



**EN EL CASO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL AL AMPARO DEL
CAPÍTULO XI DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA
DEL NORTE**

**GAMI INVESTMENTS, INC.,
DEMANDANTE**

c

**ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
DEMANDADO**

**RÉPLICA DE MÉXICO AL ESCRITO DE GAMI
POSTERIOR A LA AUDIENCIA**

CONSULTOR JURÍDICO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS:
Hugo Perezcano Díaz

ASISTIDO POR:
Secretaría de Economía
Luis Alberto González

Thomas & Partners
J. Cameron Mowatt
Greg Tereposky
Georges Bujold

Shaw Pittman LLP
Stephan E. Becker
Sanjay Mullick

Índice

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	LAS RECLAMACIONES DE VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 1105	1
	A. El argumento de que México omitió implementar y aplicar efectivamente la política azucarera	1
	1. El contexto en que la reclamación se presenta.....	1
	2. Los argumentos de GAMI en su Escrito Posterior a la Audiencia	6
	a. La aplicación efectiva de los compromisos de exportación.....	6
	b. CAZE	7
	c. Los niveles de producción base	9
	3. La causalidad	10
	B. El argumento de que la expropiación fue arbitraria.....	11
III.	LA RECLAMACIÓN DE VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 1110.....	12
	A. La demandante no ha demostrado que hubo una expropiación indirecta o una medida equivalente a expropiación.....	12
	B. No es admisible mezclar conceptos y reclamaciones de derecho internacional y de derecho interno.....	14
	C. El propósito del TLCAN no es rescatar a inversionistas extranjeros	16
IV.	LA RECLAMACIÓN DE VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 1102.....	17
	A. La suspensión de pagos.....	17
	B. Las consecuencias del juicio de amparo	19
V.	DAÑOS.....	19
VI.	PETICIÓN	21

I. INTRODUCCIÓN

1. El escrito que GAMI presentó con posterioridad a la audiencia pone de manifiesto las numerosas deficiencias de su caso y que el Tribunal no puede ignorar.
2. Es revelador que, habiendo ignorado las directivas del Tribunal en la Orden de Procedimiento No. 5, de que el propósito de los escritos posteriores a la audiencia era comentar sobre cuestiones que surgieron del testimonio o las preguntas del Tribunal durante el curso de la audiencia, GAMI optó por presentar un escrito en el que expone nuevamente su caso completo, quizás con mayor énfasis en argumentos vertidos en sus escritos anteriores que en lo acontecido en la audiencia.
3. El gobierno mexicano ha dado respuesta cabal a todos los alegatos de GAMI. Nuevamente reitera los argumentos escritos y orales que ha hecho en el curso de este procedimiento. Ofrece, sin embargo, una contestación breve a cuestiones puntuales que surgen del Escrito de GAMI Posterior a la Audiencia.

II. LAS RECLAMACIONES DE VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 1105

A. El argumento de que México omitió implementar y aplicar efectivamente la política azucarera

1. El contexto en que la reclamación se presenta

4. La reclamación de GAMI descansa en alegatos sobre la conducta de autoridades mexicanas conforme al derecho mexicano. GAMI primero pretende que este Tribunal resuelva, sobre la base de una teoría jurídica inverosímil, que México violó la normatividad mexicana aplicable al sector azucarero por actos y omisiones, como si fuese un tribunal con jurisdicción primaria. Pretende entonces que determine que esas supuestas violaciones de derecho interno se elevan a una violación del derecho internacional.
5. El Tribunal debe apreciar plenamente quién hace la reclamación y el contexto en el que la hace. GAMI no invirtió en GAM como una forma de incursionar en el negocio del azúcar, ni pretendía dedicarse a éste con posterioridad. Para GAMI, su inversión sólo representaba un negocio financiero (y uno que era, además, de alto riesgo¹ equiparable a otros que realiza habitualmente). GAMI no es más que un accionista minoritario de GAM, inversionista pasivo, que desconocía —y desconoce— el negocio del azúcar en México, Estados Unidos y el resto del mundo. No se involucró en las operaciones de GAM o sus ingenios ni en la dirección del negocio por la empresa; no participó en las actividades de la industria a través GAM, la CNIAA o de cualquier otra forma; desconocía —y desconoce— la política y la normatividad aplicable al sector azucarero mexicano, política y normatividad que no aplicaban a GAMI como accionista de un grupo corporativo propietario de ingenios.
6. Así lo evidencia el marcado contraste entre la posición que ha asumido para los propósitos de este procedimiento sobre la actuación de las autoridades mexicanas competentes y la que los distintos actores del sector —los industriales, en particular— adoptaron

1. Véase la nota al pie de página 183 del Escrito de Contestación a la Demanda y la transcripción, p. 41:14-16 de la versión en español.

contemporáneamente. Por ejemplo, GAMI es la única que ha alegado que las autoridades mexicanas violaron activamente la normatividad cañera o que dejaron de tomar acciones a las que estaban obligadas. Ninguno de los numerosos participantes en el sector —los sujetos de la normatividad— hicieron tales reclamaciones formalmente y no existen pruebas documentales de que los miembros de la industria las hayan hecho siquiera informalmente². Éstas vienen de un sujeto ajeno a la industria; un sujeto extranjero, que residía y operaba en el extranjero —pero no en el negocio del azúcar—; y que no estaba en contacto con la política y la normatividad cuyo incumplimiento ahora reclama. Es más, no estaba en contacto con el negocio del azúcar en México o cualquier otra parte del mundo.

7. La demandante manifiesta que, “[d]e haber GAMI sabido que el gobierno mismo no respetaría” las “reglas del programa azucarero”, no habría invertido su capital en GAM³. Sin embargo, no ofreció pruebas de que hubiese realizado diligencias apropiadas sobre la política azucarera y su administración, o sobre la normatividad y su aplicación. Las únicas pruebas que obran en el expediente al respecto son los documentos que GAM presentó ante la Comisión de Valores de Estados Unidos (la SEC, por sus siglas en inglés) que describen favorablemente la conducta de las autoridades mexicanas. GAMI tampoco ofreció pruebas de que contemporáneamente hubiese siquiera externado a GAM una preocupación relativa a la administración de la política azucarera o la aplicación de la normatividad.

8. Es precisamente en este contexto que GAMI ahora presenta a este Tribunal argumentos novedosos sobre la política y la normatividad azucareras, pero que, con el debido respeto, no conoce ni entiende. En consecuencia, en el curso de este procedimiento ha hecho una práctica de sugerir al Tribunal que la normatividad establece obligaciones que los instrumentos jurídicos no contienen, para lo cual declara que las disposiciones particulares incluyen términos que de hecho no incorporan; de poner en boca de testigos, y aun de su propio perito, palabras que no dijeron, e incluso de tergiversar los argumentos de la demandada, todo en un intento por sustentar sus argumentos ante las respuestas que México ha ofrecido. Por ejemplo:

- La demandante argumenta:

More specifically, Article 4 of the 1997 Acuerdo creates the legal obligation for the SHCP to provide, at the end of each harvest season:

- *information on export prices and quantities captured in the Sistema Automatizado Aduanero Integral (section II); and*
- *a determination of the level of compliance by each individual mill with its export obligations as allocated by the Ministry of Economy (section III)...⁴*

[Énfasis propio]

Las disposiciones específicas a las que GAMI refiere —pero que no cita—, textualmente establecen:

2. Véase los párrafos 11 y 12(b) del Escrito de México Posterior a la Audiencia.
3. Escrito de GAMI Posterior a la Audiencia, ¶ 9.
4. Íd., ¶ 12.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público proporcionará la información de los volúmenes y precios de exportación de azúcar estándar y de azúcar refinada, capturada en el Sistema Automatizado Aduanero Integral.⁵

y

Se realizará el cálculo de la diferencia entre las exportaciones definitivas de azúcar realizadas por cada ingenio y su cuota de exportación asignada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, considerando exclusivamente las exportaciones de azúcar producida en la zafra y las demás reglas que para tal efecto determine la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.⁶

El Acuerdo no dispone que la SHCP tenía que determinar el grado de cumplimiento de los ingenios con las cuotas de exportación asignadas por la Secretaría de Economía (entonces SECOFI). Ésta era una labor que cada Comité de Producción Cañera debía realizar con base en las facturas y pedimentos de exportación que tenía cada ingenio⁷. En la medida en que no pudiera realizarse el ajuste al interior del Comité por diferencias entre cañeros y el ingenio respectivo, correspondía a la JCACA resolver. En este contexto es que el Acuerdo simplemente dispone que la SHCP proporcionará la información y el Tribunal apreciará que, cuando la JCACA y los cañeros la solicitaron, la SHCP y la SECOFI la suministraron completa y forma diligente⁸.

