

Marvin Feldman
v
México

Caso N.ARB(AF)88/1
Opinión disidente

1.- MATERIA DE LA DISCREPANCIA.

He coincidido con el laudo en lo relativo a la descripción de los hechos y los alegatos; las cuestiones de procedimiento y la jurisdicción; también en lo que concierne a la acción del demandante sobre expropiación y debido proceso; en todos estos aspectos mi voto es a favor del Laudo. No coincido con lo que dicho laudo concluye en materia de trato nacional y discriminación.

Es importante destacar que la mayoría del tribunal encontró que sí existió violación al artículo 1102 del TLC, por la discriminación de facto consistente en el trato desigual que el demandado dio a CEMSA —*como revendedor no productor de cigarros, con inversión de un ciudadano de los Estados Unidos, a quien se le negó la devolución del impuesto especial sobre producción y servicios*— frente a otro revendedor no productor.

La posible discriminación entre productores y revendedores relacionados con éstos —*a quienes sí se les devolvió el impuesto*— y los otros revendedores, no se consideró en el laudo como una violación al derecho internacional.

2.- CEMSA NO TENÍA DERECHO A OBTENER LA DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO.

Por las razones apuntadas en el laudo¹, CEMSA nunca tuvo el derecho a exigir del Gobierno de México la devolución del impuesto, pues acepta que nunca tuvo facturas emitidas por el proveedor, en las que se indicara el monto del mismo y su traslado de manera expresa y por separado del precio. Esto es un requisito que no se cumplió. Ni de la ley, ni de las resoluciones de los tribunales locales, ni de los oficios emitidos por las autoridades fiscales, se desprende la existencia de ese derecho. Mas aun, toda la regulación sobre la materia contenida en el derecho interno de México, son desfavorables a CEMSA.

Por otra parte, es cierto como se indica en el laudo² que existe un propósito válido y racional en la política fiscal de México para establecer en la ley, como un requisito para la procedencia de las devoluciones del impuesto, el contar con facturas con el traslado de dicho impuesto, pues de esta forma en la práctica sólo se le otorgan tales devoluciones a los productores de cigarros (o a los revendedores relacionados con éstos) y no a revendedores independientes en general.

3.- LA VIABILIDAD ECONÓMICA DEL NEGOCIO DE CEMSA. SE SUSTENTABA EN LAS DEVOLUCIONES ILEGALES DEL IEPS.

El negocio de CEMSA tenía como rama de actividad más importante, la exportación de cigarros³. Esa actividad no resultaba lucrativa si es que no se obtenía del Gobierno Mexicano el pago de la devolución del IEPS.

¹ Ver apartado H3.3 del Laudo, párrafos 117 y 188.

² Ver apartado H3.4, párrafo 136.

³ Ver declaración de Jaime Zaga Hadid, en la que señala: "Yo se que el negocio del cigarro era por mucho la actividad de negocio más lucrativa para CEMSA. Por 1997, las exportaciones de cigarros constituyeron más del 90% de las utilidades brutas de CEMSA".

Esto se desprende de la información financiera, contable y fiscal que presenta CEMSA⁴, y de las decisiones tomadas por la misma empresa cuando le fueron negadas las devoluciones⁵.

Así, la actividad de negocios de CEMSA, consistente en exportar cigarrillos, siendo legal, se basaba en un presupuesto evidentemente violatorio de las leyes mexicanas: obtener del gobierno la devolución del impuesto, sin tener derecho a ello.

4.- EL DEVOLVER IMPUESTOS NO NECESARIAMENTE IMPLICA UNA RESOLUCIÓN DE LA AUTORIDAD FISCAL.

En México, como ocurre en otros países, la administración de los tributos tiene como una de sus constantes el recibir masivamente solicitudes de devolución de impuestos. Ante la imposibilidad práctica de la autoridad administradora en materia fiscal, de revisar y resolver cada una de las solicitudes, la ley⁶ indica que cuando *'se proceda a la devolución de cantidades señaladas como saldos a favor en las declaraciones presentadas por los contribuyentes, sin que medie más trámite la orden de devolución no implicará resolución favorable al contribuyente'*.

