



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

**GAMI INVESTMENTS, INC.
DEMANDANTE
C.
LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
DEMANDADA**

**ESCRITO DE DÚPLICA DE
LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
SOBRE EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA**

**CONSULTOR JURÍDICO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS:
Hugo Perezcano Díaz**

ASISTIDO POR:
Secretaría de Economía
Luis Alberto González García

Thomas & Partners
J. Cameron Mowatt

Shaw Pittman LLP
Stephan E. Becker
Sanjay Mullick

Índice

Índice	i
A. Introducción	1
B. Las medidas reclamadas no son “relativas a” GAMI	1
1. El sentido corriente de los términos.....	2
2. Ninguna de las medidas reclamadas guarda relación alguna con GAMI.	3
C. Otras disposiciones del capítulo XI sustentan la posición de México	10
D. Es errónea la sugerencia de que la interpretación correcta despoja al tratado de cualquier protección a los accionistas minoritarios	12
E. La interpretación errónea de la demandante acarrearía resultados anómalos.....	18
F. Los laudos en los casos <i>Pope & Talbot</i> y <i>Myers</i> no asisten al Tribunal.....	20
G. Petición	23

A. Introducción

1. En el párrafo 2 de su Réplica, la demandante argumenta:

México pide al Tribunal que interprete el TLCAN de forma que virtualmente no otorgue protección simplemente porque (i) GAMI es un inversionista minoritario que no detenta el control y (ii) las medidas de las que GAMI se ha quejado no se refieren específicamente a GAMI.¹

A continuación afirma que, conforme a la interpretación de la demandada:

el inversionista extranjero minoritario no tiene derechos cuando el Gobierno anfitrión deja su inversión sin valor, o discrimina en relación con inversionistas locales y sus inversiones, o viola normas internacionales de trato justo y equitativo.²

2. Ésta es una caracterización errónea de la posición de México. México no discute que un accionista minoritario de una empresa, que es un inversionista de una Parte tiene derecho a todas las protecciones previstas en la sección A del capítulo XI del TLCAN respecto de medidas relativas al inversionista o a su inversión.

3. El problema para GAMI es que México no ha adoptado ninguna medida de este tipo. México expropió 27 ingenios azucareros, incluidos cinco que eran propiedad de GAM, no de GAMI. GAMI también alega que México aplicó la normatividad que regula los ingenios azucareros en forma arbitraria y discriminatoria. Sin embargo, ninguna de las medidas objeto de la reclamación regulan o aplican directa o indirectamente a GAMI, sus acciones de GAM o cualquier interés jurídico de GAMI reconocido por el capítulo XI del TLCAN. La reclamación de GAMI se sustenta en medidas relativas a los ingenios azucareros y, en el caso de la expropiación, a GAM, todas las cuales son sociedades completamente distintas, de nacionalidad mexicana, propiedad de inversionistas mexicanos y que están bajo el control de éstos. GAMI, un accionista minoritario de GAM, no puede someter esas reclamaciones a arbitraje conforme al TLCAN.

B. Las medidas reclamadas no son “relativas a” GAMI

4. GAMI alude al artículo 1101 del TLCAN y critica la posición de México argumentando: “Nada en el texto del TLCAN soporta la posición de que sólo medidas que se refieren a la

1. Réplica, párrafo 2.

2. *Id.*

demandante están dentro de la competencia un tribunal del Capítulo 11³, y al respecto señala: “El artículo 1101 dispone que el Capítulo aplica a medidas... relativas a los inversionistas de otra Parte [y] a las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte”⁴.

1. El sentido corriente de los términos

5. La referencia de GAMI al artículo 1101 subraya el defecto fundamental de la reclamación que presenta, y refuerza la posición de México al respecto. La demandante intenta convencer al Tribunal, mediante argumentos desatinados con referencia a otros capítulos del TLCAN e incluso a otros tratados suscritos por México y Estados Unidos, que “relativas a”, según se emplea en el artículo 1101, tiene un significado distinto de su sentido corriente y que el propósito del artículo 1101 es simplemente “indicar de qué trata el capítulo”⁵.

6. Lo cierto, sin embargo, es que, como lo indican tanto su título como su texto preciso, el artículo 1101 establece el ámbito de aplicación del capítulo, es decir, establece exactamente a qué se aplican sus disposiciones:

1. Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:
 - a) los inversionistas de otra Parte; [y]
 - b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte...⁶

[Énfasis propio]

7. Por lo que al significado de los términos se refiere, el argumento de GAMI es insostenible⁷. El sentido corriente de “relativo” es precisamente “concerniente, referente, tocante”⁸.

3. Escrito de Réplica de la Demandante a las Excepciones de Competencia y Admisibilidad de la Demandada, ¶ 40.

4. *Id.*

5. Escrito de Réplica de la Demandante, ¶ 43.

6. Sólo en el caso de los artículos 1106 y 1114, que no son pertinentes a esta disputa, el capítulo XI aplica a las medidas de una Parte relativas a todas las inversiones en territorio de la Parte (artículo 1101(c)).

7. Cf. el Escrito de Réplica, ¶¶ 39 y 43.

8. “Relativo –a («a») «Concerniente Referente Tocante» Se aplica con relación a una cosa a otra que se relaciona con ella o se refiere a ella.” Moliner, María. *Diccionario de Uso del Español*: Ed. Gredos, Madrid, 1987, p. 983. “*Relate: to show or establish logical or causal connection between... to be in relationship : have reference.*” *Webster’s Third New International Dictionary*. Ed. Merriam-Webster, Springfield, 1993, p. 1916. Énfasis propio en todos los casos.

8. El Tribunal también podrá apreciar que las Partes del tratado utilizaron los mismos términos y una misma estructura en otros artículos del TLCAN que establecen el ámbito de aplicación de los capítulos respectivos, excepto cuando quisieron establecer un alcance distinto. Así, los artículos 602, 701, 1001, 1101, 1201, 1301, y 1401 guardan homogeneidad en el uso de los términos “medidas relativas a”⁹; y contrastan con la fórmula empleada en los artículos 300, 709, 901 y 1901, así como con la distinta estructura de los capítulos IV, V, VIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XX, y XXI.

9. Las reglas de interpretación de tratados¹⁰ que requieren que se atribuya a los términos su sentido corriente, simplemente no permiten desprender las conclusiones que propone GAMI.

2. Ninguna de las medidas reclamadas guarda relación alguna con GAMI.

10. Contrario a los argumentos de GAMI, ninguna de las medidas que reclama están en el ámbito de aplicación del capítulo XI¹¹: las medidas que GAMI alega violan el tratado no son relativas a GAMI ni a su inversión, directa o indirectamente¹², específica o genéricamente¹³. GAMI de hecho admite que las medidas no se refieren a GAMI en tanto que accionista de GAM, ni a las acciones de GAM que detenta (según la demandada ya explicó, las medidas no son relativas a ninguno de los accionistas de GAM ni a los de otras sociedades propietarias de ingenios azucareros). GAMI no ha establecido que las medidas en cuestión tienen una conexión jurídicamente relevante —ni próxima, ni remota— con ella o con su inversión.

11. GAMI sintetiza su caso por violaciones al TLCAN de la siguiente forma:

GAMI demostrará que:

9. La versión en español del TLCAN emplea diversos sinónimos indistintamente —“medidas relativas a” (artículos 1101, 1201 y 1401), “medidas con relación a” (artículos 602, 701 y 1301(a)), “medidas sobre” (artículos 1201 y 1301(b)) y “medidas respecto de” (artículo 1301(c))—, que corresponden a “*measures relating to*” que se utiliza uniformemente en la versión en inglés del tratado. Por lo que se refiere a la diferencia que GAMI pretende establecer entre “*relating to*” y “*referring to*” con referencia al artículo 1201, el Tribunal advertirá que se trata igualmente del empleo de sinónimos en el uso del lenguaje: “*relating to*” en este artículo corresponde a “sobre” en la versión en español, y “*respecting*”, a “relativas a”. El sentido corriente de los términos lo corrobora: “*respecting*” significa “*with relation to*” que a su vez significa “*reference*” (Cf. *Webster’s Third New International Dictionary*, pp. 1916 y 1934).

Los textos en español e inglés del TLCAN son igualmente auténticas (artículo 2206).

10. Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

11. Cf. la sección III.B del Escrito de Réplica de la demandante.

12. En el párrafo 42 de su Escrito de Réplica, la demandante sugiere que las medidas en cuestión pudieran ser “indirectamente” relativas a GAMI: “‘Relativas a’ a primera vista no significa ya sea ‘directamente relativas a’ o ‘referentes’”.

