



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

MARVIN ROY FELDMAN KARPA
DEMANDANTE

VS.

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
DEMANDADO

ESCRITO DE CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

CONSULTOR JURÍDICO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS:

Hugo Perezcano Díaz

ASISTIDO POR:

Secretaría de Economía

Máximo Romero Jiménez

Fernando Reséndiz Wong

Thomas & Partners

J. Christopher Thomas

J. Cameron Mowatt

Rolando García Ramos

Carlos García

Shaw Pittman

Stephan E. Becker

Sanjay Mullick

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER LAS RECLAMACIONES PRESENTADAS EN EL ESCRITO DE DEMANDA	5
	A. El Tribunal no está autorizado para investigar violaciones de derecho municipal	6
	B. La regla del agotamiento de los recursos	12
	C. La nueva reclamación de “expropiación progresiva”	13
	D. La reparación que se solicita respecto del pago de devoluciones a CEMSA en 1996 y 1997	14
III.	RELACIÓN DE HECHOS	15
	A. El Padrón Sectorial de Exportadores	15
	B. El supuesto pago excesivo a Lynx Exportadora S.A. de C.V.	17
	C. El destino final de los cigarros fletados a Estados Unidos.	18
	D. El argumento relativo a que “las autoridades mexicanas repetidamente ignoraron decisiones judiciales adversas” y la evidencia del Lic. del Río	19
	E. La pruebas del demandante de que la SHCP tenía la obligación de forzar a los productores a expedir facturas trasladando de manera expresa y por separado el IEPS	20
	F. El supuesto “acuerdo verbal” de 1995	22
	G. Otros alegatos hechos en la réplica	22
IV.	RESPUESTA A LAS RECLAMACIONES RESTANTES: ARGUMENTACIÓN JURÍDICA SOBRE EL FONDO DEL DE LA DISPUTA	23
	A. Respuesta al argumento de que México incumplió con la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, en consecuencia, violó el artículo 1110 del TLCAN	23
	B. Respuesta al alegato de que SHCP indebidamente se negó a pagar las devoluciones por los meses de octubre a diciembre de 1997, y, por lo tanto, violó el artículo 1110 del TLCAN	24
	C. No surge un <i>impedimento (estoppel)</i>	25
	1. Ninguna de las fuentes citadas asisten al demandante	25
	a. El caso relativo al Templo de Preah Vihear (Camboya c. Tailandia) (el <i>caso del Templo</i>)	26
	b. El <i>caso Nottebohm</i> (Liechtenstein c. Guatemala)	29
	c. El <i>caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte</i> (Republica Federal de Alemania c. Dinamarca/Holanda)	30
	d. La <i>situación jurídica de Groenlandia Oriental</i> (Noruega c. Dinamarca)	31
	2. El <i>impedimento</i> conforme al derecho municipal	31
V.	HECHOS ADICIONALES RELATIVOS A LA RECLAMACIÓN DE TRATO NACIONAL E INTERÉS PÚBLICO	34
	A. Las ventas a Centroamérica	34
	B. Los embarques a Estados Unidos	36
	C. No hubo denegación de trato nacional	38
	1. Las premisas sobre los hechos relativos a la reclamación de trato nacional son incorrectas: los llamados “competidores” de CEMSA	38
	2. Aspectos de la Ley del IEPS que guardan relación con el tema de “circunstancias similares”	39
	3. Respuesta al argumento central de la réplica sobre trato nacional y circunstancias similares	39
	a. El gravamen de la violación es la discriminación basada en la nacionalidad	39
	b. El intento del demandante por aprovecharse de la prohibición establecida en la legislación fiscal de divulgar la información confidencial de los contribuyentes	43
	c. En cualquier caso, el demandante ha presentado pruebas de acciones tomadas en contra de empresas propiedad de mexicanos, que también obtuvieron devoluciones del IEPS	43
	d. La formulación del demandante del criterio establecido en de artículo 1102 se queda corta	45
	e. El Padrón Sectorial de Exportadores: CEMSA no está en “circunstancias similares”	45
VI.	DEFENSA A LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS	46

A.	Respuesta a la nueva reclamación de “pérdida de utilidades”	47
B.	Dictamen adicional de FGA	52
C.	Respuesta al párrafo 77 de la réplica	54
D.	Conclusiones en materia de daños	55
VII.	ORDEN PÚBLICO	56
VIII.	LOS SUPUESTOS ACTOS DE ACOSO E INTIMIDACIÓN	58
IX.	CONCLUSIÓN	60

ESCRITO DE DÚPLICA

I. INTRODUCCIÓN

1. La réplica no responde a los principales argumentos jurídicos ni hechos presentados en el escrito de contestación a la demanda. Presenta, no obstante, un cambio radical respecto del escrito de demanda.
2. La réplica no aborda los siguientes puntos clave del escrito de contestación a la demanda:
 - a) en virtud de que la reclamación involucra medidas tributarias, el artículo 2103 circunscribe las cuestiones que están debidamente sometidas ante este Tribunal e impide que el demandante se base directamente en el artículo 1105;
 - b) la Decisión Interlocutoria sobre Cuestiones Preliminares de Jurisdicción del Tribunal también acota las cuestiones que están debidamente sometidas ante el Tribunal;
 - c) existen límites a la competencia del Tribunal *ratione temporis*;
 - d) la reclamación del pago de devoluciones por los meses de octubre a diciembre de 1997, que la demandada describe como una reclamación de “devolución de impuestos”¹, no está comprendida en la definición de “inversión” protegida conforme al artículo 1139, sino que la abarca el texto de la exclusión contenido en la propia definición;
 - e) el sustento del demandante en los casos resueltos por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos resulta inadecuado en virtud de que el artículo 1110 del TLCAN tiene un alcance más limitado;
 - f) igualmente, el artículo 1110 tiene un alcance más limitado que la sección 712 del *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, en el que también se basa el demandante;
 - g) la distinta competencia de las cortes nacionales y los tribunales arbitrales internacionales que este Tribunal debe considerar;
 - h) el laudo en el caso *Azinian* aborda una reclamación al amparo del TLCAN que se sustenta en decisiones de las cortes nacionales sobre derechos derivados de la legislación nacional; y

1. Demanda, párrafo 237.

- i) no se ha hecho un intento serio por responder a las conclusiones centrales sobre daños del perito de la demandada.
3. El demandante también se niega a admitir transacciones, documentos y otros hechos que parecerían irrefutables a cualquier observador objetivo y razonable, incluidos:
- j) al cumplir con la sentencia de la Suprema Corte de Justicia, la SHCP informó al Juez de Distrito que había solicitado a CEMSA las facturas con el IEPS desglosado y el Juez no lo objetó como un requisito incompatible con la sentencia de la Suprema Corte, además de que CEMSA cumplió expresamente con él;
 - k) la auditoría a CEMSA reveló irregularidades adicionales a la omisión de contar con facturas que desglosaran el IEPS;
 - l) el demandante tiene amplio conocimiento sobre los propietarios y los asuntos generales de Lynx Exportadora y Compañía Exportadora Mexicana, dos de sus principales clientes en Estados Unidos, proveedores y financieros;
 - m) el demandante tenía pleno conocimiento del destino de los bienes fletados a Estados Unidos; y
 - n) era del conocimiento del demandante que las compañías que la demanda describe, como los “competidores” de CEMSA estaban involucrados de manera central en los embarques de ésta a Estados Unidos.
4. La admisión y negación de los hechos presentados con la réplica incluye la negación de las facturas, pedimentos, guías de embarque y comunicaciones escritas con la red Poblano-Gómez-Güemes².
5. Tal vez lo más sorprendente, en virtud de la gran importancia que la demanda confiere a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia, así como de la extensa discusión en el escrito de contestación a la demanda de las dos sentencias del Tribunal Fiscal de la Federación que versan, sobre la auditoría de 1998-1999, y la negativa de devolución del IEPS por los meses octubre a diciembre de 1997 y la reforma de 1998 a la Ley del IEPS, es el hecho de que la réplica no aborda plenamente la decisión del 31 de mayo de 2001 del Tribunal Colegiado de Circuito en revisión, que se discute más adelante y que revoca la sentencia del Tribunal Fiscal de fecha 16 de junio de 2000.
6. El Tribunal recordará que el escrito de contestación a la demanda señaló que la sentencia del 16 de junio de 2000 del Tribunal Fiscal, que está en revisión, inicialmente sostuvo el argumento presentado por el demandante, tanto frente los tribunales mexicanos como en este arbitraje, a saber, que CEMSA podía reclamar la devolución del IEPS sin contar con las facturas requeridas. El escrito de contestación a la demanda lo aborda de manera detallada en los párrafos 6 al 11, 254 al 268 y 359 al 385. La demandada advirtió que la SHCP estaba en desacuerdo con el Tribunal Fiscal y que había interpuesto el recurso de revisión. La demandada

2. Véase, por ejemplo, la negación a los párrafos 460 al 463 del escrito de contestación a la demanda.

reconoció que el Tribunal Colegiado de Circuito podría confirmar esa aplicación del llamado “principio de imposibilidad”, en el que se basó el perito del demandante, el Lic. Loperena, en su primer dictamen³.

7. El 31 de mayo de 2001, después de presentado el escrito de contestación a la demanda, el Tribunal Colegiado de Circuito rindió su decisión, a favor de la SHCP y revocó la sentencia del Tribunal Fiscal. El Tribunal Colegiado de Circuito revocó la decisión del Tribunal Fiscal en su totalidad y la devolvió al Tribunal Fiscal con instrucciones para que emita una nueva en estricto apego a las disposiciones aplicables.

8. La réplica debió haber abordado plenamente este hecho jurídico. Sin embargo, lo único que dice al respecto aparece en el párrafo 50, donde, después de discutir la sentencia del Tribunal Fiscal señala:

El 11 de junio de 2001, la Corte del Circuito, emitió una opinión devolviéndole el caso al Tribunal Fiscal para revisión sin dictar en resultado. Mientras la Corte de Circuito no estaba de acuerdo con el razonamiento del Tribunal Fiscal en puntos particulares, no se dirigió a la cuestión de “imposibilidad” de los fondos jurídicos o de los hechos.

9. Esto es una incorrecta caracterización de la decisión de Tribunal Colegiado de Circuito. En respuesta al recurso de revisión interpuesto por la SHCP, el Tribunal Colegiado de Circuito votó en sesión pública a favor de revocar la sentencia del Tribunal Fiscal. El Tribunal Colegiado de Circuito todavía no emite su sentencia por escrito, que contendrá sus razonamientos e instrucciones específicas en forma detallada, y, por lo tanto, no ha sido oficialmente notificada a las partes. No es acertado decir que el Tribunal Colegiado de Circuito no abordó el tema de la “imposibilidad”; de hecho, la sentencia del Tribunal Fiscal, incluida en esta cuestión, ha sido completamente desechada.

10. En contraste con la demanda y los testimonios que instan a este Tribunal a aceptar ciertas decisiones de tribunales mexicanos como evidencia concluyente sobre los derechos del demandante conforme a la legislación mexicana⁴, el demandante ahora argumenta que “no deben darse las decisiones contradictorias de las cortes mexicanas... cualquier efecto de impedir por el Tribunal” [sic.]⁵.

3. Véanse los párrafos 14 y 380 al 385 del escrito de contestación a la demanda.

4. Véase el párrafo 58 de la primera declaración del profesor Swan, donde señala en términos enfáticos: Para el Tribunal, la cuestión es si el efecto que debe darse a la sentencia de la Corte mexicana a nivel internacional conforme al artículo 110(1)(a) del TLC, no es un efecto técnico conforme al derecho mexicano. A nivel internacional, debe cumplirse la sentencia como una declaración normativa definitiva hasta que se retire o sea modificada por otro pronunciamiento igualmente autorizado conforme al sistema judicial mexicano de igual fuerza.

Incluso si la sentencia de la Suprema Corte no es formalmente obligatoria para el Tribunal, todo intento por parte del Tribunal de modificar o “corregir” esa sentencia sería improcedente y una vergüenza para el experimento de transacción de controversias entre inversionistas y el Estado conforme al TLCAN.

5. Réplica, párrafo 51.

11. De forma similar, en contraste con su primera opinión, que se sustenta en el llamado “principio de imposibilidad” utilizado por el Tribunal Fiscal⁶, el segundo dictamen del Lic. Loperena ni siquiera menciona que el Tribunal Colegiado de Circuito desechó la sentencia en la cual se había basado anteriormente.

12. Según lo discute con detalle el escrito de contestación a la demanda, aceptar el argumento de que el demandante tenía derecho a la devolución del IEPS sin contar con las facturas requeridas, equivaldría a desplazar la competencia de las cortes mexicanas y sustituir sus determinaciones sobre los derechos derivados de la legislación tributaria municipal, por el punto de vista del Tribunal sobre esos derechos. De hecho, las determinaciones de las cortes mexicanas eliminan la premisa del argumento del demandante.

13. En el párrafo 34, la réplica argumenta:

En efecto, la Demandada está pidiendo al Tribunal ceder la jurisdicción sobre la disputa a cortes domésticas que no tienen ninguna competencia para dirigirse los problemas del TLCAN que el Demandante ha puesto ante el Tribunal.

14. Por el contrario, la demandada no ha objetado a que el Tribunal considere las cuestiones que están debidamente dentro de su esfera de competencia conforme a la sección B, como cuestiones de derecho internacional al amparo del capítulo XI. Simplemente ha argumentado, de manera congruente con la Decisión Interlocutoria sobre Cuestiones Preliminares de Jurisdicción, que las cuestiones de derecho municipal están fuera del ámbito del sometimiento de las partes al arbitraje, y que lo que el demandante solicita al Tribunal es que decida sobre cuestiones que son de derecho mexicano, en el lugar de las cortes nacionales.

15. La réplica continúa buscando que este Tribunal determine los derechos de CEMSA conforme a la legislación mexicana. Por ejemplo, en el párrafo 33 de la réplica, el demandante sostiene que “...si el tribunal determina que el Demandante se tituló [sic.] a las devoluciones del IEPS en 1996-1997... esa decisión estará ligado [sic.] en las autoridades impositivas de la demandada...”. También, en el párrafo 48 el demandante solicita que el Tribunal le otorgue un remedio como alternativa a que las cortes mexicanas competentes resuelvan su situación legal de acuerdo con la legislación tributaria:

La segunda materia que no ha estado resuelto y podría retirarse si el Tribunal otorga el alivio pedido, involucra el desafío de CEMSA a la resolución de Hacienda del 1 de marzo 1999 contra CEMSA de un crédito fiscal de \$25 millones de dólares norteamericanos para devoluciones del IEPS pagadas en 1996 y 1997, interés y multas (“el caso del crédito”)... [sic.]

16. De forma similar, en el párrafo 43 de la réplica⁷ el demandante admite que la Suprema Corte de Justicia no revisó la “mecánica” de devolución conforme a la Ley del IEPS (esto es, la

6. Véase el dictamen de la demanda del Lic. Carlos Loperena, páginas 17 a la 22.

7. Este párrafo manifiesta:

El Escrito de Contestación está equivocado diciendo que el derecho afirmó por el Demandante “todavía no ha sido decidido conforme al sistema jurisdiccional mexicano” (EC ¶ 363), y malo en su construcción estrecha de la 1993 Decisión de la Suprema Corte (EC ¶ 345). Sosteniendo la

Continúa en la página siguiente ➤

operación del sistema de devolución del impuesto descrito por la demandada en los párrafos 83 al 101 del escrito de contestación a la demanda). No obstante, solicita que este Tribunal determine la aplicación de la Constitución y de las leyes tributarias mexicanas sobre cuestiones que ni siquiera la Suprema Corte, el Tribunal Fiscal o los tribunales colegiados de circuito abordaron, con objeto de que establezca que la legislación fiscal mexicana le confiere ciertos derechos a él o a CEMSA. Solicita que este Tribunal ignore o incluso revoque las sentencias de las cortes mexicanas que ya han determinado que las ejecutorias de la Suprema Corte en los casos *CEMSA* y *Lynx* tienen un alcance limitado⁸, así como la conclusión del Tribunal Colegiado de Circuito de que el requisito previsto en el artículo 4 de la Ley del IEPS, relativo a las facturas desglosadas, no es contrario al principio de igualdad tributaria⁹.

II. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA CONOCER LAS RECLAMACIONES PRESENTADAS EN EL ESCRITO DE DEMANDA

17. La réplica no responde en su totalidad a la argumentación del escrito de contestación a la demanda sobre competencia, dejando, en muchos casos, ciertos temas sin contestar del todo. A continuación la demandada comentará sobre algunas cuestiones en materia de competencia que la réplica sí aborda.

18. La réplica confunde dos objeciones distintas que la demandada presenta: Una se refiere a la falta de competencia del Tribunal para investigar violaciones de derecho mexicano (véanse los párrafos 37 al 43 del escrito de contestación a la demanda); la otra trata del principio del derecho

☞ Continúa de la página anterior

1991 enmendadura del IEPS inconstitucional, una Suprema Corte unánime decidió en los casos de CEMSA y de LYNX que el gobierno de mexicano no puede diferenciar entre productores y revendedores en la administración de devoluciones del IEPS en las exportaciones de cigarros; la 0% tasa impositiva aplica a ambos. Puede ser que la Corte no repasó “las mecánicas” de la Ley del IEPS, y su decisión no evita la aplicación de procedimientos razonables, non-discernidores. Pero la Constitución mexicana como propuesto por la Suprema Corte prohíbe manipulación discernidora de la Ley del IEPS para favorecer a productores encima de los revendedores por el Congreso mexicano y los oficiales Ejecutivos. [sic.]

8. Véase la sentencia del Tribunal Fiscal en el caso iniciado por CEMSA en 1998 (relativo a la negativa de devolución del IEPS de octubre a diciembre de 1997 y la reforma a la Ley del IEPS de 1998), citado en el párrafo 235(c) del escrito de contestación a la demanda (R 06322-23) y la sentencia de 1996 del Tribunal Fiscal en el caso Lynx, citado en el párrafo 191 del escrito de contestación a la demanda (CM 05984-05985).

* La demandada continua utilizando el sistema de número consecutivos utilizado para los anexos del escrito de contestación a la demanda; los documentos presentados en el volumen de anexos que acompañan a la dúplica se identificaron con la letra “R” en lugar de “CM”, con el propósito de que puedan ser localizados fácilmente.

9. Véase párrafo 237 del escrito de contestación a la demanda, R 06434-37. El Tribunal Colegiado de Circuito concluyó que el artículo 2, fracción III de la Ley del IEPS cumple con los principios de igualdad tributaria porque aplica a todas las actividades de exportación, lo cual es congruente con el razonamiento de la Suprema Corte en los casos *Lynx* y *CEMSA* sobre la reforma a ese artículo que estuvo en vigor durante 1991. Sin embargo, contrario al análisis de la Suprema Corte, que limitó su análisis a ese aspecto, el Tribunal Colegiado de Circuito procedió a examinar la legalidad del artículo 4, fracción III (la obligación de contar con facturas que trasladen de manera expresa y por separada el IEPS) y el artículo 11 de la Ley del IEPS, y concluyó que no contravienen los principios de igualdad tributaria, no crean un monopolio ni limitan la capacidad de CEMSA para exportar, no obstante que el impuesto no le fue trasladado y, por lo mismo, no tenía derecho a la devolución del impuesto.

internacional consuetudinario que exige el agotamiento de los recursos (véanse los párrafos 283 al 286 y 359 al 385 del escrito de contestación a la demanda). La réplica mal interpreta los argumentos de la demandada. El párrafo 34 ilustra este punto:

Invocando la doctrina de agotamiento de remedios locales, la Demandada define que este Tribunal no puede ejercer la jurisdicción conferida en él por TLCAN Capítulo 11, porque ha habido litigación en las cortes locales y hay decisiones contradictorias en los problemas de ley mexicana que sólo las cortes locales pueden resolverse. En efecto, la Demandada está pidiendo al Tribunal ceder la jurisdicción sobre la disputa a cortes domésticas que no tienen ninguna competencia para dirigirse los problemas del TLCAN que el Demandante ha puesto ante el Tribunal.

19. Por un lado, este Tribunal no ha sido investido con competencia para decidir cuestiones de derecho municipal, como si fuera una corte mexicana, incluso si se hubiesen agotado los recursos. Sólo las cortes mexicanas tienen esa competencia. Por otra lado, es un principio bien establecido del derecho internacional consuetudinario que deben agotarse los recursos para que un tribunal internacional pueda admitir una reclamación, incluso en los casos en que éste haya sido facultado para conocer esa reclamación. La demandada abordará cada una de estas objeciones por separado.

A. *El Tribunal no está autorizado para investigar violaciones de derecho municipal*

20. La réplica no aborda plenamente la interacción entre las decisiones judiciales mexicanas y este arbitraje internacional (más allá de mal interpretar los argumentos de México).

21. Considerando que el hecho jurídico central en que se basó la demanda fue el supuesto incumplimiento de la ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia, ahora que la demandada ha demostrado que la SHCP cumplió plenamente con esa ejecutoria y que las cortes mexicanas han rechazado los demás argumentos del demandante, éste minimiza sustancialmente el papel de las cortes mexicanas (véanse los párrafos 34 al 51 de la réplica).

22. Este cambio en el énfasis parece ser el resultado del reciente fallo del Tribunal Colegiado de Circuito sobre el recurso de revisión instaurado por la SHCP, así como por el hecho aducido por la demandada (que el demandante no negó) de que el Tribunal Fiscal rechazó, en un caso diverso, los argumentos del demandante relativos a la devolución del IEPS por exportaciones hechas a finales de 1997, lo cual fue subsecuentemente confirmado por el Tribunal Colegiado de Circuito en vía de amparo.

23. La réplica sólo trata estos dos hechos centrales mediante el argumento de que éste es un Tribunal internacional, autorizado para aplicar el derecho internacional, no el municipal, y que no debería dar efectos de cosa juzgada a las decisiones “contradictorias” de los Tribunales mexicanos¹⁰.

