

**EN EL CASO DE UN PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE EN VIRTUD DEL
ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EL
GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE SINGAPUR PARA LA PROMOCIÓN Y
PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LAS INVERSIONES Y
DEL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI (2010)**

PACC OFFSHORE SERVICES HOLDINGS LTD

Demandante

y

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Demandada

(UNCT/18/5)

Opinión Concurrente y Disidente del Profesor W. Michael Reisman anexa a la Decisión sobre la
Solicitud de la Demandante de un Laudo Adicional y sobre la Tasa de Interés Aplicable

Miembros del Tribunal

Dr. Andrés Rigo Sureda, Presidente

Prof. W. Michael Reisman, Árbitro

Prof. Philippe Sands, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski

INTRODUCCIÓN

1. Tal como indicara la Mayoría, la Demandante presentó cuatro reclamaciones de un Laudo Adicional: (A) sobre todas sus reclamaciones acerca del trato directo de OSA por parte de la Demandada; (B) sobre su reclamación de PSP con respecto a la Orden de Detención; (C) sobre las presuntas violaciones de los estándares de TJE y PSP como consecuencia de la Orden de Desviación; y (D) sobre las presuntas violaciones de los estándares de TJE y PSP a causa de la Orden de Bloqueo. Estoy de acuerdo con la Mayoría en rechazar la primera y la segunda reclamación. Considero que la Mayoría comete un error al rechazar la tercera y la cuarta reclamación. Las solicitudes de la Demandante, como explicaré *infra*, son una consecuencia directa de cómo se abordan en el Laudo los distintos estándares de trato del TBI y su enfoque en qué se requiere para que se consideren cuestiones generales de política arbitral en lugar de los hechos y el derecho de la controversia específica.

A. LA PRIMERA Y LA SEGUNDA RECLAMACIÓN DE LA DEMANDANTE: LAUDO ADICIONAL SOBRE RECLAMACIONES RELATIVAS AL TRATO DE OSA POR PARTE DE LA DEMANDADA Y LA RECLAMACIÓN DE PSP CON RESPECTO A LA ORDEN DE DETENCIÓN

2. Con respecto a la primera reclamación de la Demandante, si bien la Demandante pueda estar en lo cierto al criticar la decisión sobre jurisdicción del Laudo, tal como explicara en mi Opinión Concurrente y Disidente³⁹, el Tribunal sí consideró y *se pronunció* sobre la reclamación jurisdiccional de la Demandante. Por lo tanto, el procedimiento del Artículo 39 del Reglamento de

³⁹ Opinión Disidente, ¶¶ 4 – 29.

la CNUDMI de 2010 no sirve para volver a considerar la decisión del Laudo de rechazar su jurisdicción respecto de estas reclamaciones. Es por eso que concuerdo con la Mayoría que la solicitud de la Demandante con respecto a esta reclamación en particular debe denegarse⁴⁰.

3. Con respecto a la segunda reclamación de la Demandante, si bien considero que la indemnización podría haberse calculado de otra manera con respecto al TJE, y debería haber sido diferente si el Tribunal concluyera que la Orden de Detención fue una expropiación ilícita⁴¹, el Laudo consideró y rechazó la reclamación de expropiación. La Demandante no demostró que la indemnización habría sido diferente si el Laudo hubiera concluido que la Orden de Detención constituyó una violación tanto de la PSP como del TJE. Por lo tanto, estoy de acuerdo con la Mayoría en que la solicitud de la Demandante en este sentido debe rechazarse⁴².

B. TERCERA RECLAMACIÓN DE LA DEMANDANTE: LAUDO ADICIONAL POR PRESUNTAS VIOLACIONES DE LOS ESTÁNDARES DE TJE Y PSP COMO CONSECUENCIA DE LA ORDEN DE DESVIACIÓN

4. Si bien la economía arbitral es una práctica legítima, sólo se requiere en aquellas instancias en las que el tribunal determina la existencia de responsabilidad por incumplimiento de un estándar específico y luego se abstiene de considerar otros estándares porque la indemnización reclamada no se vería alterada. Sin embargo, cuando el tribunal desestima una reclamación sobre la base de un único estándar, debe considerar si los hechos constituyen un incumplimiento de otro estándar que requiere una decisión sobre indemnización aparte. Puede haber diferentes hechos que sean

⁴⁰ El comentario de la Mayoría sobre el presunto plazo de prescripción en el párrafo 42 de su decisión es irrelevante para la cuestión que nos ocupa y, en cualquier caso, se aplicó erróneamente en el Laudo.

