



**SUBSECRETARÍA DE NEGOCIACIONES
COMERCIALES INTERNACIONALES
Dirección General de Consultoría
Jurídica de Negociaciones**

Oficio No.: DGCJN.511.13.117.05

México, D.F. a 4 de marzo de 2005

Asunto: Solicitud de *Bayview Irrigation et al.*

Roberto Dañino
Secretario General
Centro Internacional de Arreglo de
Diferencias Relativas a Inversiones
1818 H Street, N.W.
Washington, D.C, 20433, EE.UU.

1. Mediante comunicación fechada el 19 de enero de 2005 (en lo sucesivo, la "Solicitud"), los señores Nancie G. Marzulla, Roger J. Marzulla y Don Wallace Jr. solicitaron que apruebe el acceso de *Bayview Irrigation District* y otras personas al Mecanismo Complementario y registre ese aviso en el Registro de Arbitraje (Mecanismo Complementario) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). El CIADI confirmó la recepción de la solicitud el 27 de enero de 2005.
2. El gobierno de México considera que debe rechazar la Solicitud por las razones que se exponen a continuación.

A. No existe un acuerdo que el Secretario General pueda aprobar

3. En el capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) el Estado mexicano dio su consentimiento para someter a arbitraje reclamaciones que surjan únicamente de una inversión, de acuerdo con las disposiciones del mismo. El artículo 1101 del TLCAN establece el ámbito de aplicación del capítulo, el cual también delimita el alcance del consentimiento de México para someterse a arbitraje conforme a la sección B del capítulo XI:

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...

[Énfasis propio]

4. Por virtud del artículo 1101, los términos "inversión" e "inversiones" utilizados a lo largo del capítulo XI están acotados, para el caso de México, a inversiones realizadas en el territorio mexicano por inversionistas de otra Parte del tratado. En consecuencia el acuerdo para someter reclamaciones a arbitraje en los términos del consentimiento otorgado en el artículo 1122 se limita precisamente a tales inversiones. México no ha consentido ni consiente en someter otras disputas a arbitraje.

5. La disputa que plantea la Solicitud no encuadra en ninguna de las categorías que prevé el artículo 2 del Reglamento del Mecanismo Complementario. Por consiguiente, no está dentro de la autorización conferida al Secretariado del CIADI: No surge directamente de una inversión ni de una transacción de cualquier tipo con el Estado mexicano, de modo que no existe un acuerdo en los términos del artículo 2 del Reglamento, que pueda ser objeto de aprobación conforme al artículo 4 del mismo. En consecuencia, debe rechazarla.

1. Ninguno de los pretendidos inversionistas ha realizado inversiones en territorio mexicano

6. De acuerdo con la Solicitud, ninguna de las personas que los señores Marzulla y Wallace dicen representar (en lo sucesivo, los "pretendidos inversionistas") ha realizado una inversión en territorio de México. Todas son personas de nacionalidad estadounidense¹ y todas las inversiones que identifican han sido realizadas en Estados Unidos. Por consiguiente, están fuera del ámbito de aplicación del capítulo XI.

7. En efecto, la Solicitud señala que cada uno de los pretendidos inversionistas es propietario de una "Inversión Integrada" que incluye: "derechos de agua ubicada en México, instalaciones para almacenar y distribuir esa agua para irrigación y consumo doméstico, campos y granjas de irrigación, edificios y maquinaria de granja y negocios agrícolas de irrigación que están en marcha"². Precisa que los pretendidos inversionistas "han invertido millones de dólares en un sistema integrado de distribución de agua, que incluye bombas, acueductos, canales y otras instalaciones para el almacenamiento y transporte de su agua a la tierra donde se utiliza"³.

8. Ninguna de las instalaciones identificadas es una inversión realizada en territorio de México. Todas están ubicadas en Estados Unidos. Lo único que se dice está ubicado en México es el agua que, se precisa, es el "fundamento de la inversión"⁴ (no la inversión) y sobre la cual, se alega, los pretendidos inversionistas tienen derechos de propiedad. Sin embargo, si tales derechos existen, no es en México sino, si acaso, en Estados Unidos.

