

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS

RELATIVAS A INVERSIONES

(MECANISMO COMPLEMENTARIO)

Washington, D.C.

(Caso CIADI No. ARB(AF)/05/1)

Bayview Irrigation District y otros

(Demandantes)

contra

Estados Unidos Mexicanos

(Demandado)

LAUDO

Ante el Tribunal de Arbitraje
constituido con base en el Capítulo XI
del Tratado de Libre Comercio
de América del Norte, e integrado por:

Profesor Vaughan Lowe
Profesor Ignacio Gómez-Palacio
The Honorable Edwin Meese III

Secretaria del Tribunal
Sra. Gabriela Álvarez Ávila

Fecha de envío a las partes: 19 de junio de 2007

ÍNDICE

Página

I. HISTORIA PROCESAL.....	3
II. RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES.....	7
A. EXCEPCIÓN DE COMPETENCIA Y ADMISIBILIDAD.....	7
1. Memorial del Demandado sobre la Competencia	7
(a) La reclamación está fuera del ámbito de aplicación del TLCAN	8
(b) Las reclamaciones son extemporáneas	10
(c) Los Demandantes no cumplieron con requisitos procesales obligatorios.....	10
2. El Memorial de Contestación sobre la Competencia presentado por la parte Demandante	11
(a) La reclamación no está comprendida dentro del ámbito de aplicación del TLCAN.....	12
(b) Las reclamaciones no son extemporáneas	14
(c) Los Demandantes han cumplido con los requisitos de procedimiento obligatorios.....	14
3. Réplica del Demandado sobre la competencia	15
(a) No existe inversión en la acepción que da a ese término el Capítulo XI del TLCAN.....	15
(b) No se ha probado que los Distritos de Riego hayan experimentado pérdidas reconocibles.....	16
(c) Los Demandantes no han cumplido con los requisitos procesales obligatorios ...	16
4. Dúplica de los Demandantes sobre la competencia.....	16
5. Escrito de los Estados Unidos.....	18
III. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL.....	21
IV. COSTAS.....	31
V. DECISION SOBRE COMPETENCIA.....	32

I. HISTORIA PROCESAL

- 1) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI” o “el Centro”) recibió el 20 de enero de 2005, con una carta del 19 de enero de 2005, una solicitud de institución de procedimientos de arbitraje conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario (“la Solicitud”), formulada por Bayview Irrigation District y otros (“los Demandantes”) contra los Estados Unidos Mexicanos (“México” o el “Demandado”). La Solicitud fue formulada por cuarenta y seis Demandantes, incluidos diecisiete Distritos de Riego, dieciséis personas físicas, dos fideicomisos, dos sociedades de responsabilidad limitada, dos sucesiones, cuatro sociedades anónimas y tres sociedades colectivas.¹ Se adjunta a la Solicitud una lista en que se describe la naturaleza jurídica de cada Demandante, su dirección y su lugar de constitución.
- 2) En la Solicitud de Arbitraje se expresa que cada uno de los Demandantes es o fue residente de Texas y nacional de los Estados Unidos de América (“Estados Unidos”), y no un nacional de México, y que cada una de las personas jurídicas se organizó y existe en el marco de la legislación de Texas.
- 3) El 27 de enero de 2005 el Centro acusó recibo de la Solicitud y de los derechos de registro previstos en la Regla 16 del Reglamento Administrativo y Financiero del Centro para la presentación de notificaciones de la institución de procedimientos, y remitió una copia al Gobierno mexicano y a la Embajada de México en Washington D.C.
- 4) La Solicitud fue complementada por cuatro cartas del abogado de los Demandantes, fechadas el 7 de marzo, el 7 de abril, el 13 de abril y el 20 de mayo de 2005, respectivamente. Por carta del 20 de mayo de 2005 los Demandantes Timothy Reid, Sucesión de Norman Reid, N.H. Kitayama y Bernadette M. Oeser se desistieron de la Solicitud de Arbitraje. El Demandado presentó una carta el 4 de marzo de 2005, argumentando que la Solicitud debería ser rechazada.
- 5) El 1 de julio de 2005 el Secretario General del Centro aprobó acceso al Mecanismo Complementario y notificó a ambas partes que la Solicitud se había registrado según lo previsto en el Artículo 4 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario. Además, y tal como lo prevé el Artículo 5(e) del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario, el Secretario General invitó a las partes a constituir un Tribunal de Arbitraje conforme a lo previsto en el Capítulo III de ese Reglamento.

¹ En su párrafo 1, el Memorial de Contestación sobre la Competencia presentado por los Demandantes alude a “42 inversionistas demandantes”. El Tribunal considera la lista detallada de Demandantes contenida en la Solicitud de Arbitraje y sus enmiendas, que figuran en la carta del 20 de mayo de 2005 a las que se hace referencia en el párrafo 4), infra, como la lista definitiva de demandantes, a falta de otra notificación formal de enmienda de esa lista.

- 6) Por carta del 26 de julio de 2005 los Demandantes designaron como árbitro en este procedimiento al Excelentísimo Sr. Edwin Meese III (nacional estadounidense). El 6 de octubre de 2005 el Demandado designó como árbitro al Sr. Ignacio Gómez-Palacio (de nacionalidad mexicana). El Demandado, por carta del 2 de diciembre de 2005, y los Demandantes por carta del 5 de diciembre de 2005, convinieron en la designación del Profesor Vaughan Lowe (de nacionalidad británica) como Presidente del Tribunal de Arbitraje. El 15 de diciembre de 2005 se consideró constituido el Tribunal e iniciado el procedimiento. Conforme a la Regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI se notificó a las partes que la Sra. Gabriela Álvarez Ávila, Consejera Jurídica Superior del CIADI, se desempeñaría como Secretaria del Tribunal de Arbitraje.
- 7) En este procedimiento de arbitraje los Demandantes han sido representados por la Sra. Nancie G. Marzulla y el Sr. Roger J. Marzulla, del estudio jurídico Marzulla & Marzulla, y por el Profesor Don Wallace Jr. El Demandado ha sido representado por el Sr. Hugo Perezcano Díaz, la Sra. Alejandra G. Treviño Solís y el Sr. Luis Alberto González García, todos ellos de la Dirección General de Consultoría Jurídica de Negociaciones de la Secretaría de Economía.
- 8) El Tribunal celebró su primera sesión con las partes (“la Primera Sesión”) el 14 de febrero de 2006, en Washington D.C. En ella representaron a los Demandantes la Sra. Nancie G. Marzulla, el Sr. Roger J. Marzulla y la Sra. Barbara A. Wally, de Marzulla & Marzulla, y el Prof. Don Wallace, Jr., Presidente del International Law Institute. Representaron al Demandado en dicha sesión el Sr. Hugo Perezcano Díaz y la Sra. Alejandra G. Treviño Solís, de la Secretaría de Economía; el Sr. Salvador Behar Lavalle y el Sr. Carlos Kessner, de la Embajada de México en los Estados Unidos de América; el Sr. Arturo Barrio, del Ministerio de Relaciones Exteriores de México; el Sr. Gerardo Gordo Márquez, de la Comisión Nacional del Agua; el Sr. Stephan Becker y el Sr. Sanjay Mullick, de Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP, y finalmente el Sr. Cameron Mowatt, de Thomas and Partners. Estuvieron presentes en la sesión, en nombre del CIADI, Gabriela Álvarez Ávila, Secretaria del Tribunal, y Natalí Sequeira Navarro.
- 9) En la Primera Sesión las Partes estuvieron de acuerdo en que el Tribunal se había debidamente constituido y manifestaron no tener objeciones que formular con respecto a la designación de ninguno de sus miembros. También se acordó que el procedimiento se llevaría a cabo conforme al Reglamento de Arbitraje (del Mecanismo Complementario) del CIADI vigente desde el 1 de enero de 2003, con las modificaciones previstas en la Sección B del Capítulo XI del TLCAN.
- 10) En esa sesión el Tribunal, tras consultar con las Partes, resolvió considerar como asunto preliminar el de la competencia. Dispuso asimismo que el Demandado presentaría un Memorial sobre la Competencia a más tardar el 19 de abril de 2006 y los Demandantes su Memorial de Contestación a más tardar el 23 de junio de 2006. El Tribunal dispuso también que el

Demandado presentaría su escrito de Réplica a más tardar el 26 de julio de 2006 y los Demandantes su escrito de Dúplica a más tardar el 28 de agosto de 2006. El Tribunal hizo saber asimismo que conforme a lo dispuesto por el Artículo 1128 del TLCAN las partes del TLCAN serían invitadas a presentar sus comentarios a más tardar el 18 de septiembre de 2006. Se dispuso que la audiencia sobre la competencia se llevaría a cabo los días 14, 15 y 16 de noviembre de 2006 en Washington D.C., y que el Tribunal fijaría las fechas para futuras audiencias tras mantener consultas con las Partes.

- 11) El Demandado remitió una copia en formato electrónico de su Memorial sobre la Competencia el 19 de abril de 2006, y los Demandantes remitieron una copia en formato electrónico de su Memorial de Contestación sobre la Competencia el 23 de junio de 2006.
- 12) Por carta del 31 de agosto de 2006 el Tribunal invitó a las partes del TLCAN a presentar, no después del 18 de septiembre de 2006, sus escritos en el presente procedimiento, según lo previsto por el Artículo 1128 del TLCAN. El 15 de septiembre de 2006 el Gobierno de Canadá informó al Tribunal que no se proponía presentar escrito alguno antes de la audiencia sobre la competencia, pero se reservaba el derecho de hacer manifestaciones en la audiencia.
- 13) El 26 de septiembre de 2006 el Centro acusó recibo de una carta fechada el 20 de septiembre de 2006, emanada de Kathleen Harnett White, Presidenta de la Comisión de Calidad Ambiental de Texas, y la transmitió a las Partes y al Tribunal. La carta se refería al alcance de las disposiciones del Tratado de Aguas de 1944 y a las negociaciones referentes a la deuda de México en relación con el agua. En ella se señalaba que las reclamaciones de los distritos de agua y los usuarios individuales de agua no estaban comprendidos en el ámbito de las negociaciones y arreglos referentes a deudas relacionadas con agua entre los Estados Unidos y México.
- 14) El 31 de octubre de 2006 el Tribunal escribió a las partes recordándoles que corresponde a cada una de ellas decidir la manera de presentar sus argumentos y utilizar el tiempo de que dispone en la audiencia, pero, sin menoscabo de ese principio fundamental, existen ciertas cuestiones que el Tribunal deseaba que las partes expusieran en la audiencia; a saber:

Primero, dos puntos referentes a la cuestión del derecho aplicable conforme al Artículo 1131 del TLCAN:

- a) ¿Qué papel cumple, si es que alguno, el derecho nacional, y en especial (i) el derecho de Texas, y (ii) el Artículo 27 de la Constitución de la República Mexicana?
- b) ¿Qué papel cumplen, si es que alguno, los principios de derecho internacional privado?

