

**EN EL CASO DE UN PROCEDIMIENTO DE ARBITRAJE EN VIRTUD DEL
ACUERDO ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 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

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

A. Introducción

1. El presente caso versa sobre una controversia entre un inversionista singapurense, PACC Offshore Services Holding LTD (“POSH”) y los Estados Unidos Mexicanos (“México”) 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, de fecha 12 de noviembre de 2009 (el “TBI”). Un tribunal instituido a tenor del mecanismo de resolución de controversias en el Artículo 11 del TBI debe aplicar el TBI, no reescribirlo. No puedo concurrir con aquellas partes del Laudo que escogen, elijen, y, en efecto, reescriben disposiciones del TBI.

2. Independientemente de la prueba aportada por las Partes, la cual considero que sustenta partes clave del argumento de la Demandante, el Laudo emplea, a mi juicio, una metodología inadmisibles para la interpretación y aplicación de los tratados. El Laudo reescribe las disposiciones del TBI, seleccionando por conveniencia su lenguaje, e importando condiciones de otros tratados so pretexto de “inquietudes” redactadas en cuestiones imponentes de políticas de arbitraje, que van más allá del TBI y de la controversia.

3. Procederé a brindar una explicación sobre mi posición en tres partes. En primer lugar, el razonamiento del Laudo a efectos de excluir el trato de OSA de la jurisdicción del Tribunal es equivocado y, además crea un precedente problemático. En segundo lugar, el Laudo reescribe la disposición del TBI en materia de expropiación, transformando el estándar objetivo de expropiación en un análisis subjetivo similar a la denegación de justicia. En tercer lugar, el cálculo de la indemnización por daños del Laudo desestima los efectos a largo plazo de la Orden de Detención y su carácter expropiatorio.

B. El Trato de OSA

4. Me parece que si un Estado exige en su legislación interna que un inversionista extranjero debe crear una *Joint Venture* (“JV”, por sus siglas en inglés) con una parte local a fin de llevar adelante su negocio allí, el Estado no podrá eximirse de responsabilidad en virtud del TBI por un perjuicio al inversionista, aduciendo que solo actuó en contra del socio comercial de la JV. En el supuesto de que su trato del socio comercial local de la JV con arreglo al derecho interno ocasionare un perjuicio al inversionista extranjero, debe responder ante el inversionista por sus acciones en lo que respecta al trato justo y equitativo (TJE) o a la protección y seguridad plenas (PSP). Ese no sería el caso cuando no existía un requisito de creación de una *joint venture* con un negocio nacional y el inversionista decidiera hacerlo por sus propias razones estratégicas, excepto, sin embargo, que el objetivo real de la medida fuera el inversionista.

5. No discrepo del anuncio del Laudo de que “comparte la inquietud expresada por el tribunal en *Methanex*”, esto es, que “Una concatenación de consecuencias posiblemente interminables podría surgir de una decisión o acción gubernamental y resulta necesario y razonable encontrar algún límite a las reclamaciones que pueden incoarse en virtud del Tratado”¹. Empero, esta no es la situación ante el Tribunal. Si, en este caso donde se exigía una JV a tenor de la legislación local, la fuente del perjuicio al inversionista extranjero se originare en una conculcación de los derechos civiles de OSA, el socio comercial mexicano de la JV, en virtud de la legislación mexicana, el perjuicio derivado que sufriera el inversionista extranjero es inmediato y debería sonar en el TBI².

¹ Laudo, ¶ 146.

² El decreto de consentimiento de OSA por blanqueo de capitales a tenor de la legislación de los EE. UU. jugó un papel malicioso en el arbitraje. En ocasiones, se planteó con la implicancia clara de que a OSA no le asistía el derecho al debido proceso en el procedimiento mexicano, en el cual las negligencias mexicanas condujeron en definitiva a la quiebra de OSA. El hecho de que se tocara el tema del decreto de consentimiento de OSA en un proceso en otro

Estoy convencido de que esto es lo que requiere el TBI aunque el Laudo lo considera, como una cuestión de derecho, demasiado remota. Sin embargo, a efectos de arribar a esta conclusión, el Laudo descontextualiza un término del TBI y utiliza la interpretación de un término similar en el TLCAN en un contexto diferente, en pos de limitar la aplicación del término en el TBI. Ello es incorrecto.

6. El Laudo arriba a su conclusión citando de manera selectiva el TBI y el TLCAN (el último como si formara parte del derecho aplicable). El Laudo compara las frases “relativas a” del TLCAN y “en virtud de o como consecuencia de [...]” del TBI para afirmar que “ambas frases expresan la necesidad de algún grado de conexión directa entre la medida impugnada y la pérdida reclamada”. Concluye ingeniosamente que “[s]ostener que esta diferencia es de algún modo significativa conlleva el riesgo de trazar distinciones artificiales entre frases que poseen el mismo significado sustantivo”³. Esa conclusión se sostiene solo si uno ignora las reglas de interpretación de los tratados y desestima el “contexto”, los respectivos instrumentos en los que aparecen los términos: el TLCAN y el TBI.

Artículo 1101(1) del TLCAN:

“1. Este capítulo se aplica a **las medidas que adopte o mantenga** una Parte *relativas a*:

- (a) los **inversionistas** de otra Parte;
- (b) las **inversiones** de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte; y
- (c) en lo relativo al Artículo 1106 Y 1114, todas las inversiones en el territorio de la Parte”.

Estado, como si la demandada en un proceso penal no relacionado que condujo a su quiebra no tuviera derecho al debido proceso, creo que menoscabó los derechos de POSH al debido proceso.

³ Laudo, ¶ 146.

Artículo 11(2) del TBI:

“Un inversionista de una Parte Contratante, en representación de una empresa legalmente constituida conforme a la legislación de la otra Parte Contratante, que sea una persona moral propiedad de dicho inversionista o que esté bajo su control, directo o indirecto, podrá someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que la otra Parte Contratante ha incumplido una obligación establecida en el Capítulo II, y que la empresa ha sufrido **pérdida o daño en virtud de ese incumplimiento o como consecuencia de éste**”.

7. En tanto el TLCAN emplea los términos “relativas a” para relacionar a las “medidas” y a los “inversionistas” o las “inversiones”, el TBI utiliza los términos “en virtud de, o como consecuencia de” para relacionar la “pérdida” y el “incumplimiento”. Ello es sustantivamente diferente. Nada existe en el TBI que sugiera que debe existir “conexión directa” alguna o una “conexión jurídica significativa”, independientemente del sentido que se le asigne a cada formulación, entre la “medida” y la “pérdida”, o la “medida” y el “inversionista”, tal como establece el Laudo⁴. Al citar las disposiciones de manera selectiva, el Laudo aplica una interpretación de un término adoptado en un contexto, esto es, entre una medida y un inversionista, para interpretar un vínculo entre elementos completamente diferentes, el incumplimiento y la pérdida. Pero el Laudo lo considera nuevamente y concluye que la interpretación de un vínculo entre “pérdida” e “incumplimiento” constituye en realidad un vínculo entre “pérdida”, “inversionista”, y “medida”; analizando la “relación entre la Demandante y su inversión y las demás medidas”, excluyéndolas porque la Demandante se vio afectada “solo secundaria e indirectamente, [] y no en primer lugar”⁵.

⁴ Laudo, ¶¶ 146-147.

⁵ Laudo, ¶ 147.

8. El Artículo 11(2) del TBI no es inusual ni problemático, tampoco impone condiciones especiales. El hecho de que una reclamación de un inversionista deba referirse a una pérdida que surja de un incumplimiento de una obligación del tratado por parte del Estado receptor constituye la *raison d'être* de la protección de las inversiones. En ausencia de un lenguaje especial en contrario, resultaría absurdo sugerir que un inversionista podrá reclamar una pérdida que *no* surja de un incumplimiento del tratado. Aunque ello no justifique imponer de algún modo una limitación al vínculo entre la medida y la pérdida o la medida y el inversionista como lo hace el Laudo. Cabe recordar que la Convención de Viena exige que los términos se interpreten en el “contexto” de estos.

9. Asimismo, el método del Laudo socava el principio de *effet utile*. El enfoque del Laudo vaciaría al término “incumplimiento” de todo significado, equiparándolo con el término “medida” utilizado en el TLCAN. Pero no toda medida constituye un incumplimiento, y el hecho de si una medida, o para ser preciso, un acto atribuible al Estado, en virtud del derecho internacional, constituye un incumplimiento del tratado, dependerá de las disposiciones sustantivas del TBI, como los Artículos 4 y 6. Empero el Laudo no explica de qué forma esas disposiciones exigen algún grado de conexión, primaria o secundaria, entre el inversionista y el acto atribuible al Estado. El Artículo 6 incluso utiliza la condición amplia de que la expropiación podrá realizarse “directa **o indirectamente** a través de medidas equivalentes a expropiación”⁶. Por ende, la expropiación podrá *per se* ser un efecto secundario de un acto atribuible.

10. Por lo tanto, el Laudo combina términos del TBI (que es vinculante) y del TLCAN (que no es vinculante). Y aun va más allá al invocar el laudo de *Methanex*, al amparo del TLCAN, como

⁶ TBI México-Singapur, Art. 6 [**Anexo CL-1**] [énfasis agregado].

si fuese autoridad para el caso que nos ocupa, a tenor del TBI. El hecho de que el TBI disponga que toda reclamación deberá basarse en una pérdida surgida de un incumplimiento del tratado, no puede, tal como determina el Laudo, exigir una “conexión jurídica significativa” entre la Demandante y las medidas, para no mencionar cualquier presunta exclusión de medidas que afectan a los inversionistas “solo secundaria e indirectamente”⁷.

11. Por lo tanto, según el TBI existen dos interrogantes: (1) si un acto atribuido al Estado (es decir, “medida”) incumple una obligación frente a un inversionista – la cual activa las disposiciones sustantivas. Si ello fuere cierto, el interrogante procesal (2) es si la pérdida reclamada surgió de dicho incumplimiento. El Laudo no debiera reescribir el TBI para aliviar sus inquietudes, reemplazar el término “incumplimiento” por “medida”, y de algún modo intercalar el término “inversionista” en lo que deviene un rompecabeza interpretativo. Todo ello sin explicar por qué motivo el efecto en cuestión no es “legalmente significativo”.

12. Para abordar el primer interrogante, el Laudo debería haber considerado si, de ser cierta, la presunta persecución política de OSA habría constituido un incumplimiento del Artículo 4 del TBI. En otras palabras, ¿una persecución política del socio comercial de la JV cumple con el deber del Estado receptor de proporcionar un entorno de inversión seguro a tenor del TJE o PSP? Creo que no lo haría.

13. Sin embargo, si uno siguiera las inquietudes del Laudo y reescribiera el TBI, el razonamiento del Laudo se encuentra separado de su propio análisis de los hechos. El Laudo esgrime diversos argumentos a efectos de sustentar su posición de que no existe conexión alguna entre las medidas contra OSA y la Demandante. En primer lugar, que “si la Demandante no hubiese

⁷ Laudo, ¶ 147.

suscrito contratos con OSA, no habría resultado afectada por las medidas”⁸. En segundo lugar, “las presuntas pérdidas [es decir, aquellas relacionadas con el tratamiento de OSA] dependen en su totalidad del hecho de que la Demandante celebró contratos con OSA”⁹. Y, en tercer lugar, que “[n]o existe nada que diferencie a la Demandante de otras entidades que pudieran haber suscrito contratos con OSA”¹⁰. Pero en su párrafo 57, el Laudo reconoce que:

“La Demandada observa que POSH nunca tuvo una participación accionaria ni invirtió capital en OSA y que la necesidad de POSH de asociarse con una empresa mexicana se debía a la limitación del 49% prescrita en la Ley de Inversión Extranjera (“LIE”) aplicable a la inversión extranjera en sociedades navieras dedicadas a la explotación comercial de embarcaciones para la navegación interior y cabotaje en México”¹¹.

14. Por lo tanto, el Laudo no reconoce que al obligar a POSH a llevar adelante su negocio a través de una JV con un socio comercial local, México la expuso a riesgos derivados de sus acciones contra dichos socios comerciales locales en comparación con otros inversionistas extranjeros a quienes se les permitía participar en sus negocios sin socios locales. Al exigirles a los inversionistas estructurar su inversión de manera tal que se volvieran dependientes de socios comerciales locales, las obligaciones de México a tenor del TJE y PSP se extienden a cubrir los riesgos adicionales a los cuales dicha dependencia exponía a los inversionistas. Tras exigir estas estructuras de inversión, la Demandada no puede simplemente excusarse del perjuicio ocasionado al inversionista sosteniendo que la medida estaba dirigida al socio mexicano; de no haber existido

⁸ Laudo, ¶ 147.