Esto significa que las órdenes de devolución no generan derechos para el solicitante; en otros términos, que la autoridad que devuelve no determina por ello la situación jurídica del solicitante. Es el solicitante quien calcula y determina sus saldos a favor y obtiene la devolución de una manera a la que podría llamarse automática, pues no viene precedida de un acto de autoridad que certifique o confirme la existencia

⁴ Dictámenes fiscales de 1991 a 1998, Volumen 1 Auditoría, Estados de cuenta bancarios 96 y 97, Pólizas de cheque 96 y 97, Facturas de compra 96 y 97, Pólizas de diario e ingresos 96 y 97, Reportes de Auxiliares 96 y 97, Información financiera, Pedimentos de Exportación 96 y 97.

⁵ Declaración del actor.

⁶ Artículo 22 del Código Fiscal de la Federación.

del derecho a la devolución o si los cálculos aritméticos se realizaron de manera correcta y conforme a la ley.

Así, puede entenderse que la autoridad fiscal pueda devolver un impuesto a quien no tiene derecho a ello, como en repetidas ocasiones lo hizo con CEMSA⁷ y como podría haberlo hecho también con otros exportadores no productores, el Grupo Poblano por ejemplo, sin que por esta razón le esté otorgando o reconociendo derechos al solicitante.

En este contexto del derecho interno, debe ser analizada la posible violación al Tratado de Libre Comercio y al derecho internacional, en materia de discriminación, como la que reclama el actor.

5.- EL CASO DEL PROPIO ACTOR ES EL MEJOR EJEMPLO DE LA POSIBILIDAD DE QUE SE ENTREGUEN DEVOLUCIONES IMPROCEDENTES O EXCESIVAS.

CEMSA obtuvo devoluciones en numerosas ocasiones, sin tener derecho a ello, pues nunca contó con facturas del proveedor con el traslado del impuesto. Además, la propia CEMSA elaboró las declaraciones correspondientes donde anotó los saldos a favor, por cantidades excesivas y siguiendo un procedimiento aritmético sin ningún fundamento, que trajo como consecuencia que el fisco mexicano le devolviera cantidades mucho mayores a la originalmente recaudadas con

⁷ En el expediente está probado que la propia CEMSA obtuvo las siguientes devoluciones: el 15 de mayo de 1996, \$21,761, el 4 de junio de 1996, \$240,752, el 12 de octubre de 1996, \$1'061,033, el 10 de julio de 1996, \$335,183, el 9 de septiembre de 1996, \$612,908, el 18 de octubre de 1996, \$1'588,138, el 2 de diciembre de 1996, \$5'010,722, el 20 de enero de 1997, \$12'908,447, el 4 de febrero de 1997, \$783,360, el 4 de marzo de 1997, \$9'173,115, el 4 de abril de 1997, \$5'368,500, el 6 de mayo de 1997, \$6'220,528, el 4 de junio de 1997, \$7'899,720, el 3 de julio de 1997, \$8'052,575, el 10 de septiembre de 1997, \$8'849,367, el 5 de agosto de 1997, \$5'259,676, el 3 de noviembre de 1997, \$9'032,364.

motivo de la fabricación y venta del mismo producto⁸. Sin embargo, obtuvo la devolución que solicitó de manera 'automática'.

6.- TRATO NACIONAL. EL ACTOR NO ACREDITÓ VIOLACIÓN A ESTE PRINCIPIO; TAMPOCO PROBÓ LA EXISTENCIA DE UN TRATO DESIGUAL Y MENOS FAVORABLE.

En el Laudo se señala con toda precisión, que la discriminación reclamada en este caso no es *de iure* sino *de facto*. Una discriminación *de facto* implica una violación al TLC, si a un inversionista de un Estado se le da un trato menos favorable que a los inversionistas nacionales. La violación dependerá de la comparación entre tratos.

De lo que señala el actor en su demanda y sus anexos, como su versión de los hechos, no se desprende lo que afirma en el sentido de que a otro o a otros inversionistas mexicanos se les dio un trato más favorable; mas aun, el actor describe el trato que supuestamente el Gobierno Mexicano le dio a ese otro inversionista, y de tal descripción resulta que dicho trato es esencialmente igual al que recibió CEMSA.

