

COMENTARIO SOBRE *ARCHER DANIELS MIDLAND COMPANY Y TATE & LYLE INGREDIENTS AMERICAS, INC. VS. MÉXICO Y CORN PRODUCTS INTERNATIONAL, INC. VS. MÉXICO*, CASOS CIADI No. ARB (AF)/04/05 Y No. ARB (AF)/04/01

Gabriela Rodríguez*

Resumen:

El presente comentario se refiere a dos arbitrajes establecidos conforme al Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) que arribaron a dos laudos contradictorios respecto al uso de las contramedidas como posible remedio legal a disposición directa de los inversionistas afectados. La falta de acceso a mercado del azúcar de caña mexicano en el territorio estadounidense provocó que México impusiera un impuesto del 20% a los refrescos y jarabes que utilizaban el jarabe de maíz de alta fructosa (JMAF). Los casos analizados son de gran relevancia pues dependiendo de si el Capítulo XI confiere derechos a los particulares, o bien a los Estados, podrá determinarse la aplicación de las contramedidas correspondientes.

Abstract:

This case comment refers to two arbitrations established under Chapter XI of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) that arrived to contradictory rulings regarding the use of countermeasures as a legal remedy for investors. A diminished market access of Mexican sugarcane into the United States caused Mexico to impose a 20% tax on soft drinks and syrups using High Fructose Corn Syrup (HFCS). The cases analyzed in this comment are highly relevant, as the corresponding countermeasures applied will depend on whether Chapter XI confers rights to individuals or to States.

1. Introducción

El 30 de diciembre del 2001, con efectividad a partir del 1 de enero del 2002, el Congreso de México modificó los artículos 1, 2, 3 y 8 de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (IEPS) e impuso un impuesto del 20% a los refrescos y jarabes, y el mismo a los servicios usados para la enajenación y distribución de refrescos y jarabes. Este impuesto sólo se aplicaba a los refrescos y jarabes en los que se usaba un edulcorante distinto del azúcar de caña, como el jarabe de maíz rico en fructuosa, también denominado jarabe de maíz de alta fructosa (JMAF). Los refrescos y jarabes endulzados exclusivamente con azúcar de caña estaban exentos de dicho impuesto. El impuesto en cuestión se derogó el 1 de enero de 2007¹.

Los demandantes en ambos casos, Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, INC. y Corn Products International, INC., sostuvieron que el efecto inmediato de dicho impuesto fue que las embotelladoras de refrescos que eran sus clientes, dejaron de utilizar el JMAF. Lo anterior tuvo un efecto directo en la inversión de los demandantes, los cuales se vieron obligados a reducir su producción global en México, afectando así las instalaciones para la producción y distribución del JMAF. Por lo tanto, alegan que hubo una violación de las siguientes disposiciones del Capítulo XI del TLCAN: 1) Artículo 1102 (Trato nacional); 2) Artículo 1106 (Requisitos de desempeño) y 3) Artículo 1110 (Expropiación). Se establecieron dos paneles arbitrales a la luz del Capítulo XI de TLCAN.

* Profesora de Derecho Internacional Público, Departamento de Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México y coeditora de la Revista de Derecho Económico Internacional.

¹ Caso CIADI No. ARB (AF) /04/05, párrafo 2 y Caso CIADI N0. ARB (AF)/04/01, párrafo 3.

En ambos casos, México sostuvo que esto no era así, y que el Impuesto constituyó una contramedida legítima acorde con el derecho internacional, porque supuestamente los Estados Unidos incurrieron en el incumplimiento de sus obligaciones en virtud del TLCAN respecto a: i) el acceso de las exportaciones de azúcar mexicano al mercado de Estados Unidos y; ii) las disposiciones del TLCAN para la solución de controversias entre Estados al bloquear el nombramiento de panelistas según lo dispuesto en el Capítulo XX².

