluirla contra un inversionista que formule una reclamación basada en el Capítulo XI⁶⁶. Ello depende en gran medida de la naturaleza de los derechos y obligaciones emergentes del Capítulo XI.
163. Es un atributo firmemente establecido del derecho referente a las contramedidas que toda contramedida debe dirigirse contra el Estado que haya cometido el hecho ilícito anterior. Además, aunque la contramedida vaya dirigida contra ese Estado, si también constituye un acto incompatible con una obligación del Estado que adopta la contramedida

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

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

“Un segundo elemento esencial de las contramedidas es que deben “estar dirigidas contra” un Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito y no ha cumplido sus obligaciones de cesación y reparación conforme a la segunda parte de los presentes artículos. La palabra “solamente” que figura en el párrafo 1 se aplica igualmente al Estado contra el que se adoptan las contramedidas y al propósito de ellas y tiene por objeto expresar que las contramedidas solamente pueden adoptarse contra un Estado que sea el autor del hecho internacionalmente ilícito. Las contramedidas no pueden adoptarse contra Estados distintos del Estado responsable. En una situación en que el Estado que adopta las contramedidas tiene una obligación internacional para con un tercer Estado y esa obligación es violada por la contramedida, la ilicitud de la medida no está excluida respecto del tercer Estado. En ese sentido el efecto de las contramedidas en lo que se refiere a la exclusión de la ilicitud es relativo. Afecta a las relaciones jurídicas entre el Estado lesionado y el Estado responsable⁶⁷”.

164. Por lo tanto, una contramedida no puede extinguir ni afectar de otro modo a los *derechos* de una parte distinta del Estado responsable del hecho ilícito anterior. Por otra parte, puede afectar a los *intereses* de esa parte.

Cabe citar una vez más el Comentario al Artículo 49:-

“Esto no significa que las contramedidas no puedan incidentalmente afectar la posición de terceros Estados o, de hecho, de otros terceros. Por ejemplo, si el Estado lesionado suspende los derechos de tránsito del Estado responsable de conformidad con este capítulo, otros, incluidos terceros Estados, pueden resultar afectados por esa medida. Si no tienen derechos particulares en este asunto no podrán reclamar. Lo mismo ocurre si, como consecuencia de la suspensión de un acuerdo comercial, se ve afectado el comercio con el Estado responsable y una o más sociedades ven reducido su volumen de negocios o incluso quiebran. Esos efectos indirectos o colaterales no pueden evitarse enteramente⁶⁸”.

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

⁶⁸ Los Artículos de la CDI (2004), pág. 332-336, párrafo 5.

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

⁶⁹ 7 ICSID Reps. 442.

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

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

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

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

173. Lo que en realidad demuestran esas dos reglas, es que cuando un Estado formulaba una reclamación relacionada con un acto ilícito perpetrado contra uno de sus nacionales, en realidad estaba reclamando en nombre de ese nacional, en lugar de reivindicar un derecho propio. Esa ficción era necesaria, pues sólo el Estado gozaba de acceso a los mecanismos internacionales de solución de diferencias y de reclamaciones. Sin embargo, no es necesario mantener tal simulación en un caso en el que la persona privada goce del derecho de plantear reclamaciones por sí misma. En ese caso no está en juego la cuestión de si un inversionista reclama en nombre del Estado. El Estado de nacionalidad de la Demandante no controla la conducción del caso⁷⁰. Ninguna indemnización que se disponga será pagadera al Estado. La persona privada puede incluso formular una reclamación que el Estado repreube, o basarla en un principio jurídico con el que el Estado discrepe. Así ocurrió en el caso *GAMI*, en que los Estados Unidos sostuvieron que el tribunal carecía de jurisdicción con respecto a ciertas reclamaciones formuladas por los demandantes en calidad de accionistas. El tribunal rechazó esa excepción y sostuvo que gozaba de jurisdicción en relación con todo tipo de reclamaciones⁷¹. Si *GAMI*, como inversionista de los Estados Unidos, no hacía más que invocar los derechos sustantivos de los Estados Unidos, es

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

⁷¹ Véanse los párrafos 29-30 y 43 del Laudo.

difícil percibir cómo podría haberse llegado a una conclusión de ese tipo⁷².