⁹ Laudo, ¶ 149.

¹⁰ Laudo, ¶ 149.

¹¹ Laudo, ¶ 57.

la LIE, podría no haber existido socio mexicano alguno cuya persecución, presuntamente contraria a derecho, habría destruido la inversión.

15. De hecho, la prueba demuestra que, después de las medidas, POSH trató de contratar directamente con PEMEX¹². Si dicha relación hubiese tenido que estructurarse en virtud de la legislación mexicana o cómo debería habérselo hecho, resulta irrelevante. Nunca ocurrió en tanto la inversión se destruyó, pero lo que queda claro es que POSH involucró a un socio mexicano en la JV, OSA, debido a los requerimientos de la legislación local. Se trata de un hecho que la Demandada reconoció y que el propio Laudo recuerda.

16. Ya sea que se denomine “conexión jurídica significativa” o cualquier otra formulación, al exigir en primer lugar las JV y posteriormente maltratar al socio comercial local, México había incumplido la obligación frente al inversionista (TJE o PSP). Por lo tanto, la pérdida sufrida por el inversionista es “en virtud de o como consecuencia de” que México no aplicara correctamente su legislación frente al socio comercial de la JV. La distinción entre aquellos inversionistas a quienes se les permitía involucrarse en los negocios por sí mismos y aquellos a quienes se les ordenaba celebrar una JV con socios comerciales locales es significativa en términos normativos en lo que se refiere a las obligaciones del Estado con respecto a los inversionistas y, en particular al trato de sus socios en la JV. Al exigir a los inversionistas exponerse al trato brindado por un Estado a sus socios locales, el Estado no podrá sostener que las medidas ilícitas contra el socio comercial local son demasiado remotas del inversionista como para ser consideradas una vulneración de una obligación frente a dicho inversionista. México ordenó la dependencia de los inversionistas

¹² Véanse, por ejemplo, Correo electrónico de J. Phang a G. Seow *et al.*, 11 de abril de 2014 [**Anexo C-299**]; Correo electrónico de J. Phang a G. Seow *et al.*, 18 de julio de 2014 [**Anexo C-130**]; Correo electrónico de J. Phang a G. Seow *et al.*, 20 de agosto de 2014 [**Anexo C-188**]; Correo electrónico de J. Phang a G. Seow *et al.*, 1 de abril de 2014 [**Anexo C-187**].

extranjeros en la industria de servicios marítimos de un socio local y debería haber tenido eso en cuenta cuando fue contra OSA, un intermediario de gran importancia en la industria.

17. En contraposición a la conclusión a la que se arriba en el Laudo, hay muchas cosas que “diferenci[an] a la Demandante de otras entidades que pudieran haber suscrito contratos con OSA”¹³. La Demandante contrató con OSA en cumplimiento del requisito jurídico que la legislación mexicana le imponía en su calidad de inversionista extranjero putativo en un sector particular de la industria. El hecho de que cuando México le exigió elegir un socio comercial local en la JV, POSH “resultara” elegir a OSA, un actor importante en ese momento, no exime a México de responsabilidad frente a POSH por los perjuicios derivados de su maltrato a OSA. La Demandada, tal como resulta evidente en el presente caso, está muy consciente de que impone tales restricciones a los inversionistas extranjeros en virtud de su legislación y, por ende, asumió un deber de tener esto en cuenta cuando decidió perseguir a este intermediario de tal envergadura. ¿Desconocía México que, al perseguir a OSA, los inversionistas extranjeros resultarían afectados? Su legislación ordenaba su exposición. Aun si no fuese intencional, a lo sumo, México no se preocupó de dichos efectos.

18. Si México persiguió a OSA de manera lícita es irrelevante a los efectos de la jurisdicción. El Laudo permitiría que un Estado exigiera JV con socios comerciales locales y posteriormente se eximiera de destruir la inversión al intimidar “solamente” al socio de la JV. Por lo tanto, el Laudo no solo reescribe el TBI a fin de imponer condiciones no incluidas en él, sino que posteriormente aplica sus propias condiciones de manera incorrecta.

¹³ Laudo, ¶ 149.

19. Por último, el Laudo parece considerar que a fin de que los actos atribuidos que se refieren al trato de OSA, esto es, la Orden de Inhabilitación y la Orden de Aseguramiento, recaigan dentro de la jurisdicción *ratione temporis* del Tribunal, resulta necesario “prorrogar” el “límite de tres años”¹⁴. También ello se trata nuevamente de una aplicación errónea del TBI. El Laudo confunde la “medida”, el “incumplimiento”, y la “pérdida”. Según el Laudo, la fecha de corte de 4 de mayo de 2014 se refiere a la fecha de la medida. En otras palabras, para aquellos actos y acontecimientos que tuvieron lugar con anterioridad a esa fecha, se necesita una prórroga, ya sea como acto de carácter continuo o compuesto¹⁵. Esto reescribe el TBI.

20. El Artículo 11(8) del TBI, que formula la jurisdicción *ratione temporis* del Tribunal, prevé una prueba de dos elementos ninguno de los cuales se refiere a la fecha de la medida:

“Una controversia podrá ser sometida a arbitraje si el inversionista ha entregado a la Parte Contratante contendiente la notificación de intención a que se refiere el Artículo 10, siempre que no haya transcurrido un plazo mayor a tres años contados a partir de la fecha en que el inversionista o la empresa de la otra Parte Contratante que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control, directo o indirecto, **tuvo por primera vez o debió haber tenido conocimiento por primera vez de la presunta violación por la cual el inversionista o la empresa incurrió en pérdida o daño**”.

21. Por lo tanto, en lo que respecta al trato de OSA, la jurisdicción *ratione temporis* no gira en torno al propio acto sino (1) cuando el inversionista tuvo conocimiento de que el trato de OSA fue contrario a derecho y, por lo tanto, constituyó un incumplimiento que resonaba en el TBI, y (2) cuando tuvo conocimiento de que el incumplimiento le ocasionó un daño.

¹⁴ Laudo, ¶ 154.

¹⁵ Laudo, ¶¶ 153-154.

22. El Laudo parece substituir el término “incumplimiento” por “medida” mientras que desestima por completo la segunda condición, esto es, el conocimiento de la pérdida. El Laudo parece suponer que, al momento de la adopción de la medida, POSH inmediatamente tuvo conocimiento de que la medida constituía un incumplimiento del tratado y que inmediatamente tuvo conocimiento de que había sufrido una pérdida o daño como consecuencia del incumplimiento. El Laudo no solo no explica tal interpretación o supuesto, sino que su supuesto desestima los hechos que el propio Laudo analiza.

23. El 19 de marzo de 2014, semanas después de que se adoptaran las medidas, en un correo electrónico interno de POSH de Gerald Seow a Geoffrey Yeoh, se estableció que “En general, la gerencia y el personal de Pemex y de PEP reconocen la buena reputación de Posh y el hecho de que esta empresa es una de las muchas víctimas del mal manejo y las actividades delictivas de OSA” y que “Sabemos apreciar el hecho de que Posh mantiene las embarcaciones en funcionamiento y sigue apoyando las actividades de Pemex en el extranjero, y nos pidieron que continuemos haciendo que las embarcaciones sigan trabajando”¹⁶. Este intercambio de correos electrónicos indica que POSH no tenía conocimiento del presunto actuar ilícito de las Autoridades mexicanas en lo que se refiere al proceso penal de OSA. Por el contrario, POSH continuó con sus operaciones y quiso tomar distancia de lo que *en ese momento* percibía como “el mal manejo y las actividades delictivas de OSA”. Este intercambio solamente es indicativo de que el supuesto del Laudo de que POSH considerara que la simple sanción de las medidas daba lugar al “conocimiento de la presunta violación” es incorrecto. Un análisis de la oferta pública inicial de POSH de fecha 17 de abril de

¹⁶ Correo electrónico de G. Seow a G. Yeoh, 19 de marzo de 2014 [**Anexo C-186**].

2014, es también indicativo de que POSH no consideraba que existiera delito por parte del Gobierno mexicano en la investigación de OSA¹⁷.

24. No queda claro en qué momento POSH tuvo por primera vez conocimiento de que las medidas en contra de OSA tenían, presuntamente, motivaciones políticas. Los informes de la Comisión del Senado que formularon acusaciones de persecución política recién se emitieron en el año 2015¹⁸, y recién en el mes de agosto de 2014 la comunicación interna de POSH pareció reflejar desencanto con las decisiones de las autoridades mexicanas¹⁹. La Demandada no aportó prueba alguna de que POSH tuviera conocimiento de que el trato de OSA tuviera motivaciones políticas con anterioridad a los informes del Senado. Pero incluso si suponemos, *arguendo*, que POSH tuviera conocimiento de los informes periodísticos contemporáneos desde el 4 de marzo de 2014, respecto de la persecución de OSA y creyera en ellos²⁰, una suposición contradicha por su comunicación interna citada *supra*, que llegara dos semanas más tarde, no sería suficiente para denegar la jurisdicción, ya que el Artículo 11(8) del TBI prevé un segundo requisito acumulativo de “conocimiento de que el inversionista o la empresa incurrió en pérdida o daño”. ¿Se conoció

¹⁷ Prospecto de Oferta Pública Inicial de POSH, 17 de abril de 2014, págs. 33-34 [**Anexo C-121**] (*por ejemplo*, “Según nuestros conocimientos, ninguna de las embarcaciones de nuestro Grupo y GOSH se encuentran involucradas en alegaciones de fraude. Ninguno de nuestros Directores y Funcionarios Ejecutivos se encuentran involucrados en alegaciones de fraude”). [Traducción del Prof. Reisman]

¹⁸ Comisión Especial para la Atención y Seguimiento al Caso de la Empresa Oceanografía, S.A. de C.V., Informe de Actividades de 2015 [**Anexo C-126**]; Informe PRD relativo a la Comisión Especial para la Atención y Seguimiento al Caso de la Empresa Oceanografía, S.A. de C.V., de fecha 30 de abril de 2015, [**Anexo C-135**].

¹⁹ 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 ridículas en nombre de salvar a OSA”). También podría inferirse un maltrato a partir de un correo electrónico de fecha 12 de mayo de 2014, pero aun eso es posterior a la fecha crítica. Véase Correo electrónico de G. Seow a R. Granguillhome Morfin, 12 de mayo de 2014 [**Anexo C-148**].

²⁰ Memorial de Demanda, ¶ 119.

inmediatamente la pérdida o daño sufridos por POSH debido al presunto hecho de que la persecución de OSA tenía motivaciones políticas? El expediente deja en claro que no fue así.

25. Las acciones de POSH durante los meses de marzo, abril y mayo indican que POSH recién tuvo conocimiento de daño o pérdida *alguno* el 16 de mayo de 2014 o el 9 de mayo de 2014 como muy temprano²¹. El Laudo no advierte el claro vínculo entre los dos hechos que analiza. En primer lugar, el Laudo reconoce que:

“Durante parte de la Orden de Detención, los Buques de GOSH permanecieron operativos y prestando servicios a PEMEX, y PFSM tuvo que asumir las obligaciones de pago incumplidas por OSA. El 16 de mayo de 2014, GOSH retiró los buques de los Contratos de Fletamento de GOSH, pero no recuperó el uso de los buques. Los buques permanecieron inoperativos durante el resto de la Orden de Detención”²².

Y que:

“El 2 de mayo de 2014, el SAE presentó un escrito ante el Juzgado Concursal solicitando que ordenase a PEMEX que realizase los pagos directamente al SAE, en lugar de a los fideicomisos. El 6 de mayo de 2014, el Juzgado Concursal ordenó a PEMEX que lo hiciera (la “**Orden de Desviación de Pagos**”), y, el 9 de mayo de 2014, el Juzgado Concursal aclaró que la Orden de Desviación de Pagos también era aplicable al Fideicomiso Irrevocable. La Orden fue confirmada el 16 de mayo de 2014, tras las impugnaciones de la Demandante y de GOSH”.

26. Hasta la confirmación de la aplicación a POSH de la Orden de Desviación de Pagos el 16 de mayo de 2014, los buques de POSH se mantuvieron operativos y prestaron servicios a PEMEX con arreglo a los contratos de OSA, suponiendo, con base en las garantías del SAE²³, que cualquier

²¹ Un correo electrónico de fecha 12 de mayo de 2014 parece ser el primer indicio del conocimiento de las pérdidas por parte de POSH. Véase Correo electrónico de G. Seow a R. Granguillhome Morfin, 12 de mayo de 2014 [**Anexo C-148**].