En efecto, CEMSA recibió la devolución del impuesto en diversos períodos, y en otros se le negó mediante resolución formalmente emitida por la autoridad fiscal. El actor afirma que a las empresas del Grupo Poblano —*que se supone están en igualdad de circunstancias y que son de inversionistas mexicanos*— también se les devolvió el impuesto por diversos períodos y también sufrieron la negativa de parte del fisco por otros⁹.

⁸ Ver nota 25 del Laudo y sus referencias.

⁹ El actor señala en su demanda a fojas 54 párrafos 128, 129 y 130 de la versión en inglés y página 59 y 60, párrafos 128, 129 y 130 de la versión en español, lo siguiente: “**128.** Alrededor de julio de 1999, el demandante se enteró que Hacienda

Diferente sería que el actor afirmara que al Grupo Poblano siempre se le devolvió el impuesto que solicitó, o que de alguna forma el fisco mexicano le reconoció el derecho a la devolución, aún sin contar con las facturas con el traslado del impuesto.

Así, el actor argumenta un trato discriminatorio, pero de su propio planteamiento se desprende que el trato que el Gobierno Mexicano le dio a CEMSA, es esencialmente igual al recibido por el Grupo Poblano. Es probable que esta contradicción se origine en que la reclamación por discriminación fue agregada como algo accesorio, y después de haber iniciado este proceso. Lo cierto es que existe, y que el tribunal no puede apartarse de los hechos expuestos por el propio actor y que por lo señalado aquí, nada ayudan a su argumentación sobre trato menos favorable y discriminación.

Por otra parte, las pruebas aportadas por el actor tampoco demuestran que en la práctica, el Grupo Poblano haya recibido un trato más favorable que CEMSA, lo que pudo haber sucedido si siempre se le hubiera devuelto el impuesto solicitado. Mas aun, el actor no logra

estaba permitiendo exportaciones de cigarros y otorgando devoluciones del IEPS sobre tales exportaciones a por lo menos una empresa propiedad de mexicanos, que al igual que CEMSA no es productora de cigarros. La compañía era Mercados Regionales, S.A. de C.V., ("Mercados 1"). Esta información provino de César Poblano, socio del negocio de LINX, que también había otorgado préstamos a CEMSA en 1996-1997, cuando CEMSA obtuvo préstamo para financiar compras de cigarros tal y como se señala anteriormente. Declaración Feldman párrafo 91. **129.** Ulteriormente, el Demandante obtuvo documentos que muestran el pago de devoluciones de IEPS por parte de Hacienda a Mercados 1 por concepto de exportaciones de cigarros realizadas en 1999. Recibió estos documentos del anterior abogado de CEMSA, Javier Moreno Padilla. Declaración de Feldman, página 91 y copias del apéndice 0470470-0505. **130.** Las quejas de CEMSA ante el Tribunal por motivo de esta discriminación aparentemente dieron al traste con los acuerdos de Mercados 1 con Hacienda, y sus propietarios intentaron incluir una nueva empresa, como exportadora, registrada, Mercados Extranjeros, S.A. de C.V. ("Mercados II"). Estos esfuerzos no tuvieron éxito, por lo menos, temporalmente, pues Hacienda consideró erróneamente que Marvin Feldman participaba en el negocio de Mercados II. Declaración Feldman, párrafo 92, y documentos del apéndice 0470-72. Hojas 54 y 55 de la demanda párrafos 128, 129 y 130.

probar ni siquiera un solo elemento del trato que el Gobierno Mexicano dio a Grupo Poblano en materia de devolución o no devolución del impuesto.

La mayoría llega a la conclusión de que sí hubo trato menos favorable para CEMSA, en base a una cadena de inferencias —*que no comparto y que relaciono en el siguiente apartado*— y, sin señalar con detalle en qué consistió el trato que se supone que el fisco le dio al Grupo Poblano, a efecto de establecer una adecuada comparación con el trato recibido por CEMSA.