No puede decirse que la posición que GAMI asume es simplemente una posible interpretación del texto del Acuerdo. Ni siquiera el perito que ofreció en materia de derecho mexicano la propone (más bien, el Lic. Schmill confirma que correspondía a los Comités de Producción Cañera realizar el cálculo respectivo y a la JCACA resolver las controversias que surgieren al respecto⁹).

- En forma similar, GAMI manifiesta:

*Mr. Pinto, confirmed that Mexico's abdication of its responsibilities was a primary cause of the market disorder that eroded the value of GAMI's investment prior to the expropriation.*¹⁰

5. Artículo 4, fracción II, penúltimo párrafo.

6. Artículo 4, fracción III.

7. El Acuerdo de 1997 dispone:

Artículo 4. Previo a la liquidación final de la caña, los Comités de Producción Cañera de los Ingenios Azucareros del País, deberán realizar el cálculo del precio al mayoreo de un kilogramo de azúcar base estándar observado para cada ingenio y el cálculo de la diferencia entre las exportaciones definitivas de azúcar realizadas por cada ingenio respecto a su cuota de exportación asignada por la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial.

...

II. El precio de las exportaciones de azúcar realizadas durante la zafra por el ingenio i se calculará como el promedio ponderado de los precios de exportación declarados en los pedimentos y facturas de todas las exportaciones de azúcar estándar realizadas por la industria, en el mes correspondiente de la zafra.

8. Véase la nota al pie de página No. 32 del Escrito de Dúplica. Destaca el hecho de que ninguna de las más de 400 actas de los Comités de Producción Cañera refleja que algún ingenio haya solicitado la información a la SHCP para corroborar la que hubiese proporcionado en el seno del Comité. Anexo R-92.

9. Opinión del Lic. Schmill, ¶ 75, en relación con el ¶ 44.

10. Escrito de GAMI Posterior a la Audiencia, ¶ 3.

De acuerdo con el pasaje de la transcripción al que GAMI refiere —pero que igualmente omite citar— lo que el Sr. Pinto respondió al Profesor Reisman fue:

ARBITRATOR REISMAN: ...What accounted for the absence of price equilibrium prior to September 2001 and accounted for the establishment of an appropriate price equilibrium after September 2001?

THE WITNESS: I would say there were a number of circumstances. On the one hand, there was a glut in the market of sugar that had to be exported according to certain regulations. Not all sugar factories were complying with this. On the other hand, there were higher and higher imports of fructose coming into the country displacing sugar that, according to the Chamber's view, should have been sugar that should have been exported to the U.S. market, and we did not receive the equivalent quotas that we felt Mexico deserved. So that there was placement of the sugar [tax] on soft drinks, not sweetened with sugar, has turned out to be a very beneficial measure for the Mexican sugar industry because the displaced sugar is now consumed in Mexico. So, it is a number of factors.¹¹

No dijo que el gobierno hubiese abdicado sus responsabilidades ni que esto fuera la razón del desorden en el mercado. Aludió a diversos factores que desequilibraron el precio interno del azúcar, ninguno de los cuales atribuyó al gobierno.

- Respecto de la definición de los niveles base de producción, GAMI argumenta:

There is no question that the 1998 Acuerdo required the Government to determine per mill base production levels starting with the 1997-1998 harvest... Chief Justice Schmill's testimony that the Government was under a legal obligation to act stands unchallenged...¹²

Lo que el Lic. Schmill declara en el pasaje de su opinión al que refiere es:

85. Carácter Normativo: las definiciones que hacen las autoridades sobre el nivel de producción base por ingenio, tiene carácter obligatorio.¹³

El Lic. Schmill no declara que el gobierno de México haya violado el Acuerdo de 1998 al no haber definido los niveles base de producción para la zafra 98/99 (que inició el 1 de octubre de 1998) y tampoco opina que lo haya hecho al haberlos definido y puesto a disposición de los ingenios en los términos del Acuerdo de 2000¹⁴. Se limita a señalar que las definiciones que las autoridades hacen son obligatorias. No se alega que los niveles de producción no se hayan definido ni puesto a

11. Transcripción, pp. 505:14-506:13.

12. Escrito de GAMI Posterior a la Audiencia, ¶¶ 27 y 28.

13. Dictamen del Lic. Schmill, ¶ 85.

14. México explicó las circunstancias por las que industriales y cañeros coincidieron en que la metodología establecida en el Acuerdo de 1998 para definir los niveles base de producción era inadecuada, por lo que solicitaron que no se definieran con base en ella, y que los tres sectores, público, industrial y cañero se avocaron a encontrar una nueva. Véase los párrafos 110 y 111 del Escrito de Contestación a la Demanda y el Anexo R-44. Véase también el apartado II.A.2.c de este escrito.

disposición de los ingenios¹⁵, ni que no se hayan observado una vez que quedaron determinados.

- GAMI también alega:

*At the hearing, Mexico continued to argue that the failings of the sugar program were a result of the lack of consensus among the industry, the cañeros and the Government.*¹⁶

Obviamente, México no hizo tal argumento. Ofreció una explicación de la política azucarera, cuyo principio rector, plasmado en la normatividad, es la concertación¹⁷. De hecho, no sólo se buscaron los consensos, sino que se fueron logrando: No debe ignorarse que los Acuerdos de 1997, 1998 y 2000 emanan del CAA y son el resultado de la concertación¹⁸.

9. Otra vez, no puede considerarse simplemente que se trata de diferencias de interpretación. Éstos son solamente unos ejemplos. La lista es larga. México señala otros casos en el Apéndice de este escrito y solicita que el Tribunal revise cuidadosamente las pruebas respectivas para contrastar los argumentos de GAMI.

10. Ante la ausencia de resoluciones de los órganos jurisdiccionales competentes sobre las supuestas violaciones que GAMI alega, de reclamaciones presentadas por los actores principales e incluso de una opinión del perito en derecho mexicano ofrecido por GAMI, el Tribunal debe apreciar el caso como lo que es: un intento por que este Tribunal asuma una competencia que no tiene y resuelva cuestiones de derecho mexicano, con base en una teoría jurídica improvisada por un sujeto que no participó en la industria y no tuvo interacción alguna con las normas aplicables, sobre materia que desconoce.

11. Ello no sólo subraya la debilidad del caso, sino que pone de manifiesto la naturaleza derivada de la reclamación y los riesgos de permitir que la pueda presentar un accionista minoritario, pasivo, alejado de los hechos y las normas jurídicas aplicables, siendo que, si la reclamación existía, entonces correspondía a otros actores haberla hecho —y ninguno la hizo.

15. El Tribunal recordará que GAMI se vio obligada a modificar su argumento original que México nunca había definido los niveles base de producción (Escrito de Demanda, ¶ 59) y ahora argumenta que no se los entregó a GAM en forma “oficial” o que no los publicó (esto último, un ejemplo más de términos que GAMI emplea, pero que no están contenidos en los Acuerdos correspondientes).

16. Escrito de GAMI Posterior a la Audiencia, ¶ 33.

17. Cf. la transcripción de la audiencia, pp. Véase también el apartado I.A del Escrito de Dúplica.

18. Véase el Escrito de México Posterior a la Audiencia, ¶ 41(f). En su último escrito GAMI manifiesta: “Mexico’s professed desire for consensus is also difficult to reconcile with the failure of Mexico even to convene the CAA between May of 1996 and December of 1999. It bears emphasis also that this was precisely the time period in which the Government, not the CAA, issued the 1997 and the 1998 Acuerdos”. Escrito de GAMI Posterior a la Audiencia, ¶ 35. Véase también el párrafo 28 del mismo. Se reitera que la suposición de GAMI de que, porque no hubo actas el CAA no se reunió, es incorrecta. Los Acuerdos de 1997, 1998 y 2000, que emanan del CAA de acuerdo con las facultades que el Decreto le confiere en el artículo 4, inciso (c), evidencian que el CAA se reunió en forma constante. El que se haya utilizado la figura del acuerdo administrativo para plasmar esas reglas, definiciones y disposiciones del CAA, no lo altera (cf. el Escrito de México Posterior a la Audiencia, ¶¶ 5 y 6, y el Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 108-111).