Segundo, ¿qué significado e importancia tiene en el presente caso el término “inversión” contenido en el Artículo 1139 del TLCAN, y en especial qué significado e importancia tiene el Artículo 1139(g) del TLCAN, y específicamente el vocablo “propiedad”?

Tercero, ¿qué significado e importancia tiene en este caso la expresión “en el territorio de la Parte” que figura en el Artículo 1101 del TLCAN?

- 15) Estas cuestiones, y los argumentos expuestos en sus escritos, fueron abordados por las partes en la audiencia sobre la competencia celebrada en el Banco Mundial, en Washington DC, los días 14 y 15 de noviembre de 2006.
- 16) En esa audiencia los Demandantes fueron representados por la Sra. Nancie G. Marzulla, el Sr. Roger J. Marzulla y la Sra. Barbara A. Wally, de Marzulla & Marzulla, y por el Profesor Don Wallace, Jr., Presidente del International Law Institute. El Demandado fue representado en esa audiencia por el Sr. Hugo Perezcano Díaz y el Sr. Luis Alberto González García, de la Secretaría de Economía; el Sr. Salvador Behar Lavalle, de la Embajada de México en los Estados Unidos; el Sr. Stephan Becker y el Sr. Sanjay Mullick, de Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP, y el Sr. Christopher Thomas y el Sr. Cameron Mowatt, de Thomas and Partners. La Secretaría estuvo representada por Gabriela Álvarez Ávila, Secretaria del Tribunal, y por Natalí Sequeira Navarro, Consejera Jurídica del CIADI.
- 17) Se prepararon transcripciones en inglés y en español de esa audiencia, que se distribuyeron al Tribunal y a las partes al final de cada día de la misma ("las Transcripciones").
- 18) Por carta del 16 de noviembre de 2006 y conforme a lo anunciado durante la audiencia sobre la competencia, el Tribunal invitó a las Partes del TLCAN a presentar, a más tardar el 27 de noviembre de 2006, escritos sobre las siguientes cuestiones: a) legitimación (*standing*) de los Distritos de Riego como Demandantes conforme al TLCAN, y b) concepto de territorialidad en relación con los Artículos 1102 y 1105 del TLCAN. El Tribunal solicitó a las Partes del TLCAN que limitaran sus manifestaciones a la cuestión de la interpretación del tratado y se abstuvieran de formular comentarios sobre los hechos del caso.
- 19) También el 16 de noviembre de 2006 el Tribunal invitó a las Partes a presentar, a más tardar el 11 de diciembre de 2006, a) cualquier observación que desearan sobre los temas abordados por las Partes del TLCAN, es decir la legitimación de los Distritos de Riego conforme al TLCAN y el concepto de territorialidad en relación con los Artículos 1102 y 1105 de dicho tratado; b) toda observación o comentario adicional, además de los incluidos en los escritos ya presentados por ellas, sobre el caso *City of San Marcos v. Texas Commission on Environmental Quality*, ante la Corte de Apelaciones de Texas, Tercer Distrito, Austin, fechado el 8 de enero de 2004, y c) cualquier observación sobre el concepto del agua como bien objeto de comercio en México y en Texas, según lo considerado durante la audiencia.
- 20) El Tribunal solicitó asimismo a las Partes que ofrecieran una breve explicación acerca de a) qué medida podía adoptar el Estado de Texas, si es que alguna, en caso de incumplimiento de las condiciones a las que está sometido el ejercicio de los derechos sobre el agua del tipo de los que eran titulares los Demandantes; b) si conforme al derecho de Texas el titular de

los derechos sobre el agua puede demandar a los Distritos de Riego por incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones que éstos tengan conforme a dicha legislación, y c) la disponibilidad de copias de resoluciones de las juntas directivas de los distritos de agua que autoricen la iniciación de este procedimiento de arbitraje. Finalmente, el Tribunal invitó a las Partes a presentar sus respectivos escritos sobre costas. Se solicitó a las Partes que presentaran estos escritos a más tardar el 11 de diciembre de 2006.

- 21) El 27 de noviembre de 2006 los representantes de los Estados Unidos de América presentaron su escrito sobre los asuntos a los que se refería la carta del Tribunal del 16 de noviembre de 2006. Por carta del 5 de diciembre de 2006 los Demandantes solicitaron una prórroga de cuatro días para responder a los asuntos abordados por el Tribunal en la carta que dirigió a las Partes el 16 de noviembre de 2006. El 7 de diciembre de 2006 el Tribunal concedió una prórroga a ambas partes, autorizándolas a presentar sus escritos posteriores a la audiencia a más tardar el 15 de diciembre de 2006.
- 22) El 15 de diciembre de 2006, Greg Abbott, Procurador General de Texas; Kent C. Sullivan, Primer Procurador General Adjunto de Texas, y R. Ted Cruz, *Solicitor General* de Texas, presentaron un escrito en nombre del Estado de Texas y en respaldo de los Demandantes. En la misma fecha ambas Partes presentaron sus escritos posteriores a la audiencia.
- 23) Por carta del 18 de diciembre de 2006, Susan Combs, Comisionada del Departamento de Agricultura de Texas, respaldó asimismo los argumentos de los Demandantes.

II. RESUMEN DE LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES

A. *Excepción de competencia y admisibilidad*

1. Memorial del Demandado sobre la Competencia

- 24) El Demandado presentó un Memorial sobre la Competencia fechado el 19 de abril de 2006. En él formuló tres excepciones a la competencia y admisibilidad:
 - a) Que la reclamación está fuera del ámbito de aplicación del TLCAN dado su objeto y fin y la naturaleza de ese tratado;
 - b) Que la reclamación es extemporánea, y por lo tanto inadmisibles;

- c) Que existen deficiencias en las reclamaciones individuales, con respecto a la prueba de elegibilidad de cada demandante.

(a) La reclamación está fuera del ámbito de aplicación del TLCAN

- 25) El Demandado sostuvo que la competencia del Tribunal está limitada por el consentimiento de las partes,² y que ese consentimiento, conforme al Artículo 1122 del TLCAN, se refiere al “arbitraje sólo en los términos de los procedimientos establecidos en el tratado”.³ Se afirma que la reclamación debe referirse a una inversión comprendida dentro del ámbito de aplicación del Capítulo XI del TLCAN y dentro de los límites en que el Demandado ha consentido el arbitraje.⁴
- 26) El Demandado, haciendo referencia a los Artículos 102, 201, 301, 501, 901, 1213, 1601, 1701 y 1802 del TLCAN, entre otros, alegó que dicho tratado basa su competencia en el principio territorial.⁵ Mencionó, en especial, el Artículo 1101 de ese tratado,⁶ que en la parte sustancial establece lo siguiente:
- “Artículo 1101. Ámbito de Aplicación.
1. Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:
- (a) los inversionistas de otra Parte;
- (b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte...”
- 27) El Demandado citó el laudo dictado en el caso *Methanex*, según el cual
- “...la frase ‘relativas a’ que aparece en el Artículo 1101(1) del TLCAN significa algo más que el mero efecto que produce una medida en un inversionista o una inversión, y ésta requiere una conexión jurídicamente significativa entre ellas ...”.⁷
- 28) El Demandado hizo hincapié en que a su juicio el Capítulo XI del TLCAN se aplica a la protección de *inversionistas de uno de los Estados Partes del TLCAN* o a sus inversiones *en el territorio de otro Estado Parte del TLCAN*.⁸ Señaló que los Demandantes han manifestado que cada uno de ellos es “un Inversionista y propietario de una Inversión integral”, que comprende “derechos al agua existente en México”.⁹

² Memorial sobre la Competencia, párrafo 67.

³ Memorial sobre la Competencia, párrafo 69.

⁴ Memorial sobre la Competencia, párrafo 72.

⁵ Memorial sobre la Competencia, párrafos 78-81.

⁶ Memorial sobre la Competencia, párrafos 80, 82-100.

⁷ Memorial sobre la Competencia, párrafo 84, en el que se cita *Methanex c. Estados Unidos*, Decisión Preliminar del Tribunal, párrafo 147; <<http://naftaclaims.com/Disputes/USA/Methanex/MethanexPreliminaryAwardJurisdiction.pdf>>

⁸ Memorial sobre la Competencia, párrafos 80, 86, 93, 95, 96.

⁹ Memorial sobre la Competencia, párrafo 87, en que se cita el párrafo 53 de la Solicitud de Arbitraje.

- 29) El Demandado se remitió¹⁰ a la definición de inversión del Artículo 1139 del TLCAN, que en la parte sustancial establece lo siguiente:
“**inversión** significa:
.....
(g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales;
.....
inversión de un inversionista de una Parte significa la inversión propiedad o bajo control directo o indirecto de un inversionista de dicha Parte;
inversionista de una Parte significa una Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión”.