En efecto, en el apartado 12.2 del Laudo se parte del hecho de que al Grupo Poblano no se le negaron las devoluciones —*o en otros términos, que sí se le devolvió el impuesto*— por un período de 16 meses en los años de 1996 y 1997, y a CEMSA se le negaron.

Sin embargo, la mayoría olvida que según el propio actor, también al Grupo Poblano se le negaron las devoluciones, por determinados períodos, por lo que no quedó expresado en el Laudo lo que se desprende del expediente en el sentido de que el trato recibido por ambos inversionistas fue esencialmente el mismo.

Las documentales y otras pruebas aportadas por la actora, no demuestran tampoco un trato diferente y más favorable al Grupo Poblano; mas aun, de esas pruebas no puede establecerse qué tipo de trato recibió el Grupo Poblano; ni siquiera puede afirmarse con base en ellas, que el Grupo Poblano haya recibido alguna devolución del impuesto.

El actor presentó tres documentos dirigidos a demostrar una discriminación, que fueron analizados en el Laudo:

- a.- El testimonio del Administrador General de Grandes Contribuyentes de la Secretaría de Hacienda, Eduardo Díaz Guzmán. En él se indica que a tres exportadores de cigarros sí se les inscribió como exportadores y a dos se les negó el registro.
- b.- Un memorándum sin firma, ni fecha, que el actor atribuye al demandado, en el que relata que debe negarse un registro de exportador a Mercados Regionales, empresa del Grupo Poblano.
- c.- Una impresión no oficial de una parte de una base de datos, aparentemente del Registro Federal de Contribuyentes, donde aparecen datos supuestamente declarados por una empresa del Grupo Poblano.

Únicamente en base a estos documentos, es que la mayoría presume que sí existió discriminación de CEMSA, frente al trato que —*dice que se probó*— se dio al Grupo Poblano, para lo cual expresó los razonamientos que enseguida se transcriben:

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

ninguno de esos puntos fue efectivamente cuestionado por el Demandado:

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

No comparto estas conclusiones por las siguientes razones:

La mayoría acepta que el alcance de las citadas pruebas sobre discriminación es limitado; a mí me parece que su alcance no es sólo limitado, sino que es nulo, pues con ellas no se prueba absolutamente nada en materia de discriminación.

El oficio de Eduardo Díaz Guzmán, sólo señala que a tres empresas se les dio el registro de exportadores, pero nada dice sobre las circunstancias de esas tres empresas; no dice que empresas son, si contara con facturas con el traslado del IEPS, y en general no aporta ningún dato que permita suponer que sus circunstancias deban considerarse similares a las de CEMSA para saber si en este punto resulta aplicable la obligación de trato nacional establecida en el TLC, no sería improbable que se tratara de revendedoras relacionadas con los productores, a quienes el sistema diseñado para el IEPS, sí les permite contar con facturas con el impuesto desglosado y por ende tienen el derecho a la devolución del impuesto; para esas empresas se prevé en la

ley, el derecho a la devolución, exclusivamente, por las razones de política fiscal arriba descritas.

Del oficio de Díaz Guzmán no se desprende que a las empresas del Grupo Poblano se les haya inscrito en el padrón de exportadores, y menos aún que se les haya devuelto el impuesto.

Del memorándum sin firma se desprende —*suponiendo que sea de tomarse en cuenta dada su falta de autenticidad*— que a las empresas del Grupo Poblano debe negárseles el registro. Esto contradice la pretensión del actor.

De la impresión no oficial del Registro Federal de Contribuyentes, de ser auténtico, sólo se prueba que una empresa del Grupo Poblano solicitó su inscripción en dicho registro —*que es distinto al registro de exportadores*— bajo la actividad de venta de tabacos labrados ¿qué prueba lo anterior sobre el trato que en materia de IEPS y de devoluciones se dio al Grupo Poblano?. En mi opinión, nada.

Por otra parte, el testimonio del señor Carvajal, quien es empleado de CEMSA, nada afirma en concreto sobre las devoluciones otorgadas y/o negadas al Grupo Poblano.

7.- LA CARGA DE LA PRUEBA.