2. Los argumentos de GAMI en su Escrito Posterior a la Audiencia

12. México abordó en su Escrito Posterior a la Audiencia todas las cuestiones que GAMI plantea y no necesita repetir las aquí. Sin embargo, desea hacer las siguientes precisiones.

a. La aplicación efectiva de los compromisos de exportación

13. En relación con los compromisos de exportación, GAMI reconoce: “*By far the most important mechanism for compliance – the “teeth” in the law – was or should have been the imposition of a penalty price for sugarcane*”¹⁹. Ciertamente el “mecanismo” no era la imposición de la penalidad como tal, sino el recurso ante la JCACA que podía resultar en la imposición de esa penalidad²⁰. GAMI también reconoce que la JCACA constituía el principal mecanismo de aplicación efectiva de los compromisos de exportación o, dicho de otro modo, para la imposición de la penalidad²¹.

14. El Tribunal debe valorar plenamente el significado de la conducta de GAM al objetar la competencia de la JCACA. Evidencia que su propósito iba más allá de una mera estrategia de defensa para que se le exonerara de algún incumplimiento²². GAM pretendía frustrar el funcionamiento de la JCACA por completo²³.

19. Escrito de GAMI Posterior a la Audiencia, ¶ 20.

20. GAMI señala: “*The 1997 Acuerdo requires mills to export surplus sugar, in an amount proportional to its share in total production. Bizarrely, Mexico denied that this was an obligation*” (Escrito Posterior a la Audiencia, ¶ 18). El argumento de México es que el Acuerdo de 1997 no exige que los ingenios exporten ni faculte a las autoridades mexicanas, ya sea para ajustar por sí mismas los precios o para “imponer” la penalidad por la vía coactiva, a través de sanciones administrativas (véase el párrafo 103 del Escrito de Contestación a la Demanda). Según se mencionó (véase el párrafo 8 de este escrito), conforme al Acuerdo de 1997 correspondía a los Comités de Producción Cañera realizar un ajuste en el precio como una penalidad convencionalmente acordada. El mecanismo para hacer efectivos esos ajustes era el recurso ante la JCACA o ante los tribunales ordinarios. Sin embargo, las autoridades gubernamentales no tenían facultades para intervenir si los cañeros no reclamaban el pago y la JCACA o los tribunales no emitían una resolución que pudiese ejecutarse. Véase el párrafo 105 del Escrito de Contestación a la Demanda y el párrafo 44 de la Opinión de Ulises Schmill (cf. también el párrafo 21 del Escrito de GAMI Posterior a la Audiencia).

21. Cf. el Escrito de México Posterior a la Audiencia, ¶ 30.

22. De hecho, una resolución de la JCACA favorable a GAM le habría sido de utilidad, en tanto le habría permitido contar con un documento para comprobar oficialmente las exportaciones.

23. En efecto, en torno de una pregunta que hizo al Sr. Cortina, el Presidente Paulsson manifestó:

PRESIDENT PAULSSON: Before we do that, perhaps just one obvious question. On a number of occasions we have seen in writing, and we have just heard you now orally explain what your company's attitude was before the Arbitration Junta, saying essentially that since you had complied with your obligations, you had to defend yourself. Any lawyer would ask you this question, and then I expect you will understand the nature of the question. It's one thing to say I have complied with my obligations, so if I'm being attacked here, here is my proof, and there is no reason to complain against what I have done. I defend myself. It's something else to say the Junta, the Arbitration Junta, doesn't have any authority to ask these questions of me, and therefore I object to its jurisdiction.

El Sr. Cortina respondió que no recordaba cuál era la estrategia legal que GAM había seguido. El Presidente comentó que esta sería una pregunta que usualmente habría hecho a un abogado, pero que, como los abogados de GAM no estaba presentes, no proseguiría.

b. CAZE

15. En relación con CAZE, en su último escrito GAMI señala: “*Mexico does not deny that it was aware of CAZE’s fraud as early as October of 1999*” y refiere a una carta que el Sr. Santos, como Presidente de la CNIAA, dirigió a la SECOFI. GAMI añade: “*On 14 December 1999, the Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcohólera (“CNIAA” or “Chamber”) addressed another letter to the Minister of Trade confirming its request for Government action. By the end of 1999, the Government had still taken no action, despite the fact that it was by that time clear that CAZE had falsified documents to make a phony claim to have met its export requirements.*”²⁴

16. México niega que haya estado consciente de un “fraude” (lo cual sólo podrá determinarse como resultado de los procedimientos judiciales que todavía están en curso). Nuevamente, la demandada solicita que el Tribunal revise cuidadosamente el texto de los documentos a los que GAMI refiere.

17. En su carta del 27 de octubre de 1999, el Sr. Santos manifestó:

Como resultado de las citadas revisiones [la auditoría comisionada por la CNIAA²⁵] se ha informado a esta representación industrial que las exportaciones de los ingenios del Consorcio Azucarero Escorpión presentan serias irregularidades, que hacen presumir que las exportaciones de los ciclos mencionados no fueron realizados en la siguiente magnitud...

Debido a las implicaciones que para la autoridad y para la propia industria representa este hecho, además de la existencia de documentos oficiales que amparan esas operaciones y que no coinciden con los resultados de la verificación, solicito en nombre de la Cámara Nacional de las Industrias Azucarera y Alcohólera, que la Secretaría que usted dignamente representa, realice las acciones necesarias para determinar claramente la responsabilidad del Consorcio Azucarero Escorpión y de las autoridades correspondientes en este lamentable hecho.

Hago de su conocimiento que esta Cámara ha solicitado al Consorcio Azucarero Escorpión realice las acciones necesarias para determinar la manera en que se originaron las mencionadas irregularidades en forma detallada, dado lo delicado de esta situación y sus graves implicaciones a toda la industria.²⁶

[Énfasis propio]

El texto de la carta del 14 de diciembre es esencialmente el mismo y confirma:

El Consorcio Azucarero Escorpión ha iniciado la investigación interna por parte del Grupo, cuyos resultados hará del conocimiento de esta representación industrial en su momento.

18. El Sr. Santos no habló de un “fraude”, sino de una presunción de que las exportaciones reportadas no se habían realizado, y señaló que CAZE estaba investigando esta cuestión y que

24. Escrito Posterior a la Audiencia, ¶ 25.

25. Testimonio del Sr. Santos, p. 95:6-21 de la versión en español.

26. Anexo C-114.

informaría a la CNIAA el resultado oportunamente. Ello concuerda con su testimonio en la audiencia²⁷. La CNIAA optó por no tomar acción alguna contra la empresa.

19. En este contexto, GAMI alude también a una reunión de la CNIAA con la SECOFI en la que, alega, “*Mexican officials told him [Santos] and other members of the Chamber that ‘the case was closed, there’s nothing to be done, and we should forget about it...’*”²⁸. La demandada sostiene que es poco probable que los funcionarios de la SECOFI (o de cualquier otra dependencia) hayan dicho lo que GAMI hoy argumenta y las pruebas lo contradicen. No hay más prueba de lo que aconteció en la reunión que el testimonio del Sr. Santos, que el Tribunal debe considerar con reserva²⁹. En opinión de la demandada, el Tribunal puede razonablemente inferir que los funcionarios manifestaron que informarían a las otras dependencias competentes, llevarían a cabo las averiguaciones correspondientes y tomarían las acciones que estuvieran dentro de su competencia, todo lo cual se realizó, además de que aguardarían los resultados de la investigación de la propia CAZE³⁰.

