



**EN EL CASO DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL AL AMPARO DEL
CAPÍTULO XI DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA
DEL NORTE**

**INTERNATIONAL THUNDERBIRD
GAMING CORPORATION,
DEMANDANTE**

c.

**ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
DEMANDADA**

ESCRITO DE DÚPLICA

CONSULTOR JURÍDICO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS:

Hugo Perezcano Díaz

ASISTIDO POR:

Secretaría de Economía

Alejandra Galaxia Treviño Solís

Luis Ramón Marín Barrera

Shaw Pittman LLP

Stephan E. Becker

Sanjay Mullick

Thomas & Partners

J. Christopher Thomas, Q.C.

J. Cameron Mowatt

Alejandro Barragán

Índice

I.	INTRODUCCIÓN Y RESUMEN DE LOS HECHOS Y ASPECTOS JURÍDICOS CENTRALES	1
II.	RESPUESTA A LOS ALEGATOS DE LA DEMANDANTE SOBRE LOS HECHOS.....	4
A.	El valor de las pruebas en este arbitraje internacional.....	4
1.	Naturaleza de las máquinas.....	5
2.	Origen de las máquinas: usadas o fabricadas para EDM.....	9
3.	La resolución administrativa de la SEGOB	10
4.	La afirmación de que Thunderbird procedió con base en la certidumbre ofrecida por el oficio de la SEGOB del 15 de agosto de 2000	13
5.	Las declaraciones de Thunderbird a sus inversionistas	14
6.	Las pruebas de que Thunderbird procedió con base en la asesoría de los señores Oien, Ong, Aspe y Arroyo.....	15
7.	Las razones por las cuales EDM se desistió de los juicios instaurados ante tribunales mexicanos.....	20
8.	Los inversionistas en las sociedades EDM.....	22
9.	Las razones por las cuales Thunderbird abandonó su inversión en California.....	22
10.	Testimonios idénticos ofrecidos por Thunderbird	23
B.	Respuesta a los argumentos de la demandante sobre la Ley de Juegos y Sorteos.....	24
C.	Respuesta a la reclamación de la demandante de que el oficio de la SEGOB del 15 de agosto de 2000 constituye una aprobación de sus actividades.....	29
1.	El oficio del 15 de agosto es meramente una opinión basada en la información proporcionada por EDM en su solicitud del 3 de agosto de 2000.....	29
2.	Cuando la SEGOB emitió el permiso, EDM no consideró que hubiese obtenido un permiso o una autorización	31
3.	La solicitud del Sr. Carlos Gómez Álvarez Tostado (“ <i>Amazing World</i> ”)	33
D.	Respuesta al argumento de la demandante sobre la mala fe del gobierno de México	34
E.	Thunderbird tomó la decisión de abrir el establecimiento de Reynosa aun cuando no había finalizado el procedimiento administrativo de la SEGOB.....	35
III.	CONTESTACIÓN A LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS	36

A.	México se ha obligado a otorgar el mismo trato a los inversionistas que se encuentren en circunstancias similares	36
1.	La SEGOB ha actuado de manera uniforme en todos los casos	36
a.	Club 21: Huixquilucan, Estado de México	40
b.	Reflejos: Río Bravo.....	40
c.	Reflejos: Matamoros.....	41
d.	Los demás establecimientos identificados por la demandante	42
2.	La demandante no ha probado la existencia de discriminación por razón de la nacionalidad	42
3.	EDM no está en circunstancias similares a las de los establecimientos clausurados que obtuvieron la suspensión temporal de la clausura por resolución judicial	44
B.	La demandante no ha identificado ninguna violación al artículo 1105	47
1.	No hay una reclamación de denegación de justicia atribuible a los tribunales mexicanos	48
2.	La demandante no impugnó los actos relativos al desarrollo de la audiencia administrativa.....	49
3.	La demandante cita las fuentes fuera de contexto	50
C.	No hay un derecho patrimonial que pueda ser reconocido	52
D.	Excepción de incompetencia: El que Thunderbird no haya presentado su reclamación conforme al artículo 1116 no le permite reclamar el pago de daños conforme al artículo 1110.	53
IV.	RESPUESTA A LOS ALEGATOS SOBRE LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS.....	55
A.	Introducción	55
B.	La defensa de México a los argumentos jurídicos.....	55
C.	La defensa de México sobre los hechos.....	59
1.	El segundo y tercer escenario fueron desechados.....	59
2.	Deficiencias del dictamen del <i>Innovation Group</i>	60
D.	La respuesta de México al nuevo testimonio de Booker T. Copeland III.....	61
1.	Thunderbird no es “ una gran compañía”	61
2.	Los estados financieros auditados deben ser aplicados	63
3.	El segundo reporte de FinBridge Consulting.....	63
E.	Daños por otras causas.....	65
F.	Conclusiones	65
V.	OBJECIONES SOBRE JURISDICCIÓN	66
A.	Requisitos establecidos por el TLCAN.....	67

B.	La demandante no ejerce el control legal sobre EDM.....	68
1.	Ley General de Sociedades Mercantiles.....	68
2.	EDM-Documentos Corporativos	69
3.	Inaplicabilidad del caso <i>S.D. Myers</i>	70
C.	Es un hecho que la demandante no controla EDM.....	72
1.	El papel predominante de los señores Watson y Girault	73
2.	La condición de los otros inversionistas.....	74
D.	La demandante no ha presentado renunciaciones por parte de otras entidades conforme a los requisitos del TLCAN.....	75

I. INTRODUCCIÓN Y RESUMEN DE LOS HECHOS Y ASPECTOS JURÍDICOS CENTRALES

1. El Escrito de Réplica de la demandante se caracteriza por una retórica exaltada y numerosas acusaciones. La demandante alega que, no obstante los detallados argumentos y pruebas ofrecidos, el Escrito de Contestación a la Demanda no responde a sus reclamaciones.

2. La estrategia de la demandante parece ser un intento por disfrazar las deficiencias y omisiones de su reclamación con objeto de distraer la atención de los temas centrales. La demandante optó por no pronunciarse sobre varios de los argumentos presentados por México y evitó comentar sobre varios hechos cruciales demostrados por la demandada. Thunderbird también intenta disimular la debilidad de sus reclamaciones mediante extensas discusiones académicas sobre principios legales que no son relevantes a los hechos de esta controversia.

3. El gobierno de México también advierte que la demandante se basa en una traducción del Escrito de Contestación a la Demanda al inglés que contiene numerosos errores y en ocasiones sus argumentos se basan en éstos. También en otras ocasiones ha malinterpretado las excepciones de la demandada¹.

4. Según se comentará con detalle más adelante, la demandante presenta en su Escrito de Réplica nuevos hechos, algunos de los cuales se sustentan únicamente en testimonios preparados expresamente para este procedimiento por individuos que tienen algún nexo con la demandante. En otros casos, los hechos aducidos no tienen sustento. En opinión de la demandada, la descripción de hechos fundamentales por parte de la demandante carece de valor probatorio.

5. Las partes han abordado la controversia de distintas maneras y se han enfocado en distintos aspectos de los hechos; pero la demandante ahora parece estar de acuerdo con la demandada que no compete al Tribunal emitir una opinión independiente sobre la legalidad de las máquinas objeto de la controversias conforme a la Ley Federal de Juegos y Sorteos², sino que debe decidir si el trato que México otorgó, a través de la Secretaría de Gobernación (en lo sucesivo la “SEGOB”), a Entertainmens de México, S. de R.L. de C.V., Entertainmens de México-Laredo, S. de R.L. de C.V. y Entertainmens de México-Reynosa, S. de R.L. de C.V. (en

¹ Por ejemplo, la demandante acusa sin fundamento a la demandada de manifestar que Thunderbird seguía conscientemente una estrategia de violar la ley (“*it appears to have consciously followed a business strategy which is against the law.*”). Escrito de Réplica, p. 21. Lo que la demandada manifestó en el Escrito de Contestación a la Demanda es que Thunderbird “conscientemente seguía una estrategia de negocios que está en los márgenes de la ley”. Escrito de Contestación a la Demanda, p. 39.

² Véase el Escrito de Réplica, p. 5. (“*The Tribunal’s role in these proceedings is clearly not to independently determine whether the EDM skill machines are in fact legal, or illegal, under Mexican law.*”) Sin embargo, la demandante parece cambiar de parecer al decir en la siguiente oración: “*Nor is it’s [sic] role to simply defer to Mexico in its determinations on that point*” – lo que insinúa que la demandante estima que el Tribunal podría determinar que las máquinas eran legales conforme al derecho mexicano. Queda claro que las máquinas han sido declaradas ilegales conforme al derecho mexicano, y el Tribunal carece de autoridad para cambiar esa determinación. Las únicas cuestiones debidamente planteadas ante este Tribunal son si la manera en que se llegó a esa determinación, junto con los recursos judiciales disponibles a EDM para apelar esa determinación, son violatorios del capítulo XI del TLCAN.

conjunto “las sociedades EDM”) viola las disposiciones de la sección A del capítulo XI del TLCAN.

6. No obstante los diversos argumentos y numerosas documentales ofrecidos en este procedimiento, el caso gira en torno de interrogantes muy específicas relacionadas todas entre sí:

- ¿Cómo puede la demandante afirmar que se basó en el oficio del 15 de agosto de 2000 de la SEGOB para realizar la inversión, cuando los hechos demuestran que pactó contratos de arrendamiento e importó máquinas de juego con anterioridad a la emisión del oficio; cuando advirtió expresamente a los inversionistas de EDM que el oficio no constituía un derecho específico (“*no specific entitlement*”) para que EDM pudiese operar; cuando informó a sus propios inversionistas que se había basado en la asesoría de particulares para realizar la inversión; y cuando afirmó en un proceso legal ante tribunales de Estados Unidos que había realizado la inversión en México con base en las declaraciones de los Sres. Oien y Ong, a las que calificó de engaños y fraude?
- ¿Cómo puede considerarse que el oficio de la SEGOB es una aprobación de actividades específicas o que otorga seguridad para realizar operaciones precisas, cuando no es más que una opinión general emitida sobre la base de una descripción igualmente general de ciertas actividades que no fueron descritas con ningún nivel de detalle; cuando no presentó con la solicitud pruebas u otros elementos sobre el funcionamiento concreto de las máquinas; y cuando la SEGOB con toda claridad y en forma reiterada advirtió sobre los juegos prohibidos por la ley?
- ¿Puede considerarse arbitrario e irracional que la SEGOB considerara las máquinas como juegos prohibidos cuando la propia demandante conocía su naturaleza y sabía del riesgo existente de que estas fueran inspeccionadas por la SEGOB y llegara a tal determinación?
- ¿Puede considerarse injusto, arbitrario y violatorio de cualquier norma del derecho internacional un procedimiento administrativo —incluida la audiencia administrativa— que fue seguido de acuerdo con leyes transparentes, específicas, previamente establecidas, y que está sujeto al control judicial? ¿Cómo puede considerarse injusto, arbitrario y violatorio de cualquier norma del derecho internacional el procedimiento concreto seguido por la SEGOB, cuando se ajustó plenamente a esas leyes, fue convalidado por los abogados de EDM, peritos en derecho mexicano, y, en cualquier caso, existían los medios de defensa para impugnarlo?
- ¿Cómo puede la demandante reclamar una violación a las disposiciones sustantivas del TLCAN si EDM abandonó los recursos judiciales disponibles, particularmente cuando el TLCAN no lo exige como requisito de procedibilidad?
- ¿Cómo puede la demandante afirmar que la SEGOB le ha otorgado un trato discriminatorio, cuando ésta ha clausurado todos los establecimientos de que ha tenido conocimiento que operaban máquinas iguales o semejantes a las de EDM, y

cuando en todos los casos la Secretaría ha defendido su actuación ante los órganos judiciales competentes en los procesos instaurados por los particulares?

Existen otros hechos pertinentes que la demandada abordará en este escrito.

7. Los argumentos jurídicos esenciales son los siguientes:

- Las autoridades mexicanas no han otorgado a EDM un trato menos favorable que el que han otorgado a empresas mexicanas que están en igualdad de circunstancias; no ha habido un trato discriminatorio a EDM por razón de la nacionalidad de la demandante (ni por cualquier otro motivo) en contravención del artículo 1102 del TLCAN. La SEGOB ha procedido invariablemente de la misma manera en la aplicación de la ley respecto de todas aquellas personas que han operado establecimientos con las llamadas máquinas “de habilidad y destreza”. EDM no se encuentra en “circunstancias similares” a las de aquellas personas que han instaurado procesos judiciales contra los actos de la SEGOB en los que los tribunales nacionales han otorgado una suspensión temporal de las clausuras mientras los procesos concluyen.
- Thunderbird no ha logrado demostrar una violación al artículo 1105 que establece el nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario: (i) sus argumentos sobre el procedimiento administrativo ante la SEGOB se basan en la caracterización incorrecta de los hechos y del desarrollo del procedimiento conforme a la ley que lo regula; y, (ii) no ha presentado prueba alguna sobre las deficiencias del sistema judicial mexicano que, argumenta, le causaron perjuicio y constituyen la principal razón por la cual se desistió de los recursos judiciales que interpuso.
- La reclamación de Thunderbird por expropiación debe fracasar porque: (i) no presentó una reclamación conforme al artículo 1116; (ii) los actos de buena fe que la SEGOB realizó en ejecución de la ley, tales como el impedir que se lleven a cabo juegos prohibidos, no constituyen una expropiación; y, (iii) EDM instauró recursos judiciales ante tribunales nacionales, de los cuales subsecuentemente se desistió.
- Thunderbird no puede presentar una reclamación en representación de empresas de las que no es propietaria ni de las cuales tiene el control.

8. México reitera todos los hechos y argumentos jurídicos contenidos en su Escrito de Contestación a la Demanda, incluso aquellos que no repite en éste.

II. RESPUESTA A LOS ALEGATOS DE LA DEMANDANTE SOBRE LOS HECHOS

A. El valor de las pruebas en este arbitraje internacional

9. En el Escrito de Réplica, Thunderbird incorrectamente supone que este Tribunal debe conducirse conforme a las reglas que rigen la presentación de pruebas en Estados Unidos y propone, por tanto, que debe aceptar sus argumentos porque ha ofrecido en este arbitraje una serie de testimoniales de empleados, consejeros e inversionistas, a las que debe concederse principal importancia; mientras que debe desecharse los argumentos de México porque no se apoyan en numerosos testimonios³.

10. Los argumentos de México están debidamente sustentados en las pruebas pertinentes, particularmente en documentales contemporáneas. Redfern y Hunter han explicado las razones por las cuales debe preferirse las pruebas documentales en el arbitraje internacional:

In international commercial arbitration, the best evidence that can be presented in relation to any issue of fact is almost invariably contained in the documents which came into existence at the time of the events giving rise to the dispute. This contrasts with the presentation of evidence in the courts in the common law system, where most facts are proved by direct oral testimony, and even documentary evidence must in principle be introduced by a witness in oral evidence.

It is not difficult to appreciate why reliance on documentary evidence is favoured by international arbitral tribunals. Its presentation is easier and less time consuming; and, in an environment in which cross-examination is regarded as an unreliable method of testing the evidence of a witness, the evidentiary weight of documentary evidence is clearly more substantial than that of oral evidence which is not tested by an effective challenge, either through lack of expertise on the part of the opposing party's advocate or lack of time during the course of the hearings.

However, the best reason for the practice of international arbitration tribunals in relying primarily upon evidence contained in contemporary documents is that the application of the so-called "best evidence rule" applies primarily to the weight of

³ Véase por ejemplo el Escrito de Réplica, p.1: “[the Claimant’s] case was supported by multiple, detailed declarations from the principal participants in the Thunderbird EDM investments;” p. 4: “Numerous witnesses provided statements describing the arbitrary and discriminatory July 10, 2001 administrative hearing;” Íd.: “Mexico presents no declaration testimony from Aguilar Coronado;” p. 9: “In support of its SoD, Mexico submits only two witness statements;” p. 14, “Peter Watson stated under oath as follows...” (énfasis en el original).

Es axiomático que el arbitraje internacional es una fusión de los sistemas del derecho civil y el derecho común. En los sistemas basados en el derecho civil, las pruebas documentales tienen una mayor importancia; mientras que en los del derecho común las pruebas testimoniales pueden, en algunos casos, tener la misma importancia que las documentales. Véase Alan Redfern y Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2a ed., ED. Sweet and Maxwell, 1991, p. 67.

En el arbitraje internacional el tribunal tiene amplia discreción para admitir pruebas, tanto documentales como testimoniales; pero la simple admisión de éstas no se relaciona con su valor como tales. Por ejemplo, el simple hecho de presentar a varios testigos cuyas declaraciones son idénticas no le otorga mayor credibilidad a su testimonio. Sandifer, Durward: *Evidence Before International Tribunals. Revised Edition, University Press of Virginia*, 1975, p. 18.

*the evidence rather than to its admissibility, and the evidence of contemporary documents will invariably be regarded as being of great weight.*⁴

11. Durward Sandifer señala:

*Tribunals may refuse to base an award on evidence taken long after the event, if uncorroborated by other evidence. On the other hand, the tribunal is free to attach great weight to contemporary evidence if it bears intrinsic indications of veracity, even though given by an interested party.*⁵

(Se omiten referencias.)

12. Bin Cheng, por su parte, ha manifestado:

Generally speaking... the mere ex parte statements of the facts by the interested party in a dispute are not considered as evidence and do not constitute sufficient proof of the facts alleged...

Personal interest of the deponent and the uncontrolled character of his affirmation are, therefore, important considerations which generally deprive a claimant's affidavit of much of its probative force...

*'Testimonial evidence', it has been said, 'due to the frailty of human contingencies is most liable to arouse distrust.' On the other hand, documentary evidence stating, recording, or sometimes even incorporating the facts at issue, written or executed either contemporaneously or shortly after the events in question by persons having direct knowledge thereof, and for purposes other than the presentation of a claim or the support of a contention in a suit, is ordinarily free from this distrust and considered of higher probative value.*⁶

(Se omiten referencias.)

13. La demandada a continuación brinda algunos ejemplos de hechos respecto de los cuales las pruebas que ha ofrecido con su Escrito de Contestación a la Demanda tienen un mayor valor probatorio que las de la demandante.

1. Naturaleza de las máquinas

14. Sorprende que la demandante ha optado por sustentar sus argumentos sobre el funcionamiento de las máquinas objeto de la disputa en caracterizaciones ambiguas (e.g.

⁴ Alan Redfern y Martin Hunter: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Ed. Swett & Maxwell, 1991, pp. 329 y 330. Cf. también *Studer v. Great Britain (U.S. v. U.K.)*, 6 R.I.A.A. 149, 152 (*American and British Claims Arbitration Tribunal 1925*): "Where a case rests so largely upon ex parte statements prepared many years after the event by the party in interest, for the express purpose of presenting his claim in the best possible light, allowances must be made for infirmities of memory as well as for a claimant's natural sense of grievance amounting sometimes to almost an obsession."

⁵ Sandifer. op.cit., p. 18.

⁶ Cheng, Bin: *General Principles of Law As Applied By International Courts And Tribunals*. Cambridge Grotius Publishing, Ltd., 1987, pp. 309, 311 y 319.