²² Laudo, ¶ 91.

²³ Correo electrónico de G. Seow a R. Granguillhome Morfin, 12 de mayo de 2014 [**Anexo C-148**].

pago debía realizarse al Fideicomiso Irrevocable y a POSH en su carácter de beneficiario. Las acciones de POSH se manifiestan claramente. Una vez que se desviaron los pagos, POSH tuvo conocimiento de que sufrió un daño y actuó en pos de minimizar ese daño mediante el retiro de los buques. Sin embargo, aun en el supuesto de que POSH tomara conocimiento del daño cuando se emitió la orden de 9 de mayo de 2014, la fecha es todavía ulterior a la fecha de corte de 4 de mayo de 2014.

27. Documentos contemporáneos sustentan que la Orden de Desviación de Pagos es el momento en el cual POSH tomó conocimiento de los daños tal como explicara la Demandante²⁴. En su prospecto a posibles inversionistas de fecha 17 de abril de 2014, POSH enumera los riesgos potenciales de la inversión en sus acciones, incluidos riesgos potenciales de su inversión en México. Sin embargo, riesgo no es conocimiento de daño o pérdida. Obligada a ser transparente con los posibles inversionistas, POSH reveló riesgos y ausencia de garantías, pero resulta revelador que POSH no mencionara que había sufrido o previsto, pérdida o daño, de estos acontecimientos en México²⁵. POSH enumeró los acontecimientos relacionados con OSA como riesgos que “*podrían* afectar de manera adversa la situación financiera y los resultados de las operaciones” [Traducción del Prof. Reisman]. Es más probable que POSH no tuviera conocimiento del daño, que de que fuera falaz en su oferta pública. El momento en el cual POSH tomó conocimiento del daño queda claro a partir de una correspondencia de 12 de mayo de 2014. Ese día, Gerald Seow le escribió a Rogelio Granguillhome Morfin, respecto de la Orden de Desviación de Pagos, afirmando que “Bajo las reglas de SGX estamos obligados a publicar esta noticia, ya que puede tener un

²⁴ Réplica, ¶¶ 414-420.

²⁵ Prospecto de Oferta Pública Inicial de POSH, 17 de abril de 2014, págs. 33-34 [Anexo C-121]; Esto puede contrastarse con la ulterior enumeración de dos incidentes de resolución de contratos “en los cuales los ingresos se vieron afectados por dicha resolución” [Traducción del Prof. Reisman], por los cuales dio inicio a un procedimiento de arbitraje. *Id.*, págs. 36-37.

impacto significativo en nuestro desempeño financiero”²⁶. El Capitán Seow explicó el contexto histórico y sostuvo que:

“Los derechos de pago de los 6 buques se habían asignado a una cuenta de fideicomiso irrevocable en 2013, y como tal nuestros ingresos para estos buques debería haber sido asegurado.

Desafortunadamente, sin que nosotros lo supiéramos, SAE solicitó a la Corte del Tercer Distrito que escuchara los procedimientos de quiebra para ordenar Pemex Exploración y Producción (‘PEP’) para detener el pago a los fideicomisos de los derechos de cobro sobre los Contratos PEP asignado por OSA al Fideicomiso, y en su lugar a pagar directamente a SAE / OSA en virtud de que los fondos están obligados a efectuar pagos a los trabajadores de OSA y mantener la empresa en operación”.

28. Si bien la Demandante planteó este tema en su Réplica²⁷, la Demandada no aportó prueba alguna de que, con anterioridad al 4 de mayo de 2014, POSH tuviera conocimiento de que el trato de OSA resultaba contrario a derecho y, por ende, un incumplimiento o que sufrió un daño. En cambio, en su Dúplica, la Demandada insistió en tratar la limitación *ratione temporis* como si guardara relación con la fecha de la medida²⁸. El Laudo adopta la interpretación que realiza la Demandada del Artículo 11(8), en ausencia de cualquier sustento en el texto del TBI. En mi opinión, la existencia de pruebas en sustento de la falta de conocimiento de POSH y sus acciones contemporáneas son indicativas de que la carga de la prueba en este caso se trasladó a la Demandada, quien no logró sustentarla.

29. Por lo tanto, disiento respecto de la cuestión de jurisdicción y concluyo que el tribunal gozaba de jurisdicción para considerar el trato de OSA por parte de la Demandada, y si dicho trato

²⁶ Correo electrónico de G. Seow a R. Granguillhome Morfin, 12 de mayo de 2014 [**Anexo C-148**].

²⁷ Réplica, ¶¶ 414-420.

²⁸ Dúplica, ¶ 312.

incumplió la obligación de proporcionar TJE a un inversionista en la industria de fletamento a casco desnudo.

C. El Fideicomiso Irrevocable

30. Al igual que con la cuestión de la jurisdicción, el Laudo funda su decisión respecto de la Orden de Desviación de Pagos no en el lenguaje del TBI sino en cómo habría redactado el TBI dadas sus inquietudes por las implicancias de su decisión. En lugar de aplicar el Artículo 6 del TBI sobre expropiación, el Laudo reescribe esta disposición, disfrazando el cambio como una interpretación de este. No puedo coincidir con el Laudo en lo que respecta a este punto.

31. El Laudo analiza las disposiciones del TBI y de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado para sugerir que “los actos del poder judicial no están exceptuados *per se* de ser considerados expropiatorios”²⁹. Los términos interpolados “*per se*” abren la puerta a una modificación del estándar de expropiación aplicable. El Laudo continúa de la siguiente manera: “La cuestión radica en qué estándar debe aplicarse para diferenciar el rol de un tribunal de arbitraje internacional en materia de inversiones de un tribunal de apelaciones de decisiones de tribunales nacionales”³⁰. La inquietud del Laudo es que el hecho de decidir si una decisión de un tribunal nacional vulneró una obligación internacional del Estado colocaría a un tribunal internacional en la posición de un “tribunal de apelaciones”. Esta inquietud lleva al Laudo a reescribir la disposición sobre expropiación mediante una interpretación ingeniosa de la disposición por referencia al Artículo 17.1 del TBI. El Laudo formuló el siguiente razonamiento:

²⁹ Laudo, ¶ 229.

³⁰ *Id.*

“El estándar que describen la Demandante y México en sus referencias al fallo del tribunal de *Eli Lilly* y al derecho internacional consuetudinario, respectivamente, convergen en torno a la necesidad de existencia de circunstancias inusuales, situaciones de “pruebas claras de una conducta atroz y ofensiva” de parte de los tribunales. El Tribunal está de acuerdo con este estándar, no como condición adicional a la expropiación conforme al Artículo 6, sino colocando este artículo en el contexto del Tratado y, en particular, del Artículo 17.1 del Tratado”³¹.

La disposición del TBI mencionada anteriormente prevé lo siguiente:

“Un tribunal establecido conforme a esta Sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con el presente Acuerdo y con *las reglas y principios aplicables del derecho internacional*”.

32. El lector descubre que, para el Laudo, los términos escritos en cursiva significan una selección de laudos IIL, algunos de los cuales son anteriores al TBI, los cuales circunscriben las reclamaciones de expropiación por parte de órganos judiciales a un estándar más limitado de “denegación de justicia”³². La referencia del Laudo a la decisión y al estándar en *Eli Lilly* toma a ese laudo como verdad revelada; al igual que la verdad revelada, resulta ambiguo. Considérese el pasaje original de la decisión en *Eli Lilly* del cual el Laudo toma este estándar:

“Por lo tanto, sólo en circunstancias muy excepcionales en las que haya pruebas claras de una conducta atroz y ofensiva, corresponderá que un tribunal conforme al Capítulo XI del TLCAN analice dicha conducta *vis-à-vis* las obligaciones del Estado demandado en virtud del Artículo 1105(1) del TLCAN”³³. [Traducción del Prof. Reisman]

33. El estándar tomado de *Eli Lilly* se formuló para evaluar “la conducta frente a las obligaciones del Estado demandado de conformidad con el Artículo 1105(1) del TLCAN”. Sin embargo, el Artículo 1105 del TLCAN se titula “Nivel mínimo de trato”, y el Artículo 1105(1) se

³¹ Laudo, ¶ 229.

³² Laudo, ¶¶ 228-229.

³³ *Eli Lilly & Co. c. Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/14/2, Laudo Final, ¶ 224 (16 de marzo de 2017).

refiere a TJE y PSP: “Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”. La expropiación se encuentra en el Artículo 1110 del TLCAN. El tribunal de *Eli Lilly* realizó un comentario general de que “el Artículo 1110(1)(c) del TLCAN incluye el requisito de que [] la nacionalización o expropiación de una inversión debe ser ‘con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1)’”³⁴. Y agregó el comentario ambiguo de que “[e]n cuanto a las decisiones del poder judicial nacional, la interacción entre las obligaciones establecidas por los Artículos 1105(1) y 1110 del TLCAN será objeto de análisis minucioso en cada caso en particular, siempre teniendo en cuenta que un tribunal conforme al Capítulo XI del TLCAN no es un tribunal de apelaciones facultado para rever decisiones del poder judicial nacional”³⁵ [Traducción del Prof. Reisman]. El tribunal de *Eli Lilly* se rehusó a pronunciarse respecto de los diversos argumentos de las partes sobre expropiación judicial³⁶, limitándose a estas declaraciones y desestimando el caso sobre los hechos³⁷. No hay ningún indicio aquí de que el tribunal del TLCAN haya considerado que su estándar correspondiente a violaciones de TJE o PSP se aplique a una reclamación por expropiación.

³⁴ *Id.*, ¶ 225.

³⁵ *Id.*, ¶ 225. Al parecer, esto hace referencia a un comentario efectuado en el párrafo 221: “En primer lugar, el poder judicial es un órgano del Estado. Por ende, en principio, los actos judiciales son atribuibles al Estado por referencia a los principios indiscutibles de atribución conforme a la legislación sobre responsabilidad del Estado. En consecuencia, en términos amplios, es posible contemplar circunstancias en las que una acción (u omisión) judicial conlleve cuestiones de expropiación en virtud del Artículo 1110 del TLCAN, por ejemplo, en circunstancias en las cuales una decisión judicial cristaliza una toma supuestamente en contra del Artículo 1110 del TLCAN. Dicho esto, el Tribunal hace hincapié en el comentario expuesto *infra* con respecto al Artículo 1105(1) del TLCAN de que un tribunal conforme al Capítulo XI del TLCAN no es un tribunal de apelaciones facultado para rever las decisiones de los poderes judiciales nacionales” [Traducción del Prof. Reisman]. Si el tribunal de *Eli Lilly* tenía intenciones de ser poco claro, lo logró.

³⁶ *Id.*, ¶ 220.

³⁷ *Id.*, ¶ 226.

34. Así pues, según el Laudo, el estándar que establece un tribunal del TLCAN para evaluar si un Estado incumplió con su obligación de brindar a los inversionistas TJE y PSP conforme al TLCAN forma parte de “las reglas y principios aplicables del derecho internacional” para analizar una reclamación por *expropiación* de conformidad con el TBI México-Singapur. Para sustentar su postura, el Laudo crea aún más confusión en torno al TJE y la expropiación al utilizar un método de interpretación que literalmente aparta enunciados de su contexto, y los considera “reglas” o “principios” aplicables en un contexto totalmente distinto. A diferencia del claro descargo del Laudo, el Laudo no sólo agrega, sino que además rescribe el Artículo 6 del TBI.

35. A mayor abundamiento, al reescribir la disposición y circunscribir las reclamaciones de expropiación por órganos judiciales a un estándar similar al de denegación de justicia, el Laudo hace exactamente lo que declaró que le preocupaba. Al transformar el estándar objetivo de expropiación en el estándar subjetivo de denegación de justicia, el Laudo requirió y, de hecho, realizó una reconsideración detallada de las decisiones de los tribunales mexicanos³⁸. El Laudo evaluó el “fin” del Fideicomiso Irrevocable y concluyó, en una oración que no logro comprender, que “las pruebas ante el Tribunal dejan en claro que, al establecerse el Fideicomiso, la situación financiera de OSA ya era precaria y que la infusión de fondos por parte de la Demandante tuvo la finalidad de financiar la deuda de OSA con la Demandante”³⁹. Luego, el Laudo resuelve que el momento en el que se creó el Fideicomiso fue sospechoso, haciendo referencia al estándar aplicable en el derecho interno sobre concurso mercantil⁴⁰, y concluye que “[n]o es sorprendente que el Tercer Tribunal Colegiado concluyera que el Fideicomiso y la cesión de derechos tuvieron

³⁸ Laudo, ¶¶ 231-243.