13. En los párrafos 47 y 49 de su Escrito de Réplica, GAMI parece sugerir que si bien las medidas en cuestión no son relativas “específicamente” a GAMI, entonces pudieran serlo en forma genérica.

- México violó el artículo 1105 del TLCAN al no haber acordado trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas de acuerdo con el derecho internacional, tanto por la conducta arbitraria respecto de la implementación y aplicación del régimen azucarero, como por la expropiación arbitraria y discriminatoria de los ingenios de GAM;
- México violó el artículo 1102 al tratar a GAMI y sus inversiones menos favorablemente de lo que trató a inversionistas mexicanos y sus inversiones en circunstancias similares, tanto al expropiar los ingenios de GAM mientras que a inversionistas en otras empresas propietarias de ingenios azucareros en igualdad de circunstancias no les fueron expropiados sus ingenios, como al requerir a GAM cumplir con sus requisitos de exportación, mientras que no requirió a otras inversiones en igualdad de circunstancias cumplir con sus requisitos; y
- México violó el artículo 1110 al expropiar indirectamente la participación de GAMI en GAM en forma incompatible con el artículo 1110.¹⁴

Al respecto, explica:

“En su núcleo, este caso es simple. Por Decreto Presidencial expedido el 3 de septiembre de 2001, México expropió las cinco subsidiarias de GAM y sus ingenios azucareros, como parte de la nacionalización extensa de 27 de los 61 ingenios de la nación, GAMI era y es un accionista minoritario de GAM. De tal forma, expropiación de los ingenios conllevó la expropiación indirecta de la inversión de GAMI, pues las acciones de GAMI en una sociedad controladora sin activos productivos virtualmente no tienen valor.¹⁵

GAMI continúa:

Aun antes de la expropiación irrestricta de la inversión de GAMI el 3 de septiembre de 2001, México repetida y sistemáticamente violó las obligaciones del TLCAN en la administración arbitraria y discriminatoria de su programa azucarero, virtualmente destruyendo el valor de la inversión de GAMI en GAM.¹⁶

GAMI concluye:

La implementación [de la ley] por México fue deplorable... Arbitraria e inequitativamente administró y aplicó —o en algunos casos dejó de administrar o aplicar por completo— esas disposiciones de la ley que sostendrían un precio interno del azúcar en un nivel tal que podría hacer viables los ingenios... El resultado fue la destrucción de la inversión de GAMI, que culminó en la expropiación irrestricta de los ingenios.¹⁷

14. Escrito de Demanda ¶7.
 15. *Id.* ¶2.
 16. *Id.* ¶3
 17. *Id.* ¶5

12. En su Escrito de Réplica GAMI admite que ninguna de las medidas objeto de su reclamación son medidas relativas a GAMI o a su inversión consistente en acciones de GAM¹⁸. Según se desprende del Escrito de Demanda, y la demandada lo ha explicado con detalle en su Escrito sobre Excepciones de Incompetencia:

- a) La normatividad del sector azucarero, ya sea las disposiciones jurídicas como tales o en su implementación o ejecución, aplican a los ingenios azucareros y a los productores de caña únicamente. Ni siquiera aplican a GAM como sociedad controladora —es decir, como accionista— de ingenios azucareros¹⁹. La normatividad del sector no guarda relación alguna con los accionistas de los ingenios, y menos aún con los accionistas, sean éstos mayoritarios o minoritarios, de las sociedades accionistas de los ingenios.
- b) Según expresamente reconoce GAMI, el decreto expropiatorio igualmente es una medida relativa a GAM²⁰. Otra vez, aplica a los accionistas de los ingenios —e.g. GAM—; pero no aplica en absoluto a los accionistas de la sociedades controladoras, y menos aún a GAMI como accionista minoritario entre ellos.

13. GAMI no ha identificado una medida relativa a las acciones de que es propietaria en GAM —la inversión— ni a GAMI como tenedor de esas acciones —el inversionista. No ha identificado una medida relativa a sus intereses jurídicos protegidos por el TLCAN. En esencia, la reclamación de GAMI es que un daño supuestamente sufrido por GAM, como resultado de medidas aplicables ya a GAM, ya a los ingenios de GAM, es un daño supuestamente sufrido por sus accionistas. Ello no es así.

14. No hay la menor duda de que GAM es una sociedad mexicana, que es propiedad de mexicanos y está bajo el control de éstos. En tal virtud, en el TLCAN México no ha asumido obligación alguna frente a GAM y, en consecuencia, no hay obligación alguna en el TLCAN que México pueda violar en perjuicio de GAM.

15. El más reciente laudo emitido en un caso al amparo del capítulo XI, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America* del 26 de junio de 2003, ilustra el significado de este aspecto jurídico fundamental del TLCAN. Un distinguido tribunal consideró el hecho de que un demandante corporativo había cambiado de nacionalidad en el curso del procedimiento arbitral del capítulo XI. Interpuso la reclamación como una sociedad canadiense, pero terminó como una sociedad estadounidense a raíz de procedimientos de bancarrota que

18. Cf. el Escrito de Réplica, ¶ 39.

19. Escrito de Demanda, ¶¶ 35, 44-47.

20. Escrito de Demanda: “El Decreto Expropiatorio relativo a GAM dispone que el Gobierno expropió los ingenios azucareros sobre bases de utilidad pública...” (¶67); “Los criterio que supuestamente justifican la expropiación, y su inaplicabilidad a GAM, se discuten más adelante...” (¶68); “Muchos propietarios de ingenios, incluido a GAM, interpusieron procedimientos de amparo después de la expropiación.” (¶70); “GAM reclama, entre otros fundamentos, que las autoridades no probaron la causa de utilidad pública” (¶71). Énfasis propio en todos los casos.

ocurrieron en el transcurso del arbitraje del TLCAN. El tribunal resolvió a favor de Estados Unidos la excepción de incompetencia que planteó, determinando que un cambio de nacionalidad quitaba al demandante el derecho de mantener la reclamación conforme al TLCAN.

16. El razonamiento del tribunal es relevante en este procedimiento. El tribunal determinó que la fractura del vínculo de nacionalidad no sólo terminó la reclamación, sino que terminó la violación misma de una obligación del TLCAN:

232. *...through subsequent events of the kind indicated above [that is, the emergence of a formerly Canadian enterprise from bankruptcy proceedings as a U.S. corporation], a vested claim, already the subject of valid proceedings, simply ceases to exist, together with the breach of obligation or delict which have brought it into being. True, it is possible to imagine that a change of identity with a consequent change of nationality by the enforcing party might deprive a tribunal of territorial jurisdiction under its domestic rules of procedure. This is not the present case. If the submissions of the United States are right, the fatal objection to success by the Claimant is that a NAFTA claim cannot exist or cannot any longer exist, once the diversity of nationality has come to an end, so that the Tribunal cannot continue with the resolution of the original dispute, there being no dispute left to resolve. The private lawyer might well exclaim that the uncovenanted benefit to the defendant would produce a result so unjust that it could be sustained only by irrefutable logic or compelling precedent, and neither exists. The spontaneous disappearance of a vested cause of action must be the rarest of incidents, and no warrant has been shown for it in the present context.*

233. *Such a reaction, though understandable, in our opinion, would be, wholly misplaced. Rights of action under private law arise from personal obligations (albeit they may be owed by or to a State) brought into existence by domestic law and enforceable through domestic tribunals and courts. NAFTA claims have a quite different character, stemming from a corner of public international law in which, by treaty, the power of States under that law to take international measures for the correction of wrongs done to its nationals has been replaced by an ad hoc definition of certain kinds of wrong, coupled with specialist means of compensation. These means are both distinct from and exclusive of the remedies for wrongful acts under private law: see Articles 1121, 1131, 2021 and 2022. It is true that some aspects of the resolution of disputes arising in relation to private international commerce are imported into the NAFTA system via Article 1120.1(c), and that the handling of disputes within that system by professionals experienced in the handling of major international arbitrations has tended in practice to make a NAFTA arbitration look like the more familiar kind of process. But this apparent resemblance is misleading. The two forms of process, and the rights which they enforce, have nothing in common. There is no warrant for transferring rules derived from private law into a field of international law where claimants are permitted for convenience to enforce what are in origin the rights of Party states. If the effects of a change in ownership are to be ascertained we must do so, not by inapt analogies with*

*private law rules, but from the words of Chapter Eleven, read in the context of the Treaty is a whole, and of the purpose which it sets out to achieve.*²¹

17. Al aplicar el razonamiento del tribunal a los hechos de este caso, es claro que al no haber la diversidad de nacionalidad que requiere la sección B del capítulo XI, nunca ocurrió una violación del capítulo XI vis-a-vis GAM, un nacional de México, el Sr. Gallardo o los otros accionistas mexicanos. Por virtud de su nacionalidad, GAMI busca establecer una reclamación derivada contra México por supuestas violaciones al tratado; pero todas sus reclamaciones versan sobre medidas relativas a GAM y sus ingenios, no a la tenencia accionaria de GAMI en GAM. Al no tener la propiedad o control requeridos por el artículo 1117 para instaurar un arbitraje por pérdidas o daños supuestamente sufridos por la empresa mexicana, GAMI pretende caracterizar el supuesto daño a la empresa como un daño propio.

