



**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 SOBRE JURISDICCIÓN

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

Índice

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	LOS HECHOS	3
A.	El Arbitraje Comercial	3
B.	Los Procedimientos Internos en los EE.UU.....	4
C.	Procedimiento de Ejecución de Laudo Definitivo ICC bajo la Convención de Nueva York en Luxemburgo	8
D.	La reclamación ante TLCAN	10
III.	ANTECEDENTES JURÍDICOS	13
A.	Principios de Interpretación	13
B.	Condiciones Previas al Sometimiento de una Reclamación Conforme al TLCAN	15
1.	Contenido de la Renuncia	15
2.	Momento En El Que Se Debe Presentar la Renuncia	18
IV.	ARGUMENTOS JURÍDICOS.....	21
A.	La Renuncia y las Actuaciones de la Demandante son Inconsistentes con el Artículo 1121	21
1.	La Reclamación de la Demandante conforme al TLCAN es “respecto a las mismas medidas” que son el objeto del procedimiento en Nueva York y Luxemburgo.....	21
2.	Los Procedimientos ante las Cortes de Nueva York y Luxemburgo no se Encuentran Exceptuados de la Obligación a Renunciar	25
3.	Los Procedimientos en Nueva York y Luxemburgo son Actuaciones relativas a Daños	26
B.	El Tribunal Debe Garantizar que el Fundamento y Finalidad del Artículo 1121 No sea Eludido Aplicando de Manera Estricta las Condiciones Previas para Iniciar un Arbitraje de Conformidad con el TLCAN	29
1.	El Tribunal Carece de Discreción Para Suprimir un Requisito Expreso del TLCAN	29

2.	En Ausencia de la Renuncia de la Demandante y COMMISA, México No Ha Consentido al Arbitraje	31
3.	Al Haberse Rehusado a Renunciar a Procedimientos Jurisdiccionales en el Foro Interno, la Demandante No Se Ha Comprometido Genuinamente al Proceso Arbitral	33
4.	La Demandante Debe Retirar sus Otras Acciones Legales.....	34
5.	La Renuncia Debe ser Realizada al Momento en que el Arbitraje es Iniciado.....	35
C.	La Decisión del Tribunal Sobre Su La Cuestión Preliminar No Deber Unirse al Fondo del Asunto.....	35
V.	SOLICITUD DEL PAGO DE GASTOS Y COSTAS	37
VI.	PETICIÓN	38

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.

2. Específicamente, el Artículo 21(1) establece:

El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado.

Las partes acordaron que el Tribunal debe pronunciarse sobre este asunto como una cuestión previa.

3. El Artículo 1122 dispone que la Demandada consiente al sometimiento de una reclamación a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en el TLCAN. El Artículo 1121 exige que, al momento de someter una reclamación a arbitraje, tanto el inversionista contendiente como su inversión renuncien a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento jurisdiccional conforme al derecho nacional, para el pago de daños, respecto de las medidas adoptadas por el gobierno que se argumenta constituyen una violación al Capítulo XI del TLCAN. En este sentido, la Demandante se ha rehusado a proporcionar, por su propio derecho y en representación de Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. (COMMISA), las renunciaciones en términos de lo que prevé expresamente el Artículo 1121. Desde que se presentó esta reclamación al amparo del Capítulo XI del TLCAN, COMMISA ha continuado participando como actor y buscando el pago de daños en procedimientos judiciales nacionales contra Petróleos Mexicanos (PEMEX), la compañía petrolera nacional de México, propiedad del gobierno federal, y su filial PEMEX-Exploración y Producción (PEP), con lo que demuestra que no ha renunciado a su derecho de iniciar o continuar el ejercicio de estas actuaciones legales como exige el Artículo 1121. Bajo estas circunstancias, no puede considerarse que la Demandada ha dado su consentimiento al arbitraje y no existe un acuerdo de arbitraje.

4. Mediante este escrito, la Demandada formalmente objeta la competencia del Tribunal para decidir sobre el fondo del asunto en disputa.

5. En particular, la Demandada solicita que el Tribunal emita las siguientes resoluciones:
- a) que esta disputa no se encuentra dentro de su competencia, y que este procedimiento se dé por concluido; y
 - b) que ordene a la Demandante el pago de los gastos y costas del arbitraje en que la Demandada incurrió, incluyendo los honorarios y gastos razonables de sus abogados.
6. Es importante resaltar que el acuerdo con la Demandante para abordar la objeción relativa a la insuficiencia de la renuncia, como una cuestión previa, no afectará de manera alguna el derecho que tiene la Demandada a plantear otras cuestiones de jurisdicción, si el arbitraje tuviera que proceder a la etapa de fondo en el futuro.
7. En las siguientes secciones se desarrollan los hechos que dieron lugar a la controversia, el contexto jurídico en el que se ha iniciado la reclamación bajo el TLCAN, y los argumentos de la Demandada en relación con el incumplimiento de la Demandante de satisfacer los requisitos del artículo 1121 del TLCAN.

II. LOS HECHOS

A. El Arbitraje Comercial

8. El arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional (ICC, por sus siglas en inglés) surge de una disputa contractual entre PEP y COMMISA.

9. El contrato en cuestión consistió en la construcción de dos plataformas de gas natural en las costas del Golfo de México. Debido a diversos problemas de incumplimiento, las partes participaron durante un periodo de años en una serie de disputas en las que ambas alegaban violaciones recíprocas al contrato.

10. El contrato estipulaba, entre otras cosas, que se ejecutaba en México; que se regía por la legislación mexicana; que los conflictos contractuales serían arbitrados en la Ciudad de México bajo las reglas de la ICC; que COMMISA debía depositar una fianza para garantizar su cumplimiento; y que PEP podría rescindir el contrato si COMMISA no cumplía con sus obligaciones.¹ La cláusula de rescisión se basaba en una ley mexicana que permite a las empresas propiedad del gobierno rescindir administrativamente sus contratos si el contratista no cumple.² Como veremos más adelante, la cuestión jurídica fundamental ha sido la relación entre el derecho de PEP desde el punto de vista legal y contractual a rescindir el contrato y la obligación contractual para arbitrar disputas contractuales.

11. En 2004, la disputa culminó cuando COMMISA cesó de trabajar en el proyecto. PEP notificó a COMMISA sobre su intención de rescindir el contrato. Después de que los esfuerzos de

¹ *Opinion and Order Granting Petitioner's Motion to Confirm Arbitration Award*, 10 Civ. 206 (August 27, 2013), p. 3. Anexo R-001.

² *Artículo 40 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas* (Diario Oficial de la Federación (D.O.F) 30/12/1993). Anexo R-002.

conciliación fracasaron, PEP procedió a la rescisión mientras COMMISA inició un procedimiento arbitral conforme a las reglas de la ICC.³

12. COMMISA impugnó la rescisión en los tribunales mexicanos, argumentando que la disposición sobre rescisión no era aplicable, y que la ley era inconstitucional. En última instancia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ratificó la constitucionalidad de la ley, señalando que un particular como COMMISA aún podía iniciar en México un procedimiento legal por incumplimiento de contrato ante los tribunales en materia administrativa. La SCJN devolvió el caso a un tribunal de apelación para que se pronunciara sobre los plazos y sobre la interpretación que COMMISA dio a la ley. El tribunal de apelación rechazó dichas reclamaciones.⁴

13. En virtud de lo anterior, COMMISA tomó una decisión estratégica importante. Al optar por continuar con el arbitraje de la ICC en lugar de hacer una reclamación por daños ante los tribunales en México.

14. PEP objetó la jurisdicción del tribunal arbitral de la ICC - incluso sobre la base de que las recientes decisiones de la SCJN y el Sexto Tribunal Colegiado de México habían privado al tribunal arbitral de jurisdicción -, pero éste último declaró que era competente y que el arbitraje podía proceder. En diciembre de 2009, el tribunal arbitral emitió por mayoría una decisión final a favor de COMMISA, otorgando más de 286 millones de dólares estadounidenses en daños y perjuicios, más intereses, costas y gastos.⁵

B. Los Procedimientos Internos en los EE.UU.

15. COMMISA inmediatamente solicitó la confirmación del laudo ante la Corte Federal de Distrito en Nueva York (Corte de Distrito) bajo la Convención Interamericana sobre Arbitraje

³ *Opinion and Order Granting Petitioner's Motion to Confirm Arbitration Award*, pp. 4-5. Anexo R-001.

⁴ *Opinion and Order Granting Petitioner's Motion to Confirm Arbitration Award*, pp. 5-6. Anexo R-001.

⁵ Un árbitro disintió sobre la base de que la rescisión impidió la concesión de daños.

Comercial Internacional (Convención de Panamá).⁶ Mientras tanto, PEP inició una solicitud de anulación de laudo arbitral ante los tribunales mexicanos, debido a que había sido emitido sin jurisdicción. Sin embargo, la Corte de Distrito se negó a suspender el procedimiento mientras que los procedimientos judiciales mexicanos estaban pendientes.⁷ El 2 de noviembre de 2010, la Corte de Distrito confirmó el laudo, y concluyó que PEP debía a COMMISA USD\$355,864,541.75.⁸ PEP apeló el fallo de la Corte de Distrito ante la Corte de Apelaciones de EE.UU. del Segundo Circuito (Segundo Circuito).

