



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

**KBR, INC.,
DEMANDANTE**

c.

**ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
DEMANDADO**

(Caso CIADI. No. UNCT/14/1)

ESCRITO FINAL SOBRE LA CUESTIÓN PRELIMINAR

CONSULTOR JURÍDICO DE LA PARTE DEMANDADA:

Carlos Véjar Borrego

ASISTIDO POR:

Secretaría de Economía

Orlando Pérez Gárate

Adriana Pérez-Gil Ochoa

Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP

Stephan E. Becker

Sanjay Mullick

J. Cameron Mowatt Law Corporation

J. Cameron Mowatt

TABLA DE CONTENIDO

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	ALEGATOS SOBRE MALA FE DE LA DEMANDANTE	1
III.	ACLARACIÓN DE LA IDENTIDAD DE LAS PARTES	7
IV.	RESPUESTA A LA DECLARACIÓN DE LA DEMANDANTE SOBRE LOS HECHOS	7
V.	LA RECLAMACIÓN DE TLCAN ES “RESPECTO A” LAS MISMAS MEDIDAS OBJETO DE LOS PROCEDIMIENTOS EN NUEVA YORK Y LUXEMBURGO	11
	A. Procedimientos de Nueva York	15
	B. Procedimientos de Luxemburgo	18
VI.	EL REQUISITO DE RENUNCIA APLICA A LOS PROCEDIMIENTOS DE NUEVA YORK Y LUXEMBURGO	20
VII.	LOS PROCEDIMIENTOS DE NUEVA YORK Y LUXEMBURGO SON DE HECHO PROCEDIMIENTOS DE DAÑOS	24
	A. Procedimientos de Nueva York	25
	B. Procedimientos de Luxemburgo	26
VIII.	EL RIESGO DE UNA DOBLE REPARACIÓN ES GENUINO	28
IX.	EL CASO NO PUEDE PROCEDER SIN UNA RENUNCIA VÁLIDA PRESENTADA EN TIEMPO	30
X.	PETICIÓN	35

I. INTRODUCCIÓN

1. De conformidad con el Artículo 21 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1976 (Reglamento CNUDMI 1976), la Demandada solicita que el Tribunal resuelva que carece de competencia para analizar esta controversia, en virtud de que la Demandante no ha cumplido con las condiciones previas al sometimiento de una reclamación a arbitraje conforme a la Sección B del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Específicamente, a realizar las renunciaciones a otros procedimientos en términos de lo que prevé expresamente el Artículo 1121.

2. Asimismo, de conformidad con la Orden Procesal No. la Demandada presenta su escrito final sobre la cuestión preliminar de la renuncia, en el que presenta los siguientes argumentos: i) la Demandante actúa de manera inapropiada al sugerir una presunta conducta de mala fe por parte de México en el presente procedimiento, dichos argumentos son graves, injustificados, inapropiados y no tienen mérito alguno; ii) los hechos del caso descritos por la Demandante son incorrectos; iii) la presente reclamación es “respecto a” las mismas medidas objeto de los procedimientos en Nueva York y Luxemburgo; iv) el requisito de renuncia es aplicable a los procedimientos de Nueva York y Luxemburgo, que son de hecho procedimientos de daños; v) la existencia del riesgo de una doble reparación es genuina; y finalmente, vi) este caso no puede proceder sin una renuncia válida presentada en tiempo.

II. ALEGATOS SOBRE MALA FE DE LA DEMANDANTE

3. Después de que la Parte Demandante parece reconocer que la renuncia que presentó en su Aviso de Intención es defectuosa,¹ ahora busca la simpatía del Tribunal al afirmar que México ha intentado retrasar el arbitraje para evitar que la Demandante someta una segunda reclamación de

¹ Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶¶ 106, 109.

arbitraje, sobre la misma medida, en una fecha posterior. México observa que es inusual que, dentro de una reclamación de arbitraje, una parte planifique presentar la misma reclamación en dos momentos distintos. Sin embargo y de mayor importancia, México desea señalar que la Demandante ha acusado a México de conducirse de mala fe en este arbitraje; cuestión que la Demandada considera muy grave y que abordará de manera preliminar en este escrito.

4. La Demandante afirma que México, actuando de mala fe, insistió en fijar un calendario procesal extenso para resolver la cuestión sobre la renuncia y que de manera injusta retrasó el nombramiento del árbitro.² Estas reclamaciones no tienen mérito. En el presente caso, la Notificación de Arbitraje se presentó el 1 de octubre de 2013, y la primera reunión se celebró el 21 de marzo de 2014. En otras palabras, pasaron menos de seis meses desde la Notificación de Arbitraje, la integración del Tribunal y la primera reunión. Comparando este caso con otros procedimientos, México presenta a continuación la cantidad de tiempo que ha pasado entre la solicitud de arbitraje y la primera reunión del tribunal con las partes en otros arbitrajes del

TLCAN:

- *Waste Management I c. Estados Unidos Mexicanos*: Notificación de Arbitraje, 29 de septiembre de 1998; primera reunión, 16 de Julio de 1999;³
- *Apotex c. Estados Unidos*: Notificación de Arbitraje, 10 de diciembre de 2008 y 4 de junio de 2009; primer reunión, 30 de noviembre de 2010 (audiencia sobre objeciones procesales, 15 y 16 de febrero de 2012);⁴
- *Glamis Gold c. Estados Unidos*: Notificación de Arbitraje, 9 de diciembre de 2003; primera reunión, 25 de febrero de 2005;⁵

² *Ibid.*, ¶ 111, fn. 108.

³ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos [II]*, (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3), *Objeción Preliminar de México relativa al Procedimiento Previo* (June 26, 2002). Anexo RL-006.

⁴ *Apotex Inc. and the Government of the United States of America*, Award on Jurisdiction and Admissibility (June 14, 2013). Anexo RL-021.

⁵ *Glamis Gold, Ltd. and United States of America*, Award (June 8, 2009). Anexo RL-022.

- *Loewen c. Estados Unidos*: Notificación de Arbitraje, 29 de julio de 1998; primera reunión, 18 de mayo de 1999;⁶
- *Eli Lilly c. Canadá*: Notificación de Arbitraje, 12 de septiembre de 2013; primera reunión, 10 de mayo de 2014;⁷
- *Mondev c. Estados Unidos*: Notificación de Arbitraje, 31 de agosto de 1999; primera reunión, 20 de abril de 2000;⁸ y
- *ADF c. Estados Unidos*: Notificación de Arbitraje, 21 de julio de 2000; primera reunión, 29 de enero de 2001.⁹

Como puede observarse, en el presente caso la constitución del Tribunal y la primera reunión con las partes se celebró con mayor rapidez que en cualquiera de estos otros arbitrajes. Aunque la demandada no ha examinado todos los arbitrajes del TLCAN, México no tiene conocimiento de alguno en el que la primera reunión con el tribunal se haya celebrado con mayor rapidez. En este caso, México designó de manera expedita a su árbitro y cooperó con la Demandante para resolver la forma de designación del Presidente.

5. La Demandante también alega que México no aceptó la Notificación de Arbitraje inicial, que no especificaba las reglas aplicables al procedimiento arbitral que se encuentran comprendidas dentro del marco del TLCAN.¹⁰ Debido a que la notificación no cumplía con los requisitos expresos del artículo 1120, México podría haber requerido a la Demandante a volver a presentar la notificación en su totalidad. En su lugar, y como muestra de cortesía, México invitó a la

⁶ *The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, (ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Decision on Hearing of Respondent's Objection to Competence and Jurisdiction (Jan. 5, 2001). Anexo RL-023.

⁷ *Eli Lilly and Company and Government of Canada*, Case No. UNCT/14/2, Procedural Order No. 1 (May 26, 2014). Anexo RL-024.

⁸ *Mondev International, Ltd. and United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award (Oct. 11, 2002). Anexo RL-025.

⁹ *ADF Group Inc. and United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award (Jan. 6, 2003). Anexo RL-026.

¹⁰ Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶ 111, fn. 108.

Demandante a que especificara una de las dos reglas disponibles, y ofreció que la notificación se considerara como presentada a partir de la fecha en que la Demandante especificara las reglas aplicables al procedimiento.¹¹ No corresponde a la Demandada asesorar a la Demandante sobre cómo debe preparar un aviso de arbitraje. A pesar del gesto de cortesía de México, la Demandante expresa ahora su inconformidad, lo que para México es inadecuado y poco honesto.