9. La Solicitud explica que en 1944 Estados Unidos y México celebraron un tratado internacional para "establecer y delimitar los derechos de los dos países sobre las aguas" de diversos ríos "para lograr su utilización más completa y satisfactoria". Precisa que "[e]l Tratado de 1944 asignó a Estados Unidos" un volumen determinado del agua de esos ríos⁵ (énfasis propio en ambos casos).

10. El Tratado relativo al Aprovechamiento de las Aguas de los Ríos Colorado y Tijuana, y del Río Bravo (Grande) desde el Fort Quitman, Texas, hasta el Golfo de México, suscrito el 3 de febrero de 1944 (el "Tratado de Aguas de 1944") es un tratado internacional celebrado por dos Estados soberanos, cuyos derechos y obligaciones son de un Estado frente al otro:

1. Según se señala más adelante, los pretendidos inversionistas no han demostrado que son inversionistas de una Parte, de acuerdo con la definición prevista en el artículo 1139 del TLCAN. El gobierno de México presume que todos los reclamantes son de nacionalidad estadounidense, sólo para los fines de este escrito.

2. Solicitud fechada el 19 de enero de 2005, ¶ 53. Todas las traducciones que se proporcionan son de México.

3. Ibid.

4. Íd. ¶ 61

5. Íd., ¶ 63.

La aplicación del presente Tratado, la reglamentación y el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que los dos Gobiernos adquieren en virtud del mismo y la resolución de todos los conflictos que originen su observancia y ejecución, quedan confiados a la Comisión Internacional de Límites y Aguas que funcionará de conformidad con las facultades y restricciones que se fijan en este Tratado.⁶

[Énfasis propio.]

11. El tratado no establece cómo debe distribuir cada Estado el agua que le corresponde. Cada uno es libre de hacerlo a través de su propia normatividad.

12. Los pretendidos inversionistas no tienen un derecho que emane del Tratado de Aguas de 1944. En efecto, la Solicitud misma afirma que éstos “han pagado sumas sustanciales [de dinero] por la compra de derechos de agua” y son “los derechohabientes de la mayor parte del agua asignada por México a Estados Unidos”⁷ (énfasis propio). Los derechos, empero, fueron comprados en Estados Unidos al Maestro de Aguas (*Water Master*), una autoridad designada por la Comisión de Calidad Ambiental de Texas (*Texas Commission on Environmental Quality*), encargada de monitorear el cumplimiento de los derechos de agua, autorizar el desvío del agua y regular las represas.

13. La Solicitud añade que tales derechos de agua “durante mucho tiempo han sido reconocidos como derechos de propiedad”⁸. No obstante, ese reconocimiento deriva del derecho estadounidense y, obviamente, sólo tiene efectos en Estados Unidos. La sentencia que se cita para sustentar esa proposición emana de las cortes de Estados Unidos. En otras palabras, la existencia de tales derechos deriva del derecho estadounidense, y su uso y disfrute, así como su reconocimiento como derechos de propiedad se encuentran regulados únicamente por él.

14. Obviamente los derechos que los pretendidos inversionistas aducen en su favor no existen ni tienen efectos en México y en modo alguno pueden considerarse una inversión realizada en territorio de México. Ninguna de las supuestas inversiones de los pretendidos inversionistas que, se alega, se sustentan en esos derechos de agua está amparada por el capítulo XI del TLCAN y, consecuentemente, ninguno puede ser objeto de una reclamación conforme a la sección B del capítulo XI. Por lo mismo, ninguno de los pretendidos inversionistas es un “inversionista de una Parte”, según la definición del término en el artículo 1139 del TLCAN⁹.

15. Es irrelevante si, como asegura la Solicitud, la “inversión” consiste en “bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales”¹⁰, puesto que la definición de inversión contenida en el artículo 1139 del TLCAN no puede considerarse en abstracto. Por virtud del artículo 1101, tiene que estar referida a una inversión realizada en territorio de México. En este caso no la hay.

6. Tratado de Aguas de 1944, artículo 2.

7. Íd., ¶¶ 53 y 63.