16. Mientras que la apelación de la decisión de la Corte de Distrito estaba pendiente, PEP también demandó la nulidad del laudo arbitral ante los tribunales mexicanos. El 21 de septiembre de 2011, el Décimo Tribunal Colegiado para el Distrito Federal sostuvo que el laudo debería ser anulado.⁹ Posteriormente, el Segundo Circuito anuló la decisión de la Corte de Distrito y devolvió el caso al mismo Corte de Distrito, indicando que debería analizar si la ejecución del laudo debía ser negada, ya que había sido anulado por una autoridad competente del país conforme la ley en que el laudo había sido emitido.¹⁰

17. Una vez declarada firme la rescisión y nulo el laudo arbitral, PEP, en ejercicio de sus derechos establecidos en el contrato, y habiendo acreditado el incumplimiento de COMMISA, reclamó la ejecución de las fianzas que COMMISA otorgó para garantizar el cumplimiento del citado contrato. Para tal efecto, PEP presentó una demanda en contra de la Afianzadora Insurgentes. El Segundo Tribunal Unitario en Materia Civil y Administrativa confirmó el 24 de octubre de 2011 una sentencia de primera instancia que permitía que la fianza fuera ejecutada. Derivado de lo anterior, y no obstante que PEP no había ejecutado aún la sentencia antes señalada, la propia

⁶ *Petition to Confirm Arbitral Award* (January 11, 2010). Anexo R-003.

⁷ *Opinion and Order Granting Petitioner's Motion to Confirm Arbitration Award*, p. 10. Anexo R-001.

⁸ *Order and Final Judgment*, 10 Civ. 206 (November 2, 2010). Anexo R-004.

⁹ “SEGUNDO. La justicia de la Unión ampara y protege a PEMEX Exploración y Producción, contra los actos reclamados del Juez Quinto de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal que quedaron precisados en el resultando primero de esta sentencia.” Amparo en Revisión 358/2010 (25 de agosto de 2011), Pág. 485. Anexo R-005.

¹⁰ *Motion Order, Granting Motion to Vacate Judgment*, 10-4656 (February 16, 2002). Anexo R-006.

Afianzadora, de manera voluntaria, realizó el pago correspondiente a MXP\$35,189,372.43 y USD\$104,170,212.29, ambas cantidades incluyen suerte principal, actualización en su caso, intereses y gastos y costas.¹¹

18. Durante el procedimiento de devolución, la Corte de Distrito llevó a cabo una extensa investigación sobre las cuestiones legales mexicanas. El juez de la Corte de Distrito declaró:

I also needed to understand the extensive opinions of the Mexican courts, the litigation background between COMMISA and PEP, the nature of the remedy of administrative rescission and its possible interplay with arbitration, and if there was any remaining opportunity for COMMISA to obtain a full and fair hearing of the merits of its controversy with PEP. Because of the complexity of the issues and the divisions of opinion of the recognized experts on Mexican law that the parties presented to me, I conducted three days of hearings to receive the testimony of the experts, on April 10, 11 and 12, 2013.¹²

19. El 27 de agosto de 2013, el juez de la Corte de Distrito emitió un fallo en el que sostuvo que confirmaría el laudo a pesar de que había sido anulado, argumentando que “la decisión del Décimo Primer Tribunal Colegiado violó nociones básicas de justicia....”¹³ La Corte de Distrito sostuvo que la decisión del Décimo Primer Tribunal Colegiado había, en efecto, otorgado a una ley mexicana, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (referenciada como “Sección 98”) efecto retroactivo, y que hacerlo era incompatible con la “expectativa” de COMMISA de que su controversia podría resolverse mediante arbitraje. La Corte de Distrito también citó casos previos de los tribunales de los Estados Unidos en donde se sostiene que el gobierno federal de los EE.UU. no debe ser favorecido de manera alguna sobre un particular. Por su parte, PEP ha negado que el Décimo Primer Tribunal Colegiado haya basado su decisión en la Sección 98, en particular debido a que la Corte había declarado expresamente que no lo estaba haciendo.¹⁴

20. La Corte de Distrito concluyó:

¹¹ *Toca Civil 307/2011 y su acumulado 308/2011* (24 de octubre de 2011). Anexo R-007.

¹² *Opinion And Order Granting Petitioner's Motion To Confirm Arbitration Award*, p. 17. Anexo R-001.

¹³ *Id.*, p. 2.

¹⁴ *Id.*

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.¹⁵

21. Tras el fallo de la Corte de Distrito, las partes presentaron observaciones sobre el monto de la sentencia definitiva, abordando temas como la tasa de interés. COMMISA solicitó al juez que aumentara la cantidad del laudo por USD\$106,827,658.59 para compensar por completo el pago de la fianza que había sido ordenada a pagar en México. El juez estuvo de acuerdo con la solicitud, y el 25 de septiembre 2013 dictó sentencia por la cantidad de USD\$465,060,206.42.¹⁶

22. PEP apeló la sentencia de la Corte de Distrito ante el Segundo Circuito y solicitó a la misma suspender la ejecución del laudo hasta que se resolviera la apelación. En virtud de los procedimientos que rigen las apelaciones ante los tribunales de los Estados Unidos y de conformidad con la “Orden de Consentimiento” de fecha 21 de octubre de 2013, para obtener la suspensión, PEP estaba obligado a depositar una garantía por el importe total del laudo.¹⁷ De conformidad con la Orden de Consentimiento, si la sentencia de la Corte de Distrito no es revertida por un tribunal superior, el depósito será entregado al Acreedor de la Sentencia [COMMISA] mediante una orden adicional de la Corte.¹⁸ Es este sentido, PEP depositó la cantidad de USD\$465,060,206.42 en una cuenta en Citibank, N.A.¹⁹ Por lo tanto, todos los daños que COMMISA busca obtener de PEP han quedado bajo el control de la Corte de Distrito y serán entregados a COMMISA si la sentencia de la Corte de Distrito sobre la decisión del Décimo Primer Tribunal Colegiado no se revierte.

¹⁵ *Opinion And Order Granting Petitioner's Motion To Confirm Arbitration Award*, p. 31. Anexo R-001.

¹⁶ *Order and Final Judgment*, 10 Civ. 206 (September 25, 2013). Anexo R-009.

¹⁷ *Consent Order*, 10 Civ. 206 (October 21, 2013) p. 3. Anexo R-010.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ *Supplemental Order Concerning Security Funds* 10 Civ. 206 (Dec. 10, 2013). Anexo R-011.

23. A la fecha de la presentación de este Memorial, los procedimientos ante el Segundo Circuito están pendientes de resolución. PEP presentó su escrito inicial el 28 de enero de 2014, COMMISA presentó su escrito de contestación el 11 de abril de 2014 y PEP presentó su contra réplica el 9 de mayo de 2014.²⁰ Según la información con la que cuenta la Demandada, la audiencia oral aún no ha sido programada.

C. Procedimiento de Ejecución de Laudo Definitivo ICC bajo la Convención de Nueva York en Luxemburgo

24. COMMISA también ha solicitado la ejecución del laudo de la CCI de conformidad con la Convención de Nueva York en Luxemburgo.

25. El 22 de enero de 2013, COMMISA inició un procedimiento en el que solicitó congelar los activos de PEMEX y de PEP en Luxemburgo, basándose en el laudo de la ICC del 16 de diciembre de 2009. El 23 de enero de 2013, el *Tribunal d'Arrondissement* de Luxemburgo accedió a la petición ex parte y autorizó el secuestro (“an attachment”) por parte de COMMISA de la cantidad de USD\$461,365,557.61 (al 22 de enero de 2013). El Tribunal autorizó que COMMISA congelara los activos de PEP y PEMEX en 48 instituciones financieras en Luxemburgo.²¹

26. PEP y PEMEX impugnaron la orden provisional. El 4 de junio de 2013, el *Tribunal d'Arrondissement* desestimó la impugnación de PEP y de PEMEX y confirmó la orden (“orden de confirmación”).²² PEP y PEMEX apelaron la orden de confirmación ante la Corte de Apelaciones de Luxemburgo. El 18 de diciembre de 2013, la Corte de Apelaciones se pronunció en favor de PEP y PEMEX y anuló la orden provisional de congelación de activos emitida por el *Tribunal d'Arrondissement*. Entre otras cuestiones, la Corte de Apelaciones señaló que el laudo arbitral había sido anulado en México:

²⁰ *Reply Brief for Respondent-Appellant*, 13-4022 (May 9, 2014). Anexo R-012.

²¹ *Arrêt civil, Audience publique du 18 décembre deux mille treize, Nos. 40145 and 40147* (with courtesy English translation). Anexo R-013.

²² *Tribunal d'Arrondissement, Docket No 15309,3 Ref 323* (June 4, 2013) (with courtesy English translation). Anexo R-014.

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 2013.²³

27. Un procedimiento separado continúa en relación con una petición formulada por COMMISA para “validar” la orden de congelación. El 28 de junio de 2013, PEP solicitó al *Tribunal d’Arrondissement* rechazar la validación y suspender los procedimientos en base a la decisión emitida por la Corte de Apelaciones el 18 de diciembre de 2013.²⁴ Por su parte, el 2 de septiembre de 2013, PEMEX solicitó la desestimación de todas las demandas en su contra.²⁵

28. El 29 de enero de 2014, PEP presentó su réplica y solicitó al Tribunal suspender los procedimientos con base en la decisión del 18 de diciembre 2013 emitida por la Corte de Apelaciones. El 12 de febrero de 2014 PEMEX presentó su contrarréplica. COMMISA respondió el 8 de mayo de 2014. El 9 de mayo de 2014 se llevó a cabo una audiencia para permitir a la Corte verificar si la fase de instrucción debe ser cerrada o si las partes desean presentar nuevos escritos. PEP y PEMEX tienen hasta el 14 de junio para presentar un escrito.