“máquinas de habilidad y destreza”) basadas en las simples declaraciones de testigos; pero no ha ofrecido una descripción precisa de las máquinas y su operación, no ha presentado los manuales, instructivos, catálogos, fotografías, etc., como tampoco lo hizo EDM cuando solicitó la opinión de la SEGOB⁷. Llama la atención que *Support Consultants, Inc.* (en lo sucesivo “SCI”) —quien alega que al igual que Thunderbird era un fabricante de muchas de las máquinas en cuestión— tampoco haya presentado lineamientos, pautas, instructivos, manuales, catálogos, fotografías, etc. de sus productos para demostrar que fabricó las máquinas en cuestión específicamente para el mercado mexicano de acuerdo con instrucciones o criterios precisos, o para probar que éstas son diferentes a las máquinas descritas por la demandada.

15. La demandada, por el contrario, ha ofrecido los manuales de funcionamiento de las máquinas de EDM, encontrados en los establecimientos donde éstas operaban⁸. Los instructivos indican, entre otras cosas, que EDM podía programar las probabilidades de ganar y el nivel de pago al jugador. Es más, la demandada identificó casos en los que máquinas con el mismo nombre y del mismo fabricante (*Bestco “Fantasy Five”*), o que funcionan de manera similar con los llamados “*skill stop buttons*”, han sido descritas con detalle en el curso de procesos legales desahogados en Estados Unidos, en los que se determinó que eran aparatos de azar y apuesta⁹. México también presentó información corporativa elaborada por la propia demandante que demuestra que ella misma fabricó máquinas con el mismo nombre que las utilizadas por EDM (“*Very Cherry Bonus*” y “*Red White and Blue 7s*”), y que ella misma las describió como máquinas de apuesta¹⁰. Las fotografías que la demandada tomó de las máquinas de EDM también indican que no fueron fabricadas para el mercado mexicano, como ahora argumenta la demandante, sino que se fabricaron para un mercado de habla inglesa y después fueron modificadas sólo superficialmente en el exterior para adecuarlas a un mercado de habla hispana —incluso se reemplazó el número de serie y la placa con el nombre del fabricante originales con una placa con el nombre de SCI¹¹.

⁷ En la solicitud del 3 de agosto de 2000, EDM simplemente se refirió al supuesto fabricante y el modelo, pero no describió, por ejemplo, la operación concreta de las máquinas (e.g. que consistían en la introducción de dólares de Estados Unidos para activar el juego el hecho de que se jugaba para obtener puntos equivalentes a dinero, que permitían al jugador continuar jugando o que éste podía canjearse por dólares en efectivo), el tipo de juegos (e.g. *Eight Liner, Fantasy Five, Video Póquer*, etc.).

⁸ Anexos R-011, R-012, R-015 y R-016. Los manuales de operación fueron encontrados en las oficinas de EDM en Nuevo Laredo, en presencia del representante legal de la empresa, Carlos Gómez Álvarez Tostado (quien anteriormente había presentado un testimonio para la demandante). La demandada entregó al Sr. Gómez copia de los instructivos y demás documentos encontrados en los establecimientos de EDM.

⁹ Escrito de Contestación a la Demanda, apartado IV.

¹⁰ Escrito de Contestación a la Demanda, apartado VI.

¹¹ Véase anexo R-001 fotografía número 12. Véase también anexo R-011. La demandante presentó con su Escrito de Demanda un disco compacto con varias fotografías de las máquinas encendidas de EDM Matamoros. Anexo C-30. La demandada ha impreso tres de estas fotografías en las que se puede apreciar la pantalla con los “carretes” similares a los de una máquina tragamonedas tradicional. Anexo R-094. Para fines de comparación, la demandada adjunta los folletos de las máquinas tragamonedas con pantallas sensibles al tacto (*touch screens*) de un importante fabricante estadounidense de máquinas tragamonedas, *International Gaming Technology*. Anexo R-123. Si bien las máquinas de *International Gaming Technology* son más sofisticadas que las utilizadas por EDM, ambas requieren que el jugador interactúe con la máquina oprimiendo botones o tocando la pantalla, ya sea para detener las imágenes que aparecen en los carretes, o para jugar video póquer. *International Gaming Technology* presenta estas máquinas como máquinas de azar y apuesta, y en ningún momento se refiere a éstas como máquinas de “habilidad y destreza”.

16. Aunado a lo anterior, dos de los manuales de operación encontrados en los establecimientos de EDM son prácticamente iguales: uno de ellos tiene el nombre de SCI en la portada, pero las diferencias con un manual de Thunderbird (el “4205 game Board Series Instructions” de Thunderbird), encontrado también en el establecimiento de EDM, son meramente cosméticas, lo cual sugiere que SCI simplemente puso su nombre en la portada del instructivo de las máquinas fabricadas por Thunderbird¹².

17. Documentos adicionales que Thunderbird presentó en cumplimiento de la Orden de Procedimiento No. 5 comprueban la naturaleza de las máquinas. Por ejemplo, el 26 de mayo de 2000, Thunderbird firmó una carta intención con el “Grupo ONG”, que establece que las partes trabajarían de manera conjunta para establecer entidades en México que operarían “máquinas de destreza” (conocidas como “VLTs”), es decir, terminales de video lotería (“*video lottery terminals*”)¹³. Albert Atallah testifica que las máquinas que Thunderbird operaba en California eran “VLTs”¹⁴.

18. Thunderbird también trató el proyecto como uno consistente en establecer sitios para la operación de máquinas tragamonedas en México. Por ejemplo, Peter Watson dice a “Mauricio” (Girault) en un correo electrónico del día 8 de mayo de 2000:

Dear Mauricio,

*Jack called me on Saturday, May 6th, to tell me about a potential opportunity for gaming in Mexico. An acquaintance of Jack's, Mr. Ivy Ong has acquired, through an Amparo, the right to operate four slot machine operations in Mexico!*¹⁵

(Énfasis en el original)

19. De igual manera, los documentos recién presentados dejan claro que la base del Acuerdo de Inversión y Consultoría entre Juegos de México, Inc. (JDMI) y *A-1 Financiamiento* (la compañía de los señores Oien y Ong) del 22 de junio de 2000, consistía en compartir las “ganancias netas” generadas por la operación de dichas máquinas¹⁶. Incluso, el acuerdo establece que las partes

¹² Véase anexo R-011 y R-016.

¹³ Anexo R-096. Véase también el documento denominado “*Thunderbird Gaming Control Standards*”, anexo R-097.

¹⁴ Testimonio de Albert Atallah. Anexo C-V.

¹⁵ Anexo R-095.

¹⁶ “*Net Win*” fue definido como:

“Net Win” shall be defined as gross receipts from the operation of the Skill Video machines, less: (i) all amounts paid out to Skill Video Machine patrons in the form of winnings, and (ii) all existing and future enacted gaming taxes less (iii) a reserve for a change in progressives (if any) plus (iv) the amount of any progressive jackpot when it is discontinued without being paid out. Net Win shall be deposited into the respective MOC account daily. Not less than weekly, the Net Win account for each Skill Video Machines location shall be distributed as follows [between JDMI and A-1].

Revenue Share and Consulting Agreement between Juegos de México, Inc. and A-1 Financial International, Ltd., Artículo 6.2, 22 de junio de 2000. Anexo R-098.

trabajarían de manera conjunta para desarrollar un “casino”¹⁷. El concepto de “ganancia neta” es lógico únicamente si se toma en el contexto de una operación donde haya una remuneración o “ganancia” esperada¹⁸.

20. En Las Vegas, donde los juegos de azar con apuesta están permitidos y funcionan regularmente máquinas tragamonedas tradicionales, el estado de Nevada requiere que éstas paguen como premio por lo menos el 75% del dinero que reciben¹⁹. De acuerdo con información del año 2002, el porcentaje efectivo de pagos estuvo entre 86% y 93%²⁰. De acuerdo con los registros de EDM para el año 2000, las máquinas en Matamoros pagaban mensualmente un monto entre 65% y 73%²¹. En otras palabras, las probabilidades de ganar jugando en una máquina tragamonedas típica de Las Vegas eran mayores que las de ganar en una máquina de EDM.

21. La respuesta que la demandante ofrece sobre las irrefutables pruebas documentales y fotográficas exhibidas por México —la mayoría de las cuales fueron proporcionadas por la demandante misma— es que México no ha demostrado que los manuales de operación encontrados en los establecimientos de EDM eran de las máquinas que allí operaba la empresa²² y que tampoco ha demostrado que los juegos que tienen nombres idénticos funcionan de la misma manera²³.

22. Las pruebas objetivas —documentales y fotográficas— exhibidas por la demandada contrastan con las simples aseveraciones testimoniales carentes de soporte documental que ofrece la demandante en respuesta a los argumentos del gobierno de México, y deben llevar al Tribunal a concluir que las máquinas de EDM son similares, si no es que idénticas, a las que han sido objeto de diversos litigios en Estados Unidos y en los que se ha determinado que son máquinas de apuesta, y a las que la propia Thunderbird ha calificado como máquinas de azar y de apuesta.

¹⁷ Íd., artículo 7.6. Anexo R-098.

¹⁸ El llamado presupuesto “*Capital Equipment Budget*” para EDM-Nuevo Laredo incluye un departamento llamado “*Slots Department*”, mismo que incluye “*Slot Machines*” (máquinas tragamonedas) dentro de la lista de equipo, y el proyectado cuadro financiero consolidado, “*Consolidated Projected Cash Flows*” enumera “*Net Win net of Allocation and Gaming Taxes*”, calculado al restar la ganancia neta o “*Net Win*” de (i) “*Oien Group Allocation*”; (ii) “*IVA*”; y (iii) la cuota para las máquinas tragamonedas o “*Device Fee – Slot Machines*”. Anexo R-099, pp. 3 y 20.

¹⁹ *Regulations of the Nevada Gaming Commission and State Gaming Control Board* § 14.040. Anexo R-100.

²⁰ Simpson, Jeff, *Turning ‘em Loose: Slot Payout Rankings Deal Casinos New Marketing Card*, en *Las Vegas Review Journal*, 19 de mayo de 2002, disponible en www.reviewjournal.com/lvrj_home/2002/may-19-Sun-2002/business/18686053.html (consultada el 12 de marzo 2004). Anexo R-101.

²¹ Anexo C-28.

²² Escrito de Réplica, p. 35: “*The argument is based upon the same faulty premise addressed above —that machines described in old Thunderbird manuals are the same machines operated at the EDM facilities. There is no evidence supporting that premise.*”

²³ Íd., p. 33: “*There is no evidence offered to support the assertion that the “eight-liner” game addressed in the Texas cases operated the same as, or even in a fashion similar to, the eight-line games operated at the EDM facilities*”.

23. Las pruebas ofrecidas son pertinentes a las cuestiones de (i) si puede considerarse como un acto arbitrario en el plano internacional que la SEGOB haya determinado que las máquinas que EDM operaba son juegos prohibidos por la normatividad mexicana, al concluir, tras un procedimiento administrativo específicamente regulado y sujeto al control judicial, que se trata de juegos de azar y de apuesta; y, (ii) si Thunderbird podía tener una expectativa razonable de que la SEGOB no consideraría que las máquinas que EDM operaba no eran de juegos prohibidos, siendo que al presentar EDM la solicitud del 3 de agosto de 2000 a la SEGOB omitió proporcionar una descripción detallada de las operaciones de los establecimientos, del funcionamiento de las máquinas —no exhibiendo para ello, por ejemplo, los manuales de operación o incluso ofreciendo una demostración de las máquinas—, de la forma de obtener ganancias, o de las supuestas diferencias con las operaciones de establecimientos con máquinas tragamonedas típicas, particularmente cuando sabía que la operación en México de “máquinas de habilidad y destreza sustancialmente similares, si no es que idénticas”²⁴ había dado lugar a “un altercado legal significativo”²⁵ con la SEGOB.

2. Origen de las máquinas: usadas o fabricadas para EDM

24. El siguiente es un extracto del testimonio del 2 de febrero de 2004 de Kevin McDonald que Thunderbird presentó en este procedimiento:

*The games that were sold to the EDM operations either by SCI, Bestco or Summit were all games that were created for the Mexico market following Thunderbird's submittal of its petition to Gobernacion and Gobernacion's August 15, 2000 reply.*²⁶

[Énfasis propio]

Esta afirmación del Sr. McDonald debe compararse con lo que EDM manifestó a la SEGOB en su solicitud del 3 de agosto de 2000:

*Las máquinas de video para juegos de habilidad y destreza que operamos actualmente en el local mencionado en este escrito, son marcas Bestco, modelo MTL19U-8L y S.C.I., modelo 17”UR; pero es intención de mi mandante colocar alrededor de 2,000 (dos mil) máquinas más en algunos otros locales de la República con idéntico funcionamiento y naturaleza de la mecánica descrita en el punto inmediato anterior.*²⁷

²⁴ Escrito de Demanda, p. 53: “There is no doubt that Guardia is operating skill machines substantially similar, if not identical to, the machines operated by the now-closed Thunderbird EDM enterprises...”

²⁵ Íd., p. 4.

²⁶ Testimonio de Kevin McDonald. Anexo C-HH.

²⁷ “The video game machines for games of skill and ability which we operate, at this present time at the place indicated above on this writings, are trademark Bestco, model MTL19U-8L and S.C.I. model 17”UR; and the entity I represent is trying to place about 2,000 (two thousand) more machines at other locations in the Republic of Mexico and these machines are of the same identical mechanical nature and functioning as those described in point 3, above”.

En el punto tercero de su solicitud EDM declara:

[Énfasis propio]

La afirmación del Sr. McDonald también contrasta con los comentarios de Mauricio Girault Esteva (inversionista de EDM) a Jack Mitchell el 5 de octubre de 2001, sobre las operaciones de “la competencia” en Matamoros:

*The machines are identical as ours (Steve told me they are surplus from Carolina, given very cheap to Don Bradley).*²⁸

[Énfasis propio]

Contrasta igualmente con una declaración del Sr. Mitchell ante inversionistas de Thunderbird después de las clausuras realizadas por la SEGOB:

*The Company also wrote off \$209,000 in gaming equipment that was intended to be refurbished for the Mexican market.*²⁹

25. Las pruebas contemporáneas contradicen las afirmaciones hechas por el Sr. McDonald recientemente para efectos de este procedimiento. La demandada sostiene que el Tribunal debe conceder pleno valor probatorio a esas pruebas contemporáneas.

3. La resolución administrativa de la SEGOB

26. La demandante insiste en ignorar el análisis efectuado por la SEGOB en la resolución administrativa mediante la cual determinó la ilegalidad de los juegos operados por EDM. Se centra en una serie de testimonios preparados recientemente para ser utilizados en este procedimiento, que se refieren a supuestas irregularidades cometidas en el procedimiento administrativo, en particular en la audiencia administrativa celebrada en julio de 2001³⁰. Es bien sabido que el mejor medio de prueba relativo a un procedimiento judicial o administrativo es el expediente de ese procedimiento, así como la resolución de la autoridad³¹.

27. En este caso, existe el expediente del procedimiento administrativo y la resolución emitida el 10 de octubre por la SEGOB, que contiene su análisis y conclusiones —incluida una explicación en detalle de cómo valoró las pruebas presentadas en la audiencia administrativa y las consideraciones jurídicas en las que fundamenta su decisión.

“En estos video juegos no interviene ni el azar ni la apuesta, sino la destreza y habilidad del operador quien tiene que buscar alinear diversos símbolos en la pantalla de juego a través de tocar la misma u oprimir botones con objeto de detener el símbolo deseado respecto de los distintos de ellos que giran de manera secuencial...”. (“*In these games, chance and wagering or betting is not involved, but the skills and abilities of the user who has to align different symbols on the machines screen by touching the screen or pushing buttons in order to stop the wanted from several other symbols which spin in a sequential manner ...*”) (énfasis propio). Anexo C-17.

²⁸ Anexo R-102. Véase Escrito de Contestación a la Demanda, p. 38, en la que se cita a Thunderbird al referirse que se retiraba de sus negocios en Carolina del Sur debido a la posibilidad de ser sujeto a una acción de ejecución.

²⁹ Anexo R-057.

³⁰ Escrito de Réplica, pp. 14 y 15.

³¹ Sandifer, *op. cit.* pp. 202-209.

28. Por ejemplo, en este procedimiento la demandante alega que la SEGOB ignoró el testimonio de Kevin McDonald sólo porque no fue debidamente notariado, así como el dictamen de un “perito”, *Netcomm Systems & Communications*, únicamente por ser ésta una compañía privada³². Sin embargo, omite referir al Tribunal de la detallada valoración que la SEGOB hizo de estas dos pruebas:

Con independencia de lo anterior, existe un elemento adicional que resta cualquier valor probatorio a dichas documentales, como lo es el hecho de que no sólo guardan similitud en su contenido, sino más bien una identidad plena en los términos empleados, situación que genera sospecha y que deriva en su desechamiento.

Para corroborar lo anterior, basta remitirse a lo que dicen, en lo individual, cada uno de esos documentos:

<p>Peritaje a solicitud de la Procuraduría General de la República, elaborado por personal de una empresa privada denominada NetComm, Sistemas y Telecomunicaciones.</p>	<p>Declaración del señor Kevin McDonald, presidente de <i>Support Consultant, Inc.</i>, fabricante de, entre otras, máquinas de habilidad y destreza.</p>
<p>“Estas máquinas tienen (sic) las siguiente (sic) partes duras/electrónicas o hardware: caja-armario, monitor, vidrio, tablero de botones, logic board (tarjeta o tablero lógica), cableado, impresora, alimentación eléctrica, y componentes misceláneos. El usuario interviene en la acción de las máquinas mediante el uso de los botones localizados en el panel de la máquina. El toque de los botones envía señales al tablero de lógica que está en total punto muerto, es decir, inactivo, hasta que el usuario inicia el proceso y envía señales al tablero de lógica. El usuario toca el primer botón deja de estar inactiva. El usuario tiene entre 3 y 5 botones, dependiendo en el juego, para comunicarse con la máquina por medio del logic board (tarjeta o tablero lógica); y esta comunicación será determinante en los resultados del juego. La funcionalidad del juego depende en las ordenes del usuario, puesto que la logic board (tarjeta o tablero lógica) es esclavo del usuario.</p>	<p>“SCI produce, distribuye y da servicio a varias máquinas de destreza. Estas máquinas tienen las siguientes partes duras o hardware: caja-armario, monitor, vidrio, tablero de botones, tablero electrónico logic board, cableado, impresora, aceptador de billetes, alimentación eléctrica, y componentes misceláneos que se describen mejor en la Lista de Componentes. El usuario interviene en la acción de la máquina mediante el uso de los botones localizados en el panel de la máquina. El toque de los botones envía señales al tablero de lógica que está en total punto muerto, es decir, inactivo, hasta que el usuario inicia el proceso y envía señales al tablero de lógica. El jugador toca el primer botón deja de estar inactiva. El usuario tiene entre 3 y 5 botones, dependiendo en el juego, para comunicarse con la máquina por medio del logic board; y esta comunicación será determinante en los resultados del juego. La funcionalidad del juego</p>

³² Escrito de Réplica, p. 7 nota al pie de página No. 5 (“*That [Netcomm] report, obtained by an agency of the Mexican government itself, was summarily rejected as evidence*”), así como el Escrito de Demanda, p. 93.

