



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

**BAYVIEW IRRIGATION DISTRICT Y OTROS
DEMANDANTES**

c.

**ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
DEMANDADA**

CASO CIADI NO. ARB(AF)/05/1

ESCRITO POSTERIOR A LA AUDIENCIA SOBRE COMPETENCIA

CONSULTOR JURÍDICO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS:
Hugo Perezcano Díaz

ASISTIDO POR:

Secretaría de Economía

Luis Alberto González García

Alejandra Treviño Solís

Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP

Stephan E. Becker

Sanjay Mullick

Thomas & Partners

J. Christopher Thomas, Q.C.

J. Cameron Mowatt

Alejandro Barragán

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	2
II.	LA CUESTIÓN DE TERRITORIALIDAD EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 1102 Y 1105.	2
III.	CONCEPTO DEL AGUA COMO BIEN EN EL COMERCIO	11
	A. El derecho mexicano	11
	B. La normatividad de Texas.....	14
IV.	EL CASO DE LA CIUDAD DE SAN MARCOS.....	15
V.	NATURALEZA CONTINGENTE DE LOS DERECHOS DE AGUA EN TEXAS.....	16
VI.	LEGITIMIDAD PROCESAL DE LOS DISTRITOS DE RIEGO PARA PRESENTAR RECLAMACIONES CONFORME AL TLCAN.....	17
VII.	CAPACIDAD DE LOS USUARIOS DE AGUA PARA DEMANDAR A LOS DISTRITOS DE RIEGO	19
VIII.	RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LOS DISTRITOS DE RIEGO.....	20
IX.	COSTOS	20
X.	PETICIÓN	22

I. INTRODUCCIÓN

1. México ofrece sus comentarios al escrito que Estados Unidos presentó el 27 de noviembre conforme al artículo 1128 del TLCAN y también da respuesta a las preguntas que el Tribunal formuló a las partes contendientes.

2. México desea subrayar que el escrito de Estados Unidos es congruente con la posición de México en relación con la necesidad de que los reclamantes demuestren que pretenden realizar, realizan o han realizado una inversión en territorio de otra Parte del TLCAN. Como el artículo 1101 define el ámbito de aplicación del capítulo de inversión y éste sólo aplica a medidas relativas a inversiones “en el territorio de la Parte” que las adoptó, México coincide con Estados Unidos en que las obligaciones previstas en los artículos 1102 y 1105 no pueden interpretarse de forma que se extiendan más allá de los límites del principio de territorialidad.

3. Por lo que se refiere a los ríos, no existe el concepto del agua como un bien en el comercio, ya sea conforme al derecho mexicano o al derecho de Texas. Específicamente el artículo 27 de la Constitución Mexicana dispone que la propiedad de las aguas es de la Nación. Aunque el agua pueda utilizarse para diversos propósitos específicos, el gobierno federal establece mediante concesiones los términos y condiciones aplicables y es la Ley de Aguas Nacionales la que determina qué derechos pueden transmitirse y los requisitos que debe cumplirse para ello. Conforme a la normatividad de Texas, el agua es propiedad del Estado (“state water”). La transmisión de agua o de derechos de agua debe ser notificada o de hecho aprobada por la Comisión de Calidad Ambiental de Texas (*Texas Commission on Environmental Quality*, la “TCEQ”, por sus siglas en inglés). No pueden ser comerciados libremente.

4. México aborda estas cuestiones así como las preguntas del Tribunal sobre la legislación estatal de Texas en este escrito.

II. LA CUESTIÓN DE TERRITORIALIDAD EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS 1102 Y 1105.

5. El Tribunal debe apreciar que el escrito de Estados Unidos concuerda plenamente con la posición que México ha sostenido a lo largo del procedimiento. Estados Unidos manifiesta:

...[A]ll of the protections afforded by the NAFTA’s investment chapter extend only to investments that are made by an investor of a NAFTA Party in the territory of another NAFTA Party, or to investors of a NAFTA Party that seek to make, are making, or have made an investment in the territory of another NAFTA party.¹

6. La posición común de las dos Partes pertinentes del TLCAN deja en claro que simplemente, no se sostiene la aseveración de los reclamantes de que puedan someter a arbitraje

1. Escrito de Estados Unidos, ¶ 3.

una reclamación conforme al capítulo XI, sin haber hecho una inversión en México. Estados Unidos explica que el artículo 1101 define el ámbito de aplicación del capítulo XI y concluye que “[t]odos los demás artículos del capítulo XI deben interpretarse dentro de los confines de ese ámbito de aplicación” (“*[a]ll other Articles in Chapter Eleven must be interpreted within the confines of that scope and coverage*”)². Así, Estados Unidos precisa que “las únicas medidas relativas a las inversiones que están dentro del ámbito de aplicación del capítulo XI del TLCAN son aquellas relativas a las ‘inversiones de inversionistas de otra Parte en territorio de la Parte’ que ha adoptado o mantenido esas medidas” (“*the only measures relating to investments that are within the scope of NAFTA Chapter Eleven are those relating to ‘investments of investors of another party in the territory of the Party’ that has adopted or maintained those measures*”) (énfasis en el original)³.

7. Según señaló México en su escritos y sus alegatos orales, el artículo 1101(1) contiene varios términos definidos:

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.

[Énfasis propio.]

8. Los términos “medidas” y “territorio” están definidos en el artículo 201 para los efectos de todo el tratado⁴, mientras que los términos “inversión”, “inversionista de una Parte” e

2. Íd., ¶ 4.

3. Íd., ¶ 5.

4. El artículo 201 establece:

Para los efectos de este tratado:

medida incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica;

territorio significa, para cada Parte, el territorio de esa Parte según se define en el Anexo 201.1

Para México, el Anexo 201.1 incorpora la definición de territorio contemplada en la Constitución mexicana:

Salvo que se disponga otra cosa, para efectos de este Tratado:

territorio significa:

- (a) respecto a México:
 - (i) los estados de la Federación y el Distrito Federal;
 - (ii) las islas, incluidos los arrecifes y cayos en los mares adyacentes;
 - (iii) las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo, situadas en el Océano Pacífico;
 - (iv) la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes;
 - (v) las aguas de los mares territoriales, en la extensión y términos que fije el derecho internacional, y las aguas marítimas interiores;
 - (vi) el espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establece el propio derecho internacional; y

“inversión de un inversionistas de una Parte” están definidos en el artículo 1139 para los efectos del capítulo XI exclusivamente. Algunos de esos términos definidos contienen, a su vez, otros términos definidos:

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...

[Énfasis propio.]

Desde luego, también es pertinente la definición de inversión en el apartado que los reclamantes identifican como el tipo involucrado en este caso:

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...

9. Las definiciones en el tratado son una convención que utilizaron los redactores para simplificar y armonizar el empleo de términos. El capítulo II contiene las definiciones de aplicación a todo el tratado y, con excepción de los capítulos I y XXII, que contienen los objetivos y las disposiciones finales, cada capítulo tiene su propio artículo de definiciones, Algunos anexos y apéndices, y aun algunos artículos del tratado, tienen también sus propias definiciones⁵.

10. El Tribunal apreciará que:

- a. Por lo que se refiere a las inversiones, el artículo 1101 dispone que el capítulo aplica sólo a las de inversionistas de una Parte ubicadas en territorio de otra Parte.
- b. Por lo que se refiere a los inversionistas, puesto que “inversionista de una Parte” incorpora el término “inversión”, por virtud de la operación en el artículo 1101(1) de los términos definidos, el capítulo sólo aplica a los nacionales o empresas de una Parte que pretendan realizar, realizan o han realizado una inversión en territorio de otra Parte, ya que sólo éstas están cubiertas por el capítulo.