³⁹ Laudo, ¶ 240.

⁴⁰ Laudo, ¶ 242.

lugar durante un período dudoso”⁴¹. Por ende, la reformulación del Laudo lo lleva a asumir el rol que precisamente quería evitar: “un tribunal de apelaciones de decisiones de tribunales nacionales”.

36. La manera correcta de analizar la cuestión de la expropiación con respecto al Fideicomiso de Invex fue a través del estándar de expropiación aplicable en virtud del Artículo 6 del TBI. Los órganos judiciales son órganos del Estado y, salvo que se excluyan específicamente, su conducta puede acarrear la responsabilidad del Estado por expropiación⁴². Esto es así independientemente de que su decisión aplicara o no el derecho interno de forma correcta⁴³. Si el Laudo evaluara la desviación de los pagos del Fideicomiso Irrevocable de conformidad con el estándar de expropiación, en lugar de la denegación de justicia, no habría sido necesario actuar como “tribunal de apelaciones” y analizar la validez de las decisiones de los tribunales mexicanos con arreglo al derecho mexicano. Esa es precisamente la diferencia entre los estándares de expropiación y denegación de justicia, que el Laudo confunde.

i. El Estándar de Expropiación Conforme al TBI

⁴¹ Laudo, ¶ 242.

⁴² Véase, por ejemplo, Sistem Mühendislik In aat Sanayi ve Ticaret A. c. República de Kirguistán, Caso CIADI No. ARB(AF)/06/1, Laudo, ¶ 118 (9 de septiembre de 2009) (“Esa revocación fue efectuada por un órgano del Estado de Kirguistán, del cual la República de Kirguistán es responsable. Es bien sabido que la revocación de derechos contractuales por parte de un Estado, en las circunstancias de este caso, equivale a una expropiación de bienes por ese Estado. La decisión del Tribunal privó a la Demandante de sus derechos de propiedad en el hotel como si el Estado lo hubiera expropiado por decreto. Si la Demandante ha sido privada de sus derechos de propiedad por un acto del Estado, es irrelevante si el propio Estado tomó posesión de dichos derechos o si se benefició, de algún otro modo, con esa toma”) [Traducción del Prof. Reisman]. Véase, también, *id.*, ¶¶ 117-122.

⁴³ Véase, también, *infra*.

37. El TBI México-Singapur contiene una definición muy amplia de “inversión” protegida, basada en los activos, y una protección amplia pero explícita frente a lo que define como “expropiación” ilícita. Con respecto a la expropiación, el Artículo 6 del TBI dispone lo siguiente:

“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”.

38. El Artículo 6 no excluye las medidas judiciales ni las somete a un estándar distinto al de las medidas ejecutivas o legislativas. El tribunal no puede supeditar las medidas judiciales a un estándar más limitado que el Artículo 6 o dispensar las medidas expropiatorias de la obligación de pagar indemnización porque estas se adopten de conformidad con el derecho interno o el principio de legalidad. En otras palabras, conforme al TBI, el cumplimiento de la condición (c) (principio de legalidad) no puede eximir a ninguna de las Partes del cumplimiento de la condición (d) (pago de indemnización). Dicho ejercicio sería incongruente no sólo con el TBI, sino también con el derecho internacional general sobre responsabilidad del Estado. El razonamiento del Laudo permite al Estado evadir el estándar estricto de expropiación modificando su derecho interno para permitir que el ejecutivo expropie bienes a través de los tribunales, con lo cual se somete a un estándar de denegación de justicia menos severo.

39. Esto forma parte de una tendencia preocupante. Hace poco, Hamid Gharavi señaló que la línea de tribunales que introdujeron estándares a partir de la denegación de justicia como precondiciones de la expropiación judicial, en los que se funda el Laudo, se extralimitaron en sus

facultades al reescribir sus tratados de inversión y, además, crearon disparates⁴⁴. Los Estados redactan TBI y pueden ponerse de acuerdo respecto de una norma que imponga condiciones más estrictas sobre las expropiaciones judiciales o las excluya por completo; pero esa no es la norma aplicable en virtud de este TBI. Si los Estados-Parte del TBI consideran que las expropiaciones judiciales deberían someterse a un estándar más alto, deberían reescribir el TBI o contemplar una interpretación conjunta autoritativa conforme al Artículo 17(2) del TBI. En ausencia de dicha reforma o interpretación, el tribunal se ve obligado a aplicar el estándar del TBI, no a imponer un estándar distinto, simplemente señalando que se trata de una “regla o principio aplicable del derecho internacional”.

40. Sobre la base de la solicitud del SAE, en su decisión de 9 de mayo de 2014, el Tribunal Concursal ordenó a PEMEX desviar los pagos adeudados al Fideicomiso Irrevocable a las propias cuentas del Estado de titularidad del SAE⁴⁵. El Laudo supedita al derecho interno la legalidad e implicancia de esta medida dictada conforme al derecho internacional, en violación de las normas que rigen la responsabilidad del Estado según el derecho internacional.

41. El Artículo 4 de los Artículos de la CDI sobre Responsabilidad del Estado (“ARE”), que cita el Laudo, establece explícitamente que la conducta de los órganos judiciales es atribuible al Estado:

“Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado”.

⁴⁴ Hamid G. Gharavi, *Discord Over Judicial Expropriation*, 33 ICSID REV. 349 (2018).

⁴⁵ Laudo, ¶ 97.

No hay exclusión o estándar específico para la atribución de actos judiciales.

42. Aun si, hipotéticamente, la decisión controvertida del Tribunal Concursal aplicó correctamente el derecho interno y, conforme al derecho interno, el tribunal podía lícitamente tomar los bienes del inversionista y transferirlos al Estado, ello no constituye una defensa frente a una reclamación por expropiación. Tal como dispone el Artículo 3 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado: “La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal *calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno*”⁴⁶. El Comentario de la CDI dejó en claro lo siguiente: “También está perfectamente establecido que la conformidad con las disposiciones del derecho interno no excluye en absoluto que el comportamiento se califique de internacionalmente ilícito”.

La CDI citó un pasaje pertinente de *ELSI*:

“Se sigue planteando la cuestión de si la requisita fue o no una violación del Artículo III, párrafo 2. Esta cuestión surge sin perjuicio de la situación en el derecho interno. El cumplimiento del derecho interno y el cumplimiento de las disposiciones de un tratado son cuestiones diferentes. Lo que supone una violación de un tratado puede ser lícito en el derecho interno y los actos ilícitos en el derecho interno pueden no constituir violaciones de las disposiciones de un tratado. Aun si el Prefecto hubiera considerado la requisita totalmente justificada en el derecho italiano, esto no excluiría la posibilidad de que constituyera una violación del Tratado FCN [Amistad, Comercio y Navegación]”⁴⁷. [Traducción del Prof. Reisman]

43. En un caso ITLOS, el Juez Rao señaló que “es bien sabido que un Estado no puede escudarse en una decisión de uno de sus órganos para eludir el cumplimiento de sus obligaciones

⁴⁶ Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos con sus Comentarios, Anuario 2001. Comisión de Derecho Internacional, Tomo II, Art. 3 [en adelante, ARE con Comentarios].

⁴⁷ Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Estados Unidos de América c. Italia), Fallo, 1989 I.C.J. Rep. 15, ¶ 73 (20 de julio de 1989).

jurídicas internacionales”⁴⁸ [Traducción del Prof. Reisman], para lo cual cita a la Corte Permanente de Justicia Internacional, *Ciertos intereses alemanes en la Alta Silesia polaca*, la cual explicó:

“Desde el punto de vista del Derecho Internacional y de la Corte que es su órgano, las leyes internas son meramente hechos que expresan la voluntad y constituyen las actividades de los Estados, de la misma manera que las decisiones judiciales o las medidas administrativas. Sin duda, la función de la Corte no consiste en interpretar el derecho polaco como tal; pero nada impide que la Corte se pronuncie sobre la cuestión de si, al aplicar ese derecho, Polonia está actuando o no de conformidad con sus obligaciones frente a Alemania en virtud del Convenio de Ginebra”⁴⁹. [Traducción del Prof. Reisman]

Las disposiciones de los ARE dejan en claro, en primer lugar, que las medidas adoptadas por los órganos judiciales son atribuibles al Estado del mismo modo que aquellas adoptadas por los órganos ejecutivos o legislativos. En segundo lugar, las normas del derecho interno según las cuales los órganos judiciales pueden dictar medidas no pueden invocarse para eximir al Estado de responsabilidad internacional por los efectos de esas medidas en sus obligaciones internacionales. Esto ha sido señalado por el Tribunal de Reclamaciones Irán-EE. UU. en *Oil Field c. Irán*:

“Es bien sabido en el derecho internacional que la decisión de un tribunal que priva a un propietario del uso y goce de su propiedad puede constituir expropiación de dicha propiedad atribuible al Estado en el que está emplazado ese tribunal”⁵⁰. [Traducción del Prof. Reisman]

⁴⁸ El Caso “ARA Libertad” (Argentina c. Ghana), Medidas Cautelares, ITLOS, Decisión de 15 de diciembre de 2012, Opinión Separada del Juez Rao, ¶ 6, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.20/published/C20_Rao_151212.pdf.

⁴⁹ *Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia polaca*, CPJI, Fondo, Fallo, 19 (25 de mayo de 1926), https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_07/17_Interets_allemands_en_Haute_Silesie_polonaise_Fond_Arret.pdf.

⁵⁰ *Oil Field of Texas, Inc. c. El Gobierno de la República Islámica de Irán y National Iranian Oil Company*, Caso IUSCT No. 43, Laudo, ¶ 42 (8 de octubre de 1986), reproducido en https://jsumundi.com/en/document/decision/en-oil-field-of-texas-inc-v-the-government-of-the-islamic-republic-of-iran-and-national-iranian-oil-company-award-award-no-258-43-1-sunday-10th-august-1986#decision_3911.

Y la Novena Edición de Oppenheim explica que no es necesario que la decisión judicial atribuible sea irregular o errónea para determinar que se violó el derecho internacional:

“Aunque no haya irregularidad o error de procedimiento o derecho alguno, la decisión de un tribunal puede aún generar responsabilidad internacional para el Estado: esto ocurriría, por ejemplo, **cuando la decisión judicial produce un resultado contrario a la obligación del Estado en virtud de un tratado**”⁵¹.
[Traducción del Prof. Reisman]

44. Al parecer, la Demandada malinterpretó el análisis del tribunal en *Rumeli c. Kazajstán*⁵², debidamente fundado en la disposición sobre expropiación del TBI en cuestión y no en estándares ajenos a él⁵³. En *Rumeli*, aunque la decisión del tribunal local fue con apego al principio de legalidad y por causa de utilidad pública, el tribunal resolvió que se trataba de una expropiación ilícita debido a la falta de indemnización suficiente (si bien se otorgó una indemnización)⁵⁴.

45. La Demandada citó, de manera selectiva, el párrafo 704 del Laudo⁵⁵, pero el tribunal solo consideró pertinente el inicio del procedimiento por parte del Estado cuando el bien se había transferido a una parte privada: “La transferencia a un tercero puede constituir expropiación atribuible al Estado si el proceso judicial fue iniciado por el Estado”⁵⁶. En el presente caso, los bienes del inversionista se transfirieron al Estado (a las cuentas del SAE), a instancias del Estado (el SAE). En cualquier caso, el tribunal de *Rumeli* señaló que la identidad de la parte fue “sin lugar

⁵¹ OPPENHEIM’S INTERNATIONAL LAW 545 (novena edición, 1992) [énfasis agregado].

⁵² Dúplica, ¶ 389.

⁵³ *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, ¶¶ 698-706 (29 de julio de 2008).

⁵⁴ *Id.*, ¶¶ 705-706.

⁵⁵ Dúplica, ¶ 389 (“Primero, *Rumeli c. Kazajstán* agregó el requisito de que ‘*the judicial process was instigated by the State*’”).

