

LATIN AMERICA INVESTMENT & ARBITRATION LAW

BI-MONTHLY

By Ignacio Gómez-Palacio

Consulting Editor: Prof. Garrett Epps

Research Assistant: MonicaPerzabal

(Versión en idioma español en pág. 3)

BAYVIEW et. al. v. MEXICO. WHAT CONSTITUTES A FOREIGN INVESTMENT?

This issue of Latin America Investment & Arbitration Law Bi-Monthly, provides the Bayview Arbitral Tribunal position regarding an issue of high relevance in investment v. State arbitrations and in general in the international law on foreign investment: what constitutes a foreign investment and a foreign investor?

The Arbitral Tribunal was integrated by Prof. Vaughan Lowe as President, Hon. Edwin Meese III appointed by USA and Prof. Ignacio Gomez-Palacio appointed by Mexico. Having participated in the Arbitral Tribunal, I abstain for making any comment. However, since it addressed the very relevant notion of what constitutes a foreign investment and a foreign investor, hereafter are some relevant excerpts of the award (issued on June 19th, 2007), now made public.

Facts

Claimants (farmers, agricultural corporations and local irrigation districts, all residents of Texas or organized and existing under the laws of Texas) asserted that Mexico had taken measures against their investment. The Claimants basically argued (i) that the "investment" consisted of water rights for irrigation and municipal use; (ii) that their expectations to the right to receive water were fixed by a 1944 treaty between Mexico and the United States, allotting the water from the lower Rio Bravo/Grande River and their various tributaries and (iii) that they were the owners of a set number of acre-feet of the water allotted to the U.S. under that Treaty. Since Mexico had diverted this water for use by Mexican farmers, Claimants alleged an illegal taking of their property by Mexico, breaching NAFTA and causing them damages in excess of US\$660 million, plus interest.

Decision

The Arbitral Tribunal decided that it did not have jurisdiction. Following are relevant excerpts:

The definition of an "investor" for the purposes of

NAFTA Chapter Eleven is set out in Article 1139. It reads as follows: "investor of a Party means a Party or state enterprise thereof, or a national or an enterprise of such Party, that seeks to make, is making or has made an investment."(pr. 88)

While NAFTA Article 1139 defines the term "investment" it does not define "foreign investment". Similarly, NAFTA Chapter XI is named "Investment", not "Foreign Investment". However, this Tribunal considers that NAFTA Chapter XI in fact refers to "foreign investment" and that it regulates "foreign investors" and "investments of foreign investors of another Party". The ordinary meaning of the text of the relevant provisions of Chapter Eleven is that they are concerned with *foreign* investment, not domestic investments. What then makes an investment "foreign"? (pr. 96)

An investor of one NAFTA State Party wishing to make an investment in the economy of another NAFTA State Party is necessarily concerned with the law and the governmental authorities who are making the law, applying the law and solving the conflicts, in a State other than its own. The NAFTA Parties negotiated and executed a free trade agreement, in order to provide the international legal framework necessary to assure the foreign investor that its investment will be treated in accordance with certain minimum standards (national treatment, minimum standard of treatment, protection against expropriation and others), and providing a mechanism for the settlement of investment disputes whereby foreign investors may submit to an impartial Tribunal claims that their investments have been affected by governmental measures that violate the obligations

which the States Parties assumed in the NAFTA. (pr. 97)

While this Tribunal does not purport to lay down a comprehensive and definitive test of what constitutes an investment covered by the protections of NAFTA Chapter Eleven, it is evident that a salient characteristic will be that the investment is primarily regulated by the law of a State other than the State of the investor's nationality, and that this law is created and applied by that State which is not the State of the investor's nationality. (pr. 98)

When an investment is made, such as the investments in farms and irrigation equipment, etc., in the present case, the investor makes its decision in the light of its appraisal of the law and of the authorities who are making, creating and applying the law to that investment. When the investment is made in the investor's State, it is made in the light of the investor's understanding of laws, institutions and procedures that are familiar to the investor. When the investment is made in a different country which has concluded an investment protection treaty covering that investment, the investor is entitled to rely upon the fact the States Parties to the treaty have decided to commit themselves to give a minimum level of legal protection to such foreign investments. (pr. 99)

The Tribunal considers that in order to be an "investor" within the meaning of NAFTA Art. 1101 (a), an enterprise must make an investment in another NAFTA State, and not in its own. (pr.101)

In the opinion of the Tribunal, it is quite plain that NAFTA Chapter Eleven was not intended to provide substantive protections or rights of action to investors whose investments are wholly confined to their own national States, in circumstances where those investments may be affected by measures taken by another NAFTA State Party. The NAFTA should not be interpreted so as to bring about this unintended result. (pr. 103)

In this case the Tribunal does not consider that the Claimants were 'foreign investors' in Mexico. Rather, they were domestic investors in Texas. The economic dependence of an enterprise upon supplies of goods – in this case, water – from another State is not sufficient to make the dependent enterprise an 'investor' in that other State. (pr. 104)