El Demandado alegó que los Demandantes no tienen ni pueden tener en México derechos de propiedad sobre las aguas del Río Bravo / Río Grande o sus tributarios, por más que los posean en las aguas cuando éstas se encuentran en los Estados Unidos.¹¹

- 30) El Demandado alegó asimismo que la reclamación se basaba en alegaciones según las cuales México había violado el Tratado Bilateral relativo al Aprovechamiento de las Aguas de los Ríos Colorado y Tijuana y del Río Bravo (Grande), suscrito el 3 de febrero de 1944 (‘el Tratado de Aguas’ o ‘el Tratado de 1944’).¹² Mencionó declaraciones contenidas en la Solicitud de Arbitraje, en que los Demandantes invocaron violaciones, por parte de México, del Tratado de 1944,¹³ y concluyeron que “el único fundamento de cualquier expectativa que los reclamantes pudieran tener de recibir cualquier volumen de las aguas de los afluentes mexicanos del Río Bravo es el Tratado Bilateral de 1944, y es precisamente el supuesto incumplimiento a este instrumento internacional en lo que sustentan su argumento de violación al TLCAN”.¹⁴
- 31) Según el Demandado, el Tratado de 1944 faculta a cada uno de los Estados parte a distribuir según su propia legislación el agua que el Tratado le asigna,¹⁵ y tal como se expresa en el memorando presentado por el Gobierno estadounidense en el caso del *Consejo de Desarrollo Económico de Mexicali*, “el Tratado de 1944 no confirió a las personas el derecho de entablar acciones privadas”.¹⁶ (traducción del Tribunal)
- 32) El Demandado alegó asimismo que la situación referente al déficit de agua de México no constituye una violación del Tratado de 1944,¹⁷ y que Estados Unidos no manifiesta que exista tal violación.¹⁸

¹⁰ Memorial sobre la Competencia, párrafo 91, 94 fn 75.

¹¹ Memorial sobre la Competencia, párrafos 88-89.

¹² Memorial sobre la Competencia, párrafos 101-105.

¹³ Memorial sobre la Competencia, párrafos 102, 103, 104.

¹⁴ Memorial sobre la Competencia, párrafo 105.

¹⁵ Memorial sobre la Competencia, párrafo 109.

¹⁶ Memorial sobre la Competencia, párrafo 111.

¹⁷ Memorial sobre la Competencia, párrafo 112.

¹⁸ Memorial sobre la Competencia, párrafo 113.

- 33) En relación con el Tratado de 1944, el Demandado citó el Memorial de Réplica de Estados Unidos en el caso *Methanex*:
“Entre las partes del TLCAN están vigentes numerosos tratados, muchos de los cuales no contienen mecanismos de solución de diferencias entre Estados o mecanismos altamente especializados. El consentimiento limitado al arbitraje reconocido en el Capítulo XI no puede razonablemente extenderse a obligaciones de derecho internacional contempladas en esos tratados”.¹⁹
(traducción del Tribunal)
El Demandado manifestó además: “[Lo] mismo puede decirse respecto de las reclamaciones relativas a los artículos 1102 y 1110 por supuestas violaciones del Tratado de Aguas”.²⁰

(b) Las reclamaciones son extemporáneas

- 34) Señaló asimismo el Demandado que los “actos y omisiones que pudieren imputarse a México, ocurridos antes del 1 de enero de 1994, cuando el TLCAN entró en vigor, también se encuentran fuera de la competencia del Tribunal *ratione temporis*”.²¹
- 35) El Artículo 1116(2) del TLCAN establece:
“2. El inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños”.
- 36) El Demandado señaló que la Solicitud de Arbitraje fue presentada el 20 de enero de 2005, y que todos los supuestos actos y omisiones en que se basó la reclamación habían tenido lugar más de tres años antes de esa fecha.

(c) Los Demandantes no cumplieron con requisitos procesales obligatorios

- 37) El Demandado sostuvo que además de los argumentos que anteceden, que se refieren a la falta de competencia del Tribunal en relación con la presente disputa, existe una razón adicional por la cual esas reclamaciones deben considerarse inadmisibles. Señaló que el Artículo 1119 del TLCAN, leído en conjunción con los Artículos 1116, 1120, 1121 y 1139 de ese tratado y con el Artículo 3 del Reglamento de Arbitraje, requieren presentar la

¹⁹ Memorial de Contestación del Demandado Estados Unidos de America sobre la Competencia, Admisibilidad y la Enmienda Propuesta (12 de abril de 2001), págs. 32-33.

²⁰ Memorial sobre la Competencia, párrafo 114.

²¹ Memorial sobre la Competencia, párrafo 120 fn 90, en que se cita *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos de México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo del 16 de diciembre de 2002, párrafos 60-63.

información y los documentos que identifiquen a cada demandante y de probar que cada uno de ellos es un inversionista de los Estados Unidos.²²

- 38) El Demandado sostuvo que no le era posible verificar que cada uno de los usuarios de agua demandantes cumpliera con los requisitos de nacionalidad del TLCAN, y que no existen pruebas de que los Distritos de Riego demandantes hubieran obtenido el consentimiento de quienes representan para la presentación de esta reclamación.²³
- 39) El Demandado sostuvo también que no se había probado que los Sres. Marzulla y el Profesor Wallace hubieran sido debidamente autorizados por los Demandantes que son personas jurídicas, para que los representaran.²⁴

2. El Memorial de Contestación sobre la Competencia presentado por la parte Demandante

- 40) Los Demandantes presentaron un Memorial de Contestación sobre la Competencia, fechado el 23 de junio de 2006, en que alegan: “A principios de 1992, México se embarcó en un curso decidido y sistemático de captar, apoderarse y desviar el agua que pertenece a los Demandantes mientras que ésta se ubicaba dentro del territorio mexicano, con el fin de que fuera utilizada por agricultores localizados en México”.²⁵
- 41) Los Demandantes sostuvieron que su propiedad sobre las aguas en cuestión en este arbitraje se remonta a un decreto judicial de 1969, dictado en el caso *State v. Hidalgo County Water Control & Improvement Dist. No. 18*, 443 S.W.2d 728 (Tex. Civ. App. 1969), que se tramitó en Texas.²⁶
- 42) En el Memorial de Contestación sobre Competencia se consideran las excepciones a la competencia y a la admisibilidad opuestas por el Demandado en un orden diferente del adoptado en el Memorial sobre Competencia presentado por el Demandado. Por razones de claridad, la descripción de los argumentos de los Demandantes sigue el orden utilizado en el Memorial sobre Competencia.

²² Memorial sobre la Competencia, párrafo 126.

²³ Memorial sobre la Competencia, párrafos 131, 132.

²⁴ Memorial sobre la Competencia, párrafos 137, 144, 145.

²⁵ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 6.

²⁶ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 12.

(a) La reclamación no está comprendida dentro del ámbito de aplicación del TLCAN

- 43) Los Demandantes sostuvieron que su reclamación se refiere a una medida adoptada por México en relación con inversionistas de otra Parte²⁷ y con una inversión ubicada en territorio mexicano.²⁸ Sostuvieron que la medida pertinente era la captura, por parte del Demandado, de su agua, mientras ésta estaba en tránsito hacia los campos de los Demandantes en Texas, y su desvío, por parte del Demandado, para que la usaran agricultores mexicanos en México.²⁹
- 44) Los Demandantes mencionaron diferencias de redacción entre los Artículos 1102 (trato nacional), 1105 (nivel mínimo de trato) y 1110 (expropiación e indemnización) del TLCAN y alegaron que los Artículos 1102 y 1105 (en contraste con el Artículo 1110) se aplican a todas las medidas adoptadas por México en relación con inversionistas de otra Parte o con sus inversiones, independientemente de que esas inversiones estén ubicadas o no en territorio mexicano.³⁰ Señalaron que el Artículo 1102 del TLCAN no impone obligación alguna en cuanto a la ubicación del inversionista o de la inversión,³¹ lo que tampoco ocurre en el Artículo 1105.³²
- 45) Además los Demandantes alegaron que en virtud del Tratado de 1944, México había renunciado a la propiedad del agua de riego de los Demandantes, y que esa agua era una inversión ubicada en México y comprendida dentro del régimen del Artículo 1101(1)(b) del TLCAN.³³ Alegaron que los derechos sobre el agua fueron “transferidos desde México hacia los Estados Unidos en 1944, y después de los Estados Unidos hacia los Demandantes conforme a la legislación interna de los Estados Unidos”.³⁴
- 46) Los Demandantes hicieron referencia a una Declaración Conjunta efectuada por los tres Estados del TLCAN el 2 de diciembre de 1993,³⁵ y señalaron que en ella se reconocía el hecho de que el agua que entra al comercio (a diferencia del agua en su estado natural) se rige por las disposiciones del TLCAN. Según los Demandantes, esa declaración es una interpretación del TLCAN que obliga al Tribunal conforme al Artículo 1131(2) de dicho tratado.³⁶ Los Demandantes manifestaron asimismo, que el agua se convierte en un bien o producto en el comercio, cuando se lleva a cabo una inversión en la que la industria de las personas la convierte en bien que pasa a ser objeto de comercio, y que las aguas de los Demandantes, “que corren

²⁷ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 48.

²⁸ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 52.

²⁹ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 46.

³⁰ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 49.

³¹ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 49.

³² Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 51.

³³ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 52.

³⁴ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 57.

³⁵ < <http://scics.gc.ca/cinfo99/83067000e.htm#statement> >.