⁵⁶ *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, ¶ 704 (29 de julio de 2008).

a dudas, una consideración importante, si bien no fue decisiva en sí misma, como ya se ha observado”⁵⁷ [Traducción del Prof. Reisman]. A pesar de que en el párrafo 707 del laudo de *Rumeli* el tribunal consideró importante el hecho de que el procedimiento fuera iniciado por el Estado, no fue determinante con respecto a la expropiación en sí, que ya había concluido que ocurrió, en el párrafo 706, simplemente sobre la base de la disposición sobre expropiación⁵⁸. Esta distinción es precisa porque no hay ningún requisito de ilegalidad para que una medida sea considerada expropiatoria. Berk Demirkol criticó la referencia que hizo el tribunal de *Saipem c. Bangladesh* a la ilegalidad de la conducta judicial y comentó lo siguiente:

“Este razonamiento no parece adecuado. Conceptualmente, la expropiación no tiene lugar como consecuencia de la naturaleza ilegal de una medida estatal, en este caso, una decisión judicial. Tiene lugar debido a los efectos de la medida que privan, de manera sustancial, al inversionista del derecho, o del beneficio anexo al derecho, que posee legítimamente. Una conducta con efectos expropiatorios no es necesariamente ilícita por naturaleza”⁵⁹. [Traducción del Prof. Reisman]

46. En el presente caso, no veo justificación alguna en el TBI para brindar un trato diferente a los tribunales nacionales al evaluar una reclamación por expropiación. El enfoque del Laudo no sólo es erróneo, sino que crea una situación absurda. Si, conforme al derecho mexicano, el SAE estaba facultado para ordenar administrativamente a PEMEX transferir pagos por servicios del Fideicomiso Irrevocable a sí mismo, no habría ningún estándar especial de conducta ilícita y el derecho mexicano no sería pertinente ni excusaría el acto expropiatorio. No obstante, dado que el

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*, ¶ 707 (“El Tribunal resuelve, asimismo, que esta conclusión no se ve afectada por el hecho de que la expropiación no fuese directamente en beneficio del Estado sino en beneficio de Telecom Invest, dado que, según ambas partes, puede haber expropiación aunque no haya ningún beneficio evidente para el Estado en cuestión. Sin embargo, en este sentido, el Tribunal considera que es relevante que el proceso judicial que culminó con la expropiación fuese iniciado por decisión del Estado, a través del Comité de Inversiones, a efectos de rescindir el Contrato de Inversión.[.]”). [Traducción del Prof. Reisman]

⁵⁹ BERK DEMIRKOL, *JUDICIAL ACTS AND INVESTMENT TREATY ARBITRATION* 54 (2018).

SAE pasó por el Tribunal Concursal para lograr el mismo resultado, *presto* el Estado se encuentra protegido en tanto la privación haya sido presuntamente lícita conforme al derecho interno. Esto es reminiscente del comentario del tribunal de *Sistem c. Kirguistán* de que “[l]a decisión del Tribunal privó a la Demandante de sus derechos de propiedad en el hotel como si el Estado lo hubiera expropiado por decreto”⁶⁰.

47. Conforme a la interpretación del Laudo, todo lo que necesita el Estado para eludir la obligación de pagar indemnización por expropiación es privar a alguien de un bien protegido mediante un procedimiento judicial que aplique “correctamente” el derecho interno, una facultad del Estado en sí misma. Esto es contradictorio con el objetivo de la prohibición de expropiación y las reglas sobre responsabilidad del Estado. A mayor abundamiento, dicha interpretación coloca al tribunal de inversiones en el lugar de una autoridad de apelaciones que considere si el Tribunal aplicó correctamente el derecho interno --algo que claramente el Laudo trata de evitar--.

48. Es cierto que cuando “la regla de derecho internacional la hace pertinente”⁶¹, la aplicación del derecho interno puede adquirir relevancia para la aplicación de las disposiciones de un tratado. Por ejemplo, conforme a la norma del TBI, una “inversión” elegible debe haberse “establecido o adquirido de conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte Contratante”. Por ende, el derecho interno es pertinente para la cuestión que consiste en determinar si un “bien” representa una “inversión” elegible en la medida en que se *adquirió o estableció* de conformidad con ese derecho interno, pero que no se incautó de conformidad con el derecho interno. Ninguna de las disposiciones de los Artículos 1 o 6 del TBI México-Singapur indica que la validez de un bien

⁶⁰ Sistem Mühendislik Inaat Sanayi ve Ticaret A. c. República de Kirguistán, Caso CIADI No. ARB(AF)/06/1, Laudo, ¶ 118 (9 de septiembre de 2009).

⁶¹ ARE con Comentarios, *supra* nota 46, ¶ 38.

como “inversión” elegible se encuentre supeditada a la aplicación del derecho interno por parte de un tribunal, o que un tribunal pueda tomar el bien y transferirlo al Estado sin violar el estándar de expropiación lícita del tratado, en tanto el derecho interno permita dicha transferencia.

49. La cuestión pertinente ante el Tribunal, que no exige que el Tribunal actúe como tribunal de apelaciones, es si la decisión fue congruente con la obligación del Estado en virtud del TBI de otorgar indemnización por expropiación, sin perjuicio de su legalidad conforme al derecho interno o al principio de legalidad. La elección del órgano a través del cual se implementará una medida contra un inversionista no puede ser determinante de si existió expropiación ni puede alterar las condiciones que establece el TBI para que una expropiación se considere lícita.

50. Es cierto que, en determinadas circunstancias, una decisión judicial que puede encuadrarse como expropiación no debe tratarse como tal. Por ejemplo, en *Saipem*, si bien el tribunal reconoció que “el criterio más importante para determinar si las acciones objeto de controversia constituyen o equivalen a expropiación es el impacto de la medida” [Traducción del Prof. Reisman], advirtió que:

“[] dadas las circunstancias tan peculiares de la presente interferencia, el Tribunal coincide con las partes en que la privación sustancial de la posibilidad de Saipem de gozar de los beneficios del Laudo de la CCI no es suficiente para concluir que la intervención de los tribunales de Bangladesh equivale a una expropiación. Si esto fuera cierto, **la anulación de un laudo podría luego fundar una reclamación por expropiación, aunque la anulación haya sido decretada por el tribunal estatal competente por motivos legítimos**”⁶². [Traducción del Prof. Reisman]

⁶² Saipem S.p.A. c. La República Popular de Bangladesh, Caso CIADI No. ARB/05/7, Laudo, ¶ 133 (30 de junio de 2009).

Sin embargo, no es lo que ocurre en el caso que nos ocupa, en el cual, por decisión de un tribunal, se transfirió un bien protegido del inversionista, una “inversión” elegible, a las cuentas del Estado.

51. A tenor del Artículo 6 del TBI, una reclamación por expropiación consta de tres elementos esenciales: (i) una “inversión” elegible; (ii) una medida atribuible y (iii) un pago de indemnización. Ya sea que la medida adoptada por el órgano mexicano en cuestión haya sido con arreglo al derecho interno o con apego al principio de legalidad no es determinante cuando se trata de expropiación. De hecho, tal como he explicado, la legalidad de la medida conforme al derecho interno no tiene importancia y no puede plantearse como defensa ante un hecho internacionalmente ilícito. Dado que no se pagó indemnización alguna, la decisión del Tribunal gira en torno a si el beneficio de POSH en el Fideicomiso constituía una inversión elegible y si se perdió debido a una medida atribuible a México. Considero que las respuestas a ambas preguntas son afirmativas.

ii. El Beneficio constituye una “Inversión” Elegible

52. Como ya he mencionado, el TBI contempla una definición amplia de “inversión” basada en los activos:

“inversión” significa un activo propiedad o controlado, directa o indirectamente, por inversionistas de una Parte Contratante y establecido o adquirido de conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte Contratante en cuya Área se efectúa la inversión, y en particular incluye:

- (a) una empresa;
- (b) acciones, valores y otras formas de participación de capital en una empresa, o futuros, opciones y otros derivados;
- (c) bonos, obligaciones y otros instrumentos de deuda de una empresa:
 - (i) cuando la empresa es una filial del inversionista; o
 - (ii) cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años, pero no incluye un instrumento de deuda de una Parte Contratante o de una entidad propiedad o controlada directamente por una Parte Contratante, independientemente de la fecha original del vencimiento;

(d) préstamos a una empresa:

- (i) cuando la empresa es una filial del inversionista; o
- (ii) cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una Parte Contratante o a una entidad propiedad o controlada directamente por una Parte Contratante, independientemente de la fecha original del vencimiento;

[]

(h) reclamaciones pecuniarias que conlleven los tipos de intereses dispuestos en los incisos (a) a (g) anteriores, mas no reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:

- (i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en el Área de una Parte Contratante a una empresa en el Área de la otra Parte Contratante; o
- (ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un **préstamo cubierto por las disposiciones del inciso (d) anterior**[...]

53. La amplia definición basada en los activos está “diseñada para proteger la más vasta gama posible de formas de inversión”⁶³ [Traducción del Prof. Reisman]. La UNCTAD explica que:

“[] la amplia definición basada en los activos es dominante en la gran mayoría de AII y TBI, y ha sido objeto de importantes interpretaciones arbitrales. En primer lugar, señala que el término ‘inversión’ incluye ‘cualquier clase de activo’, lo que sugiere que el término **abarca todo aquello que tenga valor económico, prácticamente sin limitación alguna**”⁶⁴. [Traducción del Prof. Reisman]

54. Jeswald Salacuse ha señalado que “aunque una supuesta inversión no esté comprendida en ninguna de las categorías especificadas, aún puede encontrarse protegida en virtud del tratado si

⁶³ JESWALD W. SALACUSE, *THE LAW OF INVESTMENT TREATIES 212* (tercera edición, 2021).

⁶⁴ UNCTAD, ALCANCE Y DEFINICIÓN 24 (2011), https://unctad.org/en/Docs/diaaia20102_en.pdf [énfasis agregado].

califica como ‘activo’”⁶⁵ [Traducción del Prof. Reisman]; por el contrario, si una transacción está comprendida en las categorías, seguramente califique como inversión protegida:

“La metodología de interpretación que siguieron los tribunales de los casos indicados *supra* es clara: primero, el tribunal determina si la transacción en cuestión pertenece a alguna de las categorías de transacciones especificadas en las disposiciones del tratado. Luego, en caso afirmativo, el tribunal concluye que la transacción controvertida es una ‘inversión’ en el sentido del tratado y, por lo tanto, con derecho a protección a tenor de este”⁶⁶. [Traducción del Prof. Reisman]

55. Es un principio consolidado de derecho internacional que cuando los intereses se dividen entre los beneficiarios y los titulares del derecho de propiedad, el interés protegido conforme al derecho internacional es el beneficio, en lugar del derecho de propiedad. Por ejemplo, la Comisión de Resolución de Reclamaciones Extranjeras de los Estados Unidos, en *American Security and Trust Company*, explicó lo siguiente:

“Es claro que el carácter nacional de una reclamación debe verificarse mediante la nacionalidad del individuo que tiene algún tipo de **beneficio** en dicha reclamación, en lugar de la nacionalidad del titular nominal o titular del expediente de la reclamación. Los precedentes de la presente proposición consolidada son tantos que no se considera necesario documentarla con una extensa lista de autoridades...”⁶⁷. [Traducción del Prof. Reisman]

56. De modo similar, en el asunto de *La reclamación de Richard O. Graw*, la comisión de reclamaciones volvió a hacer hincapié en que el titular del “beneficio” era quien se encontraba protegido conforme al derecho internacional:

“[L]a Comisión ha señalado, en otros programas de reclamaciones, que el carácter nacional de una reclamación debe verificarse mediante la nacionalidad de los

⁶⁵ SALACUSE, *supra* nota 63, ¶ 212.

⁶⁶ *Id.*, ¶ 213. El segundo método comentado por Salacuse se refiere al criterio del caso *Salini*, que no resulta aplicable en el presente caso. Además, explica, la amplia categoría de “reclamaciones pecuniarias”, tuvo por objeto “extender el alcance de lo que tradicionalmente se consideraría un ‘activo’” [Traducción del Prof. Reisman]. *Id.*, ¶ 212.