⁴¹ Opinión Disidente, ¶¶ 68 – 96.

⁴² Decisión de la Mayoría, ¶45.

relevantes, ya que cada estándar de trato incluye elementos diferentes y, por lo tanto, requiere un análisis diferente. Por ejemplo, el mismo conjunto de hechos puede derivarse de una expropiación, pero no del TJE.

5. La decisión de la Mayoría de rechazar la Solicitud de la Demandante de un Laudo Adicional respecto de sus reclamaciones relativas a la Orden de Desviación surge de su enfoque integrador acerca de la interpretación y aplicación de tratados. Es lamentable que, en lugar de reconocer que la Solicitud de la Demandante es el resultado directo de errores en el Laudo, la respuesta de la Mayoría simplemente no venga al caso:

“Tal como se explica en el Laudo, el tribunal que conoce de una reclamación por expropiación judicial sólo debería interferir con las conclusiones del tribunal local en circunstancias muy excepcionales. Dado que los factores que ha de tener en cuenta el Tribunal en tal sentido *se asemejan bastante a aspectos de los estándares de PSP y TJE en que se basa la Demandante* (a saber, irracionalidad, arbitrariedad y falta de debido proceso), cabe deducir que las conclusiones del Laudo sobre expropiación son de igual importancia para la reclamación de TJE. El Laudo resolvió ambas cuestiones y las rechazó como parte de la reclamación de expropiación. El Laudo decidió que la Demandante no logró demostrar que los tribunales no estuvieran disponibles. En cuanto al Fideicomiso, los tribunales mexicanos resolvieron que el Fideicomiso era ilícito porque se creó en un momento en el que OSA ya presentaba dificultades financieras. Las circunstancias que justificaron el rechazo de la reclamación de expropiación en el Laudo justifican, de igual manera, el rechazo de las reclamaciones de PSP y TJE” [énfasis agregado]⁴³.

6. La Mayoría explica que, dado que evaluó la reclamación de expropiación de la Demandante utilizando el estándar del TJE, es decir, denegación de justicia, en lugar del estándar de expropiación requerido en virtud del TBI, y dado que la Demandante basó sus reclamaciones de TJE y PSP en el estándar de TJE, el Tribunal, en realidad, se pronunció sobre las reclamaciones de TJE y PSP de la Demandante al decidir sobre la expropiación. La Mayoría intenta justificar su

⁴³ Decisión de la Mayoría, ¶46.

fusión de TJE, PSP y expropiación mediante un alegato de “semejanzas” entre los factores que han de considerarse al evaluar cada estándar de trato. Cabe reiterar los diversos estándares que se solicitó aplicar al Tribunal. Con respecto al TJE, es el Artículo 4 del TBI:

“1. Cada Parte Contratante otorgará a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, lo que incluye trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe el nivel mínimo de trato para extranjeros conforme al derecho internacional consuetudinario como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante. Los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridad plenas’ no requieren un trato adicional al requerido por dicho nivel mínimo de trato, o que vaya más allá de éste, y no crea derechos sustantivos adicionales.

3. Una resolución en el sentido de que se ha violado otra disposición del presente Acuerdo, o de un acuerdo internacional distinto, no establece que se ha violado el presente Artículo”.

Y, con respecto a expropiación, es el Artículo 6 del TBI:

“Ninguna Parte Contratante podrá expropiar o nacionalizar una inversión, directa o indirectamente, a través de medidas equivalentes a expropiación o nacionalización (en lo sucesivo ‘expropiación’), salvo que sea:

- (a) por causa de utilidad pública;
- (b) sobre bases no discriminatorias;
- (c) con apego al principio de legalidad; y
- (d) mediante el pago de una indemnización conforme al párrafo 2 siguiente”.