20. Finalmente, la demandante alega que “*the reality of the market for a commodity such as sugar is that action must be timely, and belated prosecutions will not solve the problem in the market*” y que “*Mexico did not do so [intervene] in a timely manner to protect the public interest that had been harmed by CAZE*”³¹. Esta afirmación ilustra una de las debilidades centrales de la teoría jurídica que GAMI propone y del caso que presenta ante el Tribunal, así como el desconocimiento que tiene del mercado del azúcar y las políticas y regulaciones que lo rigen. Con base en el argumento de “la realidad de un mercado de productos básicos” (*commodities*), GAMI en esencia sugiere que ningún recurso jurisdiccional —sea ante la JCACA, los tribunales del orden común, los tribunales federales, etc.— habría ofrecido una respuesta adecuada y oportuna³², y que, por lo tanto, “la protección del interés público” faculta a las ramas ejecutivas de los gobiernos del mundo a tomar acciones que no están reguladas, ni siquiera determinadas, aun en ausencia de reclamaciones de los actores involucrados y en contra de su voluntad.

27. Testimonio del Sr. Santos, pp. 76:15-77:11 de la versión en español y pp. 137:7-138:18 de la versión en inglés.

28. Escrito Posterior a la Audiencia, ¶ 25

29. Además de que no hay pruebas documentales que lo corroboren—por ejemplo notas, memorandos, correspondencia, etc. que registren o incluso refieran lo que se dijo, qué contestaron los funcionarios al respecto o cualquier otra circunstancia (cf. el Escrito de México Posterior a la Audiencia, ¶ 11)—, el Sr. Santos incurrió en contradicciones (cf. *id.*, nota al pie de página No. 12) y claramente su testimonio dista mucho de ser objetivo, según pudo comprobar el Tribunal durante la audiencia.

30. En efecto, las pruebas demuestran que la SECOFI consideró seriamente la información proporcionada por la CNIAA e informó a las autoridades competentes para que éstas llevaran a cabo las averiguaciones respectivas (por tratarse de cuestiones en materia aduanera y de impuestos al comercio exterior, la Procuraduría Fiscal de la Federación, un organismo dependiente de la SHCP, es la autoridad responsable), las que instauraron procesos administrativos y penales. Cf. Nota No. 503-2003 del 15 de octubre de 2003, de la Dirección General de Delitos Fiscales, anexo R-37. Independientemente de las acciones que otras autoridades tomaron, la propia SECOFI, a través de su Órgano Interno de Control, emitió pliegos de responsabilidades en contra varios servidores públicos (*Ibid.*). Igualmente, la SECOFI no otorgó subsidios ni asignó cupos para la exportación de azúcar a EE.UU. a CAZE. Cf. el Escrito de Contestación a la Demanda, ¶ 107 y el testimonio de Adalberto González (Anexo R-28).

31. Escrito Posterior a la Audiencia, ¶ 26.

32. Por ejemplo, el juicio de amparo instaurado por GAM contra el Decreto Expropiatorio duró aproximadamente dos años y medio.

21. Con el debido respeto, esta teoría no tiene lógica y ciertamente no tiene una correspondencia con la realidad.

c. Los niveles de producción base

22. En su último escrito GAMI señala:

Further, the base production levels table attached to Mr. Adalberto Gonzalez's written statement was signed only by the Government and the cane growers, was never published, and was never before this arbitration made available to GAM. Mr. Pinto claims that the list was available at the Chamber, but that is contradicted by Mr. Cortina. There is no corroborating evidence for Mr. Pinto's recollections, and further, there has been no explanation as to why this list, if it was available, was signed only by the Government and the cane growers. Mexico provided no documentary evidence that it actually delivered the table included in Exhibit R-28 to any mill, including Beta San Miguel.

23. El Tribunal apreciará que el cuadro anexo al testimonio de Adalberto González³³ de hecho no contiene un número de toneladas de azúcar por ingenio, sino el número de hectáreas industrializadas correspondientes a la zafra 1997/1998 y a industrializar, correspondientes a la zafra 99/00³⁴. A diferencia de la metodología prevista en el Acuerdo de 1998, que se basaba en la producción de la zafra 97/98 (que se subestimó³⁵), la metodología acordada en 2000 se basa en el número de hectáreas por ingenio, un dato objetivo. Cada ingenio y la CNIAA lo conocían³⁶, además de que fue objeto de las discusiones entre los cañeros y los ingenios que dieron lugar al Acuerdo de 2000. En efecto, en una carta que dirigió a la SECOFI, la SAGAR y el CAA, el Sr. Santos, como Presidente de la CNIAA, menciona el acuerdo alcanzado en febrero de 2000 relativo a los niveles de producción base³⁷ y concretamente se refiere a la “superficie acordada con los propietarios de caña”. Señala que “la caña cosechada sujeta a molienda en cada ingenio es la que equivale a la superficie industrializada para moler en el ciclo...”. Finalmente, precisa que “cualquier disposición al respecto sería aplicable a partir de la zafra 2000/2001”³⁸.

24. Es claro, pues, que había un acuerdo de la industria —en efecto, una exigencia— para no aplicar niveles de producción base previo a la zafra 2000/2001 y que todos los ingenios y la CNIAA conocían la base para determinarlos, consistente en la superficie de caña industrializada. El testimonio del Sr. Pinto lo corrobora.

25. México reitera que el Acuerdo de 2000 (que plasma el acuerdo alcanzado entre cañeros, industriales y gobierno en febrero de 2000³⁹) establece que los niveles base de producción se pondrían a disposición de los ingenios en las oficinas de la SECOFI y el CAA (no dispone que se publicarían). Así se hizo. El representante de GAM acudió a la SECOFI para tal efecto. GAM

33. Anexo R-28.

34. Testimonio del Sr. Pinto, p. 460:5-13 de la versión en inglés.

35. Escrito de Contestación a la Demanda, ¶ 110 y anexo R-46.

36. El dato estaba sujeto a ratificación o rectificación, de acuerdo con la nota contenida en el cuadro que se comenta.

37. Anexo R-46.

38. *Ibíd.* La carta del Sr. Santos tenía anexo el cuadro mismo cuadro que el Sr. Adalberto González incluyó en su testimonio.

39. *Ibíd.*

obviamente quedó satisfecho (ni siquiera solicitó que se le proporcionaran por escrito, en forma oficial y, desde luego, no consideró que hubiera cualquier cosa que reclamar).

3. La causalidad

26. De acuerdo con la hipótesis de la demandante, todos los problemas que enfrentó la industria azucarera fueron el resultado de actos y omisiones del gobierno de México en la conducción de su política azucarera, y no hay otro factor que haya contribuido a la crisis. Con el debido respeto, la proposición es inverosímil por sí sola. Además, México ha demostrado que GAMI simplemente no aportó pruebas de que las autoridades hubiesen incurrido en las violaciones a la normatividad o la política que alegan y los hechos tampoco lo sustentan. No obstante, México desea hacer las siguientes precisiones sobre las causas que afectaron a la industria, a las que GAMI ha restado toda importancia.

27. La demandada debe señalar nuevamente el manejo que la demandante hace de las pruebas para sustentar sus argumentos. Las aseveraciones que hace con referencia a las pruebas, pero cuyas citas omite, son incorrectas o engañosas. El gobierno de México las aborda en el Apéndice de este escrito y, otra vez, solicita respetuosamente que el Tribunal revise cuidadosamente las pruebas al constatar los argumentos de GAMI.

28. Las pruebas demuestran que la competencia de la fructosa en el mercado tradicional del azúcar, la falta de financiamiento, los precios internacionales del azúcar, la falta de acceso al mercado de Estados Unidos y el propio comportamiento de los ingenios (incluidos los de GAM) al vender azúcar a precios descontados, tuvieron un impacto importante en la industria. También lo tuvo el incumplimiento de los particulares con sus compromisos de exportación, pero además de que no pueden atribuirse a actos u omisiones del gobierno, GAMI ni siquiera ha hecho un intento por medir sus efectos o los efectos de la supuesta omisión de establecer los niveles de producción base, en la industria o incluso sobre GAM. GAMI no ha aportado pruebas empíricas ni estudios analíticos⁴⁰. Simplemente atribuye a esas dos causas, por exclusión de cualquier otra, todos los problemas que tuvo GAM.