[Énfasis propio]

(vii) toda zona más allá de los mares territoriales de México dentro de la cual México pueda ejercer derechos sobre el fondo y el subsuelo marinos y sobre los recursos naturales que éstos contengan, de conformidad con el derecho internacional, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, así como con su legislación interna...

5. Cf., por ejemplo, el artículo 303 (Restricciones a la devolución de aranceles aduaneros sobre productos exportados y a los programas de diferimiento de aranceles aduaneros) en su párrafo 9, y el párrafo 26 de la sección A del Anexo 703.2 y el párrafo 27 del Apéndice 300-A.2.

11. De tal manera, es incorrecto, como habían alegado los reclamantes (posición que, no obstante, han abandonado, según quedó de manifiesto en la audiencia⁶), que el capítulo aplique a “inversionistas de una Parte” independientemente de si tienen o no inversiones en territorio de otra Parte, ya que en todos los casos el término “inversión” está vinculado con el territorio de una Parte del TLCAN distinta de aquella de la cual el inversionista es nacional o una empresa. Estados Unidos explica que esa interpretación resultaría, por ejemplo, en una obligación de otorgar trato nacional a un nacional, pero no a su inversión, sobre lo cual añade: “[e]sa interpretación de la obligación de trato nacional en el TLCAN carecería de sentido y sería contraria al objeto y fin del Tratado” (“[s]uch an interpretation of the national treatment obligation in the NAFTA would make no sense and would be contrary to the Treaty’s object and purpose”)⁷.

12. Así, en relación con este asunto, el capítulo aplica a nacionales o empresas de Estados Unidos que pretendan realizar, realizan o han realizado una inversión en territorio de México, así como a las inversiones que aquellos pretendan realizar, realizan o han realizado en territorio de México.

13. El artículo 1101 establece el ámbito de aplicación de todo el capítulo, de modo que todas sus disposiciones, incluidos los artículos 1102 y 1105, están sujetas a esta regla de territorialidad. Se aprecia con claridad si, como se hizo anteriormente, se sustituyen los términos definidos por las definiciones:

- El artículo 1102 requiere que una Parte otorgue trato nacional tanto a los inversionistas de otra Parte, como a sus inversiones. Por virtud del artículo 1101, es claro que la obligación sólo se extiende a las inversiones de inversionistas de otra Parte ubicadas en territorio de la Parte obligada. En cuanto a los inversionistas, una Parte está obligada a otorgar trato nacional a los nacionales o empresas de otra Parte que pretendan realizar, realizan o han realizado una inversión en su territorio.
- El párrafo 1 del artículo 1105 sólo aplica a inversiones de inversionistas de otra Parte, obviamente ubicadas en territorio de la Parte, como ya se ha demostrado; pero no aplica a los inversionistas en sí mismos.

14. Estados Unidos explica que las obligaciones contenidas en los artículos 1102 y 1105 están limitadas por el artículo 1101. Afirma que las contenidas en el artículo 1102 sólo aplican a inversiones, o inversionistas relacionados con inversiones, que están “*en territorio de la Parte que ha adoptado o mantenido las medidas en cuestión*” (“*in the territory of the Party that has adopted or maintained the measures at issue*”)⁸. Manifiesta igualmente que “la obligación del artículo 1105(1), por consiguiente, aplica a inversiones de una Parte que están *en territorio de la Parte que ha mantenido la medida en cuestión*” (“*[t]he obligation of Article 1105(1), therefore, applies only to treatment resulting from measures relating to investments of one Party that are in*

6. Véase los alegatos de México durante la audiencia, Vol. 2, pp. 265-267 de la versión estenográfica en español. Los demandantes no volvieron sobre esta cuestión en sus alegatos de duplica.

7. Escrito de Estados Unidos, ¶ 10.

8. Escrito de Estados Unidos, ¶¶ 7-8.

the territory of the Party that has maintained the measures at issue”. Según señala Estados Unidos, cualquier otra conclusión sería “absurda” (“*absurd*”)⁹.

15. En sustento de su posición, Estados Unidos en su Escrito hizo referencia a su Declaración de Acción Administrativa (*Statement of Administrative Action*), así como a la Declaración sobre la Implementación del TLCAN (*Statement on Implementation of the NAFTA*) de Canadá, dos documentos contemporáneos a la conclusión del tratado que cada país presentó a su respectivo órgano legislativo con objeto de explicar el contenido del tratado y las acciones necesarias para implementarlo cada uno en su territorio. México no requería presentar un documento similar. Sin embargo, en 1993 el Senado mexicano aprobó el tratado sobre la base de un dictamen elaborado por las comisiones competentes, que coincide con aquellos. Comienza el análisis del capítulo XI por explicar la situación mundial de los flujos de inversión:

En una época de acelerado cambio tecnológico como la que se está viviendo en este fin de siglo, las necesidades de inversión son muy grandes en todo el mundo. Esto ha propiciado una fuerte competencia internacional por atraer inversiones. En dicha competencia participan por igual naciones muy industrializadas y naciones en vías de desarrollo.

Los recursos disponibles para financiar tales necesidades de inversión son escasos, y por ello puede afirmarse que la mayor parte de los países disputan entre sí por allegarse el ahorro internacional. La relativa escasez de recursos internacionales de capital determina que el ahorro fluya hacia las naciones más competitivas y mejor colocadas en los mercados mundiales.

La parte de esos recursos internacionales que fluye entre los países industrializados representa en la actualidad el 85% del total, lo cual pone de relieve la marginación creciente del conjunto de los países en vías de desarrollo en lo que respecta a su capacidad para captar esa clase de recursos.

Para que México consolide el proceso de cambio y modernización de su economía, es indispensable que la inversión se recupere del fuerte descenso que experimentó en el decenio pasado. De un coeficiente de inversión que durante mucho tiempo se mantuvo alrededor del 22% del producto interno bruto (PIB), pasamos a partir de 1983 a 16% en promedio.

Explica entonces la posición de México:

Por razones estratégicas, México persigue fomentar de manera general y sostenida un flujo de inversión extranjera cuyo monto sea suficiente para complementar el ahorro interno ante la necesidad de fincar una base más sólida hacia la capitalización del país, es decir el fortalecimiento que la economía requiere atender las necesidades de empleo remunerativo y fomentar transferencias de tecnología que permitan modernizar la planta productiva del país. Sólo de esta manera podrá México ir cerrando la brecha que nos separa del mundo desarrollado y participar más y con eficiencia mayor en el mundo tan competido económicamente como el que se anuncia para el siglo XXI.

El curso de acción de la política económica ya ha reportado importantes resultados bajo la forma de una abundante afluencia de recursos externos de inversión. Si el Tratado se adopta, ello permitirá atraer recursos nuevos que, en conjunción con los de origen

9. Íd., ¶ 8.

nacional, nos permitan consolidar la recuperación económica y desarrollada y, sobre todo, con condiciones mejores de bienestar social.

[Énfasis propio]

Al describir la estructura del capítulo, precisa sobre las obligaciones sustantivas pertinentes:

Con respecto al tratamiento que se dé a las inversiones, el Tratado consigna la garantía, por parte de los tres países, de tres niveles aplicables a los inversionistas extranjeros: el *trato nacional*, el *trato de la nación más favorecida* y el llamado *trato mínimo* (o garantía de que en todos los casos los inversionistas extranjeros serán tratados conforme al derecho internacional).

...