18. El razonamiento central del tribunal de *Loewen* es, por tanto, directamente pertinente en este procedimiento:

*223. Chapter Eleven of NAFTA represents a progressive development in international law whereby the individual investor may make a claim on its own behalf and submit the claim to international arbitration, as TLGI has done in the instant case. The format of NAFTA is clearly intended to protect the investors of one Contracting Party against the unfair practices occurring in one of the other contracting Parties. It was not intended to and could not affect the rights of American investors in relation to practices of the United States that adversely affect such American investors. Claims of that nature can only be pursued under domestic law and it is inconceivable that sovereign nations would negotiate treaties to supplement or modify domestic law as it applied to their own residents. Such a collateral effect on the domestic laws of the NAFTA Parties was clearly not within their contemplation when the treaty was negotiated.*²²

[Énfasis propio]

19. En virtud de que se rompió el vínculo de nacionalidad (y con base en que no se agotaron los recursos locales) el tribunal determinó que no tenía otra opción que desechar una reclamación en la que consideró que la equidad favorecía a los demandantes.²³

20. Debe advertirse que el tribunal no vaciló al desechar la reclamación del Sr. Loewen, el anterior Presidente del Consejo y Director General de la sociedad demandante, porque no pudo demostrar que era el propietario o que controlaba la empresa directa o indirectamente cuando las reclamaciones fueron sometidas al arbitraje, ni tras la reorganización de la empresa conforme al

21. *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo Final del 26 de junio de 2003, ¶¶ 232-233.

22. *Id.* ¶ 223.

23. *Id.*, ¶ 1.

capítulo 11 del Código de Quiebras de Estados Unidos²⁴. El rechazo de la reclamación del Sr. Loewen refleja la petición de México en su Escrito de Excepciones.

21. Los artículos 1116 y 1117 sólo permiten el acceso al arbitraje internacional para reclamar una violación del capítulo XI:

- a) a un inversionista de otra Parte, por su propio derecho; y
- b) a una empresa de una Parte, que es una inversión propiedad de un inversionista de otra Parte o que está bajo su control, en cuyo caso, sin embargo, no puede la empresa someter a arbitraje una reclamación por sí, sino que tiene que hacerlo el inversionista que detenta el control o la propiedad, porque el tratado sólo reconoce la capacidad jurídica de éste para representarla.

22. Ambos artículos, además, requieren que ya sea el inversionista, o la empresa, según el caso, hayan sufrido daños pecuniarios en virtud de la violación que se reclama, o a consecuencia de ella.

23. GAMI ha presentado una reclamación conforme al artículo 1116 por daños derivados de un supuesto daño a GAM, y argumenta que la simple presentación de una reclamación de un inversionista conforme al artículo 1116 por supuestos daños a medidas que ni siquiera le aplican a la demandante, le confiere competencia *ipso jure* a un tribunal del capítulo XI del TLCAN²⁵. Sin embargo, el Escrito de Réplica de GAMI omite contestar el argumento incontrovertido que la demandada hace en su Escrito de Excepciones, en el sentido de que sólo el artículo 1117 confiere legitimidad procesal respecto de reclamaciones por supuestas violaciones a la sección A que causan daño a una empresa del Estado demandado.

24. Los artículos 1101 y 1117 son parte del contexto jurídico para la interpretación del artículo 1116. Según observó recientemente el Tribunal en el caso *ADF Group, Inc. v. United States of America*, “Las disposiciones bajo examen deben desde luego analizarse en contexto; pero ese contexto está constituido principalmente por otras disposiciones relevantes del TLCAN”²⁶ (énfasis propio).

25. En primer término, dado el ámbito de aplicación del capítulo XI, el origen de la violación —y, por consiguiente, el motivo del supuesto daño— tiene que ser, necesariamente, una medida relativa al inversionista o a su inversión.

26. Además, los artículos 1116 y 1117 establecen una distinción importante: Cuando la reclamación se sustenta en un daño sufrido por una empresa resultante de una violación al TLCAN, sólo el inversionista (de otra Parte) que tiene la propiedad o detenta el control de

24. *Id.*, ¶ 239, y (2) de la Orden.

25. Cf. Escrito de Réplica, ¶¶ 20 *in fine*, 21 y 25.

26. *ADF Group, Inc. v. United States of America*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo Final. ¶ 147.

aquella tiene legitimidad procesal para reclamar tanto la violación como el daño. En estos casos, al resarcirse por la vía del arbitraje (o de otra forma) el daño a la empresa, lógicamente se resarce cualquier daño derivado a todos sus accionistas a través de la indemnización a la empresa —el artículo 1135 del TLCAN exige que en tales casos la restitución de la propiedad o el pago de daños se haga a la empresa.

27. Si el inversionista que detenta la propiedad o el control de la empresa no somete la reclamación a arbitraje —bien porque, como en este caso, no tenga la legitimidad procesal para ello, bien porque, teniéndola, decida no hacerlo— el artículo 1116 no abre una puerta trasera y confiere legitimidad procesal a otros inversionistas para hacerlo. Si cualquier inversionista pudiese demandar violaciones por medidas relativas a una empresa que no es su inversión, y daños derivados de los sufridos por la empresa, el artículo 1117 no tendría razón de ser.

28. El artículo 1117 establece un derecho de acción específico en el caso de reclamaciones por daño a una empresa de la Parte demandada, y limita la legitimidad procesal para ejercerlo al inversionista de otra Parte que detenta la propiedad o el control sobre la empresa. Las Partes del tratado flexibilizaron ese derecho de acción al permitir que pudiese ser ejercido por un inversionista, aun si éste detenta la propiedad o el control indirectamente. Ello demuestra que el artículo 1116 no establece ese derecho de acción. El tratado no permite que un inversionista que no detenta la propiedad o el control, directa ni indirectamente, someta una reclamación que se sustenta en un supuesto daño a la empresa.

29. La interpretación que la demandante propone vaciaría el artículo 1117 de todo significado y efecto jurídico. La demandada respetuosamente sostiene que el Tribunal no puede ignorar el distinto derecho de acción que establecen uno y otro artículo, y debe darle pleno significado y eficacia al artículo 1117.

30. En el caso que nos ocupa, las condiciones exigidas por el artículo 1116 no se satisfacen, porque las medidas objeto de la reclamación de GAMI no son relativas a GAMI ni a las acciones de GAM que detenta. Por ello, y por la nacionalidad de GAM y su accionista mayoritario, así como la nacionalidad de los ingenios, las medidas que GAMI reclama no pueden ser el origen de una violación que GAMI pueda someter a arbitraje conforme al TLCAN. Además GAMI reclama daños derivados de un supuesto daño sufrido por la empresa; pero tampoco tiene la legitimidad procesal para reclamar supuestos daños sufridos por la empresa.

31. Al afirmar que una medida que daña los intereses jurídicos de una empresa también daña los intereses jurídicos de los accionistas, GAMI pretende eludir el significado claro del artículo 1117 que, como contexto para la interpretación del artículo 1116, forzosamente le da a éste último un significado diferente. En el párrafo 28 de su Escrito de Réplica, argumenta que “el artículo 1121 está debidamente redactado en forma tal que simplemente asume que la pérdida o daño que un inversionista alega puede derivar de un daño a la empresa”.

32. Puede apreciarse inmediatamente que ésta no es una respuesta. Es incompatible con los principios del derecho corporativo en prácticamente todos los Estados, reconocidos y afirmados

por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction* (que se discute con detalle en el Escrito de Excepciones de México y no requiere repetirse aquí).