<p>Cuando el usuario presiona un botón para imprimir el ticket que indica el premio o incentivo, la interacción del usuario y la máquina termina.”</p>	<p>depende en las ordenes del usuario, puesto que el tablero lógica, o logic board, es esclavo del usuario. Cuando el usuario presiona un botón para imprimir el ticket que indica el premio o incentivo, la interacción del usuario y la máquina termina.”</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Según se advierte de lo transcrito, no sólo los textos vertidos por unos y otro son idénticos, sino que también existió la clara intención de perfeccionarlos, pues mientras en el documento traducido se habla en reiteradas ocasiones de la figura del “jugador”, en el Peritaje sólo se cambió dicha palabra por la de “usuario”. Salvo esta cuestión de forma, el fondo es idéntico.

Por ello, procede desestimar tales escritos, apoyándose esta determinación en la Tesis de Jurisprudencia VI.1.J/26, contenida en la página 668 del Semanario Judicial de la Federación, Tomo VI, Segunda Parte-2, julio a diciembre de 1989, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, en la que se afirma:

“TESTIGOS SOSPECHOSOS. LO SON CUANDO EMPLEAN IDÉNTICOS TERMINOS. Si en sus declaraciones los testigos usan casi los mismos términos, engendran sospecha fundada de que han sido testigos preparados; y si bien es verdad que los testimonios deben ser uniformes, esto se refiere a la sustancia y a los accidentes de los hechos sobre que declaran, mas no a los términos empleados en las declaraciones.”

También cobra aplicación la Tesis de Jurisprudencia 1073, que aparece publicada en la página 742 del Apéndice de 1995, Tomo VI, Parte TCC, Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, que reza:

“TESTIGOS SOSPECHOSOS. LO SON CUANDO EMPLEAN TERMINOS IDÉNTICOS. Si en sus declaraciones los testigos usan casi los mismos términos, engendran sospecha fundada de que han sido testigos preparados; y si bien es verdad que los testimonios deben ser uniformes, esto se refiere a la sustancia y a los accidentes de los hechos sobre que declaran, mas no a los términos empleados en las declaraciones.”

Por último, apoya lo considerado por esta autoridad, la Tesis que obra a fojas 548 del Semanario Judicial de la Federación, Tomo IV, Segunda Parte-1, julio a diciembre de 1989, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, en la que se sostiene:

“TESTIMONIOS PREPARADOS, SI UTILIZAN TERMINOS CASI IDÉNTICOS Y ESTAN CONTRADICHOS POR OTRAS PRUEBAS. Las declaraciones de quienes atestigüen en un proceso penal deben valorarse por el órgano jurisdiccional atendiendo a las reglas contenidas en el código adjetivo de la materia, en tal virtud, si se encuentran en contradicción con otros medios de prueba recabados durante la instrucción y además los testigos utilizaron términos casi idénticos, ello es suficiente para considerar como preparados sus testimonios; consecuentemente, no pueden tener ningún valor probatorio.”

DUODÉCIMO : Concluida la desestimación de los documentos relacionados en los puntos considerativos anteriores, procede el análisis de las demás documentales

allegadas por al persona moral a quien se instrumenta el presente procedimiento administrativo.

29. La demandada invita al Tribunal a leer la resolución administrativa del 10 de octubre de 2001, que forma parte de los documentos presentados en este procedimiento arbitral³³. En opinión de la demandada, la resolución administrativa habla por sí misma.

30. La demandante también minimiza el hecho de que la conducción del procedimiento administrativo y la resolución de la SEGOB estaban sujetos al control judicial ante los tribunales federales y que, de hecho, interpuso los recursos legales que tenía disponibles, concretamente, instauró un juicio de nulidad en contra de la resolución de la SEGOB, el cual perdió, posteriormente recurrió y al final se desistió.

4. La afirmación de que Thunderbird procedió con base en la certidumbre ofrecida por el oficio de la SEGOB del 15 de agosto de 2000

31. La demandante admite en su Escrito de Demanda que antes del 15 de agosto de 2000, EDM había: (i) abierto cuentas bancarias; (ii) obtenido permisos locales, por ejemplo, de uso de suelo; y (iii) importado las máquinas³⁴. De hecho, en su solicitud del 3 de agosto de 2000, EDM manifestó a la SEGOB: “Las máquinas de video para juegos de habilidad y destreza que operamos actualmente en el local mencionado en este escrito...” (énfasis propio)³⁵. Sin embargo, la demandante ahora señala en el Escrito de Réplica que es falso que EDM Matamoros ya estuviera operando antes de haber obtenido la opinión de la SEGOB del 15 de agosto de 2000³⁶. Las afirmaciones de la demandante y los documentos elaborados por EDM —exhibidos por la demandante como prueba— contradicen los argumentos que ahora hace en su Escrito de Réplica de que procedió con la inversión con base en una convicción razonable que se desprende del oficio del 15 de agosto de 2000 de la SEGOB.

32. Thunderbird dedica cuatro páginas de su Escrito de Réplica a la cuestión de la “convicción razonable” (“*reasonable reliance*”) sobre el oficio de la SEGOB del 15 de agosto de 2000³⁷. Es evidente que el oficio de la SEGOB es una respuesta a la solicitud hecha por Juan José Menéndez Tlacatelpa, el anterior dueño de EDM. Juegos de México, Inc. adquirió las acciones de EDM el 10 de agosto de 2000, después de que la solicitud había sido presentada. Aún suponiendo que Thunderbird adquirió EDM posteriormente —lo cual la demandada no concede— no puede decirse que Thunderbird procedió con base en la certidumbre razonable que el oficio de la SEGOB ofrece, siendo que el oficio no fue dirigido a Thunderbird ni a una subsidiaria o cualquier persona que estuviera relacionada con Thunderbird en ese momento³⁸.

³³ Anexo R-093 (que también contiene la traducción al inglés hecha por la demandante de dicha resolución).

³⁴ Escrito de Demanda, p. 7. México lo cita en el Escrito de Contestación a la Demanda, p. 50.

³⁵ Anexo C-17.

³⁶ Escrito de Réplica, p. 18.

³⁷ Escrito de Réplica, pp. 36-39.

³⁸ El oficio de la SEGOB está dirigido a Juan José Menéndez Tlacatelpa.

5. Las declaraciones de Thunderbird a sus inversionistas

33. Las acciones de la demandante y de EDM con posterioridad a la emisión del oficio de la SEGOB también contradicen el argumento de que procedió a invertir con base en la certidumbre que el oficio ofreció. El oficio señala que en la “Ley Federal de Juegos y Sorteos se establecen con puntualidad diversas disposiciones que con todo rigor prohíben en todo el territorio nacional los juegos de azar y los juegos con apuesta” y que “la ley es contundente al prevenir que ‘no podrá establecerse ninguna casa o lugar abierto o cerrado en que se practiquen juegos con apuesta o sorteos de ninguna clase sin permiso de la SEGOB’”. Previene con toda claridad a EDM “para que en las máquinas que opere no intervengan los ingredientes del azar y la apuesta”³⁹ (énfasis propio en todos los casos). En contraste con ello, el acuerdo de suscripción de EDM-Matamoros del 20 de junio de 2001 declara:

*Currently, “slot machines” are not permitted in Mexico primarily because they are viewed as gaming and betting machines which are games of chance requiring no skill. If the game requires some degree of skill by the user, generally it will not be deemed a prohibited slot machine in Mexico. Through the Franchise Agreement with EDM, the Company will operate video game “skill machines” which require some degree of the user’s ability and skillfulness to obtain a prize*⁴⁰.

[Énfasis propio]

34. Es evidente que la descripción de la ley contenida en el acuerdo de suscripción es incongruente con la de la SEGOB. En contraste con el texto de la ley y la opinión de la SEGOB de que ésta prohíbe “con todo rigor” y en forma “contundente” los juegos de azar y los juegos con apuesta y, más todavía, la advertencia expresa “para que no intervengan los ingredientes del azar y la apuesta”, el acuerdo de suscripción manifiesta que “si el juego requiere algún nivel de habilidad del usuario, generalmente no se considerarán máquinas tragamonedas prohibidas”. Es más, el acuerdo de suscripción también sugiere que los juegos que involucren cualquier grado de habilidad quedan exentos de la prohibición del elemento de apuesta, lo cual también contradice la opinión de la SEGOB.

35. Esta caracterización de la legislación mexicana no es simplemente un error de la demandante. El Sr. Atallah declaró:

*As a part of Thunderbird’s due diligence into the potential skill game operations in Mexico, I became familiar with Mexico’s gaming laws. My understanding was and still is that the law of Mexico permits an entertainment and gaming activity in which the player has some interaction with the machine, and can affect the outcome or the result of the play, i.e., a skill game.*⁴¹

Sin embargo, aún si pudiese caber el “entendimiento” de que la ley permite juegos con “algún nivel de habilidad” o en el que “el jugador tiene alguna interacción con la máquina” —lo cual no se concede— EDM simplemente ignoró que la ley también prohíbe con el mismo rigor el juego con apuesta.

³⁹ Anexo C-18.

⁴⁰ Anexo C-28, sección 3(b)(viii).

⁴¹ Anexo C-E, ¶ 13.

36. Es obvio que Thunderbird presentó una caracterización errónea de la Ley de Juegos y Sorteos y del oficio de la SEGOB para convencer a terceros de invertir en EDM. Por lo cual no es posible atribuir al gobierno de México responsabilidad alguna al respecto.

6. Las pruebas de que Thunderbird procedió con base en la asesoría de los señores Oien, Ong, Aspe y Arroyo.

37. Las pruebas demuestran que Thunderbird realmente procedió con su proyecto de inversión con base en la asesoría de sus socios: los señores Oien y Ong (de *A-1 Financial*) y los señores Aspe y Arroyo. En la sección VI.B del Escrito de Contestación a la Demanda, México analizó las declaraciones de Thunderbird en las que afirma que se basó en la orientación de los señores Oien y Ong para realizar la inversión. En documentos presentados ante una corte de Estados Unidos, así como en una declaración provista de conformidad con el *Ontario Securities Act*, la demandante acusó a A-1 Financial (y por consiguiente a los señores Ong y Oien) de hacer declaraciones que indujeron a “*Thunderbird and its investor group [to invest] well over \$6,000,000 in cash and \$2,000,000 in capital equipment*” y a abrir tres establecimientos en México. Thunderbird también declaró su intención de presentar una contrademanda para recuperar de las cantidades pagadas a A-1 y por daños relacionados por fraude y falsas declaraciones entre otras cosas⁴². En el Escrito de Réplica, la demandante se retracta, y califica los argumentos de México como meras “posiciones irreflexivas” (“*posturing’ statements*”)⁴³. La demandante se opuso a las solicitudes de documentos relativos a estos alegatos presentados por la demandada, argumentando que eran irrelevantes a los hechos de este caso⁴⁴. Los documentos que finalmente se ofrecieron han dejado claro que la relación entre Thunderbird y los señores Ong y Oien es muy relevante ya que desacredita el argumento que presenta la demandante en este procedimiento relativo a que Thunderbird se basó en garantías de la SEGOB para invertir en México⁴⁵.

38. Por ejemplo, el 26 de mayo de 2000, Thunderbird y los Sres. Oien y Ong (referidos como “*ONG Group*”) suscribieron una carta de intención para colaborar en el establecimiento de salones de juegos en México. La responsabilidad principal de Thunderbird era (i) constituir sociedades mexicanas (referidas como “*MOCs*”) para operar máquinas “de habilidad y destreza” (a las que la carta de intención alude como “*commonly know as VLT’s*”); y (ii) proveer las “*VLTs*” para los establecimientos hasta el año 2000. Los Sres. Oien y Ong se comprometían a proporcionar la siguiente asesoría:

⁴² Anexo R-019 y R-120, pp. 16-17. La Sección 122(1) del *Ontario Securities Act*, R.S.O. 1990 C-S5, estipula que la elaboración de cualquier reporte u otro documento requerido o provisto de conformidad con la ley de valores de Ontario que, al tiempo y a la luz de las circunstancias bajo las cuales se elaboró, sea engañoso o falso, o no declare un hecho requerido o necesario para hacer que el documento no sea engañoso, es una ofensa que puede ser castigada con una multa de hasta \$5 millones y/o hasta 5 años de prisión menos un día.

⁴³ Escrito de Réplica, p. 40.

⁴⁴ Comunicación de James D. Crosby a la demandada de fecha 22 de septiembre de 2003. Véase también la comunicación de James D. Crosby al Tribunal de fecha 5 de diciembre de 2003.

⁴⁵ Anexo R-127.

3. *Obligations of ONG Group.* The ONG Group shall be responsible for the following services to promote the business of the MOCs:

- (a) *consultation concerning the implementation and management of legal matters;*
- (b) *consultation concerning obtaining all necessary federal, state and local permits and authorizations;*
- (c) *consultation concerning locations, leases, and other local matters;*
- (d) *consultation concerning the political affairs applicable to the contemplated business; and*
- (e) *consultation concerning the type and specifications applicable to the permitted games.*⁴⁶

[Énfasis propio]

39. El 22 de junio de 2000, Juegos de México, Inc. y *A-1 Financial International, Ltd.*, una empresa de los Sres. Oien y Ong, suscribieron un contrato de participación en las utilidades y asesoría (“*Revenue Share and Consulting Agreement*”). Al igual que en la carta de intención, el acuerdo estipula que Juegos de México se obligaba a constituir compañías mexicanas para que operaran los establecimientos y proveer “máquinas de video de habilidad y destreza” (“*Supply of SKILL VIDEO Machines*”)⁴⁷. El acuerdo dispone:

*A-1 FINANCIAL intends to pursue all permits and licensing requirements so as to authorize the operation of Skill Video Machines in various MEXICO Municipalities and seek approval for such operation in accordance with MEXICO Law. A-1 FINANCIAL has the necessary knowledge and experience to monitor and control the licensing and approvals to enable JDMI to operate such Skill Video Machines in MEXICO. A-1 FINANCIAL will provide JDMI with all necessary government authorization to operate Skill Video Machines in Facilities throughout MEXICO.*⁴⁸

[Énfasis propio]

40. Las principales responsabilidades de *A-1 Financial* eran:

3.1 Permits and Licensing. A-1 FINANCIAL shall provide JDMI with all the necessary permits and licensing to enable Skill Video Machines to operate in the Skill Game Facilities in the country of MEXICO. Such permitting and licensing shall be specific to each governmental entity with applicable jurisdiction including local, state and federal governments [procede entonces a reiterar las obligaciones contenidas en la carta de intención].

⁴⁶ Anexo R-096. ¶¶ 1-3

⁴⁷ Anexo 103 que contiene un diagrama sobre la transacción de Thunderbird con A-1 Financial. Véase también el Anexo R-098, artículos 1.3 y 4.1, 22 de junio de 2000.

⁴⁸ Anexo R-098, artículo 1.2.

3.2 Lawful Operation. A-1 FINANCIAL shall supervise, monitor, consult with any and all governmental agencies and personnel and otherwise keep JDMI fully informed on obtaining and maintaining all licenses and permits necessary to operate the Skill Video Machines. A-1 FINANCIAL shall keep JDMI informed of all relevant laws and market developments to continue the operation of Skill Video Machines placed hereunder. To the extent available, A-1 FINANCIAL shall assist JDMI in obtaining and maintaining all necessary permits and licenses required to permit the lawful operation of the Skill Video Machines at each Skill Video Machine Site. As necessary, A-1 FINANCIAL shall provide JDMI with written instructions in connection with importation, installation, and operation of the Skill Video Machines. Notwithstanding any provision of this Agreement to the contrary, in the event JDMI is clearly prohibited by operation of law from using the Skill Video Machines in MEXICO, this Agreement shall terminate as to such Skill Video Machines and neither party shall have any further obligations to the other under this Agreement. If particular Skill Video Machines are rendered unlawful in specific Skill Game Facilities, then such Skill Video Machines shall be removed and not be subject to this Agreement. Upon mutual agreement the parties may contest the unlawful determination, and, if successful, re-deploy the Skill Video Machines in an approved location.⁴⁹

[Énfasis propio]

41. Los documentos demuestran que la demandante procedió con base en la convicción de que los Sres. Oien y Ong se encargarían de obtener los permisos, autorizaciones y licencias necesarias, y se avocó a realizar las acciones necesarias para efectuar la inversión por lo menos seis semanas antes de que la SEGOB emitiera el oficio del 15 de agosto.

42. Un anexo al contrato del 22 de junio del 2000, establece que “JDMI shall acquire 100% of the shares/interest in Entertainmens de Mexico SRL, which operates that certain business commonly known as the Matamoros Operation from its existing owners”. También prevé: “[o]nce JDMI acquires 100% of the shares/interest in the SRL, all provisions contained in the Agreement shall apply equally to the Matamoros Operation as if specifically set forth herein at length”⁵⁰. Las pruebas demuestran que JDMI adquirió EDM el 10 de agosto de 2000 –antes de recibir la comunicación de la SEGOB⁵¹. De tal manera, aun si pudiera considerarse que Thunderbird era la propietaria de JDMI, no podría haber sido el oficio de la SEGOB del 15 de agosto la razón por la que Thunderbird adquirió EDM.

43. Los Sres. Aspe y Arroyo no eran abogados de la demandante (según ésta afirmó), sino de los Sres. Oien y Ong⁵².

⁴⁹ *A-1 Financiam* también era responsable de cubrir ciertos impuestos (que no se especifican) y por conseguir los sitios para los establecimientos. Íd., artículos 3.1-3.4.

⁵⁰ Íd., *Addendum* “A”.

⁵¹ Anexo R-036 y Anexo R-124.

⁵² La demandante objetó la solicitud de la demandada del 29 de agosto de 2003 relativa a las comunicaciones entre Thunderbird y los Sres. Aspe y Arroyo con el argumento de que se trataba de documentos entre un abogado y su cliente, protegidos por el secreto profesional (“*privileged attorney-client communications and/or privileged attorney work product*”). Carta de James Crosby a Hugo Perezcano, 22 de septiembre de 2003, p. 9. Sin embargo,

44. En el Escrito de Réplica, la demandante argumenta que México no ha demostrado que la actuación de los Sres. Aspe y Arroyo haya sido indebida, y señala que simplemente fueron remunerados por “su trabajo para asegurar la obtención del oficio de la SEGOB del 15 de agosto de 2000”⁵³. La carta de Peter Watson a los señores Aspe y Arroyo, a la que la demandada se refiere en su Escrito de Contestación a la Demanda⁵⁴, tiene fecha de 10 de agosto de 2000, una semana después de que EDM presentara la solicitud a la SEGOB. Es notable que la carta señala que Thunderbird pagaría a los señores Aspe y Arroyo 300,000 dólares estadounidenses para obtener un oficio de la SEGOB que confirmara que “no hay oposición o limitación para operar nuestro negocio de máquinas de habilidad”, pero acordó pagarles más de un millón de dólares si este oficio se emitía exclusivamente en beneficio de Thunderbird.⁵⁵ La demandante ha proporcionado un documento firmado de fecha 15 de agosto de 2000 de Thunderbird a los Sres. Aspe y Arroyo, que señala:

*In accordance with our understanding, the official letter shall be granted exclusively in favor of ITG and/or its subsidiaries in Mexico and shall not be granted to any person or legal entity competing in the same field of business.*⁵⁶

45. La emisión de una autorización como la que EDM pretendía obtener (en efecto, una autorización para establecer un monopolio) se relaciona con la legalidad o ilegalidad de los juegos en cuestión. Si la actividad fuera legal, cualquier persona que cumpliera con los requisitos y realizara los trámites correspondientes podría obtenerla. Si, como es el caso, la actividad es ilegal, entonces ninguna persona puede obtener la autorización, mucho menos una exclusividad como Thunderbird pretendía. En tales circunstancias, México no entiende por qué Thunderbird ofreció pagar una cuota de éxito a los Sres. Aspe y Arroyo por la obtención de una autorización para una actividad prohibida por la ley (como tampoco tendría sentido pagar la cuota de éxito por obtener una autorización para una actividad permitida, que requiere una mera gestión). Este acuerdo suscita dudas de la buena fe de los contratantes, incluso si los juegos en cuestión fuesen legales.