³⁶ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 53.

dentro de los cauces de los seis tributarios mexicanos ... antes de llegar al Río Bravo (Grande), donde son almacenadas en las presas Falcón y Amistad, vendidas en el Mercado de Agua, y entregadas a través de una red de sistemas de irrigación, constituyen claramente un bien o producto en el comercio”.³⁷

- 47) Los Demandantes citaron una declaración referente a la Convención de Agua México-Estados Unidos de 1906, que según manifestaron es igualmente aplicable al Tratado de 1944, y que contiene los siguientes pasajes:
- “El Tratado de Aguas de 1906 distribuye las aguas superficiales del Río Bravo (Grande) aguas arriba de Fort Quitman. Salvo las aguas a las que tiene derecho en virtud del Tratado de Aguas de 1906, México ha renunciado a todo derecho sobre las aguas del Río Bravo (Grande), para todo propósito. Los derechos de utilizar los recursos hídricos dentro de las fronteras de cada Nación se rigen por la legislación interna de cada una de ellas”.³⁸ (traducción del Tribunal)
- 48) A juicio de los Demandantes, “[d]espués de la celebración del Tratado [de 1944], cada nación obtuvo la propiedad de las aguas asignadas a ésta, y renunció a la propiedad de las aguas asignadas a la otra nación”.³⁹ Los Demandantes señalaron que “[el] Tratado de 1944 fue más que una promesa de entrega de agua. El Tratado de 1944 fijó los derechos de agua en el Río Bravo (Grande) y sus tributarios, de manera similar a la de fijar el límite territorial entre las dos naciones”, y que el “el Demandado... no retiene una mayor propiedad sobre las aguas de los ríos Conchos, San Diego, San Rodrigo, Escondido, Salado y el Arroyo de Las Vacas, que la propiedad que retiene sobre las tierras transferidas a los Estados Unidos”.⁴⁰
- 49) Los Demandantes manifestaron que conforme al derecho de los Estados Unidos, son los estados soberanos de la Unión y no el gobierno federal los que ostentan el título de propiedad de las aguas, y los que están facultados para repartir su uso entre sus residentes,⁴¹ y que el tribunal de los Estados Unidos en el caso *Hidalgo* de 1969 “tomó la custodia judicial de las aguas americanas del Río Bravo (Grande)” y “permitió que cantidades considerables de agua quedaran a disposición de los residentes de Texas (incluidos los Demandantes), aunque el Tratado de 1944 por sí mismo no repartiera estos derechos”.⁴²
- 50) Los Demandantes manifestaron asimismo que México no está facultado para hacerse de la propiedad que un inversionista estadounidense o canadiense detenta en México, simplemente bajo el supuesto de que México no creó ese derecho (espec., de propiedad) sobre los bienes en cuestión, y mencionaron, por analogía la obligación prevista en el TLCAN

³⁷ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 55.

³⁸ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 67, en que se cita a Darcy Alan Frownfelter, ‘The International Component of Texas Water Law’, 18 *St Mary’s L. J.* 481, 512 (1986), que a su vez cita a un Asesor Jurídico de los Estados Unidos.

³⁹ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 71.

⁴⁰ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 74.

⁴¹ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 76

⁴² Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 77.

de respetar la propiedad de vehículos registrados, la propiedad intelectual y la propiedad intangible creada y registrada en los Estados Unidos o Canadá.⁴³

- 51) Los Demandantes negaron que estuvieran solicitando al Tribunal que se pronunciara sobre los derechos y obligaciones de México y los Estados Unidos bajo el Tratado de Aguas de 1944, y sostuvieron que su reclamación se basaba en incumplimientos del TLCAN.⁴⁴

(b) Las reclamaciones no son extemporáneas

- 52) Según los Demandantes, como el Artículo 4(B)(c) del Tratado de Aguas de 1944 establece que la proporción del caudal fluvial que pertenece a los Estados Unidos “no será menor, en promedio y en ciclos de cinco años consecutivos, de 431,721,000 metros cúbicos (350,000 acres-pies) anuales”, la asignación mínima de los Estados Unidos consistía, estrictamente hablando, en un derecho a 1,750,000 acres-pies (como mínimo) cada cinco años, y no en el derecho de exigir 350,000 acres-pies en todos y cada uno de los años.⁴⁵

- 53) En consecuencia, según los Demandantes, no existió violación de sus derechos de agua, sino hasta después de la finalización del Ciclo 26, el 30 de septiembre de 2002, porque fue el 1 de octubre de 2002 que el Demandado incurrió en mora en el cumplimiento de sus obligaciones, bajo ambos Ciclo 25 y al Ciclo 26.⁴⁶ Esa fecha, 1 de octubre de 2002, está comprendida dentro del plazo de prescripción de tres años previsto en el Artículo 1116(2) del TLCAN.⁴⁷

(c) Los Demandantes han cumplido con los requisitos de procedimiento obligatorios

- 54) Los Demandantes entienden que presentaron amplia evidencia, tales como pasaportes, actas de nacimiento u otras pruebas, sobre la nacionalidad de cada uno de ellos,⁴⁸ (aunque pusieron en tela de juicio el hecho de que el TLCAN o el Reglamento del Mecanismo Complementario requiriera esa prueba) sobre la capacidad legal de los Demandantes, que por sí mismos autorizaron a los Sres. Marzulla y al Profesor Wallace a representarlos.⁴⁹

⁴³ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 78.

⁴⁴ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 83.

⁴⁵ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 29.

⁴⁶ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 34.

⁴⁷ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 32.

⁴⁸ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafo 36.

⁴⁹ Memorial de Contestación sobre la Competencia, párrafos 42, 43.

3. Réplica del Demandado sobre la competencia

- 55) El Demandado presentó una Réplica sobre la Competencia, fechada el 26 de julio de 2006.

(a) No existe inversión en la acepción que da a ese término el Capítulo XI del TLCAN

- 56) El Demandado reiteró su opinión de que el TLCAN se basa en el principio de la jurisdicción territorial.⁵⁰ Admitió que todos los sistemas jurídicos reconocen derechos de propiedad creados en el exterior y que los bienes sobre los que recaen esos derechos pueden desplazarse más allá de las fronteras,⁵¹ pero que cuando los bienes están en México se rigen por el derecho mexicano.⁵²
- 57) El Demandado manifestó que los derechos que los Demandantes argumentaron que habían sido afectados por México, “sólo son válidos en territorio de los Estados Unidos, una vez que las aguas abandonan territorio mexicano y, de hecho, los cauces internacionales, y se distribuyen conforme al derecho estadounidense aplicable”.⁵³
- 58) El Demandado manifestó que la Declaración Conjunta de los Estados Partes del TLCAN, de 1993,⁵⁴ no respalda la aseveración de los Demandantes de que su agua es un bien o producto objeto de comercio.⁵⁵ Dijo que el agua se rige por el régimen jurídico establecido por el Tratado de 1944 y no por el TLCAN;⁵⁶ y además que el agua está en su estado natural, y no es un bien o producto objeto de comercio hasta que “ha sido extraída de su fuente natural, por ejemplo para embotellarse o almacenarse en otro tipo de contenedores”.⁵⁷ Según el Demandado, los Demandantes “confunden el agua que fluye en los ríos con “derechos de agua” que pudieran ser o no, objeto de comercio”.⁵⁸
- 59) El Demandado reiteró también su afirmación en el sentido de que se estaba solicitando al Tribunal que se pronunciara sobre derechos y obligaciones comprendidos en el Tratado de 1944, y señaló que tanto Estados Unidos como México habían convenido la manera en que debía pagarse la deuda de agua de México, durante el período al que se refiere el presente caso.⁵⁹

⁵⁰ Réplica sobre la Competencia, párrafos 14-16.

⁵¹ Réplica sobre la Competencia, párrafo 22.

⁵² Réplica sobre la Competencia, párrafo 23.

⁵³ Réplica sobre la Competencia, párrafo 24.

⁵⁴ Véase el párrafo 46, supra.

⁵⁵ Réplica sobre la Competencia, párrafo 25.

⁵⁶ Réplica sobre la Competencia, párrafo 27.

⁵⁷ Réplica sobre la Competencia, párrafo 29.

⁵⁸ Réplica sobre la Competencia, párrafo 30.

⁵⁹ Réplica sobre la Competencia, párrafo 35.

(b) No se ha probado que los Distritos de Riego hayan experimentado pérdidas reconocibles

- 60) El Demandado opuso la excepción adicional de que los Demandantes no habían probado que los Distritos de Riego hubieran experimentado pérdidas reconocibles. Señaló que los Distritos de Riego son intermediarios, cuya función consiste en transferir el agua del Estado a quienes la utilizan.⁶⁰

(c) Los Demandantes no han cumplido con los requisitos procesales obligatorios

- 61) El Demandado reiteró su excepción de que los Demandantes no habían cumplido con los requisitos procesales obligatorios en el TLCAN. Señaló que siendo dudosa la facultad de los funcionarios de los Distritos de Riego de promover este arbitraje, le preocupaba la posibilidad de que los Distritos de Riego pudieran ulteriormente no declararse responsables de la iniciación del arbitraje, lo que podría afectar la posibilidad de recuperar las costas a cuyo pago pudiera condenarse a los Demandantes.⁶¹

4. Dúplica de los Demandantes sobre la competencia

- 62) Los Demandantes presentaron un Escrito de Dúplica sobre la Competencia, fechado el 28 de agosto de 2006.
- 63) Los Demandantes sostuvieron que la carga de probar que el Tribunal debe abstenerse de conocer de la reclamación recae sobre el Demandado, y que en este contexto el Tribunal debe asumir que los hechos alegados por los Demandantes son ciertos.⁶² Señalaron que “esto significa que [el Tribunal] debe interpretar en forma definitiva el Artículo 1101(1) y establecer si se aplica el Capítulo 11 en virtud de los hechos alegados por la parte demandante”.⁶³ (traducción del Tribunal)
- 64) Los Demandantes asimismo manifestaron, que en gran medida el argumento contenido en la Réplica del Demandado sobre la Competencia carece de pertinencia, porque se refiere al fondo del asunto y (citando el caso *Methanex*⁶⁴) señalaron que el Tribunal “debe suspender la consideración de los argumentos del Demandado en cuanto al fondo de la controversia”, es decir, los argumentos de que (a) México es propietario y controla toda el agua comprendida dentro de sus fronteras, (b) México no está obligado a reconocer la propiedad de los derechos de agua, que fueron

⁶⁰ Réplica sobre la Competencia, párrafos 37-41.

⁶¹ Réplica sobre la Competencia, párrafo 43.

⁶² Dúplica sobre la Competencia, párrafo 2.

⁶³ Dúplica sobre la Competencia, párrafo 3.