174. A juicio del Tribunal, la realidad que subyace en el Capítulo XI es la de que un inversionista que plantea una reclamación trata de hacer respetar derechos de los que afirma ser titular conforme al Tratado, en lugar de ejercer la potestad de hacer respetar derechos que en realidad pertenecen al Estado.
175. A juicio del Tribunal, en el laudo del caso *Loewen*⁷³ no se adopta una posición diferente. El pasaje de dicho laudo que fue citado como respaldo de la noción de que el inversionista promueve el reconocimiento de los derechos del Estado⁷⁴, en realidad se refiere a un punto mucho más restringido y se limita a expresar que los derechos “en su origen” pertenecen a los Estados.
176. El Tribunal concluye, por lo tanto, que el inversionista —por ejemplo CPI— tiene derechos propios conforme al Capítulo XI del TLCAN. En consecuencia, se trata de un tercero en toda diferencia entre su propio Estado y otra Parte del TLCAN, y una contramedida adoptada por ese otro Estado contra el Estado de nacionalidad del inversionista no puede privar a este último de sus derechos. Volviendo a los dos diferentes ejemplos dados por la CDI en su Comentario del Artículo 49(1), se trata de un caso

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

⁷³ 7 *ICSID Reps.* 421.

⁷⁴ Párrafos 232-233.

referente a los *derechos* de un tercero, y no meramente a sus *intereses*.

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

177. El caso *US-France Air Services*⁷⁵, que México invocó repetidamente, fue muy distinto del presente caso. Se trataba de una reclamación formulada por los Estados Unidos, según la cual Francia había violado el Acuerdo sobre Servicios Aéreos celebrado mutuamente por ambos Estados, al rehusarse a autorizar a Pan-American, una aerolínea designada por los Estados Unidos conforme al Acuerdo, a seguir operando un servicio desde la costa occidental de los Estados Unidos hasta París, con cambio de aeronave en Londres. Una de las cuestiones que se planteó en los procedimientos fue la de si la medida adoptada por los Estados Unidos contra una aerolínea designada por Francia, Air France, era una contramedida legítima. El tribunal declaró que el acto adoptado por los Estados Unidos contra Air France (la amenaza de bloquear los vuelos de Air France de París a la costa occidental de los Estados Unidos) constitúa una contramedida legítima, lo que en consecuencia excluía su ilicitud⁷⁶.

⁷⁵ 54 ILR 303.

⁷⁶ 54 ILR 303, págs. 335-341, párrafos 72-98.

178. No obstante, las partes en los procedimientos seguidos en ese caso eran los dos Estados en cuestión. Además, el tribunal simplemente consideró que los procedimientos se referían a los derechos de los dos Estados, y no a derechos de la aerolínea, ya que sostuvo, en otra parte de su laudo, que la regla del agotamiento de los recursos locales era inaplicable, porque el caso se refería a un perjuicio directo infligido a un Estado, y no a derechos conferidos a una entidad privada⁷⁷ Por el contrario, el presente caso se plantea entre CPI y México y, por las razones arriba expresadas, el Tribunal considera que afecta los derechos, y no meramente los intereses, de CPI.
179. El Tribunal tampoco está persuadido de que la práctica de las tres Partes del TLCAN pruebe la aplicabilidad de la doctrina de las contramedidas conforme al Capítulo XI del TLCAN. El Artículo 31(3)(b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, establece que “toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado *por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado*” (énfasis añadido) debe tenerse en cuenta para la interpretación de ese tratado. Por lo tanto, el Tribunal coincide con México en que la práctica subsiguiente de las tres Partes del TLCAN debe tenerse en cuenta para la interpretación de dicho Tratado, si ella establece el acuerdo de las tres Partes con respecto a la adecuada interpretación de las disposiciones pertinentes del TLCAN. No obstante, es esencial considerar con precisión qué acuerdo, según se alega, corresponde extraer de la práctica de las Partes. La práctica invocada por México (por ejemplo la imposición, por