Es principio general de derecho que la carga de la prueba incumbe a todo aquel que sostiene una pretensión: Necitas probandi incumbit illi qui agit¹⁰. Así, para afirmar que el demandado violó en su perjuicio lo que estipula el artículo 1102 del Tratado de Libre Comercio y que por ello

¹⁰ En el mismo sentido Giuseppe Chiovenda. Istituzioni de Diritto Processuale Civile Vol. III, p 99.

debe pagarle una indemnización, al actor correspondía probar la discriminación de hecho que alega, y concretamente cual fue el trato dio el Gobierno Mexicano en cuanto a devolución del impuesto por exportación de cigarros, a inversionistas mexicanos, y el actor debió también zanjar una diferencia sobre el trato que CEMSA recibió, señalando las razones de porqué es un trato menos favorable.

El actor debió probar además, que las circunstancias del Grupo Poblano y CEMSA son las mismas.

Sus pruebas aportadas no son suficientes; llama la atención el poco énfasis que el actor puso para probar el trato más favorable que supuestamente recibió el Grupo Poblano. Si el señor César Poblano era prácticamente un socio del señor Marvin Feldman¹¹ ¿porqué no lo ofreció como testigo?, o bien ¿porqué no obtuvo de él documentación que probara el trato más favorable que dice que se le dio?.

No considero que exista ningún fundamento en el TLC ni en el derecho internacional que permita considerar, que en este caso la carga de la prueba se transfiere a la demandada, como lo señala la mayoría en el párrafo 177 del Laudo, donde se señala que el actor logró generar una presunción y un “prima facie case”.

Yo disiento. El actor dice que hay discriminación, pero él mismo describe el trato recibido por el Grupo Poblano y resulta ser esencialmente igual al dado a CEMSA, según se expuso arriba; el actor presenta básicamente pruebas documentales, de las que no se desprende absolutamente nada sobre el trato que recibió el Grupo

¹¹ Ver declaración del señor M. Feldman, párrafos 72 y 73 en la que reconoce que el señor Poblano le prestó dinero para las compras de cigarros, debiendo cobrar un 14% una vez obtenido la devolución del IEPS; queda claro que entre ellos existió un acuerdo de reparto de utilidades y no solo de pago de intereses.

Poblano en materia de devolución del IEPS. En esos términos no puede presumirse un trato menos favorable a CEMSA que al Grupo Poblano.

En esta cuestión del traspaso de la carga de la prueba, no puede desatenderse la naturaleza de tipo fiscal de la información que se solicitó. No obstante esto, la mayoría hace inferencias sobre los hechos que la llevan a concluir que hubo un trato menos favorable para CEMSA, en base a que el Gobierno Mexicano no aportó pruebas sobre las devoluciones otorgadas, negadas u objetadas posteriormente al Grupo Poblano, pues considera que el actor probó lo suficiente como para que se transfiriera la carga de la prueba, y que por tanto era el Gobierno Mexicano quien debía demostrar que no hubo discriminación.

Es cierto que la autoridad fiscal mexicana, como ocurre con el fisco en muchos países¹², tiene la obligación de guardar reserva en lo concerniente a las declaraciones y datos suministrados por los contribuyentes. Este principio de reserva es fundamental para generar confianza en los contribuyentes con respecto al fisco y así facilitar la recaudación de los tributos; es un aspecto que si bien se refiere al derecho interno, es de orden público.

También es cierto que si los funcionarios de la Secretaría de Hacienda hubieran proporcionado a este tribunal información sobre los detalles de las declaraciones presentadas por las empresas del Grupo Poblano, los

¹² Por ejemplo, Estados Unidos de América y Canadá quienes son socios comerciales de México en el TLC, también tienen el deber de mantener confidencialidad de la información de sus contribuyentes. Tan es así, que ambos países tienen celebrados con México Acuerdos Amplios de intercambio de información para intercambiar información fiscal relativa a sus contribuyentes pero con la obligación de que las informaciones recibidas serán mantenidas en secreto en igual forma que las informaciones obtenidas en base a su derecho interno. Sobre el secreto bancario, el secreto profesional, y el secreto de las declaraciones e informaciones obtenidas por el fisco, en España, Alemania y Argentina, véase Giuliani Fonrouge, Derecho Financiero, Vol. 1, P. 549, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2001.

saldos a favor que en ellas pudieron aparecer, y las devoluciones de impuestos otorgados y/o negados, habrían incurrido en responsabilidad personal.