2. Cuestiones legales comprendidas en estos casos

El comentario de los presentes casos se limita a analizar la defensa de México fundamentada en un supuesto derecho emanado del derecho internacional general, según el cual México está autorizado a imponer contramedidas frente al incumplimiento de una obligación internacional. Analizaremos dicha cuestión porque ambos tribunales arbitrales llegaron a conclusiones diferentes. En ambos casos, las supuestas contramedidas establecidas contra los Estados Unidos afectaron directamente a los particulares; es decir, los derechos de los inversionistas.

Las cuestiones que revisaremos son:

- 1.- ¿Es posible establecer una contramedida en los supuestos del Capítulo XI del TLCAN; es decir, en relación con los demandantes que son inversionistas y no Estados?
- 2.- ¿Puede considerarse la modificación del IEPS una contramedida?
- 3.- ¿Dicha contramedida cumple con los requisitos de inducción y proporcionalidad?

Analicemos ahora los argumentos de ambos tribunales para poder dar respuesta a las interrogantes planteadas.

En el asunto Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, INC. vs. México, los demandantes alegaron que las contramedidas no eran aplicables ya que al existir una *lex specialis*, la aplicación de las mismas quedaba excluida de acuerdo a lo establecido por el Proyecto de Responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI). De acuerdo con lo expresado por los demandantes, en los comentarios sobre el artículo 55 del Proyecto de Responsabilidad se dispone que las contramedidas están excluidas cuando en un tratado específico se establezca un mecanismo de solución de diferencias al que los Estados deban acudir en caso de producirse una controversia. Especialmente, como sucede con el sistema de solución de diferencias de la OMC, se requiere de una autorización para adoptar contramedidas en respuesta a un incumplimiento probado³.

El tribunal estableció que en el Capítulo XI del TLCAN no se dispone ni se prohíbe específicamente el uso de las contramedidas, por lo que la cuestión sobre si el demandado puede fundamentar su defensa basada en las contramedidas no es una cuestión de *lex specialis*, sino de derecho internacional consuetudinario⁴. Por lo tanto, el régimen accesorio del derecho internacional consuetudinario es aplicable a la presente situación. El tribunal está de acuerdo con el demandado en que las contramedidas pueden servir como defensa en un caso del Capítulo XI, ya que se trata de una cuestión no abordada concretamente en dicho capítulo, pero válida de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario si se cumplen con determinadas condiciones⁵.

Dicha excepción de *lex specialis* no fue planteada por los demandantes en el caso Corn Products International, INC. vs. México, pero el tribunal llega a la misma conclusión respecto a que el derecho internacional consuetudinario es aplicable al presente caso.

Para responder a las interrogantes anteriores, ambos paneles primero analizan la naturaleza de las contramedidas. Las contramedidas reconocidas en el derecho internacional consuetudinario constituyen una excluyente de la responsabilidad internacional de los Estados. Se trata de medidas,

² Caso CIADI No. ARB (AF)/04/05, párrafo 4 y Caso CIADI N0. ARB (AF)/04/01, párrafo 6.

³ Caso CIADI No. ARB (AF)/04/05, párrafo 133.

⁴ El único caso en el que el TLCAN se refiere a las contramedidas es el artículo 2019.

⁵ Caso CIADI No. ARB (AF)/04/05, párrafos 120 a 123.

que de otro modo serían contrarias a las obligaciones internacionales de un Estado lesionado respecto de un Estado responsable, que puede tomar aquél en respuesta a un hecho internacionalmente ilícito cometido por este último a fin de obtener la cesación y reparación del hecho. Las contramedidas son un elemento de un sistema descentralizado por el cual los Estados lesionados pueden buscar la reivindicación de sus derechos y la restauración de la relación jurídica con el Estado responsable que se ha roto por el hecho ilícito. Ambos tribunales coinciden en que el derecho de establecer contramedidas por un Estado frente a un hecho ilícito tiene su fundamento en el derecho internacional consuetudinario, tal y como ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia⁶ y en el Proyecto de Responsabilidad Internacional de los Estados de la CDI.