29. El Tribunal no puede ignorar el cúmulo de factores y el impacto que tuvieron en la industria⁴¹. GAM (en sus informes a la SEC), el Sr. Pinto y el Sr. Santos se refirieron a todos ellos⁴². Las causas de la crisis de la industria y de GAM en particular es obviamente una cuestión compleja. Así lo expresó el Dr. García, perito ofrecido por la demandada⁴³. En opinión de la demandada, para entender las causas que llevaron a la industria a una crisis financiera y sus efectos, todos esos factores son pertinentes y deben considerarse. Es imposible determinar el peso específico que cada uno de ellos tuvo en la industria, en general, y en cada ingenio, en

40. Tampoco existe un estudio sobre el impacto de las medidas que el gobierno sí tomó para aliviar la situación de la industria, que puedan contrastarse con el impacto que las distintas causas de la crisis tuvieron sobre ella.

41. Véase el Laudo del Tribunal de *Waste Management*, ¶¶ 101 y 113. Véase también el Escrito de México Posterior a la Audiencia, ¶¶ 53 al 70.

42. Escrito de México Posterior a la Audiencia, apartado I.F.b.

43. Dictamen del Dr. Luis Ramiro García, p. 48, último párrafo (anexo R-12):

La agroindustria de la caña de azúcar en México vivió entre 1998 y 2001 una situación difícil, resultado de la conjugación de diversos factores que hicieron un efecto sinérgico sobre la problemática que se vive entre los cañeros y los industriales que procesa la gramínea.

particular, en ausencia de la información contable y financiera detallada de cada empresa. El Tribunal no tiene siquiera la de GAM.

30. Sin embargo, puesto que, cualquiera que haya sido el peso específico de cada uno, es claro que no hubo incumplimiento del gobierno con la normatividad o la política mexicana, el Tribunal ni siquiera puede considerar la conducta del gobierno como un factor.

31. Desde luego, los argumentos de GAMI también suscitan la cuestión de la atribución de los actos al Estado. El gobierno de México ya se ha referido a esta cuestión en sus argumentos anteriores. Sin embargo, a la hora de valorar los argumentos de GAMI, el Tribunal también debe apreciar plenamente la conducta de GAMI, al haber omitir presentar cualquier reclamación e incluso al omitir manifestar cualquier objeción o preocupación en el seno de GAM respecto de la situación de la cual ahora se queja y la conducta de GAM al respecto; la conducta de GAM que, además de no haber presentado reclamación formal alguna, pretendió frustrar el funcionamiento de la JCACA que GAMI ahora califica como el principal mecanismo para hacer efectivo el cumplimiento de los requisitos de exportación; también la conducta de GAM al haber optado por no cobrar la indemnización que le correspondía por la expropiación y recurrir el acto expropiatorio ante los tribunales competentes; igualmente, la conducta de GAM al haberse desistido del juicio de amparo por lo que a dos ingenios se refiere y para negociar con el gobierno la indemnización; la conducta de otros participantes en la industria, por ejemplo CAZE; la conducta de la CNIAA, ante la JCACA; igualmente, la conducta de la CNIAA que dio todo el tiempo a CAZE para investigar las irregularidades detectadas por ella en sus exportaciones y que terminó por exonerarlo; la conducta de Estados Unidos, que se ha negado a establecer el panel arbitral solicitado por México conforme al capítulo XX del tratado, etc.

B. El argumento de que la expropiación fue arbitraria

32. Nuevamente, el argumento de GAMI sobre la supuesta arbitrariedad de las medidas que reclama subraya la debilidad del sustento sobre el cual descansa su caso. La demandante expresa:

[T]he expropriation of GAM's mills and GAMI's investment without rational basis either by the standards of Mexico's Expropriation Decree or by comparison with investments in sugar mills that were not expropriated is grossly arbitrary behavior well below the requirements of Article 1105. A NAFTA Party violates Article 1105 if it engages in arbitrary or discriminatory acts or omissions that impair property or other interests of foreign investors. As Mr. Santos aptly summed it up: "To what I understand, to the extent I understand it, there was no rational or logical explanation [for what the Government did]." Such arbitrariness in Mexico's expropriation process is a violation of the minimum standard of treatment required under international law and Article 1105.

33. El argumento que GAMI hace ahora es muy revelador, particularmente a la luz de los criterios del derecho internacional⁴⁴. En el caso *ELSI*, una Cámara de la Corte Internacional de Justicia determinó:

128. Arbitrariness is not something so much opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law. This idea was expressed by the Court in the Asylum case, when it spoke of "arbitrary action" being "substituted for the rule of

44. Véase particularmente el apartado I.F del Escrito de México Posterior a la Audiencia.

law”...It is a wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety.

34. La simple percepción del Sr. Santos sobre la expropiación⁴⁵ que GAMI ofrece como sustento contrasta marcadamente con los criterios establecidos del derecho internacional.

III. LA RECLAMACIÓN DE VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 1110

A. La demandante no ha demostrado que hubo una expropiación indirecta o una medida equivalente a expropiación

35. De acuerdo con el reciente laudo en el caso *Waste Management*, una expropiación indirecta es, no obstante, una confiscación de la propiedad (por parte del gobierno)⁴⁶. En este caso, no hay duda de que el gobierno no despojó a GAMI de su inversión, directa ni indirectamente. GAMI sigue siendo el titular de las acciones de GAM que adquirió y sigue en el pleno goce de todos los derechos que le confieren. Lo único que GAMI reclama es que sus acciones perdieron todo valor. De acuerdo con el Tribunal de *Waste Management*, su argumento en realidad se refiere a una medida equivalente a expropiación.

36. Al no haber un despojo, GAMI tiene la carga de probar plenamente que la medida tiene los efectos que le atribuye y que, además, éstos son equivalentes a una expropiación de su inversión. De acuerdo con el Tribunal del caso *Waste Management*, cada caso debe verse a la luz de la situación de hecho y el fundamento de las medidas en cuestión⁴⁷. Sólo puede procederse al análisis del cumplimiento con los requisitos previstos en los incisos (a) al (d) del artículo 1110(1), si el Tribunal ha determinado que la medida es equivalente a expropiación. Si GAMI no logra demostrar que existe una medida equivalente a la expropiación de sus acciones —y la demandada sostiene que no lo ha hecho—, entonces todos los argumentos que hace en relación con los requisitos del artículo 1110(1) obviamente se tornan irrelevantes a la reclamación respectiva⁴⁸.

37. En este caso, la medida reclamada es la expropiación directa, efectuada conforme a derecho mexicano a GAM, una persona moral mexicana propiedad de y controlada por mexicanos, y que, se alega, tuvo el efecto de dejarla sin valor y, en consecuencia, de dejar sin valor a las acciones de GAMI en GAM. Por consiguiente, el Tribunal debe analizar si, a la luz de los hechos aducidos, la expropiación directa de los ingenios de GAM —la medida en cuestión— tiene el efecto que GAMI le atribuye —si privó por completo de valor a GAM— de modo que se torna en una medida equivalente a expropiación. El único derecho de propiedad que GAMI ha identificado es la titularidad de sus acciones y el único efecto de la medida

45. México reitera que el Tribunal debe considerar el testimonio del Sr. Santos con reserva. En adición a lo señalado en la nota al pie de página No 29 de este escrito, el Tribunal debe apreciar que el Sr. Santos no es un perito en derecho; que los ingenios del grupo azucarero que dirigía también fueron expropiados; que, por consiguiente, tiene intereses y una posición particulares que desea promover; que en la audiencia fue evidente que los sucesos lo afectaron en lo personal, incluso emocionalmente. Su testimonio está lejos de ser objetivo.

46. *Waste Management c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, laudo del 30 de abril de 2004, ¶ 143.

47. *Íd.*, ¶ 155.

48. Cf. el laudo en el caso *Marvin Roy Feldman Karpa c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, del 16 de diciembre de 2002, ¶ 98.

reclamada es la supuesta pérdida del valor de éstas (como consecuencia de la pérdida de todo valor de GAM).