29. El 25 de junio de 2013, COMMISA solicitó una segunda orden de embargo preventivo contra PEP y PEMEX, que debía de ser notificada a 143 instituciones financieras en Luxemburgo. El mismo día, el *Tribunal d’Arrondissement*, concedió la petición y autorizó el secuestro (“an attachment”) por parte de COMMISA de la cantidad de USD\$113,417,109.30 (al 17 de junio de 2013).²⁶ Cantidad que representaba el valor de la cantidad de transferencias que COMMISA

²³ *Arrêt civil, Audience publique du 18 décembre deux mille treize*, p. 18 (with courtesy English translation). Anexo R-013.

²⁴ *Conclusions*, Role No. 152 515, Chambre TA X, Case No. 9 (June 28, 2013) (with courtesy English translation). Anexo R-015.

²⁵ *Conclusions, Tribunal d’Arrondissement, Xème chambre*, Role No. 15215, Case No. 82 (September 2, 2013) (with courtesy English translation). Anexo R-016.

²⁶ *Requête en Metiere de Saisie Arrêt, a Monsieur le Président du Tribunal d’Arrondissement de et a Luxembourg* (June 25, 2013). Anexo R-017.

reclamaba haber pagado por concepto de la fianza de cumplimiento.²⁷ El 25 de marzo de 2014, PEP apeló la segunda orden ante la Corte de Apelaciones de Luxemburgo.²⁸

30. El 6 de marzo de 2013, COMMISA solicitó, también de manera separada, la ejecución del Laudo ICC ante el Presidente del *Tribunal d'Arrondissement* de Luxemburgo. El 22 de marzo de 2013, el Tribunal emitió una orden de ejecución. El 25 de junio de 2013, PEP apeló la orden de ejecución ante la Corte de Apelaciones de Luxemburgo.²⁹ El 10 de septiembre de 2013, COMMISA presentó su contestación solicitando que la Corte de Apelaciones confirmara la orden de ejecución.³⁰ Las sesiones están en curso ante la *Cour Supérieure de Justice*. La fecha de la audiencia aún no ha sido programada.

D. La reclamación ante TLCAN

31. El 19 de febrero de 2013, KBR presentó una Notificación de Intención de someter una reclamación a arbitraje en virtud de Capítulo XI del TLCAN en cuenta propia y en nombre de COMMISA. El 30 de agosto de 2013, KBR presentó la primera versión de su Notificación de Arbitraje, la cual fue presentada sólo en nombre de KBR y no de COMMISA.³¹ KBR originalmente intentó iniciar el arbitraje de acuerdo con reglas de arbitraje que no están disponibles en el marco del TLCAN. La Demandada notificó a KBR su error, y notificó a ésta que su reclamación de arbitraje sería reconocida a partir de la fecha en la que KBR eligiera las reglas aplicables al

²⁷ Id.

²⁸ *Conclusions*, Role No. 40 105, Chambre CA VIII (March 25, 2014) (with courtesy English translation). Anexo R-018.

²⁹ *Recours Devant La Cour Supérieure de Justice Siégeant en Materie d'Appel Conformément a l'Article 682 du NCPC*, (June 25, 2013) (with courtesy English translation). Anexo R-019.

³⁰ *Conclusions*, Role No. 40105, Chambre VIII (September 10, 2013) (with courtesy English translation). Anexo R-020.

³¹ En su Aviso de Intención, KBR declaró que su reclamación estaba siendo sometida en virtud, tanto del Artículo 1116 del TLCAN (“Reclamación de un inversionista de una Parte, por cuenta propia”) y el Artículo 1117 (“Reclamación de un inversionista de una Parte, en representación de una Empresa”). En su Notificación de Arbitraje, KBR eliminó el Artículo 1117 y sólo presentó la reclamación en virtud del Artículo 1116. La distinción entre presentar una demanda en virtud del Artículo 1116 y el Artículo 1117 no es relevante para la resolución de la cuestión preliminar relativa a la renuncia, ya que COMMISA debe hacer la renuncia en virtud de ambas disposiciones. La distinción puede afectar el alcance del arbitraje si procediera a la etapa de fondo.

procedimiento de conformidad con el Artículo 1120 del TLCAN. El 1º de octubre de 2013, KBR notificó que había seleccionado el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, y que había modificado su Notificación de Arbitraje para referirse a tales reglas.³²

32. En su Notificación de Arbitraje, y como se discute en más detalle más adelante, KBR describe como base de sus reclamaciones los mismos hechos descritos anteriormente en relación con la controversia del contrato, el arbitraje de la ICC, la ejecución de la fianza por parte de PEMEX, así como la decisión del Décimo Primer Tribunal Colegiado.

33. En la Notificación de Arbitraje, KBR declara que la “reparación solicitada y los daños y perjuicios reclamados” son los siguientes:

KBR solicitará la reparación total por las pérdidas y otros daños sufridos como resultado de los incumplimientos de México, incluyendo sin limitaciones los gastos y costas legales incurridos en Nueva York y en Luxemburgo para ejecutar el Laudo Definitivo CCI ilícitamente anulado, además de aproximadamente US\$110 millones cobrados por PEP por concepto de garantías y fianzas de cumplimiento otorgadas por COMMISA, así como intereses, costas y cualquier otra reparación apropiada según lo estimen los árbitros³³.

34. La renuncia de KBR, anexa a la Notificación de Arbitraje establece lo siguiente:

De conformidad con los Artículos 1121 (1) y 1121 (2) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (el “TLCAN”), KBR Inc. y Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. de R.L. de C.V. (“COMMISA”), subsidiaria de la cual es propietaria, consienten, cada una, a someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en el TLCAN y “renuncian a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes [al TLCAN], u otros procedimientos de solución de controversias respecto a las medidas de la Parte Contendiente presuntamente violatorias de las disposiciones a las que se refiere el Artículo 1116 [y el Artículo 1117], salvo los procedimientos en que se solicite medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente.

Para evitar cualquier duda, KBR y COMMISA no renuncian:

³² Carta de Estados Unidos Mexicanos a KBR (27 de septiembre de 2013), carta de KBR a Estados Unidos Mexicanos (1 de octubre de 2013), correo electrónico de Estados Unidos Mexicanos a KBR (1 de octubre de 2013). Anexo R-021.

³³ *Notificación de Arbitraje*, para. 52.

1. a su derecho de iniciar procedimientos bajo las Convenciones de Nueva York y Panamá, para ejecutar el Laudo Definitivo CCI en cualquier Estado parte de dichas convenciones;
2. a su derecho de continuar con los procedimientos de ejecución del Laudo Definitivo CCI bajo la Convención de Panamá, ante el Distrito Sur de Nueva York;
3. a 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; ni
4. a su derecho de continuar con los procedimientos de ejecución del Laudo Definitivo CCI bajo la Convención de Nueva York, en Luxemburgo³⁴.

³⁴

Notificación de Arbitraje, ¶6 y Anexo A.

III. ANTECEDENTES JURÍDICOS

A. Principios de Interpretación

35. El Artículo 1131 del TLCAN, establece que un tribunal decidirá la cuestión en controversia de conformidad con el TLCAN y las reglas aplicables de derecho internacional. De conformidad con la disposición anterior, este Tribunal debe decidir las cuestiones controvertidas de conformidad con dicho tratado aplicando las reglas de interpretación del derecho internacional público, según se establecen en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena), que generalmente han sido aceptadas como un reflejo del derecho internacional consuetudinario.³⁵

36. Los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena disponen:

Artículo 31. Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - (a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - (b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - (a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o la aplicación de sus disposiciones;
 - (b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - (c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

³⁵ Ver *Methanex Corporation v. United States*, UNCITRAL, Partial Award, August 7, 2002, ¶97 (Anexo RL-001); y *Canadian Cattlemen for Fair Trade v. United States*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, January 28, 2008, ¶50 (Anexo RL-002).

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del Artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el Artículo 31:

(a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

(b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.³⁶

37. La regla general de interpretación contenida en el Artículo 31 de la Convención de Viena requiere que la interpretación de una disposición de un tratado se base en principio en el texto del mismo tratado. Consecuentemente, el punto de partida para interpretar el TLCAN lo constituye el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en su contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin del propio tratado.³⁷

38. México desea resaltar que la unanimidad en la opinión de las tres Partes del TLCAN constituye un “subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the [NAFTA] or the application of its provisions” y/o práctica “[...] establish[ing] the agreement of the parties regarding [the NAFTA’s] interpretation”, de conformidad con el Artículo 31(3)(a) y (b) de la Convención de Viena. El TLCAN ha sido negociado y administrado por los países parte del TLCAN por lo que sus opiniones deben ser consideradas como vinculantes para efectos interpretativos.