Un tema importante de este capítulo es el que se refiere a la expropiación y las compensaciones. Los tres países aceptan que sólo se podrán realizar expropiaciones de inversiones extranjeras, o bien adoptar medidas equivalentes a la expropiación, por causas de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, con estricto apego al derecho y mediante el pago de la indemnización a que haya lugar.

[Énfasis propio]

Concluye con las siguientes consideraciones:

Del análisis de este capítulo se desprende que las disposiciones del Tratado en materia de inversiones son conformes y se apegan a la letra y al espíritu de nuestras leyes fundamentales. De igual manera, dichas disposiciones permitirán seguir fomentando nuestro desarrollo. Son sus características principales:

- Que mantienen las actividades reservadas al dominio exclusivo del Estado y de los mexicanos;
- Que permitirán generar, mediante un flujo más grande de inversión externa, un número mayor de empleos remunerativos para los mexicanos;
- Que con ello se cooperará a la capitalización interna, la modernización tecnológica y el sostenimiento del crecimiento económico general de país;
- Que consolidan el clima de certidumbre y confianza necesario para realizar inversiones productivas, tanto nacionales como extranjeras;
- Que garantizan a los inversionistas mexicanos que realicen actividades con el Canadá y Estados Unidos el mismo trato que en México se otorgará a los inversionistas que provengan de esos países.¹⁰

[Cursivas en el original, Énfasis propio.]

16. Según se dijo en la audiencia sobre cuestiones de competencia, el TLCAN es un tratado amplio que regula la liberalización de los flujos de comercio de bienes y servicios, capitales y

10. 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. Anexo R-42 (contiene únicamente las páginas relativas al capítulo XI del TLCAN)

personas de negocios. Sin embargo, es claro que la jurisdicción de cada Parte llega hasta los límites de su territorio. El principio de territorialidad permea a todo el tratado. Por ejemplo:

- En materia de bienes, conforme al artículo 300 sólo puede extender trato nacional a los bienes una vez que se han internado en su territorio, es decir, una vez que han sido formalmente importados. Si una Parte bloquea las importaciones o las exportaciones (lo cual sólo puede hacer dentro de su jurisdicción territorial), puede crear restricciones prohibidas por el artículo 309. En cualquiera de los casos, el tratado sólo aplica a bienes que han sido internados en el territorio de la Parte de importación, o que pretenden internarse en él.
- En materia de servicios, el capítulo XII se aplica sólo al comercio transfronterizo, y excluye la prestación de servicios en territorio de una Parte por inversiones extranjeras, ya que éstas están reguladas por el capítulo XI (Inversión)¹¹. De manera equiparable, una Parte sólo puede extender trato nacional a las personas que pretendan prestar o presten servicios transfronterizos¹².
- En materia de movilidad de personas de negocios, en virtud de la relación comercial preferente generada por el TLCAN, el capítulo XVI tiene por objeto facilitar la entrada temporal de tales personas, sin demérito de la seguridad de sus fronteras, protegiendo la fuerza laboral nacional y el empleo permanente en sus territorios respectivos¹³.

17. Los ejemplos que se dieron durante la audiencia ilustran claramente la interacción entre los diferentes tipos de flujos transfronterizos y la distinta manera como el TLCAN los regula. En el caso del servicio transfronterizo de transporte al que los reclamantes se refirieron:

- el párrafo 25(b) de la sección B el Apéndice 300-A.2 (al Anexo 300-A - Comercio e inversión en el sector automotriz) regula (para el caso de México) la importación temporal de vehículos de autotransporte para la prestación de servicios transfronterizos de transporte terrestre conforme al capítulo XII, y el párrafo 4(b) de la sección B del Anexo 301.1 regula la importación temporal de los remolques y semirremolques;

11. El artículo 1213 define:

comercio transfronterizo de servicios o prestación transfronteriza de un servicio significa la prestación de un servicio:

- (a) del territorio de una Parte al territorio de otra Parte;
- (b) en territorio de una Parte, por personas de esa Parte, a personas de otra Parte; o
- (c) por un nacional de una Parte en territorio de otra Parte,

pero no incluye la prestación de un servicio en el territorio de una Parte mediante una inversión, tal como está definida en el Artículo 1139, "Inversión - Definiciones", en ese territorio;

12. El artículo 1213 también define:

prestador de servicios de una Parte significa una persona de la Parte que pretenda prestar o presta un servicio...

13. Véase los artículos 1601 y 1602.

- en términos generales, el capítulo III (Comercio de Bienes), en relación con los capítulos IV (Reglas de Origen) y V (Procedimientos Aduaneros) regulan la importación de los bienes que transporten;
- el capítulo XII (Comercio Transfronterizo de Servicios) regula la prestación del servicio transfronterizo de transporte terrestre, respecto del cual México y Estados Unidos adoptaron reservas recíprocas¹⁴;
- el capítulo XVI (Entrada Temporal de Personas de Negocios) regula la entrada de los operadores de transporte (i.e. los conductores), definidos en el Apéndice 1603.3-A.1 bajo el rubro “Distribución”.

18. El caso del transbordador que puso el Presidente del Tribunal como ejemplo no es distinto (excepto porque el transbordador no se internaría en territorio de la Parte de importación). En ninguno de estos casos hay una inversión, no obstante que en el caso del camión, al importarse éste temporalmente, ciertamente la propiedad continúa siendo del transportista extranjero (ya sea un nacional o una empresa); los bienes serán propiedad del importador, el exportador, el productor u otras personas, de acuerdo con la transacción internacional de mercaderías que se haya realizado; y el operador del camión será simplemente un visitante de negocios.

19. En relación con el mismo caso, las reservas correspondientes de México y Estados Unidos contenidas en el Anexo I ilustran las diferencias entre los servicios transfronterizos y la inversión, concretamente por lo que se refiere al principio de territorialidad aplicable a la obligación de trato nacional, ya que tanto México como Estados Unidos adoptaron reservas a los artículos 1102 y 1202. Para el caso de México se describe la reserva de la siguiente forma:

Descripción:

Servicios Transfronterizos

1. Se requiere de un permiso expedido por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes para proporcionar los servicios de autobús interurbano, servicios de transportación turística y servicios de transporte de carga, desde o hacia el territorio de México.
2. Sólo los nacionales mexicanos y empresas mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros podrán proporcionar tales servicios.
3. No obstante el párrafo 2, las personas de Canadá o de Estados Unidos podrán recibir un permiso para operar servicios internacionales de fletamento por autobús a o desde el territorio de México.
4. Sólo los nacionales mexicanos y las

14. Véase el Anexo I, pp. I-M-68 a la I-M-71, para el caso de México, y I-E-18 a la I-E-21, para el caso de Estados Unidos.

empresas mexicanas con cláusulas de exclusión de extranjeros, utilizando equipo registrado en México que haya sido construido en México o legalmente importado y con conductores que sean nacionales mexicanos podrán obtener permiso para prestar servicios de camión o autobús para transportar bienes o pasajeros entre dos puntos en el territorio de México.

...

**Calendario
Reducción:**

de Servicios Transfronterizos

Las personas de Canadá o de Estados Unidos estarán autorizadas para prestar:

- (a) tres años después de la fecha de la firma de este Tratado, los servicios transfronterizos de carga desde o hacia el territorio de los estados fronterizos (Baja California, Chihuahua, Coahuila, Nuevo León, Sonora y Tamaulipas) y a tales personas se les permitirá entrar y salir de México a través de diferentes puertos de entrada en tales entidades federativas;
- (b) tres años después de la fecha de la entrada en vigor de este Tratado, los servicios transfronterizos de autobús regulares de o hacia el territorio de México; y
- (c) seis años después de la fecha de la entrada en vigor de este Tratado, los servicios transfronterizos de carga de o hacia el territorio de México. Tres años después de la fecha de la firma de este Tratado sólo los nacionales mexicanos y las empresas mexicanas, que utilicen conductores nacionales mexicanos y equipo registrado en México, que haya sido construido en México o legalmente importado, podrán proporcionar servicios de transporte de carga internacional o de pasajeros entre dos puntos en el territorio de México. Para carga doméstica continuará aplicándose el párrafo 4 del elemento Descripción.