7. No hay semejanza alguna entre estos estándares de trato diferentes. De hecho, el TBI lo deja en claro con respecto a TJE y PSP: “Una resolución en el sentido de que se ha **violado otra disposición del presente Acuerdo**, o de un acuerdo internacional distinto, **no establece que se ha**

violado el presente Artículo”⁴⁴. El TBI no contempla expresamente un estándar distinto y objetivo para la expropiación, sino que deja en claro que una determinación de expropiación es distinta a una determinación de violación de la obligación de brindar TJE y PSP. No obstante, de nuevo en comparación con el TBI, para la Mayoría, el estándar para una reclamación de expropiación se convirtió en uno de TJE ya que un Órgano Estatal, que participó de los actos denunciados, fue un tribunal local.

8. Aun si, a meros fines argumentativos, las conclusiones de hecho del Laudo que fundan su decisión sobre expropiación, reproducidas en la decisión de la Mayoría y citadas *supra*, puedan invocarse para rechazar las reclamaciones de TJE y PSP, ello sólo sería posible porque el Laudo no aplicó el estándar de expropiación a la reclamación de expropiación. Lo absurdo de esto es que, en realidad, debería haberse dictado un Laudo Adicional para evaluar realmente la reclamación de la Demandante mediante un análisis independiente de la disposición sobre expropiación porque el Laudo aplicó el TJE y lo denominó expropiación. Ante esa desafortunada reformulación de las disposiciones del TBI en el Laudo, la Demandante no podría haber solicitado un Laudo Adicional sobre expropiación, por lo cual se vio obligada a hacerlo respecto de sus reclamaciones de TJE y PSP. En lugar de aceptar los errores que cometió en el Laudo, la Mayoría intenta eludir los resultados tratando de justificar su fusión de estándares diferentes.

9. El Artículo 39 del Reglamento de la CNUDMI no se ocupa de la redacción sino de las reclamaciones:

“1. Dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la orden de conclusión del procedimiento o del laudo, cualquiera de las partes, notificando a las otras partes, podrá requerir del tribunal arbitral que dicte un laudo o un laudo adicional sobre las

⁴⁴ Énfasis agregado.

reclamaciones formuladas en el procedimiento arbitral pero **no resueltas** en su decisión”.

La Mayoría debería reconocer que, en realidad, la reclamación presentada pero no resuelta en el Laudo fue la reclamación de expropiación con respecto a la Orden de Desviación y el Fideicomiso Invex. En mi opinión, la Demandante tiene derecho a un Laudo Adicional sobre su reclamación de expropiación con respecto a la Orden de Desviación, ya que, en realidad, el Tribunal se pronunció sobre su reclamación de TJE, si bien erróneamente utilizó el término “expropiación”. Tal como explicara en mi Opinión Disidente, considero que, una vez aplicado el estándar de expropiación del TBI a los hechos del caso, el Tribunal debería concluir que la Demandada incumplió sus obligaciones en virtud del TBI.

C. CUARTA RECLAMACIÓN DE LA DEMANDANTE: LAUDO ADICIONAL POR PRESUNTAS VIOLACIONES DE LOS ESTÁNDARES DE TJE Y PSP A CAUSA DE LA ORDEN DE BLOQUEO

10. En realidad, el Laudo no evaluó la reclamación de TJE de la Demandante con respecto a la Orden de Bloqueo, sino únicamente como una reclamación por expropiación. Esa omisión de la Mayoría se basa en su consideración errónea de los distintos estándares de trato contemplados en el TBI al mezclar TJE con expropiación. Con respecto a la Orden de Desviación, el Laudo aplicó el estándar de TJE y lo denominó análisis de expropiación; en cuanto a la Orden de Bloqueo, el Laudo aplicó un análisis de expropiación y ahora lo denomina análisis de TJE. El razonamiento que plantea la Mayoría es el siguiente:

“Si bien la Demandante se basa en el lenguaje de la arbitrariedad en relación con la Orden de Bloqueo y las decisiones posteriores de los tribunales nacionales, la Demandante no hizo referencia a los indicios habituales de arbitrariedad (como la falta de debido proceso, actuar con fines indebidos o actuar sobre la base de

prejuicios u opiniones personales), ni sugiere que los estándares de TJE o PSP se hayan violado por otro motivo, como discriminación. Por tanto, al parecer, el argumento de la Demandante en relación con la Orden de Bloqueo se basa en tener un derecho a nuevos contratos. El Tribunal había concluido con respecto a la reclamación por expropiación que la reclamación debía desestimarse porque la Demandante no había demostrado que tuviera derecho a nuevos contratos, y un razonamiento y conclusión similares se aplican a las reclamaciones de TJE y PSP”⁴⁵.