38. Si la expropiación directa no tuvo los efectos que GAMI reclama, entonces el Tribunal debe desechar la reclamación. El Tribunal no puede llevar a cabo el análisis a la inversa como lo pretende la demandante; es decir, no puede analizar primero los argumentos de violación a los requisitos del artículo 1110(1) para determinar a partir de ellos si hubo una medida equivalente a expropiación.

39. Ante las dificultades obvias —e insalvables, en opinión de México— que enfrenta la demandante en virtud de los argumentos de México⁴⁹ y especialmente confrontada con la realidad del recurso exitoso de GAM al juicio de amparo, la demandante en unas cuantas líneas presenta la expropiación “indirecta” de sus acciones como un hecho incuestionable e irreversible:

There is no question that Mexico indirectly expropriated GAMI's shares in GAM when Mexico expropriated GAM's five sugar mills in September 2001... [Restitution] and the possibility of further action on the part of Mexico to compensate GAM does not remedy the breach of Article 1110 alleged by GAMI in any respect...⁵⁰

Añade:

The seizure of the five mills in September of 2001 indirectly expropriated GAMI's shares in GAM. By any theory, it is impossible to see how the return of three mills two and one half years later can expunge the expropriation or meet the compensation requirement of Article 1110. The possibility that Mexico may accord future compensation to GAM under Mexican law likewise does not expunge the expropriation or cure the breach for purposes of the NAFTA.⁵¹

Deliberadamente evita entrar a la discusión de si hubo una expropiación, para no tener que demostrarla, con la intención de que el Tribunal proceda directamente al análisis del cumplimiento de los requisitos del artículo 1110(1), al que dedica el resto de sus argumentos (más de 14 páginas).

40. Es incorrecto que cada vez que un gobierno ejerce su derecho de expropiar, adicional e independientemente expropia “indirectamente” las inversiones extranjeras que puedan guardar un vínculo, próximo o remoto; es decir, que toda expropiación directa conlleva una doble expropiación cuando hay inversiones extranjeras involucradas.

41. Conforme al derecho internacional, expropiar es un derecho de los Estados y el TLCAN lo reconoce. Ni el TLCAN ni el derecho internacional consuetudinario imponen a los Estados una obligación de expropiar. Sin embargo, el argumento de GAMI implica que, al ejercer el Estado su derecho a expropiar, está obligado a expropiar también las inversiones extranjeras asociadas y, en consecuencia, a hacer un doble pago por concepto de indemnización, so pena de tener que hacerlo de cualquier forma por la vía del arbitraje internacional, con base en el argumento de una expropiación indirecta (o un medida equivalente a expropiación). GAMI pretende que, independientemente de la expropiación directa que el gobierno efectuó y por la

49. Cf. en general el apartado II del Escrito de México Posterior a la Audiencia y en particular el párrafo 83 del mismo.

50. Escrito Posterior a la Audiencia, ¶¶ 52 y 53.

51. Íd., ¶ 75.

cual está obligado a indemnizar a GAM —y así lo ofreció, aunque GAM optó por seguir la vía judicial y no aceptar la indemnización— a través de este procedimiento expropie también las acciones de GAMI, que, sugiere, simplemente entregaría a México en propiedad.

42. La posición de GAMI, además de no tener sustento en el derecho internacional, transformaría a los tratados internacionales en esta materia de tratados de protección a la inversión, a tratados para el rescate (*bail-out*) de las inversiones extranjeras a costa del gobierno.

43. Su postura tampoco tiene sustento en los hechos. GAMI misma admite: “[T]he value of those [GAMI’s] shares has been increased by the return of the three mills...”⁵² (énfasis propio). La demandante concede que la expropiación directa de los ingenios no despojó a GAM de valor⁵³. En consecuencia, ella misma ha demostrado que, al no tener la expropiación directa los efectos que le atribuyó, no hay medida equivalente a expropiación. Con base en las admisiones de la propia demandante, el Tribunal debe desechar la reclamación. Por consiguiente, sus argumentos relativos a las causas de utilidad pública, discriminación, el principio de legalidad e indemnización son irrelevantes.

44. No obstante, los argumentos también son equivocados y, aun cuando se trata de una cuestión incidental, la demandada considera pertinente hacer los siguientes comentarios.

B. No es admisible mezclar conceptos y reclamaciones de derecho internacional y de derecho interno

45. Un defecto adicional de la reclamación de GAMI es que intencionalmente confunde la expropiación directa de los ingenios de GAM con la supuesta expropiación “indirecta” de sus acciones y aplica conceptos de derecho internacional a algunos elementos y de derecho mexicano a otros, según su conveniencia. Por ejemplo, sus argumentos sobre utilidad pública se refieren exclusivamente a la expropiación directa sobre GAM conforme a la legislación mexicana. GAMI ni siquiera consideró la cuestión de utilidad pública respecto de la “expropiación indirecta” de sus acciones. De manera similar, la comparación que hace para sustentar su argumento sobre la supuesta discriminación se refiere GAM frente a otros ingenios. No hace siquiera el intento por demostrar, por ejemplo, cómo afectó la expropiación el valor de otras empresas mexicanas en comparación con GAM, por virtud de la participación de capital extranjero en ésta.

46. Para propósitos de la indemnización, sin embargo, manifiesta que el criterio de la legislación mexicana —que es el mismo que el del TLCAN— y la negociación que GAM lleva a cabo con las autoridades competentes (tras haberse tomado la “buena decisión de negocios” de desistirse del juicio de amparo) son irrelevantes. Es más, argumenta que el pago de la indemnización sería por completo irrelevante. En este caso, se refiere únicamente a GAMI y a conceptos de derecho internacional. Igualmente, en el caso del debido proceso, ignora los recursos que GAM tuvo disponibles y que ejerció exitosamente. También manifiesta que son irrelevantes.

52. Íd. ¶ 87.

53. Ni siquiera puede argumentarse que la expropiación directa haya despojado temporalmente de valor a GAM, y que ese valor le haya sido restituido con los ingenios. Según México ha argumentado, la posibilidad de obtener la restitución como resultado del juicio de amparo era un derecho que obviamente tenía valor —lo mismo que el derecho a recibir la indemnización de ley.

47. En el presente caso, en el que la expropiación directa no está sujeta al TLCAN, suponiendo que pudiere establecerse una expropiación indirecta o una medida equivalente a expropiación, obviamente los criterios previstos en el artículo 1110(1) tienen que referirse a ésta y los criterios del derecho mexicano a aquella⁵⁴. No son intercambiables. No es admisible exportar los criterios del derecho internacional a la expropiación directa que se rige por el derecho interno, ni importar los criterios del derecho municipal a la expropiación “indirecta”, según la conveniencia de la demandante⁵⁵. El que las cuestiones de derecho municipal puedan ser pertinentes a la consideración que haga el Tribunal no puede confundirse con la aplicación de las normas particulares conforme a su competencia específica.

48. La consideración que el Tribunal haga de las cuestiones de derecho interno tampoco puede ser parcial. Por ejemplo, GAMI propone que este Tribunal debe aceptar íntegramente el análisis de los tribunales mexicanos sobre las causas de utilidad pública, pero debe ignorar sus consecuencias. En esencia arguye que este Tribunal debe hacer suyas las determinaciones de los tribunales mexicanos de que no se probó las causas de utilidad pública, pero debe ignorar que sus consecuencias son la reversión de la expropiación y el restablecimiento de las cosas al estado que guardaban previamente. La demandante igualmente propone que el Tribunal debe ignorar que, en el caso de los ingenios San Pedro y San Francisco, el desistimiento de GAM implica la legalidad plena de la expropiación por lo que a éstos se refiere y el derecho a recibir una indemnización (que GAM se encuentra negociando).

49. Además de que el Tribunal no puede confundir los conceptos y reclamaciones atinentes al derecho municipal con los del derecho internacional, en la medida en que estime que las primeras son relevantes a sus reflexiones, debe considerarlas integralmente⁵⁶.

54. En el párrafo 82 de su Escrito Posterior a la Audiencia, México hizo una comparación de los criterios de derecho internacional en el contexto de la expropiación directa para ilustrar que, aun en esas circunstancias la reclamación de GAMI fracasa.