33. GAMI argumenta que cualquiera en una cadena de posibles sujetos “afectados” por una medida tienen un interés jurídico para reclamar una violación al TLCAN. Sin embargo, el umbral no es la mera afectación a un interés del inversionista. El Tribunal en el caso *Methanex Corporation v. The United States of America* analizó el artículo 1101 con detalle, y sostuvo que éste impone límites significativos. Explicó:

If the threshold provided by Article 1101(1) were merely one of “affecting”, as Methanex contends, it would be satisfied wherever any economic impact was felt by an investor or an investment. For example, in this case, the test could be met by suppliers to Methanex who suffered as a result of Methanex’s alleged losses, suppliers to those suppliers and so on, towards infinity. As such, Article 1101(1) would provide no significant threshold to a NAFTA arbitration. A threshold which could be surmounted by an indeterminate class of investors making a claim alleging loss is no threshold at all; and the attractive simplicity of Methanex’s interpretation derives from the fact that it imposes no practical limit.²⁷

El Tribunal agregó

We decide that the phrase “relating to “ in Article 1101(1) NAFTA signifies something more than the mere effect of a measure on an investor or an investment and that it requires a legally significant connection between them, as the USA contends. Pursuant to the rules of interpretation contained in Article 31(1) of the Vienna Convention, we base that decision upon the ordinary meaning of this phrase within its particular context and in the light of the particular object and purpose in NAFTA’s Chapter 11.²⁸

34. La interpretación que la demandante propone, que es análoga a la que propuso Methanex (y que el Tribunal en ese caso desechó), erosionaría “cualquier umbral significativo a un arbitraje del TLCAN”. Si GAMI pudiese reclamar un daño derivado el daño supuestamente sufrido por GAM (sin cumplir con los requisitos del artículo 1117), presumiblemente cualquier inversionista en GAMI también podría presentar una reclamación, como podrían hacerlo inversionistas en esos inversionistas “al infinito”, en términos del Tribunal de *Methanex*.

35. No hay un vínculo jurídicamente relevante entre las medidas reclamadas y GAMI que le confiera a ésta *ius standi* conforme al TLCAN.

C. Otras disposiciones del capítulo XI sustentan la posición de México

36. En el párrafo 29 del Escrito de Réplica, la demandante manifiesta:

27. *Methanex Corporation v. The United States of America*, ¶ 137.

28. *Id.* ¶ 147.

El Artículo 1121 también corrobora la posición de GAMI y refuta el argumento de México. Este Artículo requiere, entre otros, que el inversionista que hace una reclamación conforme al artículo 1116 por “pérdida o daño de una participación en una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto”, incluya una renuncia a los procedimientos internos por ambos, el inversionista y la empresa. El Artículo 1121 está debidamente redactado en forma tal que simplemente asume que la pérdida o daño que un inversionista alega puede derivar de un daño a la empresa.

37. El texto del artículo 1121(1)(b), al que la demandante se refiere, de hecho soporta la posición de la demandada, no la de la demandante. El artículo 1121 completo amerita analizarse detenidamente.

38. El artículo que se comenta impone la siguiente obligación principal: Cuando un inversionista somete a arbitraje una reclamación conforme al artículo 1116, debe renunciar a su derecho de iniciar o continuar cualesquier procedimientos legales, excepto los procedimientos de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario que no involucren el pago de daños. Precisa, además, que cuando la reclamación que interponga un inversionista conforme al artículo 1116 se refiera a una pérdida o daño de una participación en una empresa que sea propiedad o esté bajo el control de ese inversionista, directa o indirectamente, entonces también la empresa debe otorgar una renuncia en los mismo términos.

39. De tal manera, el artículo 1121 es congruente con la distinción que establecen los artículos 1116 y 1117 cuando se trata de una reclamación por pérdidas o daños sufridas por una empresa: sólo puede interponerla el inversionista que detenta la propiedad o el control. Debe advertirse, además, que el texto del artículo aclara que el fundamento de la reclamación del inversionista conforme al artículo 1116 no es por pérdida o daño supuestamente sufrido por la empresa, sino por “pérdida o daño de una participación en una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto”. En otras palabras, subraya el argumento de la demandada en su Escrito de Excepciones. Atañe al artículo 1116 una pérdida o daño en la empresa, no las pérdidas o daños sufridas por la empresa. Las pérdidas o daños sufridas por la empresa conciernen al artículo 1117.

40. El párrafo 2 del artículo 1121 ilustra todavía más el punto, puesto que, cuando se trata de pérdidas o daños sufridos por la empresa, tanto el inversionista contendiente como la empresa deben consentir en someterse al arbitraje. Un inversionista que no detenta la propiedad o el control de la empresa no puede otorgar el consentimiento ni la renuncia de la empresa y, lógicamente, su reclamación no puede sustentarse en pérdidas o daños sufridos por la empresa.

41. El propósito de la renuncia requerida por el artículo 1121 es evitar un doble riesgo de condena al pago de daños pecuniarios. Es por ello que cuando la reclamación versa sobre pérdidas o daños sufridos por la empresa, el tratado requiere la renuncia de la empresa, independientemente de si la reclamación se funda en el artículo 1116 (por el inversionista que detenta la propiedad o el control) o en el artículo 1117. Ello confirma que el inversionista que no detenta la propiedad o el control no puede sustentar su reclamación en daños sufridos por la

empresa, puesto que no tiene la capacidad de comprometer a la empresa. De lo contrario se anularía el propósito del artículo 1121 de evitar ese doble riesgo.

42. La demandante también alude al artículo 1117(3) como prueba de que “no son mutuamente excluyentes las reclamaciones conforme a los Artículos 1116 y 1117 suscitadas por los mismos eventos”²⁹. México no discute que los mismos sucesos puedan motivar reclamaciones de un inversionista en representación de una empresa conforme al artículo 1117, así como de inversionistas por su propio derecho conforme al artículo 1116, tanto de los que controlan como de los que no controlan la empresa. Ello no quiere decir, sin embargo, que el interés jurídico de la empresa y el de los inversionistas —o incluso el de los inversionistas entre sí— se confunde, y que las medidas reclamadas afectan el interés jurídico de unos y otros en la misma medida.

43. No es difícil concebir una medida que afecta en forma distinta intereses jurídicos diferentes. Por ejemplo, en la hipótesis de que una Parte del TLCAN discriminara simultáneamente en contra los accionistas extranjeros en una industria nacional, y en contra de empresas nacionales propiedad de extranjeros, si una compañía local fuese propiedad o estuviese controlada por un inversionista de otra Parte, ese inversionista tendría legitimidad procesal conforme al artículo 1117 para interponer una reclamación por incumplimiento del artículo 1102 que requiere que se otorgue trato nacional a las inversiones de inversionistas de otra Parte (párrafo 2); y, al mismo tiempo, tendría legitimidad procesal conforme al artículo 1116 para reclamar una supuesta violación al artículo 1102, que también requiere que se otorgue trato nacional a los inversionistas de otra Parte (párrafo 1). La reclamación conforme al artículos 1116 surgiría de los mismos sucesos que originan la reclamación conforme al artículo 1117 y habría hechos comunes a ambas, pero no por eso se confunden el interés jurídico de la empresa con el interés jurídico de los inversionistas ni la forma como uno y otro se ven afectados, y la medida de los daños tampoco es la misma.

44. El artículo 1117(3) tampoco apoya el argumento de la demandante. Por el contrario, subraya el hecho de que las reclamaciones se fundan en intereses jurídicos diferentes.

D. Es errónea la sugerencia de que la interpretación correcta despoja al tratado de cualquier protección a los accionistas minoritarios

45. Según ya se indicó, un accionista minoritario de una empresa, tiene derecho a todas las protecciones previstas en la sección A del capítulo XI del TLCAN respecto de medidas relativas al inversionista o a su inversión³⁰. Sin embargo, es a todas luces evidente que los sistemas jurídicos municipales de las tres Partes del TLCAN operan de la misma forma por lo que se refiere a las relaciones corporativas entre los accionistas y las sociedades en las que participan.

29. Escrito de Réplica, ¶28.

30. Cf. el ¶ 2.

Cada Parte del tratado tiene una normatividad corporativa bien desarrollada³¹. Esa normatividad permite que los accionistas mayoritarios ejerzan el control de la sociedad a través de su voto en las asambleas de accionistas, de su capacidad para designar consejeros y, a través de ellos, nombrar ejecutivos y gerentes que se encargan de la administración de la empresa³².

31. En México, la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM) y, en el caso de sociedades públicas, también la Ley del Mercado de Valores regulan las sociedades mercantiles, incluidos los derechos de minorías.