46. El Tribunal apreciará que ni los Sres. Oien y Ong, ni los Sres. Aspe y Arroyo (por sí o a través del “Grupo ONG”, *A-1 Financiam* o de cualquier otra forma) obtuvieron un permiso o autorización de la SEGOB para operar máquinas de “habilidad y destreza”. En repetidas

los documentos proporcionados por Thunderbird en cumplimiento de la Orden de Procedimiento No. 5 demuestran que los Sres. Aspe y Arroyo eran abogados del Sr. Ong, no de Thunderbird. En un correo electrónico del 8 de mayo de 2000, Peter Watson comenta a Mauricio Girault: “*I have left a call for Julio Aspe, and Oscar Arroyo, the attorneys for Mr. Ong... in order to provide them to Luis Ruiz Velasco*” (el abogado de Thunderbird). Anexo R-095. En un fax del 11 de mayo de 2000, Mauricio Girault comenta a Jack Mitchell: “*I called Lic. Julio Aspe (lawyer of ivy ong)...*”. Anexo R-105. El Tribunal advertirá que la demandante se negó a proporcionar a la demandada esos documentos durante más de seis meses, alegando una razón de confidencialidad inexistente.

⁵³ Escrito de Réplica, p. 40.

⁵⁴ Escrito de Contestación a la Demanda, p. 41. Anexo R-027.

⁵⁵ “*It is our mutual understanding that the above-mentioned letter will be granted exclusively for the benefit of Thunderbird and/or its subsidiaries or designees in Mexico, and that no other such permission would be granted to other potential competing parties.*” Thunderbird ofreció pagar 1,000 dólares por cada una de las 700 máquinas. Anexo R-027.

⁵⁶ Anexo R-106. Thunderbird proporcionó copia de un comprobante de una transferencia electrónica de fondos de Thunderbird Greeley, Inc. a Consultoría Internacional Casa de Cambio, S.A. de C.V., por 300,000.00 dólares, realizada el 16 de agosto de 2000, pagados a Rafael Ramos Velasco como beneficiario. Anexo R-107.

ocasiones la demandada ha señalado que el oficio de la SEGOB del 15 de agosto de 2000 no puede ser considerado una autorización de cualquier clase⁵⁷. Es evidente de que los Sres. Oien y Ong no cumplieron su parte del acuerdo y las partes decidieron darlo por terminado⁵⁸. La demandante proporcionó una carta fechada el 16 de enero de 2001 (tres meses después de la clausura de los establecimientos) de Thunderbird a *A-1 Finacial* que señala:

*As we have already tried to make clear, this venture is far different, far more complex, and far more difficult than what A-1 represented it to be.*⁵⁹

47. En su Escrito de Contestación a la Demanda, la demandada explica con detalle que los documentos proporcionados por la demandante demuestran que ésta procedió con la inversión con base en las seguridades otorgadas por los Sres. Oien y Ong y no en el oficio de la SEGOB. En efecto, el contrato de participación en las utilidades y asesoría entre Thunderbird y *A-1 Finacial* señala:

JDMI and A-1 FINANCIAL warrant that these Recitals are a material part of this Agreement and are true and correct. Both parties relied upon the recitals in entering into this Agreement.

...

1.2 Knowledge and experience. A-1 FINANCIAL is a limited partnership under the Texas law and wishes to participate in a Revenue Share and Consulting Agreement with JDMI to operate Skill Video Machines facilities in the MEXICO Market and is authorized to execute agreements on behalf of the partnership in accordance with Texas law. A-1 FINANCIAL intends to pursue all permits and licensing requirements so as to authorize the operation of Skill Video Machines in various Mexico Municipalities and seek approval for such operation in accordance with Mexico Law. A-1 FINANCIAL has the necessary knowledge and experience to monitor and control the licensing and approvals to enable JDMI to operate such Skill Video Machines in Mexico. A-1 FINANCIAL will provide JDMI with all necessary government authorization to operate Skill Video Machines in Facilities throughout MEXICO.

...

2.1 Permits and Licensing. A-1 FINANCIAL shall provide JDMI with all the necessary permits and licensing to enable Skill Video Machines to operate in the Skill Game facilities in the country of MEXICO. Such permitting and licensing shall be specific to each governmental entity with applicable jurisdiction including local, state and federal governments. A-1 FINANCIAL shall be responsible for the following services to promote the business of teh MOCs:

⁵⁷ Thunderbird tampoco pretende que lo sea. Escrito de Demanda, p. 41: “*Claimant has never asserted that it obtained a government permit or specific formal authorization to operate with the August 15, 2002 [sic] letter.*”

⁵⁸ Cf. el *Revenue Sharing and Consultation Agreement*. Anexo R-098. Carta de Albert Atallah a A-1 Finacial, 21 de diciembre de 2000 (“*A-1 Finacial and its principals are no longer authorized to represent International Thunderbird Gaming Corporation, its affiliates and subsidiaries (including Entertainmens de Mexico) with respect to the Mexico Skill Game Operation. Furthermore, as stated in our discussions, Thunderbird does not believe that A-1 Finacial met its obligations as contemplated by the original agreement.*” Anexo R-108.

⁵⁹ Anexo R-109.

- (a) *the implementation and management of legal matters relating to the Skill Video Machines;*
- (b) *obtaining all necessary federal, state and local permits and authorizations;*
- (c) *selecting locations and negotiations of leases;*
- (d) *advising of the political affairs applicable to the contemplated business; and*
- (e) *advising on the type and specifications applicable to permitted games.*⁶⁰

7. Las razones por las cuales EDM se desistió de los juicios instaurados ante tribunales mexicanos

48. En el Escrito de Contestación a la Demanda, México se refiere con detalle a los juicios instaurados por EDM en contra de la resolución administrativa de la SEGOB y la clausura de los establecimientos:

- Nuevo Laredo. EDM interpuso simultáneamente juicio de amparo (ante un juez de distrito) y juicio de nulidad (ante el Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa) en contra de los mismos actos, aduciendo las mismas violaciones. Ambos fueron sobreesidos. Contra la sentencia del juez de distrito, EDM interpuso recurso de revisión (en efecto, una apelación). El tribunal colegiado (*i.e.* tribunal de apelación) resolvió en contra de EDM. Su sentencia es definitiva; no procede recurso ulterior. Contra la sentencia del juicio de nulidad instauró un juicio de amparo, pero luego se desistió⁶¹.
- Reynosa. Antes de que existiera una clausura por parte de la SEGOB, EDM instauró dos juicios de amparo de los que posteriormente se desistió. Contra el acto de clausura, recurrió nuevamente al amparo pero posteriormente se desistió, motivo por el cual el juicio fue sobreesido.⁶²
- Matamoros. EDM interpuso un juicio de amparo contra el acto de clausura del cual seguidamente se desistió, motivo por el cual el juicio fue sobreesido⁶³.

49. En el Escrito de Réplica, la demandante intenta justificar la decisión de EDM de desistirse argumentando que continuar con los juicios habría sido un “ejercicio inútil”⁶⁴. Alega:

Thunderbird did not lightly abandon any local avenues of judicial redress. The decision to direct the EDM’s to cease court actions was based on a careful analysis of the relevant legal and political factors known to it at that time. These factors are addressed in the declaration of Javier Navarro submitted with this SoR.

⁶⁰ Anexo R-098.

⁶¹ Escrito de Contestación a la Demanda VI.C.1.

⁶² Anexo R-130

⁶³ Escrito de Contestación a la Demanda VI.C.2.

⁶⁴ Escrito de Réplica, p. 48.

*They included an evaluation of the likelihood of success, given evidence that the process was not being conducted fairly; and they included the decision to choose remedies available under the NAFTA instead of those available under domestic law.*⁶⁵

50. Sin embargo, en su testimonio el Sr. Navarro se refiere a las supuestas irregularidades cometidas por la SEGOB en los actos de clausura, contra las cuales interpuso sendos juicios. Los tribunales resolvieron en contra de EDM en todos los casos. Contrario a la afirmación de la demandante, el Sr. Navarro no declara que los tribunales hayan tratado injustamente a EDM o que haya habido irregularidades de cualquier tipo en los procedimientos judiciales. No hay pruebas de inequidad o injusticia alguna en los procedimientos judiciales.

51. Las “supuestas irregularidades y violaciones” a las que el Sr. Navarro se refiere no versan sobre la conducción de los procedimientos judiciales. Se trata de los conceptos concretos de la orden de clausura que EDM impugnó⁶⁶. Es más, en su testimonio el Sr. Navarro se limita a transcribir los conceptos de violación de la demanda de amparo presentada por EDM:

Declaración Navarro ⁶⁷	Conceptos de violación demanda de amparo. Juicio 471/2001 ⁶⁸
<p>a. La SEGOB no cumplió con todos los requisitos que establece la Constitución en los casos de los cateos, ya que si bien existe un oficio de fecha 10 de oct. 01, mediante el cual se le autorizó a los inspectores (nombres) proceder a intervenir los días 10, 11 y 12 de octubre de 2001 en la clausura que se llevara a cabo en el inmueble de EM, ésta quedó condicionada a que se detectase “la celebración de juegos prohibidos por la LFJS y/o que no se cuente con permiso de la SEGOB”; los inspectores en el acta de inspección y clausura se excedieron al asegurar y clausurar todos los bienes muebles y equipos dentro del interior del inmueble de referencia, así como impedir que la quejosa continuara en su caso con el negocio de restaurante-bar, para lo cual cuenta con los permisos estatales y municipales correspondientes, ya que sin establecer en el acta de manera clara y pormenorizada qué tipo de juegos prohibidos</p>	<p>(...) Adicionalmente se podrá observar que la autoridad administrativa no cumplió con todos los requisitos que establece la constitución en los casos de los cateos, ya que si bien existe un oficio de fecha 10 de oct de 2001, mediante el cual se autorizó a los inspectores (nombres) proceder a intervenir los días 10, 11 y 12 de octubre de 2001 en la clausura que se llevara a cabo en el inmueble (ubicación) ésta quedó condicionada a que se detectase “la celebración de juegos prohibidos por la LFJS y/o que no se cuente con permiso de la SEGOB”; los inspectores en el acta de inspección y clausura se excedieron al asegurar y clausurar todos los bienes muebles y equipos dentro del interior del inmueble de referencia, así como impedir que la quejosa continuara en su caso con el negocio de restaurante-bar, para lo cual cuenta con los permisos estatales y municipales correspondientes, ya que sin establecer en el acta de manera clara y pormenorizada qué tipo de juegos prohibidos por la Ley encontraron en el</p>

⁶⁵ Escrito de Réplica, p. 47.

⁶⁶ Véase pp. 7, 9 y 14 de la demanda de juicio de amparo indirecto 300/2001. Anexo R-028 (1). Véase también p. 7 de la demanda de juicio de amparo indirecto 471/2001. Anexo R-030(1).

⁶⁷ Véase pp. 8 y 9 de la declaración testimonial de Javier Navarro. Anexo C-V.

⁶⁸ Véase p. 7 del anexo R-030.

por la Ley encontraron en el lugar, procedieron a la clausura del negocio mercantil de la quejosa.	lugar, procedieron a la clausura del negocio mercantil de la quejosa.
----------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------

52. Las sentencias en los procedimientos instaurados por EDM son la mejor prueba de las razones de los desistimientos. Éstas señalan que EDM cometió graves errores en su estrategia procesal al intentar impugnar los actos de la SEGOB simultáneamente en dos foros distintos⁶⁹. De hecho, la demandada ha exhibido en este procedimiento un documento en el cual consta que Thunderbird estaba inconforme con la asesoría que le brindó Baker & McKenzie, el despacho que representó a EDM en los procedimientos judiciales⁷⁰.

53. Las pruebas demuestran que EDM se desistió de los procedimientos por razones estratégicas o de negocios, no debido a la actuación de los tribunales mexicanos.

8. Los inversionistas en las sociedades EDM

54. La demandante presenta una serie de testimonios de diversas personas que aseguran haber invertido en las sociedades EDM en calidad de “inversionistas pasivos”⁷¹. Llama la atención que la demandante, en lugar de analizar los documentos que exhibió con su Escrito de Demanda, los cuales asegura demuestran que Thunderbird tiene el control de las sociedades EDM, en su Escrito de Réplica simplemente se limita a presentar una serie de testimonios para sustentar su posición. Sin embargo, la revisión de esos testimonios y de los registros de socios de cada sociedad evidencia serias incongruencias. Por ejemplo, Isabel Berger en representación de ANCAR, S.A., Aquilino de la Guardia, Carlos de la Guardia, Laurence Berger en representación de Productos Superiores y Harry Strunz aseguran que invirtieron en EDM-Matamoros. Sin embargo, sus nombres no figuran en ningún documento de la sociedad: el Acuerdo de Suscripción, el Acuerdo de Participación de Socios, el libro de registro de socios, los libros de asambleas, etc. No puede, por tanto, considerárseles socios de EDM-Matamoros.

9. Las razones por las cuales Thunderbird abandonó su inversión en California

55. En el párrafo 13 de su testimonio del 6 de febrero de 2004, Albert Atallah declara:

The reason that Thunderbird disassociated itself from the California gaming market was that the company was asked by the United States District Attorneys to cease doing business with the tribes. This decision by Thunderbird was completely voluntary... The management at Thunderbird at that time believed that because the company was involved in gaming in other parts of the world, it would be in the company's best interest to cooperate with the U.S. regulators even though

⁶⁹ Escrito de Contestación a la Demanda, apartado VI.C.

⁷⁰ Anexo R-018. p. 3. Los Sres. Luis Ruiz de Velasco y Javier Navarro son abogados de Baker & McKenzie.

⁷¹ Escrito de Réplica, p. 28.

*ultimately had the company remained in California, the company's activities would have been completely legal*⁷².

56. Sin embargo, el acta de la sesión del Consejo de Administración de Thunderbird celebrada el 16 de abril de 1998, señala:

*[Jack Mitchell] indicated further that the Attorney's Office advised that if the tribes did not choose either option, they will face criminal action. Similarly, any company dealing with them on any level, such as Thunderbird, will also be at risk for criminal and civil prosecution in California after the May date. The Company retained criminal counsel to provide assistance with respect to this matter. Mitchell said that the message from the four State's Attorneys for California was that they would be taking enforcement action immediately following the May deadline. He indicated that they had not been concerned with activities of vendors such as Thunderbird in the past but they would be so once the deadline passed. "The message was clear: if you are not doing business with compacted Tribes after the deadline, then you'd better not be doing business in California".*⁷³

57. El Tribunal debe dar mayor valor probatorio a la declaración contemporánea del Sr. Mitchell al Consejo de Administración de Thunderbird, en el que advierte de la responsabilidad civil y penal que podrían enfrentar, que al testimonio del Sr. Atallah, preparado específicamente para este procedimiento arbitral.

10. Testimonios idénticos ofrecidos por Thunderbird

58. El Profesor Sandifer señala: *"witnesses testifying in identical language concerning complex or remote facts will not ordinarily be considered entitled to belief"*⁷⁴.

59. La demandante exhibe con su Escrito de Réplica catorce testimonios idénticos de supuestos inversionistas de EDM⁷⁵. Los testimonios de Tim Carson y Kevin McDonald sobre la fabricación de las máquinas específicamente para el mercado mexicano son virtualmente idénticos (compárese, por ejemplo los párrafos 2 al 7 del testimonio del Sr. Carson con los párrafos 4 al 8 y 10 del testimonio del Sr. McDonald)⁷⁶.

60. Las declaraciones rendidas ante notario público que la demandante ofrece con su Escrito de Réplica también son esencialmente idénticas. Por ejemplo, el apartado VII del acta de fe de

⁷² Anexo C-V.

⁷³ Anexo R-021, pp. 2 –4.

⁷⁴ Op. cit., p. 323.

⁷⁵ Véase los testimonios de Peter Watson (Anexo C-X), Isabel Berger (Anexo C-Z), Aquilino de la Guardia (Anexo C-AA), Frank Bennett (Anexo C-BB), Michael Snow (Anexo C-CC), Carlos de la Guardia (Anexo C-DD), Max Joe Harari (Anexo C-FF), Kevin McDonald (Anexo C-GG y C-HH demandante), Laurence Berger (Anexo C-JJ), Wayne Rudd (Anexo C-KK), Robert Ruyle (Anexo C-LL), Harry Strunz (Anexo C-MM), Mauricio Girault (Anexo C-NN), and Tino Monaldo (Anexo C-II) (este último testimonio contiene un texto adicional, pero el párrafo sustantivo es esencialmente idéntico a los demás testimonios).

⁷⁶ Anexos C-EE y C-HH.

hechos de fecha 16 de enero de 2004 en el que se describen las máquinas del “Club 21” en Huixquilucan es virtualmente idéntica al apartado VII de las actas de fe de hechos de los establecimientos de Matamoros realizadas por un fedatario público distinto, en un lugar distinto⁷⁷.

61. Es obvio que todos estos testimonios fueron preparados por la demandante y, por ende, no debe atribuírseles valor probatorio alguno como declaraciones de testigos.

B. Respuesta a los argumentos de la demandante sobre la Ley de Juegos y Sorteos

62. La demandante argumenta que el derecho mexicano en materia de juegos y sorteos es ambiguo, y que el gobierno de México en su Escrito de Contestación a la Demanda presenta un breve análisis al respecto. Por ejemplo en la página 32 del Escrito de Réplica señala “*the lack of any significant discussion of Mexican law as it applies to the operation of skill machines*” y “*the SOD contains no discussion of Mexican law as it applies to the operation of skill machines*”.

63. Aparentemente, la demandante omitió leer las páginas 7 a la 9 y 17 del Escrito de Contestación a la Demanda en las que se aborda lo referente a la Ley de Juegos y Sorteos, las páginas 43 a la 48 en las que se explica los procedimientos ante los tribunales nacionales, las páginas 50 a la 52 en las que se hace un análisis de los procedimientos legales iniciados por los señores Guardia y de la Torre por la clausura de sus establecimientos, y el dictamen jurídico del Dr. José María de la Serna (Anexo R-054).

64. La demandada considera, adicionalmente, que los argumentos jurídicos que la SEGOB expuso de manera detallada en su decisión del 10 de octubre de 2001 responden tanto a los argumentos que EDM expresó entonces, como a los que Thunderbird presenta en esta reclamación. Según ya se señaló, la demandante evita pronunciarse sobre la mayor parte de la determinación de la SEGOB, por lo cual la demandada presenta un extracto de la misma a continuación:

CATORCE: Ha quedado establecido que la materia de la presente resolución, versa en el sentido de determinar si las máquinas que opera Entertainmens de México, están o no permitidas por la Ley Federal de Juegos y Sorteos.