8. Ibíd.

9. El artículo 1139 dispone: “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” en territorio de otra Parte, según lo acota el artículo 1101.

10. Solicitud, ¶ 54.

16. La Solicitud asevera que la "inversión" de los pretendidos inversionistas satisface la definición de inversión del Convenio del CIADI¹¹. Sin perjuicio del artículo 3 del Reglamento del Mecanismo Complementario, la afirmación es incorrecta: El primer párrafo del Preámbulo del Convenio del CIADI precisa que el Convenio aplica a "las inversiones internacionales de carácter privado" (énfasis propio), es decir, a las inversiones extranjeras. Todas las inversiones identificadas en la Solicitud son inversiones nacionales, ya que han sido realizadas por nacionales de Estados Unidos en territorio de Estados Unidos. En consecuencia, están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI.

17. Por la misma razón tampoco cumplen con los requisitos del Reglamento del Mecanismo Complementario. Además, el artículo 1122 del TLCAN, que expresa el consentimiento de México "en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en" el propio tratado, remite a las "Reglas del Mecanismo Complementario que exigen el consentimiento por escrito de las partes". El Reglamento del Mecanismo Complementario, por su parte, exige un acuerdo entre las partes en el que se estipule el sometimiento de diferencias en virtud del Mecanismo Complementario, que debe ser aprobado por el Secretario General. Según ya se expresó, el acuerdo de México para someter disputas en virtud del Mecanismo Complementario está dado en los términos del capítulo XI del TLCAN. De manera similar al Convenio del CIADI, el capítulo XI se limita a inversiones internacionales o extranjeras. En el caso específico de México, se limita a inversiones de inversionistas de Estados Unidos o Canadá, realizadas en territorio mexicano. La "inversión" de los pretendidos inversionistas no satisface este requisito y, en consecuencia, la diferencia que plantea el Escrito no surge directamente de una inversión en los términos del acuerdo de México para someterse a arbitraje en virtud del Mecanismo Complementario. En efecto, no existe un acuerdo que el Secretario General pueda aprobar.

18. También yerra la Solicitud al señalar que, alternativamente, cumple con los requisitos de los artículos 2(b) y 4(3)(b) del Reglamento del Mecanismo Complementario. México sólo ha consentido en someter a arbitraje disputas que surjan directamente de una inversión, realizada en territorio mexicano por inversionistas de otra de las Partes del TLCAN. México no ha consentido ni consiente en someter a arbitraje diferencias de otro tipo, de modo que el artículo 2(b) del Reglamento del Mecanismo Complementario es inaplicable. Además, podrá apreciar que la diferencia planteada en la Solicitud ni siquiera surge de una transacción, comercial o de cualquier tipo, entre el Estado mexicano y los pretendidos inversionistas¹². Simplemente no existe una transacción subyacente. De tal manera, tampoco hay un acuerdo que el Secretario General pueda aprobar en los términos de artículo 4(3)(b).

19. En conclusión,

- a. La controversia planteada está fuera de la autorización que le fue conferida en el artículo 2 del Reglamento del Mecanismo Complementario.
- b. No existe un acuerdo que pueda aprobar conforme al artículo 4 del mismo instrumento.

Por consiguiente, debe rechazar la aprobación y registro solicitados.

11. *Id.*, ¶ 55.

12. Las transacciones que identifica la Solicitud fueron realizadas en Estados Unidos con autoridades y otras personas estadounidenses (e.g. el *Water Master*).

2. La solicitud pretende someter a arbitraje una diferencia relativa al Tratado de Aguas de 1944

20. La Solicitud en realidad pretende someter a arbitraje en virtud del Mecanismo Complementario una diferencia completamente ajena al TLCAN, por la supuesta violación de México al Tratado de Aguas de 1944. Alega que cada uno de los pretendidos inversionistas es el "dueño de un derecho asignado a Estados Unidos conforme al Tratado de 1944"¹³, del cual México es parte¹⁴, y que "la reclamación que se somete a arbitraje se originó cuando se volvió exigible la deuda de agua de México" que "surgió del Tratado de 1944, que asignó [a Estados Unidos] aguas del Río Grande y sus tributarios". La Solicitud arguye que México ha "violado flagrantemente el Tratado de 1944 y concluye que "la violación intencional del Tratado de 1944... es una clara violación al derecho internacional"¹⁵ (el énfasis es de México en todos los casos).