Para que una contramedida pueda considerarse como lícita debe de cumplir con ciertos requisitos, ésta debe:

- i) adoptarse como una respuesta a una violación anterior del derecho internacional en que haya incurrido el otro Estado;
- ii) estar dirigida contra el Estado que haya cometido el hecho ilícito;
- iii) adoptarse con la finalidad de inducir al Estado trasgresor a cumplir con sus obligaciones internacionales;
- iv) estar limitada en el tiempo y en la medida de lo posible, que se adopte de tal forma que permita la reanudación del cumplimiento de dichas obligaciones;
- v) ser proporcional al perjuicio causado por el hecho ilícito original teniendo en cuenta la gravedad del ilícito y los derechos en cuestión;
- vi) estar acompañada por la intimación al Estado responsable del hecho ilícito original para que cumpla con sus obligaciones y por un intento de buena fe de negociar o resolver la controversia a través de otros mecanismos de solución de diferencias⁷.

Ambos tribunales arbitrales acudieron a los trabajos de la CDI sobre responsabilidad internacional para definir la naturaleza, características y requisitos de las contramedidas. Pasaremos ahora a analizar las consideraciones de ambos tribunales para responder a las interrogantes que hemos planteado.

4. ¿Es posible establecer una contramedida en los supuestos del Capítulo XI del TLCAN, es decir, en relación con los demandantes que son inversionistas y no Estados?

El Tribunal Arbitral en el caso *Corn Products International, INC. vs. México* concluye que la doctrina de las contramedidas, concebida en el contexto de las relaciones interestatales, no es aplicable a las reclamaciones enmarcadas dentro del Capítulo XI del TLCAN, ya que son inversionistas y no Estados quienes presentan la demanda. A juicio del Tribunal, ante una reclamación de ese tipo, no cabe una defensa basada en que el ilícito no se cometió por el demandante, sino por el Estado de su nacionalidad, que no es parte de los procedimientos⁸.

El tribunal, en su revisión de los trabajos de la CDI, llega a la conclusión de que las contramedidas solamente pueden ser dirigidas contra un Estado que ha cometido un hecho ilícito, y no pueden afectar ni extinguir los derechos de una parte distinta, en este caso de los inversionistas⁹. Los abogados de México sostuvieron en la audiencia que el Capítulo XI del TLCAN no otorgaba derechos sustanciales a los inversionistas, sino solamente procesales, y que los derechos sustanciales eran del Estado de la nacionalidad de los inversionistas, quienes deberían exigirle a éste la protección diplomática. En consecuencia, las contramedidas sí eran válidas.

⁶ ICJ Reports, 1997, *Caso concerniente al Proyecto Gabcikovo-Nagymaros (Hungría vs. Eslovaquia)*, p. 3, párrafo 83.

⁷ CDI, Proyecto sobre Responsabilidad Internacional de los Estados, artículos 49 al 52.

⁸ Caso CIADI No. ARB (AF)/04/01, párrafo 161.

⁹ Sin embargo, el Proyecto de la CDI sí reconoce que las contramedidas adoptadas por un Estado contra otro Estado pueden tener efectos colaterales contra terceros Estados, los cuales no pueden evitarse enteramente. Comentarios a los artículos de la CDI, p. 332-336.

Dichos argumentos fueron poco convincentes para el Tribunal, quien reconoció que los inversionistas poseen derechos sustantivos e independientes de sus Estados. Su argumento se basa en que el derecho internacional actual reconoce derechos a las personas físicas y sociedades independientemente de sus Estados. Para el Tribunal, este es el sentido del Capítulo XI del TLCAN, por lo que las contramedidas son acciones que operan en las relaciones interestatales, y por lo tanto no son aplicables a las relaciones entre inversionista y Estado.

Para el Tribunal, la intención de las partes en el Capítulo XI fue otorgarles derechos sustantivos a los inversionistas. Dicho capítulo les confiere un derecho propio y un beneficio propio, y no se trata de un derecho del Estado de su nacionalidad, por lo que el Tribunal rechaza la defensa basada en la doctrina de las contramedidas.