⁶⁴ *Methanex*, Laudo Preliminar, párrafo 109.

legalmente transferidos por los Estados Unidos a los Demandantes, (c) la propiedad del derecho al agua en los seis ríos situados enteramente dentro de territorio mexicano no es propiedad de una ‘inversión en México’, y (d) los Demandantes no poseen una inversión en sus tierras agrícolas, cultivos, instalaciones de riego y derechos de agua. Estas cuestiones, según manifestaron, deben formar parte del examen del fondo del asunto.⁶⁵

- 65) A juicio de los Demandantes, “la única pregunta relevante en esta etapa del procedimiento es si la captura y derivación, por parte del Demandado, del agua propiedad de los demandantes pero localizada en México, encuadra dentro del ámbito del Capítulo 11 del TLCAN”.⁶⁶ (traducción al español)
- 66) Los Demandantes reiteraron que son propietarios de agua en México. Establecieron una analogía entre el Tratado de 1944 y los tratados en virtud de los cuales Estados Unidos adquirió título de propiedad sobre su territorio.⁶⁷ Concluyeron que “para fines de la objeción jurisdiccional en turno ante este Tribunal, se debe partir del supuesto que los Demandantes son los propietarios legítimos, de una inversión ubicada en México y por ende, esta reclamación se encuentra dentro de la competencia de este Tribunal de conformidad con el Capítulo 11 del TLCAN”.⁶⁸
- 67) Los Demandantes manifestaron que
“Estados Unidos tiene derecho a determinar quién es el propietario de los derechos de agua asignados a él por México mediante el Tratado de 1944 (en este caso aplicando la legislación de Texas), y que México tiene la misma clase de derechos con respecto a las aguas que son de su propiedad. Cuando México abandonó esos derechos de agua a raíz del tratado, renunció asimismo al derecho de decidir quién posee su parte correspondiente de esos derechos, así como de los 1.5 millones de acres-pies por año del Río Colorado asignados a México bajo el mismo tratado”.⁶⁹
- 68) Los Demandantes manifestaron asimismo que las disposiciones sobre solución de controversias previstas en el Tratado de 1944 se aplican exclusivamente a las controversias entre Gobiernos, y no al presente caso.⁷⁰ Señalaron también, que habían hecho referencia al tratado de 1944 “sólo para ayudar a identificar el alcance y ubicación de sus derechos de agua”⁷¹ y que el Tratado “meramente establece la relación de hechos de su reclamación”.⁷² Señalaron que “los Demandantes podrán ser requeridos a pruebas más precisas de sus pérdidas de agua en las etapas sobre el fondo del asunto y de cálculo de daños”.⁷³

⁶⁵ Dúplica sobre la Competencia, párrafo 6.

⁶⁶ Dúplica sobre la Competencia, párrafo 7.

⁶⁷ Dúplica sobre la Competencia, párrafo 14.

⁶⁸ Dúplica sobre la Competencia, párrafo 16.

⁶⁹ Dúplica sobre la Competencia, párrafo 25.

⁷⁰ Dúplica sobre la Competencia, párrafo 17.

⁷¹ Dúplica sobre la Competencia, párrafo 18.

⁷² Dúplica sobre la Competencia, párrafo 19.

⁷³ Dúplica sobre la Competencia, párrafo 18.

- 69) En lo que respecta a su legitimación para promover la reclamación, los Demandantes sostienen que el “Demandado ahora parece asentir que todos los Demandantes son nacionales de los Estados Unidos”.⁷⁴
- 70) Los Demandantes manifestaron que es inexacto que los Distritos de Riego sean ‘intermediarios’: los Distritos de Riego, venden agua a sus miembros y a terceros fuera del distrito.⁷⁵

5. Escrito de los Estados Unidos

- 71) El 27 de noviembre de 2006 Estados Unidos presentó un escrito conforme al Artículo 1128 del TLCAN. En dicho escrito, se refirió al alcance de las protecciones concedidas a los inversionistas y a las inversiones por los Artículos 1102 y 1105 del TLCAN. Estados Unidos sostuvo que
- “todas las protecciones otorgadas por el capítulo sobre inversiones del TLCAN, se refieren exclusivamente a las inversiones efectuadas por un inversionista de una Parte del TLCAN en el territorio de otra Parte del TLCAN, o por inversionistas de una Parte del TLCAN que pretendan realizar, realicen o hayan realizado una inversión en el territorio de otra Parte del TLCAN”.⁷⁶ (traducción del Tribunal)

Como respaldo de esta opinión, Estados Unidos mencionó el papel que cumple el Artículo 1101 del TLCAN como ‘portal’ de las disposiciones sobre solución de controversias del Capítulo XI.⁷⁷ Invocó el texto del Artículo 1101(1)(b), que establece que el Capítulo XI se aplica a medidas adoptadas o mantenidas por una Parte en relación con “inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en el territorio de la Parte” que haya adoptado o mantenido esas medidas, y señaló que este texto definía el alcance de la protección de inversiones prevista en el Artículo 1105.⁷⁸ Que si bien el alcance del Artículo 1102, en cuanto a la protección de “inversionistas”, no está limitado expresamente a la protección de inversionistas con respecto a inversiones en el territorio del Estado que adopta las medidas sobre las que versa la reclamación, los Estados Unidos consideraba que es evidente que el Artículo 1102 contiene esa limitación, y que cualquier otra conclusión sería absurda,⁷⁹ pues daría lugar, por ejemplo, a situaciones en que existiera la obligación de conceder el trato nacional a un inversionista aunque no fuera obligatorio concedérselo a la inversión

⁷⁴ Dúplica sobre la Competencia, párrafo 20.

⁷⁵ Dúplica sobre la Competencia, párrafo 22.

⁷⁶ Escrito de los Estados Unidos, párrafo 3.

⁷⁷ Escrito de los Estados Unidos, párrafo 2, en que se cita *Methanex Corp. c. Estados Unidos de América* (Primer Laudo Parcial) 2002 WL 32824210, párrafo 106 (7 de agosto de 2002) (“[El Artículo 1101(1)] es el portal que conduce a las disposiciones sobre solución de controversias del Capítulo XI. Por lo tanto las potestades del Tribunal sólo pueden adquirir existencia jurídica si se cumplen los requisitos del Artículo 1101(1)”).

⁷⁸ Escrito de los Estados Unidos, párrafo 5

⁷⁹ Escrito de los Estados Unidos, párrafo 8.

misma.⁸⁰ En su escrito, Estados Unidos señaló que en el caso *S D Myers*, Canadá adoptó idéntica posición con respecto a la interpretación del Capítulo XI.⁸¹

- 72) El Tribunal recibió asimismo una carta fechada el 14 de diciembre de 2006, del Procurador General, el Primer Procurador General Adjunto y el *Solicitor General* de Texas, en que se sostenía que la reclamación de los Demandantes está comprendida en el concepto de territorialidad previsto en el Capítulo XI del TLCAN y no es incompatible con la posición interpretativa contenida en el escrito presentado por Estados Unidos el 27 de noviembre de 2006.
- 73) El Tribunal recibió de las Partes escritos posteriores a la audiencia, ambos fechados el 15 de diciembre de 2006.
- 74) El escrito de los Demandantes posterior a la audiencia, titulado ‘Memorial Complementario’, hizo referencia a todos los asuntos con respecto a los cuales el Tribunal había invitado a presentar posturas.⁸² En esta etapa, revisten capital importancia los escritos referentes al alcance de las protecciones del TLCAN. El Memorial Complementario examinó los trabajos preparatorios del Capítulo XI del TLCAN y se centró en la falta de una limitación territorial explícita en los Artículos 1102 y 1105 del TLCAN, como la que se encuentra en el Artículo 1110 de ese tratado. Se sostiene que la omisión no fue inadvertida, y que el resultado de la omisión es que los inversionistas y las inversiones gozan de la protección del Capítulo XI en todos los casos en que una medida de un Estado Parte del TLCAN, afecta a una inversión de un inversionista en otro Estado Parte, independientemente de que la inversión afectada se encuentre o no en el territorio del Estado del TLCAN que aplica la medida en cuestión.⁸³
- 75) Los Demandantes agregan que la omisión, en el Artículo 1101(1)(a) del TLCAN, de una limitación territorial explícita, como la que aparece en el Artículo 1101(1)(b) y (c), suscita un efecto similar.⁸⁴ Señalan que ambas protecciones concedidas a los ‘inversionistas’ y las concedidas a las ‘inversiones’ por el Capítulo XI se aplican a los Demandantes, y que esto está conforme con el diseño y propósito del TLCAN, que a su juicio consisten en eliminar las fronteras económicas entre México, Canadá y los Estados Unidos.⁸⁵

⁸⁰ Escrito de los Estados Unidos, párrafo 10.

⁸¹ Escrito de los Estados Unidos, párrafo 14, en que se cita *S.D. Myers, Inc. c. Canadá*, Memorial de Contestación del Gobierno de Canadá, párrafos 218-52 (5 de octubre de 1999) (en que se sostiene que como el demandante no tenía una inversión en Canadá, la reclamación no estaba comprendida en el régimen del Capítulo XI); ídem, párrafo 259 (“La obligación [del Artículo 1102(1)] no significa que la obligación de conceder el trato nacional se aplique a las actividades del inversionista en su país de origen. La obligación sólo se aplica al inversionista en relación con su inversión en el otro país. . .”). (traducción del Tribunal)

⁸² El Memorial Complementario fue acompañado por copias de resoluciones de los Directorios de los Distritos de Agua de Texas en que se autoriza la iniciación de este arbitraje.

⁸³ Memorial Complementario, págs. 2-9.

⁸⁴ Memorial Complementario, págs. 9-11.

⁸⁵ Memorial Complementario, págs. 10-14.

- 76) Con respecto a la cuestión del agua como bien objeto de comercio, los Demandantes alegaron que el Río Grande dejó de ser, hace mucho tiempo, un río que fluye de manera natural, y que el agua de ese río se compra, vende, comercializa y almacena para usarse en actividades comerciales agrícolas de agricultores de ambas riberas del río.⁸⁶
- 77) Los Demandantes señalaron que los 17 Distritos de Riego a los que ellos pertenecen, son entes creados por el derecho de Texas, pero no actúan como mandatarios (*agents*) del Estado de Texas ni del gobierno federal.⁸⁷ Con respecto a los temas de la legislación sobre aguas de Texas el Memorial Complementario, enunció las disposiciones de la legislación de Texas que en determinadas circunstancias permiten cancelar derechos de agua no utilizados.⁸⁸ Los Demandantes consideraron irrelevante el caso *City of San Marcos*, porque se refiere a aguas subterráneas, y no a aguas superficiales.⁸⁹
- 78) En su Escrito posterior a la audiencia sobre la competencia, el Demandado reafirmó su opinión en el sentido de que los Demandantes sólo pueden presentar una reclamación contra México en el marco del Capítulo XI del TLCAN, si han realizado una inversión en México.⁹⁰ En especial sostuvo que conforme al Artículo 1101(1)(a) del TLCAN una ‘inversión’ goza de protección sólo si la ha realizado un inversionista de otra Parte del TLCAN en el territorio de la Parte del TLCAN que aplica la medida. Además, como el Artículo 1139 define el término “inversionista” como aquel que “pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión”, se concluye que un ‘inversionista’, conforme al Artículo 1101(1), es quien pretende realizar, realiza o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte del TLCAN, porque sólo esas inversiones se rigen por el Capítulo XI.⁹¹ El Demandado observó que su interpretación de estas disposiciones del TLCAN es congruente con la adoptada por Estados Unidos y por Canadá y argumentó que esta interpretación es congruente con los propósitos del TLCAN.⁹²
- 79) En su Escrito posterior a la audiencia sobre la competencia, el Demandado procuró definir con precisión el concepto de inversión, señalando la diferencia existente entre, por una parte, ‘inversiones’ y, por otra parte, ‘servicios transfronterizos’, que constituyen un ejemplo de una forma de participación económica en la economía de otro Estado Parte, claramente distinta de una inversión.⁹³

⁸⁶ Memorial Complementario, págs. 16-19.