39. Como México ha señalado previamente en otros casos, los tribunales establecidos al amparo del Capítulo XI del TLCAN, no deben apartarse de las interpretaciones hechas por los países Parte del TLCAN. Como redactores y signatarios del mismo, las Partes del TLCAN se encuentran en la posición tanto de articular su intención, como de convenir posturas políticas que aseguren una adecuada aplicación del TLCAN, tomando en consideración sus intereses comunes de éxito en el largo plazo y la aceptación por parte de los nacionales de sus respectivos países. Por lo

³⁶. Decreto por el que se promulga la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, hecha en Viena el 23 de mayo de 1969, (D.O.F. 14 de febrero de 1975). Anexo RL-003.

³⁷ *Methanex*, ¶ 99 y 136. Anexo RL-001.

tanto, cuando las tres Partes del TLCAN claramente acuerden sobre un tema en particular, dichos acuerdos deben ser considerados altamente vinculantes por los tribunales.

B. Condiciones Previas al Sometimiento de una Reclamación Conforme al TLCAN

40. La jurisdicción de un tribunal arbitral sobre reclamaciones derivadas del TLCAN se fundamenta en el Artículo 1122(1) del propio tratado, que dispone:

Artículo 1122. Consentimiento al arbitraje

1. Cada una de las Partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado.

41. Debido a que la Demandante no ha sometido su reclamación “con apego a los procedimientos establecidos” en el TLCAN, es claro que la Demandada no ha consentido al arbitraje. Esta cuestión se detalla más adelante.

1. Contenido de la Renuncia

42. La disposición relevante del Artículo 1121 establece:

Artículo 1121. Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral

1. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, sólo si:

(a) consiente someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado; y

(b) el inversionista y, cuando la reclamación se refiera a pérdida o daño de una participación en una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, la empresa renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el Artículo 1116, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente.

43. El Artículo 1121 exige del inversionista una renuncia al derecho de iniciar o continuar procedimientos “respecto a la medida presuntamente violatoria” del Capítulo XI del TLCAN (énfasis añadido). Lo anterior, se desprende precisamente del acto que la Demandante alega

respecto de la Demandada como la base de su reclamación conforme al Capítulo XI (la llamada “medida”).³⁸

44. Es obvio que una misma medida puede, simultáneamente, dar lugar a una reclamación conforme al derecho local. El enfoque del Artículo 1121 no es sobre la fuente de la obligación jurídica, sino sobre la medida que origina la reclamación, ya que una misma medida puede dar lugar a diferentes tipos de reclamaciones en diferentes foros.

45. No hay duda de que el Artículo 1121 requiere la renuncia al derecho de presentar o continuar reclamaciones conforme al derecho de las Partes aunque no impliquen alegatos expresos de violación al TLCAN. Lo anterior se demuestra con las interpretaciones de este Artículo publicadas por el gobierno de EE.UU. en el “*Statement of Administrative Action*” (presentado por el Presidente al Congreso como parte del proceso para obtener la aprobación del tratado) y por el gobierno de Canadá en el “*Canadian Statement of Interpretation*” (publicado por el gobierno al implementar del tratado). Debido a la naturaleza autoejecutable de los tratados internacionales en México, el Presidente de México no está obligado a publicar un documento similar.

46. El *Statement of Administrative Action* de EE.UU. señala en su parte relevante:

c. Jurisdiction Requirements

.... Article 1121 requires the investor (and, in certain cases, the enterprise that is owned or controlled by the investor) to consent in writing to arbitration and to waive the right to initiate or continue any actions in local courts or other fora relating to the disputed measure, except for actions for injunctive and other extraordinary relief.³⁹

[Énfasis propio]

47. De manera similar, el *Canadian Statement of Interpretation* prevé en su parte relevante:

Under article 1121, and investor may submit a claim under article 1116 to arbitration only if:

³⁸ El Artículo 201 del TLCAN (Definiciones de Aplicación General) establece: “medida incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica.”

³⁹ *Statement of Administrative Action* contenido en *Message from the President of the United States Transmitting North American Free Trade Agreement*, H. Doc. 103-159, Vol. 1 (November 4, 1993), p. 596. Anexo RL-004.

— the investor consents to arbitration in accordance with the procedures set out in the Agreement; and

— the investor, and in those cases where an enterprise that the investor directly or indirectly owns controls suffered the damages claimed, the enterprise, waive their right to initiate or continue legal proceedings (except specific proceedings for injunctive, declaratory and other extraordinary relief) concerning the measure in question.

Claims made under article 1117 on behalf of investments must meet the same conditions.⁴⁰

[Énfasis propio]

48. Por consiguiente, los puntos de vista de las otras Partes del TLCAN son congruentes con el de la Demandada de que la renuncia debe abarcar todas las acciones por daños referentes a las medidas que son objeto de la reclamación al amparo del TLCAN. El Artículo 1121 impide que una parte demandante inicie o continúe de manera simultánea a un procedimiento conforme al Capítulo XI, un procedimiento judicial por daños y perjuicios en cualquier otro foro, incluidos los tribunales internos de EE.UU., respecto a una medida presuntamente violatoria del Capítulo XI. El tribunal arbitral en *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF) / 98/2 (“*Waste Management I*”), determinó que la exención se aplica a los procedimientos domésticos con respecto a una medida que se alega como violatoria del Capítulo XI, aun cuando las bases legales del procedimiento doméstico no sean el TLCAN, sino el derecho interno.⁴¹

49. En concreto, en *Waste Management I*, el tribunal determinó que una de las medidas impugnadas en la reclamación del TLCAN fue objeto de alegaciones por parte del demandante en los procedimientos judiciales nacionales, e involucraba una reclamación en relación con la falta de pago. Sin embargo, el tribunal determinó que los procedimientos domésticos no debían “invocar

⁴⁰ Department of External Affairs, Canadian Statement of Interpretation, Canada Gazette, Part I (January 1, 1994), p. 154. Anexo RL-005.

⁴¹ La palabra “medidas” en el TLCAN es un concepto amplio que utiliza de la misma manera, en el contexto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. Anexo RL-017. De hecho, la palabra “medida” se utiliza en varios lugares dentro del texto del GATT. Por ejemplo, el X del GATT, que se refiere en general a la obligación de transparencia, se refiere a “medidas de aplicación general”. En el párrafo 2; el apartado 1 de dicho se refiere a “las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general...” En forma paralela. Artículo, los XI (1), XX, y XXIII (1) (b) son otros ejemplos de lugares en los que el GATT utiliza el término “medidas”.

expresamente” una obligación del TLCAN. Más bien, el tribunal declaró que “lo que de acuerdo con la legislación mexicana constituiría una serie de incumplimientos contractuales cifrados en el impago de determinadas facturas [...] bajo las normas del TLCAN podría traducirse en una falta de trato justo y equitativo de una inversión extranjera por parte de un gobierno” y que el análisis implica determinar si hay una violación “del contenido de esas obligaciones”. El tribunal agregó que un punto clave es determinar si “ambas acciones t[ienen] su fundamento legal en las mismas medidas.”⁴²

2. Momento En El Que Se Debe Presentar la Renuncia

50. El Capítulo XI del TLCAN expresamente dispone que las renunciaciones que se requieren se presenten simultáneamente con la notificación de arbitraje. El TLCAN no faculta a los tribunales arbitrales para subsanar defectos en la renuncia con posterioridad a que se hayan constituido.

51. Específicamente, el Artículo 1121, titulado “Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral”, dispone que “[u]n inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral... sólo si” consiente someterse al arbitraje y renuncia a sus derechos de iniciar o continuar procedimientos internos para el pago de daños. El Artículo 1121(3) prevé que “[e]l consentimiento y la renuncia requeridos por este Artículo se manifestarán por escrito, se entregarán a la Parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje” (Énfasis propio).

52. El Artículo 1137(1) define cuándo se considera una reclamación “sometida a arbitraje”:

Una reclamación se considera sometida a arbitraje en los términos de esta Sección cuando:

. . .

c) la notificación de arbitraje contemplada en las Reglas de Arbitraje de CNUDMI se ha recibido por la Parte Contendiente.

En este caso, la reclamación fue sometida a arbitraje el 1º de octubre de 2013.

⁴² *Waste Management I*, ¶27-28. Anexo RL-006.

53. El requisito de proporcionar por escrito la renuncia a los derechos de iniciar o continuar cualquier acción ante tribunales locales u otros foros en relación con la(s) medida(s) en disputa es una condición previa y absoluta para el sometimiento de una reclamación a arbitraje, que debe cumplirse (en reclamaciones regidas por el Mecanismo Complementario del CIADI) al momento en que la notificación de arbitraje se entrega al Secretario General del CIADI.⁴³ Conviene destacar que:

- a) el Artículo 1121 se titula “Condiciones Previas al Sometimiento de una Reclamación al Procedimiento Arbitral”;
- b) el Artículo 1121(1) y (2) establece que una reclamación puede ser sometida a arbitraje “sólo si” se proporciona la renuncia; y
- c) el Artículo 1137 dispone que el momento en que una reclamación se considera sometida al arbitraje es (en el caso de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI) cuando la notificación de arbitraje se ha recibido por la Parte Contendiente.

54. Tal y como lo demuestran el texto simple del tratado y las declaraciones interpretativas de las otras Partes del TLCAN, las Partes quisieron asegurarse de que, habiendo otorgado por adelantado un consentimiento general para someterse al arbitraje por disputas derivadas de presuntas violaciones al Capítulo XI, los tribunales arbitrales, establecidos conforme al propio Capítulo XI, garantizarían que los inversionistas contendientes cumplan debidamente con el procedimiento establecido en el capítulo referido, con objeto de validar el consentimiento que las Partes del TLCAN otorgaron a partir de la celebración del Tratado.