En este sentido, el artículo 1 de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, establece:

Art. 1.- “Quedan prohibidos en todo el territorio nacional, en los términos de esta ley, los juegos de azar y los juegos con apuestas.”

Del texto legal transcrito, se advierte la prohibición de dos tipos de juegos:

a) Los juegos de azar, y;

⁷⁷ Anexos C-P, C-S y C-T. Además, cabe destacar que las fe de hechos realizadas por el Notario Público No. 160 de Matamoros, Tamaulipas, licenciado Guillermo Vázquez Cuevas, a los establecimientos de Matamoros se realizaron el mismo día (27 de enero de 2004) en prácticamente el mismo horario: una diligencia inició a las 11:00 a.m. y terminó a las 11:45 am; mientras que en la otra acta se asienta que dio inicio a las 11:00 y terminó a las 11:05. Véase Anexos C-S y C-T.

b) Los juegos con apuestas.

De la correcta interpretación de dicha norma, se desprende que el legislador utilizó la conjunción “y” para determinar los juegos prohibidos. Se trata de dos modalidades diferentes; una, en donde interviene el azar y otra, en donde aparece la apuesta. Ambos supuestos pueden darse en forma individual, aunque ello no es obstáculo para que se presenten de manera conjunta, esto es, juegos de azar con apuesta, situación que desde luego, por extensión, también esta prohibida por la ley.

Inclusive, esta situación es reconocida por el propio representante legal de la persona moral sujeta a este procedimiento, pues en su escrito del 23 de marzo último, de manera textual, sostuvo: “Con el objeto de que esa autoridad este (sic) en posibilidad de confirmar que las máquinas de video-juego de habilidad y destreza no son máquinas de azar o de apuesta...”.

Por lo tanto, no es requisito *sine qua non* para considerar como prohibido un juego en términos de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, el hecho de que tengan que concurrir ambos elementos (el azar y la apuesta) basta con que uno de ellos esté presente para que se actualice la prohibición que el legislador dispuso en el ordenamiento en consulta.

Establecido lo anterior, se hace necesario revisar el contenido del artículo 2 del propio texto legal que nos ocupa, el cual, en lo conducente, dispone:

“Art.2 –Sólo podrán permitirse:

I. El juego de ajedrez, el de damas y otros semejantes; el de dominó, de dados, de boliche, de bolos y de billar; el de pelota en todas sus formas y denominaciones; las carreras de personas, de vehículos y de animales, y en general, toda clase de deportes.

II. Sorteos

Los juegos no señalados se considerarán como prohibidos para los efectos de esta Ley.”

De lo transcrito, se advierte la intención del legislador de señalar de manera limitativa, aquellos juegos que la propia ley, por sí misma, permite.

Además, concatenado con lo anterior, es de suma importancia el último párrafo de dicho precepto legal, pues define la naturaleza de la Ley Federal de Juegos y Sorteos como prohibitiva, más no constitutiva de derechos.

Por ello, es válido sostener que las máquinas que opera Entertainmens de México, S. De R.L. de C.V. no están contempladas dentro de los juegos enumerados en la fracción I del artículo 2 de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, ya que no se trata de ajedrez, ni de damas ni de otros semejantes; tampoco en esas máquinas se juega dominó, ni dados ni boliche, mucho menos bolos o billar; tampoco carreras de personas, vehículos, animales, ni tampoco con ellas se practica algún deporte.

Por su parte, el artículo 3 del ordenamiento legal en consulta, establece:

Art.3 Corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Gobernación, la reglamentación, autorización, control y vigilancia de los juegos cuando en ellos medien apuestas de cualquier clase, así como de los sorteos, con excepción del de la Lotería Nacional, que se regirá por su propia ley”.

El artículo en comento estipula la facultad de la Secretaría de Gobernación para:

- a) Reglamentar
- b) Autorizar
- c) Controlar, y;
- d) Vigilar;
- e) Los juegos cuando en ellos medien apuestas de cualquier clase.

Nótese que el dispositivo legal no restringe las apuestas a un determinado supuesto, sino que se emplea la frase genérica “de cualquier clase”, por lo que no puede aceptarse la definición proporcionada por la empresa que participa en este procedimiento administrativo, en el sentido de que los juegos con apuestas “...son aquellos en los cuales, los jugadores pactan entre sí, en forma previa a la entrega de una cantidad de dinero...”, pues como se ve, el legislador previó que la apuesta no sólo se da en moneda de curso legal en el País, sino “de cualquier clase”, incluyendo de esta manera todas las posibilidades que existan o dejen de existir.

Ahora bien, dicho precepto legal también establece la facultad de la Secretaría de Gobernación para autorizar los juegos cuando en ellos medien apuestas de cualquier clase.

Por lo tanto, además de lo dispuesto en el artículo 2, fracción I, transcrito con anterioridad, la ley delega en la autoridad administrativa la autorización de dichos juegos, por lo que se está ante la presencia de dos vertientes derivadas del texto legal:

1. Aquellos juegos permitidos por la propia Ley Federal de Juegos y Sorteos, y;
2. Aquellos juegos autorizados por la Secretaría de Gobernación, cuando en ellos medien apuestas de cualquier clase.

En el asunto que nos ocupa, no se cumple ni lo uno ni lo otro; según se ha visto, se trata de juegos prohibidos por la Ley Federal de Juegos y Sorteos, aunado a que no han sido autorizados por la Secretaría de Gobernación.⁷⁸

La resolución prosigue con un análisis de la naturaleza de las máquinas de EDM con base en los hechos del caso.

65. Un punto clave —que la demandante evita abordar— es que la prohibición establecida en la ley se configura con la presencia de cualquiera de dos elementos: el azar o la apuesta. Si en un juego interviene la apuesta entonces es un juego prohibido, cualquiera que sea el grado de “habilidad o destreza” que requiera del jugador. Los juegos de EDM consisten en arriesgar una cantidad de dinero con objeto de ganar una cantidad mayor en función de que el jugador obtenga una determinada combinación de figuras en una máquina⁷⁹. Este solo elemento fue suficiente para que la SEGOB determinara que se trataba de juegos con apuesta y, por lo tanto, prohibidos.

⁷⁸ Anexo R-093.

⁷⁹ El funcionamiento específico consiste en introducir dólares en una máquina para iniciar el juego, con objeto de ganar puntos que pueden canjearse por dólares en efectivo. Si el jugador pierde la cantidad introducida, puede introducir más dinero para seguir jugando. Cuando el jugador decide retirarse, la máquina imprime un boleto con el número total de puntos acumulados, que puede entonces canjear por dólares en efectivo.

La SEGOB no sólo determinó que “se está ante la presencia de juegos de azar” y no de destreza, también determinó que se trata de juegos con apuesta⁸⁰.

66. Según explicó la demandada en su Escrito de Contestación a la Demanda, existen reglas análogas en Estados Unidos⁸¹. Por ejemplo, en el estado de Carolina del Norte, incluso las máquinas que conforme a la normatividad estatal son de “destreza” se les considera de apuesta si el valor del premio, ya sea en efectivo o en especie, excede de diez dólares. Además, un establecimiento como los de EDM sería ilegal, a menos que estuviera ubicado en una reserva india y contara con la licencia correspondiente emitida por el Estado. El argumento de México ha sido que, en cada una de las jurisdicciones cuya legislación analizó, la clase de máquinas operadas por EDM se consideran máquinas de apuesta.

67. La demandante no ha presentado pruebas que demuestren que no había apuesta, y tampoco ha identificado una jurisdicción en donde el tipo de juegos operados por EDM no se consideren juegos con apuesta. En aquellas jurisdicciones donde el juego con apuesta está permitido —por ejemplo, en Las Vegas o en varias reservas indias en Estados Unidos— esta clase de máquinas pueden utilizarse legalmente en un casino, siempre y cuando el operador del casino cuente con los permisos necesarios y se sujete a la vigilancia de la agencia gubernamental responsable de la reglamentación de los juegos y sorteos.

68. Conforme a lo anterior, la demandante no ha sido del todo sincera al señalar que estas máquinas son “legales” en Estados Unidos⁸². Sólo serían legales en aquellas jurisdicciones en las que se permita el juego con apuesta, siempre que los establecimientos cuenten con los permisos correspondientes. En este caso, el juego con apuesta no está permitido en México, si no se cuenta con una autorización de la SEGOB. EDM no la tenía, y éste fue uno de los motivos de la clausura.

69. El argumento de la demandante de que nunca se determinó que las máquinas que operaba en Estados Unidos eran ilegales es engañoso⁸³. La demandada ha presentado pruebas documentales (proporcionadas por la propia demandante) que demuestran que retiró su inversión de varios mercados porque sabía que se determinaría que sus actividades violaban la ley⁸⁴. La demandada reitera sus argumentos⁸⁵.

⁸⁰ Anexo R-093, p. 23.

⁸¹ La demandante ahora manifiesta que la legislación de Estados Unidos es irrelevante, sin embargo, como lo manifestó la demandada en el Escrito de Contestación a la Demanda:

... el representante legal de Thunderbird declaró haber estudiado la legislación de juegos estadounidense y concluyó que los juegos de habilidad y destreza están permitidos. Sustenta su entendimiento de la legislación mexicana en este razonamiento.

Escrito de Contestación a la Demanda, p. 9.

⁸² En su testimonio Albert Atallah manifiesta que los juegos de Thunderbird “serían totalmente legales” en California. Anexo C-V.

⁸³ Escrito de Réplica, p. 10.

⁸⁴ Escrito de Contestación a la Demanda, pp. 35-39, así como Anexo R-021.

⁸⁵ La demandante muestra una gran indignación porque, según alega, el Escrito de Contestación a la Demanda manifiesta que Thunderbird tomó una decisión consciente de operar en contravención a la ley (Escrito de Réplica, p.

70. De tal manera, es incorrecta la afirmación de la demandante en la página 32 del Escrito de Réplica de que la aplicación de las leyes estadounidenses identificadas en el Escrito de Contestación a la Demanda “*are not inconsistent in any respect with the statements made by Thunderbird to Mexican authorities or the positions taken by Thunderbird in the seizure and post seizure periods*”. Por el contrario, EDM manifestó a la SEGOB que en el tipo de máquinas en cuestión no se consideran máquinas de apuesta en Estados Unidos. La demandada ha demostrado, con base en el análisis de las leyes y los casos de Estados Unidos, que las afirmaciones de EDM y Thunderbird son incorrectas.

71. Nelson Rose, un reconocido experto en materia de juegos y sorteos en Estados Unidos, declara que el tipo de máquinas como las que Thunderbird describe —en particular las que cuentan con los llamados “*skill stop buttons*”— sistemáticamente han sido catalogadas en Estados Unidos como máquinas de apuesta (“*gambling machines*”) y que, de hecho, no conoce de ninguna jurisdicción en ese país en la que no se les clasifique de esta forma⁸⁶. El Sr. Rose manifiesta que “en algunas jurisdicciones el grado de destreza es completamente irrelevante si el pago potencial excede un nivel mínimo”⁸⁷. Añade que es común que este tipo de empresas opere en jurisdicciones donde la legislación aplicable no es clara, con la intención de obtener las mayores ganancias durante el tiempo que logren operar antes de que las autoridades se percaten y tomen medidas al respecto⁸⁸.

72. El Sr. Rose también declara que el término “*video lottery terminals*”, que el Sr. Atallah utiliza para describir las máquinas que Thunderbird operaba en California, es sinónimo del término “*video gaming terminal*”, y que tanto la legislación de California como la legislación federal de Estados Unidos clasifican ambos tipos de máquinas como máquinas tragamonedas (“*slot machines*”)⁸⁹. El Sr. Rose señala que el hecho de que Thunderbird haya colocado máquinas en casinos de tribus indias que no contaban con un acuerdo con el gobierno estatal (“*compact*”) ponía a la compañía en un serio riesgo de que se iniciara una acción penal en su contra⁹⁰.

21: “*Mexico feels compelled to slander the integrity of the claimant*”). México no hizo tal declaración en su Escrito de Contestación a la Demanda. Más bien, tras exhibir documentos corporativos de Thunderbird que demuestran que ingresó a varios mercados de los cuales posteriormente se retiró cuando se precisó que la ley prohibía el juego con apuesta, concluyó que aparentemente Thunderbird “conscientemente seguía una estrategia de negocios que está en los márgenes de la ley”. Escrito de Contestación a la Demanda, p. 39. Véase la siguiente declaración del informe anual de Thunderbird:

The Company's prior activities in unsettled markets and its stipulated denial of a license in Colorado create challenges for it to be licensed in certain jurisdictions in United States. The Company has taken all steps possible to operate responsibly in regulated markets, including divestiture of its Internet business and removal of all officers and directors responsible for moving the Company into unsettled markets. The Company was conservative in ceasing its operations in May, 1998 in California and ceasing collection of substantial revenues from its Tribal clients.

Anexo R-088. La demandada reitera los argumentos que hizo en su Escrito de Contestación a la Demanda.

⁸⁶ Dictamen de Nelson Rose, pp. 17-20. Anexo R-110.

⁸⁷ Íd., p. 9.

⁸⁸ Íd., pp. 14-17.

⁸⁹ Íd., p. 21.

⁹⁰ Íd., pp. 20-21.

C. Respuesta a la reclamación de la demandante de que el oficio de la SEGOB del 15 de agosto de 2000 constituye una aprobación de sus actividades

73. En el Escrito de Réplica la demandante intenta rectificar sus argumentos sobre la naturaleza del oficio del 15 de agosto de 2000. En el Escrito de Demanda, Thunderbird caracterizó el oficio del 15 de agosto de 2000 como una autorización⁹¹. Ahora admite:

*Claimant has never asserted that it obtained a government permit or specific formal authorization to develop its operations.*⁹²

74. Sin embargo, la demandante prosigue y afirma que la SEGOB informó a Thunderbird que sus operaciones no estaban prohibidas conforme al derecho mexicano:

*Whether the letter is characterized as an “approval” or a “government assurance”, there can be little doubt that it was intended by México [Gobernación], and understood by Thunderbird, to be a statement by the government of Mexico that the intended investment was not prohibited and could go forward without threat of government restriction or regulation.*⁹³

1. El oficio del 15 de agosto es meramente una opinión basada en la información proporcionada por EDM en su solicitud del 3 de agosto de 2000.

75. México ya explicó el alcance del oficio del 15 de agosto de 2000 en su Escrito de Contestación a la Demanda, que fue emitido en respuesta a una serie de declaraciones hechas por EDM⁹⁴. México también ha demostrado que EDM no operó las máquinas en la forma y términos expresados en la solicitud del 3 de agosto, ni por lo que se refiere al elemento de “habilidad y destreza” ni por lo que se refiere al de la apuesta.

76. En la solicitud EDM afirmó en forma categórica: “En estos video juegos no interviene ni el azar ni la apuesta...”. No precisó, como lo hizo posteriormente Thunderbird a sus inversionistas, que se trata de juegos con “algún grado de habilidad y destreza”. La solicitud también afirma que el objeto del juego es “que el operador del juego consiga ordenar signos en una combinación óptima y que le otorgue un ticket [sic] con puntos canjeables por bienes o servicios”⁹⁵. No precisó que el “operador” introduce dólares en efectivo y que los “bienes o servicios”, el “premio”, la “recompensa” consiste en un pago de dólares en efectivo.

⁹¹ Escrito de Demanda, pp. 18-19: “*In doing so, he [Vargas] misrepresented the August 15 official letter... in describing the August 15 letter to his superior, Guadalupe Vargas misrepresented it as denying authorization to Thunderbird’s EDM entity to operate skill machines... In fact, the August 15 letter specifically stated that the identified machines were not games of chance and were not prohibited by Mexican law.*”

⁹² Escrito de Réplica, p. 41.

⁹³ Íd.

⁹⁴ Escrito de Contestación a la Demanda, apartado VI.D.1.

⁹⁵ Anexo C-17.

77. En efecto, la SEGOB concluyó:

El oficio DGG/SP/1057/2000, del 15 de agosto de 2000, suscrito por el entonces Director de Juegos y Sorteos, en ausencia del Director de Juegos y Sorteos, pues el contenido de dicho oficio en modo alguno constituye una autorización para la operación de las máquinas tragadólares de las que se ha ocupado la presente resolución, como de manera equivocada pretende hacerlo ver la empresa involucrada en este procedimiento administrativo. En efecto, no pasa desapercibido para quien resuelve, el hecho de que las autoridades administrativas en aquél entonces hubieran afirmado que:

“EN ESTE ORDEN DE IDEAS ES IMPORTANTE ACLARAR QUE SI LAS MÁQUINAS QUE EXPLOTA COMERCIALMENTE SU REPRESENTADA OPERAN EN LA FORMA Y TERMINOS EXPRESADOS POR USTED, ESTA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA NO TIENE COMPETENCIA PARA SU PROHIBICIÓN, EN LA INTELIGENCIA QUE DE TRATARSE DE MÁQUINAS DE LAS CONOCIDAS COMO “TRAGAMONEDAS”, “TRAGAFICHAS” O “SLOT MACHINES”, EN DONDE EL FACTOR PREPONDERANTE DE OPERACIÓN ES EL AZAR Y LA APUESTA Y NO LA HABILIDAD Y DESTREZA COMO USTED ASEGURA, PODRÍA INCURRIR EN ALGUNA DE LAS HIPÓTESIS NORMATIVAS QUE ESTABLECE LA LEY FEDERAL DE LA MATERIA CON LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE DE ELLO PUDIERAN DERIVAR, EN TERMINOS DE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 8 DE LA LEY EN CITA”.

Se afirma que tales aseveraciones no son ningún permiso, en razón de que en su redacción está presente el condicionante “si”, el cual por una cuestión lógica obliga también a la presencia de una situación o hecho determinante que necesaria e indefectiblemente debe ajustarse en sus términos a la condición propuesta, más nunca interpretarse como un permiso, máxime que en dicho párrafo, la autoridad se refirió a la posible violación de la Ley Federal de Juegos y Sorteos.⁹⁶

78. El oficio del 15 de agosto está lejos de ser una “aprobación” o de otorgar “seguridades”; más bien es una clara advertencia de que las operaciones que EDM llevaba a cabo y pretendía ampliar estaban prohibidas⁹⁷.

⁹⁶ Anexo R-093, pp. 25 y 26.

⁹⁷ En el Escrito de Réplica también señala que la demandada no se ha pronunciado sobre la “reunión privada” que supuestamente sostuvo el Sr. Peter Watson (un inversionista de EDM) con “Francisco La Bastida” (sic) (quien la demandante sugiere fungía como Secretario de Gobernación), en la que éste confirmó, de acuerdo con el Sr. Watson, que en virtud de que ya había operaciones exitosas y precedentes judiciales, la respuesta de la SEGOB “era una opinión apropiada”. Escrito de Réplica, p. 42 y declaración testimonial de Peter Watson, ¶ 16 (Anexo C-A). La demandada solo desea comentar al respecto que el Lic. Francisco Labastida Ochoa, quien efectivamente fue el Secretario de Gobernación, renunció a su cargo en mayo de 1999 para buscar la nominación de su partido (el Partido Revolucionario Institucional) como candidato a la presidencia de México. Véase la transcripción de la conferencia de prensa del 21 de mayo de 1999. Anexo R-111. El Lic. Labastida no regresó a trabajar para el gobierno federal tras las elecciones celebradas el 2 de julio de 2000, en las que ganó el Presidente Fox. La imposibilidad de que lo declarado por el Sr. Watson haya acontecido suscita dudas sobre otras declaraciones de la demandada acerca de la celebración de varias reuniones con diversos funcionarios de la SEGOB. Cabe destacar que México solicitó a la demandante los documentos que comprobaran que las supuestas reuniones que tuvo con funcionarios de la SEGOB ocurrieron, pero la demandante no le proporcionó documento alguno.