⁸⁷ Memorial Complementario, págs. 14-16.

⁸⁸ Memorial Complementario, págs. 20-24.

⁸⁹ Memorial Complementario, págs. 19-20.

⁹⁰ Escrito posterior a la audiencia sobre la competencia, párrafos 5-20.

⁹¹ Escrito posterior a la audiencia sobre la competencia, párrafos 8-14.

⁹² Escrito posterior a la audiencia sobre la competencia, párrafos 15, 16.

⁹³ Escrito posterior a la audiencia sobre la competencia, párrafos 17-20

- 80) Sobre la cuestión del agua como bien objeto de comercio, el Demandado reafirmó la inalienabilidad, conforme al derecho mexicano, de las aguas de los ríos que fluyen a través de territorio mexicano,⁹⁴ y alegó que las aguas de los tributarios del Río Bravo siguen estando sujetas al derecho mexicano y también en su estado natural y en consecuencia no son propiedad de los Estados Unidos ni son “objeto de comercio”.⁹⁵ Al igual que los Demandantes, el Demandado consideró irrelevante el caso *City of San Marcos*, porque se aplica a aguas subterráneas y no a aguas superficiales.⁹⁶ Con respecto a las cuestiones referentes a la legislación sobre aguas de Texas, el Demandado alegó que el hecho de que la legislación de Texas impide la extracción de agua en determinadas circunstancias en que se violan las condiciones del permiso, confirma el carácter contingente de los derechos de agua en Texas.⁹⁷ El Demandado señaló asimismo que, desde el punto de vista de la legislación de Texas, los Distritos de Riego son subdivisiones del Estado de Texas.⁹⁸

III. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

- 81) La reclamación se realiza conforme al Capítulo XI del TLCAN y se basa, en particular en los Artículos 1120 y 1122, que permiten el arbitraje de controversias enmarcadas en el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.
- 82) La competencia del Tribunal para pronunciarse sobre el fondo de esta reclamación surge del TLCAN, que en consecuencia la limita. El derecho de promover reclamaciones está establecido en la Sección B del Capítulo XI del TLCAN, cuyos Artículos 1115 y 1116 del TLCAN rezan:

Artículo 1115: Objetivo

Sin perjuicio de los derechos y obligaciones de las Partes establecidos en el Capítulo XX, "Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias", esta sección establece un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión que asegura, tanto trato igual entre inversionistas de las Partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como debido proceso legal ante un tribunal imparcial.

Artículo 1116: Reclamación del inversionista de una Parte, por cuenta propia

1. De conformidad con esta sección el inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida en:

- (a) la Sección A o el Artículo 1503(2), "Empresas del Estado"; o

⁹⁴ Escrito posterior a la audiencia sobre la competencia, párrafos 21-23.

⁹⁵ Escrito posterior a la audiencia sobre la competencia, párrafos 24-29 y 30-32.

⁹⁶ Escrito posterior a la audiencia sobre la competencia, párrafos 33-36.

⁹⁷ Escrito posterior a la audiencia sobre la competencia, párrafos 37-40.

⁹⁸ Escrito posterior a la audiencia sobre la competencia, párrafos 41-44.

(b) el párrafo 3(a) del Artículo 1502, "Monopolios y empresas del Estado", cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A; y que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella.

2. El inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños.

83) En consecuencia el Tribunal es competente para pronunciarse sobre reclamaciones efectuadas por un inversionista de una Parte del TLCAN según las cuales otra Parte del TLCAN ha violado la Sección A (es decir los Artículos 1101 – 1114) del Capítulo XI del TLCAN (así como ciertas supuestas violaciones del Artículo 1503, que no es pertinente aquí). No tiene competencia para conocer de reclamaciones que no surjan de esas supuestas violaciones. Para establecer si las reclamaciones están comprendidas en el ámbito de los Artículos 1115 y 1116 es necesario, por lo tanto, determinar si los Demandantes son ‘inversionistas’ y si sus reclamaciones están comprendidas dentro de los límites y el ámbito de aplicación de la Sección A del Capítulo XI.

84) El Artículo 1101 del TLCAN dispone lo siguiente:

Artículo 1101: Ámbito de Aplicación

1. Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:

- (a) los inversionistas de otra Parte;
- (b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte; y
- (c) en lo relativo a los Artículos 1106 y 1114, todas las inversiones en el territorio de la Parte.

85) La función que cumple el Artículo 1101 para determinar los límites de la competencia de los tribunales establecidos para conocer de reclamaciones basadas en el Capítulo XI surge claramente del propio título de ese artículo. En el se define ‘el ámbito de aplicación’ de la totalidad del Capítulo XI, incluido el ámbito de aplicación de las protecciones sustanciales otorgadas a los inversionistas y a las inversiones por la Sección A y el Capítulo XI, así como los derechos de someter a arbitraje controversias conforme a la Sección B del Capítulo XI.

86) En el presente caso no se formula una reclamación con base en los Artículos 1106 ó 1114, por lo cual el Artículo 1101(c) del TLCAN no es pertinente. En consecuencia, la cuestión consiste en establecer si, en los términos del Artículo 1101, la reclamación se refiere a

“medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:

- (a) los inversionistas de otra Parte;
- (b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte”.

87) A esta altura y para efectos de argumentación, el Tribunal asumirá que las reclamaciones se refieren a “medidas que adopte o mantenga” la República Mexicana. Las reclamaciones se refieren a supuestas violaciones de los

Artículos 1102, 1105 y 1110 del Capítulo XI del TLCAN.⁹⁹ Por lo tanto la primera pregunta consiste en establecer si las reclamaciones se refieren a “(a) los inversionistas de otra Parte; y / o (b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte”.

88) La definición de “inversionista” a los efectos del Capítulo XI del TLCAN se enuncia en el Artículo 1139, que establece:

“**inversionista de una Parte** significa una Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión”.

89) Se han planteado dudas acerca de si todos los Demandantes tienen la calidad de inversionistas, con base en su nacionalidad. No obstante, por ahora el Tribunal deja de lado esas dudas, porque es evidente que por lo menos algunos Demandantes cumplen el requisito de ser nacionales o empresas de una Parte, en este caso Estados Unidos. Esto nos lleva a la pregunta de si hay un Demandante que “pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión”.

90) La pregunta debe responderse haciendo referencia a la definición de “inversión” que se aplica en el contexto del Capítulo XI. Esa definición está enunciada en el Artículo 1139 del TLCAN. El Artículo estipula que:

“**inversión de un inversionista de una Parte** significa la inversión de propiedad o bajo control directo o indirecto de un inversionista de dicha Parte;”

91) No cabe duda de que algunos de los Demandantes son personas que han invertido en establecimientos agrícolas e instalaciones de riego dentro del Estado de Texas. Tampoco cabe duda de que entre los Demandantes hay personas que son propietarias o controlan directa o indirectamente esos establecimientos e instalaciones en Texas. La pregunta inicial consiste en si esos establecimientos agrícolas e instalaciones existentes en Texas constituyen, no simplemente una ‘inversión’ en términos generales, sino una ‘inversión’ que faculta al propietario para iniciar, en el marco del TLCAN, las reclamaciones específicas contra México en este caso.. Llegamos por lo tanto a la pregunta de si en efecto, para los fines específicos de una reclamación conforme con el Capítulo XI del TLCAN, existe, en este caso, una “inversión”.

92) El Artículo 1139 define “inversión” en los términos siguientes:

“**inversión** significa:

(a) una empresa;

(b) acciones de una empresa;

(c) instrumentos de deuda de una empresa:

(i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o

(ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años,

pero no incluye una obligación de una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;

(d) un préstamo a una empresa

(i) cuando la empresa es una filial del inversionista, o

⁹⁹

Solicitud de Arbitraje, párrafo 59.

- (ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
- (e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;
- (f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme al incisos (c) o (d);
- (g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y
- (h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme a
 - (i) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o
 - (ii) contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa;
 pero inversión no significa,
 - (i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de
 - (i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte; o
 - (ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso (d); o
 - (j) cualquier otra reclamación pecuniaria,
 que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos (a) a (h)".

- 93) La primera cuestión que separa a las Partes es la de si la 'inversión', tal como lo sostiene el Demandado, debe ser una inversión que los Demandantes pretendían realizar, estaban realizando o habían realizado *en México*, o si, como sostienen los Demandantes, basta el hecho, no cuestionado, de que habían efectuado una inversión en Texas.
- 94) Cabe la posibilidad de que los Estados Partes del TLCAN hubieran concedido a los inversionistas que fueran nacionales de un Estado del TLCAN y hubieran realizado una inversión en ese mismo Estado del que fueran nacionales, el derecho de formular una reclamación contra otra Parte del TLCAN, en relación con una medida de esa otra Parte que hubiera afectado desfavorablemente a sus inversiones en el Estado del que son nacionales. Ese derecho facultaría, por ejemplo, a todos los empresarios mexicanos que hubieran invertido en México creando allí sus propias empresas (y, análogamente, a todos los empresarios canadienses que hubieran invertido en Canadá), a entablar acciones contra los Estados Unidos en relación con cualquier medida de los Estados Unidos que afectara a sus empresas mexicanas (o canadienses) en violación de disposiciones del TLCAN como, por ejemplo, la del 'trato justo y

equitativo' del Artículo 1105.¹⁰⁰ Sería probable que ese derecho confiriera a esos empresarios mexicanos y canadienses recursos mucho más amplios, en relación con actos legislativos estadounidenses que los lesionaran, que los que cualquier inversionista de los Estados Unidos habría tenido contra su propio gobierno, pero ese puede ser en algunos casos el efecto de los tratados que protegen a inversionistas extranjeros y a sus inversiones.