55. La omisión de un inversionista contendiente al respecto, no garantiza el consentimiento necesario para someterse al arbitraje y por lo tanto, invalida *ab initio* un arbitraje iniciado sucesivamente.

⁴³ La Declaración de Acción Administrativa de Estados Unidos describe el requisito de renuncia bajo el título “Requisitos Jurisdiccionales”, p. 596. Anexo RL-004. La Declaración de Implementación de Canadá señala: “El consentimiento y la renuncia se incluirán en la presentación de la reclamación a arbitraje”, p. 154. Anexo RL-005.

IV. ARGUMENTOS JURÍDICOS

56. De conformidad con lo siguiente, la renuncia de la Demandante, así como la continuación de sus acciones bajo los procedimientos en Nueva York y Luxemburgo son inconsistentes con los requisitos del Artículo 1121 del TLCAN. Adicionalmente, el TLCAN no prevé que el Tribunal tenga la autoridad de continuar el arbitraje en ausencia del cumplimiento de las condiciones previas dado a que, bajo tales circunstancias, ni la Demandante y mucho menos la Demandada han consentido al arbitraje. La Demandante y su inversión tienen que proveer las renunciaciones apropiadas y desistirse de continuar con los otros procedimientos legales antes de iniciar un arbitraje al amparo del TLCAN. Esta cuestión tiene que ser resuelta en esta etapa y no debe ser unida a las cuestiones de fondo

A. La Renuncia y las Actuaciones de la Demandante son Inconsistentes con el Artículo 1121

1. La Reclamación de la Demandante conforme al TLCAN es “respecto a las mismas medidas” que son el objeto del procedimiento en Nueva York y Luxemburgo

57. La Notificación de Arbitraje contiene el siguiente argumento en relación con la renuncia: Además, la renuncia del Artículo 1121 no se extiende, ni se puede extender, a los procedimientos de ejecución bajo las Convenciones de Nueva York y Panamá, ya que dichos procedimientos no abordan, ni pueden abordar, las medidas presuntamente violatorias de los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN. El tema en litigio en este arbitraje TLCAN es la validez en derecho consuetudinario internacional y bajo el TLCAN de las decisiones y acciones de los tribunales mexicanos al anular el laudo arbitral, y de la decisión de PEP de proceder al cobro de las fianzas otorgadas por COMMISA a pesar de que el tribunal arbitral (único *finder of fact*) concluyera que PEP no tenía el derecho de hacerlo. CITAR Notificación de Arbitraje párrafo 9.

58. Contrario a la argumentación de la Demandante, es evidente que la reclamación del TLCAN es respecto a las mismas medidas que están en litigio en el procedimiento de Nueva York y Luxemburgo. Por ejemplo, El abogado de COMMISA dijo ante la Corte de Distrito:

Given the anticipated length of the New York proceeding because of the likelihood of another appeal and the fact that COMMISA has no remedy in Mexico, COMMISA commenced a new enforcement proceeding in Luxembourg on January 22, 2013.⁴⁴

59. Es importante señalar que el tribunal arbitral en el asunto *Canfor Corporation v. United States and Terminal Forests Products Ltd. v. United States*, declaró que “the words ‘with respect to’ are to be interpreted broadly”⁴⁵ Al hacerlo, el tribunal en *Canfor* rechazó el argumento de la demandante, de que ‘con respecto a’ cubría “sólo aquellas cosas identificadas.”⁴⁶

60. En *Canfor*, EE.UU. señaló que la Declaración de Acción Administrativa presentada por el Presidente de los EE.UU. ante el Congreso de EE.UU. cuando el TLCAN fue presentado para su aprobación en 1993, refleja el entendimiento de que el término “with respect to” era sinónimo de “concerning” y “relating to”. Del mismo modo, la Declaración de Implementación de Canadá equipara “with respect to” con “regarding”. México está de acuerdo, conforme lo manifestado por Estados Unidos en *Canfor*, que las Partes del TLCAN: “used the phrase ‘with respect to’ interchangeably with ‘concerning,’” which suggests “a broad and general relationship.”⁴⁷

61. En este caso, es innecesario interpretar el alcance de la expresión “respecto a”, porque las medidas en cuestión son en realidad la misma. Por ejemplo, respecto a la sentencia del Décimo Primer Tribunal Colegiado, el párrafo 47 de la Notificación de Arbitraje establece que:

Al anular el Laudo Definitivo CCI, los tribunales mexicanos violaron el Artículo 1105 del TLCAN, que exige a México y sus órganos otorgar un trato justo y equitativo a los inversionistas. La Decisión de Anulación perpetró una denegación de la justicia al privar de forma ilícita a KBR y COMMISA del beneficio de la justicia administrada por el Tribunal de la CCI de conformidad con lo acordado por

⁴⁴ Joint pre-trial conference request letter, 10 Civ. 206 (March 20, 2013), p. 5. Anexo R-022.

⁴⁵ *Canfor Corporation v. United States and Terminal Forests Products Ltd. v. United States* (UNCITRAL) Decision on Preliminary Question, June 6, 2006 (“*Canfor*”), ¶201. Anexo RL-007.

⁴⁶ *Canfor*, ¶198-199. Anexo RL-007.

⁴⁷ *United States Reply on Jurisdiction in Canfor* (August 6, 2004), ¶11-12. Anexo RL-008.

PEP y COMMISA en los contratos. La decisión del Décimo Primer Tribunal Colegiado otorgó al Estado parte de la controversia- PEP- la facultad de modificar a su favor los hechos, el derecho y los términos del Contrato, y la facilidad de hacerlo después de que un procedimiento arbitral acordado por ella y en el cual participó, produjera un laudo definitivo adverso a sus intereses. Este tipo de acción es inconsistente con cualquier sistema de estado de derecho y es un clásico ejemplo de la denegación de justicia de acuerdo al derecho internacional consuetudinario, según lo constituido en el Artículo 1105(1) del TLCAN.⁴⁸

62. Respecto a PEMEX, el párrafo 51 de la Notificación de Arbitraje establece que:

Por último, México violó el Artículo 1503(2) del TLCAN al permitir que PEP actuara de manera incompatible con las obligaciones de México bajo el TLCAN al ejercer autoridad regulatoria, administrativa o gubernamental delegada. México es, por tanto, responsable por la expropiación, por parte de PEP, de las inversiones de KBR y COMMISA, hecho que culminó con la anulación del Laudo Definitivo CCI y el cobro de las fianzas de cumplimiento.⁴⁹

63. Tales alegaciones pueden ser comparadas con los argumentos que COMMISA realizó durante el procedimiento ante el Segundo Circuito el 11 de abril de 2014:

The Eleventh Collegiate Court's judgment thus completed an extraordinary bait-and-switch, applying a new law retroactively, upending COMMISA's legitimate and investment-backed expectations, stripping it of its Award for the benefit of the state, depriving it of an opportunity to be heard, and saddling it with \$106 million in damages by making PEP both the judge and jury of its own actions. The District Court's determination does not exercise any broad authority to disregard foreign nullification decisions. It vindicates "basic notions of justice" in the narrow, and exceptionally unfair, circumstances of this case.⁵⁰

64. En el mismo sentido, COMMISA presentó un argumento en la comunicación denominada en inglés "*Opposition to Respondent-Appellant's Motion for Remand*", del 28 de octubre de 2011 en una etapa preliminar de los procedimientos ante el Segundo Circuito que señala:

Furthermore, the ruling flagrantly violates Mexican law. It abandons all semblance of evenhandedness by allowing PEP—an entity of the Mexican government—to obtain "amparo" relief available only to private parties against government agencies while allowing PEP to unilaterally rescind the contract on the ground that PEP is a government agency. It imperils the very notion of contractual arbitration by refusing to sever the arbitration clause, instead ruling that PEP's rescission of

⁴⁸ Notificación de Arbitraje, párrafo 47.

⁴⁹ Notificación de Arbitraje, párrafo 51.

⁵⁰ Brief For Appellee, 13-4022 (April 11, 2014), p. 4. Anexo R-023.

the contract when COMMISA's work was nearly complete voided the arbitration clause itself. And it fails even to consider fundamental principles of Mexican contract law.⁵¹

65. En relación con PEMEX, COMMISA argumentó ante la Corte de Distrito:

PEP has played fast and loose with COMMISA, with the Arbitral Tribunal, and with the courts. PEP agreed to arbitrate all disputes; PEP participated in the arbitration; PEP declined to challenge the Interim Award confirming the Tribunal's jurisdiction within the time allotted by law; and only challenged the validity of the arbitration until it had rolled the dice with the Tribunal and lost.⁵²

66. Los procedimientos ante los tribunales estadounidenses no involucran reclamaciones de que México ha actuado de manera incompatible con el Capítulo XI del TLCAN, ni podrían.⁵³ Pero como se mencionó anteriormente, el Artículo 1121 dispone que la parte demandante renuncie a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento interno "respecto a la medida" objeto de su reclamación conforme al TLCAN. Por lo que no puede haber ninguna duda de que las actuaciones legales de COMMISA en los EE.UU. y Luxemburgo se refieren exactamente a las mismas medidas que son objeto de su reclamación conforme al TLCAN. De hecho, es por esta razón que KBR y COMMISA se negaron de manera expresa y conscientemente a renunciar a su derecho para continuar con tanto con el procedimiento en los EE.UU, como en Luxemburgo.