6. Asimismo, la Demandante alega que México intencionalmente trató de extender los procedimientos para el arbitraje con el propósito de “hacer correr el tiempo” en perjuicio de la Demandante para iniciar un segundo procedimiento de arbitraje, tergiversando la posición de México sobre si el plazo de prescripción había sido aplazado.¹² Sin embargo, la Demandante y México habían acordado, de manera preliminar a la primera reunión con el Tribunal, la estructura del calendario quedando pendientes sólo algunos plazos para determinarse con el Tribunal. La cuestión sobre el plazo de prescripción de tres años surgió por primera vez durante la primera reunión con el Tribunal el 21 de marzo. México aclaró su posición sobre esta cuestión el 24 de marzo. El Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1 el 1º de abril. En consecuencia, la declaración inicial de México durante la primera reunión, respecto al plazo de prescripción, aún en el supuesto de que hubiera sido poco clara, no podría haber influenciado el calendario. Por lo que la Demandante se equivoca al sostener lo contrario.

7. En cuanto al calendario, México solicitó originalmente ocho semanas para presentar los escritos iniciales, lo que es más corto que los plazos establecidos en la mayoría de los casos anteriormente citados. La diferencia total entre el calendario propuesto por México y el adoptado

¹¹ Carta de los Estados Unidos Mexicanos a KBR, del 27 de septiembre de 2013. Anexo R-021.

¹² Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶¶ 8, 112.

por el Tribunal es de sólo cuatro semanas. Por otra parte, la Demandante no ha explicado cómo un período de seis semanas para preparar escritos iniciales constituye un “calendario procesal extendido”.¹³

8. En relación con la audiencia, la Demandante asegura que México se rehusó a considerar cualquier fecha antes de octubre para celebrar la misma.¹⁴ Como la Demandante sabe, el Tribunal propuso originalmente celebrar la audiencia en una de las siguientes fechas: del 19 al 20 de septiembre o del 16 al 18 de octubre. La Demandante comunicó al Tribunal que las fechas del 16 al 18 de octubre le eran inconvenientes, y por su parte, México informó que las fechas del 19 al 20 septiembre le representaban un conflicto por cargas de trabajo.¹⁵ México en un afán de cooperación señaló que nos encontrábamos disponibles para celebrar una audiencia en la última semana de octubre o la primera de noviembre.¹⁶ Posteriormente, la Demandante solicitó una fecha previa, y señaló su disponibilidad del 26 de septiembre al 5 de octubre. El Tribunal propuso que la audiencia se celebrara el domingo 05 de octubre, y México no presentó ninguna objeción en relación con la propuesta. Por lo que México no encuentra fundamento alguno para el alegato de la Demandante.

9. El plazo de prescripción para poder someter de nuevo una reclamación de arbitraje en relación con la sentencia del Décimo Primer Tribunal Colegiado, expirará el 21 de septiembre de 2014. En consecuencia, la Demandante señala de manera implícita que si la audiencia se celebrara el 20 de septiembre, el Tribunal emitiría una decisión por escrito (en español y en

¹³ México no tiene conocimiento de arbitrajes previos del TLCAN en los que se haya establecido un periodo menor a seis semanas para presentar los escritos iniciales.

¹⁴ Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶ 113.

¹⁵ Correspondencia entre las partes en relación con la fecha de la audiencia. Anexo R-026.

¹⁶ *Id.*

inglés), ese mismo día, a fin de permitir que la Demandante iniciara un nuevo arbitraje al día siguiente. Eso es prácticamente imposible.

10. Por supuesto, la Demandante podría en este momento evitar la cuestión sobre la prescripción si renunciara sus procedimientos en Nueva York y Luxemburgo y presentara una nueva notificación de arbitraje que cumpliera con los requisitos del Artículo 1121. Aún hay tiempo para hacerlo antes del 21 de septiembre. No obstante, la Demandante ha dejado claro que no desea hacerlo.

11. México agrega que además, no hay razón para esperar que los procedimientos en Nueva York y Luxemburgo concluyan durante el próximo año, y que incluso pueden durar mucho más tiempo. La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito (Segundo Circuito) aún no ha celebrado la audiencia oral de la apelación de PEP que se encuentra pendiente. La orden de la Corte de Distrito, de conformidad con la cual PEP depositó más de US\$465 millones en una cuenta en un banco de Nueva York bajo el control de la corte - una condición para la apelación de PEP - contempla de manera expresa que después de la decisión del Segundo Circuito, la parte no vencedora buscará que la Suprema Corte de los Estados Unidos revise el caso (“petition for *certiorari*”).¹⁷ Lo que implicaría la presentación de escritos ante la Suprema Corte y su eventual decisión sobre si atenderá el caso. Si la Suprema Corte otorga *certiorari*, se presentarían comunicaciones escritas y argumentaciones orales, ambas sobre el fondo del asunto. La decisión final de la Suprema Corte podría requerir nuevas sentencias del Segundo Circuito y de la Corte de Distrito. Y por lo tanto, los procedimientos podrían continuar por varios años más.

¹⁷ Consent Order, Oct. 23, 2013, p. 4. Anexo R-010. La Suprema Corte de los Estados Unidos de América no revisa automáticamente todos los casos de apelación; en su lugar, una de las partes debe primero solicitar que la Suprema Corte acuerde revisar el caso, por medio de la presentación de una petición de *certiorari*. 28 U.S.C. § 1254. Anexo RL-027.

En consecuencia, si la Demandante continúa negándose a renunciar sus procedimientos internos en Nueva York y Luxemburgo, no habrá forma en que podrá cumplir con el requisito de renuncia en un futuro previsible.

12. En suma, las reclamaciones de mala fe, que la Demandante ha realizado respecto de la Demandada son totalmente injustificadas, inapropiadas y sin mérito.

III. ACLARACIÓN DE LA IDENTIDAD DE LAS PARTES

13. En distintas ocasiones en su contestación, la Demandante se refiere a PEP en lugar de México y a México en lugar de PEP.¹⁸ Para mayor claridad, la compañía PEP no es una parte en este arbitraje de conformidad con el TLCAN.¹⁹ Aunque PEP forma parte de una empresa del Estado, esto no significa que sea Parte en este arbitraje en el marco del TLCAN.

IV. RESPUESTA A LA DECLARACIÓN DE LA DEMANDANTE SOBRE LOS HECHOS

14. Aunque la cuestión que es objeto de esta etapa es exclusivamente el alcance y suficiencia de la renuncia, la Demandante dedica la mitad de su escrito a la descripción de los hechos incorporados en el laudo de la CCI, así como alegar cuestiones de fondo relacionadas con la disputa arbitral original, al parecer, en un esfuerzo por buscar la simpatía del Tribunal, con en el que además, termina aceptando tácitamente que los reclamos realizados en los demás procedimientos son idénticos a los que actualmente intenta por esta vía. Lo anterior, representa un claro detrimento a su postura, e imposibilita mantener la independencia de sus reclamos.

¹⁸ Ver, por ejemplo, Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción ¶ 88.

¹⁹ El Gobierno de México participó en los procedimientos ante la Corte de Apelación para el Segundo Circuito de Nueva York, interponiendo un informe/*amicus curiae* en el que se insta a la corte a respetar el Derecho Mexicano.

15. En su Escrito de Contestación, la Demandante asegura que: “[f]rom 1997 to 2003, PEP committed numerous breaches that resulted in countless change orders, delays and cost overruns,” lo que dio lugar a que las partes tuvieran que celebrar tres contratos suplementarios, y menciona que dos de estos contratos: “established that PEP would pay COMMISA to resolve COMISSA’s claims from 1999 through 2002.”²⁰ La Demandante agrega que “PEP refused to allow COMMISA workers unimpeded access to the platforms, failed to supply agreed-upon accommodations for COMMISA personnel, delayed necessary work permits, and supplied defective equipment – all of which greatly delayed the project and produced additional cost overruns.”²¹ Adicionalmente, la Demandante afirma que, “[o]n March 17, 2004, after COMMISA had completed 94% of the final phase of the project, PEP forcibly seized the platforms, ejected COMMISA personnel from the site, barred their return, and put the platforms into production.”²² Finalmente, la Demandante sostiene que “PEP notified COMMISA that it intended to rescind the contract on the supposed grounds that COMMISA had failed to meet contractual milestones and abandoned the project.”²³ Por supuesto, ninguna de estas cuestiones se refiere a la cuestión fundamental de si la renuncia presentada por el Demandante cumple con los requisitos previstos en el Artículo 1121 del TLCAN. Por otra parte, existe otra versión de la historia.

16. De conformidad con el Voto Disidente del laudo CCI, fue COMMISA quien incumplió el contrato. En relación con las bases de la rescisión administrativa, el árbitro señaló que: (i) COMMISA retrasó la ejecución del proyecto; (ii) no cumplió con el calendario”; (iii) abandonó

²⁰ Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶ 19.

²¹ *Ibid.*, ¶ 20.

²² Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶ 21.