⁶⁷ 26 ILR (1957), 322, 322.

individuos que tienen algún tipo de **beneficio** en dicha reclamación, en lugar de la nacionalidad del titular nominal o titular del expediente de la reclamación”⁶⁸. [Traducción del Prof. Reisman]

57. En su obra sobre la protección diplomática de ciudadanos en el exterior en 1919, el Profesor Borchard explicó que “el hecho de que el Departamento de Estado, en su sustento diplomático de reclamaciones, considere la ciudadanía del titular real o equitativo de la reclamación, a diferencia del titular nominal u ostensible, surge de las secciones sobre sociedades, administradores y cesionarios”. Y continuó señalando que el Departamento de Estado protege a las personas con “derechos especiales o derivados [] aunque el titular del expediente sea extranjero”⁶⁹. [Traducción del Prof. Reisman]

58. *Blue Bank c. Venezuela* es una decisión reciente que hace hincapié en la proposición de que el derecho internacional prefiere al beneficiario por sobre el titular nominal. Si bien en ese caso el beneficiario también era el protector, la decisión del tribunal se guió por el goce del producto del fideicomiso, en lugar del control sobre este:

“La parte que se acercaría más a satisfacer los requisitos de ‘propiedad’ con respecto a los activos del Fideicomiso Qatar es lo que los contratos de fideicomiso denominan ‘Persona Elegible’ (que no es un término técnico, sino un término que el Tribunal –por las razones expuestas en los párrafos 190-194 *infra*– considera que es un beneficiario). La ‘Persona Elegible’, en este caso Hampton, es la que goza del control último de los activos fideicomitidos y la que, en definitiva, gozará del destino de los activos fideicomitidos o lo sufrirá, según sea el caso”⁷⁰.

⁶⁸ *In the Matter of the Claim of Richard O. Graw, Executor of the Estate of Oscar Meyer, Deceased*, Decisión Propuesta, Comisión de Resolución de Reclamaciones Extranjeras de los Estados Unidos, Decisión No. PO-8583, 25 de agosto de 1965, en 1-2, *ratificada por* Decisión Final, 20 de septiembre de 1965.

⁶⁹ EDWIN M. BORCHARD, *THE DIPLOMATIC PROTECTION OF CITIZENS ABROAD* 643 (1919).

⁷⁰ *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/20, *Laudo*, ¶ 170 (22 de abril de 2017).

59. De modo similar, en *Perenco Ecuador Ltd. c. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, el tribunal explicó que, en el derecho internacional, las realidades fundamentales son preferibles a las formalidades legales, con lo cual se protege al titular del “interés benéfico”, en lugar del titular del interés jurídico:

“[E]l derecho internacional no tiende a permitir que las formalidades triunfen sobre realidades fundamentales. Por ejemplo, en el campo de la protección diplomática (que, dependiendo del caso, puede ser pertinente a la interpretación de un TBI), cuando las comisiones de reclamaciones y los tribunales arbitrales han determinado si es una persona con un interés jurídico **o una persona con interés benéfico** en acciones quien tiene derecho a buscar protección diplomática, han entendido en sucesivas decisiones que es el interés benéfico el que merece protección”⁷¹.

60. Conforme a las disposiciones del TBI, los beneficios de POSH en virtud del Fideicomiso de Invex constituían una inversión elegible. No hay indicios de que el Fideicomiso de Invex no hubiese sido “establecido o adquirido de conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte Contratante”. Se realizaron todos los trámites necesarios, incluso con la empresa estatal PEMEX, y el beneficio de POSH en un fideicomiso irrevocable se solidificó. El hecho de que dicha estructura fuese una característica destacada con otras entidades relacionadas con OSA indica su legalidad conforme al derecho interno. Una estructura de fideicomiso se consideró parte de la financiación original de Banamex⁷² y no se ha demostrado que se haya establecido para defraudar a nadie.

61. El beneficio de POSH fue claramente una “reclamaci[ón] pecuniaria[] que conllev[a] los tipos de intereses dispuestos” en el inciso (d) “préstamos a una empresa”, que es una filial del

⁷¹ Perenco Ecuador Ltd. c. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/6, *Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y sobre la Responsabilidad*, ¶ 522 (12 de septiembre de 2014) [énfasis agregado].

⁷² Acta de la 8.^a Reunión de la Junta Directiva de PACC Offshore Services Holdings Pte. Ltd., 18 de agosto de 2011 [Anexo C-40].

inversionista. POSH garantizó el beneficio mediante un fideicomiso irrevocable al cual se cedieron los derechos de cobro, con el objeto de proteger el préstamo de POSH a las JV para la compra de sus embarcaciones. Conforme al TBI, ese beneficio constituye una “inversión” protegida, cuya privación constituiría expropiación. Dado que el beneficio del fideicomiso se encuadra perfectamente en uno de los ejemplos del TBI, debe tratarse como una inversión protegida.

62. Sin embargo, si, hipotéticamente, se aplicara el criterio del caso *Salini*, el beneficio reúne las condiciones de aporte, duración y riesgo. El préstamo concedido por POSH, que debía recibir la protección del fideicomiso, era un aporte considerable. El beneficio estaba destinado a seguir siendo una reclamación pecuniaria mientras durara la cancelación del préstamo. Y, por último, dado que la reclamación pecuniaria estaba sujeta a la prestación efectiva de servicios a PEMEX, suponía un riesgo.

63. Adherir a los términos del TBI y no del derecho interno, tal como el Laudo debería haber hecho, nos permite concluir que el beneficio de POSH en el Fideicomiso de Invex constituye una “inversión” protegida independiente en los términos del TBI. POSH era el beneficiario lícito de las cuentas por cobrar derivadas de los contratos de PEMEX, menos las distribuciones obligatorias como parte del Fideicomiso de Invex, por ejemplo, la comisión de OSA⁷³.

⁷³ Además, tener en cuenta las realidades de la inversión nos permite concluir que las cuentas por cobrar derivadas de los contratos de PEMEX nunca estuvieron destinadas a ser propiedad de OSA. OSA, en calidad de intermediario, solo tenía derecho a su comisión, que estaba garantizada mediante el Fideicomiso de Invex. Por ende, tratar a la totalidad de las cuentas por cobrar de PEMEX como propiedad de OSA ignora el fundamento y la estructura de la inversión y la relación comercial.

64. El Laudo reconoce que la Demandada, a través de su órgano SAE, solicitó que otro de sus órganos, el juzgado concursal, ordenara a la entidad estatal de la Demandada PEMEX desviar pagos del Fideicomiso Irrevocable a las cuentas de la Demandada de que su órgano SAE era titular:

“El 2 de mayo de 2014, el SAE presentó un escrito ante el Juzgado Concursal solicitando que ordenase a PEMEX que realizase los pagos directamente al SAE, en lugar de a los fideicomisos. El 6 de mayo de 2014, el Juzgado Concursal ordenó a PEMEX que lo hiciera (la “Orden de Desviación de Pagos”), y, el 9 de mayo de 2014, el Juzgado Concursal aclaró que la Orden de Desviación de Pagos también era aplicable al Fideicomiso Irrevocable. La Orden fue confirmada el 16 de mayo de 2014, tras las impugnaciones de la Demandante y de GOSH”⁷⁴.

65. En esta decisión, un órgano de la Demandada efectivamente privó a POSH de su reclamación pecuniaria en virtud del Fideicomiso Irrevocable y transfirió el valor económico de la inversión protegida a otro órgano de la Demandada. La cuestión que consiste en determinar si esta decisión era lícita de conformidad con el derecho interno o efectivamente suponía una aplicación errónea del derecho, tal como alegó la Demandante⁷⁵, no es dispositiva. La única pregunta pertinente en virtud del Artículo 6 del TBI es si una medida atribuible a la Demandada expropió, de manera directa o indirecta, una inversión protegida. Luego de haber explicado el motivo por el cual, a diferencia del razonamiento del Laudo, el estándar de denegación de justicia no es aplicable a la expropiación, considero que se reúnen las condiciones del Artículo 6 del TBI.

66. En contra de lo que sugiere el Laudo, esta conclusión es lo opuesto a un tribunal de inversión que actúa como tribunal de apelación. El TBI del presente caso es claro. En lo que respecta a la expropiación, un tribunal de inversión debe realizar un análisis objetivo a fin de evaluar los hechos del caso y determinar si un acto atribuible cumplió los requisitos de una

⁷⁴ Laudo, ¶ 97.

⁷⁵ Réplica, ¶¶ 251-300.

expropiación. Dicho estándar objetivo, a diferencia de la denegación de justicia, se abstiene de llevar a cabo, en efecto, una revisión típica de un tribunal de apelación y de poner en duda el fondo de las decisiones adoptadas por los tribunales locales. Al reescribir la disposición importando supuestos “principios” o “reglas” de derecho internacional a efectos de modificar el estándar aplicable, el Laudo infunde consideraciones extranjeras en el análisis y, de ese modo, se transforma en un tribunal de apelación.

67. Tal como explicara *supra*, el análisis correcto ignora las cuestiones de legalidad en virtud del derecho interno y, en su lugar, se concentra en determinar si el acto atribuible constituye un incumplimiento de una obligación asumida por el Estado Demandado. Al atraer inversionistas extranjeros de manera proactiva por medio de un TBI, los Estados asumen determinadas obligaciones con respecto al trato de los inversionistas y sus bienes. En consecuencia, es entendible que, a menos que el tratado disponga lo contrario, un Estado receptor no pueda protegerse de la responsabilidad del daño causado a los inversionistas ocultándose detrás de las disposiciones de derecho interno aplicadas por sus órganos. El Laudo, de hecho, transforma una disposición estándar relativa a la prohibición de la expropiación sin indemnización en una cláusula Calvo recargada. Según el Laudo, si un tribunal local toma un activo y lo transfiere al Estado conforme a su interpretación y aplicación del derecho interno (que puede llegar a modificar el derecho aplicable), el caso queda cerrado para el inversionista, a menos que exista una denegación de justicia. Manifiestamente, este no es el estándar de expropiación en virtud del TBI en el presente caso y confunde los distintos estándares aplicables. Por lo tanto, disiento sobre este punto y habría concluido que la Demandada expropió el beneficio de la Demandante en el Fideicomiso Irrevocable.

D. La Orden de Detención Constituyó una Expropiación que Destruyó la Inversión

68. Coincido con el razonamiento del Laudo en virtud del cual la confiscación de los buques constituyó una violación del TJE. No obstante, tal como procederé a explicar, considero que el razonamiento del Laudo es incorrecto en relación con dos puntos interconectados: (i) la Orden de Detención constituyó efectivamente una expropiación, si bien ciertos actos fueron temporales; y, sin perjuicio de ello, (ii) la indemnización proporcionada en virtud del Laudo por esta violación no da cuenta de las circunstancias del presente caso. Obviamente, el TJE aún podría lograr su resultado justo si los daños otorgados cubrieran la totalidad del daño sufrido por la Demandante y subsanaran la expropiación.

69. El Laudo menciona dos decisiones en las que basa su análisis de la Orden de Detención en tanto expropiación temporal: *LG&E c. Argentina*, y *Belokon c. Kirguistán*⁷⁶. El Laudo, haciendo referencia a estas dos decisiones, afirma que “[l]os tribunales han considerado diversos factores, entre ellos, la duración de naturaleza temporal de la privación y si la privación siempre se concibió como temporal”⁷⁷. Posteriormente, el Laudo razona lo siguiente:

“Los tribunales se han mostrado reticentes a concluir que una medida es expropiatoria en circunstancias en que la **privación no ha tenido un efecto prolongado en el valor de la inversión**. Tal como expresara el tribunal de *LG&E c. Argentina*, “[e]n general, la expropiación debe ser permanente, es decir, no puede tener carácter temporal, salvo cuando el desarrollo exitoso de la inversión depende de que se realicen ciertas actividades en momentos específicos que no pueden sufrir variaciones”.

70. El Laudo concluye lo siguiente: “La Demandante fue privada de algunas de las embarcaciones por un corto período de 4-5 meses, y no hay pruebas de que **alguna vez** esa

⁷⁶ Laudo, ¶¶ 244-245.

⁷⁷ Laudo, ¶ 245.

privación **se haya previsto** con carácter permanente. Además, la Demandante recuperó las embarcaciones”⁷⁸.

71. La invocación por parte del Laudo de la intención de que la expropiación se haya previsto con carácter permanente no recibe el sustento de las autoridades en que se basa⁷⁹, en tanto que diversas decisiones han reconocido que, con arreglo al derecho internacional, la intención de expropiar no es una condición previa ni siquiera un factor decisivo⁸⁰. El foco radica en los efectos de la medida, y no en la intención del Estado.

72. Tal como pasaré a explicar, el expediente demuestra que el impacto de la medida en la inversión fue devastador. No obstante, incluso si se acepta que pueden tenerse en cuenta la causa y el contexto, según el tribunal de *LG&E c. Argentina*, entonces, en el presente caso, tal como explica el Laudo, el Estado confiscó los bienes a efectos de garantizar el funcionamiento de la empresa estatal PEMEX, engañando al inversionista con solicitudes inventadas de que probara su titularidad⁸¹.