10. Réplica, párrafo 45.

24. Esas decisiones no son jurídicamente “contradictorias”, puesto que una versa sobre la negativa a las solicitudes de devolución hechas por CEMSA por los meses de octubre a diciembre de 1997 y la reforma de 1998 a la Ley del IEPS (que el escrito de contestación a la demanda refiere como el procedimiento de 1998 ante el Tribunal Fiscal); mientras que la otra versa sobre la resolución de SHCP del 1 de marzo de 1999 que comprende las devoluciones que CEMSA obtuvo en 1996 y 1997 (que el escrito de contestación a la demanda refiere como el procedimiento de 1999 ante el Tribunal Fiscal). Por lo tanto, la sentencia del Tribunal Fiscal en el último caso no “prevalece” sobre su fallo en el primero, según lo argumenta el demandante en el párrafo 39(4) de la réplica. Es indiferente si el Tribunal Fiscal actuó como sala regional o en pleno. Ambas decisiones son iguales. Sólo los fallos de los tribunales de revisión pueden prevalecer sobre los de las cortes de primera instancia.

25. Cuando CEMSA instauró un juicio de amparo en contra de la sentencia del Tribunal Fiscal en el procedimiento de 1998, en lugar de impugnar las conclusiones mediante las cuales el Tribunal Fiscal rechazó sus argumentos respecto de las negativas del IEPS por los meses de octubre a diciembre de 1997 —lo cual el demandante ahora pretende hacer ante este Tribunal planteando una nueva reclamación de denegación de justicia que no ha notificado¹¹—, CEMSA simplemente buscó desistirse de esa parte de su reclamación, no obstante que ya había sido resuelta, y más de un año después de haber iniciado el procedimiento de amparo. El Tribunal Colegiado de Circuito no lo permitió y confirmó la sentencia del Tribunal Fiscal.

26. De cualquier forma, en virtud del reciente fallo del Tribunal Colegiado de Circuito relativo a la sentencia de 1999 del Tribunal Fiscal de la Federación, cualquier supuesto conflicto se ha disipado: se ha sostenido en dos casos diferentes que el demandante no tiene un derecho a obtener la devolución del IEPS por exportación de cigarros, sin contar con facturas que trasladen de forma expresa y por separado el impuesto.

27. El laudo del CIADI en el caso *Amco Asia Corp. c. Indonesia*, que el demandante cita como fuente para sustentar su argumento de que las decisiones de los tribunales nacionales no son cosa juzgada para efectos de los tribunales internacionales, requiere considerarse de una manera más cuidadosa que en la réplica¹². Como lo señala el escrito de contestación a la demanda, de acuerdo con el artículo 42 de la Convención del CIADI, los tribunales del CIADI tienen competencia en materia de derecho municipal, así como de derecho internacional. Así lo confirmó el segundo tribunal del CIADI al considerar la reclamación que volvió a ser presentada

11. Véase el párrafo 39(3) de la réplica:

(3) la única decisión de apelación confió por la Demandada – la opinión de la Corte de Circuito en la litigación de Consulta (describió más allá debajo) – confía en la Ley del IEPS de 1998 exclusivamente, incluyendo Artículo 11 particularmente, modificado eficaz el 1 de enero de 1998. Al hacerlo, la corte siguió el argumento de Hacienda. La corte no se dirigió, y al parecer no apreció, que la ley cambió en 1998. El Escrito de Contestación reconoce que no había ningún cambio material en la ley desde 1992 - 1997. (Ve, por ejemplo, EC ¶ 94.) La opinión no examina el derecho de CEMSA a las devoluciones bajo las disposiciones vigentes del IEPS en 1997. Por consiguiente, la decisión no es ningún dispositivo en ese problema. Es más, una decisión que niega las devoluciones debido para las exportaciones de 1997 aplicando una norma diferente, encontrada en la legislación aplicable a un horario más tarde, constituye una denegación de justicia bajo la ley internacional y debe desatenderse por el Tribunal...

12. Véase la discusión de este punto en el párrafo 42 de la escrito de contestación a la demanda.

en *Amco* (el laudo citado por el demandante fue el primer laudo, que fue subsecuentemente anulado):

En cualquier caso el Tribunal considera que su tarea es la de probar primero toda reclamación de derecho en este caso frente a la ley de Indonesia y después frente al derecho internacional.¹³

28. Además, la cuestión de derecho indonesio que el tribunal del CIADI consideró, no era la misma que había sido resuelta por la Suprema Corte de Justicia de Indonesia. El tema ante el primer tribunal del CIADI fue si la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Indonesia, que analizó la requisita armada de un complejo hotelero, era cosa juzgada conforme al derecho indonesio para los efectos del tribunal internacional sobre un punto distinto del derecho internacional. Después de citar a la Suprema Corte de Indonesia, el tribunal señaló:

Se concluye de esta formulación, que la Suprema Corte no legitimó la requisita del hotel del 1 de abril, sino por el contrario, basó su decisión en la propia cuestión de hecho —el decomiso— sin expresar evaluación alguna de este acto. Esto no es una legitimación del comportamiento [de la entidad gubernamental] en relación con la requisita¹⁴.

29. Como lo demuestra este pasaje, no se presentó al tribunal del CIADI la misma situación que se plantea a este Tribunal. Aquí, las cortes nacionales se han pronunciado específicamente sobre los derechos que confiere la ley municipal, y se invita a que el Tribunal sustituya su opinión sobre el derecho municipal por la de las cortes mexicanas. Más aún, el demandante plantea a este Tribunal los mismos argumentos que presentó a las cortes nacionales, y que éstas rechazaron.

30. No existe un derecho internacional a la devolución del IEPS; se trata meramente de una cuestión de derecho mexicano, que está sujeta a la jurisdicción de las cortes mexicanas y, según ya lo ha manifestado el Tribunal, éste no ha sido investido con competencia sobre cuestiones de derecho nacional.

31. Los tribunales internacionales regularmente otorgan la debida deferencia a las decisiones de las cortes nacionales en temas relativos a la legislación municipal. Como la premisa del demandante en este caso es el supuesto derecho a la devolución del impuesto de acuerdo con la legislación nacional, las decisiones de las cortes sobre ese supuesto derecho son importantes por dos razones:

- Primero, si conforme a la legislación mexicana CEMSA no tiene el “derecho” que alega, no puede haber una expropiación en el plano internacional;
- Segundo, este Tribunal debería aceptar las determinaciones de las cortes nacionales sobre el derecho interno, a menos que, según lo señaló el tribunal en el caso *Azinian*, los propios tribunales sean desautorizados: “una autoridad pública

13. Segunda reclamación del caso: Laudo, *1 ICSID reports 569*, párrafo 40, página 580.

14. *Amco Asia Corporation and Others v. The Republic of Indonesia*, 1 ICSID Reports, Primer Laudo 413, párrafo 175, página 459. Adviértase, además, que el tribunal en la segunda reclamación del caso estudió cuidadosamente la decisión de la Suprema Corte (párrafo 152).

no puede ser inculpada por realizar un acto respaldado por sus tribunales, a menos que los propios tribunales sean desautorizados en el plano internacional”¹⁵.

32. El tribunal en el caso *Azinian* también manifestó:

98. Ciertamente, un Tribunal internacional a quien se solicite una decisión sobre el cumplimiento de un tratado internacional por parte de un gobierno, no queda paralizado por el hecho de que los tribunales nacionales hayan aprobado los actos en cuestión de las autoridades públicas ...[seguidamente el Tribunal citó al ex-presidente de la Corte Internacional de Justicia, Eduardo Jiménez de Arechaga a este respecto]...

99. La posibilidad de considerar a un Estado internacionalmente responsable por decisiones judiciales no otorga, sin embargo, al demandante el derecho a solicitar una revisión internacional de las decisiones judiciales nacionales como si el Tribunal internacional que conoce del caso tuviera plena competencia de apelación. Esto no es así generalmente, ni tampoco en el caso del TLCAN. *Lo que debe demostrarse es que la propia decisión judicial constituye una infracción del tratado*. Aún si los demandantes convencieran a este Tribunal arbitral, de que los tribunales mexicanos actuaron incorrectamente con respecto a la nulidad del Contrato de concesión, esto no constituiría *per se* una infracción del TLCAN. Se necesita más; los demandantes deben acreditar una denegación de justicia o una pretensión de forma para conseguir un fin internacionalmente ilícito. [Énfasis en el original]

33. Las observaciones de Eduardo Jiménez de Arechaga, a quien se refiere el tribunal en el caso *Azinian*, son pertinentes al examen de las cuestiones que derivan de la legislación mexicana que haga este Tribunal.

No compete a un tribunal internacional actuar como una corte de apelación o de casación y verificar en detalle la correcta aplicación del derecho municipal. La competencia esencial de un tribunal internacional en estos casos es ver si se han cometido graves injusticias en contra de un extranjero, y, en tal caso, si los tres requisitos señalados están presentes. El ángulo del análisis es distinto al de un juez de apelación: no son los fundamentos invocados por los tribunales nacionales los que deben ser objeto de escrutinio, sino que debe evaluarse el resultado del fallo, tomando en consideración los elementos de justicia y de consideración equitativa¹⁶.

34. El autor advierte que sólo en las circunstancias más excepcionales podría determinarse que el fallo de una corte nacional que sea contraria al derecho municipal podría contravenir el derecho internacional. Los tres requisitos acumulativos a los que se refiere el pasaje anterior son: (i) la decisión debe de ser “una violación flagrante e inexcusable del derecho municipal”, (ii) debe de ser una decisión de una corte en última instancia, una vez agotados todos los recursos disponibles, y (iii) debe haberse presentado un factor subjetivo de mala fe e intención de discriminar por parte de las cortes¹⁷.

¹⁵ Véase el párrafo 285 del escrito de contestación a la demanda.

16. Eduardo Jiménez Arechaga, “*International Law in the Past Third of a Century*”, 159 *Receuil des Cours I*, p. I en la página 282.

17. *Ibid*, página 281.

35. Ninguno de los fallos de los tribunales nacionales en este caso contienen alguno de esos tres requisitos. Incluso, hasta la réplica no se había sugerido siquiera que los tribunales mexicanos hubiesen denegado justicia al demandante¹⁸. Las reclamaciones de CEMSA de devolución del IEPS y la observancia del requisito de mantener una contabilidad adecuada de acuerdo con la ley del IEPS, la sobrestimación del IEPS, la exportación a empresas ficticias, etc., fueron asuntos plenamente debatidos ante los tribunales nacionales. No hubo argumento alguno sobre una violación “flagrante e inexcusable de la legislación municipal” atribuible a los más altos tribunales, de que todos los recursos hubiesen sido agotados, ni de que hubiese existido un factor subjetivo de mala fe e intención discriminatoria por parte de los tribunales¹⁹.

36. Por primera vez, el demandante argumenta en el párrafo 39(3) de la réplica que la decisión del Tribunal Colegiado de Circuito, que confirma la decisión del Tribunal Fiscal en el procedimiento de 1998, “constituye una denegación de justicia bajo la ley internacional y debe desatenderse por el Tribunal”.

37. La demandada objeta esta reclamación por inadmisibile. La decisión de este tribunal—que versa sobre la revisión de una sentencia del Tribunal Fiscal relativa al cumplimiento de medidas tributarias— está en el ámbito del artículo 2103. Por consiguiente, no puede presentarse una reclamación de denegación de justicia conforme al artículo 1105.

38. Más aún, incluso si fuere admisible, es muestra de la debilidad de este nuevo argumento que, en una sola oración, sin prueba alguna en apoyo a esta proposición, la réplica pretende convertir la decisión del Tribunal Colegiado de Circuito en una denegación de justicia en el plano del derecho internacional. No hubo intento alguno por abordar los requisitos indispensables enunciados por Jiménez de Arechaga y otros doctrinarios. Tampoco puede reconciliarse este nuevo alegato con la declaración de efecto contrario que se hace la réplica en la página siguiente, en el párrafo 41, de que “la reclamación del artículo 1110 en este caso no está basada en la responsabilidad de México por los actos de su magistratura”.

39. En cualquier caso, la descripción de la réplica sobre el fallo del Tribunal Colegiado de Circuito relativo a la sentencia del Tribunal Fiscal es incorrecta. El Tribunal Fiscal rechazó todos los argumentos de CEMSA, y el Tribunal Colegiado de Circuito confirmó la sentencia del Tribunal Fiscal respecto de los temas que fueron impugnados por CEMSA en el juicio de amparo. Según ya se explicó (véase el párrafo 25), CEMSA no impugnó el fondo de las conclusiones del Tribunal Fiscal relativas a la negativa de devolución por los meses de octubre a diciembre de 1997. En cambio, ante el Tribunal Colegiado CEMSA sólo pretendió desistirse de esa parte de su reclamación después de que ya había sido resuelta por el Tribunal Fiscal y más de un año después de haber iniciado el juicio de amparo²⁰. El Tribunal Colegiado de Circuito

18. Ello podría deberse a que el caso que se ahora se alega como una denegación de justicia no fue traído a la atención del Tribunal por el demandante.

19. De hecho, en los párrafos 34 al 38 de la réplica, el demandante argumenta que no hay necesidad de agotar los recursos.

20. El Tribunal Fiscal emitió su decisión el 24 de noviembre de 1998. CEMSA presentó su demanda de amparo el 2 de marzo de 1999. El Tribunal Colegiado de Circuito admitió el amparo de CEMSA el 29 de abril de 1999. El 15 de junio de 2000, el demandante en representación de CEMSA, buscó desistirse de los argumentos puestos a

Continúa en la página siguiente ➤

rechazó el intento de CEMSA de desistirse de una reclamación que ya había sido resuelta, pero no emitió una decisión sobre el fondo del asunto en virtud de que no fue un agravio manifestado de otra forma por CEMSA. El demandante hace esos argumentos por primera vez en este procedimiento.

40. El demandante también argumenta que el derecho mexicano no le confiere un remedio legal eficaz²¹. Con todo respeto, ese argumento carece de sentido tanto en derecho como en principio. Si los recursos que el demandante ha interpuesto ante los tribunales mexicanos se resuelven en su contra, sería incorrecto afirmar que no existe remedio eficaz alguno sólo porque perdió.

41. Si ello fuere cierto, cualquier litigante decepcionado que llegare a reunir los requisitos de legitimación procesal previstos en la sección B del capítulo XI podría presentar una reclamación por una supuesta violación al derecho internacional.

42. El Tribunal también debe advertir que, en el párrafo 45 de la réplica, el demandante reconoce “que el caso podría ser por otra parte [de otra forma] si había una decisión de la Corte Suprema mexicana apoyando la postura de la Demandada...” [sic.]. De hecho, hay un fallo del Tribunal Colegiado de Circuito que determina que el demandante no tiene derecho a la devolución del IEPS por exportación de cigarros sin contar con las facturas en las que se le haya trasladado de manera expresa y por separado el impuesto. Los tribunales colegiados de circuito son los máximos tribunales de apelación en casos de este tipo, y sus decisiones no pueden ser revisadas ulteriormente, ni siquiera por la Suprema Corte de Justicia. Por lo tanto, sus fallos no son jerárquicamente inferiores a los de la Suprema Corte, según lo sugiere la réplica, sino del mismo nivel: ambos son decisiones finales del máximo tribunal de apelación. El Tribunal también debe tener presente que, según lo señaló el Tribunal Colegiado de Circuito en su sentencia del 8 de agosto de 2000 relativa al procedimiento de 1998 ante el Tribunal Fiscal, su decisión no es incompatible con el razonamiento de la Suprema Corte²².

43. La razón por la cual los casos de *Lynx* y *CEMSA* terminaron ante la Suprema Corte en revisión, y los casos ante el Tribunal Fiscal terminaron ante un tribunal colegiado de circuito es la operación del sistema judicial mexicano: usualmente, la Suprema Corte analiza en revisión los casos de inconstitucionalidad de ley (como en el caso del artículo 2, fracción III de la Ley del IEPS en vigor en 1991), mientras que los tribunales colegiados de circuito son los que regularmente analizan en revisión los actos de las autoridades administrativas. De cualquier forma, la Suprema Corte no puede revisar el fallo en revisión de un Tribunal Colegiado de Circuito, porque se trata de procedimientos de revisión alternativos, no sucesivos.

☞ **Continúa de la página anterior**

consideración del Tribunal Fiscal respecto a la negativa de devolución del IEPS relativo a octubre a diciembre de 1997. El Tribunal Colegiado de Circuito dictó su sentencia el 8 de agosto de 2000.

21. Réplica, párrafo 40.

22. Como ya se indicó, la sentencia del 16 de julio de 2000 del Tribunal Fiscal aún está *sub judice*.

B. *La regla del agotamiento de los recursos*

44. La réplica sostiene que el TLCAN elimina cualquier obligación de agotar los recursos (véase el párrafo 45), porque ello es incompatible con el requisito previsto en el artículo 1121 de renunciar a reclamar daños (párrafo 37), y contradice el propósito de la sección B del capítulo XI de asegurar el debido proceso ante un tribunal imparcial (párrafo 36).

45. Como ya se señaló, el artículo 1131 del TLCAN requiere que el Tribunal decida las cuestiones en disputa con apego al TLCAN y a las reglas aplicables del derecho internacional. Las reglas aplicables del derecho internacional incluyen la regla del agotamiento de los recursos, un principio del derecho internacional consuetudinario bien establecido (véase los párrafos 369 al 378 del escrito de contestación a la demanda). En ausencia de una disposición expresa en el TLCAN que elimine esta regla, no puede presumirse que las Partes del TLCAN así lo acordaron²³.

46. Según lo señala correctamente la réplica (párrafo 34), la renuncia requerida por el artículo 1121 está limitada a reclamaciones de daños. El demandante presentó tal renuncia con su notificación de reclamación el 30 de abril de 1999. No se desistió de los litigios iniciados antes de esta fecha y la demandada no tiene conocimiento de que haya intentado instaurar reclamaciones por daños respecto de las medidas supuestamente violatorias de la sección A en cualquier otro foro.

47. Más aún, la renuncia presentada por el demandante no le ha impedido litigar ante los tribunales mexicanos para determinar su situación legal conforme a la ley mexicana. En efecto, CEMSA presentó una demanda ante el Tribunal Fiscal en contra de la negativa de las devoluciones por los meses de octubre a diciembre de 1997 y enero de 1998, y la resolución del 24 de febrero de 1998 de la SHCP en respuesta a la consulta del 12 de diciembre de 1997, e instauró subsecuentemente un juicio de amparo ante el Tribunal Colegiado de Circuito el 22 de marzo de 1999. Así mismo, el 28 de abril de 1999, justo antes de presentar la renuncia requerida en este procedimiento, el demandante, en representación de CEMSA, presentó una demanda ante el Tribunal Fiscal impugnando la resolución de la SHCP del 1 de marzo de 1999, y subsecuentemente instauró un juicio de amparo el 6 de septiembre de 2000. El demandante no discontinuó los procedimientos en el foro nacional e inició otros procedimientos, todos ellos relativos a las medidas que se alegan son violatorias de la sección A del capítulo XI.

48. La demandada no lo objetó porque la renuncia otorgada en este procedimiento no afecta esas acciones (el demandante tampoco ha intentado presentar una violación al TLCAN ante los tribunales mexicanos, de modo que no hay conflicto con el anexo 1120.1). El procedimiento de 1999 ante el Tribunal Fiscal aún está *sub judice*²⁴, según lo reconoce el demandante en el párrafo 48 de la réplica.

23. Véase el fallo de la Corte Internacional de Justicia citada en el párrafo 374 del escrito de contestación a la demanda.

24. Véase el tercer testimonio de Eduardo Díaz Guzmán, párrafo 4.

49. Las acciones del demandante ante los tribunales mexicanos competentes no fueron “temporales” según ahora alega la réplica en el párrafo 39(2), y la promoción de los recursos internos demuestra que, cualesquiera que hayan sido sus motivos para “buscar terminar con ambos litigios” (réplica párrafo 39(3)), éstos no tenían relación con la renuncia presentada conforme al artículo 1121.

50. De hecho, el demandante realmente no ha intentado desistirse de los procedimientos internos: como ya se explicó, CEMSA únicamente pretendió retirar parte de su reclamación en el juicio de amparo relativo al procedimiento de 1998 ante el Tribunal Fiscal, después de que éste falló en su contra. Por lo que se refiere al procedimiento de 1999 ante el Tribunal Fiscal, respecto del cual ahora manifiesta que “podría retirarse si el Tribunal otorga el alivio pedido”²⁵, el Tribunal debe advertir que el demandante no puede ya desistirse de un recurso de revisión instaurado por la SHCP en un caso que fue originalmente iniciado por CEMSA. El Tribunal también debe advertir que CEMSA no se ha desistido del juicio de amparo que inició en relación con la misma decisión del Tribunal Fiscal.

51. En cualquier caso, en virtud de que tales procedimientos internos son los recursos conducentes para determinar la situación legal del demandante y de CEMSA conforme a la legislación mexicana, y toda vez a que la renuncia otorgada en este procedimiento no los afecta en modo alguno, no hay motivo para que el demandante se desista de ellos.

C. *La nueva reclamación de “expropiación progresiva”*

52. El intento de la réplica de salvar la reclamación de expropiación progresiva debe ser rechazado. En el párrafo 149 de la demanda, el demandante expresamente describió una lista de “medidas” que se afirma son incompatibles con el TLCAN.

53. De las siete medidas listadas en el párrafo 149, sólo notificó dos conforme al artículo 2103(6) a las autoridades competentes, (a) y (c), como supuestas expropiaciones. Ambas están debidamente sometidas a este Tribunal.

54. La réplica ahora sostiene que la “expropiación progresiva” no es una “medida” (véase el párrafo 28), sino que es una “caracterización de una medida”. No obstante haber hecho tal manifestación, la nota al pie de página 12 de la réplica señala lo contrario:

La frase “expropiación progresiva” más precisamente aplica a las medidas intermitentes tomadas contra CEMSA en 1991 y 1993-1996 que culminaron con la último [sic.] terminación de su negocio de cigarro [sic.] en 1997. [Énfasis propio]

55. Las medidas notificadas a las autoridades competentes no incluyen “medidas intermitentes tomadas contra CEMSA en 1991 y 1993-1996 que culminaron con la último [sic.] terminación de su negocio de cigarro [sic.]”. Más bien, según lo señala claramente la notificación de intención para someter una reclamación al arbitraje, las dos medidas (distintas de la reforma a la ley en 1998) fueron la supuesta omisión de cumplir con la sentencia de la

25. Véase el párrafo 48 de la réplica.

Suprema Corte y a la negativa de devoluciones del IEPS por los meses de octubre a diciembre de 1997.