32. En relación con la distinta personalidad jurídica de las sociedades y sus socios, la doctrina mexicana señala: “[l]a sociedad mercantil es una persona jurídica distinta de la de sus socios, en tal virtud, tiene un patrimonio, un nombre, un domicilio y una nacionalidad distintos a los de sus socios. El reconocimiento de la personalidad jurídica –escribe FERRI, determina una completa autonomía entre la sociedad y la persona de los socios”. de Pina Vara, Rafael. *Elementos de Derecho Mercantil Mexicano*. 6ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 1973, p. 52. “Consecuencia lógica rigurosa de la personalidad jurídica de la sociedad, es la de considerar a ésta con absoluta separación de las personas que la constituyeron. Por regla general, el derecho positivo consagra la absoluta distinción entre la persona sociedad, y las personas de los socios; y por ello, siempre es posible que, independientemente de su carácter, los socios entren en relaciones jurídicas con la sociedad de la que forman parte, y que pueda así llegar a ser su arrendataria, vendedora, mandante, etc. ” Mantilla Molina, Roberto. *Derecho Mercantil*, 29ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 1997, p. 209.

En relación con la distinción entre los derechos de la sociedad y los accionistas: “Ahora bien, en la SA [sociedad anónima] como en cualquiera de los otros tipos sociales, concurren diversos intereses, que la sociedad debe proteger: en primer lugar, el de la nueva persona moral que los socios constituyen, es decir, los intereses de la sociedad misma. Para el cumplimiento de su objeto social se forma la sociedad, y al cumplimiento de su finalidad debe dirigirse la actuación de sus diversos órganos, y a tal finalidad deben subordinarse los intereses particulares de sus socios. El interés del ente es un elemento esencial de las sociedades, de tal importancia que cuando se contraponen el particular del socio o de un administrador con el de la SA (caso de conflicto de intereses), aquéllos, deben abstenerse de votar, y ésta puede demandarles el pago de los daños y perjuicios que sufra por el incumplimiento del accionista o del administrador de dicho deber de abstención (art. 196 LGSM, y respecto a los administradores, art. 156 *ibid*)”. Barrera Graf, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil*. 3ª reimpresión, Ed. Porrúa, México, D.F., 1999, p. 403. “La obligación de los socios se limita al pago de sus acciones” (artículo 87 de la LGSM).

Por lo que se refiere al control de la mayoría, establece: “Acabamos de indicar que el principio mayoritario, que tiene su formulación en el artículo 200, LGSM [Ley General Sociedades Mercantiles], es una norma de organización de la sociedad anónima, exigida por el carácter corporativo de la misma. Por él, se impone a los socios la obligación de subordinarse a los acuerdos mayoritarios legalmente adoptados.” Rodríguez Rodríguez, Joaquín. *Tratado de Sociedades Mercantiles*. 7ª ed., Ed. Porrúa, México, D.F., 2001, p. 465. “Es el principio de la mayoría que se aplica a toda clase de sociedades, de asociaciones y, en general, de cuerpos colegiados. Se trata de una obligación que se impone a todos los socios, cuyo cumplimiento puede acarrear sanciones (daños y perjuicios, e inclusive expulsión del socio “por infracción del pacto”, o de “las disposiciones legales que rijan al contrato social”... Presupuestos de esta obligación son, que se trate de un acuerdo mayoritario, que sea lícito y válido porque no afecte derechos indisponibles de los socios... que se haya tomado por el órgano competente (asamblea o consejo de administración); y que no imponga nuevas obligaciones a cargo de los accionistas. La manifestación de tal obligación o vínculo consistirá en un deber de abstención del socio de actuar en violación del acuerdo social respectivo.” Barrera Graf, Jorge. *op. cit.*, p 518. “En las sociedades los acuerdos y las resoluciones que no son unánimes, se adoptan por mayoría de votos, y legalmente todos los socios quedan vinculados por éste: así lo indica con claridad el art. 200: “las resoluciones legalmente adoptadas por las asambleas de accionistas son obligatorias aun para los ausentes o disidentes, salvo el derecho de oposición en los términos de esta ley””. Barrera Graf, Jorge. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Editorial Porrúa, tercera reimpresión, México, D.F., 1999, p. 541.

De manera similar, en Canadá Buckley, Gilen & Yalden, en *Corporations Principles and Policies*, (3rd ed., Toronto: Emond Montgomery Publications Limited, 1995) señala en la página 419: “*Since the famous decision of*

46. En el derecho municipal el ejercicio de una acción derivada por la minoría se prevé como un recurso de naturaleza extraordinaria, y en la medida que la ley lo permite, establece las condiciones precisas que deben cumplirse³³. En tal caso, la acción de la minoría usualmente no

the House of Lords in Salomon v. A. Salomon & Co. Ltd., [1897] A.C. 22, it has been a settled proposition of law that a corporation has a separate legal existence, independent from that of its shareholders. Even before Salomon, it had been said that it was this proposition that lay at the "root" of corporate law: Farrar v. Farrars, Ltd. (1888), 40 Ch.D. 395 at pp. 409-10 The independent legal existence of the corporation means that, while the shareholder remains a proportionate owner of the corporation, he does not actually own its assets. These assets belong to the corporation itself, as a separate legal entity... Management of the corporation is entrusted to its officers and directors with the shareholder's interest protected through the distribution of shareholder votes. Thus, the corporate entity is unique in that it allows the shareholder to alienate ownership of property by placing it in a structure where the ownership of the property is separated from the effective control over that property... The sole link between the shareholder and the company is the share, which provides both a measure of the shareholder's interest in the company, as well as of the extent of the shareholder's liability for the actions of that company: see Borland's Trustee v. Steel Brothers & Co. Ltd., [1901] 1 Ch. 279 at p. 288. This separation of ownership and control provides for the basis of many of the fundamental principles of corporate law."

Igualmente, Gower, Prentice and Pettet, *Gower's Principles of Modern Company Law*, (5th ed. London: Sweet & Maxwell, 1992) señala en la página 358: "Shareholders have ceased to be regarded as having equitable interests in the company's assets; 'shareholders are not, in the eyes of the law, part owners of the undertaking.' As a result the word "share" has become something of a misnomer, for shareholders no longer share any property in common; at the most they share certain rights in respect of dividends, return of capital on a winding up, voting, and the like."

Finalmente, en Estados Unidos: Welch, E & Turezyn, A., *Folk on the Delaware General Corporation Law: Fundamentals* (2000 ed., New York, Aspen Law & Business) §151.2, p. 253 señala en relación con la ley de sociedades de Delaware: "Although both par and no-par stocks represent aliquot or proportionate parts of a corporation's capital, a stockholder is not a creditor of the corporation by virtue of his ownership of stock. Nor does he have any specific or aliquot interest in the corporation. Rather, stockholders have the right to share in the profits of the company and in the distribution of its assets on liquidation. Stockholder rights and preferences are simple contract rights that are explicitly set forth in the certificate of incorporation. The power to control the corporate machinery is vested in the board of directors, and the stockholders' rights are exhausted when they elect the board. However, case law recognizes the stockholder's power to remove directors, to employ independent auditors to check the directors, and to require that a report of the proceedings of the annual meeting be forwarded to them. The Court of Chancery has stated that the idea of stockholders having directly enforceable rights as third-party beneficiaries to corporate contracts should be resisted. One of the consequences of the limited liability that stockholders enjoy is that the law treats corporations as legal persons, not simply as agents for stockholders." Véase también *Orman v. Cullman*, 794 A.2d 5, 19 (Del. Ch. 2002) ("A cardinal precept of the General Corporation Law of the State of Delaware is that directors, rather than shareholders, manage the business and affairs of the corporation.")

33. Conforme al derecho mexicano los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social, por lo menos, podrán ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil en contra de los administradores, siempre que se satisfagan los requisitos siguientes: i) que la demanda comprenda el monto total de las responsabilidades a favor de la sociedad y no únicamente el interés personal de los promoventes; y ii) que, en su caso, los actores no hayan aprobado la resolución tomada por la Asamblea General de Accionistas sobre no haber lugar a proceder contra los administradores demandados. Sólo la sociedad, y no los accionistas en forma individual, podrán obtener los bienes que se obtengan como resultado de la reclamación (artículo 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, énfasis propio). De conformidad con la Ley de Mercados de Valores, los accionistas que representen cuando menos el 15 por ciento del capital social, podrán ejercitar directamente la acción de responsabilidad civil contra los administradores, siempre que se satisfagan los requisitos del artículo 163 de la

LGSM. Dicha acción podrá ejercitarse también en contra de los comisarios e integrantes del comité de auditoría (artículo 14 bis 3 de la Ley del Mercado de Valores).