Por tanto, una cuestión de tipo procesal como la que nos ocupa, aun y cuando sea en el ámbito del derecho internacional, no debe perturbar esta norma. En suma no es reprochable que el Gobierno Mexicano no haya presentado en el juicio la información y documentación de tipo fiscal que tiene sobre el Grupo Poblano.

Por otra parte tampoco es razonable inferir que lo dicho por el actor es cierto, sólo porque la Secretaría de Hacienda no presentó en el juicio arbitral la información que tiene sobre un determinado contribuyente, y que está impedida legalmente a presentar.

En todo caso, el tribunal debió haber partido de los hechos contundentemente probados por el actor —*que no es el caso*— y sólo para los aspectos no fundamentales, integrar los hechos no conocidos en base a presunciones.

Sobre este punto, el Laudo dice en su párrafo 178: *“... la mayoría también se ve influida por el enfoque de la cuestión de discriminación adoptado por el Demandado. Si el Demandado contaba con pruebas demostrando que las empresas del Grupo Poblano no habían sido tratadas más favorablemente que CEMSA en cuanto al otorgamiento de las devoluciones del IEPS, nunca explicó por qué no las había aportado”*.

La posición del demandado no debió afectar el ánimo de los demás señores árbitros, como no afectó el mío, por las siguiente razones:

- a.- Porque contrariamente a lo dicho en el párrafo transcrito, el demandado sí explicó a detalle y varias veces¹³ sobre su impedimento de ley.
- b.- Porque el propio demandado propuso que a fin de dar esa información, sin incurrir en responsabilidad personal, se iniciara un procedimiento ante un Juez de primera instancia, con el fin de que éste le ordenara a la autoridad fiscal proporcionar esa información¹⁴. El actor no contestó nada sobre esta propuesta y el tribunal tampoco tomó ninguna resolución sobre el particular.
- c.- Porque el demandado mostró, no obstante su impedimento, una actitud de cooperación con el tribunal. En su contestación de demanda y en la dúplica, presentó al tribunal la información relativa a las exportaciones de cigarros realizadas por el Grupo Poblano, según registros elaborados por la Secretaría de Economía. (Quien no es autoridad fiscal)

¹³ En el oficio No. DGCJN.J11.01.373.01 de fecha 2 de julio de 2001 se puede leer que: "... Por lo que se refiere a los expedientes 328 y 333, según ya lo ha manifestado la demandada, se trata de expedientes que contienen información confidencial de terceros contribuyentes, cuya divulgación está prohibida por la ley. La demandada advirtió al Tribunal sobre las restricciones en materia de suministro de información fiscal confidencial mediante su oficio del 11 de enero del 2001.

Ni el suscrito, ni funcionario alguno de la Secretaría de Economía o sus consultores tienen acceso a esos expedientes, ni lo han tenido, y no estamos autorizados para conocer su contenido.

Respetuosamente, la demandada no tiene conocimiento conforme a qué reglas podría el Tribunal autorizar a los funcionarios de la Secretaría de Economía u otras personas a tener acceso a tal comunicación.

Mas aún, cualquier funcionario de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que divulgue información contenida en los expedientes referidos puede incurrir en responsabilidad administrativa y penal ... La orden del Tribunal obligaría a los funcionarios de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público actuaran directamente en contravención de disposiciones legales precisas y los pondría personalmente en riesgo de incurrir en personalidad."

¹⁴ Mismo oficio citado en la parte anterior.

La mayoría afirma en el mismo párrafo 178 que los esfuerzos del demandado, en lugar de proporcionar la información sobre el Grupo Poblano, se dirigieron a buscar la demostración de que CEMSA y Poblano son compañías relacionadas, y que si aún no se hubiera devuelto el IEPS a Poblano, la relación entre ambas empresas era irrelevante.