56. La nota al pie de página 12 deja claro que el demandante aún pretende plantear una medida de expropiación (o “medidas intermitentes”) en este procedimiento, que no ha sido notificada de conformidad con el artículo 2103(6).

57. En el párrafo 28, la réplica se refiere a “los argumentos detallados hechos [por CEMSA] ante el Departamento de Hacienda norteamericano durante varios meses”. El demandante admite en la nota al pie de página 13 que “nosotros no sabemos cuánto de la posición del Demandante era compartido con la Hacienda [sic.]”.

58. El demandante presentó una copia de su notificación de intención al Subsecretario de Ingresos (Lic. Tomás Ruíz González) el 16 de febrero de 1998. Posteriormente entregó una copia de su notificación de intención al *Assistant Secretary (Tax Policy)* del *U.S. Department of the Treasury*. De acuerdo con el texto llano del artículo 2103(6), las autoridades competentes consultan sobre las medidas identificadas en la notificación de la intención de someter una reclamación a arbitraje presentada de conformidad con el artículo 1119, no sobre los “argumentos detallados” que el inversionista pudo haber planteado a su propia Parte. Las autoridades examinan las medidas listadas en la notificación de intención. Entonces acuerdan o no si las medidas impugnadas no son una expropiación. Si no coinciden en que una medida en particular no es una expropiación, la medida puede ser considerada por un tribunal.

59. No importa lo que el demandante haya dicho o no al *Department of the Treasury* de Estados Unidos²⁶. El único instrumento pertinente a la competencia de este Tribunal es la notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje.

60. La demandada reitera su objeción a este intento de insertar en este procedimiento una reclamación de expropiación que no ha sido notificada. México no consiente a que sea considerado cualquier alegato de expropiación progresiva.

61. La demandada también advierte que la réplica parece añadir dos nuevas reclamaciones (véanse los párrafos 31 y 39). La demandada desea dejar constancia en el expediente de su objeción a que cualquiera de estas reclamaciones sea considerada.

D. *La reparación que se solicita respecto del pago de devoluciones a CEMSA en 1996 y 1997*

62. El demandante ahora afirma que ha presentado “un incidente o reclamación [sic. una “reclamación incidental o adicional”] respecto a la auditoría o liquidación en su demanda” conforme al artículo 48 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario, que afirma “ha sido completamente documentada y esta a punto [sic. madura] de decidirse”, que involucra las mismas cuestiones y pruebas que las de la reclamación “original”.

26. De cualquier modo, no existe evidencia de esas comunicaciones en el expediente de este procedimiento.

63. La demandada ya abordó detalladamente en su escrito de contestación a la demanda el tema de la competencia del Tribunal para otorgar medidas suspensivas o daños contingentes y no elaborará sobre ello aquí, salvo por lo siguiente.

64. En la medida que esta nueva “reclamación incidental o adicional” sea una de expropiación, no ha sido turnada a las autoridades tributarias competentes para una determinación de conformidad con el artículo 2103(6) del TLCAN. Más aún, no puede turnarse conforme al artículo 2103(6), porque la “medida” reclamada no ha ocurrido. El demandante ha impugnado la resolución de la SHCP del 1 de marzo de 1999, y no hay una determinación final respecto de los derechos del demandante o de CEMSA. Por la misma razón, tampoco la hay sobre las medidas que la SHCP pueda tomar al respecto. Según ya lo advirtió la demandada y lo reconoció el demandante, esta cuestión aún está *sub judice*.

65. En la medida que esta nueva “reclamación incidental o adicional” sea una de violación al artículo 1105, también debe ser desechada porque, ya se señaló, el artículo 1105 no aplica a medidas tributarias.

66. Contrariamente al mecanismo de solución de controversias previsto en el capítulo XX²⁷, que admite reclamaciones sobre medidas propuestas (esto es, futuras), el capítulo XI sólo aplica a las “medidas adoptadas o mantenidas por una Parte” (véase artículo 1101).

67. Por consiguiente, las condiciones establecidas en los artículos 1119, 1120 (incluido el lapso de seis meses a partir de los eventos que dieron lugar a la nueva reclamación), 1121, 1122 y 2103(6) no han sido satisfechas ni pueden ser satisfechas en este momento. La nueva reclamación debe, en consecuencia, ser desechada.

III. *RELACIÓN DE HECHOS*

68. La demandada responde a los argumentos de los hechos de la réplica de la siguiente manera:

A. *El Padrón Sectorial de Exportadores*

69. En el párrafo 5, el demandante sostiene que:

27. Véase el artículo 2004 del TLCAN (Recurso a los procedimientos de solución de controversias):
Salvo por los asuntos que comprende el Capítulo XIX, “Revisión y solución de controversias en materia de cuotas antidumping y compensatorias”, y que se disponga otra cosa en este Tratado, las disposiciones para la solución de controversias de este Capítulo, se aplicarán a la prevención o a la solución de todas las controversias entre las Partes relativas a la aplicación o a la interpretación de este Tratado, o en todas las circunstancias en que una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte, es o podría ser incompatible con las obligaciones de este Tratado, o pudiera causar anulación o menoscabo, según el sentido del anexo 2004”. [Énfasis propio]

CEMSA ha sido excluido de exportar los cigarros desde el 1 de diciembre de 1997 por la negativa de Hacienda a la devolución de los impuestos del IEPS y de medio-1998 [sic.] por la negativa de Hacienda par enrollarse [sic.] CEMSA en su registro sectorial para los cigarros y bebidas alcohólicas.

70. Como lo explicó el escrito de contestación a la demanda (en los párrafos 96 y 227), la negativa del registro en el padrón sectorial de exportadores no impide que CEMSA realice exportaciones u otras actividades. Únicamente se requiere el registro para beneficiarse de la aplicación de la tasa del 0%. El Tribunal Colegiado de Circuito que revisó la sentencia de 1998 del Tribunal Fiscal señaló a este respecto:

No se produce la transgresión al artículo 5 constitucional [que establece el derecho para que cualquier persona ejerza cualquier actividad profesional, industrial, comercial o laboral que sea lícita], porque en este caso no se impide que la quejosa se dedique a la actividad que elija; sin embargo, toda actividad tiene que estar reglamentada por las leyes específicas que para tal efecto se expidan. En ese orden de ideas, si el interesado cumple con los lineamientos que un ordenamiento señala para poder dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, puede ejercerlo. En este caso, no se le impide que se dedique al trabajo que escogió, tan es así, que la propia quejosa manifiesta que exporta los tabacos labrados que compra a Sam's y Price Club, y lo cual se presume de las copias de los procedimientos agregados en el juicio fiscal; por lo tanto, es claro que no se transgrede tal disposición. Además los artículos que dice son inconstitucionales [la referencia de los artículos 4 y 11 de la Ley del IEPS] no le impone ninguna restricción a su actividad; pues los mismos solo se refieren al impuesto especial sobre producción y servicios, y no a un requisito que le sea imposible cubrir para exportar su producto²⁸.

71. En los párrafos 5 y 6, la réplica pone énfasis en la inscripción de Mercados Extranjeros, S.A. de C.V. (referida como Mercados II en la demanda y la réplica) en el padrón sectorial de exportadores de la SHCP. El demandante lo toma como una autorización a Mercados Extranjeros para solicitar y obtener la devolución del IEPS por la exportación de cigarros.

72. Conforme al artículo 19 de la Ley del IEPS, el registro en el padrón sectorial se requiere para tener derecho a la aplicación de la tasa del 0% en la exportación. Es un requisito necesario pero no suficiente para obtener la devolución del IEPS. El registro no significa un derecho automático a la devolución del IEPS. Deben cumplirse todos los demás requisitos.

73. Prueba de ello es la comparación entre la recomendación del Lic. Obregón en el caso de CEMSA y el de Mercados Extranjeros. El memorando del Lic. Obregón al Lic. Simón Vargas Aguilar de fecha 20 de marzo de 2000 recomendó que no se inscribiera a Mercados Extranjeros en el padrón porque se detectaron ciertas irregularidades. El Lic. Obregón explica que tuvo conocimiento de que Mercados Extranjeros posteriormente había cumplido con sus obligaciones, y que en ese momento fue inscrita en el padrón sectorial de exportadores²⁹.

74. En el caso de CEMSA la situación fue la misma: en su respuesta al Lic. Simón Vargas Aguilar de fecha 1 septiembre de 1999 relativa a la solicitud de CEMSA, el Lic. Obregón

28. R 06433-34, páginas 82-83 de la sentencia del Tribunal Colegiado de Circuito de fecha 8 de agosto de 2000.

29. Testimonio del Lic. Rafael Obregón Castellanos, párrafo 58 al 62, CM 06119 al 06120.

manifestó que CEMSA tenía obligaciones fiscales pendientes de cumplir, y recomendó que no fuera incorporada al padrón “hasta el momento en que se encuentre al corriente en el cumplimiento de todas sus obligaciones fiscales”³⁰. CEMSA, sin embargo, no ha cumplido con sus obligaciones fiscales pendientes. En su lugar, a la fecha el demandante ha optado por litigar tanto en el foro interno como en el internacional.

75. Por lo tanto, la recomendación del Lic. Obregón en ambos casos fue la misma, salvo que Mercados Extranjeros corrigió las irregularidades y CEMSA no lo ha hecho. El testimonio del C.P. Gabriel Oliver es congruente con lo anterior. Señala que una vez que se concluyó la auditoría fiscal para los ejercicios fiscales de 1996 y 1997, de conformidad con la regla 6.2.3 de la Resolución Miscelánea de Comercio Exterior, se recomendó no incorporar al contribuyente en el padrón mientras no estuviese al corriente de todas sus obligaciones fiscales³¹.

76. Conforme a la Ley del IEPS a partir de 1998, si un revendedor de cigarros, incluso CEMSA, comprare directamente a un productor en una primera enajenación, el IEPS podría transferírsele de manera expresa y por separado, y el revendedor podría satisfacer los requisitos necesarios para obtener la devolución del impuesto. Ni el Lic. Obregón ni otros funcionarios de la SHCP tenían razones para prejuzgar si revendedores como Mercados Extranjeros o CEMSA podían cumplir con las condiciones aplicables. Por lo que se refiere al Lic. Obregón, CEMSA podía haber sido inscrita en el padrón, pero no lo fue debido a la persistencia de irregularidades.

77. Más aún, de los contribuyentes que el Lic. Eduardo Díaz Guzmán declara solicitaron y obtuvieron devoluciones, y que estaban obligados a inscribirse en el padrón sectorial de exportadores a partir de 1998, todos han sido investigados, o lo están siendo. En un caso se ha emitido liquidación y, en los otros dos, las liquidaciones están pendientes (los contribuyentes no estarán sujetos a revisiones futuras, como lo afirma la réplica en el párrafo 13). Esto demuestra que CEMSA ha recibido un trato no menos favorable que otros contribuyentes que están en igualdad de circunstancias.

B. *El supuesto pago excesivo a Lynx Exportadora S.A. de C.V.*

78. En el párrafo 19 de la réplica, el demandante afirma que la SHCP llevó a cabo una “transacción importante” y controvertida con Lynx, en la que pagó “nueve veces más la cantidad ordenada por la Corte respecto a la decisión de amparo de 1992, por la Suprema Corte –más de 27 millones de pesos (alrededor U.S.\$3 millones)” y cita la declaración testimonial complementaria del abogado de CEMSA/Lynx, el Lic. Enríquez (en el párrafo 78, la demanda originalmente manifestó que esa transacción fue realizada en relación con la sentencia de 1996 del Tribunal Fiscal).

79. No hubo tal transacción o arreglo entre la SHCP y Lynx ya sea respecto de la sentencia de 1996 del Tribunal Fiscal o a la ejecutoria de la Suprema Corte en 1992. La SHCP pagó devoluciones a Lynx en estricto apego de las respectivas decisiones judiciales. No hubo un

30. CM 05348

31. Testimonio de Gabriel Oliver García, párrafos 32 al 38, CM 06004 al 06006.

sobrepago; todos los cálculos fueron objeto de un escrutinio judicial detallado. No hay evidencia de actos indebidos de parte de cualquier funcionario de la SHCP.

80. Los párrafos 189 al 191 del escrito de contestación a la demanda explican el pago de las devoluciones a Lynx en cumplimiento con la sentencia del Tribunal Fiscal en 1996. Según lo explica el Lic. Eduardo Díaz Guzmán en su tercer testimonio³², el cálculo las devoluciones debidas por la exportación de bebidas alcohólicas en 1991, en relación con la ejecutoria de 1992 de la Suprema Corte de Justicia, se realizó con estricto apego a las disposiciones del Código Fiscal, de acuerdo con los dos fallos que siguieron a la sentencia de la Suprema Corte en 1992 que resolvió el amparo promovido por Lynx: (1) uno emitido por el juez de distrito que resolvió una queja interpuesta por Lynx relativa al cumplimiento de la ejecutoria de 1992 de la Suprema Corte respecto de la metodología correcta para el cálculo las actualizaciones, en virtud de que Lynx estaba en desacuerdo con cómo la SHCP había calculado en 1993 las devoluciones por un monto de N\$8,709,371.00³³; y (2) otro emitido por la Suprema Corte de Justicia que resolvió una queja de la queja promovida por la Procuraduría Fiscal de la Federación en la que impugnó la resolución del juez de distrito de la queja, respecto a la metodología para el cálculo del interés acumulado³⁴. Como se advierte en un oficio de la Tesorería de la Federación a la Procuraduría Fiscal de la Federación, el 5 de diciembre de 1996 la SHCP pagó a Lynx 27,011,322.00 pesos en cumplimiento de las decisiones judiciales mencionadas. El resultado se obtiene al actualizar a diciembre de 1996 los saldos a favor obtenidos por Lynx en 1991, calculado de conformidad con la resolución del juez de distrito sobre la queja, más los intereses calculados de acuerdo con la resolución de la Suprema Corte de la queja de la queja³⁵.

C. El destino final de los cigarros fletados a Estados Unidos.

81. El Tribunal recordará que, como parte de su defensa inicial, la demandada presentó el testimonio del Lic. Rolando García Ramos. El Lic. García Ramos consideró todos los documentos disponibles relativos a las ventas de CEMSA, y elaboró los cuadros a color que muestran a las diversas partes involucradas en las ventas de CEMSA y el destino final de los cigarros, incluso aquellos enviados a Estados Unidos³⁶.

82. El cuadro 2 demostró que 98% de las exportaciones de CEMSA a Estados Unidos terminaron en la misma bodega en El Paso, Texas, no obstante que fueron enviadas a seis diferentes compañías.

83. En el escrito de contestación a la demanda (en el párrafo 435) se sugirió:

32. Tercer testimonio del Lic. Eduardo Díaz Guzmán R 06453-54.

33. App 0947 de la demanda.

34. App 0970 a la demanda.

35. R 06439. La información que contiene el documento se desprende de las sentencias referidas, la denuncia que hizo Oscar Roberto Enríquez Enríquez y su segunda declaración en la réplica con excepción de cierta información que ha sido testada por contener datos confidenciales de los contribuyentes.

36. Véase el cuadro 2 adjunto a su testimonio.

La evidencia disponible sugiere la posibilidad de que los cigarros fueran reenviados a México.

84. La réplica castigó a la demandada por sugerir que esto es lo que pudo haber ocurrido, y lo llamó “pura especulación”. La réplica manifestó:

22. De hecho no hay ninguna evidencia para conexionar [sic.] el Demandante con cualquier posible embarque de cigarros a México.

85. La demandada disiente. Con el escrito de contestación a la demanda se presentó evidencia circunstancial suficiente que vinculaba las exportaciones del demandante con probables embarques de cigarros a México. Sin embargo, en virtud de la relevancia de este tema con las cuestiones de trato nacional y orden público, la demandada ha obtenido una muestra de los formatos del *U.S. Customs Service*, relativos a los cigarros que salieron de Estados Unidos.

86. Ahora puede confirmarse que, en efecto, los cigarros regresaron a México. El Anexo 1 de la dúplica contiene el formato 7512s presentado al *U.S. Customs Service*, así como diversas instrucciones del Sr. Eduardo Silva de J&E International Sales, Inc. a Kintetsu World Express³⁷.

87. Además de recibir cigarros directamente de CEMSA, J&E era la parte que, en última instancia, recibía el resto de los cigarros que CEMSA exportó a Estados Unidos, independientemente de que las facturas de CEMSA identificaran a Lynx Exportadora, Compañía Exportadora Mexicana, International Commerce, Co., GTO Produce, o GTO International Trade como el cliente.

D. *El argumento relativo a que “las autoridades mexicanas repetidamente ignoraron decisiones judiciales adversas” y la evidencia del Lic. del Río*

88. Los alegatos del demandante en la demanda y en el párrafo 40(2) de la réplica, relativos a que las autoridades mexicanas supuestamente ignoran decisiones adversas, así como la evidencia del Lic. del Río son totalmente irrelevantes a su caso. Los comentarios del Lic. del Río se centran en los siguientes puntos:

- Las circunstancias y el número de casos en los que las autoridades mexicanas supuestamente omiten cumplir con mandamientos judiciales en los procedimientos de amparo.

La demandada ha demostrado que la SHCP cumplió plena y expeditamente con la sentencia de 1993 de la Suprema Corte de Justicia, así como con todas las demás sentencias referidas por el demandante, por lo que, cualquiera que sea la validez de la evidencia del Lic. del Río, la demandada respetuosamente sostiene que es completamente irrelevante. No obstante, en relación con la primera pregunta que el demandante planteó al Lic. del Río respecto del número de incidentes de inejecución de sentencias de amparo interpuestos por litigantes privados, el Tribunal debe advertir

37. Véase el Anexo 1 a la dúplica.

que el demandante no interpuso incidente alguno respecto del cumplimiento de la SHCP con la sentencia de 1993 de la Suprema Corte de Justicia. Más bien, expresamente coincidió que la SHCP había cumplido enteramente.

- La supuesta reforma a las leyes para evadir el cumplimiento con los mandamientos judiciales.

El otro experto del demandante, el Lic. Loperena, testificó que la Ley del IEPS no fue reformada en ningún aspecto sustantivo entre 1992 y 1997. La demandada coincide. SHCP cumplió con la sentencia de 1993 de la Suprema Corte de Justicia desde abril de 1994. Los comentarios del Lic. del Río a este respecto son, por lo tanto, también irrelevantes. No obstante, debe señalarse que no hay nada de malo en reformar una disposición inconstitucional. El Congreso reformó el artículo 2, fracción III de la Ley del IEPS cerca de un año antes de que la Suprema Corte de Justicia emitiera su sentencia en 1993. La constitucionalidad de la disposición reformada fue posteriormente confirmada por el Tribunal Colegiado en su sentencia del 8 de agosto de 2000 relativa al procedimiento de 1998 ante el Tribunal Fiscal de la Federación³⁸.

- La opinión del Lic. del Río sobre el caso hipotético que le planteó el demandante.

Existe un expediente completo y detallado del amparo iniciado por CEMSA relativo a la reforma de 1991 a la Ley del IEPS, de modo que, con el debido respeto, los comentarios del Lic. del Río sobre el caso hipotético son también completamente irrelevantes. Es revelador, sin embargo, que el demandante optó por plantearle un caso hipotético, en lugar de pedirle su opinión sobre el expediente de CEMSA.

E. *La pruebas del demandante de que la SHCP tenía la obligación de forzar a los productores a expedir facturas trasladando de manera expresa y por separado el IEPS*

89. El perito del demandante, el Lic. Loperena, testifica que la SHCP tiene la obligación exigir que los productores expidan facturas trasladando expresamente y por separado el IEPS. Sin embargo, los argumentos del propio demandante ante las cortes mexicanas contradicen su evidencia.

90. En el amparo iniciado en contra de la sentencia de 1998 del Tribunal Fiscal, el demandante afirmó:

En efecto, no es sino hasta el momento de la exportación de la mercancía que la peticionaria de amparo viene obligada al pago del impuesto especial sobre producción y servicios y pasa a ser legalmente contribuyente del mismo, por lo que con anterioridad a la realización de tal circunstancia no estaba legitimada para solicitar la traslación expresa

38. R 06431, página 108.

y no separada del gravamen, dado que, lógica y cronológicamente, antes de que la exportación ocurra no es contribuyente del impuesto por los bienes de que se trata.

Pero, además como ya se ha señalado, al no adquirir dichos bienes directamente del productor, la quejosa no puede solicitar de sus proveedores que se le trasladen en forma expresa y por separado la contribución de que se ha venido hablando, porque los únicos que tienen el deber de expedir comprobantes en tales términos son los obligados al pago del mismo, características de que carecen los proveedores aludidos.

Todavía más incluso en el supuesto de que sus proveedores hubieran trasladado el impuesto a la quejosa por sus compras de tabacos labrados, el impuesto trasladado no sería acreditable por no tener tales proveedores el carácter de contribuyentes del referido impuesto...³⁹

[Énfasis propio]

91. Por lo tanto, la posición del demandante ante las cortes mexicanas fue que los proveedores de CEMSA no tenían derecho a solicitar facturas que trasladaran el impuesto expresamente y por separado, puesto que no eran contribuyentes (CEMSA solamente se convertía en contribuyente al exportar).

92. De hecho, los argumentos del Lic. Loperena —y los del demandante— se contradicen. El Lic. Loperena testificó:

...un contribuyente como CEMSA no está obligado a cumplir requisitos que le son imposible cumplir debido al incumplimiento de terceros como son los productores. Existe el principio legal “ad impossibilia nemo tenetur” (Nadie está obligado a lo imposible). Esto particularmente es cierto, cuando, como en el caso, el requisito es administrativo y no sustantivo. El derecho de un contribuyente de obtener devoluciones no puede depender en la voluntad exclusiva de un tercero en general. En particular, resulta más claro cuando dicho tercero es el competidor del contribuyente. Si la ley otorga un derecho a ciertos individuos, el derecho no debe estar sujeto a la decisión de otro individuo que menoscabe el derecho y es parte interesada en privar al otro de ese derecho⁴⁰.