79. Es evidente que lo que Thunderbird ahora pretende es que este Tribunal determine que las máquinas que EDM operó no son de juegos prohibidos por la normatividad mexicana, una cuestión que ha sido resuelta por la SEGOB mediante un proceso administrativo, resolución que, además, ha sido ratificada por los tribunales mexicanos competentes.

2. Cuando la SEGOB emitió el permiso, EDM no consideró que hubiese obtenido un permiso o una autorización

80. En su Escrito de Réplica la demandante señala que Thunderbird “optó por contratar al despacho de abogados más grande del mundo y por la certidumbre del proceso de solicitud que aconsejaron seguir”⁹⁸. De acuerdo con Jack Mitchell los abogados de Thunderbird determinaron que una solicitud a la SEGOB y la respuesta de ésta le permitiría operar en México legalmente⁹⁹. Vale la pena revisar la opinión jurídica que el Lic. Luis Ruiz de Velasco, de Baker & McKenzie, emitió sobre el oficio del 15 de agosto de 2000:

Based on the principal terms of the Official Letter, the Ministry of Interior states that it does not have any jurisdiction over the operation of said machines, since in accordance with the representations made by EDM in its application, the video games skill machines to be operated by EDM do not fall into the classification of “slot machines”, which are forbidden in Mexico pursuant to the applicable laws, in view of the fact that they are considered to be gaming and/or betting machines.

Furthermore, under the Official Letter the Ministry of Interior emphasizes that EDM can operate the video games skill machines as long as they do not become, in any manner whatsoever, as gaming or betting machines; provided; however, that EDM complies with the states and/or municipal laws or regulations in Mexico.

Based upon the foregoing, we are of the opinion that EDM is allowed to operate in Mexico the video game skill machines as long as EDM complies with the administrative requirements set forth by the state or municipal laws and regulations in Mexico.

Mediante oficio No. DGCJN.511.13.949.03 del 29 de agosto de 2003, la demandada solicitó a la demandante copia de cualesquier documentos relativos a las discusiones entre cualquier representante de Thunderbird o EDM con cualquier funcionario de la SEGOB, e identificó específicamente al Lic. Labastida Ochoa. Véase Oficio No. DGCJN. 511.13.949.03 del 29 de agosto de 2003, p. 4. La demandante respondió con una objeción absoluta argumentando que la solicitud era excesivamente amplia y onerosa (“*Objection. The request is overly-broad and burdensome.*”). Véase carta de James Crosby a Hugo Perezcano, 22 de septiembre de 2003. El 17 de octubre de 2003 la demandada acotó su solicitud a aquellos documentos “referentes a las reuniones citadas por la demandante en su escrito de demanda” que se sostuvieron específicamente en relación con la solicitud de EDM y la respuesta de la SEGOB. Véase Oficio No. DGCJN.511.13.1095.03 del 17 de octubre de 2003, pp. 1-2. La demandante volvió a objetar argumentando que la solicitud no se diseñó específicamente para obtener documentos particulares (“*This request is not specifically designed to obtain particular documents.*”). Véase carta de James Crosby a Gonzalo Flores, 5 de diciembre de 2003, p. 3.

⁹⁸ Escrito de Réplica, p. 65 (“*chose instead to hire the world’s largest law firm and the certainty of the solicitud process they advised to undertake.*”).

⁹⁹ Testimonio de Jack Mitchell de fecha 14 de agosto de 2003: “*Through a “solicitud” process and an official response from Gobernacion, our lawyers determined that skill games could be operated under the laws of Mexico.*” (énfasis propio). Anexo C-C.

*Even more, in the event the Ministry of Interior intends to close down EDM's operations, EDM will be able to appeal, since the Official Letter allows it to operate the skill machines as such; in the understanding, that EDM must comply at all times with each and everyone of the requirements set forth by the competent authorities where the machines are operating.*¹⁰⁰

[Énfasis propio]

81. El Lic. Ruiz de Velasco subrayó que EDM podía operar las máquinas mientras éstas no se tornaran en forma alguna en máquinas de apuesta (“*emphasizes that EDM can operate the video games skill machines as long as they do not become, in any manner whatsoever, as gaming or betting machines*”)¹⁰¹. En las visitas que las partes hicieron a los establecimientos de EDM en noviembre de 2003, la demandada pudo constatar que las máquinas cuentan con una ranura que admite billetes de dólar, lo que las convierte *per se* en “máquinas tragadólares o tragabilletes” (“*dollar-swallowers*”)¹⁰².

82. Según ya se señaló, el hecho de que se juegue dinero con el objeto de tratar de ganar más dinero que el introducido a la máquina (siendo, además, que puede perderse todo el dinero metido), es suficiente para concluir que la SEGOB no autorizó, aprobó o consintió siquiera a la operación de EDM, de acuerdo con los términos simples y claros del oficio, y especialmente ante la advertencia de su propio abogado.

83. El acuerdo de suscripción de EDM Matamoros del 20 de junio de 2001 también refiere en forma a la opinión de Baker & McKenzie: “[t]he Company has been advised by Baker & McKenzie... that the operation of ‘skill machines’ by EDM is not prohibited in Mexico”. Sin embargo, una vez más es necesario analizar con cuidado el texto del acuerdo:

The entitlement also confirmed that so long as EDM operates “skill machines”, as described to the government by EDM, the government will not challenge EDM's operations. Based on this letter, although no specific entitlement was granted to the Company either directly or indirectly by approving the EDM's franchise System, the Company believes that its operations of the Business as contemplated will be permitted in Mexico.

*There can be no assurance that the Mexican Government will continue to view EDM's or the Company's operations as permitted “skill machines” and not a game of chance.*¹⁰³

[Énfasis propio]

¹⁰⁰ Anexo R-112.

¹⁰¹ El Tribunal apreciará que el Lic. Ruiz de Velasco fue autorizado expresamente en la solicitud del 3 de agosto en la que EDM afirma en forma categórica que en los juegos no interviene el azar ni la apuesta y, sin embargo en su opinión sólo se concentra en el elemento de apuesta.

¹⁰² Aspecto que de igual manera percibió el Sr. Guadalupe Vargas en la visita y clausura del establecimiento de Nuevo Laredo. Anexo R-042.

¹⁰³ Acuerdo de Suscripción de EDM-Matamoros, sección 3(b)(viii). Anexo C-28.

84. El Tribunal advertirá que EDM no informó a la SEGOB que sus máquinas contaban con una ranura que admite billetes de dólar con objeto de que el operador “obtenga un ticket con puntos canjeables por” dinero en efectivo, sabiendo que esto sería un factor que la SEGOB consideraría en su determinación. En este contexto, es muy ilustrativa la cautela con la que EDM manifiesta a sus inversionistas que “no puede asegurar que el gobierno de México continuará considerando las operaciones de EDM o de la compañía como “máquinas de destreza” permitidas y no juegos de azar” (“no assurance that the Mexican Government will continue to view EDM’s or the Company’s operations as permitted “skill machines” and not a game of chance”). La demandante no excluyó la posibilidad que la SEGOB descubriría la verdadera naturaleza de las máquinas y tomaría medidas conforme a la Ley Federal de Juegos y Sorteos.

3. La solicitud del Sr. Carlos Gómez Álvarez Tostado (“Amazing World”)

85. En el Escrito de Demanda, y de nuevo en el Escrito de Réplica, la demandante argumenta que el Sr. Gómez solicitó a la SEGOB, en representación de una persona moral distinta a EDM, una autorización para la operación de máquinas de habilidad y destreza (“attorney Carlos Gomez requested permission from Gobernacion and the Department of Interior on behalf of a client other than claimant to operate skill machines”), y que la SEGOB le requirió a éste exactamente la misma información que Thunderbird había proporcionado en su solicitud del 3 de agosto de 2000 (“was the same exact information provided by Thunderbird in its August 3, 2000 solicitude”)¹⁰⁴. Sin embargo, esto no es así.

86. El 9 de octubre de 2000, Carlos Gómez presentó una carta a la SEGOB en la cual solicita saber si requiere alguna autorización especial para operar “máquinas para juegos de destreza y video” conocidas también como máquinas tragamonedas, y que otorgaría premios menores a los mil pesos a los jugadores que por su habilidad y destreza obtuvieran más puntos.

87. El 14 de diciembre de 2000, la SEGOB le respondió al Sr. Gómez:

Con objeto de que esta autoridad administrativa cuente con mayores elementos que le permitan valorar su petición y emitir su criterio con relación al asunto que nos ocupa, se hace necesario que nos envíe información mas detallada acerca del prototipo de las máquinas, su funcionamiento, la mecánica de participación de los usuarios, todo ello en razón de que usted manifiesta que estas son máquinas de juego de destreza y video y que en su opinión también se les conoce como “tragamonedas”, lo cual refleja una clara confusión entre la diferencia de unas y otras, circunstancia que nos obliga a requerirle diversa información que aquí se detalla con objeto de saber a que equipo se refiere; esto es, fotografías, descripción y operación de las mismas y demás elementos que a su juicio sirvan de base para la plena identificación de éstas.

El requerimiento de mérito se formula a efecto de determinar si en la operación de estas máquinas intervienen de manera directa los elementos de azar y/o apuesta, toda vez que en nuestro país se encuentran prohibidos los juegos de azar y los

¹⁰⁴ Escrito de Demanda, p. 82; Escrito de Réplica, pp. 41-42.

juegos con apuestas.... [r]azón por la cual es indispensable que nos proporcione la información requerida a fin de determinar lo que corresponda conforme a derecho.¹⁰⁵

[Énfasis propio.]

88. EDM nunca presentó a la SEGOB ni información detallada de sus máquinas, ni información sobre su funcionamiento, ni la mecánica de participación de los usuarios, ni fotografías de las máquinas, ni cualquier otro elemento que permitiera a la SEGOB identificar de manera plena sus máquinas y valorar su prohibición. Toda esta información fue requerida por la SEGOB al Sr. Gómez en virtud de que éste expresó que se trataba de máquinas de video juegos de habilidad a las que también se les conoce como máquinas tragamonedas. La SEGOB es clara al señalar que la información requerida era indispensable para determinar si en las máquinas interviene el azar y/o la apuesta y por tanto su legalidad.

D. Respuesta al argumento de la demandante sobre la mala fe del gobierno de México

89. La demandante presenta en su Escrito de Réplica la testimonial del Sr. Navarro quien declara que el Director de Asuntos Jurídicos de la SEGOB presentó una denuncia penal ante la Procuraduría General de la República (P.G.R.) en abril de 2001, por la clausura del establecimiento de EDM del 25 de febrero de 2001. De acuerdo al Sr. Navarro dicha averiguación previa recayó el No. AP 546/2001-2. El Sr. Navarro también señala que *“[SEGOB] denunció a espaldas de “EM” ante la Procuraduría General de la República y guard[ó] el expediente hasta el 11 de octubre de 2001”*¹⁰⁶.

90. La declaración del Sr. Navarro carece de fundamento y su intención no es otra más que la de confundir al Tribunal. La averiguación previa a la que se refiere el Sr. Navarro si existe, pero de hecho ésta se inicia a raíz de la denuncia presentada por la SEGOB tras la clausura del establecimiento de Nuevo Laredo en octubre de 2001. La demandada desconoce la denuncia que asevera el Sr. Navarro fue presentada en abril de 2001.

91. En la clausura del 11 de octubre de 2001 del establecimiento de Nuevo Laredo, además de los inspectores de la SEGOB, participó el Agente del Ministerio Público de la Federación (en adelante Ministerio Público). Derivado de esta intervención, el 15 de octubre de 2001 el Ministerio Público solicitó a la SEGOB manifestara si tenía la intención de formular querrela o denuncia por la clausura del 11 de octubre de 2001 del establecimiento de Nuevo Laredo¹⁰⁷.

92. El 18 de octubre de 2001, el Director General de Asuntos Jurídicos interpuso la denuncia de hechos ante el Ministerio Público por las probables actividades ilícitas que realizaba EDM en Nuevo Laredo al momento de la clausura del 11 de octubre de 2001. La denuncia fue radicada en

¹⁰⁵ Oficio de Rafael de Antuñano Sandoval al C. Carlos G. Gómez Álvarez Tostado, 14 de diciembre de 2000. Anexo C-93.

¹⁰⁶ Testimonio de Javier Navarro, p. 6. Anexo C-U.

¹⁰⁷ Exhorto del 15 de octubre de 2001. Anexo R-113.

la averiguación previa número 546/01¹⁰⁸. Por lo tanto, la denuncia penal a la que se refiere el Sr. Navarro fue presentada en octubre del 2001, no en abril del mismo año, y mucho menos “guardada” por la PGR y la SEGOB por más de 6 meses.

93. En la clausura del 11 de octubre de 2001 del establecimiento de Matamoros, la SEGOB también interpuso ante el Ministerio Público una denuncia de hechos por la probable comisión de delitos¹⁰⁹. Esta denuncia quedó radicada en la averiguación previa M235/01-II. Respecto a la clausura del establecimiento de Reynosa, la SEGOB interpuso la denuncia de hechos el 18 de enero de 2002, radicándose en la A.P. 320/2003-II¹¹⁰.

94. Las tres averiguaciones previas iniciadas a raíz de la denuncia presentada por la SEGOB por la probable comisión de delitos han seguido su curso y hasta el momento no han finalizado.

95. En su declaración el Sr. Navarro también argumenta que la SEGOB realizó las denuncias bajo un marco de “acciones hostiles y agresivas” contra EDM. La SEGOB tenía la obligación de interponer las denuncias de hechos por la probable comisión de delitos en los que EDM incurría al operar máquinas prohibidas en el territorio mexicano.

E. Thunderbird tomó la decisión de abrir el establecimiento de Reynosa aun cuando no había finalizado el procedimiento administrativo de la SEGOB.

96. En su declaración testimonial el Sr. Atallah afirma que aun cuando Thunderbird tenía conocimiento de la práctica de sus competidores de abrir sus establecimientos y en su momento interponer el juicio de amparo en caso de que éstos fueren clausurados, la empresa en lugar de actuar de la misma manera, optó por obtener una “autorización” de la SEGOB para operar¹¹¹. Sin embargo, parece haber cambiado de opinión por lo que respecta a la apertura del establecimiento de Reynosa.

97. El establecimiento de EDM en Reynosa inició operaciones en agosto de 2001, prácticamente casi dos meses antes de que la SEGOB emitiera la resolución mediante la cual finalizó el procedimiento administrativo. Thunderbird no esperó a que la SEGOB resolviera sobre la legalidad de sus máquinas y siguió el mismo camino de sus competidores: abrir el establecimiento de Reynosa e interponer amparos en caso que fuere necesario.

98. El 10 de agosto de 2001, el consejo de administración de Thunderbird aprobó la determinación de abrir el establecimiento de Reynosa al cual por cierto denominaron *D'Stressa* en lugar de la Mina de Oro, nombre utilizado en los otros dos establecimientos clausurados e interponer el amparo si fuere necesario (“*asked for a motion to use its discretion in opening Reynosa even under the Amparo process if that is necessary...*”)¹¹².

¹⁰⁸ Anexo R-113.

¹⁰⁹ Anexo R-113.

¹¹⁰ Anexo R-113.

¹¹¹ Testimonial de Albert Atallah, ¶ 15. Anexo C-V.

¹¹² Minuta del Consejo de Administración, 10 de agosto del 2001, p. 4. Anexo R-104.

99. EDM presentó en dos ocasiones (23 de octubre y el 27 de diciembre de 2001) demandas de amparo en contra de las posibles ordenes “verbales o escritas” de inspección y clausura que pudieren dictarse para ejecutar la clausura de su establecimiento en Reynosa. Posteriormente se desistió de estos dos juicios.

III. CONTESTACIÓN A LOS ARGUMENTOS JURÍDICOS

A. México se ha obligado a otorgar el mismo trato a los inversionistas que se encuentren en circunstancias similares

100. En su Escrito de Contestación a la Demanda, el gobierno de México explica que la SEGOB, en ejercicio de sus facultades, ha clausurado todos los establecimientos en los que ha detectado la operación de máquinas iguales o similares a las utilizadas por EDM. También señaló que algunos de los establecimientos clausurados han logrado continuar operando en virtud de que los propietarios han impugnado las órdenes de clausura por la vía judicial y han obtenido la suspensión de éstas mientras concluyen los juicios. La demandante ha evitado abordar los argumentos y pruebas de México relativos a la clausura de los establecimientos y la suspensión judicial¹¹³.

1. La SEGOB ha actuado de manera uniforme en todos los casos

101. La demandante manifiesta que es “falsa la aseveración de México de que la SEGOB ha clausurado todos los establecimientos similares”¹¹⁴, y añade: “Numerosos establecimientos de máquinas de habilidad y destreza continúan abiertos y operando, incluidos el ‘Club 21’ de Guardia y los establecimientos Reflejos”¹¹⁵. El Tribunal apreciará que México afirma que la SEGOB ha clausurado todos los establecimientos de este tipo que ha detectado y que en el caso de “Club 21” este cuenta con una suspensión definitiva que le permite operar mientras se resuelve el Juicio de Amparo en definitiva. México reitera esta afirmación y confirma los argumentos que hizo en el Escrito de Contestación a la Demanda¹¹⁶.

102. Con su Escrito de Contestación a la Demanda, México exhibió copia de las actas de clausura de 17 establecimientos —todos aquellos de los que tenía conocimiento¹¹⁷. Explicó que los propietarios impugnaron las clausuras por la vía judicial y que, en un caso, el tribunal respectivo concedió la suspensión definitiva del acto reclamado. La demandada exhibió todas las pruebas respectivas¹¹⁸. Thunderbird ha omitido referirse a los argumentos y pruebas de la demandada por completo.

¹¹³ Para mayor referencia véase Escrito de Contestación a la Demanda apartado III.C y apartado VI.D.3. Véase también anexo R-09 y R-031/1.

¹¹⁴ Escrito de Réplica, pp. 19. Véase también las páginas 42 y ss. del mismo escrito.

¹¹⁵ Íd., p. 19.

¹¹⁶ Véase sección VI.D del Escrito de Contestación a la Demanda.

¹¹⁷ Anexo R-009. Este anexo contiene 18 actas de clausura; dos de estas actas se refieren al mismo establecimiento: “Reflejos” ubicado en Plaza Fiesta en Matamoros (anexo R-009-K y R-009-P).

¹¹⁸ Véase sección VI.D.3.a.(i). Véase también anexos R-031.