21. Según ya se indicó, el Tratado de Aguas sólo establece derechos y obligaciones entre México y Estados Unidos, dos Estados soberanos. No establece derechos a favor de los particulares, ni les concede a éstos un derecho de acción para reclamar violaciones al mismo a través del arbitraje internacional en virtud del Convenio del CIADI, el Mecanismo Complementario o cualquier otro instrumento. En efecto, en el extracto antes citado el Tratado de Aguas de 1944 dispone:

La aplicación del presente Tratado, la reglamentación y el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que los dos Gobiernos adquieren en virtud del mismo y la resolución de todos los conflictos que originen de su observancia y ejecución, quedan confiados a la Comisión Internacional de Límites y Aguas que funcionará de conformidad con las facultades y restricciones que se fijan en este Tratado.¹⁶

[Énfasis propio.]

22. La controversia planteada en la Solicitud sólo puede ser interpuesta por el gobierno de Estados Unidos a través de la Comisión Internacional de Límites y Aguas. Ni el TLCAN ni el Mecanismo Complementario son un vehículo para que los particulares sometan a arbitraje internacional las controversias que se susciten de la aplicación o ejecución de cualquier tratado internacional (o incluso de disposiciones del propio TLCAN distintas de las expresamente señaladas en los artículos 1116 y 1117).

B. Los pretendidos inversionistas no han satisfecho los requisitos del artículo 1119 del TLCAN

23. Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, México desea añadir las siguientes observaciones.

24. Como usted sabe, el artículo 1119 del TLCAN establece la obligación de cada inversionista contendiente de presentar, individualmente, una notificación de su intención de someter una reclamación a arbitraje, que debe observarse previo a que la reclamación pueda someterse de conformidad con la sección B del capítulo XI. El 7 de octubre de 2003 la Comisión de Libre Comercio del TLCAN (CLC) emitió la Declaración sobre la Notificación de Intención de someter una Reclamación a Arbitraje, que

13. Véase la Solicitud fechada el 19 de enero de 2005, ¶¶ 1 al 45.

14. Íd., ¶ 46.

15. Íd., ¶¶ 60 y 73. Cf. también los ¶¶ 61 y 66 al 68.

16. Tratado de Aguas de 1944, artículo 2.

precisa los documentos que deben acompañarse y contiene un formato que facilita el cumplimiento del artículo referido.

25. Independientemente de que la notificación de intención pueda contenerse en un solo escrito (y que se siga el formato sugerido por la CLC), cada inversionista contendiente debe satisfacer todos los requisitos previstos en el artículo 1119 y acompañar los documentos probatorios respectivos en la forma establecida en la Declaración de la CLC. De tal manera, cada inversionista contendiente debe acompañar a su notificación de intención, entre otros documentos, según el caso, prueba de nacionalidad o de constitución u organización conforme a la legislación de una Parte; prueba de que el inversionista tiene la propiedad o el control directo o indirecto de la inversión (por ejemplo, el título de propiedad) realizada en territorio de la Parte contra la que se pretende enderezar una reclamación; y, en caso de que el inversionista contendiente actúe a través de un representante legal, copia de los poderes otorgados a favor de éste. Además, cada inversionista contendiente debe indicar, individualmente, la reparación que solicita y el monto de los daños reclamados.

26. Ninguno de los pretendidos inversionistas ha presentado al gobierno de México una notificación de la intención de someter una reclamación a arbitraje de conformidad con el artículo 1119.

27. El 27 de agosto de 2004 los señores Marzulla y Wallace presentaron un escrito en el cual se ostentaron como representantes legales de los pretendidos inversionistas y manifestaron la intención de éstos de someter a arbitraje una reclamación conforme al capítulo XI del TLCAN. Sin embargo, a este escrito solo se anexó un listado de las personas a las que dicen representar, que contiene la dirección y el volumen de agua al que se argumenta tienen derecho (documento identificado como "Anexo A" a esa comunicación).