...

20. En materia de inversión, la reserva dispone:

Descripción:

Inversión

- 5. Los inversionistas de otra Parte o sus

inversiones no podrán participar, directa o indirectamente, en empresas establecidas o por establecerse en el territorio de México para prestar los servicios de transporte de camión o autobús indicados en el elemento Clasificación Industrial.

...

**Calendario
Reducción:**

de Inversión

Con respecto a empresas establecidas o por establecerse en el territorio de México que presten servicios de transporte interurbano de pasajeros, de transporte turístico o de transporte de carga internacional entre puntos en el territorio de México, los inversionistas de otra Parte o sus inversiones sólo podrán detentar, directa o indirectamente:

- (a) tres años después de la fecha de la firma de este Tratado, sólo hasta un 49 por ciento de la participación en tales empresas;
- (b) siete años después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado, sólo hasta un 51 por ciento de la participación en tales empresas; y
- (c) diez años después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado, hasta el 100 por ciento de la participación en tales empresas.

Los inversionistas de otra Parte o sus inversiones, no podrán, directa o indirectamente, participar en empresas que proporcionen servicios de transporte de carga doméstica.

...¹⁵

III. CONCEPTO DEL AGUA COMO BIEN EN EL COMERCIO

A. El derecho mexicano

21. El Tribunal solicitó comentarios de las partes contendientes sobre el concepto del agua en el comercio en México y Texas.
22. En su Escrito de Excepciones de Incompetencia, México explicó el régimen jurídico al que están sujetas las aguas de los ríos que fluyen por territorio nacional y remite al Tribunal al

¹⁵ Íd. pp I-M-68 a la I-M-71.

apartado III.E del mismo. Según explicó, el dominio de las aguas pertenece a la Nación y es inalienable. Por lo tanto, el agua de los ríos, como tal, no es un bien que esté en el comercio.

23. Sin embargo, las aguas son susceptibles de explotación, uso y aprovechamiento por los particulares mediante concesiones otorgadas por el gobierno federal mexicano y éstas son transferibles en los términos de la Ley Nacional de Aguas, según explicó México en su Escrito de Réplica¹⁶. La transmisión de derechos no es libre. Está sujeta a la autorización de la autoridad mexicana¹⁷.

24. Uno de los argumentos centrales de los reclamantes es que son los propietarios de aguas ubicadas en México que el Tratado Bilateral de 1944 asignó a los Estados Unidos de América. Argumentan que el Tratado de 1944 transmitió la propiedad de dichas aguas a Estados Unidos y que éste, pudiendo haber retenido la titularidad, las adjudicó a los reclamantes¹⁸. Los reclamantes afirman que el agua se compra y vende en lo que llamaron un “mercado pujante”¹⁹, y que los agricultores texanos fácilmente podrían vender a agricultores mexicanos los derechos sobre el agua que finalmente les es asignada, para que la aprovechen en México²⁰.

25. Ello es claramente incorrecto a la luz de la regulación en materia de aguas, ya que sólo la autoridad mexicana puede conceder los derechos para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas en su territorio y autorizar su transmisión; pero aun en el supuesto —que no se admite— de que la propiedad de las aguas de los afluentes mexicanos fuera de Estados Unidos, éste tampoco podría hacerlo. Obviamente, Estados Unidos, como soberano, puede renunciar al volumen de agua que le corresponde conforme al Tratado Bilateral de 1944; pero en ese caso, las aguas pasarían a propiedad del Estado mexicano y, por lo mismo, quedarían sujetas a la normatividad mexicana. Es evidente que Estados Unidos no puede establecer un mercado de

16. Véase el Escrito de Réplica, ¶ 30 y la nota al pie de página No. 52.

17. La autoridad mexicana es la Comisión Nacional del Agua (CNA) o los Organismos de Cuenca, según corresponda. Estos últimos son unidades especializadas de la CNA encargadas de la administración y gestión de los recursos hídricos en las cuencas o regiones hidrológicas del país.

18. La Sra. Marzulla, por ejemplo, manifestó en la audiencia: “...*the Treaty of course which serves to convey the water rights have now been themselves conveyed. The rights to the water on the Rio Grande river have all been adjudicated. Every drop of water in the Rio Grande river, at least on the United States side, is owned by somebody. The Claimants own the vast majority of the adjudicated water under—that was allocated to the United States under the 1944 Treaty... That the private ownership of the water rights that were allotted conveyed under the 1940 Treaty, those water rights which are now privately owned are the subject of this dispute...*” (Vol. 1, pp. 144, líneas 4-13 y 145, líneas 1-4 de la versión estenográfica en inglés).

19. El Sr. Marzulla afirmó: “*It [water] is both bought and sold. Water Districts sell water to individuals. They sell water between themselves. Individual water right owners can sell water between themselves. And, indeed, subject to certain regulations, it is conceivable that one of these Claimants could sell his water to the very Mexican farmer who is currently getting it for free because Mexico is diverting the water upstream and giving it to that farmer. There is, in short, a thriving market in the sale of these water rights, and the sale of the water and the right to receive that water, and that thriving market is an indicia of property.*” (Vol. 1, pp. 190, líneas 18-22 y 191, líneas 1-5 de la versión estenográfica en inglés).

20. El Sr. Marzulla añadió: “...*conceptually there should be no reason why a Mexican recipient of water from the Colorado River could not sell that water upstream to some upstream user, and, as he put it, receive the cash and go do something else. And it's so far from disapproving our suggestion that that could as easily be done with the water in the Rio Conchos, I think it demonstrates that that's why this water right is property.*” (Vol. 2, p. 318, líneas 14-22 de la versión estenográfica en inglés).

agua en territorio mexicano y, si el Estado soberano no puede hacerlo, es axiomático que sus nacionales tampoco lo pueden hacer.

26. No obstante, para los efectos del TLCAN la cuestión sobre si el agua del Río Bravo y sus afluentes está en el comercio ha sido resuelta en forma definitiva por las tres Partes del tratado en la declaración conjunta de 1993²¹ que dispone: “El agua en su estado natural, en lagos, lagunas, ríos, reservas, mantos, cuencas y similares, no constituye un bien ni un producto; no es comerciable” (énfasis propio). Es evidente que el agua que corre por los afluentes mexicanos del Río Bravo (y aun la que se almacena en reservas o presas, según precisa la declaración) se encuentra en su estado natural.

27. Conforme al argumento que presentan, los reclamantes requieren probar que el agua que corre por los afluentes mexicanos del Río Bravo está en el comercio, para demostrar que tienen la propiedad de esa agua porque les fue transmitida por los Estados Unidos de América para, así, poder sostener que “tienen” una inversión en México (aunque no han “realizado” una inversión en México). Sin embargo, dejando de lado por un momento la cuestión de si el agua que fluye por los afluentes mexicanos del Río Bravo es propiedad de la Nación mexicana o de los Estados Unidos de América, sobre lo que no hay duda alguna es que, cuando el Tratado Bilateral de Aguas se refiere a la propiedad o la pertenencia de las aguas, ésta sólo la detentan los Estados soberanos: México y Estados Unidos, respectivamente. No hay prueba alguna de que Estados Unidos haya renunciado a la propiedad que le corresponde de las aguas a las que el Tratado de 1944 se refiere, ni de que la haya transmitido a cualquier particular, mientras éstas corren por el lecho de los ríos²². Para demostrar que en el plano internacional Estados Unidos así lo hizo, no basta la simple afirmación de los reclamantes o incluso probar que, conforme a la normatividad del Estado de Texas, se adjudicó a los reclamantes derechos de agua. Tendría que haber una declaración inequívoca de los Estados Unidos de América. No la hay.