En Canada, la “*Canada Business Corporations Act*” (R.S. 1985, c. C-44) §§ 238-40, 242 codifica las reglas que rigen las acciones derivadas de los accionistas: *A “complainant” may commence a derivative action with leave of the court. Leave will be granted only if: (a) the complainant has given notice to the directors of the corporation or its subsidiary of the complainant’s intention to apply to the court ...not less than fourteen days before bringing the application, or as otherwise ordered by the court, if the directors of the corporation or its subsidiary do not bring, diligently prosecute or defend or discontinue the action; (b) the complainant is acting in good faith; (c) it appears to be in the interests of the corporation or its subsidiary that the action be brought, prosecuted, defended or discontinued. Leave has been granted to permit derivative actions to pursue breaches of fiduciary duties by directors (Appotive v. Computrex Centres Ltd. (1981), 16 B.L.R. 133 (B.C.S.C.), improvident sales of company assets (Re Northwest Forrest Products Ltd., [1975] 4 W.W.R. 724 (B.C.S.C.), self-dealing on the part of directors (Armstrong v. Arbour (5 July 1994), Vancouver No. A933861), or negligence (Schadegg v. Alaska Apollo Resources Inc. (9 March 1994) Vancouver No. A933621), ultra vires acts, (Primex Investments Ltd. v. Northwest Sports Enterprises Ltd. (1995), 13 B.C.L.R. 300 (S.C.)), conflict of interest (Bellman v. Western Approaches Ltd. (1981), 33 B.C.L.R. 45 (C.A.)), issuing shares at an undervalued price (Re Goldstream Resources Ltd. (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 244 (S.C.)), and misappropriation of corporate opportunities (Primex Investments Ltd. v. Northwest Sports Enterprises Ltd. (1995), 13 B.C.L.R. 300 (S.C.)).*

Reglas similares aplica en Estados Unidos. Véase, por ejemplo, la “*Revised Model Business Corporation Act*”, adoptada substancialmente o en su totalidad por 25 estados de Estados Unidos. (*Revised Model Business Corporation Act Annotated, 3rd Ed. 2000/01/02 Supplement*), §7.40: “(a) A person may not commence a proceeding in the right of a domestic or foreign corporation unless he was a shareholder of the corporation when the transaction complained of occurred or unless he became a shareholder through transfer by operation of law from one who was a shareholder at that time. (b) A complaint in a proceeding brought in the right of a corporation must be verified and allege with particularity the demand made, if any, to obtain action by the board of directors and either that the demand was refused or ignored or why he did not make the demand. Whether or not a demand for action was made, if the corporation commences an investigation of the changes made in the demand or complaint, the court may stay any proceeding until the investigation is completed. (c) A proceeding commenced under this section may not be discontinued or settled without the court’s approval. If the court determines that a proposed discontinuance or settlement will substantially affect the interest of the corporation’s shareholders or a class of shareholders, the court shall direct that notice be given the shareholders affected. (d) On termination of the proceeding the court may require the plaintiff to pay any defendant’s reasonable expenses (including counsel fees) incurred in defending the proceeding if it finds that the proceeding was commenced without reasonable cause.” See also *White v. Panic*, 783 A.2d 543, 551 (Del. 2001) (Delaware Supreme Court) (“Where, as in this case, a stockholder plaintiff initiates a derivative action without making pre-suit demand on the board, Rule 23.1 requires that the complaint allege with particularity the reasons for the plaintiff’s failure to demand action from the board. To satisfy this requirement, the ‘stockholder plaintiff[] must overcome the powerful presumptions of the business judgment rule’ by alleging sufficient particularized facts to support an inference that demand is excused because the board is ‘incapable of exercising its power and authority to pursue the derivative claims directly’ [se omiten notas de pie de página].

Conforme a la legislación estadounidense, “[a]n action brought by a stockholder is derivative if the gravamen of the complaint is injury to the corporation or to the whole body of its stock or property and not injury to the plaintiff’s individual interest as a stockholder. A corporation is itself a legal person distinct from those who own it, entitled, for example, to its own profits, and in a derivative action it is the rights of the corporation that are sought to be vindicated.... The plaintiff does not sue in an individual capacity, but as the representative of the corporation, and the complaint and defenses are to be considered as if the corporation itself were suing the defendant. The cause of action belongs to the corporation and not to the stockholders individually or collectively, and the right of a stockholder to bring a derivative suit rests in the existence of a complete cause of action against the defendant in favor of the corporation.” 19 Am Jur 2d Corporations §§ 2250, 2252 (2002) (se omiten las notas al pie de página). Por ejemplo, la *New York Business Corporation Law* dispone: “If the action on behalf of the

debe promover el interés personal de los actores, sino que debe comprender la responsabilidad total a favor de la sociedad, y la compensación que se obtenga será percibida, por lo mismo, por la sociedad, no por los reclamantes o los accionistas en lo individual.

47. Aun si los accionistas minoritarios se oponen a las decisiones de los administradores o ejecutivos, no tienen un derecho a forzar a la sociedad a actuar conforme a sus deseos. Tienen un derecho a reclamar la responsabilidad civil de los administradores en caso de actos ilícitos y, si acaso, un derecho de oposición limitado³⁴. La distinción entre los derechos de los accionistas y

corporation was successful, in whole or in part, or if anything was received by the plaintiff or plaintiffs or a claimant or claimants as the result of a judgment, compromise or settlement of an action or claim, the court may award the plaintiff or plaintiffs, claimant or claimants, reasonable expenses, including reasonable attorney's fees, and shall direct him or them to account to the corporation for the remainder of the proceeds so received by him or them." NY CLS Bus Corp § 626 (e) (2003). Es así que: "[i]n the shareholders' derivative action the right of the plaintiff to maintain the action is derivative or secondary. The corporation is not merely a formal, but is an indispensable party to the action. The shareholder, as a nominal party, has no right, title or interest in the claim itself." William Meade Fletcher et al., *Fletcher Cyclopedia Of The Law Of Private Corporations* § 5908 (perm. ed., rev. vol. 2000) (se omiten las notas al pie de página).

34. Respecto al derecho de oposición: "Los accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las Asambleas Generales, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos: I.- Que la demanda se presente dentro de los quince días siguientes a la fecha de clausura de la Asamblea; II.- Que los reclamantes no hayan concurrido a la Asamblea o hayan dado su voto en contra de la resolución, y III.- Que la demanda señale la cláusula del contrato social o el precepto legal infringido y el concepto de violación. No podrá formularse oposición judicial contra las resoluciones relativas a la responsabilidad de los Administradores o de los Comisarios." (artículo 201 de la LGSM).

De manera similar: "*What [a shareholder] cannot do is to recover damages merely because the company in which he is interested has suffered damage. He cannot recover a sum equal to the diminution in the market value of his share, or equal to the likely diminution in dividend because such a "loss" is merely a reflection of the loss suffered by the company. The shareholder does not suffer any personal loss. His only "loss" is through the company, in the diminution in the value of the net assets of the company, in which he has (say) a 3 percent shareholding. The plaintiff's shares are merely a right of participation in the company on the terms of the articles of association. The shares themselves, his right of participation, are not directly affected by the wrongdoing. The plaintiff still holds all the shares as his own absolutely unencumbered property. The deceit practiced upon the plaintiff does not affect the shares; it merely enables the defendant to rob the company. A simple illustration will prove the logic of this approach. Suppose that the sole asset of a company is a cash box containing £100,000. The company has an issued share capital of 100 shares, of which 99 are held by the plaintiff. The plaintiff holds the key of the cash box. The defendant then robs the company of all its money. The effect off the fraud and the subsequent robbery, assuming that the defendant successfully flees with his plunder, is (i) to denude the company of all its assets; and (ii) to reduce the sale value of the plaintiff's shares from a figure approaching 100,000 pounds to nil. There are two wrongs, the deceit practiced on the plaintiff and the robbery of the company. But the deceit on the plaintiff causes the plaintiff no loss which is separate and distinct from the loss to the company. The deceit was merely a step in the robbery. The plaintiff obviously cannot recover personally some £100,000 damages recoverable by the company.*" *Jones v. H.F. Ahmanson & Co.*, Supreme Court of California, 60 P.2d 464 (1969), pp. 48-49 [cit. pos. Buckley, Gilen & Yalden, *Corporations: Principles and Policies*, (3rd ed., Toronto: Edmond Montgomery Publications Limited, 1995) p. 733.]