103. En la mayoría de los casos impugnados, los tribunales han sobreseído los juicios (es decir, desecharon las demandas) y, en consecuencia, los actos de clausura han quedado firmes:

Asuntos Concluidos en Definitiva				
Establecimiento	Razón Social	Fecha Clausura	Expediente	Estado Actual
Makrocentro de la suerte ¹¹⁹ Cancún, Quintana Roo	Magno Operadora S.A. de C.V.	21 agosto de 2001	Juicio de amparo 939/01	Sobreseído. Clausurado en forma definitiva.
Macrocentro de la Suerte ¹²⁰ Nuevo Laredo, Tamps.	Magno Operadora S.A. de C.V.	21 agosto de 2001	Juicio de amparo 241/01	Sobreseído. Clausurado en forma definitiva.
Makrocentro de la Suerte ¹²¹ Mérida, Yucatán	Magno Operadora S.A. de C.V.	21 de agosto de 2001	Juicio de amparo 62/01	Sobreseído. Clausurado en forma definitiva.
Makrocentro de la Suerte ¹²² Monterrey, Nuevo León	Magno Operadora S.A. de C.V.	11 de octubre de 2001	Juicio de amparo 1440/01	Sobreseído. Clausurado en forma definitiva.
La Mina de Oro ¹²³ Nuevo Laredo, Tamps.	Entertainments de México, S. de R.L. de C.V.	11 de octubre de 2001	Juicio de amparo 300/01	Sobreseído ¹²⁴ . Clausurado en forma definitiva.
Makrocentro de la Suerte ¹²⁵ Monterrey, Nuevo León	Magno Operadora S.A. de C.V.	11 de octubre de 2001	Juicio de amparo 1453/01	Sobreseído. Clausurado en forma definitiva.
La Mina de Oro ¹²⁶ Matamoros, Tamps.	Entertainments de México, S. de R.L. de C.V.	11 de octubre de 2001	Juicio de amparo 471/01	Sobreseído ¹²⁷ . Clausurado en forma definitiva.

¹¹⁹ Anexo R-009-C.

¹²⁰ Anexo R-009-D.

¹²¹ Anexo R-009-E.

¹²² Anexo R-009-F.

¹²³ Anexo R-009-G.

¹²⁴ Apartado VI.C.1.(a) del Escrito de Contestación a la Demanda.

¹²⁵ Anexo R-009-H.

¹²⁶ Anexo R-009-I.

¹²⁷ Este juicio de amparo se sobreseyó debido a que la empresa se desistió del mismo. Véase VI.C.2 del Escrito de Contestación a la Demanda.

Viva Cancún and Resorts de México ¹²⁸ Interior del Centro Comercial “Gran Sur” México, D.F.	Viva Gaming & Resort de México, S.A. de C.V.	1 de noviembre de 2001	Juicio de amparo 1068/01	Sobreseído. Clausurado en forma definitiva
D’Stressa ¹²⁹ Reynosa, Tamps.	Entertainments de México, S. de R.L. de C.V.	18 de enero de 2002	Juicio de amparo 64/2002	Sobreseído. Clausurado en forma definitiva
Bellavista Centro de Entretenimiento ¹³⁰ Interior del Hotel Granada Inn. San Nicolás de los Garza, Nuevo León.	Inmobiliaria Cemarza, S.A. de C.V.	7 de marzo de 2003	Juicio de amparo 532/2003	Sobreseído. Clausurado en forma definitiva.

104. En algunos casos, los particulares han logrado obtener una resolución judicial que ordena la suspensión de la clausura mientras el juicio concluye. En otros casos, los jueces determinaron que hubo irregularidades de tipo procedimental en las diligencias de clausura, y concedieron el amparo para efectos de que el procedimiento se reponga, es decir, reenviaron el asunto para que el acto se reponga subsanando las deficiencias. La SEGOB ha vuelto a clausurar los establecimientos y los particulares nuevamente han impugnado los actos de la Secretaría.

¹²⁸ Anexo R-009-J.

¹²⁹ Anexo C-73.

¹³⁰ Anexo R-009-O.

Juicios que están en Curso				
Establecimiento		Fecha Clausura	Expediente	Estado Actual
Club 21 ¹³¹ Centro Comercial Interlomas Huixquilucan, Edo. de México		12 de julio de 2001	Juicio de amparo 545/01	Se otorgó la suspensión del acto. Juicio sobreseído en primera instancia La quejosa recurrió (apeló) la sentencia. Resolución pendiente ¹³² .
Reflejos ¹³³ Interior 2 del local Plaza Fiesta Matamoros, Tamaulipas		14 de diciembre de 2001	Juicio de amparo 7/02	Se concedió el amparo para efectos de reponer el procedimiento de clausura ¹³⁴ .
Cesta Punta Deportes S.A. de C.V. ¹³⁵ Ciudad Juárez, Chihuahua	Cesta Punta Deportes, S.A. de C.V.	15 de abril de 2002	Juicio de amparo 253/02	Sobreseído en primera instancia. La quejosa recurrió la sentencia ¹³⁶ . Resolución pendiente.
Reflejos ¹³⁷ Blvd. Morelos y Américo Villarreal Subancla F Interior 1 Reynosa, Tamps.	Operación y Distribución Total, S.A. de C.V.	29 de abril de 2003	Juicio de amparo 233/2003	Se concedió el amparo para efectos de reponer el procedimiento de clausura. ¹³⁸

¹³¹ Anexo R-009-B.

¹³² Véase el apartado III.A.1.a de este escrito, así como el VI.D del Escrito de Contestación a la Demanda.

¹³³ Anexo R-009-K. Véase el apartado III.A.1.c de este escrito.

¹³⁴ Anexo C-96. Véase el apartado III.A.1.b de este escrito.

¹³⁵ Anexo R-009-L.

¹³⁶ Sección VI.D.3.a.ii del Escrito de Contestación a la Demanda.

¹³⁷ Anexo R-009-Q

¹³⁸ Anexo R-131.

Reflejos ¹³⁹ Río Bravo, Tamps.	Operación y Distribución Total, S.A. de C.V.	28 de agosto de 2003	Juicio de amparo 407/2003	Se concedió la suspensión provisional. Resolución pendiente ¹⁴⁰ .
-------------------------------------------------	-------------------------------------------------------	-------------------------	------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------

105. La demandante exhibe actas notariales en las que constan diligencias de fe de hechos para sustentar su argumento de que algunos están operando con máquinas iguales o similares a las de EDM¹⁴¹. La manera como Thunderbird expone en su Escrito de Réplica el funcionamiento de ciertos establecimientos amerita una breve explicación del estado procesal de los juicios que están en curso, a los cuales la demandante omite referirse.

a. Club 21: Huixquilucan, Estado de México

106. La demandante presenta en su Escrito de Réplica el mismo argumento que desarrolló en su Escrito de Demanda acerca del establecimiento Club 21 en Huixquilucan, Estado de México. En su Escrito de Contestación a la Demanda, México explicó con detalle el juicio iniciado por Cesta Punta Deportes, S.A. de C.V. en contra de la clausura del Club 21. Señaló con claridad la razón jurídica por el cual este establecimiento se encuentra actualmente en operación. Thunderbird simplemente no ha dado respuesta a los argumentos y pruebas de México¹⁴².

107. La demandada remite al Tribunal a la lectura de su Escrito de Contestación a la Demanda en lo que respecta al establecimiento Club 21¹⁴³.

b. Reflejos: Río Bravo

108. Reflejos en Río Bravo fue clausurado por la SEGOB el 28 de agosto de 2003¹⁴⁴. Operación y Distribución Total, S.A. de C.V. interpuso juicio de amparo en contra de la clausura. El juez concedió la suspensión provisional. México ya explicó que la suspensión del acto reclamado no implica una determinación sobre la legalidad de los juegos. Se trata de una

¹³⁹ Anexo R-009-S.

¹⁴⁰ Véase el apartado III.A.1.b de éste escrito.

¹⁴¹ En el párrafo 60. y la nota al pie de página No. 77 de este escrito, la demandada aludió a las deficiencias que las actas notariadas presentan y que afectan su valor probatorio.

¹⁴² La demandante exhibió con su Escrito de Réplica un artículo publicado en la revista Milenio (Anexo C-97). El Anexo R-114 contiene una serie de artículos del mismo semanario relativo a las clausuras que la SEGOB realizó posteriormente a los demás establecimientos del Sr. Guardia. Este anexo también contiene notas periodísticas relativas a otras acciones recientes de SEGOB en la aplicación de la Ley Federal de Juegos y Sorteos.

¹⁴³ Cesta Punta Deportes impugnó la clausura del Club 21 y obtuvo una orden judicial de suspensión. El juicio fue resuelto en su contra en primera instancia, pero recurrió la sentencia. El juicio sigue en curso. Véase el apartado VI.D del Escrito de Contestación a la Demanda.

¹⁴⁴ Por error, la demandada señaló en su Escrito de Contestación a la Demanda que fue clausurado en octubre de 2001. Anexo R-009-S.

orden judicial de carácter precautorio, para que las cosas queden en el estado en que estaban antes de la clausura, mientras se resuelve sobre el fondo de la demanda de amparo¹⁴⁵.

c. Reflejos: Matamoros

109. En su Escrito de Réplica la demandante menciona dos establecimientos que operan máquinas de “habilidad y destreza” en Matamoros. Manifiesta que uno de ellos, “Reflejos”, ubicado en Plaza Fiesta, opera bajo la protección plena de la ley mexicana (“*under full protection of Mexican law*”) porque, según argumenta, obtuvo una sentencia definitiva que reconoce el derecho del inversionista nacional para operar máquinas de “habilidad y destreza (“*a final and binding determination by a Mexican court of the domestic investor’s right to operate skill machines*”)¹⁴⁶.

110. Sin embargo, la demandante omite informar al Tribunal sobre el estado real del asunto: El juzgador no resolvió que las operaciones con máquinas de “habilidad y destreza” sean legales. Determinó que existieron deficiencias procedimentales en el acto de clausura¹⁴⁷ y concedió el amparo para efectos de que el procedimiento de clausura se repusiera¹⁴⁸.

111. El Lic. Alberto Alcántara explica: “Se resolvió para ‘efectos’ lo que significa que no se analizan cuestiones de fondo, sino de forma del acto reclamado, en donde la autoridad puede ejercer de nueva cuenta sus atribuciones, sólo que cumpliendo en sus términos las determinaciones de la autoridad judicial. Es además necesario explicar que el sustento de dicha resolución judicial son las violaciones de forma que pudo haber encontrado, posibilitando que la autoridad administrativa actúe de nueva cuenta si se reúnen los requisitos legales para ello...”¹⁴⁹.

112. En consecuencia, la SEGOB clausuró nuevamente el establecimiento¹⁵⁰. Operación y Distribución Total interpuso un nuevo juicio de amparo. El juez otorgó la suspensión del acto reclamado¹⁵¹. El 23 de octubre de 2003 el juez concedió de nuevo el amparo para efectos.¹⁵² El 4 de diciembre de 2003, la SEGOB interpuso el recurso de revisión contra la sentencia. El juicio aún está en curso.

145. Véase el pie de página 137 del Escrito de Contestación a la demanda.

¹⁴⁶ Escrito de Réplica, p. 20, línea 4.

¹⁴⁷ Véase anexo R-009-K.

¹⁴⁸ La sentencia señala que el acto de clausura fue ilegal “por incumplir con la comisión de inspección que les fuera encomendada” y concluyó que “resulta procedente conceder a la impetrante el amparo y protección de la justicia”, añadiendo que “estas condiciones, por el resultado de la conclusión arribada, resulta innecesario el estudio de los demás conceptos de violación...”. Anexo C-96, p. 24.

¹⁴⁹ Testimonio de Alberto M. Alcántara Martínez, p. 4. Anexo R-125.

¹⁵⁰ Anexo R-009-P.

¹⁵¹ Anexo R-116.

¹⁵² Íd.

d. Los demás establecimientos identificados por la demandante

113. La demandada manifestó en su Escrito de Contestación a la Demanda que la operación ilícita de este tipo de establecimientos es un problema continuo y que en muchas ocasiones este tipo de establecimientos surge de manera clandestina. La demandada reitera que la SEGOB ha clausurado todos los establecimientos de los que ha tenido conocimiento. Por ejemplo, en su Escrito de Reclamación (*Notice of Arbitration and Statement of Claim*) presentado el 22 de agosto de 2002, la demandante alegó que competidores de Thunderbird seguían operando. Específicamente identificó a las empresas de Don Bradley. El Sr. Atallah subsecuentemente informó al Consejo de Administración de Thunderbird que la SEGOB había clausurado los establecimientos de Don Bradley (“*Don Bradley’s places were in fact shut down this week*”)¹⁵³.

114. En su Réplica, la demandante identifica dos nuevos establecimientos. Uno se localiza en Avenida Jorge del Moral s/n Colonia Lomas del Roble, en el Municipio San Nicolás de los Garza, Nuevo León. El 7 de marzo de 2003 la SEGOB clausuró el establecimiento “Bellavista Centro de Entretenimiento” ubicado en esta misma dirección. El propietario, Inmobiliaria Hotelera Cemarza, S.A. de C.V., promovió un juicio de amparo, pero subsecuentemente se desistió, por lo que el juicio fue sobreseído. La sentencia ha causado estado (es decir, no fue recurrida y es, por tanto, definitiva) con lo cual quedó firme la clausura.¹⁵⁴

115. La SEGOB no tenía conocimiento de la aparición de un nuevo establecimiento que operara en el mismo inmueble¹⁵⁵. También ignoraba la existencia del establecimiento “Reflejos” en la Plaza Comercial Soriana, ubicada en Lauro Villar en Matamoros, a la cual la demandante hace mención en su Escrito de Réplica¹⁵⁶. La SEGOB ha iniciado las acciones correspondientes¹⁵⁷.

2. La demandante no ha probado la existencia de discriminación por razón de la nacionalidad

116. La demandante intenta refutar la posición del gobierno de México de que debe demostrar que existió discriminación contra de EDM en razón de la nacionalidad de la demandante¹⁵⁸. En el Escrito de Contestación a la Demanda el gobierno de México demostró que Thunderbird no ha logrado comprobar que hubo discriminación de cualquier tipo en contra de EDM, ya sea por razón de la nacionalidad de la demandante o por cualquier otro motivo.

¹⁵³ Acta del Consejo de Administración de Thunderbird del 2 de mayo de 2003, p. 7. Anexo R-118. La demandada advierte que el Sr. Bradley es accionista de Operación y Distribución Total, S.A. de C.V., la propietaria de los establecimientos “Reflejos”. El Sr. Bradley también había prestado servicios a EDM anteriormente.

¹⁵⁴ Anexo R-117. Véase también el Anexo R-009-O.

¹⁵⁵ La demandante ofreció con su Escrito de Réplica una diligencia de fe de hechos notarial realizada el 3 de febrero de 2004 a petición del Sr. Carlos Gómez Álvarez Tostado, representante legal de EDM. Anexo C-Q. La SEGOB acudió al sitio y constató que éste continúa clausurado. El establecimiento al que hace mención la demandada se trata de otro establecimiento ubicado en el mismo inmueble.

¹⁵⁶ Véase p. 19, línea 25 del Escrito de Réplica.

¹⁵⁷ Anexo R-0128 y Anexo R-0131..

¹⁵⁸ Véase pp. 45-47 del Escrito de Réplica.

117. En la página 46 del Escrito de Réplica, la demandante argumenta que los tribunales del TLCAN “han aplicado reiteradamente un examen del trato nacional en tres partes”. Sin embargo, basa su argumento del “examen en tres partes” únicamente en el laudo del tribunal en el caso *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*¹⁵⁹, cuyo razonamiento ha sido rechazado por las tres Partes del TLCAN, además de que otros tribunales establecidos conforme al capítulo XI también han rechazado varias de sus conclusiones.

118. La demandante afirma que el tribunal de *Pope & Talbot* determinó que no se requiere demostrar una motivación de discriminar en contra de una inversión en razón de la nacionalidad extranjera de ésta o del inversionista respectivo. En otro caso posterior *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, el Tribunal determinó que el artículo 1102: “*is direct only to nationality-based discrimination and that it proscribes only demonstrable and significant indications of bias and prejudice on the basis of nationality*”¹⁶⁰. El Tribunal de *Loewen* coincidió con la postura concordante de las tres Partes del TLCAN.

119. Resulta importante considerar el razonamiento del Tribunal *Pope & Talbot en su debido contexto*. La preocupación del Tribunal en el caso *Pope & Talbot* era que pudiera eludirse la obligación de trato nacional a través de un trato aparentemente neutral: “*the approach proposed by the NAFTA Parties would tend to excuse discrimination that is not facially directed at foreign owned investments*”¹⁶¹. Sin embargo, al aplicar el estándar a las circunstancias concretas del caso, el Tribunal lo hizo sobre la base de la conducta que las Partes del TLCAN expresaron era constitutiva de la violación: el Tribunal buscó si hubo discriminación por motivos de nacionalidad, y específicamente utilizó la palabra “motivación” y otras frases que implican distinciones entre inversionistas extranjeros y nacionales y sus respectivas inversiones, por razones de nacionalidad. Al determinar que:

- la imposición de controles a la exportación sólo a la madera originaria de ciertas provincias no violó el artículo 1102, señaló: “*the decision affects over 500 Canadian owned producers precisely as it affects the Investor, it cannot be reasonably said to be motivated by discrimination outlawed by Article 1102*”¹⁶².
- la administración del otorgamiento de cuotas de exportación a nuevos entrantes al mercado no violó el artículo 1102, manifestó que ésta “*had a reasonable nexus with the rational policy of providing new entrants and it had no elements of discrimination against foreign-owned producers*”¹⁶³.
- el arreglo de una disputa entre la provincia de Colombia Británica y Estados Unidos no violó el artículo 1102, el Tribunal determinó “*there is no convincing evidence that it was based on any distinction between foreign-owned and Canadian owned companies*” y expresó en una nota al pie de página que ahonda sobre esta

¹⁵⁹ *Pope & Talbot, Inc. v. Canada, Award on the Merits of Phase 2*, 10 de abril de 2001.

¹⁶⁰ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. The United States*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo de fecha 26 de junio de 2003, ¶ 139.

¹⁶¹ *Pope & Talbot, Inc. v. Canada, Award on the Merits of Phase 2*, 10 de abril de 2001, ¶ 79.

¹⁶² Íd. ¶ 87.

¹⁶³ Íd., ¶ 93.

determinación: “*there is no hint that the decision to place the burden on the many users of LFB and UFB was motivated by the nationality of one of those users, the Investment*”¹⁶⁴.

120. Posteriormente, el Tribunal en el caso *Marvin Roy Feldman Karpa c. los Estados Unidos Mexicanos* también expresó preocupación porque escapara al alcance del artículo 1102 un trato en apariencia neutral, pero cuyo efecto fuese denegar trato nacional. Reconoció que un Estado puede establecer distinciones entre clases de inversionistas (“el concepto de discriminación ha sido definido de manera tal que implica diferencias no razonables entre inversionistas extranjeros y locales en circunstancias similares”¹⁶⁵) y que ello generalmente no es ilícito. Demuestra que entendió plenamente que el artículo requiere investigar la motivación o la intención al establecer distinciones irrazonables.

121. Al igual que el Tribunal en el caso *Pope & Talbot*, al aplicar el estándar de trato nacional el Tribunal en el caso *Feldman* buscó si hubo discriminación motivada por la nacionalidad del inversionista¹⁶⁶.

122. Es así que, contrario a lo que la demandante sostiene, cuando se analiza con cuidado los casos, todos coinciden con la interpretación de las tres Partes del TLCAN de que el artículo 1102 prohíbe la discriminación por motivos de nacionalidad. Cuando la medida en cuestión es neutral y la motivación no es clara, el análisis se centra en los elementos que permitan determinar si el trato menos favorable se explica por una distinción indebida entre nacionales y extranjeros.