67. Por lo tanto, aunque se basan en diferentes principios jurídicos, KBR y COMMISA presentan en esencia las mismas contenciones, tanto en el procedimiento de Nueva York como en el arbitraje bajo el TLCAN. Asimismo, es de esperarse que COMMISA realice argumentos similares ante los tribunales de Luxemburgo, en donde busca también la ejecución del laudo no obstante que el mismo ha sido anulado en México.

⁵¹ *Petitioner-Appellee's Opposition to Respondent-Appellant's Motion for Remand*, 10-4656 (October 28, 2011) p. 2. Anexo R-024.

⁵² *Supplemental Submission In Support Of Petitioner's Renewed Motion To Confirm Arbitral Award*, 10 Civ. 206 (August 29, 2012) pp. 5-6. Anexo R-025.

⁵³ Conforme a la legislación interna de EE.UU., ninguna obligación del TLCAN es auto-ejecutable. Véase, 19 U.S.C. § 3312(c) ("No person other than the United States ... shall have any cause of action ... under ... the Agreement or by virtue of Congressional approval thereof"). Anexo RL-018.

68. Es importante aclarar que la Demandada está en total desacuerdo con la caracterización de los hechos en cuestión antes mencionados por parte de KBR, COMMISA y el Tribunal de Distrito de EE.UU. Sin embargo, para efectos de esta cuestión previa, responder a tales caracterizaciones no es relevante en estos momentos, sino más bien lo relevante es que este Tribunal examine si reclamaciones de los procedimientos internos, son las mismas respecto a las medidas presuntamente violatorias del TLCAN, y si con ello no se vulnera la obligación de renunciar al inicio o continuación de procedimientos domésticos conforme al Artículo 1121 del tratado.

2. Los Procedimientos ante las Cortes de Nueva York y Luxemburgo no se Encuentran Exceptuados de la Obligación a Renunciar

69. En su Notificación de Arbitraje, la Demandante argumenta en relación con la renuncia lo siguiente:

Como el “Artículo 1121 es para reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios únicamente ante ‘cualquier tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cada Parte, u otros procedimientos de solución de controversias,” la renuncia del Artículo 1121 no aplica a procedimientos de ejecución. Los procedimientos de ejecución bajo las Convenciones de Nueva York y de Panamá no existen, por definición, para adjudicar reclamaciones por daños y perjuicios, sino que fueron diseñados para la ejecución de un laudo arbitral existente.”⁵⁴

Por lo anterior, el argumento de la Demandante es incorrecto.

70. Para la Demandada es claro que el texto del Artículo 1121 prohíbe a la Demandante y a su inversión continuar el procedimiento respecto a la medida en litigio “ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de diferencias”. Las actuaciones en Nueva York se encuentran ante un tribunal de conformidad con las leyes de los EE.UU., y los procedimientos en Luxemburgo son “otros procedimientos de solución de diferencias.” Y por lo tanto, es evidente que están prohibidas.

71. Hay una excepción a dicha prohibición que se refiere a los: “procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario,

⁵⁴ *Notificación de Arbitraje*, párrafo 8.

que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente” (Énfasis añadido). En este caso, la Parte contendiente es México. También es evidente que las actuaciones judiciales mantenidas por COMMISA en Nueva York y Luxemburgo no caben dentro de esta excepción. COMMISA, por lo tanto, estaba obligada a poner fin a dichos procedimientos antes de iniciar este arbitraje. Sin embargo, decidió no cumplir con esa obligación.

72. En escritos presentados en otros procedimiento arbitrales, tanto los EE.UU y Canadá, han coincidido con México en que la excepción del Artículo 1121 del TLCAN para procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, que no impliquen el pago de daños, aplica únicamente a dichos procedimientos que se lleven a cabo en la Parte contendiente (que en este caso es México).⁵⁵ Como los EE.UU. manifestaron: “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 to the measure before an administrative tribunal or court constituted under the law of any other NAFTA Party, or of a non-Party.”⁵⁶

3. Los Procedimientos en Nueva York y Luxemburgo son Actuaciones relativas a Daños

73. Aunque, como se ha descrito anteriormente, la prohibición 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 - es indudable que las actuaciones legales de COMMISA en Nueva York y Luxemburgo implican reclamaciones por daños y perjuicios.

74. Como se ha señalado anteriormente, la Demandante ha argumentado que las actuaciones en Nueva York y Luxemburgo son simplemente para la ejecución del laudo arbitral de la ICC y que

⁵⁵ *Article 1128 Submission of United States, Detroit International Bridge Company v. Canada, PCA Case No. 2012-25* (February 14, 2014), ¶7, RL-019; *Reply of the Government of Canada to the NAFTA Article 1128 Submissions of the Governments of the United States of America and the United Mexican States, Detroit International Bridge Company v. Canada, PCA Case No. 2012-25* (March 3, 2014), ¶21-25, RL-020.

⁵⁶ *Article 1128 Submission of United States, Detroit International Bridge Company v. Canada*, ¶7. RL-019.

por lo tanto no son actuaciones por daños y perjuicios. Sin embargo de hecho, tales acciones implican un procedimiento de seguimiento en el arbitraje de la ICC, mediante el cual COMMISA busca la reparación de daños. Así, por ejemplo, en el procedimiento de ejecución de laudo ante la Corte de Distrito COMMISA requirió la siguiente orden:

entering judgment in COMMISA's favor against PEP in the amount of the Award with interest and costs as provided therein, plus the costs of this proceeding and ... awarding COMMISA such other and further relief as the Court deems just and proper.⁵⁷

75. Como se señaló anteriormente, la Corte de Distrito emitió un fallo a favor de COMMISA contra PEP por USD\$465,060,206.42, mismos que PEP ha depositado en un banco de Nueva York que se encuentra bajo el control de la Corte.

76. Del mismo modo, como se mencionó anteriormente, en Luxemburgo COMMISA ha buscado órdenes de congelación de activos por importes de USD\$461,365,557.61 y de USD\$113.417.109,30.

77. En el caso *Waste Management I*, el tribunal desestimó el arbitraje sobre la base de que la demandante continuó actuaciones judiciales en México por daños y perjuicios, mientras sometió su reclamación de conformidad con el TLCAN. El tribunal declaró:

Sin embargo, cuando ambas acciones tengan su fundamento legal en las mismas medidas, entonces no podrían las dos continuar bajo el inminente riesgo de que pudiese obtener la parte reclamante un doble beneficio en la reparación de los daños. Esto último es precisamente lo que pretende evitar el Artículo 1121 del TLCAN.⁵⁸

78. En el mismo sentido, el tribunal en *International Thunderbird Gaming Corporation y los Estados Unidos Mexicanos* declaró:

Al interpretar el Artículo 1121 del TLCAN es preciso tener en cuenta el fundamento y la finalidad de ese artículo. Los requisitos sobre consentimiento y renuncia en él estipulados cumplen una finalidad específica, consistente en impedir que una parte promueva recursos internos e internacionales concurrentes que den lugar a

⁵⁷ *Petition to Confirm Arbitral Award* (January 11, 2010), p. 1. Anexo R-003.

⁵⁸ *Waste Management I*, ¶27.3. Anexo RL-006.

resultados encontrados (y, por lo tanto, a incertidumbre jurídica) o a una doble reparación por idéntica conducta o medida.⁵⁹

79. En relación con los dos procedimientos de ejecución del laudo, COMMISA estima que:

[t]he only relevance of the Luxembourg proceeding to the New York action is that it could result in the reduction of the judgment if COMMISA succeeds in collecting some amounts owed to it.⁶⁰

80. Sin embargo, con respecto a la reclamación del TLCAN ese es exactamente el mismo punto en cuestión: La Demandada considera que los procedimientos paralelos de KBR podrían dar lugar a una doble indemnización, ya que, a través de los mismos, podría obtener los mismos importes reclamados en el procedimiento del TLCAN. De hecho, COMMISA reconoce que, si sus esfuerzos para hacer cumplir el laudo arbitral en Nueva York y Luxemburgo tienen éxito, “this could obviate the need to pursue the arbitration”⁶¹ en el marco del TLCAN. En su solicitud de reparación, KBR incluso busca “los gastos y costas legales incurridos en Nueva York y en Luxemburgo para ejecutar el Laudo Definitivo CCI”.⁶²

81. Incluso más allá de la preocupación particular por la doble recuperación de daños, las disposiciones sobre la renuncia del TLCAN reflejan una preocupación acerca de la redundancia entre procedimientos. El tribunal arbitral en *Canfor* reconoció este elemento, indicando que:

“the drafters of the NAFTA sought to avoid concurrent or parallel proceedings” y que: “[i]n the Tribunal’s opinion, the presumption of the NAFTA is that, in the absence of an express provision to the contrary, concurrent or parallel proceedings are to be avoided.”⁶³

82. KBR busca la compensación conforme al Capítulo XI del TLCAN por el valor del laudo arbitral de la ICC y por el valor de la fianza de cumplimiento adquirida por PEMEX. La sentencia de la Corte de Distrito precisamente daría lugar a ese resultado, y de hecho PEMEX ya ha colocado

⁵⁹ *International Thunderbird Gaming Corporation y los Estados Unidos Mexicanos* (CNUDMI), Laudo del 26 de enero de 2006, ¶118. Anexo RL-009.