11. La interpretación de la Mayoría con respecto a los alegatos de la Demandante acerca de la Orden de Bloqueo y TJE no encuentra sustento en los escritos. En el Memorial de Demanda, la Demandante explicó que:

“188. México tenía la oportunidad de salvar la Inversión de POSH en México permitiendo que PEMEX cediese los contratos suscritos con OSA a las Filiales de POSH. Sin embargo, el SAE no canceló los Contratos de Fletamento de GOSH para proteger la masa del concurso, y el Juzgado Concursal tampoco permitió que PEMEX rescindiese los Contratos de Servicios de GOSH y de SMP. Estas medidas arbitrarias e injustificadas afectaron directamente a los socios de OSA, incluidas las Filiales, y culminaron con la destrucción de la Inversión.

□

192. El Sr. Montalvo también mantuvo conversaciones con el SAE que, en su calidad de Conciliador, tenía la capacidad de cancelar los Contratos de Servicios de GOSH y de SMP con PEMEX para proteger la masa del concurso. El SAE, sin embargo, comunicó que únicamente cancelaría los contratos a cambio de una “quita de la deuda del Grupo POSH” y de “una comisión más elevada” para OSA. La propuesta del SAE era coercitiva, abusiva y arbitraria. Las Filiales de POSH eran acreedores legítimos de OSA por los servicios debidamente prestados, y la comisión de OSA (2,5%) era razonable desde un punto de vista comercial, hecho que el SAE jamás negó. El SAE estaba haciendo uso de su posición de poder para obtener beneficios excesivos de manera que pudieran “comunicar al Ministerio de Hacienda que habían... conseguido” reducir la deuda de OSA. En un intento desesperado por recuperar las operaciones en México, POSH informó que incluso estaría dispuesta a “aceptar la propuesta del [SAE]... de una condonación parcial de la ‘deuda de OSA/SAE anterior al fideicomiso a cambio de la cancelación de los 8 contratos suscritos por OSA/PEMEX’”.

⁴⁵ Decisión de la Mayoría, ¶47.

[]

194. De hecho, mientras continuaban las negociaciones con el SAE y PEMEX, OSA—bajo la administración del SAE—solicitó al Juzgado Concursal que prohibiese a PEMEX rescindir sus contratos con OSA, incluidos los Contratos de Servicios de GOSH y de SMP. El 15 de agosto de 2014, el Juzgado Concursal así lo ordenó. Esto eliminaba toda posibilidad de que las Filiales de POSH pudieran suscribir contratos directamente con PEMEX y salvar la Inversión de POSH en México. PEMEX no podía ceder los contratos existentes en virtud de la resolución judicial, y se negó a adjudicar nuevos contratos a las Filiales de POSH alegando que sus buques continuaban registrados en el sistema de PEMEX como utilizados en los contratos que PEMEX había suscrito con OSA.

195. Las medidas del SAE y la resolución del Juzgado Concursal eran arbitrarias injustificadas, y culminaron con la destrucción de la Inversión de POSH. []

202. En resumen, POSH celebró consultas con PEMEX y el SAE en un intento por suscribir contratos en relación con ocho buques directamente con PEMEX. Esta solución habría salvado la Inversión de POSH en México. El SAE y el Juez Concursal bloquearon esta posibilidad. Sus medidas fueron arbitrarias e injustificadas, como habían previsto todas las entidades públicas mexicanas y como se confirmó a raíz de los acontecimientos posteriores⁴⁶.