55. Esto nuevamente ilustra la naturaleza derivada de la reclamación y los riesgos de admitirla.

56. El razonamiento de una Cámara de la Corte Internacional de Justicia en el caso *ELSI* resulta aplicable:

124. Yet it must be borne in mind that the fact that an act of a public authority may have been unlawful in municipal law does not necessarily mean that that act was unlawful in international law, as a breach of treaty or otherwise. A finding of the local courts that an act was unlawful may well be relevant to an argument that it was also arbitrary; but by itself, and without more, unlawfulness cannot be said to amount to arbitrariness. It would be absurd if measures later quashed by higher authority or a superior court could, for that reason, be said to be arbitrary in the sense of international law. To identify arbitrariness with mere unlawfulness would be to deprive it of any useful meaning in its own right. Nor does it follow that an act was unjustified, or unreasonable, or arbitrary, that that act is necessarily to be classed as arbitrary in international law, though the qualification given to the impugned act by a municipal authority may be a valuable indication.

...

127. The analysis of the Prefect's decision as a finding of excess of power, with the result that the order was subject to a defect of lawfulness does not, in the Chamber's view, necessarily and in itself signify any view by the Prefect, or by the Court of Appeal of Palermo, that the Mayor's act was unreasonable or arbitrary.

Igualmente resulta pertinente el razonamiento del Tribunal en el caso S.D. Myers:

261. When interpreting and applying the “minimum standard”, a Chapter 11 tribunal does not have an open-ended mandate to second-guess government decision-making. Governments have to make many potentially controversial choices. In doing so, they may appear to have made

C. El propósito del TLCAN no es rescatar a inversionistas extranjeros

50. Finalmente, GAMI señala:

As GAMI noted in previous submissions, the court-ordered return of three of the five expropriated mills to GAM and the possibility that GAM may obtain financial compensation from the Mexican Government in the future cannot be considered adequate compensation in accordance with NAFTA standards. ...To the degree the return of three mills (after over two and a half years) and any other compensatory actions Mexico may take under its laws may increase the value of GAM's shares, then conditioning the award on GAMI conveying title to its shares to Mexico safeguards the interests of GAM and its shareholders and assures equity to Mexico and creditors.⁵⁷

Concluye:

...GAMI has repeatedly noted that it is not seeking duplicative damages, and that it would be appropriate for the Tribunal to condition its award of compensation for the expropriation of GAMI's investment on GAMI turning over to Mexico legal title to GAMI's shares in GAM. In that way, to the extent the value of those shares has been increased by the return of the three mills and may be increased (or decreased) in the future depending on whether Mexico provides compensation to GAM under Mexican law, Mexico will be the beneficiary, as owner of GAMI's shares in GAM.⁵⁸

51. Los argumentos de GAMI confirman que lo único que GAMI busca es un rescate (*bail-out*) de su inversión por parte del gobierno mexicano. Nuevamente, admite que la premisa en la que sustentó su reclamación es incorrecta y que, en consecuencia sus acciones sí tienen valor y, no obstante, alega que el gobierno mexicano debe pagarle una “compensación”, con lo le cual transferiría la titularidad de las mismas. Con ello, señala, se salvaguardan los intereses de GAM y sus accionistas, y se asegura equidad a los acreedores de GAM, además de que el gobierno capitalizaría los beneficios que deriven de las acciones. Las implicaciones de su argumento son que, si se preserva el derecho de GAM a la restitución —lo cual ha acontecido— y a la indemnización de ley —lo cual acontecerá y así debe presumirlo el Tribunal— entonces se salvaguardan los intereses de GAM y todos sus accionistas, y se asegura equidad a los acreedores. Por consiguiente, la salvaguarda de los intereses de accionistas y acreedores nada tiene que ver con la expropiación de los ingenios y sería indistinto que el titular del 14.85% de las acciones fuese GAMI o el gobierno mexicano.

mistakes, to have misjudged the facts, proceeded on the basis of a misguided economic or sociological theory, placed too much emphasis on some social values over others and adopted solutions that are ultimately ineffective or counterproductive. The ordinary remedy, if there were one, for errors in modern governments is through internal political and legal processes, including elections.

Obviamente el gobierno enfrentaba una situación seria, porque el inicio de la zafra para buena parte del país estaba en riesgo por la falta de financiamiento a los cañeros. La consideraciones del gobierno expresadas en el Decreto Expropiatorio son legítimas y no debe tomarse ligeramente. Además, el sistema de justicia estaba disponible y, en este caso ha cumplido su función correctiva.

57. Escrito Posterior a la Audiencia, ¶¶ 52 y 53.

58. Íd., ¶ 87.

52. Es obvio, pues, que lo único que GAMI busca es un rescate de lo que aparentemente considera fue una mala decisión de negocios y pretende utilizar las disposiciones sustantivas y el procedimiento del capítulo XI del TLCAN para ello. Sin embargo, éste no es el propósito del tratado, según lo han manifestado diversos tribunales internacionales, y el intento de GAMI debe fracasar.

IV. LA RECLAMACIÓN DE VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 1102

53. En cuanto a la reclamación de denegación de trato nacional, el gobierno de México sólo tiene dos cosas que agregar.

A. La suspensión de pagos

54. Primero, GAMI argumenta:

Mexico argued that GAM's entry into suspensión de pagos made GAM's circumstances different from all other mills, but GAMI showed, including through the undisputed expert testimony of Mr. Oscós, that suspensión de pagos if anything made GAM better positioned to weather the sugar industry crisis than unexpropriated mills... [E]ntry into suspensión de pagos did not mean as a practical matter or as a legal matter that GAMI was in worse circumstances than other sugar mills that were not expropriated with regard to the criteria of the Expropriation Decree. For instance, Mexico's own expert, Mr. García, conceded that, while GAM was the only holding company that formally entered into suspensión de pagos, other mills including BSM and Grupo Saenz were simply ceased paying their debts... The supervision of the court also is more protective of creditors than simply ceasing to pay debts. Far from justifying worse treatment of GAM and GAMI's investment in GAM, suspensión de pagos left GAM better able to cope with payment of cañeros and mill repairs, as compared to those who failed to manage their debt.

55. GAMI pretende hacer una virtud de la suspensión de pagos en que GAM se encontraba. La suspensión de pagos, sin embargo, es una situación anormal e indeseable para cualquier empresa: Implica que la empresa carece de la capacidad de pagar sus deudas en forma generalizada y, si bien le permite intentar evitar la quiebra, es a costa de trasladarle pérdidas a sus acreedores. El argumento de GAMI corrobora que las circunstancias de GAM eran significativamente distintas a las de los demás ingenios y sociedades controladoras. Los hechos son:

- La suspensión de pagos implica un incumplimiento generalizado de una empresa con sus obligaciones crediticias.
- Implica el vencimiento anticipado de todas sus deudas.
- Es un procedimiento que permite a una empresa intentar evitar la quiebra, que requeriría la liquidación para pagar pasivos hasta donde alcance el valor líquido de los activos.
- En consecuencia, el suspenso no puede endeudarse más. No es sujeto de crédito porque en todo caso requiere de autorización judicial para contratar nuevos créditos. La autorización judicial no es un mero trámite y el que la solicite no significa que la vaya a obtener. El juez tendrá que considerar las circunstancias para decidir si la

otorga o no. En el caso de GAM, sólo la obtuvo para pagar a cañeros, dada la dimensión del problema. Ahora bien, aun obteniendo autorización judicial, no significa que en la práctica el suspenso pueda conseguir financiamiento, porque se trata de un sujeto que ha incumplido con sus obligaciones crediticias en forma generalizada (las circunstancias de GAM lo ilustraron perfectamente: fue incapaz de obtener créditos en el mercado; sólo los cañeros estuvieron dispuestos a otorgarlos para que GAM pudiera pagarles a ellos mismos).

- El suspenso tampoco puede disponer libremente de sus activos porque constituiría un fraude a los acreedores.
- Es así que, si bien el suspenso conserva la administración del negocio, enfrenta numerosas restricciones para conducirlo.
- No hay ninguna garantía de que la empresa saldrá de la suspensión de pagos exitosamente, porque depende del acuerdo de los acreedores.