Tampoco coincido, pues si es importante, como ya mencioné, el que entre las dos empresas haya una clara vinculación (*el señor Feldman se entera de la oportunidad de conseguir las devoluciones del IEPS a través del señor César Poblano; tienen el mismo abogado; el señor Poblano participa de los resultados del negocio de exportaciones de CEMSA, pues lo financia*); por tanto, no es sólo el Gobierno de México quien puede disponer de información sobre el trato que recibió el Grupo Poblano, sino también el actor, y no obstante esto, tampoco presentó evidencia clara sobre este punto que resultaría convincente para afirmar que hubo discriminación.

Yo puedo suponer que de haber contado con la información relativa a las devoluciones del IEPS otorgadas al Grupo Poblano, se habría mostrado un trato similar al de CEMSA, esto es, que en unas ocasiones se le devolvió el impuesto y en otras no, pues así lo afirmó el propio actor.

8.- DISCREPANCIA CON LAS INFERENCIAS DE LA MAYORÍA.

Con base en las documentales arriba analizadas, y en el hecho de que el demandado no aportó prueba alguna sobre el trato que el Gobierno de México dio o que no dio a un inversionista doméstico, la mayoría concluye que sí hubo trato discriminatorio para CEMSA, para lo cual tuvo que inferir lo siguiente:

- 1.- Que las empresas del Grupo Poblano solicitaron devolución del IEPS. Esto no quedó probado.
- 2.- Que Hacienda le devolvió al Grupo Poblano el IEPS, por exportaciones de cigarros. No existe constancia en el expediente que soporte esa afirmación, sólo la presunción de los árbitros de la mayoría.
- 3.- Que las devoluciones al Grupo Poblano fueron, además, otorgadas por un período de 16 meses, en los años de 1997 y 1998. Yo ignoro, realmente, porqué debe tenerse por cierto este hecho.
- 4.- Que el Grupo Poblano no contaba con facturas con el traslado del IEPS y que por tanto sus circunstancias son las mismas que las de CEMSA. Esto no fue ni probado ni afirmado por el actor¹⁵.
- 5.- Que el trato otorgado al Grupo Poblano fue más favorable, lo que necesariamente significa el que no se le negaron las devoluciones; que siempre se le otorgaron las devoluciones.

Yo considero, respetuosamente, que la actora no probó su acción, y que no resulta lógica ni jurídicamente válido el presumir hechos desconocidos (el trato a Grupo Poblano) en base a una cadena de inferencias.

También considero que para poder afirmar que un Estado viola sistemáticamente sus propias leyes, a fin de dar un trato menos favorable a los inversionistas de otro Estado, o con cualquier otro

¹⁵ Igualdad de circunstancias, según los comentarios al artículo 24, No Discriminación del Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio, de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, se da cuando concurren condiciones de derecho y hecho similares. En el mismo sentido la Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo de la ONU. Las pruebas aportadas por el actor no demuestra esas condiciones.

propósito, debe contarse con pruebas que demuestran claramente esos hechos; soy de la opinión de que para ello no basta con simple inferencias; que un patrón de conducta de existir, tendría diversas manifestaciones que permitiría a cualquiera de las partes probarlo fehacientemente.

9.- DISCREPANCIA CON LAS CONSIDERACIONES JURÍDICAS DE LA MAYORÍA.

El TLC obliga a dar a los inversionistas del otro Estado, un trato no menos favorable que a los inversionistas nacionales, a fuerza de no incurrir en discriminación.

En el caso, se alega una discriminación de facto, y para ello sólo se toma en cuenta lo ocurrido con un solo inversionista doméstico.

Esto me parece que no es suficiente para concluir que existe discriminación. En efecto, aun y cuando se hubiera demostrado que CEMSA recibió un trato menos favorable que el Grupo Poblano, tampoco habría lugar a afirmar que por ese solo hecho, México violó la obligación de trato nacional establecida en el TLC.