- 95) Sin embargo, si el TLCAN tuviera la intención de tener un efecto tan significativo cabría anticipar que los *travaux préparatoires* contuvieran muy claros señalamientos a ese respecto. Tales señalamientos no existen en los *travaux préparatoires* o en otros sitios; y el Tribunal no interpreta en ese sentido el contenido del Capítulo XI del TLCAN, ni en especial el de los Artículos 1101 y 1139.
- 96) En tanto el Artículo 1139 del TLCAN define el término “inversión”, no define “inversión extranjera”. De igual manera, el Capítulo XI del TLCAN se titula “Inversión”, no “Inversión Extranjera”. No obstante, a juicio de este Tribunal, el Capítulo XI del TLCAN de hecho se refiere a “inversión extranjera”, y regula a los “inversionistas extranjeros” y a las “inversiones de inversionistas extranjeros de otra Parte”. El sentido corriente (*ordinary meaning*) del texto de las disposiciones pertinentes del Capítulo XI es que las mismas se refieren a inversiones *extranjeras*, no a inversiones domésticas. Entonces, ¿qué hace que una inversión sea “extranjera”?
- 97) Un inversionista de un Estado Parte del TLCAN que desee efectuar una inversión en la economía de otro Estado Parte de ese tratado, está necesariamente interesado en el derecho aplicable y las autoridades gubernamentales que crean el derecho, aplican el derecho y solucionan los conflictos, en un Estado distinto del propio. Los Estados Parte del TLCAN negociaron y concluyeron un acuerdo de libre comercio, con el propósito de establecer el marco jurídico internacional necesario para que el inversionista extranjero tuviera la certeza de que su inversión recibiera un tratamiento conforme a determinados estándares mínimos (trato nacional, nivel mínimo de trato, protección contra expropiación y otros), y para que se proporcionara un mecanismo de solución de controversias en materia de inversión, en virtud del cual los inversionistas extranjeros pudieran someter a un tribunal imparcial, reclamaciones basadas en que sus inversiones hubieran sido afectadas por medidas gubernamentales que violaran las obligaciones que los Estados Parte asumieron en el TLCAN.
- 98) En tanto este Tribunal no se propone establecer un criterio comprensivo y definitivo de lo que constituye una inversión cubierta por los mecanismos de protección del Capítulo XI del TLCAN, es evidente que una característica destacada es que, esa inversión se rige principalmente por el derecho aplicable de un Estado distinto del Estado de la nacionalidad del inversionista y que ese derecho es creado y aplicado por un Estado que no es el Estado de la nacionalidad del inversionista.

¹⁰⁰ El mismo criterio se aplicaría, por supuesto, en relación con otras combinaciones de Partes del TLCAN y nacionales de otras Partes.

99) Cuando se efectúan inversiones, tales como inversiones en establecimientos agrícolas, equipos de riego, etc., como se llevaron a cabo en el presente caso, el inversionista adopta su decisión a la luz de su apreciación del derecho aplicable y de las autoridades que crean, elaboran y aplican el derecho aplicable a esa inversión. Cuando la inversión se realiza en el Estado del inversionista, la decisión se adopta a la luz de lo que el inversionista entiende que es el derecho aplicable, las instituciones y los procedimientos que les son familiares. Cuando la inversión se realiza en un país diferente, que ha celebrado un tratado de protección de inversión que cubre esa inversión, el inversionista tiene derecho a basarse en el hecho de que los Estados Partes del tratado han decidido obligarse a otorgar un nivel mínimo de protección legal a esas inversiones extranjeras.

100) En su escrito de fecha 27 de noviembre de 2006, el Gobierno de Estados Unidos señaló:

“La finalidad de los acuerdos internacionales de inversión es la protección de inversiones *extranjeras* y de los inversionistas que las realizan. Esta afirmación es tan cierta con respecto a las disposiciones sobre inversiones en los tratados de libre comercio (TLCs), como lo es con respecto a convenios dedicados exclusivamente a la protección de inversiones, tales como los tratados bilaterales de inversión (TBIs). El Capítulo XI del TLCAN no es diferente este respecto. Uno de los objetivos del TLCAN, enunciado expresamente en el Artículo 102(1)(c), es “aumentar sustancialmente las *oportunidades* de inversión en los territorios de las Partes”, lo que se refiere y sólo puede sensiblemente ser considerado referente, a oportunidades para inversiones *extranjeras* en el territorio de cada Parte realizadas por inversionistas de otra Parte...” (párrafo 11) (traducción del Tribunal)

A juicio del Tribunal, éste es el sentido obvio y corriente (*ordinary meaning*) que se infiere del texto del Capítulo XI del TLCAN.

101) El Tribunal considera que para ser un “inversionista” en la acepción del Artículo 1101 a) del TLCAN, una empresa debe efectuar una inversión en otro Estado del TLCAN que no sea el propio. Adoptando la terminología del Tribunal del caso *Methanex v. Estados Unidos*, es necesario que las medidas en que se base la reclamación afecten a una inversión que tenga una “conexión legalmente significativa” con el Estado que ha creado y aplicado esas medidas.¹⁰¹ El mero hecho de que una empresa establecida en un Estado del TLCAN se vea afectada por medidas adoptadas en otro Estado del TLCAN, no es suficiente para establecer el derecho de esa empresa a obtener protección conforme al Capítulo XI de ese tratado: es la relación, la conexión legalmente significativa, con el Estado que adopta esas medidas, la que genera el derecho a la protección, y no el mero hecho de que la empresa se vea afectada por las medidas.

¹⁰¹ *Methanex v. Estados Unidos*, Laudo Preliminar sobre Competencia y Admisibilidad, 7 de agosto de 2002, párrafo 147.

- 102) Si bien, en algunos aspectos el efecto del TLCAN puede asemejarse al de la eliminación de fronteras económicas entre los tres Estados Partes, y si bien no cabe duda de que la finalidad del TLCAN era reforzar el vínculo económico entre las economías de esos Estados, éstos siguen siendo tres Estados soberanos diferentes, con tres nacionalidades diferentes. Por lo tanto, cuando el inversionista de una Parte del TLCAN efectúa una inversión comprendida en el ámbito del derecho aplicable y la competencia de las autoridades de otra Parte del TLCAN, será tratado como inversionista extranjero bajo el Capítulo XI. El TLCAN no tiene como propósito conferir a todas las inversiones realizadas en cualquiera de los Estados del TLCAN las protecciones previstas en el Capítulo XI.
- 103) En opinión del Tribunal, es por demás evidente, que el Capítulo XI del TLCAN no tenía la intención de brindar protección sustancial o derechos de ejercitar acción a inversionistas cuyas inversiones estuvieran enteramente limitadas a sus propios Estados nacionales, en circunstancias en que esas inversiones pudieran ser afectadas por medidas adoptadas por otro Estado Parte del TLCAN. El TLCAN no debe interpretarse de modo que dé lugar a ese resultado no deseado.
- 104) En el presente caso el Tribunal no considera que los Demandantes eran ‘inversionistas extranjeros’ en México. Antes bien, eran inversionistas nacionales en Texas. El hecho de que una empresa dependa económicamente del suministro de bienes –en este caso agua– de otro Estado, no es suficiente para que se considere, a dicha empresa dependiente, como un ‘inversionista’ en ese otro Estado.
- 105) El Artículo 1101(1)(b) estipula que el Capítulo XI se aplica a “las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte”. Ciertamente es que la definición de “inversionista” contenido en el Artículo 1139 no requiere expresamente que la persona o la empresa pretenda realizar, realice o haya realizado una inversión *en el territorio de otra Parte del TLCAN*. Sin embargo, el texto de la definición exige, que la persona efectúe una “inversión”; y aunque las inversiones pueden realizarse en el Estado de origen del inversionista, esas inversiones domésticas, como ya se explicó, no están comprendidas en el ámbito de aplicación del Capítulo XI. El Capítulo XI se aplica a “inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en el territorio de la Parte”: Artículo 1101(1)(b). Es evidente que la expresión “territorio de la Parte” contenida en esa frase no se refiere al territorio de la Parte de la que los inversionistas son nacionales, sino que requiere que la inversión se realice en el territorio de otra Parte del TLCAN: el de la Parte que ha adoptado o mantenido las medidas impugnadas. En resumen, para ser “inversionista”, conforme al Artículo 1139 se debe efectuar una inversión en el territorio de otro Estado Parte del TLCAN, no en el propio.
- 106) La interpretación aquí adoptada se ve respaldada por el hecho de que es la interpretación adoptada públicamente por las propias Partes del TLCAN, antes del presente litigio. El Tribunal toma nota del contenido de la Declaración de Acción Administrativa de los Estados Unidos presentada al

Congreso en relación con la celebración del TLCAN,¹⁰² el informe sobre el TLCAN preparado antes de la aprobación de dicho tratado por el Senado mexicano¹⁰³ y la Declaración Canadiense sobre la Implementación del TLCAN.¹⁰⁴

- 107) En especial esta interpretación del alcance del TLCAN es congruente con la adoptada por México ante el Tribunal y por Estados Unidos en su escrito de fecha 27 de noviembre de 2006; no obstante, es una interpretación a la que el Tribunal habría llegado de todos modos, aunque Estados Unidos no hubiera participado en estas actuaciones.
- 108) En consecuencia, en el contexto del presente caso no basta que los Demandantes de los Estados Unidos hayan efectuado una inversión en los Estados Unidos; deben demostrar que pretendían realizar, estaban realizando o habían realizado una inversión en México. Si no pueden probarlo no podrán ser considerados “inversionistas” para efectos de las presentes reclamaciones.¹⁰⁵
- 109) En el presente caso, los Demandantes señalan que, en efecto, mantienen una inversión en México, consistente en sus derechos a agua localizada en México, de los que fueron ilícitamente privados por el Demandado.
- 110) Las leyes mexicanas prevén el otorgamiento, por parte de la República Mexicana, de derechos para extraer agua de ríos de México, por períodos definidos, en volúmenes definidos y con fines definidos. Igualmente, la legislación de Texas prevé el otorgamiento por parte del Estado de Texas, de derechos para extraer agua de ríos de Texas, por determinados períodos, en determinados volúmenes y para determinados fines. Los Demandantes sostienen que derivan sus derechos, mismos en los que basan las presentes reclamaciones, de la adjudicación de derechos de agua por parte de los tribunales de Texas, en el litigio *Hidalgo* de 1969 y en la ulterior expedición a su favor de certificados de derechos de agua, por parte de las autoridades de Texas.
- 111) El Tribunal considera que esos derechos están comprendidos en la definición de “propiedad” contenida en el Artículo 1139 (g). Considera asimismo que los derechos de agua adquiridos con fines de explotación

¹⁰² Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Ley de Implementación, Declaración de Acción Administrativa, H.R. Doc. No. 103-159, Vol. 1, 103d Cong., 1 Sess., 589 (1993).