⁷⁸ Laudo, ¶ 246.

⁷⁹ La única decisión que puede relacionarse remotamente con considerar si “la privación siempre se concibió temporal” es *Belokon c. Kirguistán*. Aunque, en dicho caso, la cuestión radicaba en la confiscación administrativa permanente del banco, “sin garantías de la Demandada de que esta administración temporal pronto llegará a su fin” (*Belokon c. Kirguistán*, Laudo, ¶ 207 (24 de octubre de 2014)). El tribunal de *LG&E c. Argentina* opinó que deberían considerarse el contexto y fin de una medida para equilibrar “tanto [] las causas como [] los efectos de una medida” (*LG&E c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, ¶ 194 (3 de octubre de 2006)).

⁸⁰ Véanse, por ejemplo, *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, ¶ 111 (30 de agosto de 2000); *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, ¶ 270 (6 de febrero de 2007); *Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH y otros c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/08/8, Fragmentos del Laudo, ¶ 304 (1 de marzo de 2012); *National Grid P.L.C. c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo, ¶ 147 (3 de noviembre de 2008); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, ¶ 7.5.20 (20 de agosto de 2007).

⁸¹ Laudo, ¶¶ 259-260.

73. Incluso si algunos tribunales, tal como asevera el Laudo, han “considerado diversos factores, entre ellos, la duración de la naturaleza temporal de la privación y si la privación siempre se concibió como temporal”⁸², el Laudo parece tratar estos factores como dispositivos, ignorando la decisión cuyo *dictum* citó. A modo de ejemplo, la cita extraída de *LG&E c. Argentina* somete la expropiación temporal a la siguiente condición: “salvo cuando el desarrollo exitoso de la inversión depende de que se realicen ciertas actividades en momentos específicos que no pueden sufrir variaciones”. En vista de la naturaleza indirecta de la expropiación, su efecto “previsto” no puede ser decisivo.

74. De hecho, la cronología sugiere firmemente que la inversión se perdió, en gran parte, debido a la confiscación de las embarcaciones. Por un lado, la duración debe tratarse de manera realista; no era simplemente cuestión de recibir las embarcaciones el día de su liberación, limpiar las timoneras y ponerlas en servicio de inmediato. La duración tolerable de las medidas expropiatorias que causan un daño considerable a las inversiones complejas que coordinan equipos y montaje de tripulación, cronogramas con otros operadores, etc., puede ser mucho más breve.

75. En efecto, se trató de una expropiación: hubo una intención clara del Estado de privar al inversionista de los bienes en beneficio del Estado; los bienes de que el inversionista fue privado eran parte importante de la inversión; y, si bien puede que la retención de las embarcaciones por parte del Estado haya sido temporal, su efecto privativo, consecuencia directa de la confiscación, resultó ser permanente: la inversión no siguió funcionamiento durante este período de tiempo, y POSH no pudo reanudar sus operaciones en México con posterioridad a ello.

⁸² Laudo, ¶ 246.

76. El Laudo explica lo siguiente: “Los Buques de SEMCO fueron liberados el 26 de junio de 2014. Los Buques de GOSH y los Buques de SMP fueron liberados el 16 de julio de 2014”⁸³. Lo que sucedió después de eso es parte importante de la historia. Menos de 10 días después de la liberación de los Buques de GOSH, en correspondencia interna de POSH, Geoffrey Yeoh le escribió a Gerald Seow que “[n]uestra situación es difícil en México, y cualquier trabajo en nuestros buques, incluso a corto plazo, ayudará a contener nuestras pérdidas”, a lo cual Gerald Seow respondió lo siguiente:

“Geoff:

La verdad es que GOSH no tiene más capital.

En consecuencia, el valor de GOSH será el valor de mercado de los buques sobre la deuda con Posh.

No queda fondo de comercio, ya que los contratos ya no están vigentes.

Suponiendo que el valor de mercado sea \$20 millones cada uno, entonces el valor de Gosh será de unos \$120 millones menos la deuda de \$110 millones, lo que resulta en \$10 millones.

¿Estos \$10 millones se convertirán en cero en los próximos meses, lo que significa que Gosh tiene un valor de cero?

Saludos”⁸⁴.

77. Esta comunicación, de fecha 25 de julio de 2014, es clara. Tras la Orden de Detención, GOSH “no [tenía] más capital”. Dado que los contratos fueron rescindidos, conforme a la Orden de Desviación de Pagos tal como explicara *supra*, parece que POSH esperaba que el valor de su inversión en GOSH por encima de la deuda se convertiría en cero. El inversionista fue privado del uso de los bienes a través de los cuales su inversión generaba ingresos durante un período de tiempo prolongado, y los contratos existentes fueron rescindidos porque un órgano de la

⁸³ Laudo, ¶ 94.

⁸⁴ Correo electrónico de G. Seow a G. Yeoh *et al.*, 25 de julio de 2014 [Anexo C-189] [énfasis agregado].

Demandada desvió las cuentas por cobrar a las cuentas del Estado. Por consiguiente, no sorprende que la Orden de Detención dejara a GOSH sin capital.

78. Cabe recordar que la decisión adoptada en *LG&E c. Argentina*, que invoca el Laudo, opinó que una expropiación debe ser permanente “salvo cuando el desarrollo exitoso de la inversión depende de que se realicen ciertas actividades en momentos específicos que no pueden sufrir variaciones”. Sea que dicha limitación sea correcta o no, queda claro que, en el presente caso, privar al inversionista de la posibilidad de utilizar sus bienes generadores de ingresos durante este período tuvo un efecto devastador en la inversión en su totalidad. El Laudo afirma que “la Demandante recuperó las embarcaciones” y que “no hay pruebas de que alguna vez esa privación se haya previsto con carácter permanente”⁸⁵. Sin embargo, la consecuencia es la que define el alcance de la expropiación, y no la intención: la pregunta pertinente consiste en determinar, no si la privación se había previsto con carácter permanente, sino si tuvo un efecto permanente. Los sucesos del presente caso indican que sí.

79. Tal como se mencionara *supra*, al final del período de detención, la inversión principal del inversionista no tenía más capital. Esto fue el resultado de dos actos realizados por la Demandada. En primer lugar, la Demandada confiscó el principal bien generador de ingresos del inversionista con el propósito de proteger las operaciones de la empresa estatal PEMEX⁸⁶. En segundo lugar, la Demandada desvió los pagos adeudados por los trabajos realizados por los bienes confiscados a las cuentas del Estado, en lugar del Fideicomiso Irrevocable. El segundo acto de la Demandada derivó inmediatamente en la decisión del inversionista de retirar las embarcaciones de los contratos

⁸⁵ Laudo, ¶ 248.

⁸⁶ Laudo, ¶¶ 258-261.

existentes; no podría haberse esperado que el inversionista hiciera otra cosa. Dado que el inversionista había sido privado de su único medio de producir ganancias y soportado los costos de las embarcaciones durante el Período de Detención, ¿sorprende que la inversión no tuviera más capital? ¿Sorprende que, sin capital, el inversionista no pudiera reanudar la actividad?

80. De hecho, en un esfuerzo por mitigar su daño, POSH intentó reanudar la inversión en negociaciones con PEMEX y el SAE durante las varias semanas posteriores a la liberación de los buques el 16 de julio de 2014⁸⁷, pero sus esfuerzos se vieron bloqueados por otra decisión adoptada por un órgano de la Demandada el 15 de agosto de 2014⁸⁸.

81. Sin explicación, el Laudo trata las únicas pérdidas del inversionista emergentes de la Orden de Detención como aquellas limitadas al período de detención mismo. Eso es un error. El TBI México-Singapur nada dice acerca de la medida específica de la indemnización que debe abonarse. No obstante, ese hecho no implica que haya un vacío. Tal como desarrollaré en detalle *infra*, si la Orden de Detención se considerara una expropiación, como creo que debería haber ocurrido, el TBI proporciona un estándar de indemnización correspondiente a una expropiación lícita⁸⁹. El Profesor Salacuse ofrece una formulación sucinta de las cuales hay muchísimas más: “Por lo tanto, el derecho consuetudinario requiere que el tribunal otorgue una ‘indemnización plena’ a la parte demandante por los daños causados a una inversión por las violaciones de tratados de un Estado, a fin ‘de eliminar todas las consecuencias’ de los actos ilícitos de dicho Estado, así como de colocar

⁸⁷ Véanse, por ejemplo, Correo electrónico de G. Seow a G. Yeoh *et al.*, 25 de julio de 2014 [**Anexo C-189**]; Correo electrónico de J. Phang a G. Seow *et al.*, 18 de julio de 2014 [**Anexo C-130**]; Correo electrónico de J. Phang a G. Seow *et al.*, 20 de agosto de 2014 [**Anexo C-188**].

⁸⁸ Réplica, ¶ 310; Resolución del Juzgado Concursal (que decretó las medidas cautelares solicitadas por el SAE), 15 de agosto de 2014 [**Anexo C-192**].

⁸⁹ TBI México-Singapur, Art. 6(2) [**Anexo CL-1**].

a las demandantes ‘en la situación que muy probablemente habría existido’ si dicho Estado no hubiera cometido sus actos ilícitos”⁹⁰. [Traducción del Prof. Reisman]

82. El Laudo parece creer que, al otorgar a POSH la pérdida asociada solamente con el período de detención, “eliminar[ía] todas las consecuencias” de la Orden de Detención ilícita. Tal como he explicado, eso es simplemente incorrecto. Según el Laudo, durante este período de tiempo, la inversión perdió USD 6,7M (volveré sobre esta cifra *infra*)⁹¹. Al privar al inversionista de estos ingresos y dejar a su filial principal, GOSH, sin capital al final del Período de Detención, la Demandada creó una situación de la cual la inversión no pudo recuperarse. Por ende, al indemnizar al inversionista exclusivamente por “los ingresos provenientes de las embarcaciones durante los períodos de detención”⁹² (o, en realidad, por solo partes de ellos), el Laudo no “elimina todas las consecuencias” de la Orden de Detención ilícita. Incluso en tanto violación del TJE, si se desarrollara ese foco, la indemnización debe incluir las pérdidas asociadas con la pérdida de la propia inversión. La indemnización necesaria queda aún más clara cuando la Orden de Detención se trata como una expropiación.

83. El Laudo reconoce que los bienes del inversionista, es decir, las embarcaciones, fueron confiscados por la Demandada a efectos de proteger las operaciones de la empresa estatal PEMEX. El Artículo 6 del TBI define la expropiación de manera amplia, incluyendo las medidas directas e indirectas equivalentes a la expropiación:

⁹⁰ SALACUSE, nota 63 *supra*, ¶ 554. Citado de la sentencia dictada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Factory at Chorzow*.

⁹¹ Laudo, ¶ 268.

⁹² Laudo, ¶ 261.

“Ninguna Parte Contratante podrá expropiar o nacionalizar **una inversión, directa o indirectamente**, a través de **medidas** equivalentes a expropiación o nacionalización”.

El término “inversión” se define de manera muy amplia en el TBI e incluye, además de los ejemplos citados *supra*, también:

“(e) la participación que resulte del capital u otros recursos en el Área de una Parte Contratante destinados al desarrollo de una actividad económica en dicha Área, tales como:

- (i) contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en el Área de la otra Parte Contratante, incluidos los contratos de llave en mano o de construcción, o concesiones;
- (ii) contratos en los que la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa; o
- (iii) licencias, autorizaciones, permisos e instrumentos similares;

(f) Propiedad mobiliaria o inmobiliaria, y los derechos relacionados tales como arrendamiento, hipotecas, usufructos o prendas, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales”;

84. El lenguaje amplio del TBI prevé diversas maneras en las que la Orden de Detención puede considerarse una expropiación. En primer lugar, el lucro cesante de los contratos existentes constituía una “participación que result[aba] del capital u otros recursos” emergentes de “contratos que involucra[ba]n la presencia de la propiedad de un inversionista en el Área de la otra Parte Contratante”. En segundo lugar, las propias embarcaciones eran propiedad mobiliaria “utilizad[a] con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales”. Tal como explicara *supra*, la Orden de Detención también produjo efectos indirectos en otros activos de POSH que se encuentran comprendidos en la definición de inversión protegida. Estos incluyen empresas propiedad del inversionista (Artículo 1(7)(a) del TBI) y derechos relacionados a la propiedad mobiliaria, tales como hipotecas (Artículo 1(7)(f) del TBI). Pero la Orden de Detención

también privó a las filiales de los bienes necesarios para desarrollar sus actividades y cancelar los préstamos concedidos por POSH (Artículo 1(7)(d) del TBI).