²³ *Id.*

el trabajo sin razones justificadas; y (iv) no cumplió con las instrucciones de PEP para reiniciar los trabajos y finalizar el proyecto .²⁴ En suma, de conformidad con el Voto Disidente:

COMMISA, no demostró la existencia de una causa técnica, jurídica, operativa o de cualquier otra índole, que justificara el abandono de las obras iniciado a partir del 17 de marzo de 2004, y el desacato de la instrucción de que regresara a continuar la obra²⁵.

17. La Demandante hace referencia a tres contratos suplementarios (*Convenios A, B and C*), pero sólo discute sobre los dos primeros. Según el Voto Disidente, bajo el *Convenio C*, las partes determinaron el 14 de enero de 2004 como la fecha final para finalizar el trabajo, y sin embargo, más de dos meses después no se había completado el mismo. Como resultado, el Voto Disidente señala que “PEP tuvo que tomar diversas medidas para hacerse cargo de las instalaciones y sobre todo proveer a que el objetivo de dichos trabajos se lograra.”²⁶ Por ejemplo, PEP se hizo cargo de la responsabilidad de la compresión, el secado y la endulzamiento de gas, así como de contratar a un buque y pagar por el costo de proveerlo de servicios de restauración y alojamiento.²⁷

18. La Demandante no menciona que como resultado del *Convenio C*, COMMISA debía el pago de daños a PEP.²⁸ La Demandante invoca el documento de *Finiquito* de daños para su propio interés,²⁹ pero no reconoce que el documento establecía que, de conformidad con los términos

²⁴ Voto Disidente del Laudo CCI, ¶¶ 111, 256. Anexo R-027 (Traducción en inglés en el Anexo R-037).

²⁵ *Ibid.*, ¶ 19. Anexo R-027.

²⁶ Voto Disidente del Laudo CCI, ¶ 19. Anexo R-027.

²⁷ *Ibid.*, ¶¶ 19, 388. Anexo R-027.

²⁸ *Ibid.*, ¶ 388. Anexo R-027.

²⁹ Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶ 24.

acordados por las partes en el *Convenio C*, COMMISA debía penalidades a PEP debido a su conducta. De manera específica, el documento establece:

Asimismo cabe destacar que la “Contratista” no cumplió con lo establecido en los eventos críticos pactados en el Convenio Específico “C”, ya que los trabajos no fueron concluidos en las fechas convenidas, ni aún después de éstas, ya que la “Contratista” continuo laborando en la plataforma hasta el 17 de marzo de 2001 en exceso al término pactado que feneció el 14 de enero de 2004, por lo que conforme a lo anterior y en razón del incumplimiento a lo pactado en que incurrió la “Contratista” se le aplicarán las penas convencionales estipuladas en el punto 10.1 de la cláusula 10 del Convenio Específico “C” por los conceptos de incumplimiento y atraso en la fecha pactada de terminación, además de las penas convencionales pactadas por Rescisión Administrativa en el punto 11.2, de la cláusula 11 del Contrato y en el punto 10.2 de la cláusula 10 del Convenio Específico “C”.³⁰

19. De hecho, PEP presentó una contrademanda contra COMMISA por más de US\$100 millones en el arbitraje de la CCI.³¹ Por mayoría de votos, el tribunal de la CCI decidió no admitir la demanda y no evaluó de forma sustantiva los méritos de la contrademanda.³² Asimismo, los miembros del tribunal rechazaron las reclamaciones formuladas por PEP, correspondientes a las cargas en que incurrió, por concepto de “grúa y pedestal”, “cunas de deslizamiento”, “desmovilización de barco habitacional”, “ajustes en el volumen del acero”, “alimentación y hospedaje”, “sobrecosto de trabajos no ejecutados”, “adeudos por concepto de reparaciones o faltantes” y “recuperación de pagos en conceptos y volúmenes de obra”, incluyendo los argumentos relativos a que PEP indebidamente asumió más cargas y que COMMISA no proporcionó los servicios que se le encomendaron.³³

³⁰ Voto Disidente del Laudo CCI, p. 184 (adjunto al *Finiquito*). Anexo R-027.

³¹ Voto Disidente del Laudo CCI, ¶¶ 94, 345. Anexo R-027.

³² *Id.*

³³ *Ibid.*, ¶¶ 358-402. Anexo R-027.

20. Se debe tener en cuenta que en el momento en que la relación entre el PEP y COMMISA se fragmentó en marzo de 2004, COMMISA ya había recibido más de US\$680 millones, equivalente al 86% del precio del contrato para el proyecto.³⁴ El fracaso de la relación fue producto de una larga y compleja disputa, que finalmente culminó en el momento en que PEP insistió en que COMMISA comenzara la producción, a lo que COMMISA se negó y por lo que posteriormente, esta última abandonó el proyecto.³⁵

21. COMMISA y KBR son inversionistas y litigantes sofisticados, por lo que se debe suponer que hicieron un cálculo cuidadoso de los riesgos de alejarse del proyecto y que, a partir de entonces, trazaron a fondo su estrategia de litigio. Las excepciones a la renuncia que KBR presentó en la presente disputa reflejan el pleno conocimiento de que la continuación de los procedimientos de Nueva York y Luxemburgo es incompatible con el Artículo 1121.

V. LA RECLAMACIÓN DE TLCAN ES “RESPECTO A” LAS MISMAS MEDIDAS OBJETO DE LOS PROCEDIMIENTOS EN NUEVA YORK Y LUXEMBURGO

22. La Demandante afirma que el laudo de la CCI es de manera exclusiva la única medida que se trata en los procedimientos de ejecución ante los tribunales de Nueva York y Luxemburgo.³⁶ Por lo tanto, según la Demandante, los procedimientos de ejecución no tienen una base legal derivada de las mismas medidas que se reclaman de conformidad con el TLCAN, y que su “objeto” no es respecto a las medidas que se alegan como violatorias del mismo.³⁷

³⁴ Supplemental Memorandum Of Pemex Exploración Y Producción In Support Of Its Motion To Dismiss And In Opposition To Commisa’s Motion To Confirm. Case No. 10-CV-00206-AKH (June 14, 2012), p. 23. Anexo R-028. .

³⁵ Ibid, p. 24.

³⁶ Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶¶ 5, 78.

³⁷ Ibid., ¶¶ 62, 78.

23. En primer lugar, México observa que la ejecución del Laudo CCI no es la única medida en litigio ante los tribunales de Nueva York y Luxemburgo. Como veremos más adelante, como parte de sus actuaciones, tanto en Nueva York y Luxemburgo, COMMISA ha incluido de manera expresa su reclamación respecto a la ejecución por parte de PEP de las garantías de cumplimiento. La ejecución de estas garantías ha sido también de manera expresa, base de la reclamación ante TLCAN.³⁸

24. De hecho, como México ya ha explicado, las acciones legales de la Demandante ante los tribunales de los Estados Unidos y Luxemburgo implican las mismas medidas exactas que son el objeto de la reclamación del TLCAN, esto es, la sentencia de anulación del Décimo Primer Tribunal Colegiado del Laudo de la CCI y la ejecución de las garantías de cumplimiento.³⁹ México ha demostrado que el mismo argumento relativo a que la anulación fue injusta ha sido presentado tanto en el procedimiento de Nueva York como en el presente arbitraje, y que la anulación ha sido planteada como una cuestión en los procedimientos en Luxemburgo.⁴⁰

25. Como será analizado, algunos de los argumentos de la Demandante entran en conflicto con los hechos. Tal es el caso de la afirmación de que no es posible que los procedimientos de ejecución sean respecto a la misma medida objeto del arbitraje del TLCAN, debido a que la sentencia de anulación “no existía en el momento” en que iniciaron los procedimientos. Un argumento como tal no puede desestimar el hecho de que la anulación es parte clave de las consideraciones en los procedimientos de Nueva York, los cuales no se encuentran aislados de los acontecimientos que los rodean.

³⁸ Ver Notificación de Arbitraje, ¶ 51 (descrita como una violación al Artículo 1503(2), ¶ 52 (incluido como parte de la base de daños).

³⁹ Escrito sobre Jurisdicción de la Demandada, ¶¶ 57-66.

⁴⁰ *Ibid.*, ¶¶ 26, 67.