⁷⁷ 54 ILR 303, págs. 323-5, párrafos 29-31.

parte de los Estados Unidos, de aranceles aduaneros al azúcar canadiense⁷⁸, el Memorándum de Entendimiento entre Canadá y los Estados Unidos con respecto al comercio de trigo⁷⁹ y la diferencia entre México y los Estados Unidos con respecto al transporte por camión⁸⁰) no indica ninguna coincidencia entre las Partes del TLCAN con respecto a la cuestión que se plantea en el presente arbitraje; a saber, si las contramedidas pueden constituir una defensa admisible en los procedimientos del Capítulo XI. Sea cual fuere la relevancia de esa práctica en lo que respecta al efecto de las contramedidas en las relaciones entre Estados en el marco del TLCAN, se trata de una cuestión enteramente independiente (tal como el Tribunal lo señaló *supra*, párrafo 162).

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

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

⁷⁸ Memorial de Contestación, párrafos 264-6.

⁷⁹ Memorial de Contestación, párrafos 267-9

⁸⁰ Duplicata, párrafo 76.

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

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

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

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

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

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

⁸¹ 54 ILR 303, pág. 337, párrafo 81.

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

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

“Para justificarse, una contramedida debe cumplir ciertas condiciones... En primer lugar debe adoptarse en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito cometido anteriormente por otro Estado y estar dirigida contra ese Estado⁸²”.

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

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

En el comentario de esa disposición se señala:-

“Un requisito previo fundamental para que una contramedida sea legítima es la existencia de un hecho internacionalmente ilícito que ha perjudicado al Estado que adopta la contramedida⁸³”.

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

⁸² ICJ Reps., 1997, págs. 7 a 55, párrafo 83.

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

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

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

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

“La observación del tribunal en el asunto *Air Services* en el sentido de que “cada Estado establece para sí mismo su situación jurídica respecto de otros Estados” (U.N.R.I.A.A., vol. XVIII, pág. 416 (1979), en pág. 443, párr. 81), no debe interpretarse en el sentido de que hubiera estado justificada la adopción de contramedidas por los Estados Unidos independientemente de que Francia hubiera violado o no el Acuerdo. En ese caso el Tribunal afirmó que los Estados Unidos respondían de hecho a una violación del Acuerdo por parte de Francia y que su respuesta cumplía los requisitos para la adopción de contramedidas según el Derecho Internacional, en particular en lo que se refiere al propósito y la proporcionalidad. El Tribunal no decidió que una creencia injustificada de los Estados Unidos en cuanto a la existencia de una violación hubiera sido suficiente⁸⁵”.

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

⁸⁴ Comentario, párrafo 3; ídem, págs. 333 (énfasis añadido).

⁸⁵ Ídem, No. 788, pág. 333.

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

190. Durante las audiencias orales, México propuso que el Tribunal suspendiera los procedimientos hasta que se hubiera resuelto a nivel interestatal la cuestión de si los Estados Unidos habían actuado o no ilegalmente en la controversia sobre acceso al mercado del azúcar, y luego reanudar la consideración de la cuestión de las contramedidas. El Tribunal no aceptó esa propuesta⁸⁶.
191. Por las razones que anteceden, el Tribunal considera que la doctrina de las contramedidas de todos modos no es aplicable conforme al Capítulo XI, por lo cual es innecesario que se pronuncie sobre la solicitud de suspensión de los procedimientos. Además considera impracticable que tribunales del Capítulo XI suspendan los procedimientos y aguarden a que cuestiones de este tipo se resuelvan a nivel interestatal. El Tribunal toma nota de que en el presente caso la cuestión de si los Estados Unidos incurrió o no en incumplimiento del TLCAN en la controversia sobre acceso al mercado del azúcar aún no ha sido resuelta, pese a que las audiencias orales finalizaron hace más de un año.

⁸⁶ Transcripción, día 4, páginas 662-663.

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

X. Conclusiones y Decisión

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

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

[firma]

Andreas F. Lowenfeld

[firma]

Jesús Alfonso Serrano de la Vega

[firma]

Christopher J. Greenwood