El Juez Andreas F. Lowenfeld, integrante de dicho Tribunal, consideró que el análisis de la defensa basada en la doctrina de las contramedidas no permitía desentrañar con claridad el sentido de los arbitrajes entre Estados e inversionista, por lo cual decidió elaborar una Opinión Separada. Desde su punto de vista, tanto el Capítulo XI del TLCAN como el Convenio del CIADI de 1965, así como los numerosos tratados bilaterales sobre inversión, se fundan en el principio esencial de que las relaciones entre inversionistas y Estados receptores de las inversiones no deben de afectar las relaciones políticas y diplomáticas entre Estados¹⁰.

De lo anterior deriva que el Estado receptor no puede plantear contra el inversionista sus diferencias con el Estado de la nacionalidad del inversionista, ni el inversionista puede ser considerado responsable de los actos del Estado que recibe su inversión. El Estado de la nacionalidad del inversionista tampoco puede impedir que un inversionista presente una reclamación, ni obligarlo a llegar a un acuerdo. El hecho de que dos controversias, inversionista-Estado receptor y Estado-Estado, puedan referirse al mismo sector o actividad económica, no puede alterar ese principio fundamental¹¹.

En el caso Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, INC. vs. México, como ya lo abordamos antes, dicho Tribunal estuvo de acuerdo con el demandado en cuanto a la aplicación de la doctrina de las contramedidas como defensa en un caso del Capítulo XI, teniendo como fundamento el derecho internacional general.

A diferencia del laudo del caso Corn Products International, INC. vs. México, el Tribunal de este último caso considera que el Capítulo XI no le reconoce a los inversionistas derechos “sustantivos” sino exclusivamente “procesales”. Por lo tanto, está de acuerdo con la teoría de la “derivación”; es decir, cuando los inversionistas solicitan un arbitraje frente a un Estado, en realidad están subrogándose y haciendo valer los derechos de su Estado de origen¹².

Para dicho Tribunal, de la correcta interpretación de TLCAN no se infiere que los inversionistas tengan derechos individuales, sino el derecho procesal de accionar contra el Estado. La Sección B del Capítulo XI no establece derechos individuales sustantivos para los inversionistas, sino únicamente normas de aplicación entre los Estados relativas a la promoción y protección de la inversión extranjera¹³.

Así, los dos tribunales llegan a conclusiones distintas respecto de los “derechos” de los inversionistas que se derivan del Capítulo XI de TLCAN:

i) Para el Tribunal del caso Corn Products International, INC. vs. México, que reconoce que bajo el Capítulo XI del TLCAN los inversionistas poseen derechos sustantivos propios, es decir tanto procesales como de reclamación, la doctrina de las contramedidas no es aplicable, ya que una de las partes de la controversia no es un Estado, y dicha doctrina opera en el ámbito de las relaciones interestatales.

ii) Para el Tribunal del caso Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, INC. vs. México, que bajo el Capítulo XI del TLCAN no le reconoce derechos

¹⁰ Opinión Separada de Andreas F. Lowenfeld, párrafo 1.

¹¹ *Ibidem*, párrafo 2.

¹² Caso CIADI No. ARB (AF)/04/05, párrafo 163.

¹³ Caso CIADI No. ARB (AF)/04/05, párrafo 171.

sustantivos a los inversionistas, y por lo tanto le reconoce dichos derechos al Estado de la nacionalidad del inversionista, la doctrina de las contramedidas es aplicable porque ambas partes de la controversia son Estados.

5. ¿Puede considerarse la modificación del IEPS una contramedida?

Como es de suponer, dicha cuestión sólo fue abordada por el Tribunal del caso Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, INC. vs. México. En ambas diferencias, el demandado sostuvo que el impuesto tenía como finalidad e intención inducir a los Estados Unidos a cumplir con sus obligaciones en virtud del TLCAN con respecto al acceso del azúcar al mercado de los Estados Unidos, y así como sus obligaciones relativas al proceso de solución de controversias previsto en el Capítulo XX. En opinión del Tribunal, la modificación del IEPS fue la última de varias medidas adoptadas por el demandado para proteger a la industria nacional de la caña de azúcar. No hay ninguna indicación en el texto del IEPS de que fuera sancionada como una contramedida hacia los Estados Unidos. En cambio, constató que se trataba de un mecanismo para proteger a los productores nacionales de azúcar de la competencia del JMAF¹⁴.