26. México reitera que no hay lugar a dudas de que KBR está persiguiendo los mismos montos exactos en los tres foros. En su informe anual más reciente, KBR declaró lo siguiente con respecto a su disputa con PEP y PEMEX:

Consistent with our treatment of the claims, we have recorded \$401 million in claims and accounts receivable as we believe it is probable we will recover the amounts awarded to us, including interest and expense and the amounts we recently paid on the bonds. PEP has sufficient assets in the U.S. and Luxembourg, which we believe we will be able to attach as a result of the recognition of the ICC arbitration award. Although it is possible we could resolve and collect the amounts due from PEP in the next 12 months, we believe the timing of the collection of the award is uncertain and therefore, consistent with our prior practice, as of December 31, 2013, we continue to classify the amount due from PEP, including the amounts paid on the performance bonds as long term.⁴¹

En relación con la sentencia de anulación, KBR agregó que:

[W]e do not expect the Collegiate Court's decision to affect our ability to ultimately collect the ICC arbitration award in the U.S. due to the posting of security for the judgment pending appeal and significant assets of PEP in the U.S.⁴²

27. En su informe más reciente sobre el primer trimestre de 2014, que se hizo con posterioridad a la presentación de la reclamación del TLCAN, KBR denomina al mismo como “Collection Proceedings”, afirmando:

North American Free Trade Agreement ("NAFTA") Collection Proceedings. We filed arbitration under NAFTA against Mexico and asserted a claim to have our award paid. The parties have selected the arbitrators, a chairman has been named and the first procedural order has been entered.

⁴¹ KBR, Inc. Form 10-K/A for the Period Ending 12/31/13, May 30, 2014 (“KBR 2013 Form 10-K/A”), p. 107. Anexo R-029.

⁴² *Id.*

We will continue to pursue our remedies in the U.S., Luxembourg and other jurisdictions where we determine have assets which can be used to pay the award.⁴³

28. En relación con el pago de las garantías de cumplimiento, la Demandante agrega:

We will pursue reimbursement of the sums paid in the current enforcement action in the U.S. District Court for the Southern District of New York, the courts of Luxembourg, or by our recently filed NAFTA arbitration seeking to recover the bonds as an unlawful expropriation of assets by the government of Mexico.⁴⁴

29. En el supuesto de que las medidas en litigio en los procedimientos de Nueva York y Luxemburgo no fueran exactamente las mismas, dichos procedimientos se encuentran cubiertos por ser “respecto a” las medidas presuntamente violatorias del TLCAN.

30. Las tres Partes del TLCAN han sostenido de manera consistente que el término “respecto a” debe ser interpretado en sentido amplio. En su escrito 1128, Canadá declaró:

The ordinary meaning of the term “with respect to” in the context of Article 1121(1)(b) and (2)(b) in all three official NAFTA languages is synonymous with “relating to,” “concerning,” and “as regards; with reference to.” ... In describing Article 1121, Canada’s NAFTA Statement of Implementation states that the investor and its enterprise must “waive their right to initiate or continue legal proceedings...*concerning* the measure in question.” Accordingly, the ordinary meaning of the phrase “with respect to” requires a broad interpretation.⁴⁵

31. Del mismo modo, en su escrito 1128, los Estados Unidos reafirmaron la interpretación que expusieron de manera reciente en el caso *Detroit International Bridge c. Canadá*, como sigue:

As the United States has previously argued, the phrase “with respect to” in Article 1121(b) should be interpreted broadly. This construction of the phrase is consistent with the purpose of the waiver provision: to avoid the need for a Respondent to litigate concurrent and overlapping proceedings

⁴³ KBR, Inc. Form 10-Q for the Period Ending 03/31/14, June 19, 2014, p. 29. Anexo R-030

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ Escrito 1128 de Canadá, del 30 de julio de 2014, ¶ 8.

in multiple forums, and to minimize not only the risk of double recovery, but also the risk of “conflicting outcomes (and thus legal uncertainty).”⁴⁶
[footnotes omitted]

32. Es evidente que los procedimientos de Nueva York y Luxemburgo son “en relación” (relate to) y “se refieren” (concern) tanto a la sentencia de anulación del Laudo, como a la ejecución de las garantías de cumplimiento, y el continuar con este arbitraje se derivaría en “procedimientos concurrentes en múltiples foros”.

33. A continuación, México se referirá de manera más específica a los argumentos de la Demandante en relación con los procedimientos de Nueva York y Luxemburgo.

A. Procedimientos de Nueva York

34. La Demandante sostiene que no es posible que los procedimientos de ejecución sean respecto a la misma medida objeto del arbitraje del TLCAN, debido a que la sentencia de anulación “no existía en el momento” que iniciaron los procedimientos.⁴⁷ Sin embargo, la Demandante estaba muy consciente cuando inició el procedimiento de ejecución en Nueva York de que había serias dudas sobre el reconocimiento del Laudo en México, que de hecho fueron las cuestiones que sirvieron de base para la anulación. COMMISA se apresuró en buscar la ejecución del Laudo en Nueva York en enero de 2010, tan sólo un mes después de que el Laudo fuera emitido en México, sabiendo desde el principio que la situación jurídica del Laudo estaba en duda.

35. Como fue descrito con anterioridad, en febrero de 2012 la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito revocó la decisión la Corte de Distrito para confirmar el Laudo de la CCI, a quien le instruyó considerar el efecto de la anulación. En enero de 2013, la Corte de Distrito liberó los

⁴⁶ Escrito 1128 de los Estados Unidos de América, del 14 de febrero de 2014, ¶ 6.

⁴⁷ Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶ 67.

fondos que PEP había depositado como garantía antes de realizar su primera apelación, y explicó el estatus del procedimiento como sigue:

The issue put to me by the [Court of Appeals'] Mandate has proven to be difficult. I am required to understand various complexities and changes of Mexican law: the role of administrative rescission in a public works contract; the changing interplay between arbitration and administrative rescission in relation to the contract between the parties, which provides for both methods of dispute resolution; the availability of full and fair dispute-resolution proceedings in administrative rescission, generally and in relation to the instant set of disputes between the parties; whether the judgment of the Mexican court purporting to nullify the arbitration award deprives the parties, or either of them, of an opportunity for a fair resolution of their dispute; and more.

These issues are substantially different from those I encountered initially.⁴⁸

La Demandante intenta describir los procedimientos ante las cortes como algo estático, como si la búsqueda de la ejecución del laudo, en la mayor brevedad posible, le permitiera tratar sus actuaciones ante las cortes de Nueva York, como eventos aislados de los posteriores o demás que las rodean. La propia Corte de Distrito no consideró la situación de esa manera.

36. Aun cuando la Corte de Distrito decidió confirmar el Laudo en agosto de 2013, reconoció que el estatus y trato del Laudo, de conformidad con la legislación mexicana, a la luz de la anulación, formaron parte clave del fallo. Al respecto, uno de los jueces de la Corte de Distrito expresó lo siguiente: “what is my discretion acting as a U.S. District Judge to confirm an award that a foreign country has held to be invalid?”⁴⁹ De manera precisa, el tribunal expresó esta cuestión de la siguiente manera:

⁴⁸ Order Granting Respondent's Motion for Release of Funds Deposited Pending Appeal, Jan. 17, 2013, p. 2. Anexo R-031.

⁴⁹ Opinion and Order Granting Petitioner's Motion to Confirm Arbitration Award, 10 Civ. 206 (Aug. 27, 2013), p. 20. Anexo R-001.

This is the dilemma of this case, a dilemma that the remand of the Second Circuit asks me to resolve. The issue, as it is framed by treaty, statute and case law is this: What, if any, is the discretion of a court asked to confirm an arbitration award that has been nullified by a competent authority of the state in which the arbitration was held?⁵⁰

37. La Demandante se refiere a la declaración de la Corte de Distrito como sigue: “neither deciding, nor reviewing, Mexican law.”⁵¹ Sin embargo, si se analiza la declaración dentro de su contexto, es claro que la Corte de Distrito simplemente estaba haciendo el punto obvio de que no pretendía ser un tribunal mexicano. Inmediatamente después de la única frase citada por la Demandante, la Corte de Distrito añadió:

I base my decision not on the substantive merit of a particular Mexican law, but on its application to events that occurred before that law’s adoption. At the time COMMISA brought its claims against PEP, there was no statute, case law, or any other source of authority that put COMMISA on notice that it had to pursue its claims in court, instead of in arbitration. COMMISA reasonably believed that it was entitled to arbitrate the case, and the Eleventh Collegiate Court’s decision disrupted this reasonable expectation by applying a law and policy that were not in existence at the time of the parties’ contract, thereby denying COMMISA an opportunity to obtain a hearing on the merits of its claims. The decision therefore violated basic notions of justice, and I hold that the Award in favor of COMMISA should be confirmed.⁵²

38. COMMISA vinculó por sí misma los procedimientos judiciales mexicanos, en particular la sentencia de anulación, a sus esfuerzos para hacer cumplir el Laudo de la CCI. En marzo de 2012, después de haberse emitido la sentencia de anulación, COMMISA argumentó que la deferencia a ésta última era “injusta”, tal como lo está tratando de hacer ahora en el arbitraje del TLCAN.⁵³

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶ 67, fn. 78.

⁵² Opinion and Order Granting Petitioner’s Motion to Confirm Arbitration Award, 10 Civ. 206 (Aug. 27, 2013), p. 31. Anexo R-001.