28. El gobierno de México informó a los señores Marzulla y Wallace que su escrito no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 1119 del TLCAN y la Declaración de la CLC. Les requirió que presentaran copia de: (i) los documentos que acreditaran su capacidad legal para actuar en nombre y representación de cada una de las personas especificadas en el Anexo A; (ii) para las personas morales, el acta constitutiva o cualquier otra prueba de constitución u organización conforme a las leyes de Estados Unidos; (iii) para las personas físicas, el documento que acreditará su nacionalidad. También se le solicitó que precisaran el tipo de inversión realizada en territorio mexicano por cada una de las personas físicas y morales, y copia del documento que acredite que detentan la propiedad o control directo o indirecto de esa inversión¹⁷. La documentación solicitada por el gobierno de México de acuerdo con el artículo 1119 y la Declaración de la CLC es necesaria para poder determinar si la reclamación está amparada por el capítulo XI del TLCAN y se tiene un fundamento sólido que permitiera llevar a cabo las negociaciones a las que alude el artículo 1118 a través de quienes se ostentan como representantes legales de personas diversas.

17. Véase los oficios del 9 de septiembre de 2004, 11, 16 y 23 de noviembre de 2004 que la Dirección General de Inversión Extranjera de la Secretaría de Economía dirigió a los señores Marzulla y Wallace (se adjunta copia de cada uno).

29. En respuesta al requerimiento del gobierno de México los señores Marzulla y Wallace proporcionaron una serie de documentos¹⁸. Sin embargo, ninguno de los pretendidos inversionistas ha satisfecho en su totalidad los requisitos del artículo 1119 y la Declaración de la CLC.

30. Los señores Marzulla y Wallace presentaron como prueba de nacionalidad de las personas físicas algunas licencias de manejo emitidas por el Estado de Texas (donde los pretendidos inversionistas supuestamente tienen su domicilio)¹⁹. Sin embargo, una licencia de manejo no es prueba de la nacionalidad estadounidense. En el Estado de Texas para la emisión de una licencia de conducir requiere que el solicitante presente cualquier documento del Servicio de Inmigración y Naturalización ("*United States Immigration and Naturalization Service Document*") es decir, cualquier documento que simplemente demuestre que el solicitante se encuentra en Estados Unidos de manera legal. No se requiere que sea ciudadano o residente permanente de Estados Unidos²⁰.

31. También presentaron para ciertas personas morales las actas constitutivas con la finalidad de demostrar que son empresas estadounidenses. Sin embargo, la mayoría resultan ilegibles y no se presentaron para la gran mayoría de las personas morales.

32. Los señores Marzulla y Wallace tampoco han acreditado al gobierno de México o al CIADI que están autorizados para representar legalmente a cualquiera de los pretendidos inversionistas. Presentaron un documento denominado "*Certification of Representation*" en el que presuntamente las personas que lo suscriben autorizan a los señores Marzulla y Wallace para que los representen en un procedimiento en contra del gobierno de México. Sin embargo, éstos no brindan certeza al gobierno de México de que los señores Marzulla y Wallace tengan mandato suficiente: en algunos casos la firma es ilegible; en otros no se identifica en qué calidad firma la persona que lo suscribe en representación de una persona moral; o no se acompaña la documentación que acredite que quien lo suscribe representa a la persona moral respectiva. Por tanto, no puede considerarse que los señores Marzulla y Wallace han sido debidamente apoderados.

33. Por ejemplo, la Solicitud señala que distritos de riego están organizados conforme al Código de Agua del Estado de Texas ("*organized and existing under the laws of the State of Texas, specifically Title 4, Chapter 58 of the Texas Water Code*")²¹. Dicho Código establece que los distritos de riego son administrados por un consejo de administración²². Sin embargo, no se ha proporcionado documentación que acredite que el consejo de administración de los diferentes distritos otorgaron los certificados de representación y que la persona que los suscribe está autorizada para actuar a nombre del consejo. La documentación presentada genera también la duda de si ciertas personas físicas que otorgan un certificado

18. En el caso de las personas físicas, se proporcionó copia de las licencias de manejo expedidas en el Estado de Texas. Para algunas de las personas morales, se presentó documentos, la mayor parte ilegibles, que presuntamente las constituyen.