93. Empero, si “la SHCP tenía la facultad de obligar a terceras partes a cumplir con la legislación aplicable”, a saber, la obligación de emitir facturas que trasladaran el IEPS de manera expresa y por separado, y “una vez que la SHCP tuviera conocimiento de tales negativas [de proporcionar esas facturas] debió actuar para obligar el cumplimiento de la disposición mencionada anteriormente”, entonces no hubiera sido “imposible” que CEMSA obtuviera las facturas requeridas⁴¹.

39. R 06400-01.

40. Primera opinión del Lic. Carlos Loperena Ruiz, página 32.

41. Segunda opinión del Lic. Carlos Loperena Ruiz.

F. *El supuesto “acuerdo verbal” de 1995*

94. El demandante simplemente ha presentado una página de una carta que alega haber enviado al subsecretario Tomás Ruiz, en la que hace referencia al supuesto “acuerdo verbal” de 1995. Esta sola página no demuestra nada, excepto que el demandante, por sí mismo, hizo referencia a un “previo acuerdo de Hacienda y en cumplimiento con la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1241/91”. El Lic. Heftye se refirió a este tipo de comunicaciones presentadas por el demandante a finales de 1994 y en 1995 (véase el párrafo 169 del escrito de contestación a la demanda).

95. La demandada ha abordado este tema extensamente en el escrito de contestación a la demanda. Solamente reitera que la ley es clara respecto del tipo de resoluciones de la SHCP que crean derechos para los contribuyentes, y los efectos de esos derechos. Los tribunales mexicanos expresamente han rechazado los argumentos de CEMSA de que las acciones de la SHCP al efectuar el pagos de devoluciones en 1996 y 1997 constituyeron una resolución favorable y, por lo tanto, crearon un derecho respecto de devoluciones futuras. Es así que un supuesto “acuerdo verbal” y las vagas referencias a tal acuerdo en sus propias comunicaciones también se quedan muy cortas de otorgar al demandante un derecho a la devolución conforme a la legislación tributaria mexicana.

G. *Otros alegatos hechos en la réplica*

96. El demandante desea corregir el expediente y hacer referencia breve a otros alegatos contenidos en la réplica.

- En el párrafo 53, el demandante declara que la demandada se niega a admitir que CEMSA exportó cigarros en 1992. La demandada de hecho admitió que CEMSA exportó cigarros en 1992. Simplemente manifestó que no podía afirmar o negar que CEMSA hubiera obtenido la devolución del IEPS por tales exportaciones, ya que la SHCP no conserva los expedientes pertinentes. Conforme a lineamientos internos, la SHCP conserva los expedientes por un periodo de cinco años, después del cual usualmente son destruidos (escrito de contestación a la demanda párrafo 144);
- En el párrafo 54, el demandante sostiene que “la Demandada insinúa a varios puntos —pero no declara— que Hacienda suspendió las devoluciones del IEPS a CEMSA en octubre-noviembre de 1997 debido al estado financiero de 1996 recibido el 29 de septiembre de 1997” y que “esta insinuación está desencaminado [sic. engañosa]”. De hecho, la demandada afirmó que en octubre de 1997, después de revisar la información contenida en los estados financieros de CEMSA para el ejercicio de 1996, presentados a la SHCP el 27 de septiembre de 1997, “funcionarios de la SHCP iniciaron una revisión de las solicitudes de devolución de CEMSA. En virtud de que las devoluciones obtenidas involucraban cigarros, existían indicios para suponer que no eran procedentes. Consiguientemente, se suspendió el pago ulterior de devoluciones con la finalidad de investigar las operaciones” (párrafos 216 al 227 del escrito de contestación a la demanda).

- En el párrafo 55 el demandante afirma que “la Demandada se niega a reconocer simplemente que cambió su política hacia CEMSA en octubre de 1997 a la solicitud de Carlos Slim. Todas las decisiones acerca de la devolución del IEPS por la exportación de cigarros de CEMSA, incluyendo la decisión para terminar la auditoría de 1995, fue hecho a niveles altos (Mem. ¶¶ 53-64, 67-68, 80), y la aserción de la Demandada que las auditorías “en ningún caso involucran a altos niveles dentro de la SHCP” (EC ¶ 177(b)) se contradice por su propia evidencia. (EC ¶¶ 240-241.)”. La demandada niega que haya modificado su política a la solicitud de Carlos Slim, y ha abordado este tema con detalle. La cita tomada del escrito de contestación a la demanda está fuera de contexto. La oración completa contenida en el párrafo 177 (b) del escrito de contestación a la demanda, de la cual el demandante sólo citó unas palabras demuestra que se el enunciado se refiere exclusivamente a la auditoría de 1995: “la auditoría [de 1995] fue terminada por cuestiones procedimentales, de conformidad con las reglas preexistentes, donde las decisiones recaen en la autoridad responsable y en ningún caso involucran a altos niveles dentro de la SHCP”. Los párrafos 240 y 241 del escrito de contestación a la demanda a los que el demandante refiere como evidencia contradictoria, aluden a la auditoría de 1998. Distintos funcionarios de la SHCP tomaron diversas decisiones en este caso a lo largo de los años. La demandada ha indicado claramente quién las tomó, en cada caso.
- En el párrafo 56 de la réplica se asevera que “Cigatam y Philip Morris lucharon para mantener el mando exclusivo sobre las exportaciones de México para los dueños de la marca de fábrica (Decl. De Salazar ¶ 15, EC 06080 Decl. De Gomez Gordillo, ¶ 36, EC 06054-55) y que la demandada apoyó ese esfuerzo deteniendo las devoluciones del IEPS de CEMSA contrariamente a la decisión de la Suprema Corte de 1993”. La demandada ha tratado estos puntos relativos a las exportaciones de Cigatam, el supuesto monopolio de exportación y los efectos de la ejecutoria de 1993 de la Suprema Corte. Solamente agregará que, según lo testificó el Lic. Gómez Gordillo, CEMSA y el demandante no tenían un derecho exclusivo para acercarse a la SHCP para cabildar sus intereses; otros, incluido Cigatam, también lo hicieron. Las razones de Cigatam están expresadas en una carta de Michael B. Adams al demandante (App 297-99 a la demanda).

**IV. RESPUESTA A LAS RECLAMACIONES RESTANTES:
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA SOBRE EL FONDO DEL DE LA DISPUTA**

A. Respuesta al argumento de que México incumplió con la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, en consecuencia, violó el artículo 1110 del TLCAN

97. Casi no existe discusión en la réplica sobre el cumplimiento que la SHCP dio a la ejecutoria de 1993 mediante el pago de las devoluciones solicitadas. No hay respuesta al hecho de que la SHCP informó al Juez de Distrito sobre la necesidad de contar con las facturas en las

que se trasladara expresamente el IEPS y constara por separado, ni al hecho de que CEMSA las haya proporcionado (además de que correspondían a bebidas alcohólicas, no a cigarros).

98. La admisión contenida en la réplica al párrafo 121 del escrito de contestación a la demanda es reveladora. Ese párrafo manifiesta “todas las facturas eran por la compra de cervezas y bebidas alcohólicas, no de cigarros”. El demandante admitió la primera frase (a saber, “todas las facturas eran por la compra de cervezas y bebidas alcohólicas”) pero no por la última. Aun así, la aceptación de la primera frase abarca la de la última; puesto que indica que todas las facturas presentadas para efectos de la devolución del IEPS se refieren a productos distintos de los tabacos labrados.

99. En párrafo 43, la réplica admite:

Puede ser que la Corte no repasó “las mecánicas” [sic.] de la Ley del IEPS...

100. Esta admisión es correcta. La ejecutoria de la Suprema Corte se refiere a una situación jurídica, no a la mecánica para hacerse titular de un derecho a la luz de hechos concretos. No consideró la operación del artículo 4 de la Ley del IEPS. La insistencia de la SHCP en el cumplimiento del artículo 4 radica en la existencia de disposiciones preexistentes, razonables y no discriminatorias emanadas del Congreso de la Unión. La posición de la SHCP ha sido confirmada por el Tribunal Fiscal y por los tribunales de colegiados de circuito en revisión. En efecto, el Tribunal Colegiado de Circuito que analizó la sentencia del Tribunal Fiscal en 1998 coincidió que los requisitos aplicables a las facturas, previstos en el artículo 4, son congruentes con la aplicación de la tasa del 0% a todas las exportaciones, de acuerdo con el artículo 2, fracción III (en los términos en que fue reformado a partir de 1992).

101. La réplica ni siquiera hace mención al artículo 4 de la Ley del IEPS.

102. En la contestación a la demanda se enuncia con detalle los hechos que demuestran el cumplimiento de las autoridades con la ejecutoria de la Suprema Corte, el informe al Juez de Distrito sobre la necesidad de obtener las facturas con el impuesto desglosado, y los detalles de cómo se aseguraron de que el IEPS sobre las exportaciones de bebidas alcohólicas de CEMSA efectivamente hubiese sido pagado. Ello debe ayudar al Tribunal a concluir que la ejecutoria fue totalmente cumplida.

103. También debe llevar al Tribunal a rechazar la caracterización que hace el demandante sobre la amplitud del “derecho” establecido en la sentencia de 1993 de la Suprema Corte, y que también ha sido rechazada por las cortes mexicanas (véase el párrafo 16).

B. *Respuesta al alegato de que SHCP indebidamente se negó a pagar las devoluciones por los meses de octubre a diciembre de 1997, y, por lo tanto, violó el artículo 1110 del TLCAN*

104. Como se advierte en la introducción, fue el escrito de contestación a la demanda el que por primera vez trajo a la atención del Tribunal el tema del recurso interpuesto por CEMSA ante Tribunal Fiscal relativo a la negativa de devoluciones, y la confirmación de la sentencia por el Tribunal Colegiado de Circuito. El demandante ahora arguye que no debe darse mucho peso a

las sentencias de las cortes mexicanas, además de argumentar que la sentencia del Tribunal Colegiado de Circuito es una denegación de justicia.

105. La demandada sostiene que ninguno de esos argumentos tiene validez alguna, por las razones ya expresadas.

C. *No surge un impedimento (estoppel)*

106. La demandada respetuosamente sostiene que réplica exagera el alcance y el papel que juega la regla del *impedimento* en el derecho internacional. Las fuentes que cita refutan la afirmación contenida en el párrafo 63 en el sentido de que es un “elemento crítico de el derecho internacional, particularmente en el contexto de responsabilidad estatal para daños a la inversión extranjera...”. Ninguno de los casos que el Profesor Swan cita en su declaración presentada con la réplica apoyan esta posición. Tres de los cuatro son casos de delimitación de fronteras, que involucran la afirmación de la jurisdicción territorial y la aquiescencia⁴². El único caso sobre responsabilidad del Estado⁴³ no da lugar a jurisprudencia alguna porque la Corte Internacional de Justicia rechazó sumariamente el “argumento del impedimento” (de hecho, no emplea la palabra “*estoppel*”)⁴⁴, sin haber entrado en absoluto a un análisis sobre su operación en el derecho internacional.

107. La demandada confirma la posición manifestada en el escrito de contestación a la demanda sobre el limitado alcance de la regla del *impedimento*. Sostiene, además, que los hechos de este caso no pueden dar lugar a un *impedimento*. Según lo señala R. Y. Jennings en su *Collected Writings*⁴⁵, una de las fuentes citadas por el demandante:

La primera cosa que hay que decir es que el principio del *impedimento* en el derecho internacional debe ser abordado con cierta precaución; una vez que se le libra de muchas de las ataduras técnicas que limitan severamente su operación en el derecho común, del cual, después de todo, deriva por analogía, está en peligro de parecer aplicable a casi cualquier situación en la cual un Estado ha adoptado expresa o tácitamente alguna postura sobre una cuestión legal. Ello solamente tiende a obscurecer las cuestiones jurídicas y los principios reales invocados⁴⁶.

1. *Ninguna de las fuentes citadas asisten al demandante*

108. Puede distinguirse totalmente las fuentes citadas por el Profesor Swan de la presente reclamación. Además, éstas equivalen a opiniones muy modestas y limitadas sobre la cuestión del *impedimento* en el derecho internacional.

42. El caso del *Templo*, El caso de la *Plataforma Continental del Mar del Norte* y el caso de *Groenlandia Oriental*.

43. El caso *Nottebohm*.

44. De hecho la palabra “*estoppel*” solo se utilizó en uno de las cuatro decisiones emitidas por mayoría, a saber el caso de la *Plataforma Continental del Mar del Norte* (República Federal Alemana c. Dinamarca/Países Bajos).

45. R. Y. Jennings, *Collected Writings*, vol. 2, (Kluwer Law International, 1998).

46. *Ibid.*, página 974.

109. Debe advertirse, primeramente, que el intento por aplicar a los hechos de este caso fuentes que tratan de la reclamación de soberanía sobre territorios en disputa requiere extender mucho sus alcances. Ello se debe a que la aserción de la soberanía en el plano internacional es uno de los aspectos fundamentales de mayor significación en el derecho internacional, y cualquier intento de un Estado por afirmar su soberanía en un territorio en disputa es una cuestión de la mayor trascendencia jurídica y política, tendiente a involucrar a los más altos niveles en los Estados limítrofes involucrados. Es por ello que la aserción de soberanía, la protesta, el reconocimiento y la aquiescencia (mucho más que el *impedimento*) juegan un importante papel en el tratamiento que la Corte Internacional de Justicia da a este tema.

110. La operación del sistema tributario de un Estado en relación con un contribuyente en particular, simplemente no es equivalente a esta área del derecho internacional, y el intento por tomar prestados principios (que no están bien desarrollados, además de ser tangenciales) de un área del derecho internacional para aplicarlos a otra deben ser considerados con la cautela que los propios doctrinarios aconsejan, especialmente en el área en la que el *impedimento* parece, de hecho, haber jugado un papel menor.

111. Sin embargo, en aras de presentar una perspectiva completa, la demandada se referirá a las autoridades citadas en la réplica.

a. *El caso relativo al Templo de Preah Vihear (Camboya c. Tailandia)*⁴⁷ (el caso del Templo)

112. Los hechos en el *caso del Templo* son inusuales, y es dudoso cómo es que la regla del *impedimento* operó en forma independiente de los principios de la aquiescencia y el reconocimiento⁴⁸. Como es del conocimiento del Tribunal, en este caso la Corte Internacional de Justicia consideró la delimitación de una frontera territorial, en la cual la ubicación de un antiguo templo estaba en disputa. Camboya presentó un mapa elaborado por una comisión mixta en 1907 (“el mapa”), que ubicaba el templo en territorio camboyano. Tailandia no reclamó la exactitud del mapa hasta 1958, unos 50 años después. Debido al paso del tiempo y de otras circunstancias (listadas a continuación) la Corte determinó que Siam (Tailandia) había aquiescido en la afirmación de titularidad por parte de Camboya.

113. Además, durante ese periodo de 50 años hubo varios actos de Siam (Tailandia) que se determinó equivalieron a un reconocimiento tácito de la aserción de soberanía por parte de Camboya (entonces la Indochina francesa) sobre el Templo, incluidos:

- a) el hecho que el mapa fue aceptado inicialmente por el gobierno siamés sin ninguna protesta o siquiera comentarios; de hecho, Siam incluso agradeció el mapa a las autoridades franceses y solicitó copias adicionales;

47. *I.C.J Reports*, 1962, página6.

48. La opinión de la mayoría de la Corte, de hecho, no utiliza el término “*estoppel*” al llevar a cabo su análisis jurídico (página 32). Sólo aparece en una ocasión, muy al principio, unas veinte páginas antes, donde la Corte recita los argumentos de las partes (página 12).

- b) en 1909, se estableció una Comisión Franco-Siamesa con el propósito de que el gobierno siamés pudiera iniciar un servicio geográfico a través de la consolidación de los trabajos de 1904 y 1907 de la Comisión Mixta. Uno de los objetivos principales fue convertir los mapas existentes en un atlas en ambos idiomas. Mientras la Comisión desempeñó estos trabajos no hubo sugerencia alguna de que el mapa de 1907 o los límites de las fronteras territoriales no fueran aceptables;
- c) en 1930, el Príncipe Damrong de Siam hizo una visita de Estado al Templo, que ostentaba la bandera francesa, y fue recibido oficialmente por un funcionario francés;
- d) en 1934 y 1935, Tailandia llevó a cabo su propio reconocimiento y llegó a la conclusión de que el mapa de 1907 delimitaba incorrectamente la línea divisoria de forma tal que colocaba al Templo en Camboya. No obstante, continuó utilizando el mapa de 1907 y otros mapas que ubicaban el Templo en Camboya para propósitos públicos y oficiales;
- e) en 1937, Tailandia y Francia concluyeron un tratado que confirmó las fronteras, e incluso Tailandia presentó un mapa de su propio Departamento Real de Reconocimiento, que ubicaba el Templo en Camboya (a pesar de las discrepancias que argumentó haber descubierto en su reconocimiento de 1934 y 1935); y
- f) en 1947 (después de que Tailandia había tomado posesión de ciertas partes de Camboya en 1941, durante la Segunda Guerra Mundial) se constituyó una comisión para atender cuestiones fronterizas, incluidas las fronteras establecidas en 1907. A pesar de la oportunidad clara y obvia que tuvo Tailandia para tratar el tema del Templo por errores de delimitación geográfica, no lo hizo, aun cuando presentó un número importante de reclamaciones respecto de otros límites fronterizos. Tailandia incluso elaboró otro mapa más (de fecha 12 de mayo de 1947) que ubicaba el Templo en Camboya. La inferencia fue que aceptaba la delimitación del mapa de 1907 respecto del Templo, aunque considerara que no había sido trazado correctamente.

114. En este contexto de múltiples actos de reconocimiento tácitos y aquiescencia, no queda claro el papel preciso que juega el *impedimento* en la sentencia. La sentencia de la mayoría de la Corte no utiliza el término “*estoppel*”, y parece basarse en el concepto de manera condicional y suplementaria:

Incluso si hubiera alguna duda sobre la aceptación del mapa en 1908 por parte de Siam, y, por lo tanto de las fronteras en él señaladas, la Corte consideraría, en virtud de los hechos subsecuentes, que Tailandia ahora está impedida, por su conducta, de afirmar algo que no aceptó.⁴⁹ [Énfasis propio].

49. *I.C.J. Reports*, 1962, página 32.

115. Jennings, que considera que el *impedimento* o preclusión sí jugaron un papel, expresa dudas sobre su relevancia:

Es evidente que la Corte sopesó en forma importante los principios del *impedimento* o preclusión. Lo que no queda claro de la sentencia es si se consideró que la preclusión fue una, entre otras razones suficientes en sí mismas; si sólo fue un tipo de proceso de prescripción anexo (y ciertamente se concedió un peso específico al largo periodo durante el cual Tailandia omitió objetar los límites establecidos en el mapa); o bien si se le consideró meramente de ayuda para una cuestión que es básicamente de interpretación del tratado. En efecto, si se observa simplemente la sentencia de la mayoría es difícil incluir todo en un concepto amplio de “consolidación de título por el paso del tiempo”⁵⁰ [Énfasis propio; se omiten los pies de página].

116. A la luz de estos hechos, es obvio que no puede sostenerse el fundamento del demandante en el *caso del Templo*. En lugar de 50 años de aquiescencia y múltiples actos claros y congruentes con una posición cierta, sólo queda al demandante en este caso alegar:

- después de litigios instaurados por él mismo hasta la Suprema Corte;
- la insistencia subsecuente por parte de la SHCP de que se presentaran facturas con el IEPS desglosado (que fueron suministrados por el demandante);
- el litigio de Lynx contra la SHCP;
- las numerosas demandas, solicitudes y reclamaciones del demandante y su rechazo por parte de la SHCP;
- la publicación de desplegados en periódicos en los que se acusa a altos funcionarios de conducta criminal por negarse a acceder a sus demandas;
- las gestiones ante la Embajada de Estados Unidos para obtener asistencia diplomática; y
- no obstante un sistema de devoluciones claramente establecido en la ley (referido en el escrito de contestación a la demanda como “la mecánica del sistema de devolución”),

los pagos efectuados durante un periodo limitado con base en un sistema que opera en la confianza en el contribuyente (sujeto a la comprobación subsecuente) y un supuesto acuerdo verbal (que la SHCP ha negado y que el demandante nunca ventiló dos procedimientos ante los tribunales mexicanos) producen un *impedimento*.

50. Jennings, páginas 984 y 985.

b. El caso Nottebohm (*Liechtenstein c. Guatemala*)⁵¹

117. La discusión del Profesor Swan de este caso pretende convertir el argumento de una parte contendiente (*Liechtenstein*) que fue desechado, en una fuente de derecho internacional en materia de *impedimento*. Otra vez, la sentencia no emplea la palabra “*estoppel*”. Más aún, la impresión que deja la cita contenida al final de la página siete de su declaración es lo opuesto a lo que el caso en realidad significa.

118. En síntesis, los hechos del caso, por lo que al argumento del “*impedimento*” se refiere, son: Nottebohm nació en Alemania en 1881 y se fue a Guatemala en 1905 a vivir y a desarrollar sus negocios. En 1939, regresó temporalmente a Alemania, y el 9 de octubre de 1939, solicitó la nacionalidad de *Liechtenstein*, que le fue otorgada en ese mismo mes. Regresó a Guatemala a principios de 1940 y, a finales de esa década, tanto él como su propiedad fueron objeto de una serie de medidas en contra de las cuales *Liechtenstein* buscó reparación ante la Corte Internacional de Justicia.

119. Guatemala presentó una objeción preliminar en contra de la admisibilidad de la reclamación, en la que impugnó la legitimidad de la nacionalidad de *Liechtenstein* otorgada a Nottebohm y, en consecuencia, la facultad de *Liechtenstein* para presentar la reclamación en su nombre. La Corte advirtió que “*Liechtenstein* ha argumentado que Guatemala había reconocido anteriormente la naturalización que ahora impugna y no puede, por lo tanto, permitírsele presentar una posición que es contraria a su actitud previa”⁵². Guatemala objetó este “reconocimiento” previo con fundamento en ciertos actos surgidos después de que Nottebohm recibió la ciudadanía de *Liechtenstein* en octubre de 1939⁵³.

120. La Corte rechazó todos los argumentos (véanse los detalles en la nota al pie de página 53) y no se *impidió* a Guatemala presentar sus argumentos en materia de nacionalidad (sobre los cuales finalmente prevaleció), pese a sus actos previos, que se alegó le impedían dejar de reconocer a Nottebohm como un nacional de *Liechtenstein*.