⁵³ Memorandum of Law in Opposition to Respondent’s Motion to Dismiss and in Support of Petitioner’s Renewed Motion to Confirm Arbitral Award, Mar. 26, 2012, p. 38. Anexo R-032.

39. Como ha sido discutido de manera previa por México en su Escrito,⁵⁴ COMMISA presentó argumentos ante la Corte de Distrito en relación con la sentencia de anulación, incluyendo lo siguiente:

- “[t]he Mexican ruling violates Mexican law”;
- “the Collegiate Court violated well-settled Mexican law on the separability of arbitration agreements from contracts”;
- “the Collegiate court flip flops on whether PEP is a private or public entity”;
- “the decision was impermissibly retroactive”;
- “the Mexican court misinterpreted the arbitration provision”;
- “the decision is contrary to basic precepts of Mexican contract law.”⁵⁵

40. Es claro que tanto la sentencia de anulación como la ejecución de las garantías de cumplimiento han sido cuestiones centrales a los procedimientos de Nueva York. Es ridículo que la Demandante los describa como “incidentales o tangenciales”.⁵⁶

B. Procedimientos de Luxemburgo

41. La Demandante sostiene que la anulación es “irrelevante” para los procedimientos de Luxemburgo, ya que, según ésta, las cortes de Luxemburgo no reconocen si un laudo ha sido anulado por un Estado.⁵⁷ Incluso, la Demandante afirma que la anulación “no juega ningún papel” en las cortes de Luxemburgo.⁵⁸

42. Al realizar este argumento, KBR ignora los hechos reales de los procedimientos de Luxemburgo. En su Escrito sobre Jurisdicción, México citó la decisión de la Corte de

⁵⁴ Escrito sobre Jurisdicción de la Demandada, ¶¶ 61-67.

⁵⁵ Memorandum of Law in Opposition to Respondent’s Motion to Dismiss and in Support of Petitioner’s Renewed Motion to Confirm Arbitral Award, Mar. 26, 2012, pp. 30-33. Anexo R-032.

⁵⁶ Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶ 81.

⁵⁷ *Ibid.*, ¶ 71.

⁵⁸ *Ibid.*, ¶ 81.

Apelaciones de Luxemburgo, de diciembre de 2013, en la que revierte la orden de congelación y en la que afirma que:

In the context of ascertaining the existence of a sufficiently certain debt to allow for a freezing order, the judge may not ignore the fact that the legal title which supports the authorization, i.e. the arbitral award of 16 December 2009, was set aside at the date of the freezing order of 22 January 2013.⁵⁹

Evidentemente, las cortes de Luxemburgo consideraron que la sentencia de anulación era relevante, y que era una cuestión crucial en esos procedimientos.

43. La decisión de la Demandante de buscar la ejecución del Laudo en Luxemburgo, demuestra por sí misma, una estrecha relación con las medidas en cuestión que son parte de la reclamación del TLCAN. En su Escrito de Contestación, la Demandante señala que en marzo de 2013 inició los procedimientos en Luxemburgo con la siguiente finalidad: “in the hopes of ensuring it had some protection.”⁶⁰ La coincidencia de tiempos no es una casualidad. Más bien, como lo declara la Demandante es su Escrito de Contestación: “[t]he SDNY had released the [first] security bond PEP placed with the court, and COMMISA was concerned that PEP would remove its assets from the U.S., making it impossible for COMMISA to recover the ICC Award.”⁶¹

44. El momento de las actuaciones de COMMISA revelan la estrecha correlación entre la anulación de los tribunales mexicanos; las actuaciones en Nueva York y Luxemburgo y el arbitraje del TLCAN. El 17 de enero de 2013, como resultado de la primera sentencia de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, la Corte de Distrito de Nueva York liberó la garantía

⁵⁹ *Arrêt civil, Audience publique du 18 décembre deux mille treize*, p. 18 (con traducción de cortesía en inglés). Anexo R-013.

⁶⁰ Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶ 55.

⁶¹ *Id.*

inicial de US\$395,009,641.34 que PEP había depositado.⁶² El 22 de enero de 2013, COMMISA solicitó ante las cortes de Luxemburgo que se congelaran los activos de PEP y PEMEX en los bancos de Luxemburgo. La solicitud fue concedida el día siguiente.⁶³ El 19 de febrero de 2013, la Demandante presentó su Aviso de Intención en el marco del TLCAN.

45. Por lo tanto, los tres procesos están íntimamente conectados. La Demandante inició este arbitraje del TLCAN como un mecanismo de respaldo (back-up) para sumar esfuerzos en obtener el monto del Laudo de la CCI.

VI. EL REQUISITO DE RENUNCIA APLICA A LOS PROCEDIMIENTOS DE NUEVA YORK Y LUXEMBURGO

46. La Demandante sostiene que el alcance del Artículo 1121 se limita a la renuncia de las reclamaciones por daños,⁶⁴ y afirma que: “the New York and Luxembourg proceedings are not subject to Article 1121 waiver because they are confirmation proceedings, not claims for damages.”⁶⁵ Así mismo, la Demandante alega que: “Mexico has expressly acknowledged that the NAFTA Article 1121 waiver is limited to claims for ‘damages only.’”⁶⁶

47. México ha explicado que la prohibición en el Artículo 1121 aplica a los tribunales y otros procedimientos de solución de diferencias que no se llevan a cabo en México - con independencia de si implican reclamaciones de daños o no.⁶⁷ El Artículo 1121 prohíbe a la

⁶² Order Granting Respondent’s Motion for Release of Funds Deposited Pending Appeal, Jan. 17, 2013. Anexo R-031.

⁶³ *Arrêt civil, Audience publique du 18 décembre deux mille treize, Nos. 40145 and 40147* (with courtesy English translation). Anexo R-013.

⁶⁴ Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶¶ 94-95.

⁶⁵ *Ibid.*, ¶ 6.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ Escrito sobre Jurisdicción de la Demandada, ¶ 73.

Demandante y a su inversión continuar los procedimientos respecto a la medida en litigio, como los procedimientos en Nueva York se encuentran ante una corte de conformidad con las leyes de los Estados Unidos (“tribunal conforme al derecho de cualquiera de las Partes”) y los procedimientos en Luxemburgo son “otros procedimientos de solución de diferencias.”⁶⁸ La única excepción al requisito de renuncia es la que se refiere a los “procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños” en México.⁶⁹ Por lo que los procedimientos de Nueva York y Luxemburgo no se encuentran cubiertos por esta excepción.

48. La Demandante trata de confundir al Tribunal al apoyarse en citas, aisladas y tomadas fuera de contexto, de escritos de México emitidos en diferencias anteriores. La Demandante cita una frase introductoria del escrito 1128 que México presentó en el caso *Detroit Bridge International c. Canadá*, sosteniendo que la misma apoya su posición.⁷⁰ Sin embargo, no reproduce los párrafos del mismo escrito en los que México abordó específicamente si una parte demandante podría iniciar un procedimiento que no fuera de daños en país que no fuera la Parte demandada.

A esto, México señaló:

15. With regard to the question whether Article 1121 allows DIBC to pursue injunctive relief in the U.S. courts with respect to a measure that is a subject of its NAFTA claim, Mexico agrees with Canada that a proceeding in a U.S. court is not a proceeding “under the domestic law” of Canada. Civil litigation in the U.S. courts is conducted pursuant to the U.S. Federal Rules of Civil Procedure, 28 U.S.C. Appendix. Any injunctive or declaratory relief ordered by a U.S. court would be issued and enforced pursuant to U.S. domestic law.

⁶⁸ *Ibid.*, ¶ 70.

⁶⁹ *Ibid.*, ¶¶ 71-72.

⁷⁰ Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶ 82.

16. For this reason, DIBC's attempted parsing of the negotiating history of Chapter 11 is beside the point. U.S. court proceedings are proceedings under U.S. law.⁷¹

La posición que México presentó en su escrito 1128 en el caso *Detroit Bridge International c. Canadá* es la misma que presenta en este caso.

49. La Demandante tergiversa el contenido de las renunciaciones proporcionadas por los demandantes en casos previos, afirmando que los mismos no renunciaron a su derecho de presentar reclamaciones que no fueran de daños fuera de México.⁷² De hecho, los demandantes en el caso *Corn Products International c. México*, presentaron renunciaciones que reproducen exactamente los requisitos del Artículo 1121, declarando lo siguiente:

Pursuant to Articles 1121(1)(b) and 1121(2)(b) of the NAFTA, Com Products waives its right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party to NAFTA, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measures of the Government of the United Mexican States ("Mexico") that are alleged, in Com Products' Request for Institution of Arbitration Proceedings, to be a breach referred to in Articles 1116 and 1117 of NAFTA, except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief; not involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the laws of Mexico.⁷³

50. Los demandantes en el caso *Cargill c. México* también realizaron su renuncia de manera apropiada:

Cargill/Cargill de Mexico S.A. de C.V., Incorporated waives its right to initiate or continue before any administrative or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach referred to in Article 1116 or Article 1117, except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the

⁷¹ Escrito 1128 de los Estados Unidos Mexicanos, del 14 de febrero de 2014.