28. Es evidente que la reclamación versa sobre recursos naturales acuíferos de México y Estados Unidos, y, justamente para “evitar interpretaciones incorrectas” las tres Partes del TLCAN declararon en 1993 que “el TLC no crea derechos respecto de los recursos naturales acuíferos de ninguna de las partes del Tratado”. Precisa, como se dijo, que el agua en su estado natural en los ríos y reservas (entre otros) no constituye un bien ni un producto y no es comerciable. Añade que “[m]ientras el agua, en cualquier forma, no ingrese al comercio convirtiéndose así en un bien o producto, no está contemplada en las disposiciones de ningún acuerdo comercial, incluido en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte” y reitera que “no está ni nunca ha estado sujeta a las disposiciones de acuerdo comercial alguno”. Finalmente, precisa que “[l]os derechos y obligaciones internacionales respecto del agua en su estado natural, están contenidos en diversos tratados y acuerdos negociados *ex profeso*”, por ejemplo “el Tratado Fronterizo de Aguas, celebrado entre México y Estados Unidos, firmado en 1944” [énfasis propio].

21. Véase el apartado IV del Escrito de Réplica de México.

²² De hecho, como lo señaló la demandada, el propio artículo 4 del Tratado de 1944, toma cuidado al preservar la soberanía de cada país y el principio de territorialidad, al disponer que la asignación de un tercio de los volúmenes de agua que fluyen en los ríos que se ubican en la parte mexicana, se realiza, única y exclusivamente, cuando las aguas desembocan en el “cauce principal” del Río Bravo, es decir, en ninguna parte del Tratado de 1944 se reconoce la transmisión de la propiedad, sino que se asigna un volumen de los ríos cuando éstos desembocan en dicha corriente principal.

29. De tal manera, el agua del Río Bravo y sus afluentes no sólo no está en el comercio, sino que el TLCAN no genera ninguna obligación para México, ya sea en materia de trato nacional conforme al artículo 1102, del trato mínimo conforme al derecho internacional de acuerdo con el artículo 1105, de expropiación conforme al artículo 1110, de la sección B del capítulo XI del TLCAN o cualquier otra. La reclamación no sólo está fuera del ámbito de aplicación del capítulo XI definido por el artículo 1101, sino que según expresaron las tres Partes del TLCAN, está fuera por completo del ámbito de aplicación del tratado en su conjunto.

B. La normatividad de Texas

30. Aun cuando los tenedores de derechos de agua en Texas tienen permitido vender a otros esos derechos y el agua adquirida conforme a ellos para uso al amparo del permiso, el estado ejerce un control continuo sobre esos derechos y sobre el agua misma. Por ejemplo, Texas ha creado un “banco” de agua bajo los auspicios de la Comisión de Desarrollo de Agua de Texas (*Texas Water Development Board*) para facilitar las transacciones entre compradores y vendedores; pero la legislación del estado requiere que la Comisión lo administre específicamente para “facilitar transacciones sobre agua para proporcionar fuentes de suministros adecuados de agua para uso dentro del Estado de Texas”²³. Si se vende o se transmite de otra forma un derecho de agua total o parcialmente, la legislación de Texas requiere que el tenedor “informe en breve” a la TCEQ de “cualquier transmisión de un derecho de agua o cambio de domicilio del propietario”²⁴. Si la venta también involucra un cambio del “lugar de uso, propósito de uso, punto de desvío, tasa de desvío, área a ser irrigada” u otro aspecto del derecho de agua, la legislación de Texas requiere que primero se presente una solicitud ante la TCEQ²⁵. Debe advertirse que un documento de referencia sobre el comercio de agua emitido por la Comisión de Desarrollo de Agua de Texas dispone:

*Transactions that require a change in purpose or place of use of surface water are subject to significant administrative oversight, because they alter the grant of authority from the State in a fundamental way. Surface water right permit amendments require approval of TCEQ and the approval process involves a substantive review of the proposed change.*²⁶

31. Esto es así con mayor énfasis en el área del bajo Río Bravo, donde los reclamantes están ubicados. Según explicó México en su Escrito de Excepciones de Incompetencia, en la región entre Fort Quitman y el Golfo de México toda el agua se almacena en las presas Amistad y Falcón, y el Maestro de Aguas (*Watermaster*), que controla la liberación del agua, tiene que aprobar cada solicitud.

32. En opinión de México, el que los reclamantes puedan vender el agua y los derechos de agua en Texas no asiste al Tribunal para determinar si los reclamantes tienen un derecho de propiedad en territorio mexicano. Sólo el derecho mexicano puede resolver esa cuestión.

23. *Texas Water Code* § 15.702. Anexo R-31, folio 0562. De tal forma, es incorrecta la declaración de los reclamantes de que podrían vender a agricultores mexicanos el agua que les corresponde.

24. *Texas Administrative Code* § 297.82. Anexo R-32, folio 0567.

25. *Texas Water Code* § 11.122. Anexo R-31, folio 0557.

26. *A Texan's Guide to Water and Water Rights Marketing*, p. 11, disponible en: <http://www.twdb.state.tx.us/assistance/WaterBank/waterbankMain.asp>. Anexo R-33, folio 0578.

IV. EL CASO DE LA CIUDAD DE SAN MARCOS

33. El caso *City of San Marcos et al. v. Texas Commission on Environmental Quality*, 128 S.W.3d 264 (Tex. Ct. App. 2004) involucró un permiso que la TCEQ emitió a la ciudad de San Marcos para liberar agua del alcantarillado parcialmente tratada al Río San Marcos para después desviar el mismo volumen de agua tres millas río abajo, de modo que pudiera transferirse a una planta de tratamiento. La ciudad originalmente obtenía agua de un acuífero subterráneo. Se había determinado que el agua del alcantarillado no tenía la misma calidad que el agua que corría por el cauce del río.

34. La corte señaló que, conforme a la legislación de Texas, el agua obtenida de mantos subterráneos puede apropiarse, mientras que el agua de los ríos es propiedad del estado:

*Diffuse surface water belongs to the owner of the land on which it gathers, so long as it remains on that land prior to its passage into a natural watercourse.... By contrast, water in a watercourse is the property of the State, held in trust for the public. See Tex. Water Code Ann. § 11.021(a)...*²⁷

35. Como específicamente determinó que el agua del alcantarillado no era fungible con el agua que corría en el río, la corte resolvió que la ciudad había abandonado la propiedad sobre el agua del subsuelo al descargarla en el río:

*By intentionally discharging its effluent into the river, where it eventually commingles with the State's water, the City effectively abandons its control over the identifying characteristics of its property. This physical reality suggests that the City is voluntarily and intentionally abandoning its ownership rights over the effluent. See Domel, 6 S.W.3d at 360; Bieri, 247 S.W.2d at 272-73. Only after it abandons its effluent does it seek to remove water from the San Marcos River. Despite the City's declaration of intent to reuse its effluent, our conclusion that the effluent is not fungible with the river water proves that the City's discharge of effluent into a state watercourse constitutes abandonment as a matter of law.*²⁸

36. El caso refuerza el argumento de que el agua que corre por los ríos es propiedad del Estado de Texas. Por lo demás, como el caso versó sobre aguas subterráneas (cuyo régimen jurídico es distinto al de las aguas superficiales) y sobre una región distinta a aquella donde los reclamantes se ubican²⁹, parece ser poco pertinente a este arbitraje.