⁶⁰ Joint pre-trial conference request letter (March 20, 2013), p. 5. Anexo R-022.

⁶¹ Id.

⁶² *Notificación de Arbitraje*, párrafo 52.

⁶³ *Canfor*, ¶237 y 242. Anexo RL-007.

esos fondos bajo el control de la Corte de Distrito de Nueva York. COMMISA también está buscando los mismos montos en sus procedimientos en Luxemburgo, por lo tanto, es claro que esta es una situación en la que KBR está buscando una “doble compensación por la misma conducta o medida.” Por otra parte, la búsqueda simultánea del pago de daños basándose en su incapacidad para obtener el pago del laudo arbitral, es un clásico ejemplo de los riesgos de inseguridad jurídica y acciones que el Artículo 1121 pretende evitar.

B. El Tribunal Debe Garantizar que el Fundamento y Finalidad del Artículo 1121 No sea Eludido Aplicando de Manera Estricta las Condiciones Previas para Iniciar un Arbitraje de Conformidad con el TLCAN

83. La Demandada prevé que la Demandante puede pedir al Tribunal que aplique de manera flexible el requisito relativo a la renuncia. Como se desarrolla más abajo, (i) el TLCAN no otorga autoridad al Tribunal para eliminar el requisito de renuncia, (ii) en ausencia de una exención apropiada, México no ha otorgado su consentimiento al arbitraje, (iii) La misma Demandante no se ha comprometido con el arbitraje, (iv) La Demandante no sólo debe presentar una renuncia, sino que debe retirar sus otras acciones legales, y (v) la renuncia debía ser efectiva a partir de la fecha en que el arbitraje fue iniciado.

1. El Tribunal Carece de Discreción Para Suprimir un Requisito Expreso del TLCAN

84. El TLCAN es el único instrumento que determina la competencia de este Tribunal. Por tanto, el Tribunal debe aplicar el TLCAN para decidir si tiene competencia. Como se señaló anteriormente, el Artículo 1120(2) estipula que, en caso de que el Reglamento de CNUDMI esté en conflicto con las condiciones previas establecidas en el Artículo 1121 del TLCAN las del TLCAN, ésta últimas prevalecerán (sin embargo debe precisarse que el Reglamento CNUDMI no está en conflicto con las mismas).

85. Un corolario de las normas generales de interpretación dispuestas en el Artículo 31 de la *Convención de Viena* es el principio de eficacia (*ut res magis valeat quam pereat*)⁶⁴:

“Nothing is better settled, as a canon of interpretation in all systems of law, than that a clause must be so interpreted as to give it a meaning rather than so as to deprive it of meaning” (Award of the UK/USA Arbitral Tribunal of 1926 in the Cayuga Indians case, Repertory, vol.II, § 2036, p.35-36). This is simply an application of the more wider legal principle of “effectiveness” which requires favouring the interpretation that gives to each treaty provision “*effet utile*”.⁶⁵

86. Como se reconoció por el tribunal arbitral en el caso de *Canfor*, este principio aplica al TLCAN:

As a final point, the Tribunal wishes to emphasize that, under well-known principles of international law, every provision of an international agreement must have meaning, because it is presumed that the State Parties that negotiated and concluded that agreement intended each of its provisions to have an effect.... To do otherwise would be to deny fundamental tenets of international law, which, pursuant to Article 1131(1) of the NAFTA, are governing in this case.⁶⁶

87. De acuerdo con el principio de eficacia, este Tribunal debe aplicar el Artículo 1121 en los términos en los que está escrito. Nada en el TLCAN faculta al Tribunal para interpretar el texto simple y llano del Artículo 1121 de modo que quede sin efectos.

88. En opinión de la Demandada, el texto del Artículo 1121 determina por sí mismo cómo debe el Tribunal resolver esta solicitud. No obstante y aun cuando no debería ser necesario, la Demandada a continuación establece las principales cuestiones políticas que subyacen al Artículo 1121.

⁶⁴. Significa, “to give effect to the matter rather than having it fail.” *Black’s Law Dictionary*, p. 1687 (9th ed. 2009). Anexo RL-010.

⁶⁵ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case. No. ARB/87/3, Award, June 27, 1990, ¶40. Anexo RL-011.

⁶⁶ *Canfor*, ¶324. Anexo RL-007.

2. En Ausencia de la Renuncia de la Demandante y COMMISA, México No Ha Consentido al Arbitraje

89. Como con cualquier contrato, un acuerdo de arbitraje debe demostrar el consentimiento mutuo de las partes respecto de sus términos⁶⁷. Como lo advierte un doctrinario:

... the relation of the parties is contractual, and the rights and liabilities of the parties are controlled by the law of contracts. Like any other contract, an arbitration agreement must contain the ordinary elements of a valid contract. Like any valid contract, a legitimate agreement to arbitrate requires an offer, an acceptance, and consideration. The contract must fully and clearly indicate that an agreement to arbitrate exists.⁶⁸

90. El tribunal en el caso *Waste Management I*, al considerar la suficiencia de la renuncia de la demandante, declaró lo siguiente:

Los elementos esenciales que componen la institución del arbitraje son la existencia de un conflicto de intereses y un acuerdo de voluntades o un mandato legal, en virtud del cual se origina la constitución del Tribunal de Arbitraje. Esta aseveración constata la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes cuya expresión se realiza a través del consentimiento de someter determinadas disputas al procedimiento arbitral. Por ello, del consentimiento al arbitraje efectuado por las partes depende la completa eficacia de esta institución.

A tenor de esta afirmación, este Tribunal considera necesario analizar, aunque sólo sea brevemente, el tratamiento que el Capítulo XI del TLCAN otorga al consentimiento de las partes a la hora de someter una reclamación a arbitraje de acuerdo con el procedimiento de solución de controversias en él establecido.

El Artículo 1122 del TLCAN en su apartado primero dispone lo siguiente:

“Cada una de las Partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado.”

Del tenor literal de este Artículo se entiende, a los efectos que nos interesan, que el cumplimiento, entre otros, de los requisitos establecidos en el Artículo 1121 se traducirá en el consentimiento de las partes suscriptoras del Tratado al mecanismo de solución de controversias establecido en el Capítulo XI, Sección B del TLCAN.

⁶⁷. *Black's Law Dictionary* define “mutual assent” como: “The meeting of the minds of both or all the parties to a contract; the fact that each agrees to all the terms and conditions, in the same sense and with the same meaning as the others.” *Black's Law Dictionary*, p. 116 (9th ed. 2009). Anexo RL-010.

⁶⁸ Martin Domke, Gabriel Wilner and Larry E. Edmonson, *Domke on Commercial Arbitration* § 8:1 (2014). Anexo RL-012.

En base a lo expuesto, este Tribunal entiende que el análisis del cumplimiento de los requisitos establecidos como condiciones previas al sometimiento de una reclamación a arbitraje establecidas en el Artículo 1121 del TLCAN debe considerarse con extremada atención ya que su cumplimiento permite “ipso facto” el acceso a un procedimiento arbitral de acuerdo con el compromiso adquirido por las partes al suscribir este Tratado Internacional.⁶⁹

91. El tribunal en el caso *Fireman’s Fund c. los Estados Unidos Mexicanos* afirmó que un inversionista extranjero no tiene derecho al “beneficio de la duda” respecto a la naturaleza y alcance de un acuerdo de arbitraje:

La demandante declara, como consideración de política general, que el recurso directo al arbitraje por parte de los inversionistas se ha convertido en norma en los acuerdos de inversión modernos, aunque pueda haber excepciones, y que el valor del mecanismo de arbitraje entre inversionistas y Estados es tan considerable que solamente debería impedirse el recurso a ese mecanismo si ese resultado fuera el requerido en forma inequívoca por alguna disposición de un tratado. Si bien es cierto que hay más de 1,400 (o, como afirman algunos, más de 2,000) tratados bilaterales de inversión que contemplan el arbitraje entre inversionistas y Estados (aunque con arreglo a distintas condiciones) y que la valía de los mecanismos de arbitraje entre inversionistas y Estados es considerable, el Tribunal no cree que con arreglo al derecho internacional contemporáneo, el inversionista extranjero tenga derecho al beneficio de la duda por lo que respecta a la existencia y el alcance de un acuerdo de arbitraje.⁷⁰

El tribunal en *Canfor* respaldó la conclusión del tribunal en *Fireman’s Fund* de que un demandante no tiene derecho al beneficio de la duda en este respecto.⁷¹

92. La renuncia de la Demandante a su derecho a iniciar o continuar otros procedimientos judiciales es uno de los términos del acuerdo para someter una reclamación arbitral de conformidad con el TLCAN. Debido a que la Demandante no ha renunciado a sus derechos de conformidad con los requisitos del Artículo 1121, y ha seguido participando en recursos internos, existe una falta de reciprocidad y consideración a esta disposición del TLCAN. Por lo tanto, la Demandada no ha otorgado su consentimiento a someter esta disputa a arbitraje.

⁶⁹ *Waste Management I*, ¶16-17. Anexo RL-006.

⁷⁰ *Fireman’s Fund c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/02/01 (July 17, 2006), ¶64. Anexo RL-013.