⁷² Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶ 95, fn. 100.

⁷³ Consent and Waiver of Corn Products International, Inc. and Arancia Corn Products S.A. de C.V., October 8 and October 13, 2003. Anexo R-033.

payment of damages, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party.⁷⁴

51. Tanto Canadá como los Estados Unidos reafirmaron en sus escritos 1128 que la Demandante debe de abstenerse o suspender cualquier procedimiento fuera de México, incluyendo otros remedios por daños y perjuicios, con el fin de satisfacer el requisito de renuncia. En este sentido, Canadá declaró:

The only exception to the waiver rule in Article 1121 is the right of the claimant to initiate or continue “proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party.” In other words, proceedings with respect to a measure alleged to breach the NAFTA are permitted before the courts and tribunals of the respondent NAFTA party as long as such proceedings do not involve the payment of damages.⁷⁵

52. Los Estados Unidos reafirmaron la declaración que sostuvieron ante el tribunal del caso

Detroit Bridge International c. Canadá, como sigue:

Article 1121(1)(b) includes an exception to the waiver requirement for “proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party.” The United States agrees with Canada and Mexico that the NAFTA Parties intended this exception to be limited to proceedings before an administrative tribunal or court constituted under the law of the disputing Party. This reading is consistent with the NAFTA’s negotiating history. The purpose of this exception is to allow a claimant to initiate or continue certain proceedings to preserve its rights during the pendency of the arbitration, in a manner consistent with the broader purposes of the waiver requirement, set forth in paragraph 6 above. It would not be consistent with this purpose to allow a claimant in a NAFTA proceeding to bring a claim for extraordinary relief in one NAFTA Party “under the law of” a different NAFTA Party. The exception in Article 1121(1)(b) thus does not permit a claimant to initiate or continue “proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages,” with respect

⁷⁴ Consent and Waiver of Cargill, Incorporated, 21 December, 2004. Anexo R-034.

⁷⁵ Escrito 1128 de Canadá, del 30 de Julio de 2014, ¶ 11.

to the measure before an administrative tribunal or court constituted under the law of any other NAFTA Party, or of a non-Party.⁷⁶

En consecuencia, las tres Partes del TLCAN sostienen una opinión unánime sobre el alcance requerido por la renuncia.

VII. LOS PROCEDIMIENTOS DE NUEVA YORK Y LUXEMBURGO SON DE HECHO PROCEDIMIENTOS DE DAÑOS

53. En su Escrito de Contestación, la Demandante intenta caracterizar de manera sutil sus actuaciones antes las cortes de Nueva York y de Luxemburgo, al definirlos como: “confirmation proceedings [that] seek to convert a vested right (the arbitral award) into an enforceable court order,” y como: “designed exclusively to convert a vested right (here, the ICC Award) into a court order in the country of recognition and enforcement.”⁷⁷ En este sentido, la Demandante busca minimizar el significado y alcance de los procedimientos, afirmando que: “confirmation actions are intended to be ‘summary proceedings’ that ‘do[] little more than give the award the force of a court order.’”⁷⁸

54. Sin embargo, independientemente de cuál sea el “prospósito” o “diseño” de dichos procedimientos, las actuaciones de COMMISA en realidad no han sido simples requisitos para formalizar el Laudo de la CCI. Por el contrario, han sido provocadoras y contenciosas, ya que a la luz de la sentencia de anulación, la Demandante ha reclamado persistentemente - y obtenido - daños y perjuicios, incluyendo montos que no derivaban del Laudo de la CCI. Como se señaló anteriormente, esto ha sido reconocido por KBR en sus informes anuales más recientes:

Consistent with our treatment of the claims, we have recorded \$401 million in claims and accounts receivable as we believe it is probable we

⁷⁶ Escrito 1128 de los Estados Unidos de América, del 14 de febrero de 2014, ¶ 7.

⁷⁷ Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶¶ 5-6, 66.

⁷⁸ *Ibid.*, ¶ 66.

will recover the amounts awarded to us, including interest and expense and the amounts we recently paid on the bonds. PEP has sufficient assets in the U.S. and Luxembourg, which we believe we will be able to attach as a result of the recognition of the ICC arbitration award....⁷⁹

55. Como ha sido reconocido, los procedimientos que involucran el pago de daños, son simplemente aquéllos que involucran el pago de un remedio monetario.⁸⁰ Como se analiza a continuación, tanto los procedimientos en Nueva York como en Luxemburgo son procedimientos de daños.

A. Procedimientos de Nueva York

La Demandante afirma que: “[i]n its binding decision, the SDNY court held that confirmation of an arbitral award must entail a judgment for the “full amount of the award, “not a diminished amount,” y que: “[a]ccordingly, the SDNY court entered judgment for \$465 million, representing the amount of the ICC award plus interest, and the amount of COMMISA’s loss on the performance bonds.”⁸¹ Tal interpretación sugiere que la confirmación de agosto de 2013 incluyó la cantidad del fallo y pasa por alto el hecho de que la cifra no se definió sino hasta un mes más tarde.

56. Cuando la corte emitió su fallo, la cantidad en cuestión no había sido confirmada. En su lugar, la corte declaró:

Several issues remain before this case can be closed: the amount of the judgment to be entered in COMMISA's favor, whether that judgment should reflect COMMISA's obligations under its performance bonds and the judgment in Mexico in favor of PEP against COMMISA's sureties

⁷⁹ KBR 2013 Form 10-K-A, p. 107. Anexo R-029.

⁸⁰ Dan Dobbs, *Dobbs Law of Remedies* § 1.1 at 3 (West Publishing Co, 1993). Anexo RL-028.

⁸¹ Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶ 53.

with respect to those bonds, the re-deposit by PEP of a cash deposit in lieu of a supersedeas bond, and any other appropriate matters.⁸²

57. En una audiencia que se llevó a cabo un mes después, COMMISA argumentó enérgicamente que la sentencia debía incluir la cantidad para compensar el pago de las garantías de cumplimiento pagadas a PEP, que iban más allá de la cantidad del Laudo de la CCI. La Corte así lo reconoció y afirmó:

I understand, Mr. Tracy's point that what I am doing is taking into account collateral matters and those collateral matters are not part of my competence and, therefore, I am not entitled under those jurisdiction to do it 9 U.S.C. Section 10 207. However, I ruled that the matter of this issue is integral to the award itself. It reflects not a willingness to accept the award as authoritative but rather as nullified. And it's opposite to what I am doing and it would be putting on blinders not to recognize it.⁸³

58. Por supuesto, la única razón por la que COMMISA planteó la cuestión de la devolución de las garantías de cumplimiento fue debido a que la sentencia de anulación hacía a COMMISA responsable ante PEP por incumplimiento. De conformidad con la sentencia de anulación, el 24 de octubre de 2011, PEP obtuvo una sentencia en México del Segundo Tribunal Unitario del Primer Circuito que ordenaba el pago de la garantía de cumplimiento de COMMISA. Por lo tanto, la sentencia de anulación formaba parte integral de los procedimientos de ejecución en relación con las garantías de cumplimiento.

B. Procedimientos de Luxemburgo

59. Los procedimientos de Luxemburgo implican igualmente el pago de daños y perjuicios. Como se expuso anteriormente, en marzo de 2013, la Demandante presentó una reclamación en Luxemburgo tratando de confirmar el Laudo de la CCI. Como la Demandada señaló en su

⁸² Opinion and Order Granting Petitioner's Motion to Confirm Arbitration Award, 10 Civ. 206 (Aug. 27, 2013), p. 32. Anexo R-001.

⁸³ Transcript of Proceedings Re: Conference Held on 9/12/2013, Sept. 26, 2013, p. 14. Anexo R-035.

Escrito sobre Jurisdicción, la Demandante también ha realizado otras actuaciones en Luxemburgo. La Demandante denomina tales procedimientos como: “interim actions ancillary to the proceeding for confirmation of the ICC Award, and thus even further removed from the measures that KBR is challenging in this NAFTA arbitration.”⁸⁴ La caracterización de la Demandante es incorrecta.