Y en la Réplica:

“317. Sin embargo, el SAE bloqueó esta vía negándose a cancelar los Contratos de Fletamento de GOSH, alegando que era en interés de preservar la masa concursal, y el Juez Concursal no permitió a PEMEX rescindir los Contratos de Servicio de GOSH y SMP hasta que fue demasiado tarde. Estas medidas arbitrarias e injustificadas afectaron directamente a los socios comerciales de OSA, entre ellos las Filiales, y finalmente consumaron la destrucción de la Inversión”.

Y tanto en la Réplica como en el Memorial de Demanda:

“539. *En undécimo lugar*, México evitó de manera arbitraria que PEMEX rescindiese los contratos con OSA y los sustituyese con nuevos contratos con las Filiales. El SAE denegó la cancelación de los contratos de OSA y el Juez Concursal

⁴⁶ Memorial de Demanda, ¶¶ 188 – 202 [referencias omitidas].

prohibió a PEMEX su rescisión, condenando efectivamente las actividades de POSH en México. Esta medida fue injustificada y arbitraria por tres razones:

‘Uno: El SAE era, o tenía la obligación de ser, consciente de que OSA no podría recibir nuevos contratos mientras estuviese en procedimiento concursal, toda vez que no reunía los indicadores económicos necesarios para ello. Dos: El SAE era consciente de, y había reconocido, que, sin la adjudicación de nuevos contratos, OSA no podría cumplir con los contratos vigentes con Pemex. Tres: El SAE era consciente de, y había reconocido, que el incumplimiento de los Contratos con PEMEX generaba penalizaciones convencionales, que constituirían demandas contra el Estado...

La decisión más razonable del juez habría sido permitir la rescisión de los contratos. La decisión más razonable del Conciliador habría sido cancelar los contratos en interés del Estado”⁴⁷.

12. Una cosa es concluir que no se expropiaron derechos de propiedad de la demandante, y otra cosa completamente distinta es concluir que el Estado receptor brindó a la demandante un trato justo y equitativo o un entorno de inversión seguro. Por ende, la conclusión de que posiblemente la Demandante no demostró “que tuviera derecho a nuevos contratos”⁴⁸ sólo es relevante para la expropiación. Si el Estado realmente bloqueó el intento de la Demandante de reanudar sus actividades comerciales mediante lo que se describió en comunicaciones contemporáneas como chantaje⁴⁹, ello constituiría una violación del estándar de TJE y quizá del estándar de PSP, sin perjuicio de si había o no derecho a nuevos contratos.

13. En mi Opinión Concurrente y Disidente, mencioné que difícilmente la Orden de Bloqueo haya constituido un trato justo y equitativo⁵⁰. Sin perjuicio de que la Mayoría llegue o no a la

⁴⁷ Réplica, ¶ 505; Véase también Memorial de Demanda, ¶ 388.

⁴⁸ Decisión de la Mayoría, ¶ 47.

⁴⁹ Correo electrónico de J. Phang a G. Seow *et al.*, 20 de agosto de 2014 [**Anexo C-188**] (“Marcia Fuentes prácticamente nos está chantajeando”; “Especialmente dado que Marcia parece capaz de hacer que el juez de quiebras apruebe toda clase de órdenes judiciales radículas en nombre de salvar a OSA”).

⁵⁰ Opinión Disidente, ¶ 85.

misma conclusión sobre el trato de POSH con respecto a los actos que integran la Orden de Bloqueo, la Demandante tiene derecho a que se evalúen sus reclamaciones de TJE y PSP sobre la base de los estándares de TJE y PSP, en lugar de recurrirse al estándar de expropiación.

14. La tarea del tribunal arbitral consiste en dirimir la controversia ante sí dentro del ámbito del tratado de protección de inversiones, en lugar de volver a redactar el tratado para ajustarlo a lo que considere cuestiones de política más amplias o un resultado deseado. Tampoco debe el tribunal hacer caso omiso de las posteriores solicitudes de la demandante de corregir una omisión de parte del tribunal de resolver sus reclamaciones mediante una reestructuración de dichas reclamaciones. Por lo tanto, estoy parcialmente de acuerdo con la desestimación por parte del Tribunal de la Solicitud de la Demandante de un Laudo Adicional, y disiento parcialmente de dicha desestimación.

W. Michael Reisman

[Firmado]

W. Michael Reisman
Árbitro

Fecha: 2 de mayo de 2022