121. La demandada no toma posición respecto del relato del caso que hace el Profesor Swan en el párrafo 12, y la primera parte del párrafo 13 de su declaración. Sin embargo, la manera como cita la sentencia de la Corte después de las primeras cuatro líneas del párrafo 13 es engañosa. Merece repetir las:

13. ...Éstos [los actos y otras acciones de los funcionarios de Guatemala] fueron utilizados ante la CIJ para impedir a Guatemala negar el *derecho* de *Liechtenstein* para

51. *I.C.J. Reports*, 1955, página 4.

52. *Ibid.*, página 17.

53. Incluyeron los siguientes hechos: (1) El Cónsul General de Guatemala en Zurich otorgó a Nottebohm una visa el 1 de diciembre de 1939 para su regreso a Guatemala; (2) a la solicitud de Nottebohm, Guatemala modificó su inscripción en el Registro de Extranjeros para reflejar su nueva nacionalidad de *Liechtenstein*; (3) se realizó una modificación similar en su carta de identidad; (4) el Registro Civil emitió posteriormente un certificado para los mismos efectos; y (5) después de que Nottebohm presentó su reclamación, el Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala indicó en una comunicación a la Corte que su gobierno estaba dispuesto a negociar con el Principado de *Liechtenstein* “con la intención de llegar a una solución amigable” (páginas 17 a la 19).

otorgar protección diplomática a Nottebohm. La Corte expresamente lo confirmó cuando, tras revisar toda la evidencia en la que Liechtenstein se basó, concluyó:

“No hay nada⁵⁴ que demuestre que, antes de la instauración de los procedimientos, Guatemala había reconocido el derecho de Liechtenstein de otorgar protección a favor de Nottebohm, y que, por lo tanto, estuviera impedida de negar ese derecho.” [El subrayado es énfasis propio; cursivas en el original]

122. El Profesor Swan deja la impresión de que la Corte coincidió con Liechtenstein en el sentido de que resolvió que Guatemala “estaba impedida de negar ese derecho [el derecho a otorgar protección diplomática]”. Ello es incorrecto. En su contexto, es claro que las palabras finales de la cita anterior (“estaba impedida de negar ese derecho”) están modificadas por el texto introductorio y, de hecho, significan que no había nada que impidiera a Guatemala impugnar el ejercicio de protección diplomática por parte de Liechtenstein, lo que, por supuesto, ocurrió. Finalmente, la Corte Internacional de Justicia coincidió y la reclamación fue desechada por lo falta de legitimación.

123. En consecuencia este caso no asiste al demandante.

c. *El caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania c. Dinamarca/Países Bajos)*⁵⁵

124. Al igual que *Nottebohm*, el caso de la *Plataforma Continental del Mar del Norte* no es una fuente en sí misma sobre el *impedimento*, toda vez que la Corte Internacional de Justicia sólo hizo alusión al tema al rechazar sumariamente un argumento, debido a la completa falta de pruebas. No se llevó a cabo análisis alguno sobre el principio del *impedimento*. La Corte simplemente lo tocó para resolver sobre un argumento que era simplemente una posibilidad teórica (“en opinión de la Corte sólo la existencia de una situación de impedimento podría ser suficiente para dar sustancia a este alegato”) y que no tuvo que considerar debido a la falta de pruebas.

125. Ni siquiera se puede caracterizar como una forma de argumentos *obiter*, por ejemplo, cuando una corte resuelve que, si una parte hubiese probado ciertos hechos (en el caso de la *Plataforma Continental del Mar del Norte*, el hecho de que la República Federal, por su conducta, hubiese evidenciado su aceptación), aplicaría un concepto legal determinado (a saber el *impedimento*) que conduciría un resultado específico. En ausencia de ello o cualquier otra indicación de que la Corte hubiese considerado realmente la operación del *impedimento* y aprobado su aplicación, la sentencia no asiste al demandante.

54. Se cita incorrectamente el pasaje, la palabra “aquí” se omitió entre las palabras “nada” y “que demuestre”.

55. *I.C.J. Reports* 1967, página 3.

d. La situación jurídica de Groenlandia Oriental (Noruega c. Dinamarca)⁵⁶

126. Este caso merece incluso menos comentario. La sentencia no tiene nada que ver con el *impedimento*. El caso descansa en una interpretación directa y llana de diversos instrumentos internacionales que patentemente demuestran el reconocimiento de Noruega a la soberanía danesa. El pasaje que cita el demandante que manifiesta que, dada la suscripción de varios acuerdos por parte de Noruega, “Noruega confirmó haber reconocido como danesa la totalidad de Groenlandia y, por lo tanto, ella misma se ha inhabilitado para impugnar la soberanía danesa”, claramente habla de múltiples actos de “reconocimiento”, no del *impedimento*. Las palabras “ella misma se ha inhabilitado” es simplemente una frase que refleja que la Corte no permitiría a Noruega renunciar a su posición y compromisos anteriores, según la reflejó en los acuerdos que suscribió.

127. Todos los casos que el demandante cita⁵⁷ involucran el análisis judicial de la posición firme de los Estados sobre cuestiones que debe presumirse fueron consideradas con la mayor seriedad: a saber las fronteras de los Estados y su integridad territorial. Simplemente no son comparables estos casos y los efectos jurídicos que se desprenden de la conducta de los Estados en tales circunstancias con la manera como la gran burocracia de un Estado trata a un solo contribuyente entre muchos otros.

2. El impedimento conforme al derecho municipal

128. Contrario a la afirmación contenida en el párrafo 62 de la réplica, México sostiene que la manera general como las cortes de las tres Partes del TLCAN abordan el *impedimento* en relación con las cuestiones tributarias es pertinente para este Tribunal.

129. Aunque la réplica objeta las consideraciones sobre el derecho municipal de las tres Partes del TLCAN⁵⁸, la demandada observa que el demandante citó fuentes de derecho municipal en su demanda cuando convenía a sus propósitos⁵⁹.

130. Más aún, el *impedimento* en el derecho internacional deriva del derecho municipal. El artículo de Jennings que el demandante cita en la réplica, y que también se cita aquí en el párrafo 107, lo pone de manifiesto (y, en efecto, pone de manifiesto un punto relacionado contenido en el escrito de contestación a la demanda)⁶⁰.

131. El demandante no refuta las pruebas de la demandada que demuestran que, conforme al derecho de cada Parte del TLCAN, las opiniones verbales de los funcionarios fiscales no generan derechos en los que los contribuyentes puedan basarse, y que no puede haber un *impedimento*

56. P.C.I.J. Reports, Series A, No. 53, Página 22

57. Con excepción, desde luego, del *caso Nottebohm*, que simplemente rechazó cualquier concepto de *impedimento* en ese caso y no discutió el concepto de manera general.

58. Réplica, párrafo 62.

59. Véanse las notas de pie de página 46, 89, 92 y 100 de la demanda.

60. En el párrafo 405, el escrito de contestación a la demanda cita al Profesor Brownlie en el sentido de que debe verse con “suma precaución” el *impedimento* en el derecho municipal.

relativo a la interpretación y la operación de las leyes, puesto que ello es atribución de las cortes⁶¹.

132. También se advierte que el demandante no disputa que, en los procedimientos que instauró en 1998 y 1999, ni siquiera pretendió argumentar que cualquier supuesto acuerdo verbal creaba un *impedimento* para la SHCP.

133. El demandante sí argumentó ante el Tribunal Fiscal que las devoluciones otorgadas por la SHCP en 1996 y 1997 constituían resoluciones administrativas tácitas de carácter individual favorables a CEMSA, que fueron revocadas en violación al artículo 36 del Código Fiscal (el tribunal debe advertir que, en sus escritos, CEMSA implícitamente argumentó que esas “resoluciones administrativas tácitas de carácter individual favorables” eran resoluciones conforme al artículo 34 del Código Fiscal que generan derechos a favor del contribuyente, y que sólo podían ser modificadas o revocadas por el Tribunal Fiscal de conformidad con el artículo 36 del Código Fiscal)⁶² y ello *impedía* a la SHCP negar el pago de devoluciones a finales de 1997. El Tribunal Fiscal rechazó este argumento señalando que no había evidencia de que la SHCP hubiese emitido una resolución favorable, sino que la única resolución de la SHCP (esto es, la resolución del 24 de febrero de 1998 en respuesta a la consulta del 12 de diciembre de 1997) fue desfavorable. El Tribunal Colegiado de Circuito confirmó, en revisión, la sentencia del Tribunal Fiscal.

134. Por lo que se refiere a la práctica en Estados Unidos relativa a si procede el *impedimento* respecto de la actuación de las autoridades fiscales, el Profesor Swan cita una sola sentencia de 1963 del Juez de Distrito de Estados Unidos, para el Distrito Este, en el Estado de Tennessee, en la que aplicó una disposición específica del Código Fiscal de Estados Unidos. Aun el Profesor Swan admite:

Se reconoce, que [el caso en cual se fundamenta] puede ser una excepción acotada debido a que versa con la sección 482.

135. A partir de este caso, el Profesor Swan deriva una intrincada y nueva teoría de que podría aplicar la regla del *impedimento* en casos en que las autoridades fiscales tiene algún grado de discrecionalidad para aplicar la ley respectiva. Sobre esta base argumenta que la legislación estadounidense es “complicada”.

136. Sin embargo, según se discute en el escrito de contestación a la demanda, el derecho de Estados Unidos, reflejado en la normatividad vigente y las decisiones de la Suprema Corte de

61. El argumento del Profesor Swan relativo al contenido de la legislación estadounidense en materia del principio del “*impedimento*” aplicable a las autoridades fiscales es evidencia ulterior de que actúa en este caso, no como un perito, sino, como un abogado más del demandante, puesto que el Profesor Swan no cuenta aparentemente con experiencia sobre derecho fiscal estadounidense.

62. R 06328 y 06329. La operación de los artículos 34 y 36 del Código Fiscal está explicada en el párrafo 6 del segundo testimonio de Eduardo Díaz Guzmán (CM 6009), los párrafos 8 al 10 y 16 del testimonio de Fernando Heftye (CM 06025 al 06027) y en los párrafos 148, 172 al 176, 234 al 235 y 411 al 414 del escrito de contestación a la demanda.

Justicia de Estados Unidos, es claro, tanto por lo que respecta a las opiniones verbales, como sobre el *impedimento* de manera más general.

137. El escrito de contestación a la demanda también citó una reciente decisión de la Corte Fiscal de Canadá que emitió un pronunciamiento de efectos similares —específicamente, que “los *impedimentos* no pueden prevalecer sobre la ley”.

138. El demandante y el profesor Swan mal interpretan el propósito de la demandada de describir la legislación de las tres Partes del TLCAN sobre el tema del *impedimento* aplicable a las autoridades fiscales. La legislación de México, Estados Unidos y Canadá es pertinente por las siguientes razones.

139. Primero, tanto en el Estado de nacionalidad del demandante (Estados Unidos) como en su país de residencia permanente (México), el tipo de conducta que alega el demandante no hubiera *impedido* que las autoridades fiscales aplicaran la ley. Ello ayuda a demostrar que el demandante, actuando responsablemente, no pudo haber creído que tenía un derecho a obtener la devolución del IEPS, si no contaba con las facturas requeridas que trasladaran el impuesto expresamente y por separado. Por tanto, el contenido del derecho municipal es pertinente para refutar el argumento del demandante que efectivamente basó su conducta en los hechos que describe.

140. Segundo, la ley municipal es útil para evaluar la afirmación del demandante de que existe un derecho internacional del *impedimento* directamente aplicable a la SHCP. Al respecto, ninguna disposición del capítulo XI del TLCAN pretende imponer a las autoridades fiscales una obligación de exentar a los inversionistas de las otras Partes de las obligaciones normales que tienen los contribuyentes para determinar la debida interpretación y aplicación de ley a través de los mecanismos internos establecidos. En la medida en que el demandante argumenta que esa obligación está contenida en el artículo 1105, la demandada disiente en términos sustantivos, pero, en cualquier caso, ya ha demostrado que el artículo 1105 no aplica las medidas tributarias.

141. Sería extraordinario concluir que las tres Partes del TLCAN hubieran impuesto en el tratado una obligación a sus propias autoridades fiscales que fuera directamente contraria a su legislación existente.

142. En la medida en que el demandante argumente que su interpretación del concepto del *impedimento* debería aplicar como una forma del “derecho internacional consuetudinario”, la legislación de las Partes del tratado también es pertinente. Según lo explican Jennings y Watts:

...la sustancia de esta fuente del derecho internacional [el derecho internacional consuetudinario] se encuentra en la práctica de los Estados. La práctica de los Estados en este contexto abarca, no sólo la conducta exterior entre uno y otro; también se evidencia en cuestiones internas tales como su legislación, sus decisiones judiciales, los despachos diplomáticos, memorandos internos de gobierno, declaraciones ministeriales o parlamentarias entre otros.⁶³

63. Jennings and Watts, *Oppenheim's International Law* (9th Ed. 1996), página 26.

143. Declaran enseguida que “...la legislación municipal uniforme constituye, en cierto sentido, evidencia de la costumbre internacional...”⁶⁴. En virtud de que la legislación de las tres Partes del TLCAN da un tratamiento similar al concepto del *impedimento* aplicable a las autoridades fiscales —un trato contrario al que el demandante argumenta— el demandante no ha logrado demostrar que existe un principio del derecho internacional consuetudinario que pudiese vincular a la SHCP con supuestas interpretaciones verbales, o que incluso pudiese impedir que la SHCP modifique su interpretación de la legislación tributaria.

V. ***HECHOS ADICIONALES RELATIVOS A LA RECLAMACIÓN DE TRATO NACIONAL E INTERÉS PÚBLICO***

A. ***Las ventas a Centroamérica***

144. El demandante afirma en la réplica:

Todas sus ventas eran reales, es decir, exportaciones en buen fin [sic.] a los clientes reales, no relacionados a CEMSA. No hay ninguna tira [sic.] de evidencia al contrario, y ninguna autoridad mexicana a acusado que CEMSA no hizo cualquiera de las exportaciones para que solicitó las devoluciones del IEPS.

145. De hecho, esto es incorrecto.

146. Como lo señala el escrito de contestación a la demanda (párrafo 87), de acuerdo con la Ley del IEPS en vigor a partir de 1992, sólo las exportaciones a países que no fueran considerados como de baja imposición fiscal (paraísos fiscales) eran elegibles para la aplicación de la tasa del 0%. En 1997, la Resolución Miscelánea de Comercio Exterior extendió la aplicación de la tasa del 0% a las exportaciones definitivas destinadas a países considerados como de baja imposición fiscal, siempre que los bienes fueran importados para consumo final en tales países, y que los exportadores notificaran a la SHCP que sus ventas eran hechas a partes no relacionadas (párrafos 95 y 220)⁶⁵. El demandante lo reconoce en el párrafo 71 de la réplica.

147. Los exportadores están obligados a identificar el país de destino y el nombre del importador en sus pedimentos de exportación y facturas. La ley no requiere meramente una indicación de “clientes extranjeros” y destinos “a puntos descritos por éstos”.

148. El demandante identificó a Honduras y el Salvador como los países de destino y a DILOSA e INPEXSA como los importadores, y presentó la notificación requerida por la Resolución Miscelánea de Comercio Exterior en la que indicó que CEMSA y esas compañías no eran partes relacionadas.

149. La SHCP subsecuentemente verificó esta información directamente con los gobiernos de Honduras y el Salvador. Ambos confirmaron que ninguno de los importadores existía en sus

64. Ibid., página 6, nota al pie de página 6.

65. CM 03782.

respectivos países (de hecho, no estaban registrados como contribuyentes, importadores ni en el registro de comercio, respectivamente, y tampoco existen en esos países los números telefónicos y direcciones especificadas en las cartas emitidas por los supuestos representantes legales de esas empresas, que CEMSA adjuntó a su notificación) y que no se efectuaron importaciones en Honduras y El Salvador de bienes de CEMSA. La evidencia se encuentra en la siguiente documentación:

- el artículo 2, fracción III de la Ley del IEPS en vigor en 1997 (CM 03761 y CM 03780);
- la regla 6.1.1 de la Resolución Miscelánea de Comercio Exterior (CM 03782);
- la notificación presentada por el demandante en representación de CEMSA el 6 de noviembre de 1997 ante la Dirección General de Auditoría Internacional de la SHCP de conformidad con la regla 6.1.1., incluidas dos cartas supuestamente emitidas por el representante legal de INPEXSA (Raúl Gutiérrez Maradiaga) y DILOSA (Nelson Rigoberto López) (App. 0369al 0374 de la demanda);
- los oficios del 15 de marzo de 1998 de la Dirección General de Auditoría Internacional de la SHCP al Director Ejecutivo de Ingresos de Honduras y al Director General de Adunas de El Salvador, respectivamente (CM 04721 al 04727);
- la carta del 3 de abril de 1998 del Director Ejecutivo de Ingresos de Honduras a la SHCP (CM 04768 al 04769);
- la carta del 29 de junio de 1998 del Ministerio de Hacienda de El Salvador a la SHCP (CM 04800 al 04801);
- el escrito del demandante del 18 de septiembre de 1998 a la SHCP en respuesta a las conclusiones de la auditoría, en la que, respecto a DILOSA e INPEXSA, reiteró que no eran partes relacionadas a CEMSA y adjuntó “prueba de la existencia de tales empresas”, consistente en una nueva declaración de Raúl Gutiérrez Maradiaga en la que declara ser el representante legal de DILOSA, INPEXSA y otras compañías, y que ninguna estaba relacionada con CEMSA (CM 04948 al 04951 y 04967)⁶⁶;
- una copia del acta constitutiva de “Distribuidora López Santamaría, S.A. de C.V.” o “simplemente DILOSA” proporcionada a la SHCP que señala que DILOSA fue constituida y estaba domiciliada en Nicaragua, no en Honduras (CM 04473);

66. La declaración fue presentada dos veces. La primera se refiere a “Invexa, S.A.” y “Corporación de Exportaciones, S.A. de C.V. –CENSA”; y fue sustituida por otra que se refiere a “INPEXSA, S.A.” y “Corporación de Exportaciones Mexicanas S.A. de C.V. y/o Marvin Feldman”. Aunque la fecha de certificación del Notario Público es la misma en ambas, la certificación de la Suprema Corte de Justicia de Nicaragua es del 7 de septiembre de 1998 en el primer caso y del 17 de septiembre de 1998, en el segundo.

- la carta del 27 de octubre de 1998 del Director Ejecutivo de Ingresos de Honduras a la SHCP en la que especifica los requisitos necesarios para que cualquier compañía pueda realizar actividades comerciales en Honduras, incluido el registro como contribuyente (CM 05775 al 05782), que DILOSA no tenía; y
- los argumentos del demandante ante el Tribunal Fiscal en el procedimiento de 1999, que niegan que CEMSA exportó a Honduras y admitió que DILOSA no existe (escrito de contestación a la demanda, párrafo 258 y CM 05089 y 05090).

150. Las cortes mexicanas confirmaron las determinaciones de la SHCP en la auditoría, relativas a que las ventas de CEMSA a DILOSA no eran válidas. La réplica no lo refuta ni intenta explicar de otra forma la conducta de CEMSA, excepto en la respuesta al párrafo 258 del escrito de contestación a la demanda, en el que la demandada citó el argumento de CEMSA ante el Tribunal Fiscal, que niega que las transacciones a Honduras hubieran ocurrido:

Se acepta que ésta es una parte de una declaración hecha por el abogado entonces de CEMSA, Javier Moreno Padilla⁶⁷.

151. El Tribunal debe advertir que en el párrafo 69 de la réplica el demandante coincide que “ninguna devolución sería debida por las ventas ficticias”.

B. *Los embarques a Estados Unidos*

152. El escrito del demandante de admisión y negación de los hechos niega las transacciones detalladas que se sustentan en las facturas y documentación comprobatoria, que fueron revisadas en el escrito de contestación a la demanda⁶⁸. Dado que la gran mayoría de los documentos en cuestión emanaron de CEMSA, esta negación no es plausible.

153. En respuesta al párrafo 464 del escrito de contestación a la demanda, el demandante declara que “no tiene conocimiento como para admitir o negar este o los siguientes párrafos 466-467, 469-472”. Acepta así, que no le es posible admitir o negar la propiedad de Lynx, Mercados Regionales (Mercados I, anteriormente Compañía Exportadora Mexicana) y Mercados Extranjeros (Mercados II) ni sus y ejecutivos/consejeros.

154. Sin embargo, tanto él como su abogado, el señor Enríquez, mostraron en sus diversas declaraciones más que un simple conocimiento de los negocios de Lynx, Compañía Exportadora/Mercados Regionales y Mercados Extranjeros. Desde luego, el Lic. Enríquez representó tanto a CEMSA como a Lynx en los litigios en contra de la SHCP en materia del IEPS.

67. Aceptación al párrafo 258 del escrito de contestación a la demanda. La demandada desea señalar, sin embargo, que “Marvin Roy Feldman Karpa, representante legal de la sociedad mercantil arriba citada”, es decir CEMSA, suscribió todos los escritos presentados ante el Tribunal de Circuito, al igual que todos los demás (CM 05074).

68. Véanse, por ejemplo, los párrafos 460 al 462.

155. AUn cuando las facturas, pedimentos y documentos de embarque de CEMSA rutinariamente se referían a Eduardo Silva y J&E International Sales, Inc. de El Paso, no hay discusión en la réplica sobre el hecho de que todos los embarques de CEMSA a Estados Unidos durante 1997 terminaron en El Paso.

156. El demandante no intenta explicar cómo es que sus embarques a Lynx, Compañía, GTO Produce, GTO International Trade, e International Commerce Co. terminaron con el señor Silva en todos los casos.

157. Como se advirtió anteriormente, ahora ha podido establecerse que J&E International Sales subsecuentemente reenvió los cigarros a México.

158. El demandante todavía sostiene que no tiene relaciones de negocios con los señores Poblano, Gámez o Güemes, más allá de lo que testificó anteriormente; pero no dice nada sobre el volumen de documentos de sus propios expedientes y otros archivos que vinculan a Lynx, Compañía y GTO con CEMSA.