¹⁰³ Senado de la República. Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Dictamen de las Comisiones Unidas de Comercio y Fomento Industrial, de Relaciones Exteriores, de Hacienda, de Desarrollo Económico y Social, de Planeación Democrática de Desarrollo, de Puntos Constitucionales de Asentamientos Humanos y Ecología, y del Sector Social del Trabajo, 18 de noviembre de 1993.

¹⁰⁴ Departamento de Relaciones Exteriores, Tratado de Libre Comercio de América del Norte: Declaración Canadiense sobre Implementación, Extracto, Diario Oficial de Canadá, Parte I, 147 (1 de enero de 1994).

¹⁰⁵ El Tribunal toma nota asimismo, de que en el presente caso parece alegarse que México adoptó medidas “relativas a” las inversiones de los inversionistas, y no que México adoptó medidas “relativas a” los propios inversionistas. No obstante, por razones que resultarán evidentes, no es preciso que el Tribunal se pronuncie sobre este punto.

agrícola son derechos “adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales”.

- 112) Lo anterior nos lleva a la cuestión crucial de establecer si los Demandantes mantienen una inversión “en el territorio de [México]”.
- 113) A nuestro juicio es evidente que no. Los Demandantes tienen inversiones substanciales en Texas, consistentes en sus empresas y, en el contexto del presente procedimiento, en particular, en la infraestructura de distribución del agua que extraen del Río Bravo/Río Grande. Poseen inversiones consistentes en los derechos de agua que les otorgó el Estado de Texas. Ciertamente son “inversionistas”, pero sus inversiones están en Texas; no son inversionistas en México ni en relación con México.
- 114) El Tribunal no acepta la afirmación de que los Demandantes sean propietarios de agua en México, en el sentido de derechos personales de propiedad con respecto a las aguas físicas de ríos que fluyen en territorio mexicano.
- 115) Sostener la existencia de derechos de propiedad sobre el agua localizada río arriba en México, plantea una evidente e ineludible dificultad conceptual, en un contexto en que el derecho de cada Demandante depende de la asignación de determinado volumen de agua, medido a lo largo de un período quinquenal (o posiblemente más largo, si se toma en cuenta la posibilidad de repago de deudas de agua en ciclos subsecuentes), que sólo puede determinarse en referencia al volumen de agua que haya efectivamente llegado al canal principal del Río Bravo / Río Grande.
- 116) Se es propietario del agua contenida en una botella de agua mineral, tal como se es propietario de una lata de pintura. Si otra persona la toma sin permiso, ello configura el hurto de un bien de propiedad personal. En cambio, el titular de un derecho otorgado por el Estado de Texas de extraer determinado volumen de agua del Río Bravo / Río Grande no es ‘propietario’ de, no ‘posee derechos de propiedad en’, determinado volumen de agua, tal como desciende de arroyos y ríos mexicanos hacia el Río Bravo / Río Grande y acaba por fluir en los canales de riego de los titulares de dichos derechos. Mientras el agua está en territorio mexicano pertenece a México, aunque México pueda verse obligado a entregar determinado volumen de ella en el Río Bravo / Río Grande para que lo extraigan nacionales de Estados Unidos.
- 117) Por lo tanto, los Demandantes no son propietarios de agua dentro de México. Tampoco poseen *derechos de agua* en México, exigibles al Estado mexicano. Sus derechos de agua les han sido otorgados por el Estado de Texas. Dichos derechos han sido creados en Texas y se ejercitan en Texas.
- 118) Además, es evidente que conforme a la Constitución y a la legislación mexicana, los Demandantes no podrían poseer esos derechos de propiedad sobre el agua en ríos mexicanos. El Artículo 27 de la Constitución mexicana estipula que la propiedad de aguas dentro de las fronteras del

territorio nacional pertenece originalmente a la nación, y que el agua de sus ríos y tributarios es propiedad de la nación. La explotación o el uso de esas aguas sólo puede realizarse a través de concesiones otorgadas por el Ejecutivo Federal. La Ley de Aguas Nacionales de México confirma la necesidad de obtener una concesión para explotar o usar aguas, y especifica que una concesión no garantiza la existencia o permanencia del agua que es objeto de la concesión. Por otra parte, el Artículo 16 de la Ley General de Bienes Nacionales de México estipula específicamente, que las concesiones no crean derechos de propiedad (*derechos reales*); simplemente confieren un derecho de uso y explotación, sin perjuicio de terceros y con sujeción a condiciones impuestas por el derecho aplicable y por la concesión.¹⁰⁶

- 119) Los Demandantes pretendieron identificar un derecho superveniente que superó todos esos problemas, utilizando argumentos bastante sutiles e ingeniosos, al manifestar que en el Tratado de 1944 México enajenó o renunció a la titularidad de dos tercios de las aguas de los ‘seis ríos’, tal como los Estados en algunos casos renuncian, mediante tratados, a territorio. Según esta opinión, aproximadamente un tercio del agua de los seis ríos pertenece a México y aproximadamente dos tercios a los Estados Unidos, aunque no pueda establecerse con precisión en un momento dado, quién es propietario de que, porque la fórmula de reparto prevista en el Artículo 4 del Tratado de 1944 se aplica a una combinación de montos fijos y por cientos que se miden a lo largo de períodos de varios años.
- 120) El Tribunal no encuentra evidencia en el Tratado de 1944, que infiera que esta interpretación imaginativa del Tratado, cuya coherencia jurídica y operabilidad práctica dan cabida a considerables dudas, fuera la prevista por las Partes. La lectura basada en el sentido corriente (*ordinary meaning*) del Tratado es que éste es un acuerdo de reparto de esas aguas tal como llegan al curso de las aguas internacionales –el Río Bravo / Río Grande– entre México y los Estados Unidos, y el Tribunal no encuentra razón alguna para poner en duda la exactitud de tal lectura.
- 121) Cuestión diferente es la desviación impropia de corrientes fluviales antes de que desemboquen en la corriente principal del Río Bravo / Río Grande. Si esa desviación se produce, podrá representar o no una transgresión del Tratado de 1944. Resolver la cuestión sería de la incumbencia de los dos Estados, que son las únicas partes de ese tratado. Si se considerase que los intereses de nacionales de los Estados Unidos fuesen afectados por cualquier acción que argumentase la violación del Tratado, se trataría de una cuestión que podría abordarse por el Gobierno de los Estados Unidos en el marco de los procedimientos de solución de controversias del Tratado de 1944. Sin embargo, el Tratado de 1944 no crea derechos de propiedad relativos a inversiones de conformidad con lo preceptuado en el TLCAN, mismos que los propios nacionales de los Estados Unidos pueden proteger mediante acciones enmarcadas en el Capítulo XI del TLCAN. En las circunstancias del presente caso, el Tribunal no expresa opinión alguna acerca de la interpretación o aplicación del Tratado de 1944.

¹⁰⁶

Memorial del Demandado sobre la Competencia, párrafos 46-50.

- 122) A juicio del Tribunal, no se ha probado que cualquiera de los Demandantes pretenda realizar, esté realizando o haya realizado una inversión *en México*. En consecuencia, el Tribunal carece de competencia para conocer cualquiera de estas reclamaciones contra México, porque los Demandantes no han demostrado que sus reclamaciones estén comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Capítulo XI del TLCAN, tal como lo define el Artículo 1101 del TLCAN.
- 123) Habiendo llegado a esta conclusión, es innecesario que se consideren otros temas, pues es evidente que el Tribunal carece de competencia para conocer sobre estas reclamaciones.
- 124) Por las razones que anteceden, el Tribunal concluye que carece de competencia para conocer de todas las reclamaciones.

IV. COSTAS

- 125) El Tribunal ha considerado la cuestión de la asignación de costas. Las reclamaciones no fueron frívolas, se promovieron de buena fe y en forma debida y expedita. Las reclamaciones fueron igualmente defendidas de buena fe y en forma debida y expedita. Ambas Partes acordaron el tratamiento por separado de la cuestión de la competencia, lo que probó ser una medida razonable y económica. El Tribunal no considera que exista motivo para apartarse de la práctica normal en tales casos, consistente en que cada Parte soporte sus propias costas, y que las costas del Tribunal se dividan por partes iguales entre las Partes.

V. DECISION SOBRE COMPETENCIA

Por las razones antes expuestas, el Tribunal ha decidido:

a) El Tribunal de Arbitraje carece de competencia respecto de la diferencia que le ha sido sometida en este arbitraje;

b) Cada Parte debe cubrir sus propias costas y las costas del Tribunal deben dividirse igualmente entre las Partes.

Hecho como en Toronto, Canadá, en inglés y en español, siendo ambas versiones igualmente auténticas.

[Signed]

Profesor Ignacio Gómez-Palacio
Fecha: *[29 mayo 2007]*

[Signed]

Hon. Edwin Meese III
Fecha: *[6 June 2007]*

[Signed]

Profesor Vaughan Lowe
Fecha: *[11 June 2007]*