⁷¹ *Canfor*, ¶186. Anexo RL-007.

93. Tanto los EE.UU. como Canadá, coinciden con México en que no existe consentimiento al arbitraje y que, por lo tanto, un tribunal no tiene competencia si una demandante no ha renunciado a su derecho a hacer uso de otros foros en donde se hacen reclamaciones respecto a una medida violatoria del TLCAN.⁷² Por lo tanto, si un tribunal carece de competencia sobre un asunto

**3. Al Haberse Rehusado a Renunciar a Procedimientos
Jurisdiccionales en el Foro Interno, la Demandante No Se Ha
Comprometido Genuinamente al Proceso Arbitral**

94. El sometimiento de una disputa al arbitraje significa la elección consciente de una parte de desistirse de otros recursos jurisdiccionales disponibles:⁷³

Parties who agree to arbitrate disputes thereby renounce their right of recourse to the courts of law in respect of any such dispute. It would seem to be perfectly reasonable to require some evidence, in written form, that the parties have indeed agreed to do this.⁷⁴

La renuncia requerida por el Artículo 1121 del TLCAN demuestra esta división entre el arbitraje y la resolución judicial.⁷⁵

95. En este caso, KBR y COMMISA han tratado de “cubrir todos los frentes” procediendo simultáneamente en este arbitraje y en otros. Sin embargo, el Artículo 1121 obliga a un demandante potencial a que renuncie a los procedimientos internos por concepto de daños o se desista de ellos, al momento de decidir invocar el proceso arbitral del TLCAN. Cuando se presentó la Notificación de Arbitraje, y antes de que invirtiera recursos importantes en este asunto, la Demanda tenía

⁷² *Article 1128 Submission of United States, Detroit International Bridge Company v. Canada*, ¶4, RL-019; *Reply of the Government of Canada to the NAFTA Article 1128 Submissions of the Governments of the United States of America and the United Mexican States, Detroit International Bridge Company v. Canada*, ¶10, RL-020.

⁷³ Alan Redfern, J. Martin Hunter, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* §1.45 at 16 (Oxford University Press, 2009). (“Parties who agree to arbitrate disputes thereby renounce their right of recourse to the courts of law in respect of any such dispute.”) Anexo RL-014.

⁷⁴ *Id.*, §1.45 at 16.

⁷⁵ Comparar el Artículo 26 de la de la Convención de CIADI, que establece: “Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy.” Anexo RL-015.

derecho a recibir un compromiso adecuado de la Demandante al proceso arbitral. Un elemento clave de ese compromiso es la renuncia al derecho de recurrir a otros procedimientos. A falta de la renuncia adecuada, y acciones subsecuentes congruentes con esa renuncia, la Demandante (y COMMISA) no se han comprometido genuinamente a resolver esta disputa a través de este arbitraje del TLCAN.

96. La negativa de la Demandante de proporcionar una renuncia clara, y de respetarla, debe conducir a la conclusión de que no ha consentido a la resolución de la disputa a través del arbitraje. Paradójicamente, por tanto, aunque la Demandante inició el procedimiento arbitral, no ha acordado en obligarse a él.

4. La Demandante Debe Retirar sus Otras Acciones Legales

97. Es importante remarcar que a la obligación de renuncia se le debe otorgar un significado sustantivo. Es así que, si un demandante actúa de manera incompatible con su renuncia por escrito, al continuar con un procedimiento interno, su conducta demuestra que la renuncia no ha sido efectivamente realizada, y por lo tanto, las condiciones previas para la presentación de una reclamación de conformidad con el TLCAN no han sido satisfechas.

98. En el caso *Waste Management I*, el tribunal sostuvo que un demandante del TLCAN se encuentra “obliged, in accordance with the waiver tendered, to abstain from initiating or continuing any proceedings before other courts or tribunals with respect to those measures pleaded as constituting a breach of the provisions of the NAFTA.”⁷⁶

99. De manera similar, el Tribunal en el caso *Commerce Group c. El Salvador* explicó en relación con una disposición similar sobre la renuncia contenida en el Tratado de Libre Comercio de la República Dominicana-Centroamérica y los Estados Unidos lo siguiente: “una renuncia debe ser más que sólo palabras; debe alcanzar el efecto pretendido”⁷⁷

⁷⁶ *Waste Management I*, ¶19. RL-006

⁷⁷ *Commerce Group Corp. and San Sebastian Mines, Inc. v. El Salvador*, CAFTA-DR/ICSID Case No. ARB/09/17, Award ¶80 (Mar. 14, 2011); véase también id. ¶81-84. Anexo RL-016.

100. Tanto los EE.UU. como Canadá, coinciden en que una demandante tiene que actuar de manera consistente con su renuncia, desistiéndose o interrumpiendo cualquier procedimiento que sea inconsistente con una renuncia válidamente escrita.⁷⁸

101. En consecuencia, la Demandante no puede limitarse a presentar una renuncia por escrito con el lenguaje correcto, mientras que continúa con las actuaciones en Nueva York y Luxemburgo.

5. La Renuncia Debe ser Realizada al Momento en que el Arbitraje es Iniciado.

102. Como se argumentó previamente, la obligación de renuncia es una condición previa a un procedimiento arbitral. El Artículo 1121 del TLCAN establece que una reclamación podrá ser sometida al procedimiento arbitral “sólo si” el inversionista y su empresa presentan una renuncia válida y cumplen con la misma en la fecha en la que la notificación de arbitraje es presentada.⁷⁹ Así, en el presente caso, la Demandante tenía que haber cumplido con el Artículo 1121 desde el 1º de octubre de 2013, fecha en que completó la entrega de su Notificación de Arbitraje a la Demandada. De lo contrario, el Tribunal carece de jurisdicción respecto a dicha reclamación, y el defecto no puede ser subsanado con posterioridad.

C. La Decisión del Tribunal Sobre Su La Cuestión Preliminar No Deber Unirse al Fondo del Asunto

103. No existe una razón jurídica ni práctica para unir el tema de la renuncia con la consideración del fondo de la controversia.

⁷⁸ *Article 1128 Submission of United States, Detroit International Bridge Company v. Canada*, ¶15, RL-019; *Reply of the Government of Canada to the NAFTA Article 1128 Submissions of the Governments of the United States of America and the United Mexican States, Detroit International Bridge Company v. Canada*, ¶18-14, RL-020.

⁷⁹ *Waste Management I*, ¶19.2 (“En el caso que nos ocupa, y a los efectos que nos interesa, WASTE MANAGEMENT presentó la notificación de solicitud de arbitraje ante el Secretario General del CIADI el 29 de septiembre de 1998 por lo que es a partir de esta fecha cuando la Demandante, de acuerdo con la renuncia presentada, tuvo que abstenerse de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante otras instancias respecto de medidas invocadas como violatorias de disposiciones del TLCAN.”). Anexo RL-006.

104. Por lo que se refiere a la ley aplicable, la Demandada reitera que la Demandante ha estado intentando evadir una condición previa al sometimiento de su reclamación al arbitraje. Permitir que la Demandante involucre a la Demandada en un intercambio completo sobre cuestiones relativas al fondo de la controversia sería contrario al texto y el propósito del Artículo 1121 del TLCAN.

105. La única cuestión de hecho que el Tribunal tiene que evaluar para llegar a una decisión es si la Demandante o su inversión se han desistido de otros procedimientos de solución de controversias, con respecto a las mismas medidas que se alega son violatorias del TLCAN en este procedimiento. Todos los hechos pertinentes a esa determinación ya están ante este Tribunal.

106. Requerir que se integre un expediente escrito completo y se sostenga una audiencia sobre el fondo de la disputa antes de que el Tribunal resuelva sobre el asunto de la renuncia resultaría en una pérdida considerable de recursos y tiempo para ambas partes. Por lo tanto, la Demandada sostiene que el Tribunal debería resolver sobre el tema de su jurisdicción y dar por terminado el arbitraje.

107. Es de suma importancia tener en consideración que las partes acordaron que la cuestión sobre la suficiencia de la renuncia será decidido en este procedimiento como una cuestión preliminar.⁸⁰

⁸⁰

Orden de Procedimiento No. 1, §12.1, 1 de abril 2014, manifestando lo siguiente:

By agreement of the parties, Respondent's objection to the sufficiency of Claimant's waiver under Article 1121 of NAFTA will be decided as a preliminary question. Pursuant to the parties' agreement, this is the only question submitted to the Tribunal at this stage.

V. SOLICITUD DEL PAGO DE GASTOS Y COSTAS

108. La Demandada tiene derecho a que se le otorgue el pago de gastos y costas por las siguientes razones:

- La Demandante conscientemente ignoró el requisito claro y obvio de renunciar a su derecho de demandar el pago de daños en procedimientos jurisdiccionales internos fuera de México.
- La Demandada manifestó desde un principio su opinión sobre este asunto tanto a la propia Demandante.

109. Por tal motivo, la Demandada solicita que se le otorgue el pago de gastos y costas, incluidos (i) la parte que le corresponde de los gastos del Tribunal, y (ii) los gastos de la Demandada en asesoría externa contratada para asistirle en este procedimiento. La Demandada está preparada para presentar al Tribunal un resumen de sus gastos al concluir el procedimiento relativo a la cuestión preliminar.

VI. PETICIÓN

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

111. 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., 16 de mayo de 2014