159. La actitud del demandante respecto de las ventas a compañías ficticias es particularmente sorprendente, en especial porque los cigarros son un producto altamente regulado, sujeto a altos impuestos, así como a requisitos de etiquetado, y ahora que se ha probado que sus exportaciones en efecto reingresaron a México (de manera que no fueron comercializados en los “mercados internacionales” como afirma en la réplica). En el párrafo 23 de la réplica el demandante declara:

Las aseveraciones de la Demandada que no podrían importarse los cigarros mexicanos en Estados Unidos y que los clientes de CEMSA eran compañías “ficticias” son inmateriales. Las exportaciones de CEMSA y sus clientes eran real, a pesar de cualquier nombre que los clientes usaron para los propósitos comerciales. Pueden exportarse productos de marca-nombre, incluso los cigarros, legalmente de México y pueden comerciarse en los mercados del mundo sin el consentimiento de los poseedores de la marca de fábrica. Normalmente se efectúan las tales ventas a través de intermediarios que pueden escoger, por las razones de negocio válidas, no revelar a sus cliente o incluso sus nombres corporativos apropiados (véase Declaración de Feldman ¶ 74).⁶⁹

160. El párrafo de la declaración previa del demandante que se cita, asevera que es común que los compradores no divulguen sus clientes a un vendedor como el demandante “por miedo de ser cortados a la mitad de una transacción”. Aun si ello fuere cierto, esta aseveración no justifica que un comprador indique un país de destino falso ni utilice un nombre falso, así como tampoco al vendedor que participe en ello. Cualesquiera que puedan ser las “razones de negocios”, la información requerida por ley para propósitos fiscales y aduanales debe ser verdadera, sin excepción.

69. En el párrafo 70 de la réplica el demandante asevera: “La cuestión de si y donde los clientes de CEMSA estaban incorporados y bajo qué nombres que ellos hicieron el negocio es totalmente no pertinente. Un individuo, o una compañía, generalmente puede hacer el negocio bajo cualquier nombre o forma jurídica que escoge.” Por el contrario, cuando un individuo o una compañía realizan negocios bajo un nombre falso, o proporcionan una dirección falsa puede ser indicativo de que esa persona o compañía están involucradas en una conducta indebida.

161. Incluso el demandante manifiesta que de haber sabido que los cigarros eran reenviados a México, no se habría involucrado en el negocio. En su testimonio de réplica declara:

5. Todos los cigarros que se vendieron CEMSA sera para la exportacion definitiva. Yo no tengo ni tenia ningun conocimiento que algunos cigarros exportados por CEMSA regreseran a Mexico. Ninguno de mis clientes nunca dijo nada para que yo sospechara en seguida (1) que cigarros comparados de CEMSA era por o seran regresados a Mexico o (2) que ellos o cualquier empresa en que ellos seran parte dedicadada a contrabandear cigarros a Mexico. Yo, de haber sospechado esto, inmediatamente hubiese parado las ventas a ellos o a cualquier otro. [sic.]

162. Por consiguiente, el demandante reconoce que el “viaje redondo” de los cigarros de la ciudad de México a Houston o Dallas, y de ahí a El Paso y de vuelta a México no es un negocio legítimo. Suscita preguntas de derecho mexicano sobre si las exportaciones definitivas de cigarros se realizaron de modo tal que conferirían un derecho a CEMSA para solicitar la devolución del IEPS (independientemente de la falta de facturas). Además, suscita preguntas de derecho mexicano sobre posibles violaciones a la legislación aduanera (como lo demuestran la evidencia del Lic. Rolando García Ramos, las estadísticas de importación de México no registran importaciones de cigarros por Ciudad Juárez en 1996 y 1997; sin embargo, la nueva evidencia demuestra que Eduardo Silva envió cigarros de El Paso a Ciudad Juárez).

163. Además de ser pertinente a la evaluación de las cuestiones de trato nacional y de orden público, estas pruebas y las aceptaciones del propio demandante son pertinentes a su reclamación de daños. Ningún comprador de buena fe, plenamente informado sobre la verdadera naturaleza de este negocio de exportación de cigarros otorgaría valor alguno a este negocio. Por el contrario, deviene un pasivo cuando las autoridades fiscales toman conocimiento de las verdaderas dimensiones de esta operación.

C. *No hubo denegación de trato nacional*

1. *Las premisas sobre los hechos relativos a la reclamación de trato nacional son incorrectas: los llamados “competidores” de CEMSA*

164. La réplica objeta la sugerencia de que CEMSA estaba íntimamente involucrada con compañías propiedad de mexicanos a las que describió como sus competidores⁷⁰.

165. Esta negación no es plausible, en virtud del testimonio del propio demandante respecto de su relación con el señor Poblano y sus colegas, el hecho de que su abogado era también abogado de éstos y llevaba todos los asuntos legales de las distintas compañías, así como la evidencia documental significativa que demuestra que esas compañías o sus consejeros eran simultáneamente los proveedores y clientes de CEMSA, y quienes la financiaban.

70. Véase el párrafo 20 y siguientes.

2. Aspectos de la Ley del IEPS que guardan relación con el tema de “circunstancias similares”

166. La réplica se burla de la descripción contenida en el escrito de contestación a la demanda sobre la forma como opera la ley del IEPS⁷¹. La demandada reitera que el sistema se basa en la confianza en el contribuyente, sujeto a una subsecuente verificación y, en su caso, liquidación. No hay nada inusual sobre este mecanismo legal. Los sistemas tributarios de las tres Partes del TLCAN operan con base en el mismo principio.

167. No cabe duda que cada mecanismo es susceptible de evasión fiscal y manipulación, y que las autoridades de las tres Partes del TLCAN no consiguen detectar todos los casos de evasión. Tampoco cabe duda que, cuando detectan defectos en las declaraciones de impuestos, las autoridades tomarán acción en contra de los contribuyentes recalcitrantes.

168. Debe tenerse esto en mente cuando se considere el trato de empresas en “circunstancias similares”.

3. Respuesta al argumento central de la réplica sobre trato nacional y circunstancias similares

a. El gravamen de la violación es la discriminación basada en la nacionalidad

169. Una violación de trato nacional depende de que se dé un trato menos favorable otorgado a la inversión de un inversionista por motivo de su nacionalidad. En las dos rondas de escritos presentados al día de hoy, el demandante no ha aducido evidencia alguna de trato discriminatorio basado en la nacionalidad del demandante.

170. En el párrafo 7 de la réplica el demandante advierte que la demandada indicó que el Tribunal no puede examinar la motivación de un gobierno. Es correcto. Con el debido respeto, sin embargo, el demandante no ha logrado distinguir entre la motivación y un trato discriminatorio por motivos de nacionalidad. La pregunta central al examinar si un Estado ha cumplido con sus obligaciones de trato nacional es si se ha otorgado un trato menos favorable por motivos de nacionalidad (o en el caso de bienes, del origen de esos bienes). Este es el objeto del análisis del artículo III del GATT y es el objeto del análisis del artículo 1102 del TLCAN.

171. Empero, no debe confundirse el trato discriminatorio por motivos de la nacionalidad de los capitales o el origen de los bienes con la motivación detrás del trato discriminatorio. El caso de las *Restricciones de Estados Unidos en Materia de Servicios Transfronterizos e Inversión en el sector de Transporte de Carga* al que la demandada se refiere en su escrito de contestación a la demanda ilustra este punto. En él, las medidas en cuestión claramente otorgaron un trato menos favorable a los proveedores de servicios mexicanos, por un lado, comparado con el otorgado a los proveedores de servicios de Estados Unidos o Canadá, por el otro, por motivos de

71. Párrafo 14 y siguientes.

nacionalidad. La motivación detrás del trato discriminatorio (si el Presidente de Estados Unidos decidió no implementar las obligaciones en materia de transporte derivadas del TLCAN por presiones de un sindicato) fue el factor que el Panel declinó considerar. Sin embargo, todo el caso versó sobre el trato menos favorable acordado a los proveedores de servicios mexicanos, y el Panel examinó el trato discriminatorio por razones de nacionalidad.

172. Respetuosamente se sostiene que el laudo en el caso *Pope & Talbot* citado en el párrafo 8 de la réplica, define incorrectamente la regla de trato nacional. En los párrafos 78 y 79 del laudo, el tribunal estableció su versión del análisis de conformidad con el artículo 1102:

78. Al evaluar las implicaciones del contexto legal, el Tribunal considera que, como primer paso, el trato acordado a las inversiones propiedad de extranjeros protegidas por el artículo 1102(2) deberían compararse con el trato acordado a las inversiones locales en el mismo sector económico o de negocios. Sin embargo, ese primer paso no es el último. Las diferencias en el trato otorgado presuntamente podrían violar el artículo 1102(2), a menos que tengan un nexo razonable con políticas de gobierno racionales que (1) no distingan, en sí o *de facto*, entre compañías de propiedad local y extranjera, y (2) que no menoscaben indebidamente los objetivos del TLCAN de liberalización de las inversiones.

79. A este respecto, este enfoque refleja la sugerencia de Canadá de que el artículo 1102 prohíbe un trato que discrimina sobre la base de la nacionalidad extranjera de la inversión. Las otras Partes del TLCAN han adoptado la misma posición. Sin embargo, el Tribunal considera que este enfoque propuesto por las Partes del TLCAN tendería a excusar la discriminación que no estuviera dirigida directamente a las inversiones propiedad de extranjeros. Una formulación enfocada en la cuestión de circunstancias similares, por otra parte, requeriría abordar cualquier diferencia en el trato, exigiendo que se justifique demostrando que tiene una relación razonable con políticas racionales que no están motivadas por la preferencia de inversiones locales sobre las extranjeras. Esto es, una vez que se ha discernido una diferencia en el trato entre inversiones de propiedad local y extranjera, surge la pregunta ¿están en circunstancias similares? Es en respuesta a esta pregunta que el tema de discriminación puede surgir.⁷² [Énfasis propio]

173. El Tribunal parece haber rechazado la opinión coincidente de las tres Partes del TLCAN de que la carga de una violación al artículo 1102 es un trato discriminatorio sobre la base de la nacionalidad (ya sea que ese trato discriminatorio sea o no *de jure* o *de facto*). Si eso es lo que el Tribunal pretendió, respetuosamente se sostiene que el Tribunal erró.

72. En el pasaje subrayado citado, el Tribunal de *Pope & Talbot* erró al utilizar el criterio de circunstancias similares para enfocarse sobre “cualquier diferencia en el trato”. La razón por la que ello va demasiado lejos es que supone que no habrá diferencias en el trato dentro de una clase de bienes o de inversionistas domésticos, ni diferencias en el trato dentro de una clase de bienes importados o inversiones extranjeras, o bien diferencias en el trato entre todos los bienes (independientemente de su origen) o todas las inversiones (independientemente de la nacionalidad del capital) para propósitos distintos del origen de los bienes o la nacionalidad del capital. Se permite tener tales diferencias sin que ello involucre desviarse de la regla de trato nacional; no obstante, la formulación del laudo de *Pope & Talbot* sobre ese criterio podría abarcar tales diferencias legítimas en el trato. El Informe del Panel en el *caso de Transporte de Carga* observó, en sus recomendaciones, que puede haber diferencias legítimas entre distintas clases de inversiones. Véanse los párrafos 300 y 301.

174. Obviamente, como cada Parte del TLCAN es un exportador de capitales al igual que un importador de capitales, al formular sus posiciones jurídicas sobre el significado de esta disposición clave del capítulo XI, tuvieron que equilibrar sus propios intereses. La opinión que comparten de que la nacionalidad tenía que ser la base para el otorgamiento de un trato menos favorable, se basa en la práctica establecida en el marco del GATT/OMC en el contexto del comercio de bienes, así como en una política sensata. El Tribunal debió haber conferido mucho más peso a los puntos de vista compartidos por las Partes antes de apartarse de ellos.

175. No obstante, al aplicar su criterio en la realidad, el Tribunal de *Pope & Talbot* siguió un enfoque más próximo al acordado por las Partes del TLCAN, puesto que analizó de cualquier forma si Canadá había discriminado por motivos de nacionalidad. En el párrafo 93 del laudo, por ejemplo, el Tribunal declaró:

Por estas razones el Tribunal concluye que la elección de Canadá de la asignación de nuevos participantes tenía un nexo razonable con la política racional de permitir nuevos participantes y no tenía elementos de discriminación en contra de productores propiedad extranjeros. [Énfasis propio]

176. En el párrafo 97 el Tribunal concluyó:

...el Tribunal primeramente concluye que, por lo menos hasta la obtención de las reducciones de madera que se discuten más adelante, la inversión recibió un trato no menos favorable que el que se otorga a los productores canadienses en toda B.C. [Énfasis propio].

177. En el párrafo 103 el Tribunal concluyó:

...no hay evidencia convincente de que éste [un acuerdo entre Canadá y Estados Unidos] se basó en una distinción entre compañías de propiedad extranjera y canadiense. [Énfasis propio].

178. Finalmente, en la nota al pie de página número 86 el Tribunal declaró:

...no hay indicación de que la decisión de distribuir la carga entre los muchos usuarios [de los tipos específicos de cuota] estuvo motivada por la nacionalidad de uno de esos usuarios, la inversión. [Énfasis propio]

179. Por lo tanto, en su resultado, ese Tribunal se centró en la discriminación por razones de nacionalidad.

180. Más aún, en el contexto del GATT/OMC, por definición la regla de trato nacional distingue entre bienes con base en su origen, es decir, nacionales frente a extranjeros. La regla sólo entra en juego una vez que los productos importados han cruzado la aduana e ingresan al comercio interno de un miembro de la OMC. Una lectura del artículo III del GATT muestra que la preocupación de los redactores era que, una vez franqueadas todas las formalidades del despacho aduanero y recaudados los aranceles correspondientes, los bienes importados no deberían ser objeto, entonces, de ulterior discriminación. En cada caso, el enfoque del análisis del trato nacional ha sido sobre la discriminación entre bienes en virtud de su origen.

181. El Informe del Panel de la OMC en el caso *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional* no asiste en absoluto al demandante. Ese caso involucró una normatividad de Estados Unidos que discriminaba *de jure* contra la gasolina importada⁷³. La decisión versó en torno de si ese tratamiento diferenciado podía justificarse conforme a las excepciones generales del GATT contenidas en el artículo XX⁷⁴.

182. El pasaje citado por el demandante proviene de una discusión de un argumento subsidiario que Estados Unidos hizo, de que un trato diferenciado puede justificarse debido a las diferentes características de las refinerías, mezcladoras e importadores que distribuían la gasolina y la naturaleza de la información que conservaban. El Panel sostuvo que, congruente con la práctica previa del GATT, una evaluación de un trato comparativo de la gasolina extranjera y nacional tenía que centrarse en las características de la gasolina misma⁷⁵. Esta es una conclusión sorprendente que no ofrece ningún apoyo al argumento del demandante.

183. Como ya se mencionó, el demandante no ha intentado probar que por razones de su nacionalidad, CEMSA recibió un trato menos favorable que las empresas propiedad de mexicanos en circunstancias similares.

184. De hecho, todos los contribuyentes que indebidamente han obtenido la devolución del IEPS, incluida CEMSA, han recibido el mismo trato, según explica el Lic. Eduardo Díaz Guzmán en su primer y segundo testimonios. Todos han sido investigados y liquidados, salvo por dos contribuyentes, cuya liquidación está pendiente.

185. Esto también demuestra que la mecánica del sistema de devolución del IEPS ha operado de la misma manera en cada caso. El demandante acepta que el sistema opera de la manera descrita por la demandada en el caso del impuesto al valor agregado (IVA). Como lo explicó el Lic. Eduardo Díaz Guzmán en su primer y segundo testimonios, el sistema es idéntico para todos los impuestos, incluidos el IEPS y el IVA, la solicitud que se requiere presentar y el trámite que se le da, incluido el proceso mediante el cual se rechaza o aprueba y se realiza el pago, es el mismo (aunque ciertos requisitos documentales pueden variar en algunos casos).

73. Conforme a la normatividad en cuestión, la gasolina distribuida por los importadores estaba sujeta a requisitos diferentes que la gasolina distribuida por las refinerías nacionales.

74. Véase el caso *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/R (29 de enero de 1996), párrafo 8.1 (“el panel concluyó que la línea de base de los métodos establecidos... no son compatibles con el artículo III:4 del Acuerdo General, y no pueden justificarse conforme a los párrafos (b)(d) y (g) del artículo XX del Acuerdo General”). Estados Unidos apeló ante el Órgano de Apelación sólo respecto a las conclusiones del Panel relativas al artículo XX. Informe del Órgano de Apelación, WT/DS2/AB/R829 de abril de 1996), Sección II.A.

75. Informe del panel, párrafo 6.11 (“...artículo III:4 del Acuerdo General versa sobre el trato otorgado a productos similares; su redacción no permite trato menos favorable dependiendo de las características del productor y de la naturaleza de la información que resguarda”).

b. *El intento del demandante por aprovecharse de la prohibición establecida en la legislación fiscal de divulgar la información confidencial de los contribuyentes*

186. Los alegatos en materia de trato nacional presentan problemas especiales de prueba para la defensa, puesto que la SHCP esta obligada por la legislación fiscal mexicana a preservar la confidencialidad de la información de los contribuyentes. La demandada no puede divulgar los nombres ni proporcionar detalles de qué acciones ha tomado o está por tomar en contra de otros contribuyentes en relación con reclamaciones de devolución del IEPS que no están permitidas.

187. La réplica pretende aprovechar esta restricción legal de la demandada, criticando a la demandada por cumplir con la obligación de resguardar la confidencialidad de los contribuyentes, y su omisión de cumplir con la carga de la prueba (véase el párrafo 1 de la réplica).

188. La demandada objeta a esta táctica; pero, por las razones expresadas a continuación, no es necesario en este caso hacer otras consideraciones sobre este tema.

c. *En cualquier caso, el demandante ha presentado pruebas de acciones tomadas en contra de empresas propiedad de mexicanos, que también obtuvieron devoluciones del IEPS*

189. En su segundo testimonio, presentado con el escrito de contestación a la demanda, el Lic. Eduardo Díaz Guzmán testifica sobre cuestiones que legalmente pueden divulgarse respecto de las acciones llevadas a cabo por la SHCP en relación con otros revendedores de cigarros que han reclamado indebidamente la devolución del IEPS. El testimonio del Lic. Díaz Guzmán indica que se efectuaron pagos, y se ha emitido liquidación en el caso de una compañía, y en otros dos casos se han llevado a cabo investigaciones y las liquidaciones están pendientes.

190. Hay pruebas independientes de que la SHCP ha llevado a cabo acciones en contra del señor César Poblano, un accionista de Lynx, Compañía Exportadora Mexicana/Mercados Regionales y Mercados Extranjeros. El demandante presentó estas pruebas al Tribunal.

191. En una carta al Tribunal de fecha 18 de enero de 2001, el representante legal del demandante se quejó del requerimiento dirigido al demandante sobre “información relativa a las relaciones de CEMSA con el señor César Poblano González, ejecutivo de Mercados Extranjeros, S.A. de C.V. (“Mercados”) y anteriormente prestamista de CEMSA”, que fue “hecho en apoyo a una auditoría personal al señor Poblano de fecha 11 de agosto de 2000”.

192. La carta del representante legal anexó copia del requerimiento de fecha 12 de enero de 2001, que refiere a un oficio de fecha 11 de agosto de 2000 en relación con una auditoría al Sr. Poblano para el periodo 1 de enero al 31 de diciembre de 1997. La demandada no hubiea podido proporcionar esta evidencia, de conformidad con la legislación aplicable. Sin embargo, toda vez que ya obra ante el Tribunal, la demandada advierte que se trata de pruebas independientes que corroboran el testimonio del Lic. Díaz Guzmán, y desarrollan la evidencia que contiene.

193. En adición al testimonio del Lic. Díaz Guzmán y requerimiento relativo a la auditoría al Sr. Poblano, obran en el expediente pruebas, muchas elaboradas por el propio demandante, que demuestran las autoridades han llevado a cabo o están llevando a cabo acciones respecto de otros revendedores de cigarros, propiedad de mexicanos, que están en circunstancias similares a CEMSA. Por ejemplo:

- existe amplia evidencia en el expediente de la oposición de la SHCP a los intentos de Lynx Exportadora por obtener devoluciones del IEPS. Esto condujo a dos procedimientos judiciales distintos (después de lo cual Lynx se convirtió en el cliente de CEMSA en Estados Unidos)⁷⁶;
- el Sr. Enríquez testifica en su segunda declaración presentada con la réplica que, después de haber concluido el litigio contra la SHCP, “a finales de diciembre de 1996 o principios de 1997, los accionistas de la empresa [Lynx] decidieron [en referencia al señor Poblano] darla de baja y constituyeron una nueva compañía: CEMEX Compañía Exportadora Mexicana, S.A de C.V.”⁷⁷
- después de que Lynx dejó de importar cigarros de CEMSA a Estados Unidos, la nueva empresa del Sr. Poblano a la que se refirió el Sr. Enríquez, Compañía Exportadora Mexicana, se convirtió en cliente de CEMSA en Estados Unidos;
- CEMSA entonces empezó a enviar cargamentos cigarros a las compañías GTO, que, según lo demuestran los documentos presentados con el escrito de contestación a la demanda, también estaban afiliadas con Compañía⁷⁸;
- posteriormente Compañía cambió su denominación a Mercados Regionales (Mercados I). El demandante testificó en su segunda declaración de fecha 17 de agosto de 2000 que “[a]parentemente, nuestras quejas ante este Tribunal sobre esta discriminación complicaron los arreglos de Mercados I con Hacienda, y sus dueños hicieron esfuerzos para sustituir una nueva corporación como el exportador protocolado[sic.], Mercados Extranjeros S.A. de C.V. (“Mercados II”)⁷⁹;
- En su tercera declaración de fecha 28 de marzo de 2001, el demandante testificó, además, que los propietarios de Mercados I “intentaron poner a una nueva empresa como exportadora... (“Mercados II”)... Esto me lo informó el señor Poblano, quien se quejó ante mí por este tratamiento”⁸⁰.

76. El cuadro 2 del testimonio de Rolando García Ramos resume todas las facturas disponibles de las transacciones de CEMSA en 1996 y 1997. Demuestra que Lynx cambió de exportar directamente cigarros con devolución del IEPS a ser el principal cliente de CEMSA en Estados Unidos entre julio de 1996 y enero 1997.