85. Puede que sea cierto que, desde una perspectiva *ex-post*, resulta difícil determinar si los USD 6,7M adicionales (suponiendo que la invocación del Dr. Alberro por parte del Laudo se encuentra justificada)⁹³ le habrían permitido a POSH reanudar la inversión con éxito. Por un lado, la Orden de Desviación de Pagos, que constituía en sí misma una expropiación tal como explicara *supra*, probablemente habría derivado en la rescisión de los contratos existentes independientemente de la confiscación de las embarcaciones. En segundo lugar, la Orden de Bloqueo, que constituía en sí misma un trato que no era justo ni equitativo, se habría aprobado de cualquier modo y habría bloqueado la posibilidad de que POSH sustituyera a OSA en los contratos con PEMEX. Sin embargo, dicha perspectiva ignora las normas en virtud del TBI. El Artículo 6(2)(a) del TBI dispone específicamente que la indemnización en caso de expropiación se calcula *ex-ante* desde la fecha de la expropiación; esa es la fecha de valoración. La indemnización en caso de expropiación lícita:

“será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo. El valor justo de mercado no reflejará cambio alguno en el valor debido a que la expropiación hubiere sido conocida públicamente con antelación”⁹⁴.

86. Sea que la *medida*, es decir, la Orden de Detención, fuera temporal o no, sus efectos en el valor de la inversión fueron prolongados y devastadores. En consecuencia, no es necesario jugar el juego de “qué pasaría si” con respecto a la indemnización en caso de expropiación. En una

⁹³ Véase, también, *infra*.

⁹⁴ TBI México-Singapur, Art. 6(2)(a) [Anexo CL-1].

analogía surgida de la expropiación progresiva, la indemnización adeudada a la Demandante debería calcularse sobre la base del valor de la inversión a la fecha de la Orden de Detención.

87. El hecho de que la Orden de Desviación de Pagos contribuyera a la falta de capital que sufrió GOSH tras la liberación de los buques no puede menoscabar esta conclusión. Una vez que la Demandada expropió la reclamación pecuniaria del inversionista y desvió los pagos del Fideicomiso Irrevocable, creó una situación en la que al inversionista no le quedó otra salida que rescindir el contrato. Insistir en que POSH debiera haber mantenido los buques confiscados en ese momento y cumplido los contratos de OSA, sabiendo que no recibiría pago alguno, habría resultado absurdo. Debido a la Orden de Desviación de Pagos POSH no habría recibido ingreso alguno de los contratos aún en el supuesto de que no los hubiera terminado. Sea que la Orden de Desviación de Pagos fuera un factor contribuyente o no, es un factor que es completamente atribuible a la Demandada y, cabe recordar que la consistencia o inconsistencia de dicha medida con el derecho interno carece de relevancia.

88. Por lo tanto, sea en combinación con la Orden de Desviación de Pagos o incluso por sí sola, la indemnización por la confiscación de las embarcaciones debería ser *ex-ante* y basarse en el valor justo de mercado de la inversión con anterioridad a la emisión de la Orden de Detención.

89. Dos últimos puntos en materia de indemnización. En primer lugar, con respecto a la indemnización, el Laudo se basa en el cálculo realizado por el Dr. Alberro sin explicar por qué le

pareció más exacto que el informe de Versant, por ejemplo, en cuanto a los distintos costos operativos⁹⁵. En segundo lugar, el Laudo no adapta dicha indemnización a su decisión⁹⁶.

90. La indemnización por el período de detención correspondiente a los seis buques de GOSH (Caballo Argentó, Caballo Babieca, Caballo Copenhagen, Caballo Monoceros, Caballo Scarto, Don Casiano) se calculó en solo 59 días en lugar de 120 días, mientras que, para los buques con contratos vencidos, cubría el 80% del período de detención total (sobre la base de una reducción que acepta el Laudo)⁹⁷. Ambos peritos excluyeron de la indemnización por el período de detención las pérdidas en que se incurrió durante el tiempo que los buques prestaban servicios a PEMEX y contaron solo las pérdidas de fletes con posterioridad a la Orden de Desviación de Pagos que derivó en la rescisión de los contratos. Eso habría tenido sentido, ya que las pérdidas correspondientes al período comprendido entre el 16 de marzo de 2014 y el 16 de mayo de 2014 se incluyeron en la reclamación del Fideicomiso de Invex, y contabilizarlas aquí habría supuesto contabilizarlas dos veces. Sin embargo, tras rechazar la reclamación basada en la Orden de Desviación de Pagos, el Laudo debió haber revisado la indemnización por la Orden de Detención.

91. Tal como indicó POSH, solo mantuvo los buques en los contratos y realizando trabajos para PEMEX durante este período porque los pagos iban a enviarse al Fideicomiso Irrevocable⁹⁸. Tal como aclara un correo electrónico contemporáneo del Capitán Seow de 12 de mayo de 2014:

“Desde el 1 de marzo de 2014, después de enterarnos de que SAE, el Administrador Judicial de México, se ha hecho cargo de OSA, hemos estado en conversaciones con Pemex y SAE sobre el excedente que OSA debía a nuestras empresas en

⁹⁵ Segundo Informe de Versant, ¶¶ 125-131; Segundo Reporte del Dr. Alberro, ¶¶ 87-92.

⁹⁶ Segundo Reporte del Dr. Alberro, ¶ 24, Cuadro 1.

⁹⁷ Laudo, ¶ 263.

⁹⁸ Véase, por ejemplo, Correo electrónico de G. Seow a R. Granguillhome Morfin, 12 de mayo de 2014 [**Anexo C-148**].

México. Los conocimos por primera vez desde **el 12 de marzo de 2014, y desde entonces los he estado reuniendo regularmente**, proporcionándoles información en la deuda pendiente que OSA nos debe, **y también para solicitar el reenvío de nuestros buques. SAE solicitó que nosotros debemos continuar operando los buques fletados a OSA, que están sirviendo a Pemex, y nos aseguró que dado que los derechos de pago se habían asignado a una cuenta fiduciaria irrevocable, nuestros ingresos para estos buques están asegurados**⁹⁹.

Dicha práctica de la Demandada es coherente con sus otras prácticas contemporáneas y, en particular, su confiscación de los buques a fin de asegurarse de que prestaran servicios a PEMEX, mientras engañaba al inversionista con el pretexto de que solo tenía que probar su titularidad para obtener su liberación. Por ende, el SAE creó una expectativa razonable en POSH con respecto a la prestación del servicio durante este período y su garantía en virtud del acuerdo fiduciario, para luego cambiar y pedirle al Juzgado Concursal que detuviera los pagos una vez que los servicios fueran prestados:

“Los derechos de pago de los 6 buques se habían asignado a una cuenta de fideicomiso irrevocable en 2013, y como tal nuestros ingresos para estos buques debería haber sido asegurado.

Desafortunadamente, sin que nosotros lo supiéramos, SAE solicitó a la Corte del Tercer Distrito que escuchara los procedimientos de quiebra para ordenar Pemex Exploración y Producción (‘PEP’) para detener el pago a los fideicomisos de los derechos de cobro sobre los Contratos PEP asignado por OSA al Fideicomiso, y en su lugar a pagar directamente a SAE / OSA en virtud de que los fondos están obligados a efectuar pagos a los trabajadores de OSA y mantener la empresa en operación”¹⁰⁰.

92. A solicitud del SAE, el Juzgado Concursal mexicano, en efecto, anuló el acuerdo fiduciario con efecto retroactivo y desvió los pagos pendientes a las cuentas del Estado en lugar del Fideicomiso Irrevocable. En tanto dichos montos pendientes fueran en concepto de los servicios

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Id.*

prestados por los buques durante el período de detención ilícita, deberían incluirse en la indemnización, y no existiría riesgo de contabilizarlos dos veces, si se rechazara la reclamación vinculada al Período de Detención (respecto de la cual disiento del Laudo). El Laudo no puede hacer las dos cosas. Si la decisión de desviar los montos pendientes con efecto retroactivo fuera ilícita en virtud del derecho mexicano, entonces incluso en virtud del análisis del Tribunal debería resonar en el TBI. No obstante, si fuera lícita, y la cesión de las cuentas por cobrar se anulara, de hecho, con efecto retroactivo, México no debería poder ocultarse detrás del acuerdo y evitar indemnizar al inversionista por las pérdidas en que incurrió durante el período de detención ilícita debido a este acuerdo. Queda claro que, si POSH hubiera sabido que las garantías del SAE respecto del acuerdo fiduciario eran falsas, no habría procurado que los buques continuaran prestando servicios a PEMEX en el período comprendido entre el 16 de marzo de 2014 y el 16 de mayo de 2014, sino que los habría retirado de inmediato o quizás incluso antes de ese momento (de conformidad con el correo electrónico citado *supra*, la primera reunión con el SAE parece haber tenido lugar el 12 de marzo de 2014).

93. Si bien el TBI nada dice acerca del estándar de indemnización aplicable a la violación del TJE, tal como explicara *supra*, el estándar de expropiación es bastante claro. Si, tal como sugiero, la Orden de Detención se considera una expropiación, entonces el valor justo de mercado debe remontarse al momento de la expropiación, a saber, al 16 de marzo de 2014. Esa es la fecha de evaluación, y no el retiro de los buques el 16 de mayo de 2014. Esto incluye la pérdida real de fletes durante el período comprendido entre el 16 de marzo de 2014 y el 16 de mayo de 2014, y la pérdida potencial de fletes desde el 17 de mayo de 2014 hasta la liberación de los buques. Tal como explicara *supra*, queda claro que la pérdida emergente de la Orden de Detención se extendió

más allá del simple lucro cesante durante este tiempo, aunque, incluso si se limitara a este período, no hay justificación alguna para excluir la mitad del período.

94. Si se considera una expropiación, es verdad que, cuando se rastrea la pérdida desde la fecha de evaluación, resulta necesario excluir el flujo de efectivo real y el valor que recuperó el inversionista. Pero eso solo indica que los pagos reales que percibió POSH por los servicios prestados durante el período de detención deben excluirse. Sin embargo, puesto que la Demandada desvió con efecto retroactivo los pagos por los servicios prestados durante el período de detención ilícita entre el 16 de marzo de 2014 y el 16 de mayo de 2014, solo deberían excluirse los montos efectivamente pagados al Fideicomiso de Invex con anterioridad a la Orden de Desviación de Pagos. Los fondos que se desviaron no deberían excluirse de la valoración del valor justo de mercado al 16 de marzo de 2014.

95. Si bien mi análisis es en términos de expropiación, también podría aplicarse a un análisis del TJE. Utilizar una fecha de valoración diferente a efectos del TJE le permitiría a México obtener los beneficios de las garantías incumplidas a POSH, sobre la base de las cuales POSH continuó prestando servicios a PEMEX, independientemente de la Orden de Detención ilícita. Cabe recordar que la Demandada confiscó los buques a fin de que prestaran servicios a PEMEX, mientras engañaba al inversionista con el pretexto de que debía probar la titularidad de los buques para que fueran liberados. Indujo al inversionista a continuar prestando servicios a PEMEX concediendo garantías de que sus ingresos estaban asegurados a través del fideicomiso, para luego hacer que otro de sus órganos desviara los pagos con efecto retroactivo a espaldas del inversionista. Aun entonces siguió confiscando los buques con el mismo pretexto hasta destruir la inversión. Incluso si la Orden de Desviación de Pagos no constituyera una violación, aunque creo que lo fue, la

indemnización por la Orden de Detención debería incluir la pérdida de la inversión y, como mínimo, la pérdida en que se incurrió a lo largo de todo el período de detención ilícita.

96. Por lo tanto, en lo que se refiere a las reclamaciones de la Demandante respecto de la Orden de Detención y la indemnización, coincido parcialmente y disiento parcialmente. Disiento en cuanto al rechazo de la reclamación de expropiación vinculada a la Orden de Detención, pero coincido en que la Orden de Detención constituyó una violación del TJE. Disiento con respecto a la indemnización: (1) la indemnización por la Orden de Detención debería extenderse de modo tal que incluya la totalidad del período; (2) los daños emergentes de la Orden de Detención deberían incluir los efectos prolongados de la Orden de Detención en el valor de la inversión en su totalidad.

Coincide parcialmente y disiente parcialmente.

[Firmado]

Prof. W. Michael Reisman
Árbitro

Fecha: 7 de enero de 2022