60. Como la Demandada señaló en su Escrito, antes de que los procedimientos de confirmación se llevaran a cabo en marzo de 2013, en enero de 2013 la Demandante ya había realizado actuaciones en Luxemburgo con la finalidad de congelar los activos de PEP y de PEMEX. La Demandante inició tales procedimientos el 22 de enero, cinco días después de que la Corte de Distrito de Nueva York liberara los fondos que PEP había depositado. El 23 de enero, el *Tribunal d'arrondissement* de Luxemburgo concedió la solicitud ex parte y reconoció la existencia de una deuda en favor de COMMISA. El 11 de febrero, COMMISA notificó dicha orden a 48 instituciones financieras y buscó su validación con el fin de obtener el pago, lo que derivó en la congelación de los activos de PEP y PEMEX.⁸⁵ En el Aviso de Intención que la Demandante presentó el 19 de febrero de 2013, ocho días después, no se hizo referencia alguna a estos procedimientos.

61. El 25 de junio de 2013, COMMISA solicitó una segunda orden de embargo en contra de PEP y PEMEX, que el *Tribunal d'arrondissement* concedió el mismo día y mediante el cual autorizó el embargo por COMMISA.⁸⁶ Cabe destacar que esta cantidad representaba el valor de la

⁸⁴ Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶ 56.

⁸⁵ *Arrêt civil, Audience publique du 18 décembre deux mille treize*, Nos. 40145 and 40147 (with courtesy English translation). Anexo R-013.

⁸⁶ *Requête en Metiere de Saisie Arrêt, a Monsieur le Président du Tribunal d'Arrondissement de et a Luxembourg* (June 25, 2013). Anexo R-017.

cantidad de las transferencias electrónicas que COMMISA afirmó haber pagado conforme a las garantías de cumplimiento.⁸⁷ En su Escrito de Contestación, la Demandante afirma que estos procedimientos han sido: “even further removed from the measures that KBR is challenging in this arbitration,”⁸⁸ sin embargo, ese difícilmente puede ser el caso cuando el pago de las garantías de cumplimiento es una de las medidas que objeto de la reclamación del TLCAN.

VIII. EL RIESGO DE UNA DOBLE REPARACIÓN ES GENUINO

62. Casualmente, la Demandante rechaza que COMMISA está buscando la reparación de daños monetarios en los diversos procedimientos y que KBR puede obtener en tales procedimientos los mismos montos reclamados en el arbitraje del TLCAN. La Demandante simplemente afirma que no existe un riesgo de una doble reparación, ya que, como lo declara en su Escrito de Contestación: “KBR will not seek it.”⁸⁹ La Demandante agrega que deduciría cualquier cantidad obtenida del monto reclamado en el TLCAN y argumenta que por lo tanto la posibilidad de una doble reparación no es una razón válida en esta etapa preliminar para eludir de manera prematura los derechos de un inversionista de iniciar un procedimiento en el TLCAN.⁹⁰

63. La protección legal frente al riesgo de una doble reparación, debido a la existencia de actuaciones simultáneas ejercidas por la Demandante, no se resuelve simplemente con la garantía informal de la Demandante de no buscarla. Lo anterior es cierto, particularmente a la luz de la renuncia distorsionada que presentó la Demandante, en la que deja claro que KBR y COMMISA no renunciarán a:

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶ 56.

⁸⁹ *Ibid.*, ¶¶ 88, 91.

⁹⁰ *Ibid.*, ¶¶ 13, 91.

Sus derechos bajo la *Opinion and Order Granting Petitioner's Motion to Confirm Arbitration Award and Denying Respondent's Motion to Dismiss Petition* emitida por el Juez Alvin K. Hellerstein del *United States District Court for the Southern District of New York*, de fecha 27 de agosto de 2013.⁹¹

64. En su Escrito de Contestación, la Demandante hace énfasis en que no está dispuesta a alterar esa sentencia judicial:

[T]he NAFTA waiver cannot be understood to require Claimant to ask that the courts eradicate binding orders and a judgment in COMMISA's favor issued *before* COMMISA submitted its NAFTA claim to arbitration i.e., that it will not disturb those judgments.⁹²

65. Es importante destacar que todos los daños que COMMISA está buscando de PEMEX ya se han puesto a disposición de la Corte de Distrito y serán entregados a COMMISA si el fallo de la Corte de Distrito, en relación con la decisión del Décimo Primer Tribunal, no es revertido.

66. La Demandante hace referencia a diversos precedentes con la finalidad de apoyar sus argumentos de que la doble reparación es una “posibilidad incierta” y que se “asegurará” de que la reparación por medio de diversas fuentes no se duplique.⁹³ Sin embargo, existe una gran posibilidad de que el arbitraje del TLCAN se resuelva antes que los demás procedimientos. En el supuesto de que este Tribunal llegara a determinar una indemnización por daños completos, y más tarde, se autorizara a COMMISA a cobrar el depósito que PEP realizó en Nueva York, o a embargar los activos de PEP en Luxemburgo, no habría ningún mecanismo jurídico a disposición de México para evitar que COMMISA obtuviera una doble reparación. Este Tribunal habría “cumplido su cometido” (*functus officio*) y no tendría poder para enmendar su fallo anterior. El requisito de renuncia pretende evitar esta misma posibilidad.

⁹¹ Notificación de Arbitraje de KBR, Anexo A.

⁹² Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶ 7.

⁹³ *Ibid.*, ¶¶ 89-91.

67. Por otra parte, la finalidad de la renuncia es evitar el litigio de las cuestiones en dos o más instancias de manera simultánea. Canadá identificó esta preocupación en su escrito 1128, y declaró lo siguiente:

[T]he NAFTA parties put in place a waiver requirement to ensure that they would not have to defend against claims relating to government measures in multiple proceedings at the same time and from having to continue to defend against such claims after the NAFTA arbitration is concluded.⁹⁴

Como fue declarado por México en su Escrito sobre Jurisdicción, la búsqueda simultánea del pago de daños basándose en la incapacidad para obtener el pago de un laudo arbitral, es un clásico ejemplo de los riesgos de inseguridad jurídica y acciones que el Artículo 1121 pretende evitar.⁹⁵

IX. EL CASO NO PUEDE PROCEDER SIN UNA RENUNCIA VÁLIDA PRESENTADA EN TIEMPO

68. La demandante sostiene que la renuncia es una cuestión de la admisibilidad, no de jurisdicción, de tal forma que el Tribunal puede concederle la oportunidad de subsanar cualquier defecto.⁹⁶ La Demandante afirma que, en el caso *Waste Management II*, el tribunal aceptó la reclamación, una vez que la demandante subsanó la renuncia que el tribunal en el caso *Waste Management I* había encontrado defectuosa, tratándola como una cuestión de admisibilidad, y no de jurisdicción.⁹⁷ La caracterización del caso *Waste Management II* hecha por la Demandante, es incorrecta.

69. El fallo emitido por el tribunal en el caso *Waste Management II* demuestra que éste estuvo plenamente de acuerdo con el tribunal del caso *Waste Management I*, el cual desestimó la

⁹⁴ Escrito 1128 de Canadá, del 30 de julio de 2014, ¶ 9.

⁹⁵ Escrito sobre Jurisdicción de la Demandada, ¶ 82.

⁹⁶ Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶¶ 105-106.

⁹⁷ *Ibid.*, ¶ 107.

reclamación por falta de jurisdicción.⁹⁸ El tribunal en el caso *Waste Management II* consideró tres cuestiones:

- si el Artículo 1121 del TLCAN limita a la demandante a presentar la misma reclamación a arbitraje de una sola vez;⁹⁹
- si el principio de cosa juzgada, impidió que la demandante pudiera volver a presentar la misma reclamación a arbitraje con una renuncia efectiva;¹⁰⁰ y
- si volver a presentar una misma reclamación de arbitraje equivale a un abuso de proceso.¹⁰¹

Al constatar que el Artículo 1121 no impidió que la Demandante volviera a presentar la misma reclamación, el tribunal en el caso *Waste Management II* observó lo siguiente:

La primera razón debe hallarse precisamente en el lenguaje del Artículo 1121. El significado normal de una “condición previa” es el de una condición *sine qua non*, un sin el cual toda acción subsiguiente no será válida o efectiva conforme a derecho. El lenguaje del Artículo 1121 apunta al mismo efecto que su título: "Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, “*sólo si*” se satisfacen dos condiciones. En otras palabras, si tales condiciones no son satisfechas, no podrá someterse la controversia a arbitraje conforme al Capítulo XI del TLCAN. Fue sobre la base de esta argumentación que el primer Tribunal sostuvo que el hecho de que la demandante no hubiese presentado una renuncia válida significaba que éste no tenía competencia. Lo mismo se aplicaría, evidentemente, si un demandante no cumpliera con el Artículo 1121 (a), es decir, no consintiera al arbitraje de conformidad con los procedimientos establecidos. En cambio, los requisitos meramente procesales que debían ser satisfechos en el momento de presentar una solicitud no necesariamente apuntarían a la cuestión de la competencia sino que podrían ser subsanados posteriormente por la demandante.¹⁰²

⁹⁸ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos [II]*, (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3), *Objeción Preliminar de México relativa al Procedimiento Previo* (June 26, 2002) Anexo RL-029.