77. Véase declaración de Óscar Roberto Enríquez Enríquez, párrafo 8bis.

78. Véanse los párrafos 479 al 481 del escrito de contestación a la demanda.

79. Segunda declaración de Marvin Feldman, párrafo 29.

80. Tercera declaración de Marvin Feldman, párrafo 92.

194. Es así que existe suficiente evidencia en el expediente de que las empresas propiedad de mexicanos que están en circunstancias similares a CEMSA están siendo investigadas. Algunas eran proveedores y clientes del demandante, así como sus financieros.

d. *La formulación del demandante del criterio establecido en de artículo 1102 se queda corta*

195. En el párrafo 12 de la réplica se afirma:

“Si Mercados I, Mercados II y otras compañías(sic) sin nombres poseídos por nacionales de México(sic) son revendedores exportando cigarros, y si están recibiendo devoluciones del impuesto del IEPS negadas a CEMSA, hay una violación del TLCAN bajo el significado normal de las palabras usadas en artículo 1102”

196. Con respeto, esta proposición está incompleta. Ignora el hecho de que el sistema se basa en la confianza en el contribuyente, sujeto a verificación en cualquier momento dentro de los cinco años siguientes. En tal virtud, conforme al sistema, en los términos en que está estructurado, otros contribuyentes obtuvieron devoluciones del IEPS a las cuales no tenían derecho, y fueron subsecuentemente investigados.

197. Como se explicó en el escrito de contestación a la demanda y anteriormente en este escrito, de los cinco contribuyentes que han estado involucrados en actos similares a los CEMSA, a dos se les negó las devoluciones, y los otros tres han sido investigados; a uno de estos últimos se le ha emitido liquidación, y las liquidaciones en los otros dos casos está pendiente. En todos los casos la SHCP solicitará la devolución del dinero. Los otros contribuyentes no están recibiendo un trato más favorable.

e. *El Padrón Sectorial de Exportadores: CEMSA no está en “circunstancias similares”*

198. Como ya se advirtió, se negó la incorporación de CEMSA en el padrón sectorial de exportadores en virtud de que no está al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales. Las reglas de la miscelánea fiscal requieren que el registro se suspenda en tales casos.

199. CEMSA, por tanto, no está en circunstancias similares a las de otros contribuyentes que han sido inscritos en el padrón. En casos en los que otros contribuyentes, por ejemplo Mercados Extranjeros, han incurrido en irregularidades o no están al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, igualmente se les ha negado el registro.

200. En el caso específico de CEMSA, de acuerdo con el testimonio del C.P. Gabriel Oliver y el memorando del Lic. Obregón de fecha 1 de septiembre de 1999 al Lic. Simón Vargas Aguilar, se recomendó que no fuera incorporada en el padrón hasta en tanto no hubiere cumplido con todas sus obligaciones fiscales. A la fecha, no lo ha hecho.

201. Por consiguiente, no ha habido una denegación de trato nacional respecto de otros contribuyentes que han sido incorporados en el padrón sectorial de exportadores.

VI. DEFENSA A LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS

202. El Tribunal ha recibido evidencia irrefutable de los envíos de cigarros que CEMSA hizo a dos compañías ficticias en Centroamérica (DILOSA e INPEXSA).

203. También ha recibido evidencia de que los cigarros que aparentemente eran exportados a Estados Unidos, fueron transportados a la FTZ68 en El Paso, Texas y subsecuentemente reingresaron a México.

204. Esta evidencia demuestra que el “negocio de exportación de cigarros” no era un negocio legítimo. El demandante concuerda en que el contrabando es un problema serio⁸¹, y manifiesta que hubiera detenido sus ventas inmediatamente si hubiera tenido cualquier sospecha de que eso estaba ocurriendo⁸².

205. Ningún comprador de buena fe, debidamente informado sobre la naturaleza real de este negocio estaría dispuesto a pagar cualquier cantidad de dinero por él. Mas aún, ante la posibilidad de una enfrentar una liquidación fiscal por supuestas exportaciones definitivas de cigarros, un comprador de buena fe concluiría que sería temerario comprar ese negocio.

206. La respuesta del demandante a la defensa presentada en el escrito de contestación a la demanda en materia de daños se limita a tratar de demostrar que CEMSA hubiera podido cobrar precios más altos por la exportación de cigarros si el demandante hubiera sabido que estaba sobrestimando el monto del IEPS pagado por los productores de cigarros sobre los bienes que CEMSA compraba a Sam’s Club.

207. El perito del demandante en materia de daños ahora afirma que CEMSA pudo haber obtenido un margen utilidad bruta del 34.8% después de calcular el monto correcto de devoluciones del IEPS, con simplemente incrementar su precio promedio de 4.09 dólares por paquete a 6.14 dólares por paquete, lo que representa un incremento del 50%⁸³.

208. La demandada demostrará que esta opinión, además de ser incompatible con las teorías económicas aceptadas y los anteriores testimonios del demandante, contradice las estadísticas de comercio exterior de la Secretaría de Economía y el comportamiento histórico del demandante por cuanto se refiere a los precios, lo cual demuestra que CEMSA estaba cobrando el máximo precio posible en el mercado.

209. A través del dictamen adicional del perito Fausto García y Asociados (FGA), la demandada demostrará que si CEMSA hubiera solicitado devoluciones del IEPS por las cantidades correctas, hubiera tenido que aumentar su precio promedio en 21% apenas para alcanzar el punto de equilibrio (cero utilidades). Un incremento del 50% en sus precios, aunque improbable, hubiera resultado en un margen de utilidad neta de tan solo 10%, considerando los

81. Véase la el párrafo 24 de la réplica.

82. Párrafo 5 del testimonio de réplica de Marvin Feldman.

83. Véase *Addendum* al Dictamen de Ernesto Cervera Gómez del Análisis de Daños de Corporación de Exportaciones Mexicanas, S.A. de C.V.

costos financieros y una prorrata de los costos de operación y administrativos de CEMSA, que el perito del demandante en materia de daños omitió considerar en su opinión presentada en la réplica.

A. Respuesta a la nueva reclamación de “pérdida de utilidades”⁸⁴

210. En el párrafo 76 de la réplica, el demandante pretende establecer que “las partes están de acuerdo que CEMSA estaba preciado los cigarros debajo del mercado”. La demandada no ha admitido tal hecho⁸⁵. No obstante, el demandante no ofrece ninguna prueba sobre cómo hubiera podido obtener financiamiento a menores tasas de interés, ni tampoco ofrece pruebas sobre cómo hubiera podido incrementar los precios para obtener un margen de utilidad razonable, si hubiera sabido que estaba sobreestimando las devoluciones del IEPS.

211. La única evidencia que el demandante proporciona es la opinión adicional del Sr. Cervera de que, aun cuando no puede dar una opinión legal respecto a temas relacionados con la Ley del IEPS, manifiesta:

El hecho es que CEMSA solicitó y recibió las devoluciones del IEPS durante el periodo de 16 meses (junio 1996-septiembre 1997). Entonces la decisión del empresario de fijar el precio de exportación era basado en las devoluciones del IEPS devuelto y pagado a tiempo. De todos modos, si las devoluciones eran más bajas que las devoluciones pagadas actualmente, el precio de exportación sería mas alto asumiendo el racional empresarial.

212. El Sr. Cervera después opina que los precios de exportación de CEMSA eran menores que el promedio de los precios implícitos de todas las exportaciones mexicanas a los países que CEMSA también exportaba, y manifiesta que basó su conclusión en “fuentes oficiales: (Secretaría de Economía)”, pero no las proporciona con su testimonio. En una nota al pie de página simplemente explica que el precio promedio implícito se calcula dividiendo el valor de las exportaciones para cada país entre el volumen de las mismas.

213. El Sr. Cervera presenta un cuadro que supuestamente muestra el precio promedio implícito de exportación para cinco países de Centroamérica (no incluye a Estados Unidos), y un número indefinido de “países no declarados”, en un rango de precios que va desde 4.53 dólares (en el caso de Nicaragua) hasta un máximo de 7.33 dólares (en el caso de los “países no declarados”). Después utiliza un precio promedio de exportación implícito de 6.14⁸⁶ dólares para opinar que, si CEMSA hubiera alcanzado este precio promedio y recibido devoluciones del IEPS en los montos calculados por FGA, “el margen de utilidad hubiera alcanzado 34.8%” en 1997.

84. A menos que se indique lo contrario, la evidencia en sustento de esta sección se encuentra en el segundo testimonio del Lic. Rolando García Ramos.

85. La demandada solo ha admitido que “CEMSA necesitaba más efectivo para cubrir cada compra, porque su precio de compra incluía el IEPS que no podía trasladar a sus clientes”. Véase las Admisiones y Negaciones de la Defensa.

86. El Sr. Cervera no explica cómo calcula el “precio promedio de exportación implícito” para llegar a 6.14 dólares por paquete. No es el promedio de los precios mostrados en su cuadro. Parece mas bien que simplemente incremento un 50% al precio promedio señalado para de CEMSA de 4.09 dólares ($4.09 \times 1.50 = 6.135$).

214. La demandada demostrará más adelante que no es posible determinar el precio de exportación a ningún país por paquete de cigarros utilizando la información que el Sr. Cervera supuestamente empleó. La información que dice haber utilizado registra el valor declarado en cada transacción (que normalmente se determina con base en la factura de venta del exportador al importador) y el volumen del embarque medido en kilogramos, no por el número de cajetillas o paquetes de cigarros.

215. Además, una revisión de las estadísticas de exportación para 1997 de la Secretaría de Economía demuestra que CEMSA efectuó todas (o substancialmente todas) sus exportaciones de cigarros a Centroamérica a tres de los países mencionados —Guatemala, Honduras y El Salvador. Las facturas de venta de CEMSA para 1997 muestran un rango real de precios promedio para estos países de 4.25 a 4.85 dólares por paquete, y no un rango de 6.16 a 6.67 dólares, como señala el Sr. Cervera. Las estimaciones del Sr. Cervera obviamente son incorrectas.

El testimonio contradictorio del demandante

216. El demandante ha testificado en diversas ocasiones que “CEMSA no podía exportar cigarros sin la devolución del IEPS, puesto que no podía encontrar compradores de cigarros mexicanos a precios que incluían el impuesto”⁸⁷, y ha aportado pruebas a efecto sustentarlo. También ha declarado que CEMSA normalmente pagaba a Sam’s Club 7.40 dólares por paquete, y que revendía esos bienes en un precio promedio de 4.05 dólares por paquete⁸⁸. Además, ha declarado que después del supuesto acuerdo de junio de 1995 “fueron necesarios meses para desarrollar proveedores, clientes y financiamiento”⁸⁹ y que, dada su “reputación en el negocio”, hubiera sabido si alguna empresa revendedora de cigarros no mexicana hubiera estado participando en esta actividad⁹⁰. Estas declaraciones son totalmente incongruentes con cualquier sugerencia de que el demandante estaba conscientemente fijando sus precios “por debajo de mercado” o de que hubiera podido incrementarlos en un 50% (o en cualquier porcentaje), si así lo hubiera considerado pertinente.

217. Debe subrayarse que el último testimonio del demandante es silencioso por cuanto a si CEMSA podía haber incrementado sus precios u obtenido un financiamiento a tasas de interés más bajas. Una revisión del comportamiento real de los precios de CEMSA durante 1996 y 1997 muestra que el demandante no podría testificar en forma verosímil sobre los hechos que soportarían las declaraciones que ahora hace en el párrafo 76 de su réplica, o que sustentaría la opinión del Sr. Cervera de que, asumiendo el “racional empresarial”, el demandante habría cobrado precios más altos, de haber sabido que el monto real de las devoluciones del IEPS era inferior a las que estaba solicitando.

87. Véase la demanda, Sumario de Hechos y párrafo 5 y 70, así como el testimonio de Marvin Feldman incluido en la demanda, párrafo 6.

88. Véase el párrafo 7 de la demanda y el testimonio de Marvin Feldman incluido en la demanda, párrafo 6.

89. Véase el párrafo 69 de la demanda y el testimonio de Marvin Feldman incluido en la demanda, párrafo 52.

90. Véase el párrafo 135 de la demanda y el testimonio de Marvin Feldman incluido en la demanda, párrafo 95.

Contradicción con la teoría económica aceptada

218. Según lo explica en su segundo testimonio el Lic. García Ramos (economista de profesión), la teoría económica aceptada contradice por completo el presupuesto básico del Sr. Cervera de que el “racional empresarial” hubiera ocasionado que CEMSA incrementara sus precios para poder obtener un margen de utilidad adecuado.

219. El objetivo de cualquier empresa es maximizar sus utilidades. El precio en un mercado competitivo lo determina la oferta y la demanda —no el vendedor ni el comprador. El vendedor únicamente determina el precio en un mercado monopolístico.

220. CEMSA no tenía el monopolio de la oferta, ni tampoco vendía a precios por debajo del mercado para eliminar a su competencia. Ninguno de los factores que causan o permiten la existencia de un monopolio se aplica al caso de CEMSA. CEMSA operaba en un mercado competitivo.

221. Por lo tanto, el argumento del Sr. Cervera desafía la teoría económica aceptada al presumir que CEMSA, al enterarse que estaba sobreestimando las devoluciones del IEPS, simplemente hubiera incrementado sus precios en 50% para contrarrestar la diferencia. Esta premisa es falsa y no encuentra justificación en la teoría ni en los hechos.

Contradicción con las estadísticas y registros de exportación

222. Las estadísticas de exportación de todos los productos, incluidos los cigarrillos, que mantiene la Secretaría de Economía se obtienen a partir de los pedimentos de exportación. Esta información incluye la fracción arancelaria, una descripción de los bienes de acuerdo con el Sistema Armonizado de Descripción y Codificación de Mercancías, el registro federal de contribuyentes del exportador, el nombre o razón social de la empresa, el puerto de salida, el destino de los bienes exportados, así como el valor en dólares y el volumen en la medida establecida de conformidad con el Sistema Armonizado. En el caso de los cigarrillos, el volumen de los bienes exportados se mide en kilogramos.

223. El intentar estimar los precios implícitos por paquete utilizando un factor de conversión de kilogramos por paquete deriva en resultados inconsistentes. Existen muchas variables que distorsionan este resultado, por ejemplo la mezcla de productos, el tipo de empaquetado y el modo de transporte. Por ejemplo, algunas marcas se empaquetan en cajas de 60 paquetes mientras que otras se venden en cajas de 50 paquetes, y los cigarrillos mismos varían en peso dependiendo del tamaño y empaquetado de cada marca. Además, el peso registrado puede variar en función de si los bienes fueron enviados por vía aérea (normalmente se registra el peso exactamente) o terrestre (los valores de volumen tienden a ser números redondeados).

224. Cualquiera que sea la metodología que haya utilizado el Sr. Cervera para calcular el precio implícito de las exportaciones mexicanas de cigarrillos para 1997, no puede estar empíricamente correcta. Los registros de la Secretaría de Economía muestran que, en 1997, CEMSA era el único exportador de cigarrillos a Guatemala y Honduras, y era el exportador del 95% de las exportaciones a El Salvador. La nueva teoría del Sr. Cervera puede refutarse completamente si se compara los precios promedio reales de CEMSA para cada uno de estos países (con base en las facturas de exportación de CEMSA para 1997) con los precios implícitos

calculados por el Sr. Cervera (aparentemente basados en información generada a partir de los pedimentos de exportación que reflejan precios que se encuentran en las mismas facturas de exportación):

% de las exportaciones de CEMSA del total a cada país	Precio promedio real de las exportaciones de CEMSA	Precio de exportación “implícito” estimado por el Sr. Cervera
Guatemala—100%	4.82	6.45
Honduras—100%	4.85	6.67
El Salvador—95%	4.25	6.16

225. Debe advertirse que las ventas de CEMSA a clientes en Estados Unidos (para las cuales no se da un precio implícito) y las realizadas a Guatemala, Honduras y el Salvador (para las cuales el precio implícito de Cervera es erróneo) representaron el 99.77% de las exportaciones de cigarros de CEMSA en 1997.

Comportamiento real en el establecimiento de precios de CEMSA

226. El demandante declara que aproximadamente el 70% de las exportaciones de CEMSA eran de cigarros Marlboro. Inicialmente casi la mitad de las exportaciones de CEMSA se enviaban a dos aeropuertos en Estados Unidos —Houston y Dallas-Fort Worth.

227. CIGATAM cuenta con la licencia para producir y distribuir los cigarros Marlboro en México. CIGATAM no ha exportado ni ha vendido a terceros con objeto de exportar cigarros Marlboro. CIGATAM redujo su precio de cigarros Marlboro dos veces en 1997 (el 21 de febrero y el 17 de noviembre) para contrarrestar el efecto de los cigarros de contrabando en el mercado nacional⁹¹.

228. El anexo 1 al segundo testimonio del Lic. García Ramos presenta una gráfica que ilustra los precios a los que vendió CEMSA los cigarros Marlboro que exportó a Estados Unidos en 1996 y 1997. Como se puede observar en la gráfica, CEMSA redujo sus precios en las exportaciones de cigarros Marlboro a Estados Unidos inmediatamente después que lo hizo CIGATAM, en febrero y noviembre de 1997. Los precios de exportación de CEMSA para Centroamérica siguen un patrón de conducta similar⁹².

229. Según lo señala el Lic. García Ramos, la reacción de CEMSA a los movimientos en precios de CIGATAM apunta a dos posibles causas: la posible competencia y/o la falta de demanda a ese precio.

230. Por lo que se refiere a la primera causa, otro revendedor de cigarros —Compañía Exportadora Mexicana— exportó cigarros a Estados Unidos en 1997, aunque sus exportaciones

91. Véase el testimonio del Sr. Noé Salazar Martínez (CM06070), párrafo 25. Además véase *La Baja en Precios de Cigarros Dañara Utilidades*, Racel Salaman, AP-Dow Jones, Marzo 6, 1997 y *Mexican tobacco companies to cut prices to battle black-market goods*, Mary Sutter, World Trade pg 3^a, Noviembre 25, 1997, Anexo 2 de la Duplica del Testimonio del Lic. Rolando García Ramos.

92. Las ventas de cigarros de CEMSA a Centroamérica siguen una tendencia similar.

no fueron considerables. El demandante pudo haber temido por la competencia de la red Poblano-Gómez-Güemes, pero la evidencia más bien indica que eran colaboradores en un proyecto común y no competían entre sí.

231. En cuanto a la segunda causa, el Tribunal puede inferir que los clientes de CEMSA no estaban dispuestos a comprar, excepto a un precio menor, porque revendían los cigarros en México y tenían que competir en el mercado nacional con los precios de cigarros Marlboro reducidos por CIGATAM. En otras palabras, la reducción del precio doméstico de los cigarros Marlboro por parte de CIGATAM requirió una reducción en el precio de exportación de los cigarros de CEMSA, que realmente estaban temporalmente en Estados Unidos y luego regresaban a México.

Evidencia contraria de los precios de CIGATAM y La Moderna

232. Ni CIGATAM⁹³ ni La Moderna exportaron marcas internacionales que producían bajo licencia en México (por ejemplo, Marlboro y Raleigh, respectivamente), pero han exportado algunas marcas nacionales, a precios considerablemente inferiores que los que CEMSA cobraba en Estados Unidos por productos de marcas mexicanas que estaban empacados y etiquetados para su distribución en México. CIGATAM y La Moderna etiquetaban los cigarros que exportaban de acuerdo con las normas y requerimientos del país de destino.

233. Los datos de los precios de CIGATAM no pueden ser comparados con los precios promedio de CEMSA porque no reflejan la misma mezcla de productos. Sin embargo, CEMSA exportó a Estados Unidos dos marcas nacionales que La Moderna también exportó en el periodo en cuestión: Boots y Montana. El precio promedio de exportación de La Moderna de Boots y Montana fue de 1.86 dólares por paquete, que es sustancialmente menor que el promedio de CEMSA a Estados Unidos de 2.30 dólares por paquete de las mismas marcas.

234. Esto confirma que CEMSA no cobraba precios por debajo del mercado, al menos en el caso de las marcas nacionales que enviaba a clientes en Estados Unidos. También suscita la duda de por qué los compradores en Estados Unidos pagaban un precio mayor a CEMSA por un producto “de mercado gris” que el que cobraban como precio de exportación los productores por los mismos bienes.

235. El hecho de que los productos no se puedan vender en Estados Unidos porque, entre otras razones, no cumplen con los requisitos de etiquetado de ese país, soporta la conclusión de que los bienes eran revendidos en México. Si hubiera un mercado legítimo en un tercer país para cigarros fletados a través de Estados Unidos, seguramente los compradores hubieran preferido los precios de La Moderna de productos etiquetados correctamente para el país destino, por ser éstos mucho más atractivos.

93. Las referencias hechas a CIGATAM incluyen (cuando corresponda) a Philip Morris México, que asumió la responsabilidad de comercializar los productos de CIGATAM en agosto de 1997. Véase Testimonio de Noé Salazar, Contralor de CIGATAM, incluido en el escrito de contestación a la demanda.

B. *Dictamen adicional de FGA*⁹⁴

236. El peritaje de FGA incluido en el escrito de contestación a la demanda concluye que el margen bruto de utilidad de CEMSA en la venta de cigarros, sin considerar costos financieros, era únicamente del 2.2%, si se calcula correctamente el monto de las devoluciones del IEPS. Si se considera el costo financiero, se llega a un margen negativo —menos 7.5%. FGA advierte en su peritaje que la pérdida hubiera sido mayor si se hubieran considerado los gastos operativos y administrativos. Sin embargo, habiendo concluido que la exportación de cigarros de CEMSA producen un flujo de efectivo negativo (si el IEPS se calcula correctamente), FGA no consideró necesario tomar en cuenta el efecto de los costos de operación y administrativos de CEMSA.

237. Al considerar que CEMSA pudo haber obtenido un margen de utilidad del 34.8% en 1997 (calculando correctamente el IEPS) al incrementar su precio promedio en 50%, el señor Cervera no toma en cuenta los costos financieros ni de operación de CEMSA. Las cifras utilizadas en sus diversos escenarios “conservador”, “intermedio” y “agresivo” por las supuestas pérdidas en utilidades se basan en un margen de utilidad bruta que solo toma en cuenta el costo de los productos.