Las pruebas obrantes en el expediente demuestran que la posición del poder legislativo al sancionar la modificación del IEPS era proteger a la industria nacional del azúcar de caña, y no inducir a los Estados Unidos a cumplir con el TLCAN. Tal es el caso de la decisión de la Suprema Corte Suprema de Justicia de México del 17 de julio de 2002, que en su párrafo 79 señala lo siguiente: “la intención del legislador al extender el mencionado impuesto a las aguas gasificadas, refrescos, bebidas hidratantes y demás bienes y actividades gravados, exclusivamente cuando para su producción utilicen fructuosa en lugar de azúcar de caña, fue la proteger a la industria azucarera”. Concluye el Tribunal que si el impuesto no se sancionó para inducir a los Estados Unidos a cumplir con sus obligaciones en virtud del TLCAN, el impuesto no constituyó una contramedida válida en el sentido del artículo 49 del Proyecto de Responsabilidad de los Estados de la CDI¹⁵.

6. ¿Dicha contramedida cumple con los requisitos de inducción y proporcionalidad?

El Tribunal del caso Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, INC. vs. México, que consideró la posibilidad de que el impuesto constituyera una contramedida válida según el derecho internacional consuetudinario, analizó además si dicho impuesto cumplía con los requisitos de inducción y proporcionalidad establecidos en el Proyecto de la CDI. Dicho documento señala que las contramedidas deben de guardar proporción con el daño sufrido teniendo en cuenta la gravedad del hecho ilícito y los derechos involucrados. Cuando no existe proporcionalidad, se afecta la viabilidad de las contramedidas.

En el presente caso, Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, INC. vs. México, el Tribunal concluye que México no adoptó el impuesto para inducir a los Estados Unidos al cumplimiento de sus obligaciones con el TLCAN. Aún más, considera que aunque el impuesto hubiera sido adoptado por el demandado en respuesta a la supuesta violación del TLCAN, la medida no era apropiada para el objetivo específico de asegurar el cumplimiento por parte de los Estados Unidos¹⁶.

En cuanto al requisito de proporcionalidad, la evaluación implica realizar una comparación cualitativa entre todas las obligaciones internacionales involucradas, es decir comparar las obligaciones de la Sección A del Capítulo XI y las obligaciones del Anexo 703.3.A (respecto al acceso del azúcar mexicano a los Estados Unidos) y las disposiciones del Capítulo XX, relativas a

¹⁴ Caso CIADI No. ARB (AF)/04/05, párrafo 142.

¹⁵ Caso CIADI No. ARB (AF)/04/05, párrafo 148.

¹⁶ *Ibidem*, párrafo 153.

la solución de controversias entre Estados. Sin embargo, el argumento del Tribunal al respecto es circular, y nos parece que en realidad no resuelve el problema de la proporcionalidad.

En opinión del Tribunal, el objetivo de México de asegurar el cumplimiento por parte de los Estados Unidos de sus obligaciones en virtud de los Capítulos VII y XX (obligaciones relativas al comercio internacional) podría haberse alcanzado con otras medidas que no menoscabaran las normas de protección de inversiones al amparo de la Sección A (obligaciones que se refieren a normas de protección de la inversión de personas físicas o empresas). Asimismo, el Tribunal ha determinado que el impuesto tenía un objetivo diferente al de asegurar dicho cumplimiento, el cual no estaba vinculado con el incumplimiento por parte de los Estados Unidos de sus obligaciones en virtud del TLCAN¹⁷. Nos parece que aquí el Tribunal basa la “desproporcionalidad” de la medida en el argumento de que se trata de obligaciones diferentes y con sujetos diferentes cuando en un principio había considerado que las partes de ambas obligaciones eran las mismas, o sea Estados, lo que validaba la aplicación de la doctrina de las contramedidas.