De acuerdo con lo que se expone en el Proyecto de Convenio sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente ilícitos, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en su 53º período de sesiones, no habría lugar a afirmar que por ese solo hecho, México incurrió en una discriminación prohibida por el citado artículo 1102. La discriminación incompatible con el TLC no puede acreditarse con casos aislados o excepcionales, sino con hechos compuestos que

impliquen un conjunto de comportamientos de un Estado que demuestren una práctica sistemática¹⁶.

Conforme al derecho internacional puede afirmarse que la discriminación se determina por hechos compuestos que llevan al Estado Responsable a una política o práctica sistemática.

Por ende, si sólo se tiene “probado” un “universo de dos” en el expediente de este asunto, como lo reconoce el Laudo, lo procedente es concluir que no se tiene suficiente evidencia de discriminación y trato desigual dado al inversionista del otro Estado, frente al trato que se ofrece en general a los inversionistas nacionales.

No encuentro ningún fundamento para concluir que, a falta de pruebas para soportar la acción que se promueve, baste con analizar un universo restringido a dos casos, máxime que por la naturaleza jurídica de la obligación de otorgar trato nacional a los inversionistas del otro Estado, ésta debe valorarse en función de su institucionalidad y consistencia.

10.- ESPECIAL IMPORTANCIA DE TODO LO ANTERIOR EN LA MATERIA FISCAL.

Si en realidad el actor no tiene el derecho a la devolución del IEPS, causa aversión el que se le otorgue algo equivalente vía indemnización por daños, sólo porque argumenta que existe el caso de otro inversionista —*mexicano, en igualdad de circunstancias*— a quien se le

¹⁶ El comentario 2 al artículo 15 del citado Convenio, señala: “Los hechos compuestos abarcados en el artículo 15, se limitan a las violaciones concernientes a un conjunto de comportamientos y no a hechos concretos en sí. En otras palabras, se trata de una serie de acciones u omisiones definidas en su conjunto como lícita. Ejemplos de esas obligaciones son las prohibiciones del genocidio, el apartheid o los crímenes de lesa humanidad, los actos sistemáticos de discriminación racial, los actos sistemáticos de discriminación prohibida en un acuerdo comercial, etc.”.

concedió la devolución, y sin tener derecho a ella tampoco. Esto es más delicado si se parte de lo dicho arriba en cuanto que la viabilidad económica del negocio de CEMSA se sustenta en obtener ilegalmente devoluciones de impuestos; de otra forma su actividad no tiene sentido.

De prevalecer criterios como el contenido en el Laudo, a un inversionista de un Estado parte del TLC le bastaría con demostrar una sola desviación en la administración de un tributo, cometido por otro Estado parte del mismo tratado, a favor de un solo inversionista nacional — *cuyas circunstancias aparentemente sean similares*— para demandar y obtener un beneficio de ese otro Estado y en detrimento de su hacienda pública.

Las consideraciones de tipo jurídico-procesal, adoptadas por la mayoría en este caso, también han puesto al fisco mexicano en un estado de indefensión, lo cual podría ocurrir de la misma forma con la hacienda pública de los otros dos países sujetos a las obligaciones del artículo 1102 del TLC. En efecto, las autoridades fiscales de México —*al igual que las de E.U. y Canadá*— deben guardar reserva sobre la información que tengan de sus contribuyentes. No me parece acertado que si un inversionista imputa hechos a una autoridad fiscal, sin que ésta pueda probar en contrario dada la obligación de reserva mencionada, se tengan por ciertos esos hechos y por ello se determine que el Estado correspondiente ha incurrido en un ilícito, que le traerá como consecuencia un detrimento para su hacienda pública.

Por último, creo que llegar a presumir que un Estado viola sistemáticamente sus leyes fiscales, en contra de sus propios intereses económicos, y que se le reproche en un proceso arbitral internacional el no haber violado dichas leyes en beneficio de un inversionista extranjero, es algo muy delicado, y que debió haber estado soportado en evidencias

claras y convincentes, lo cual no aconteció en el caso Marvin Feldman v México.

CONCLUSIÓN.

Yo no encuentro que exista discriminación ni violación al artículo 1102 del TLC; no estoy de acuerdo con la condena de pago de daños.

Jorge Covarrubias Bravo

3 de diciembre de 2002