27. *City of San Marcos et al. v. Texas Commission on Environmental Quality*, 128 S.W.3d 264 (Tex. Ct. App. 2004), p. 272.

28. *Íd.*, p. 277. La corte señaló que la legislatura de Texas había expedido una nueva ley que autorizaría a la ciudad a retomar agua del río, pero manifestó que debía solicitar un permiso conforme a la nueva ley, más que tratar de manipular el derecho común texano preexistente. *Íd.*, p. 279.

29. El Río San Marcos corre por la región de Austin y San Antonio hacia el Golfo de México por el sureste del estado.

V. NATURALEZA CONTINGENTE DE LOS DERECHOS DE AGUA EN TEXAS

37. El agua superficial es, como ya se dijo, agua del estado (“*state water*”), es decir, es propiedad del estado³⁰ y solamente se asigna a usuarios ubicados en él que tienen un permiso otorgado por el propio estado³¹. Los permisos sólo otorgan derecho a utilizar el agua en actividades específicas que la normatividad califica como de “uso útil” (“*beneficial use*”)³². Según explicó México durante la audiencia, los permisos (certificados de adjudicación) especifican el lugar donde el agua puede utilizarse y el uso que debe dársele³³. Los tenedores de derechos de agua, pues, deben cumplir con los requisitos y limitaciones que el estado impone; no pueden usar el agua como quieran.

38. La ley de Texas también prevé como “principio general” que un permiso de agua puede cancelarse si ésta no se usa útilmente³⁴. De hecho, Texas ha cancelado derechos de agua. Por ejemplo, en enero del 2003 la TCEQ canceló los derechos de agua de 70 individuos y entidades, ubicados en la parte baja y media del Río Bravo, donde los demandantes también se ubican. Específicamente, la orden de la TCEQ dispuso en la parte pertinente:

8. *With certain exceptions, a water right is subject to cancellation in whole or in part if it has not been used for a beneficial purpose for 10 years, to the extent of that non-use. Water Code §§ 11.172 and 11.173.*

9. *Based on the above Findings of Fact, the water right holders listed in Finding of Fact No. 1 have not used any portion of their water rights for ten years preceding the filing of the petition.*

...

12. *Based on the above Findings of Fact, the water right holders listed in Finding of Fact No. 1 have not used reasonable diligence in applying any portion of the water under their right to an authorized beneficial use.*

13. *Based on the above Findings of Fact, the water rights holders listed in Finding of Fact No. 1 are unjustified in the non-use of their water rights in these cases.*

14. *Based on the above Findings of Fact and Conclusions of Law, the water rights of the water rights holders listed in Finding of Fact No. 1 should be cancelled.*³⁵

39. Además, el estado tiene la facultad de imponer multas y llevar a cabo acciones de ejecución contra quienes toman agua sin un permiso o le dan un uso en violación de los términos de su permiso. Por ejemplo, el Código de Agua de Texas (*Texas Water Code*) estipula que una persona que “deliberadamente tome, desvíe o se apropie agua del estado” (“*willfully takes, diverts, or appropriates state water*”) sin un permiso está sujeto a una sanción de hasta 5,000

30. *Texas Water Code* § 11.021. Anexo R-17, folio 0255.

31. *Íd.*, §§ 11.022, .121. Anexo R-31, folios 0547, 0556.

32. *Íd.*, § 11.023. Anexo R-31, folio 0548.

33. *Íd.*, § 11.135. Anexo R-31, folio 0558.

34. *Íd.*, §§ 11.172, .173. Anexo R-31, folio 0559-0560.

35. Orden de cancelación de derechos de agua, TCEQ Docket No. 2002-1090-WR, 29 de enero de 2003, pp. 6-7. Anexo R-34, folios 0598-0599.

dólares por cada día que la violación subsista³⁶. La TCEQ también puede imponer sanciones de hasta 5,000 por día por la violación de los términos de un permiso o un certificado de adjudicación³⁷.

40. La TECQ rutinariamente realiza inspecciones y responde a reclamaciones que pueden conducir al inicio de un proceso formal que concluya en la imposición de las sanciones señaladas. El Estado de Texas vigila en forma particular el uso del agua del estado en regiones como la del Río Bravo inferior, donde se ubican los reclamantes. Texas ha institucionalizado un uso regulado del agua mediante el programa del Maestro de Aguas (*Watermaster Program*). La TCEQ describe:

The TCEQ's watermaster programs ensure compliance with water rights by monitoring stream flows, reservoir levels, and water use. They also coordinate diversions in the basins which are managed by their programs. The watermaster regulates reservoirs as needed to prevent the wasting of water or its being used in quantities beyond a user's right.

Before diverting, a water-right holder must notify the watermaster of the intent to divert at a specific time and the specific amount of water to be diverted. Assuming that the water is available and that the water-right holder has not exceeded, or will not exceed, the annual authorized appropriation of water, the watermaster then authorizes the diversion and records this against the right. The two watermaster programs include staff "deputies" who daily, weekly, or monthly make field inspections of authorized diversions to insure compliance with the water right (e.g., that the diversion rate is not exceeded).

If a water-right holder does not comply with his or her water right or the rules of the Commission, the executive director may direct the watermaster to adjust the control works to prevent the owner from diverting, taking, storing, or distributing water until he or she complies.³⁸

El hecho que Texas activamente impide que se tome agua en contra los intereses del estado confirma aún más la naturaleza contingente de los derechos de agua en Texas.

VI. LEGITIMIDAD PROCESAL DE LOS DISTRITOS DE RIEGO PARA PRESENTAR RECLAMACIONES CONFORME AL TLCAN

41. Aunque al final de la audiencia los reclamantes afirmaron que los Distritos de Riego son "corporaciones de objeto especial" ("*special purpose corporations*"), más que subdivisiones del estado, la legislación de Texas indica otra cosa. Por ejemplo, el Código de Agua de Texas dispone que los distritos de riego tienen la facultad de determinar y recaudar impuestos y que tienen el poder de dominio eminente. Claramente ambas son funciones gubernamentales³⁹. Según señaló México en el Escrito de Réplica, la TCEQ misma declara que "[u]n distrito de agua es una entidad gubernamental, local" ("*[a] water district is a local, governmental entity*") y que

36. *Texas Water Code* § 11.082. Anexo R-31, folio 0549.

37. *Íd.*, § 11.0842. Anexo R-31, folio 0552.

38. *What Watermasters Do*, Texas Commission on Environmental Quality, disponible en: http://www.tceq.state.tx.us/compliance/field_ops/wmaster/wmaster.html. Anexo R-35, folio 0602.

39. *Texas Water Code* §§ 49.212, .222. Anexo R-31, folios 0564-0565.

la mayoría tienen facultades, entre otras cosas, de “recaudar impuestos” (“*levy taxes*”) y “expropiar” (“*condemn property*”)⁴⁰. En 1996, la Comisión para la Conservación de los Recursos Naturales de Texas (*Texas Natural Resource Conservation Commission*) (la antecesora de la TCEQ) publicó un manual para guiar a los consejeros de los distritos, en el cual declaró “[c]omo un distrito es una subdivisión política, la mayor parte de la responsabilidad para definir objetivos, fijar la política y proveer supervisión de la administración está bajo el control gubernamental” (“*[s]ince a district is political subdivision, most of the responsibility for defining objectives, setting policy and providing management oversight is under local governmental control*”)⁴¹. Así, de acuerdo con la interpretación de la agencia que administra los distritos de agua, la legislación de Texas confirma que los distritos son subdivisiones del estado⁴².