Respecto a la legislación de Estados Unidos, véase William Meade Fletcher et al., *Fletcher Cyclopedia Of The Law Of Private Corporations* § 5822 (perm. ed., rev. vol. 2002) ("If, in the opinion of the directors or a majority of the shareholders, the best interests of the company do not require it to sue, it need not do so. The matter ordinarily is within their discretion, and if they act in good faith, their refusal to sue violates no right of dissenting shareholders, so as to entitle them to maintain a suit in their own behalf. The exercise of such discretion by the

la gobernabilidad de las sociedades está tan enraizada en el derecho corporativo de las Partes del TLCAN, que no requiere mayor mención.

directors will not be lightly set aside by the court, and where a shareholder complains of such action of the directors the court will consider the circumstances, and, if no bad faith is shown, will decline to substitute the judgment of the shareholder for that of the managing directors.”); 18A Am. Jur. 2d Corporations § 762 (2002) (“The stockholders holding a majority of the capital stock of a corporation have the right to determine the policy to be pursued and to manage and direct the corporation’s affairs, and the minority must submit to their judgment so long as the majority act in good faith and within the limitation of the law. It is said that the majority stockholders are supreme within the limits of honest administration and of the boundaries of discretion. A minority of the stockholders cannot dictate corporate policies, nor control or direct the management of the corporation.”)

Así mismo, la “English Law Commission” (in *Shareholder Remedies: A Consultation Paper [No. 142]* (London: The Stationery Office) lo señaló en 1996: “*The majority rule principle is closely linked to the proper plaintiff principle which has been described by the Court of Appeal as ‘...the elementary principle that A cannot, as a general rule, bring an action against B to recover damages or secure other relief on behalf of C for an injury done by B to C.’ (See Prudential Assurance Co. Ltd. v. Newman Industries Ltd. (No. 2) [1982] Ch. 20, 210) To allow a third party to bring an action in relation to wrongs done to another could lead to multiple actions being brought against a single defendant in relation to a single wrong. As the company is, in law, a separate legal entity, it is the proper plaintiff where it has suffered injury, otherwise a defendant could face as many actions as there are shareholders.”*

Por último, Gower’s *Principles of Modern Company Law* enfatiza una declaración de la Corte de Apelaciones en *Edwards v. Halliwell* ([1950] 2 All ER 1064, 1066-1069, per Jenkins L.J.) reexpresado (*Prudential Assurance Co. Ltd. v. Newman Industries (No. 2)*[1982] Ch. 204) en relación con la regla clásica en *Foss v. Harbottle* ((1843) 2 Hare 461):

1. *The proper plaintiff in an action in respect of a wrong alleged to be done to a corporation is prima facie the corporation.*
2. *Where the alleged wrong is a transaction which might be made binding on the corporation and on all its members by a simple majority of the members, no individual member of the corporation is allowed to maintain an action in respect of that matter because, if the majority confirms the transaction, cadit quaestio: or, if the majority challenges the transaction, there is no valid reason why the company should not sue.*
3. *There is no room for the operation of the rule if the alleged wrong is ultra vires the corporation because the majority of members cannot confirm the transaction.*
4. *There is also no room for the operation of the rule if the transaction complained of could be validly done or sanctioned only by a special resolution or the like, because a simple majority cannot confirm a transaction which requires the concurrence of a greater majority.*
5. *There is an exception to this rule where what has been done amounts to fraud and the wrongdoers are themselves in control of the company. In this case the rule is relaxed in favour of the aggrieved minority, who are allowed to bring a minority shareholder’s action on behalf of themselves and all others. The reason for this is that, if they were denied that right, their grievance would never reach the court because the wrongdoers themselves, being in control, would not allow the company to sue. (At page 643-4.)*

Gower continúa: “*successful pursuit of the derivative type [noted in point 5 above] is particularly fraught with difficulty because of the need to establish the elusive concepts of fraud-on-the-minority and “control” by the alleged wrongdoers.*” (p. 647.)

48. El artículo 1117 refleja expresamente esos mismos principios, y esto es lo que, según asevera la demandante, priva a los accionistas minoritarios de cualquier protección. La aseveración es totalmente incorrecta.

E. La interpretación errónea de la demandante acarrearía resultados anómalos

49. Es muy importante diferenciar los intereses jurídicos de los accionistas de los de la empresa. De otra forma, la aglomeración de éstos produciría las anomalías que surgen en este caso. Por ejemplo:

- GAMI argumenta que tiene el derecho de presentar una reclamación por supuestos ilícitos cometidos en contra de ciertos ingenios azucareros —empresas que son propiedad de GAM, la sociedad en la que invirtió— y en contra de GAM. Sin embargo, ni los ingenios ni GAM pueden instaurar una reclamación internacional contra su propio Estado. Tampoco puede hacerlo el Sr. Gallardo, el accionista mayoritario y quien tiene el control de GAM, porque también es un nacional de México.

GAMI también argumenta que tiene el derecho de reclamar daños que derivan a su vez de supuestos daños sufridos por los ingenios y por GAM, respectivamente. Sin embargo, por las mismas razones, ni GAM ni los ingenios pueden interponer una reclamación de este tipo; y ni siquiera pueden establecer en este procedimiento que en efecto sufrieron las pérdidas o daños que GAMI alega —más aún, ni GAM ni los ingenios han alegado que sufrieron los daños que GAMI reclama.

De tal forma, GAMI argumenta que tiene legitimidad procesal para demandar por supuestos ilícitos cometidos contra GAM y los ingenios, y por supuestos daños resultantes a GAM y a los ingenios; pero GAM y los ingenios carecen de la toda legitimidad procesal al respecto.

- La interpretación que GAMI hace del artículo 1116 implicaría que, en la hipótesis de que GAM (o los ingenios en cuestión) fuese propiedad o estuviese controlada por otro inversionista de Estados Unidos o Canadá, GAMI podría presentar la misma reclamación que en este caso, aun si el accionista mayoritario de GAM (o los ingenios) decidiera no hacerlo. Ello contraviene los principios de gobernabilidad corporativa.
- En la misma hipótesis de que GAM fuese propiedad o estuviese controlada por otro inversionista de Estados Unidos o Canadá, aun si GAM obtuviera reparación a través una reclamación conforme al artículo 1117, GAMI tendría derecho a demandar por sí y a obtener una reparación independiente, lo cual resultaría en un doble pago para el Estado. Lo mismo sucedería aun al margen de una reclamación conforme al artículo

1117, al GAM obtener una reparación, por ejemplo por la vía de la indemnización que establece la legislación mexicana.

- GAMI reconoce en su Escrito de Demanda que GAM interpuso un amparo en el que impugna la legalidad del decreto expropiatorio en relación con tres de los ingenios. Esta cuestión está *sub judice*. GAMI reclama en este arbitraje internacional que ya ha sido objeto de una expropiación. Sin embargo, si GAM prevalece ante los tribunales mexicanos, este Tribunal tendría ante sí a un reclamante que demanda el pago de daños por una expropiación que la empresa en la que invirtió habría revertido exitosamente.

GAM actúa por su propio derecho e indirectamente actúa por el conjunto de sus accionistas, no sólo del accionista mayoritario o los accionistas mexicanos. Sin embargo, los intereses de GAMI son adversos a los de la empresa en la que invirtió, puesto que ésta busca revertir la expropiación, lo cual dejaría sin materia la reclamación correspondiente de GAMI.

- Aun si GAM no prevaleciera ante los tribunales mexicanos, podría reclamar la indemnización en los términos del decreto expropiatorio y la legislación aplicable, lo cual compensaría el daño a la empresa. Sin embargo, en este caso este Tribunal enfrentaría una reclamación en la que la empresa en la que GAMI invirtió habría procedido a resarcir el daño que GAMI alega es el origen del daño a la inversión de GAMI. Éste es precisamente el doble riesgo que la sección B del capítulo XI pretende evitar
- La carta fechada el 30 de mayo de 2003, mediante la cual la demandante responde a la solicitud de documentos que México le hizo, ilustra perfectamente la diferencia entre los distintos intereses jurídicos: Todos los actos que GAMI reclama conciernen a medidas relativas a GAM o a los ingenios azucareros. Sin embargo, según advierte repetidamente GAMI (la única persona que puede actuar como reclamante ante este Tribunal), no está en posesión o control de varios de los documentos solicitados, porque están en poder de GAM.

GAM, la empresa cuyos derechos se alega afectó el gobierno de México, no comparece ante este Tribunal (y por virtud del artículo 1117(4) está impedida para hacerlo). De tal forma, las partes contendientes se ven limitadas a tener que solicitar su cooperación para obtener una serie de documentos relativos a hechos centrales en la disputa, porque GAMI no tiene el control de la empresa (en contraste con un reclamante que tuviera la debida legitimidad procesal conforme al artículo 1117). En consecuencia, la demandada se ve privada del acceso al actor central, GAM, y a sus documentos.