⁹⁹ *Ibid.*, ¶¶ 26-37.

¹⁰⁰ *Ibid.*, ¶¶ 38-47.

¹⁰¹ *Ibid.*, ¶¶ 48-50.

¹⁰² *Ibid.*, ¶ 33.

Como se puede observar, el tribunal de *Waste Management II* estuvo de acuerdo con el tribunal en el caso *Waste Management I* en el hecho de que éste se hubiera declarado sin jurisdicción, debido a que la demandante no presentó una renuncia válida. En otras palabras, ninguno de los tribunales consideró el hecho de no cumplir con el requisito de renuncia como una cuestión de admisibilidad, que podría ser subsanada más tarde mediante la presentación de una renuncia efectiva en el mismo procedimiento.

70. Las tres Partes del TLCAN están de acuerdo en este punto. En su escrito 1128, los Estados Unidos declararon que: “[w]ithout an effective waiver, there is no consent of the NAFTA party necessary for a tribunal to assume jurisdiction over the dispute,” y que “a tribunal itself cannot remedy an ineffective waiver.”¹⁰³ Los Estados Unidos hicieron hincapié en que la renuncia no es una cuestión de admisibilidad, sino una cuestión de jurisdicción, ya que sin una renuncia efectiva no existe el consentimiento de las Partes.

71. De manera similar, Canadá declaró que:

There is no consent to arbitration under Article 1122(1), and hence no jurisdiction for a NAFTA tribunal, unless a claimant complies with the conditions precedent to the submission of a claim to arbitration set out in Article 1121.¹⁰⁴

72. México coincide con EE.UU y Canadá.

73. La Demandante sostiene que México no puede basarse en los escritos de Canadá o en el propio escrito que México presentó el 24 de febrero en el caso *Detroit International Bridge*.¹⁰⁵

¹⁰³ Escrito 1128 de los Estados Unidos de América, del 30 de julio de 2014, ¶¶ 2, 3 (citando *Railroad Development Corp. v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, Decision on Objection to Jurisdiction CAFTA Article 10.20.5 ¶ 61 (Nov. 17, 2008).

¹⁰⁴ Escrito 1128 de Canadá, del 30 de julio de 2014, ¶ 5.

¹⁰⁵ Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶ 74.

La Demandada argumenta que al escrito 1128 de México no se le puede atribuir valor alguno por tratarse de un escrito que se emitió durante este procedimiento, una vez que México presentó su Escrito objetando la validez de la renuncia presentada por KBR y la jurisdicción del tribunal. Al respecto, KBR declaró que: “[s]tatements made by a party during an arbitration under a treaty for the benefit of third parties are not statements of authentic interpretation.”¹⁰⁶

74. Sin embargo, como México indicó anteriormente, la unanimidad de las Partes en relación con el alcance del Artículo 1121, tal como se expresa en los escritos emitidos por las Partes de conformidad con el Artículo 1128, constituye un “subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the [NAFTA] or the application of its provisions” y una “subsequent practice establishing the agreement of the parties regarding [the NAFTA’s] interpretation”, de conformidad con el Artículo 31 de la Convención de Viena, que debería de ser considerado como vinculante por los tribunales.¹⁰⁷ Las Partes del TLCAN han expresado sus opiniones unánimes sobre las cuestiones de renuncia y jurisdicción.

75. La Demandante afirma que no puede renunciar a los procedimientos que inició una vez que éstos han sido apelados. Sin embargo, la Demandante puede retirar sus actuaciones de ejecución del Laudo en Nueva York y sus solicitudes de embargo en Luxemburgo. La Demandante debe de abstenerse de continuar o interrumpir “cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos

¹⁰⁶ *Ibid.*, ¶¶ 79-80. No está claro por qué la Demandante cita el artículo de Arsanjani – Reisman (en su nota al pie número 86) como soporte de su reclamación de que las posiciones oficiales de las Partes del TLCAN deben ser ignoradas. El artículo es un “comentario” corto, inspirado por una sola oración de una decisión/*dictum* de un laudo del CIADI que anuló una resolución previa emitida por un árbitro que estimó no haber tenido jurisdicción sobre una disputa en arbitraje. El comité de anulación se basó en la historia de la negociación para justificar un fallo que restituyó la reclamación.

¹⁰⁷ Escrito sobre Jurisdicción de la Demandada, ¶¶ 36-39.

de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria”, de conformidad con los requisitos que prevé el Artículo 1121.

76. Como México ha explicado anteriormente, la renuncia debió haber sido efectiva y sometida el 1º de octubre de 2013, fecha en que México reconoció como sometida la reclamación de arbitraje presentada por la Demandante.¹⁰⁸ Si KBR hubiera legítimamente tratado de cumplir con los requisitos del Artículo 1121 y se hubiera comprometido con el arbitraje del TLCAN, podría haber presentado una renuncia apropiada en ese momento. Si la Demandante no renuncia a su derecho de recurrir a otros foros con respecto a una medida que se alega constituye una violación del TLCAN, de manera compatible con el Artículo 1121, no existe consentimiento al arbitraje y, por tanto, el Tribunal carece de jurisdicción.

77. La Demandante argumenta que, si el Tribunal determina que no tiene jurisdicción debido a que la renuncia es deficiente, KBR y COMMISA serán: “deprived of all access to NAFTA.”¹⁰⁹ Así mismo, la Demandante afirma que no podrá renunciar a los procedimientos ya que: “[...] COMMISA already has won them at the trial court level and Mexico and its State enterprise PEP currently control them on appeal,” y declara que sería inequitativo y equivalente a una: “[...] violation of fundamental tenets of international law,” el privar a KBR de la jurisdicción del TLCAN debido a un procedimiento al que no pueden renunciar.¹¹⁰

78. Sin embargo, estos argumentos son producto de las circunstancias en que la Demandante se encuentra como resultado de sus propias actuaciones. Como México declaró en su Escrito sobre Jurisdicción, una vez que los tribunales confirmaron los derechos de PEMEX para rescindir el

¹⁰⁸ *Ibid.*, ¶ 52.

¹⁰⁹ Contestación de la Demandante al Escrito sobre Jurisdicción, ¶¶ 110, 113.

¹¹⁰ *Ibid.*, ¶¶ 7, 97-99.

contrato, COMMISA tenía la oportunidad de haber realizado una reclamación de daños ante los tribunales en México, y sin embargo, decidió iniciar una reclamación de arbitraje ante la CCI.¹¹¹ Después de haber ganado el laudo arbitral de la CCI, podría haber tratado de ejecutar el mismo en México, pero en su lugar optó por hacerlo en los Estados Unidos. Además, después de la sentencia de anulación de septiembre de 2011, la Demandante podría haber presentado un aviso de intención para iniciar el arbitraje del TLCAN seis meses después, en marzo de 2012. En su lugar, decidió iniciar hasta febrero de 2013.

79. La Demandante ejecutó una estrategia en la que confió principalmente en los tribunales de los Estados Unidos. KBR lo reconoció en su informe anual de 2012, antes de la presentación de la reclamación del TLCAN, en el que declaró que si sus procedimientos judiciales en curso no tenían éxito, recurriría a un arbitraje de conformidad con el TLCAN para perseguir esos mismos daños. En este sentido, declaró lo siguiente:

The circumstances of this matter are unique and in the unlikely event we are not able to collect the arbitration award in the U.S., we will pursue other remedies including filing a North American Free Trade Agreement (“NAFTA”) arbitration to recover the award as an unlawful expropriation of assets by the government of Mexico and collection efforts in other jurisdictions.¹¹²

El Capítulo XI del TLCAN no fue diseñado ni pensado para dar cabida a la estrategia procesal elegida por la Demandante

X. PETICIÓN

80. La Demandada solicita que el Tribunal deseche la reclamación, en virtud de la omisión de KBR y de COMMISA de renunciar a sus derechos para demandar el pago de daños en

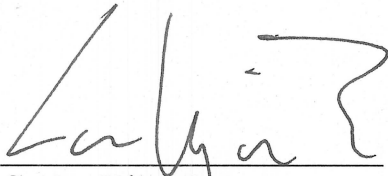
¹¹¹ Escrito sobre Jurisdicción de la Demandada, ¶ 13.

¹¹² Reporte Annual de KBR 2012, p. 59. Anexo R-036.

procedimientos fuera de México, que versan sobre las mismas medidas que la Demandante alega constituyen una violación al Capítulo XI del TLCAN.

81. La Demandada solicita que el Tribunal ordene que la Demandante pague los gastos y costas del arbitraje en que la Demandada incurrió, incluidos los honorarios y gastos de sus abogados.

Respetuosamente,



Carlos Véjar Borrego

Director General

México D.F., 14 de agosto de 2014