56. GAMI caracteriza la situación de GAM como benéfica. Sin embargo, no es una situación normal ni deseable para una empresa, mucho menos para sus acreedores o para la economía del país. En efecto, GAMI misma demuestra que es una situación indeseable para los accionistas y particularmente para ella misma como accionista minoritario. Ciertamente la quiebra es una situación peor (para la empresa, desde luego, pero también para la economía), porque afecta fuentes de ingreso, productivas, de trabajo, también a los acreedores quienes recuperarían menos que a través de un convenio con una empresa en suspensión de pagos (de lo contrario, tendrían que promover la quiebra); pero es preferible que la empresa se recupere —aun a costa de trasladarle parte de sus pérdidas a los acreedores. Sin embargo, las implicaciones de la quiebra no transforman a la suspensión de pagos en una virtud. Dista mucho de ser una situación benéfica.

57. El criterio para llevar a cabo la expropiación fue la salud financiera de las empresas. Ni Beta San Miguel ni cualquier otro ingenio, expropiado o no, estaba en circunstancias similares a las de GAM.

58. No ayuda la comparación con otros ingenios que presuntamente dejaron de pagar sus deudas. En el sistema jurídico mexicano (como en otros del mundo), los acreedores tienen recursos contra los deudores morosos. Si el deudor se niega a pagar—o no puede hacerlo—, pueden demandarlo por la vía judicial hasta llegar al embargo y remate de bienes. Si la empresa no tiene bienes suficientes para cubrir los pagos incumplidos, entonces procedería la quiebra. No hay pruebas de que cualquier otro ingenio estuviera en esta situación. La diferencia fundamental con GAM es que la solicitud de suspensión de pagos reconoce que los pasivos son mayores que los activos, de modo que la empresa carece de la capacidad de pagar a todos los acreedores lo que les debe y consecuentemente debe, por principio, declararse en quiebra. Esta situación es muy distinta de la de un deudor moroso, cuyos activos presumiblemente son suficientes para cumplir con sus obligaciones, incluso si es por remate judicial (no hay pruebas de que los activos de otros ingenios presuntamente morosos no lo fueran).

59. En ausencia de la información precisa de toda la industria, el Tribunal no puede saber si y en qué medida los otros ingenios dejaron de pagar sus deudas, si sólo fue una situación temporal y si hubiese sido una situación que debió haber motivado su quiebra. Es claro que enfrentaban una difícil situación financiera, y que ello ponía en riesgo el inicio de la zafra y el pago a los

cañeros (razones por las cuales fueron expropiados); pero desde el punto de vista corporativo no podemos saber si, por lo tanto, tenía que haberse promovido un procedimiento de quiebra. GAM, por el contrario, al haberse colocado en suspensión de pagos había declarado ella misma su incapacidad de hacer frente, no sólo a las deudas que tenía con los cañeros (aunque posteriormente logró obtener autorización judicial para contratar créditos con ellos mismos, toda vez que éstas eran las más apremiantes), sino a todas sus obligaciones crediticias y, al momento de la expropiación, ya estaba involucrada en estas circunstancias.

B. Las consecuencias del juicio de amparo

60. GAMI dedica buena parte de sus argumentos a la comparación de GAM con Beta San Miguel para tratar de establecer que GAM estaba en circunstancias similares. Lo cierto es que no lo estaba, por las razones expresadas en el apartado IV.A de este escrito⁵⁹, entre otras a las que México ha aludido en sus escritos anteriores. No obstante, puesto que la expropiación ha sido resuelta respecto de tres de los ingenios, aun suponiendo que ambas empresas hubiesen estado en circunstancias similares —lo cual no se concede— la cuestión deviene absolutamente irrelevante.

61. En cuanto a los dos ingenios expropiados, GAMI tampoco puede reclamar una denegación de trato nacional porque GAM, pudiendo haber logrado revertir la expropiación de los cinco, tomó una decisión de negocios de aceptar la legalidad plena de la expropiación —que incluye la admisión de la situación financiera descrita en el Decreto respecto de ambos ingenios, es decir, de las distintas circunstancias de éstos con los de Beta San Miguel⁶⁰—y negociar una indemnización con el gobierno. De tal manera, la conducta de GAM evidencia que esos dos ingenios, por lo menos, no estaban en circunstancias similares, cualquiera que hubiese sido la situación financiera de GAM. GAMI ni siquiera ha intentado realizar un análisis de la situación de los ingenios en lo individual.

62. En todo caso, la situación de GAMI como accionista minoritario de GAM no es distinta de una en la que GAM hubiese decidido vender esos dos ingenios, aun si GAMI estaba en desacuerdo con la venta o con el precio.

V. DAÑOS

63. La demandante no ofreció un valor de los daños ocasionados por las supuestas violaciones a los artículos 1102 y 1105. Sostiene que ese valor es equivalente al valor por la supuesta violación al artículo 1110, de modo que el monto que “repararía el valor perdido por las violaciones de México al 3 de septiembre de 2001” es de 27.8 millones de dólares⁶¹. La reclamación de GAMI en materia de daños sigue siendo de “todo o nada”, con base en la premisa de que los actos y omisiones del gobierno mexicano despojaron de todo valor a GAM y, en consecuencia, a las acciones de GAMI.

59. Incluso el Sr. Cortina reconoció que la suspensión de pagos colocaba a GAM en una situación distinta de la de cualquier otro ingenio. Testimonio del Sr. Cortina, pp. 130:21-131:13 de la versión en español.

60. El Sr. Cortina manifestó en la audiencia que estos dos ingenios eran los más ineficientes, los “malos ingenios”. Testimonio del Sr. Cortina, p. 131:19-32.

61. Escrito Posterior a la Audiencia, ¶ 88.

64. En todo caso, los argumentos de la propia GAMI contradicen la premisa en la que sostiene todo su caso⁶² y las pruebas, particularmente el testimonio del Sr. Cortina, tampoco la soportan⁶³. Adicionalmente, el Tribunal debe considerar que también contradicen sus argumentos: (i) la presencia obvia de otras causas que no son atribuibles a la demandada; y (ii) el colapso del precio de la acción de GAM mucho antes de haber sufrido la falta de liquidez que la llevó a declararse en suspensión de pagos.

65. La demandante ahora se basa en el *Restatement (Second) of the Foreign Relations Law of the United States* (el viejo *Restatement*) en apoyo de su proposición de que el valor de su participación en GAM debe inflarse con base en estados financieros “ajustados”, para colocarla en la posición que estima habría tenido si las supuestas violaciones no hubiesen ocurrido⁶⁴. Empero, el *Restatement* ofrece todavía menos soporte a este argumento que el sentido corriente de los términos del artículo 1110(2). La frase “*and having the effect of depressing the value of the property in anticipation of the taking*” indica que el valor justo de mercado sólo puede ser ajustado para eliminar los efectos de la conducta del gobierno cuyo propósito era deprimir el valor de la propiedad para los fines de la expropiación.

66. En este caso la conducta objeto de la reclamación ocurrió desde 1997, cuatro años antes de la expropiación. Simplemente no hay pruebas ni un fundamento razonable para inferir que los supuestos actos y omisiones a los que la demandante atribuye la destrucción del valor de su inversión en GAM tuvieron el propósito de deprimir el valor de los ingenios de GAM (o de cualquier otro propietario) para efectuar la expropiación a un valor menor.

67. También en materia de daños GAMI ha omitido satisfacer la carga de la prueba y no puede simplemente traspasarla al Tribunal argumentando que éste puede hacer los ajustes que considere necesarios a partir del valor total que propone.

68. Ello es suficiente para que el Tribunal deseche la reclamación en su totalidad.

62. Véase el párrafo 43 de este escrito.

63. Véase el Escrito de México Posterior a la Audiencia, ¶ 85.

64. Íd., ¶¶ 80 y 81. La decisiones del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos no son pertinentes porque, según otros tribunales establecidos conforme al TLCAN han constatado, su mandato era más amplio que el artículo 1110.

VI. PETICIÓN

69. Por lo expuesto, el gobierno de México reitera que el Tribunal debe desechar la reclamación en su totalidad, con la correspondiente condena en costas.

Todo lo cual se somete respetuosamente a su
consideración;

(firma en el original)

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

4 de junio de 2004