42. Las cortes también confirman la naturaleza gubernamental de los distritos de riego. Por ejemplo, la legislación de Texas dispone que una “demanda por daños contractuales sólo puede presentarse contra un distrito sobre la base de un contrato escrito del distrito, aprobado por su consejo” (“*suit for contract damages may be brought against a district only on a written contract of the district approved by the district’s board*”), porque de otra manera no se considera que un distrito ha renunciado a su inmunidad gubernamental para ser demandada⁴³. En 2003, una corte de apelaciones de Texas que interpretaba esta disposición negó la demanda por daños a su propiedad cuando el distrito la inundó. La Corte declaró “[e]n Texas, una unidad gubernamental es inmune a demandas y responsabilidad, a menos que el estado lo consienta” (“*[i]n Texas, a governmental unit is immune from suit and liability unless the state consents*”). Puesto que el demandante no tenía un contrato escrito con el distrito, la corte resolvió que el distrito “continúa siendo inmune a las demandas” (“*remains immune from suit*”)⁴⁴.

40. *Texas Water Districts: A General Guide*, Texas Commission on Environmental Quality, Dec. 2004 revision, pp. 1-2, disponible en http://www.tceq.state.tx.us/comm_exec/forms_pubs/pubs/gi/gi-043.html. Anexo R-36, folio 0605.

41. *A Handbook for Board Members of Water Districts in Texas*, 4ª ed., junio de 1996, p. 3, disponible en: http://www.tceq.state.tx.us/comm_exec/forms_pubs/pubs/rg/rg-238.html. Anexo R-37, folio 0620.

42. Los distritos de riego son uno de los varios tipos de distritos de agua.

43. Texas Water Code § 49.066(a). Anexo R-31, folio 0563.

44. *Maverick County Water & Improvement Dist. No. 1 v. Reyes et. al.*, 2003 Tex. App. LEXIS 10297. Anexo R-38, folio 0685. En un caso previo, *Engelman Irrigation District v. Shields Brothers*, 960 S.W.2d 343 (Tex. Ct. App. 1997), Anexo R-39, folio 0689, los demandantes alegaron que un distrito de riego no les había distribuido agua de acuerdo con sus propias regulaciones, sobre la base del “primero en tiempo, primero en derecho, dentro de un periodo razonable” (“*first come first served*” “*within a reasonable time*”) congruente con “buenas prácticas económicas” (“*good economics*”), no obstante que habían cumplido con los requisitos del distrito. La demanda particular fue que el distrito había entregado agua a otros usuarios sin seguir el orden. El tribunal determinó que la solicitud y recepción de permisos de los demandantes para usar agua (conocidos como “*water tickets*”), combinado con la reglas y regulaciones del distrito, fueron prueba de un acuerdo para entregar agua conforme a tales reglas y regulaciones. El distrito de riego demandado argumentó que se quedaba exento del pleito por ser una entidad gubernamental, pero el tribunal sostuvo que el Texas Water Code proveía que un distrito de riego puede demandar y ser demandado en los cortes de Texas, y por lo tanto que la asamblea legislativa de Texas había prescindido la inmunidad del distrito. Id. en 348. El Corte Supremo de Texas rechazó la petición por revisión del distrito de riego, pero declaró que “*expresses no opinion on whether an irrigation district’s obligation to deliver water under Chapter 58 of the Texas Water Code ... can be deemed to be a “contract” waiving the district’s sovereign immunity from liability.*” 989 S.W.2d 360 (1998). La versión de la provisión de “*sue and be sued*” en el Texas Water Code citada en el caso *Engelman* se borró posteriormente, y la provisión actualmente aplicable en Texas Water Code § 49.066(a), últimamente enmendada en 1999, parece haber adoptado requisitos más estrictos que prevendrían que un

43. Los distritos de riego de Texas no son negocios comerciales, se financian, por lo menos en parte, a través de la recolección de impuestos y sus funciones están legalmente limitadas “a distribuir agua que no ha sido tratada para riego y proporcionar drenaje a las tierras, así como otras funciones incidentales al cumplimiento de ese objeto limitado” (“*to deliver untreated water for irrigation and to provide for the drainage of lands and such other functions as are incidental to the accomplishment of such limited purposes*”)⁴⁵. Debido a lo limitado de su objeto, los distritos de riego no podrían realizar inversiones en un país extranjero, toda vez que ello excedería sus facultades legales. También sería difícil que una empresa que brinda un servicio público del tipo de un distrito de riego pudiera demostrar que utiliza la propiedad “con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales” de acuerdo con el significado de artículo 1139, cuando el único propósito de los distritos de riego, según lo establece la ley de Texas, es prestar servicios gubernamentales.

44. Además, en virtud de que prestan un servicio público de distribución y simplemente reparten el agua que el estado les transfiere, México no estima que los distritos de riego podrían demostrar que ellos mismos sufrieron daños o pérdidas.

VII. CAPACIDAD DE LOS USUARIOS DE AGUA PARA DEMANDAR A LOS DISTRITOS DE RIEGO

45. México ya abordó esta cuestión al tratar la relativa a la situación jurídica de los distritos de riego. Como ya se mencionó, conforme a la ley vigente en Texas los distritos de riego son entidades gubernamentales que pueden ser demandadas por la violación de contrato solamente cuando hay un contrato escrito que ha sido aprobado específicamente por su consejo. Este requisito parece descartar la posibilidad de que un usuario de agua pudiera demandar a un distrito simplemente sobre la base de que tiene el derecho a recibir agua.

46. México no ha encontrado casos en que un demandante haya intentado demandar a la Comisión de Agua de Texas (*Texas Water Commission*, ahora la TCEQ) por no entregar agua⁴⁶.

tribunal declarara que se podría interpretar la expedición de un permiso como la creación de una obligación contractual del distrito de riego. Véase la discusión del caso *Maverick County* arriba. Es especialmente importante notar que, incluso en el caso *Engelman*, el pleito se relacionó con la manera que el distrito de riego había asignado el agua que ya había recibido.

45. *Texas Water Code* § 58.121. Anexo R-31, folio 0566.

46. Un usuario de agua en Texas carecería de legitimidad procesal para demandar al gobierno federal de Estados Unidos por la manera como libera agua al estado de Texas o la forma como administra el Tratado de Aguas de 1944. El gobierno federal ha renunciado a su inmunidad a ser demandado por daños sólo en relación con contratos que haya celebrado y conforme a las condiciones limitadas establecidas en la Ley Federal de Reclamaciones por Actos Ilícitos (*Federal Tort Claims Act*, 28 U.S.C. §§ 2671 *et seq.*). Las cortes no pueden emitir órdenes judiciales que prescriban cómo debe el gobierno federal administrar el agua. En *Hudspeth County Conservation & Reclamation District No. 1 et al. v. Robbins et al.*, 213 F.2d 425 (5th Cir. 1954), Anexo R-40, folio 0704, los demandantes alegaron que la Oficina Federal de Reclamaciones (*Federal Bureau of Reclamation*) había cortado indebidamente el suministro de agua a su distrito en violación de sus facultades legales, y solicitó una sentencia declarativa que estableciera sus derechos a recibir el agua. La corte desechó la demanda. Declaró:

These dams, reservoirs and all other project facilities are owned by the United States, which operates them through the Bureau of Reclamation. See 43 U.S.C.A. § 498. Their operation depends upon the flow of water. Whatever may be the merits of the plaintiffs' contentions, the court would have no jurisdiction by

47. México reafirma su posición de que cualesquiera que sean los derechos y obligaciones de los reclamantes conforme a la ley de Texas, éstos son irrelevantes para determinar si tienen una inversión en el territorio mexicano.