Toda la reclamación es acerca de GAM y los ingenios que le fueron expropiados. La demandante simplemente fue un inversionista minoritario pasivo. La demandada

interactuó únicamente con GAM, los ingenios azucareros y otros miembros del sector azucarero en México, nunca con GAMI. El personaje central no es una parte contendiente y no puede participar como tal en este procedimiento. Sin embargo, la mejor evidencia sobre sus proyecciones, planes de negocios, las declaraciones que hizo a GAMI, las decisiones de negocios que tomó, su experiencia en el mercado del azúcar, la carga de la deuda, el conocimiento de los riesgos del negocio, etc. no está ante el Tribunal. GAMI está dosificando la evidencia, y aun si GAMI hace su mejor esfuerzo por asistir al Tribunal en estas cuestiones, no es GAM, no tiene los mismos intereses que GAM y no tiene la capacidad que GAM tendría para proporcionar documentos, testimonios y otro tipo de asistencia al Tribunal.

50. Estas anomalías demuestran las implicaciones de la posición de GAMI.

F. Los laudos en los casos *Pope & Talbot* y *Myers* no asisten al Tribunal

51. El Tribunal advertirá que en los casos *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*³⁵ y *S.D. Myers, Inc. v. Canada*³⁶ ninguno de los tribunales abordó la cuestión que la demandada plantea, ni consideraron una situación con hechos similares. Ninguno de los casos involucró el intento de un inversionista minoritario por reclamar pérdidas o daños supuestamente sufridos por la empresa en la que invirtió.

52. La demandante se ve forzada a admitir esta diferencia (en una nota al pie de página). Reconoce que, en contraste con este caso “los dos casos decididos fueron instaurados por inversionistas que controlaban las empresas”, y argumenta que “esa diferencia es irrelevante en el contexto del Artículo 1116, que no distingue entre propiedad mayoritaria y minoritaria”³⁷. El gobierno de México ya demostró que éste último argumento es incorrecto: el artículo 1117 es el único que confiere legitimidad procesal en el caso de una reclamación por daños a la empresa, y sí distingue entre propiedad mayoritaria y minoritaria.

53. Al margen de ello, sin embargo, el Tribunal en el caso *Pope & Talbot* determinó:

*[T]he Investor... [was] ...a publicly traded corporation incorporated under the laws of the State of Delaware in the U.S. It ha[d] a wholly owned subsidiary Pope & Talbot International Ltd, which in turn ha[d] a wholly owned subsidiary, also a British Columbia corporation, Pope & Talbot Ltd (the “Investment”).*³⁸

35. *Pope & Talbot, Inc. v. The Government of Canada*, Laudo Interino del 26 de junio de 2000.

36. *S.D. Myers, Inc. v. The Government of Canada*, Laudo Parcial sobre el Fondo del 13 de noviembre de 2000.

37. Escrito de Demanda, nota de pie de página No. 28.

38. *Pope & Talbot*, Laudo en Materia de Daños del 31 de mayo de 2002, ¶2.

El inversionista contendiente en ese caso era el propietario y quien detentaba el control de la inversión respectiva.

54. Más aún, el tribunal en el caso *Pope & Talbot* no abordó específicamente los argumentos de Estados Unidos sobre los artículos 1116 y 1117 (de modo que no los “rechazó completamente”³⁹). Lo que consideró fue el argumento de Canadá de que el demandante no podía obtener, conforme al artículo 1116, el pago de daños por los daños sufridos por su inversión y que los daños derivados debían reclamarse conforme al artículo 1117, que no fue invocado por el demandante en ese caso⁴⁰. En su Escrito de Réplica, GAMI omite un calificativo importante de la cita que utiliza, contenido al final de ésta:

*In the present case, therefore, where the investor is the sole owner of the enterprise (which is a corporation, and thus an investment within the definitions contained in Articles 1139 and 201) it is plain that a claim for loss or damage to its interest in that enterprise/investment may be brought under article 1116. It remains of course for the Investor to prove that loss or damage was caused to its interest, and that it was causally connected to the breach complained of.*⁴¹

[Énfasis propio. Se omiten las notas de pie de página.]

55. Es obvio que el tribunal del caso *Pope & Talbot* no consideró el tipo de hechos objeto de la presente reclamación. Ese caso tenía que ver con una subsidiaria enteramente propiedad del demandante. No reflexionó sobre una reclamación de un accionista minoritario que no identificó medida alguna relativa a sus intereses jurídicos. Según ya lo apuntó México en su Escrito de Excepciones: “En toda la relación de los hechos no hay una sola mención de cualquier medida que se relacione directamente con los intereses de la demandante”⁴².

56. México está en desacuerdo con las determinaciones generales del tribunal del caso *Pope & Talbot*. Lo que es más, las tres Partes del tratado han criticado los razonamientos de ese tribunal, y otros tribunales establecidos al amparo del capítulo XI han declinado seguir el enfoque que utilizó. Por ejemplo, en el caso *ADF*, Estados Unidos manifestó en su Escrito Presentado con Posterioridad a la Audiencia Relativo al Artículo 1105(1) y *Pope & Talbot*:

In their Article 1128 submissions, Canada and Mexico agree with the United States that the Pope Damages Award is poorly-reasoned in many respects and incorrectly interprets the provisions of the NAFTA. The agreement among the three NAFTA Parties with respect to these misinterpretations may not be disregarded. As recognized in Article 31(3)(a) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (“Vienna Convention”), any agreement as to the proper interpretation of the treaty “shall be taken into account.” In

39. Cf. el Escrito de Demanda, ¶30.

40. *Pope & Talbot*, Laudo Interino, ¶75.

41. *Id.*, ¶80.

42. Escrito de Excepciones, ¶57.

*light of the agreement expressed by the NAFTA Parties, the interpretive analysis of the Pope Damages Award should not be relied upon by this Tribunal.*⁴³

[Énfasis propio. Se omiten las notas de pie de página.]

57. En el caso *Myers*, la empresa S.D. Myers de Canadá era propiedad de cuatro miembros de la familia Myers en partes iguales. También tenían participación, en distintas proporciones (uno de ellos del 51%), en la empresa S.D. Myers, Inc. (SDMI) que fue el inversionista en ese caso⁴⁴. La cuestión de si SDMI tenía legitimidad procesal para interponer una reclamación por pérdidas o daños sufridos por Myers Canadá, siendo que ésta era propiedad de otras personas, es una de las cuestiones centrales que son objeto de la revisión judicial que actualmente está en curso ante las cortes canadienses⁴⁵.

58. México está en desacuerdo con la afirmación de SDMI era un “inversionista” para los efectos del capítulo XI; pero aun si la corte revisora preservara la determinación del tribunal, tendría que haber una determinación de que el demandante controlaba la inversión en Canadá⁴⁶. En el caso que nos ocupa no hay disputa sobre el hecho de que GAMI no detenta el control de GAM.

59. Por las razones expresadas, la demandada respetuosamente opina que los casos *Pope & Talbot* y *Myers* no son persuasivos. Ninguno aborda la cuestión que aquí se plantea. Ninguno asiste al Tribunal.

43. *Final Post-Hearing Submission of Respondent United States of America on Article 1105(1) and Pope & Talbot*, del 1 de agosto de 2002, en el caso *ADF*, pp. 1 y 2.

44. Memorando de Canadá en el caso *Attorney General of Canada v. S.D. Myers, Inc.*, ¶¶ 54 y 55.

45. *Attorney General of Canada v. S.D. Myers, Inc.* El caso se encuentra en la etapa de argumentación y se ha programado la audiencia ante la Corte Federal de Canadá a partir del 27 de octubre de 2003. México ha intervenido sobre diversas cuestiones, incluida ésta que se refiere a la legitimidad procesal.

46. En su Memorando de Hechos y Derecho, la demandada, S.D. Myers, argumentó que existe control cuando la participación accionaria es mayor al 25%, y cita al respecto a Mapp en relación con subsidiarias extranjeras de empresas de Estados Unidos: “...the ultimate beneficial ownership required to ‘control’ the subsidiary may be as low as 25 percent. A United States corporation is deemed to be a United States national if 50 percent or more of its stock is owned by United States citizens”. Mapp, Wayne. *The Iran-United States Claims Tribunal – The First Ten Years, 1981-1991*(1993), p. 92, *cit. pos.* S.D. Myers Inc. en su Memorando de Hechos y Derecho en *Attorney General of Canada v. S.D. Myers, Inc.*, ¶125.

G. Petición

60. Por las razones expresadas, el gobierno de México reitera que GAMI carece de legitimidad procesal para someter a arbitraje la presente reclamación y respetuosamente sostiene que el Tribunal carece de competencia para resolverla.

61. El gobierno de México solicita que el Tribunal deseche la reclamación en su totalidad.

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

30 de junio de 2003