19. Véase comunicación del 1 de octubre de 2004 de Marzulla&Marzulla: "*A copy of a driver's license for each claimant who is a natural person, demonstrating that each is a national of the United States*".

20. Véase *Texas Drivers Handbook*, marzo 2000, p. I-9 ("los documentos de identificación aceptados incluyen cualquier documento del Servicio de Inmigración y Naturalización (disponible en la página: <http://www.txdps.state.tx.us/ftp/forms/DLhandbook.pdf#search=texas%20driver's%20handbook>). (Consultado el 2 de marzo de 2005).

21. Solicitud, ¶ 3.

22. *Tex. Water Code* § 58.001(1): "*District means an irrigation district*", y § 58.071 "*The governing body of a district is the board of directors, which shall consist of five directors*".

de representación están autorizadas para hacerlo. Por ejemplo, en el certificado de representación del Sr. Richard Drawe se le identifica como propietario, pero en anexo A de la comunicación del 27 de agosto de 2004 se identifica a *Richard B. Drawe et al.*, lo que sugiere que el Sr. Drawe no es el único dueño, y que, por tanto, pudiere no estar autorizado para nombrar a los señores Marzulla y Wallace como representantes.

34. Debe añadirse que los 17 distritos de riego identificados actúan como “agentes de usuarios individuales”²³ y se alega que cada uno “interpone esta acción por sí mismo y en representación de los usuarios dentro del Distrito que efectivamente se benefician del agua en sus granjas y tierras”.²⁴ Sin embargo, ninguno de esos usuarios, ha sido identificado, no se ha especificado su nacionalidad, no se ha indicado cuál es su inversión, ni el monto aproximado de sus reclamaciones individuales, no se han presentado los respectivos poderes, consentimiento, renunciaciones, etc. Ninguno, ha satisfecho los requisitos del TLCAN.

35. Algunos de los documentos presentados por los Sres. Marzulla y Wallace (“*Certificate of Adjudication*”) para demostrar que los pretendidos inversionistas tienen derecho a un determinado volumen de agua no concuerdan con lo expresado en la Solicitud ya sea en nombre, volumen o domicilio. Además, se proporcionaron certificados otorgados a personas que no aparecen en la Solicitud (por ejemplo se presentó un certificado a nombre de “*Hidalgo County Water Control and Improvement District No. 15*” que no figura en la Solicitud).

36. Por último, la Solicitud presentada al CIADI confirma que ninguno de los pretendidos inversionistas puede satisfacer los requisitos del TLCAN. En particular, confirma que ninguno ha realizado una inversión en territorio de México que pueda ser objeto de una notificación conforme al artículo 1119, negociaciones conforme al artículo 1118 o una reclamación subsecuente conforme al artículo 1116 y 1120. Ninguno está en posibilidad de ofrecer copia del documento (por ejemplo, un título de propiedad) que acredite que ha realizado una inversión en territorio mexicano porque ninguno la ha hecho, según ya se señaló con detalle. De hecho, en respuesta a la petición de México de proporcionar la documentación que acreditara que detentan la propiedad o control directo o indirecto de una inversión en los términos del TLCAN (i.e. realizada en territorio mexicano), presentaron certificados de derechos de agua expedidos por el Estado de Texas que comprueban que no se trata de una inversión en términos del capítulo XI del TLCAN.

37. Por las razones expuestas, el gobierno de México respetuosamente solicita que deniegue la aprobación a que se refiere el artículo 4 del Reglamento del Mecanismo Complementario y el registro de la Solicitud conforme al artículo 3 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario.

Atentamente,
El Consultor Jurídico

Hugo Perezcano Díaz

23. Solicitud, nota al pie de página No. 1.

24. *Ibid.*