238. Como se mencionó anteriormente, el demandante no ofrece testimonio sobre cómo pudo haber incrementado sus precios, y ni el demandante ni el señor Cervera ofrecen alguna evidencia de cómo CEMSA hubiera llevado a cabo su negocio sin los préstamos que el demandante dice haber obtenido del Dr. Zagorin y los señores Poblano y Gámez.

239. Se solicitó a FGA que en su dictamen adicional abordara los siguientes puntos:

- g) primero, calcular el margen de utilidad neto para la exportación de cigarros de CEMSA en 1996 y 1997, tomando en consideración los costos operativos y administrativos prorrateados y después aplicar por separado (i) los costos financieros incurridos de acuerdo con las cifras de CEMSA y (ii) los costos financieros que una empresa comercial con un historial crediticio aceptable hubiera enfrentado al contratar una línea de crédito con una institución financiera convencional (escenario de precio promedio histórico);
- h) segundo, calcular el incremento en precio que CEMSA hubiera necesitado en 1996 y 1997 para poder alcanzar su punto de equilibrio en las exportaciones de cigarros, tomando en consideración los costos operativos y administrativos prorrateados y después aplicar por separado (como se explica en el párrafo anterior) (i) los costos financieros incurridos de acuerdo con las cifras de CEMSA y (ii) los costos financieros convencionales (escenario de punto de equilibrio); y
- i) tercero, calcular el margen de utilidad neto de CEMSA en las exportaciones de cigarros durante 1996 y 1997 en el supuesto de que el precio promedio en ambos años hubiera podido ser incrementado en 50%, y una vez más, como se mencionó en los dos párrafos anteriores, considerar (i) los costos financieros incurridos de

94. Véase el Dictamen de Fausto García y Asociados, S.C. de fecha 22 de junio de 2001 (R 06457).

acuerdo con las cifras de CEMSA y (ii) los costos financieros convencionales (escenario de Cervera).

240. En el caso del “Escenario de Precio Histórico”, FGA concluye que el margen de utilidad neto en la exportación de cigarros es el siguiente:

Año	Margen de utilidad neto con financiamiento CEMSA	Margen de utilidad neto con financiamiento convencional
1996	(11.1%)	(8.2%)
1997	(19.6%)	(12.4%)

241. En el caso del “Escenario de Equilibrio”, FGA concluye que, para llegar únicamente al punto de equilibrio, CEMSA hubiera tenido que incrementar su precio promedio en la venta de cigarros de exportación de la siguiente forma:

Año	Incremento necesario para llegar al punto de equilibrio con financiamiento CEMSA	Incremento necesario para llegar al punto de equilibrio con financiamiento convencional
1996	11.3%	8.1%
1997	21.1%	13.0%

242. En el caso del “Escenario Cervera”, FGA concluye que, si CEMSA hubiera logrado incrementar su precio promedio en 50% y mantenido el mismo nivel de ventas, su margen de utilidad neto hubiera sido el siguiente:

Año	Margen de utilidad neto con 50% de incremento en el precio promedio y financiamiento CEMSA	Margen de utilidad neto con 50% de incremento en el precio promedio y financiamiento convencional
1996	14.3%	16.0%
1997	10.1%	13.2%

243. Al estimar el margen de utilidad neta que CEMSA hubiera podido lograr, la demandada no admite que CEMSA hubiera podido obtener de una institución financiera reconocida financiamiento en términos comerciales. La tasa de interés utilizada por FGA es el promedio pagado por las compañías comerciales que operaban en México en el periodo en cuestión y que tenían un reconocido historial crediticio.

244. Según advierte FGA, una institución financiera hubiera sido muy cauta de extender crédito a CEMSA, tanto por sus pérdidas históricas, como por la naturaleza misma del negocio que requería el financiamiento. La carencia de pruebas relativas a otras fuentes disponibles de financiamiento para el negocio de exportación de cigarros de CEMSA debe ser suficiente para desechar la proposición.

245. Al proporcionar el margen estimado de la utilidad neta de CEMSA basado en un incremento del 50% en sus precios promedio, según lo postula el Sr. Cervera, la demandada no admite que el demandante pudo haber incrementado los precios a su voluntad, ya sea para

alcanzar un incremento del 50% o cualquier otro. Las pruebas físicas refutan cualquier sugerencia de que los precios de CEMSA estuvieran por debajo de los del mercado. Otra vez, la omisión del demandante de testificar sobre lo que hubiera podido hacer para incrementar sus precios o mejorar de otra forma el margen de utilidad de CEMSA debe ser suficiente para desechar la proposición.

246. La demandada ha presentado pruebas indicativas de la utilidad neta que CEMSA hubiera obtenido de haber podido contar con financiamiento convencional, o si el demandante hubiera podido incrementar los precios a su antojo, para demostrar que (i) el negocio de exportación de cigarros de CEMSA estaba lejos de ser rentable en cualquier situación, y que (ii) la reclamación de daños revisada en la réplica —que ahora se basa en el supuesto fantástico de un incremento del 50% en el precio— es exagerada en cualquier caso porque omite considerar cualquier gasto excepto por el costo puro de los bienes.

C. *Respuesta al párrafo 77 de la réplica*⁹⁵

247. En el párrafo 77 de la réplica el demandante sostiene que sus cálculos de daños en la demanda están subestimados, particularmente para 1996, “porque no pueden localizarse varias facturas”. Dice que “la Demandada subestima las compras de cigarros calculando el IEPS al 103% (al referirse al cuadro 5 del primer testimonio del Lic. García Ramos). Ahora argumenta que “las facturas suministrados a la Demandada demuestran compras de 36 millones de pesos en 1996, y estas pueden ser incompletas”.

248. Según se explica en la parte B del segundo testimonio del Lic. García Ramos, los cálculos de las compras de cigarros de CEMSA se basan en todas las facturas de compra disponibles —tanto las obtenidas por la SHCP durante la auditoria de 1998, como las proporcionadas por el demandante en este arbitraje. El total obtenido por el Lic. García Ramos es aproximadamente 10% superior al total que determinó el auditor de CEMSA, el Sr. Zaga, quien reportó compras de cigarros en 1996 por 22,431,338 pesos.

249. Todos los registros disponibles contradicen los nuevos testimonios de que CEMSA compró y exportó 36 millones de pesos en cigarros en 1996. Las estadísticas de exportación de la Secretaría de Economía arrojan datos muy similares a los de las exportaciones registradas por el Sr. Zaga. Haciendo una extrapolación, se puede observar que las compras de cigarros de CEMSA en 1996 fueron por aproximadamente 22 millones de pesos en total.

250. Las exportaciones que el Sr. Zaga registró para 1996 fueron de 1,507,782.00 dólares (11,631,361.54 pesos). Las exportaciones registradas para 1996 por el Lic. García Ramos (con base en las facturas de venta registradas en la base de datos) es de 1,615,006.00 dólares (12 millones de pesos). La base de datos de la Secretaría de Economía muestra que CEMSA realizó exportaciones de cigarros en 1996 por un total de 1,425,556.00 dólares (10.9 millones de pesos).

95. La evidencia que soporta esta sección se encuentra en el segundo testimonio del Lic. Rolando García Ramos (R 06457), a menos de que se indique lo contrario.

251. Si se utiliza el descuento promedio de CEMSA entre el precio pagado a Sam's Club por los cigarros y el precio que cobraba a sus clientes, se puede observar que las ventas por un total de 1.4 millones de dólares indican compras de cigarros por aproximadamente 2.74 millones de dólares. Expresados los valores en pesos, las ventas totales de 10.9 millones de pesos de cigarros indican compras por aproximadamente 21.2 millones de pesos, un valor muy cercano a la cantidad que el Sr. Zaga calculó a partir de las facturas de compra de CEMSA.

252. Si CEMSA hubiera comprado y exportado cigarros con un costo de 36 millones de pesos en 1996, sus ventas totales tendrían que haber sido de aproximadamente 18.6 millones de pesos en 1996, casi 60% más de lo que indican los registros de la Secretaría de Economía y los de la propia empresa.

253. Si CEMSA hubiera solicitado devoluciones del IEPS de conformidad con la fórmula para 1996 que explica el Sr. Zaga en su informe, tendría que demostrar compras de cigarros por 41.9 millones de pesos para poder hacerse acreedor a devoluciones del IEPS por los 23.07 millones de pesos que realmente solicitó y obtuvo. Si se emplea la fórmula correcta para calcular el IEPS, las devoluciones de 23 millones de pesos sólo podrían estar soportadas por compras de 51.3 millones de pesos de cigarros. El Demandante sólo ha presentado facturas por un total de 24 millones de pesos.

254. Los cálculos del Lic. García Ramos en soporte del párrafo 206 del escrito de contestación a la demanda —en el sentido que las devoluciones del IEPS que CEMSA solicitó y obtuvo en 1996 representan del 95% al 103% de sus compras de cigarros en 1996— no han sido refutados. El demandante solicitó devoluciones del IEPS por un monto excesivo tanto en 1996 como en 1997.

D. Conclusiones en materia de daños

255. El demandante no ha hecho ningún esfuerzo por demostrar que cualquiera de las metodologías que dice haber utilizado para calcular las devoluciones del IEPS sea correcta, o que los resultados se acercan de alguna forma a las cantidades reales enteradas a la SHCP por los productores de los bienes que CEMSA exportó. Solamente argumenta que no puede culpársele por desconocer las cantidades correctas.

256. La demandada sostiene que cualquier valuación de utilidades perdidas —pasadas o futuras— solo puede basarse en los montos correctos por concepto de devolución del IEPS por los bienes exportados, si CEMSA tuviere ese derecho, y no en el monto que el demandante pensó que podía solicitar, o que temporalmente logró cobrar, independientemente de si ello fue resultado de un error honesto o un engaño.

257. La demandada ha probado que CEMSA no hubiera podido obtener utilidades de su llamado negocio de exportación de cigarros, si el demandante hubiese solicitado las devoluciones del IEPS por el monto correcto. Éste es un hecho simple que el Tribunal puede constatar por sí mismo utilizando los datos proporcionados por el propio demandante.

258. El demandante manifiesta que el costo promedio de los cigarros que CEMSA compraba era de 7.40 dólares, y que su precio promedio de exportación era de 4.05 dólares. Aun si el

precio que se pagaba a Sam's Club hubiera sido el precio al detallista, al calcular correctamente el IEPS incorporado en ese precio (restando al precio de venta el resultado de dividir el precio de compra entre 1.85⁹⁶), la utilidad bruta por cada paquete de cigarros hubiera sido sólo cinco centavos, sin considerar ningún otro costo o gasto.

259. La demandada también ha demostrado que la nueva teoría del Sr. Cervera —que CEMSA podía haber obtenido una utilidad razonable al incrementar sus precios en un 50%— no es más que un deseo muy optimista, en el mejor de los casos. No existe evidencia creíble que soporte esta proposición; pero existe mucha evidencia que sustenta lo contrario, es decir que el demandante estaba cobrando los precios más altos que podía obtener.

260. No fue el “racional empresarial” lo que llevó al demandante a intentar resolver el problema de rentabilidad de CEMSA mediante un incremento de precios o una reducción en los de costos financieros. Intentó maximizar sus utilidades cambiando su metodología para calcular las devoluciones del IEPS, casi duplicando el monto de la devolución por cada venta.

261. Ninguna valuación racional y justa del valor justo de mercado del negocio de exportación de cigarros de CEMSA o su supuesta pérdida de utilidades podría presumir que hubiera podido incrementar los precios para hacer el negocio rentable. Esto aplica tanto para el periodo en el que el demandante alega se impidió ilegalmente a CEMSA participar en el llamado negocio de exportación de cigarros (enero de 1994 a mayo de 1996), al periodo en el que CEMSA exportó cigarros (mayo de 1996 a noviembre de 1997), y al periodo en el que el demandante señala que a una o más empresas mexicanas en circunstancias similares a las de CEMSA se les permitió solicitar las devoluciones del IEPS por las exportaciones de cigarros (1999-2000).

262. En una valuación racional y justa de la supuesta pérdida de prestigio (*goodwill*) o cualquier otro valor intrínseco de CEMSA, tampoco podría ignorarse el hecho de que ningún comprador de buena fe tendría un interés genuino en comprar una compañía o su negocio de exportación de cigarros, de saber que la existencia del negocio depende, aun en parte, en la reventa de sus supuestas exportaciones en México. Ninguna persona sensata optaría por involucrarse en esa actividad.

VII. ORDEN PÚBLICO

263. La réplica no intenta dar respuesta a los argumentos del escrito de contestación a la demanda relativos al orden público.

264. El Tribunal tiene ahora pruebas irrefutables sobre la verdadera naturaleza del negocio. Intencionalmente o no, el demandante y su compañía participaron una empresa dedicada a la exportación de cigarros con la ayuda de la devolución del IEPS, que subsecuentemente fueron reenviados a México.

96. $4.05 - (7.40 \div 1.85) = 0.5$.

265. La demandada respetuosamente sostiene que este Tribunal no puede recompensar a un participante en tal empresa. Hacerlo desprestigiaría al TLCAN y el capítulo XI.

266. En los litigios entre Estados, el Estado reclamante tiene la obligación de presentar su reclamación con la mejor buena fe. Conforme al capítulo XI, el particular toma el lugar del Estado, por lo que, en opinión de la demandada, la misma obligación de buena fe debe aplicar. Según lo manifiesta Bin Cheng en su libro *General Principles of Law*:

Un Estado, antes que todo, tiene el derecho de esperar de otro que “no se presentará una reclamación que no lleve impresa la buena fe y un trato justo de parte del demandante”.⁹⁷

267. En los arbitrajes entre Estados, se ha expresado:

*Qu'il s'agisse du règlement judiciaire ou du règlement arbitral, on s'accorde à reconnaître qu'il existe à la charge de l'État, une obligation générale d'agir de bonne foi.*⁹⁸

268. Zoller elabora sobre esta declaración citando al jurista internacional Paul de Visscher quien, como abogado de Honduras en el caso del Laudo Arbitral hecho por el Rey de España en diciembre de 1906, señaló que:

*Dès l'instant où deux États s'engagent à régler un différend sur la base du droit et à la base du droit et à la plus entière loyauté. Dès ce moment, ils doivent savoir que leurs déclarations, leurs attitudes, leurs comportements pourront être retenus contre eux. La justice, à la différence de la politique, ne s'accommode pas de faux-fuyants, de déclarations équivoques, de réserves mentales. La justice vit de sécurité, et s'il en est ainsi, c'est en définition parce que la fonction judiciaire est, au tout premier chef, une fonction sociale. Elle existe dans l'intérêt général autant que dans l'intérêt des parties.*⁹⁹

269. “*Les États, parties à une procédure internationale, ont le devoir de collaborer de bonne foi dans l'établissement des preuves*”¹⁰⁰. En el caso de *Lehigh Valley Railroad Company*¹⁰¹ la Comisión se refirió a este principio y declaró:

Está firmemente reconocido que los gobiernos que han acordado someterse a arbitraje están obligados a tratar de dilucidar la verdad con completa buena fe.

97. Bin Cheng, *General Principles of Law*, página 159.

98. “Ya sea que se trate de una cuestión de regulación judicial o arbitral, debe reconocerse que el Estado tiene una obligación general de actuar de buena fe”. *Ibid.*, página 123.

99. “Desde el momento que dos Estados acuerdan arreglar las diferencias conforme a derecho y al amparo del derecho y en la más completa lealtad. Desde ese momento, tienen que entender que sus declaraciones, actitudes y acciones pueden ser sostenidas en su contra. La justicia, al contrario de la política, no admite el prevaricato, las declaraciones ambiguas o reservas personales. La justicia vive de la seguridad, y así es, es porque la función judicial por definición es, primero y por encima de todo, una función social. Existe por el interés general, tanto que por el beneficio de las partes” Zoller, *supra*, página 123.

100. “Los Estados que son parte en un procedimiento internacional tiene la obligación de cooperar de buena fe para establecer las pruebas.” Charles de Visscher, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, 1963, página 34.

101. *Recueil des sentences arbitrales*, Vol. VIII, página 85.

270. Dada la falta relativa de mecanismos para establecer los hechos en los arbitrajes internacionales, la obligación de buena fe es de la mayor importancia:

*La bonne foi est donc un élément fondamental du mécanisme de la preuve. Le juge ne peut décider que sur la base d'une collaboration sincère entre les parties et lui-même*¹⁰².

271. La demandada sostiene que el Tribunal puede determinar, con base en el artículo 1131, que existe una obligación de buena fe sobre un inversionista que pretende invocar el capítulo XI, y que no puede permitirse a un inversionista, que —deliberadamente o no— se ha involucrado en una empresa diseñada para evadir las leyes tributarias y aduaneras de una parte del TLCAN, invocar el capítulo XI para asistirle en sus actividades.

VIII. LOS SUPUESTOS ACTOS DE ACOSO E INTIMIDACIÓN

272. En diversas ocasiones el demandante ha argumentado que la demandada ha cometido actos de acoso e intimidación en su contra. La mayoría de tales actos conciernen acciones de la SHCP en el ejercicio legítimo de sus facultades impositivas y para hacer cumplir las leyes fiscales.

273. En opinión de la demandada, el demandante ha abusado del mecanismo de solución de controversias de la sección B del capítulo XI, en un intento por escapar de la aplicación de las leyes tributarias mexicanas en su contra. Lo ha hecho desde el principio del procedimiento, cuando, en su escrito del 15 de febrero de 2000, solicitó por primera vez que el Tribunal emitiera medidas precautorias de carácter suspensivo y ordenara a la demandada “cesar inmediatamente y se abstuviera durante la duración de este arbitraje de cualquier interferencia con el demandante o su propiedad o con los bienes o ganancias de CEMSA, ya sea a través del embargo o cualesquier otros medios”.

274. El 18 de enero de 2001, el demandante solicitó otra orden del Tribunal en relación con un requerimiento de la SHCP de información en conexión con una auditoría personal al Sr. César Poblano. El demandante afirmó que “la auditoría de Hacienda al Sr. Poblano inicio después de que sus actividades se volvieron un tema en este procedimiento, y podrían verse como un intento de intimidación a un testigo potencial”. La demandada sostiene que éste también fue un intento por evitar ser investigado en conexión con alguien que la demandada a demostrado era, de hecho, un socio cercano del demandante en el llamado negocio de exportación de cigarros.

275. En la demanda el demandante solicita que este Tribunal:

Resuelva que la demandada está impedida de impugnar los derechos de CEMSA a las devoluciones del IEPS sobre exportaciones de cigarros en 1996-1997 y ...[que] la demandada...se le debe prohibir hacer tales reclamaciones contra CEMSA ya sea ante los tribunales mexicanos o como una compensación sobre el laudo que dicte este Tribunal...[así como] (1) una declaración de que la demandada no tiene derecho a

102. “La buena fe es, por lo tanto, un elemento fundamental en el mecanismo de la prueba. El juez no puede decidir más que sobre la base de una colaboración sincera entre las partes y él.” E. Zoller, *supra*, página 149.

recuperar las devoluciones del IEPS que se pagaron a CEMSA por concepto de exportaciones de cigarros realizadas en 1996 y 1997, y (2) un laudo contingente sentenciando el pago de daños y perjuicios [damages] por la cantidad de cualquier liquidación fiscal futura que dicte la demandada contra CEMSA en relación con las devoluciones del IEPS que CEMSA recibió por concepto de exportaciones de cigarros realizadas en 1996 y 1997¹⁰³.

276. Esto no es más que otro intento para escapar la responsabilidad conforme a la legislación fiscal mexicana. Según lo señaló la demandada en su escrito del 6 de marzo de 2000.

En el caso concreto, abarca aspectos específicos relativos al cumplimiento de la ley, las facultades de las autoridades mexicanas para conducir auditorias respecto de situaciones en las que consideran que se ha abusado de los procedimientos con objeto de obtener beneficios indebidos, y la consecuente determinación de responsabilidad fiscal. Se trata de cuestiones muy serias y respecto de las cuales las autoridades mexicanas competentes tienen una obligación de actuar para salvaguardar el cumplimiento de la ley y preservar la hacienda pública.

277. La demandada también manifestó entonces que “el gobierno de México pretende presentar pruebas de que CEMSA ha abusado del sistema de devolución de impuestos para obtener en su beneficio devoluciones indebidas”. La demandada ha presentado esas pruebas. Las pruebas del caso demuestran que la SHCP actuó, no sólo de buena fe en ejercicio de sus facultades para imponer y recaudar impuestos, y vigilar el cumplimiento de las leyes fiscales, sino prudentemente a la luz de las pruebas de las acciones del demandante.

278. El demandante no actuó de buena fe. Abusó del mecanismo de devolución de impuestos al reclamar y obtener devoluciones a favor de CEMSA a las cuales no tenía derecho. Tenía conocimiento de que estaba sobreestimando las devoluciones del IEPS. Solicitó la devolución del IEPS por compras realizadas por otros. Participó en un plan en el que los cigarros que declaró haber vendido sólo “para exportación definitiva” a Estados Unidos, de acuerdo con sus facturas, fueron enviados a El Paso, con su conocimiento, y de ahí reenviados a México. Reclamó la devolución del impuesto por exportaciones hechas a compañías ficticias en Centroamérica. Presentó información y documentación falsa a las autoridades fiscales de México.

279. El demandante ha tratado avergonzar y ejercer presión sobre funcionarios mexicanos, mediante acusaciones infundadas de conductas ilegales y delictivas en contra de ellos en desplegados de periódico y presentando denuncias penales en contra de ciertos funcionarios. Las denuncias fueron desechadas por falta cualquier prueba de conducta ilícita.

280. El demandante también se ha quedado lejos de presentar su caso de manera franca y directa: ha omitido informar al Tribunal sobre hechos clave; ha omitido presentar evidencia completa; ha continuamente caracterizado incorrectamente las pruebas.

281. El Tribunal no debe permitir tal abuso del capítulo XI.

103. Véanse los párrafos 247 y 248 de la demanda.

IX. CONCLUSIÓN

La demandada reitera su solicitud para el desechamiento de la demanda y que otorgue, en consecuencia, el pago de costas a la demandada.

Todo lo cual se somete respetuosamente a su
consideración:

(firmado en el original)

Hugo Perezcano Díaz
Consultor Jurídico y Representante Legal
de la parte demandada,
Los Estados Unidos Mexicanos