[Claimants]... have substantial investments in Texas, in the form of their businesses.... more particularly in the form of the infrastructure for the distribution of the water that they extract from the Rio Bravo / Rio Grande. They have investments in the form of the water rights granted by the State of Texas. They are certainly "investors"; but their investments are in Texas, and they are not investors in Mexico or vis-à-vis Mexico. (pr.113). The Tribunal does not accept that the Claimants own water in Mexico, in the sense of the ownership of personal property rights in the physical waters of rivers flowing in Mexican territory. (pr. 114)

NEWS, NEWS, NEWS On May 2, 2007, the World Bank received a written notice of denunciation of the ICSID Convention from the Republic of Bolivia. Pursuant to Article 71 of the ICSID Convention, the denunciation takes effect six months after the receipt of Bolivia's notice, i.e., on November 3, 2007.

This article is provided as a service to clients and friends of Ignacio Gomez-Palacio.
It is not intended as legal advice on any matter.

GOMEZ-PALACIO Y ASOCIADOS

Alcazar de Toledo No. 260-2

Lomas Reforma

11930 Mexico, D.F.

Tel. +52 (55) 5247-8001

Fax. +52 (55) 5245-2094

igp@g-pasoc.com

For more information on matters affecting global foreign investment and arbitration, contact Ignacio Gomez-Palacio, telephone at (52) (55) 5247-8001 or email always to both these addresses: igp@g-pasoc.com or ignaciogomezpalacio@gmail.com

BAYVIEW et. al. v. MEXICO. ¿QUÉ CONSTITUYE UNA INVERSIÓN EXTRANJERA?

Este número de Latin America Investment & Arbitration Law Bi-Monthly se refiere a la posición del Tribunal Arbitral en el caso Bayview, respecto de una cuestión de relevancia en el arbitraje inversionista v. Estado y en general en el derecho internacional de la inversión extranjera: ¿qué constituye una inversión extranjera y un inversionista extranjero?

El Tribunal Arbitral fue integrado por el Prof. Vaughan Lowe como Presidente, el Hon. Edwin Meese III designado por EUA y el Prof. Ignacio Gomez-Palacio designado por México. Habiendo participado en el Tribunal Arbitral, me abstengo de hacer comentario alguno. Sin embargo, en razón de que el laudo se refiere a la noción de qué constituye una inversión extranjera y un inversionista extranjero, a continuación se señalan algunos extractos relevantes del mismo (notificado a las partes el 19 de junio de 2007), y ya hecho público.

Hechos

Los Demandantes (granjeros, sociedades agrícolas y distritos de riego, todos ellos residentes en Texas u organizados y constituidos bajo las leyes de Texas), reclamaron que México había tomado medidas en contra de su inversión. Los Demandantes básicamente argumentaron (i) que la "inversión" consistía en derechos de agua para irrigación y uso municipal; (ii) que sus expectativas al derecho de recibir agua, se derivan del Tratado de 1944 celebrado entre México y los EUA, en el cual se asignó el agua de la parte baja del Rio Bravo/Río Grande y varios tributarios y (iii) que ellos eran los propietarios de una cantidad preestablecida de acres-pies de agua asignada a los EUA, bajo el mencionado tratado. En virtud de que México desvió dicha agua para uso por parte de granjeros mexicanos, los Demandantes alegaron la toma ilegal de su propiedad por México, incumpliendo el TLCAN, causándoles daños por una cantidad superior a los US\$660 millones de dólares más intereses.

Decisión

El Tribunal Arbitral decidió que no tiene competencia para conocer de la reclamación. A continuación se señalan extractos relevantes del laudo arbitral:

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". (pr. 88)

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"? (pr. 96)

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. (pr. 97)

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. (pr. 98)

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. (pr.99)

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. (pr.101)

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. (pr. 103)

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. (pr. 104)

Los Demandantes tienen inversiones substanciales en Texas, consistentes en sus empresas....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 (pr. 113). 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. (pr. 114)

NOTICIAS, NOTICIAS, NOTICIAS. El 2 de mayo de 2007, el Banco Mundial recibió la notificación escrita de denuncia de la Convención del CIADI por parte de la República de Bolivia. De acuerdo con el Artículo 71 de la Convención del CIADI, la denuncia producirá efectos seis meses después del recibo de la notificación por parte de Bolivia, es decir, el 3 de noviembre de 2007.

Este artículo es proporcionado como un servicio a clientes y amigos de Gómez-Palacio y Asociados. No constituye asesoría u opinión legal.

GOMEZ-PALACIO Y ASOCIADOS

Alcázar de Toledo No. 260-2
Lomas Reforma
11930 México, D.F.
Tel. +52 (55) 5247-8001
Fax. +52 (55) 5245-2094
igp@g-pasoc.com

Para mayor información sobre arbitraje y actos que afectan o están relacionados con inversión extranjera, contactar al Lic. Ignacio Gómez-Palacio al teléfono (52) (55) 5247-8001 o enviar correo electrónico a ambas de las siguientes direcciones:

igp@g-pasoc.com o ignaciogomezpalacio@gmail.com