VIII. RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LOS DISTRITOS DE RIEGO

48. Los reclamantes informaron que presentarán con su escrito posterior a la audiencia los documentos que demuestren que los consejos de administración de los distritos de riego facultaron a los señores Marzulla y Wallace para representarlos legalmente en este procedimiento. Por consiguiente, México se reserva el derecho de pronunciarse al respecto tras haberlos recibido y tenido la oportunidad de revisarlos.

IX. COSTOS

49. En respuesta al último apartado de la comunicación del Tribunal del 16 de noviembre de 2006, México informa que los costos en los incurrió en este procedimiento ascienden a un total de \$542,482.82 dólares⁴⁷ integrado de la siguiente manera⁴⁸:

- \$200,000 dólares por concepto de pagos al CIADI;
- \$392,505.34 pesos⁴⁹ correspondiente a las horas – trabajo invertidas por los abogados de la Secretaría de Economía en la defensa⁵⁰;
- \$101,323.82 pesos⁵¹ por gastos de pasajes y viáticos incurridos por la Secretaría de Economía⁵²;

declaratory judgment ... or by injunction against Government officers to substitute itself in any part of the management and operation of the dams, reservoirs and facilities for the agency designated by Congress. In a case involving this same project, the Tenth Circuit arrived at the conclusion that the action was in essence a suit against the United States to which it had not consented and that it, therefore, must fail.

Íd., p. 432. El caso *Hudspeth* involucró una region distinta de Texas que aquella en la que se ubican los reclamantes, así como leyes y contratos específicos según los cuales el gobierno federal se obligó a entregar agua al distrito demandante. El gobierno federal estadounidense no ha celebrado contratos en los que se obligue a distribuir agua a los reclamantes, de modo que éstos no podrían siquiera tener una reclamación contractual en contra el gobierno federal.

47. Dólares estadounidenses.

48. Los documentos de soporte que detallan los costos están disponibles al Tribunal en caso de que los requiera.

49. Monto que equivale a \$36,175.60 dólares a un tipo de cambio de \$10.85 pesos por un dólar.

50. Véase oficio No. 500.DGAA.1061.06 del 14 de diciembre de 2006 de la Dirección General Adjunta de Administración de la Subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales de la Secretaría de Economía que se anexa al presente escrito. Anexo R – 41.

51. Monto que equivale a \$9,338.60 dólares a un tipo de cambio de \$10.85 pesos por un dólar.

52. Véase oficio No. 500.DGAA.1061.06 del 14 de diciembre de 2006 de la Dirección General Adjunta de Administración de la Subsecretaría de Negociaciones Comerciales Internacionales de la Secretaría de Economía que se anexa al presente escrito. Anexo R – 41.

- \$296,968.62 dólares por honorarios y viáticos de consultores externos⁵³;

Los costos del gobierno de México son razonables y necesarios para la adecuada defensa del caso⁵⁴. México reitera su petición de que le sean reembolsados todos los costos en los que ha incurrido en este procedimiento, incluso los honorarios y gastos de sus abogados externos

50. México advierte que los reclamantes repetidamente demoraron la entrega de las pruebas de nacionalidad y, hasta la fecha, de las pruebas de que los consejos de administración de los distritos de riego han autorizado a los señores Marzulla y Wallace para representarlos en este procedimiento. Esos retrasos han ocasionado a México una pérdida considerable de tiempo y recursos.

51. Más aún, los reclamantes frecuentemente han cambiado su teoría de la reclamación. Por ejemplo:

- Originalmente argumentaron que, entre otras medidas, el que México hubiese construido presas en los afluentes del Río Bravo violó el capítulo XI del TLCAN. Posteriormente, cuando México advirtió que todas las medidas objeto de la reclamación habían prescrito por haber vencido el plazo previsto en el artículo 1116(2), modificaron su argumento en el Escrito de Dúplica y sostuvieron que la medida objeto de la disputa fue la omisión de México de entregar toda el agua que debía de los ciclos 25 y 26 al término de este último⁵⁵. Sin embargo, en la audiencia parecen haber regresado a la reclamación original de que las acciones previas a 2002 son la base de la reclamación⁵⁶.
- Inicialmente manifestaron que cada distrito de riego presentaba una reclamación en su propio nombre y en nombre de los usuarios de ese distrito⁵⁷. Sin embargo, en la Contrademanda sobre Jurisdicción señalaron que, de hecho, la demanda sólo se presentaba por y a nombre de los 42 reclamantes, precisando que no se pretendía

53. Véase testimonio del Sr. Stephan E. Becker de *Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP* y del Sr. James Cameron Mowatt de *Thomas & Partners* que se anexan a este escrito. Anexo R – 41.

54. No se incluyen los gastos y costos en los que incurrieron la Secretaría de Relaciones Exteriores y la Comisión Nacional del Agua.

55. Véase, por ejemplo, el Escrito de Dúplica, ¶¶ 29-34 (“*The period 1992-1997 is thus designated Cycle 25, and it was only on completion of this Cycle 25 and Cycle 26 that Respondent’s improper diversion of water belonging to Claimants became actionable under NAFTA.*”)

56. Véase, por ejemplo, la transcripción de la audiencia, Vol. 1, p. 193, líneas 14-19 (“*First, and most obviously, Mexico’s construction and operation of a series of dams and reservoirs in such a way as to stop the water from flowing downstream is a physical expropriation of that water. Mexico has paid no compensation. That is a violation of NAFTA Section 1110.*”).

57. Notificación de Intención, p. 1 (“*Claimants are 17 Texas irrigation districts serving the Rio Grande Valley, which bring this action on their own behalf and of farmers, ranchers, and landowners, who depend upon the irrigation water...*”); Solicitud de Arbitraje, p. 2 (en la que se señala, por ejemplo: “*Claimant Bayview Irrigation District No. 11 brings this action on its own behalf, and on behalf of the water users within the District who actually put this water to beneficial use in their farms and fields.*”).

someter una acción de clase (*class action*) ni entablar una reclamación en nombre de partes no identificadas⁵⁸.

Los continuos cambios en la posición de los reclamantes también han aumentado los gastos del arbitraje para México.

52. Debido al elevado número de reclamantes cuyas reclamaciones han sido consolidadas en este procedimiento y por el riesgo de que algunos de ellos intenten desconocer su responsabilidad por autorizar a los señores Marzulla y Wallace para representarlos, México renueva su solicitud de que cualquier condena a pagar los costos de México sea sobre todos los reclamantes, conjunta o separadamente, de modo que la responsabilidad de compartir los costos y coordinar su pago recaiga en los propios reclamantes y no sobre México.

X. PETICIÓN

53. Por las razones expuestas, el gobierno de México respetuosamente solicita que el Tribunal deseche la reclamación en su totalidad con la correspondiente condena en costas.

Todo lo cual se somete respetuosamente
a su consideración

(Firma en el original)

Hugo Perezcano Díaz
Consultor Jurídico y Representante Legal de
los Estados Unidos Mexicanos
15 de diciembre de 2006

58. Escrito de Contrademanda de Jurisdicción, nota al pie No. 23. (“*This proceeding is brought only by and on behalf of the 42 named Claimants; it is not intended to be a class action, nor to assert claims on behalf of any unnamed party*”).