El caso Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, INC. vs. México, generó un voto concurrente parcial del Juez Arthur W. Rovine. Dicho juez consideró que, independientemente de que si se tratan de derechos sustantivos o procesales, el inversionista es el titular del derecho de obtener reparación bajo el Capítulo XI del TLCAN, y no el Estado. Conforme al mismo TLCAN y el derecho internacional consuetudinario, ese derecho no puede ser suspendido ni eliminado por contramedidas tomadas contra el Estado del inversionista.

Para esa apreciación, el juez cita la famosa sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Barcelona Traction Light and Power Co.*¹⁸. En ella, la Corte reconoce que a través de la celebración de tratados, a las propias empresas se les otorga un derecho directo de defender sus intereses contra los Estados mediante procedimientos establecidos en los mismos tratados. A nuestro entender, en esa sentencia la Corte reconoce que además de los Estados, existen otros sujetos (particulares, empresas, inversionistas) a quienes el derecho internacional les reconoce derechos que pueden reclamar directamente sin que sea necesaria la intervención de su Estado. Nos parece que este es el sentido del capítulo XI del TLCAN como de otros tratados multilaterales, como el CIADI, y otros bilaterales sobre inversiones. Finalmente, el objetivo es evitar la protección diplomática del Estado del inversionista y que éste pueda defender sus intereses frente al Estado demandado a través de un mecanismo de solución de controversias, aceptado por los Estados, el cual le permite presentar una reclamación internacional sin que para ello requiera ni la anuencia ni el consentimiento de su Estado.

7. Conclusiones

Analizamos dos casos de dos tribunales del CIADI que podríamos considerar idénticos, mismo problema, mismo demandado, distintos demandantes, pero con consideraciones completamente antagónicas en cuanto a la aplicación de la doctrina de las contramedidas, principal defensa de México. Nos parece que las consideraciones sobre las contramedidas son secundarias. En realidad, el problema fundamental es que un Tribunal considera que el capítulo XI le otorga y reconoce cierto tipo de derechos a los inversionistas, mientras que el otro estima que dicho capítulo le reconoce derechos al Estado de los inversionistas. Depende de quién sea el derecho para determinar si es o no aplicable la doctrina de las contramedidas.

El Proyecto de Responsabilidad Internacional de la CDI es reconocido por la mayoría de la doctrina como parte del derecho internacional consuetudinario, y así lo refleja la práctica de los Estados. No obstante, el proyecto solamente es aplicable a las relaciones entre Estados, por lo que puede trasladarse a otros sujetos que no sean Estados. Nos parece que la intención de los Estados de crear mecanismos de solución de controversias, donde los inversionistas puedan demandar al

¹⁷ *Ibidem*, párrafo 159.

¹⁸ ICJ Reports, *Barcelona Traction Light and Power Co.*, Sentencia, 1970, p. 3 y 47.

Estado en el cual se ubica su inversión por la violación de una obligación internacional, les otorga un derecho propio que no puede ser afectado por el incumplimiento de una obligación internacional que el Estado de su nacionalidad tiene respecto del Estado receptor de la inversión.

Sin embargo el mismo Proyecto de Responsabilidad de los Estados reconoce que la regla general de aplicación de contramedidas entre Estados, no es observable en el supuesto de *lex specialis*. Podríamos considerar que tanto el TLCAN como el derecho de la OMC constituyen *lex specialis* cuando autorizan el establecimiento de contramedidas que afectan derechos de los particulares. Así, el artículo 1115 del Capítulo XI del TLCAN reconoce el establecimiento de un mecanismo de solución de controversias en materia de inversión sin perjuicio de los derechos y obligaciones de las partes establecidos en el Capítulo XX (“Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias”), donde se establece el derecho de las partes a imponer contramedidas frente al incumplimiento del informe final de un panel¹⁹.

¹⁹ Artículo 2019, Capítulo XX del TLCAN.