3. EDM no está en circunstancias similares a las de los establecimientos clausurados que obtuvieron la suspensión temporal de la clausura por resolución judicial

123. La demandante insiste en que México ha permitido que sus nacionales operen establecimientos con máquinas iguales o similares a las de EDM. Manifiesta: “*the bottom line, under 1102, is that some local businesses, operating in like circumstances, are open today while Thunderbird’s EDMs are not*”¹⁶⁷. Thunderbird argumenta que esto es suficiente para comprobar una violación del artículo 1102.

124. Según México ya explicó¹⁶⁸ la SEGOB ha clausurado todos aquellos establecimientos en los que ha detectado la operación de juegos ilegales, incluidos los de EDM. La mayoría ha impugnado judicialmente las órdenes de clausura y algunos han obtenido la suspensión temporal, de modo que han podido continuar operando, al amparo de ésta, hasta en tanto se resuelva el juicio en forma definitiva.

¹⁶⁴ Id., ¶ 103 y nota al pie de página 86.

¹⁶⁵ *Marvin Roy Feldman Karpa v los Estados Unidos Mexicanos*. Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1. Laudo de fecha 16 de diciembre de 2002, ¶ 170. Énfasis en el original.

¹⁶⁶ Id., ¶¶ 174, 175 y 180.

¹⁶⁷ Escrito de Réplica, p. 49.

¹⁶⁸ Cf. el apartado III.A.1 de este escrito.

125. EDM no se encuentra en “circunstancias similares” a las de esos establecimientos, puesto que, si bien interpuso sendos juicios de amparo, no obtuvo la suspensión judicial del acto reclamado¹⁶⁹. Es más, en el caso de Nuevo Laredo, el juicio de amparo contra la orden de clausura se resolvió en contra de EDM en forma definitiva; en el caso de Reynosa y Matamoros, EDM se desistió del juicio que interpuso.

126. Thunderbird no ha presentado prueba alguna que demuestre que la decisión de EDM de desistirse de los procedimientos judiciales intentados pueda atribuirse al gobierno de México. Es más, Thunderbird ni siquiera alega que el que los tribunales nacionales en algunos casos hayan concedido la suspensión del acto reclamado viola el artículo 1102. En virtud de los fallos emitidos por los tribunales nacionales en contra de EDM y del hecho de que ésta se desistió de los demás recursos intentados, Thunderbird carece de fundamento para argumentar que México no ha cumplido con su obligación del artículo 1102.

127. En virtud de que en el Escrito de Contestación a la Demanda la demandada demostró que EDM no está en circunstancias similares a los otros propietarios de establecimientos con los que pretende compararse, en su Escrito de Réplica Thunderbird ahora pretende justificar el desistimiento de EDM de los procedimientos judiciales internos argumentando que habría sido “inútil” continuar “dadas las pruebas de que los procesos no serían conducidos con equidad” y que Thunderbird “eligió los recursos disponibles conforme al TLCAN, en lugar de los recursos disponibles conforme al derecho interno”¹⁷⁰. El argumento no tiene sustento.

128. Thunderbird sustenta en el testimonio del Lic. Navarro su argumento de que “había factores políticos” y “pruebas” de que los procesos no serían conducidos con equidad. Sin embargo, el Sr. Navarro no se refiere a “factores políticos” ni declara que los procesos no serían conducidos con equidad. Manifiesta:

[EM] nos solicitó nos desistiéramos de los Amparos presentados por las negociaciones mercantiles de su propiedad ubicadas en las ciudades de Nuevo Laredo, Matamoros y Reynosa, Tamps., a fin de dar cumplimiento a disposiciones del Tratado de Libre Comercio y proceder a presentar su demanda arbitral en contra del Gobierno Mexicano.¹⁷¹

129. No hay pruebas de que los tribunales mexicanos hayan actuado en forma incorrecta o inequitativa —ni siquiera Thunderbird lo ha alegado. De hecho, tribunales distintos —incluidos los tribunales de apelación—, ubicados en distintos lugares resolvieron de manera uniforme en contra de EDM, de acuerdo con la jurisprudencia que los rige¹⁷².

169. En dos ocasiones obtuvo la suspensión del acto reclamado, pero fue revertida tras haber recurrido la SEGOB la resolución correspondiente.

170. Escrito de Réplica, p. 47.

¹⁷¹ Anexo C-U, pp. 10 y 11.

172. Tanto los tribunales de amparo, como el Tribunal de Justicia Federal y Administrativa sobreyeron los juicios interpuestos por EDM por que se interpusieron simultáneamente el juicio de amparo y el juicio de nulidad en contra de los mismos actos y por los mismos conceptos de violación. La jurisprudencia mexicana confirma que no procede.

130. Por otro lado, según se precisó en el Escrito de Contestación a la Demanda¹⁷³, el artículo 1121 del TLCAN establece que, para poder someter una reclamación a arbitraje conforme al TLCAN, un inversionista contendiente debe renunciar a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante tribunales nacionales “salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario, que no impliquen el pago de daños”. La propia demandante reconoce que el artículo 1121 “*provides investors with the option of simultaneously seeking ... injunctive relief in a domestic court*”¹⁷⁴. Los juicios de amparo son de naturaleza declarativa, puesto que tienen por objeto resolver sobre la legalidad de los actos de autoridad —también pueden incluir medidas de carácter suspensivo. No son procedimientos para la obtención de daños. En consecuencia, la demandante no puede argumentar que era un “prerrequisito necesario” renunciar a éstos para entablar una reclamación conforme al capítulo XI del TLCAN.

131. La demandante alude a las excepciones que México presentó en el caso *Waste Management, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*¹⁷⁵ en relación con el artículo 1121 y los procedimientos que la empresa en cuestión había instaurado en el foro nacional. Argumenta, incorrectamente, que el gobierno de México “*was possessed of a far different opinion of Article 1121 only a short time ago*”¹⁷⁶.

132. De hecho el laudo arbitral en el caso *Waste Management* establece de forma clara que las tres reclamaciones presentadas por *Waste Management* ante tribunales nacionales fueron: (i) una “reclamación de cantidad más daños y perjuicios por impago de facturas”; (ii) una reclamación por “incumplimiento en pago de ciertas facturas”; y (iii) “reclamación de daño por impago de servicios”¹⁷⁷. Todos los procedimientos instaurados en el foro interno tenían por finalidad obtener el pago de daños, de modo que la renuncia prevista en el artículo 1121 del tratado era exigible. La postura del gobierno de México en el caso *Waste Management* es plenamente congruente con la que sostiene en éste.

133. El argumento de la demandante en relación con algunos establecimientos que operan al amparo de una resolución judicial temporal presenta varias deficiencias. La demandante se limita a señalar que algunos establecimientos operan actualmente con máquinas idénticas o similares a las de EDM. Sin embargo, según ya se señaló, no contesta las pruebas y los argumentos de México de que algunas empresas obtuvieron la suspensión judicial de los actos de clausura como medida precautoria mientras concluyen los juicios respectivos. Tampoco contesta los argumentos de México de que los tribunales nacionales fallaron en contra de EDM en el caso de Nuevo Laredo, motivo por el cual la clausura quedó firme; además de que en esos procesos judiciales EDM no obtuvo la suspensión del acto reclamado.

134. De tal manera, es obvio que EDM no se encuentra en circunstancias similares a la de otros establecimientos que cuentan con una resolución judicial que suspende temporalmente la orden de clausura. No debe pasar inadvertido que fue EDM la que definió sus propias estrategias

¹⁷³ Escrito de Contestación a la Demanda, p. 58.

¹⁷⁴ Escrito de Réplica, p. 48.

¹⁷⁵ Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2.

¹⁷⁶ Escrito de Réplica, p. 47, nota al pie de página No. 24.

¹⁷⁷ Laudo de fecha 2 de junio de 2000, ¶ 25.

procesales y decidió interponer simultáneamente recursos incompatibles entre sí, así como abandonar los procedimientos iniciados.

B. La demandante no ha identificado ninguna violación al artículo 1105

135. Con su Escrito de Contestación a la Demanda, la demandada ofreció el dictamen jurídico del Dr. José María Serna de la Garza acerca del procedimiento administrativo en el derecho mexicano¹⁷⁸. El Escrito de Réplica no contiene una sola referencia a ese dictamen.

136. La respuesta de la demandante se centra en una cuestión totalmente incidental, la presencia del Lic. Humberto Aguilar Coronado en la audiencia administrativa del 10 de julio de 2001. La demandante argumenta extensamente y ha presentado numerosos testimonios para poder afirmar que la demandada ha “declarado falsamente” que el Lic. Aguilar Coronado estuvo presente y presidió la audiencia¹⁷⁹.

137. En su Escrito de Contestación a la Demanda, la demandada manifestó que el Lic. Aguilar Coronado presidió la audiencia administrativa, lo cual es cierto, aún cuando no haya estado presente¹⁸⁰. De acuerdo con la normatividad aplicable, correspondía a la entonces Dirección General de Gobierno de la SEGOB el vigilar, tramitar y autorizar los actos referentes a la Ley Federal de Juegos y Sorteos y demás normatividad aplicable. En tal virtud, el Director General de Gobierno era el funcionario responsable de la tramitación y resolución de los diversos asuntos que eran atribución de la unidad administrativa que encabezaba, aunque obviamente era asistido por diversas unidades administrativas adscritas a la Dirección General, integradas, a su vez, por distintos funcionarios de diverso rango. La Dirección General de Gobierno también se apoyaba en otras áreas de la SEGOB, por ejemplo, en la entonces Dirección General de Asuntos Jurídicos.

138. De tal manera, el Lic. Aguilar Coronado presidió formalmente la audiencia, aun cuando no estuvo presente. El Lic. Alberto Alcántara testifica que ésta es “una práctica común y válida”¹⁸¹. El Lic. Alcántara participó en la tramitación y substanciación de dicha audiencia, en efecto fue él quien la condujo¹⁸². Es, por tanto, irrelevante que el Lic. Aguilar Coronado no haya estado presente. En efecto, el representante legal de EDM, Luis Ruiz de Velasco, quien asistió a la audiencia, firmó el acta sin haber manifestado que de alguna manera constituyera una irregularidad que el Lic. Aguilar Coronado no hubiese estado presente, no obstante que claramente indica que presidió la audiencia. Es más, EDM no impugnó estos hechos, incluso en los juicios de amparo y de nulidad que promovió contra la clausura del establecimiento.

139. La demandante insiste en su argumento sobre el supuesto trato que recibió de parte del Sr. Guadalupe Vargas y su supuesta actitud en el desarrollo de la audiencia¹⁸³. La demandada

¹⁷⁸ Anexo R-054.

¹⁷⁹ Escrito de Réplica, p. 14.

¹⁸⁰ Escrito de Contestación a la Demanda, pp. 125 y 126.

¹⁸¹ Segundo Testimonio de Alberto Alcántara. Anexo R-125.

¹⁸² Íd.

¹⁸³ Escrito de Réplica, p. 4.

reitera que la participación del Sr. Vargas en el procedimiento administrativo fue muy limitada¹⁸⁴. El Lic. Alcántara niega que el Sr. Vargas haya tenido la actitud que la demandante manifiesta. En todo caso, la resolución del 10 de octubre de 2001 contiene un análisis jurídico detallado que sustenta el resultado, realizado bajo la responsabilidad del Lic. Aguilar Coronado, quien la emitió. El Sr. Vargas no emitió la resolución.

1. No hay una reclamación de denegación de justicia atribuible a los tribunales mexicanos

140. La demandante admite: “*In this case, the measures at issue arise from the decisions of SEGOB officials, rather than those of a Mexican court*”¹⁸⁵. Según ya se señaló, la declaración del Sr. Navarro se refiere a la conducta de la SEGOB. No declara que haya habido irregularidades en la actuación de los tribunales locales. Específicamente, el Sr. Navarro declaró:

EM consideró que la conducta de la SEGOB encuadraba en un trato desigual con inversionistas mexicanos, pues contrario a como se actúo en contra de ellos, existen en varios lugares de la República Mexicana centros de diversión para adultos con máquinas de habilidad y destreza, DE OPERACIÓN IDÉNTICA A LAS MÁQUINAS DE “EDM”, que no han sido clausuradas, cerradas y sancionadas [lo que dio como resultado el desistimiento del Amparo].¹⁸⁶

141. La SEGOB, la autoridad competente en la materia, ha sido constante en la interpretación de que la Ley Federal de Juegos y Sorteos prohíbe los juegos en cuestión, puesto que se trata de juegos de azar y juegos con apuesta. De manera uniforme ha clausurado todos los locales en los que ha detectado este tipo de juegos. Los tribunales nacionales han desechado la mayoría de las demandas de amparo promovidas por los particulares; en otros dos casos los tribunales determinaron que en los actos de clausura no se cumplieron los requisitos de procedimiento, por lo que concedió el amparo para efectos de que se repusiera el procedimiento de clausura; y existen otros casos en los que los amparos aún no se han resuelto. A la fecha, ningún tribunal se ha pronunciado sobre el fondo de la interpretación de la SEGOB. De tal manera, la única interpretación jurídica sobre esta cuestión es la de la SEGOB. Los tribunales mexicanos no la han revertido y, por tanto, se mantiene como jurídicamente válida¹⁸⁷.

142. En el caso particular de EDM, es claro que la empresa intentó reclamar simultáneamente las mismas violaciones respecto de los mismos actos, ante tribunales distintos. Siguió esta estrategia en relación con la clausura del establecimiento de Nuevo Laredo. Los tribunales (tanto el de amparo como el que conoció del juicio de nulidad) resolvieron con base en las disposiciones legales claras, de acuerdo con la jurisprudencia. En el caso de Nuevo Laredo, el

¹⁸⁴ Escrito de Contestación a la Demanda, p. 126. El Sr. Vargas únicamente tuvo un papel activo en la primer diligencia de inspección y clausura del local de Nuevo Laredo. Aunque estuvo presente en la audiencia del 10 de julio de 2001, fue el Lic. Alcántara a quien correspondió la tramitación y substanciación de la misma. Véase también el Segundo Testimonio de Alberto Alcántara, p. 1. Anexo R-125.

¹⁸⁵ Escrito de Réplica, p. 48, nota al pie de página No. 25.

¹⁸⁶ Testimonio de Javier Navarro, p. 10. Anexo C-O.

¹⁸⁷ Cf. el laudo del Tribunal en el caso *Robert Azinian et al. c. Estados Unidos Mexicanos*. Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2 Laudo de fecha 1º de noviembre de 1999, ¶ 78.

juicio de amparo procedió hasta la última instancia. Se resolvió en contra de EDM. El juicio de nulidad se resolvió en contra de EDM, que promovió un juicio de amparo diverso contra la sentencia del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, pero se desistió de él. En los casos de Reynosa y Matamoros, EDM también promovió juicio de amparo por la clausura de dichos establecimientos pero se desistió antes de que los tribunales fallaran en primera instancia.

143. Thunderbird manifiesta que el sistema de justicia mexicano es “rudimentario” y sugiere que ello no es suficiente para cumplir con la obligación de otorgar trato justo y equitativo. Sin embargo, al margen del uso burdo e infundado de calificativos, lo cierto es que la demandante no ha demostrado que la conducta de las cortes mexicanas haya sido irregular, arbitraria o inequitativa. De hecho, ni siquiera lo alega¹⁸⁸.

2. La demandante no impugnó los actos relativos al desarrollo de la audiencia administrativa

144. La demandante reclama que fue objeto de una denegación de justicia administrativa. Sin embargo, omite analizar el fondo de la resolución administrativa de la SEGOB y no ofrece respuesta a los argumentos que México hace en las páginas 60 a la 64 del Escrito de Contestación a la Demanda ni al dictamen jurídico del Dr. José María Serna. Ante la descripción precisa que hizo México del procedimiento administrativo, y la explicación detallada del análisis jurídico contenido en la resolución del 10 de octubre de 2001, que sustenta la determinación de clausurar los establecimientos de EDM, la demandante, no ha tenido otro argumento que recurrir al simple etiquetado: tilda a la audiencia administrativa de “farsa”, la conducta de los funcionarios de la SEGOB de “manifiestamente arbitraria”, una “absurda” valoración de las pruebas presentadas, etc.

145. Los alegatos de la demandante, sin embargo, carecen de cualquier sustento. No debe pasar inadvertido que, pese a las protestas que ahora hace respecto de la conducción de la audiencia administrativa, EDM no entabló recursos para impugnar la actuación de la SEGOB durante la audiencia. El Lic. Ruiz de Velasco firmó el acta de la audiencia, sin expresar inconformidad alguna. Es más, cuando recurrió al juicio de amparo, tras la clausura de los establecimientos, EDM ni siquiera se inconformó contra los actos relativos al desarrollo de la audiencia. Según ya se mencionó, las supuestas irregularidades a las que alude el Lic. Navarro se refieren más bien a las acciones de la SEGOB en la diligencia de inspección y clausura de los establecimientos, no al procedimiento administrativo previo.

146. Es claro que cuando se reclama una denegación de justicia por parte del Estado, debe verse el sistema de impartición de justicia en forma íntegra¹⁸⁹. El derecho mexicano establece medios de defensa contra la actuación de las autoridades administrativas. Esos medios de defensa estuvieron disponibles y, de hecho, EDM los accionó. Sin embargo, no impugnó los actos que ahora reclama.

147. En consecuencia, la reclamación simplemente no se sostiene. Debe desecharse.

188. Véase el Escrito de Contestación a la Demanda, apartado VII.C.3.

189. Véase por ejemplo el Laudo en el caso *Loewen*.

3. La demandante cita las fuentes fuera de contexto

148. Las conclusiones de la demandante sobre el nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario no examinan debidamente el contexto de los casos que cita. La demandante propone un nivel de trato amplio, y se refiere a los laudos en los casos *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, Mondev International Ltd. v. United States of America*, y *ADF Group, Inc. v. United States of America* (aunque reconoce que en cada uno de éstos los tribunales negaron que hubiese habido una violación al nivel mínimo de trato)¹⁹⁰.

149. La demandante también ignora la decisión de una Cámara de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)*¹⁹¹. En este caso, la controversia involucró la requisita de una fábrica por el alcalde de Palermo —que subsecuentemente fue declarada ilegal por los tribunales italianos, toda vez que constituyó un exceso de facultades por parte del alcalde— que se alegó fue un acto arbitrario conforme al derecho internacional. La Corte manifestó:

128. *Arbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law. This idea was expressed by the Court in the Asylum case, when it spoke of “arbitrary action” being “substituted for the rule of law” (Asylum, Judgment, I.C.J. Reports 1950, p. 284). It is a willful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of judicial propriety....*

150. Aunque después los tribunales italianos determinaron que los actos del alcalde fueron ilegales conforme al derecho italiano, la Corte determinó que no lo eran conforme al derecho internacional. El caso *ELSI* ha sido citado con aprobación por los tribunales establecidos en el marco del TLCAN¹⁹².

151. La demandante manifiesta que las instalaciones de EDM fueron “clausuradas inexplicablemente” y que “los resultados de la audiencia [administrativa] fueron sorprendentemente arbitrarios”¹⁹³. Sustenta en ello sus argumentos sobre “arbitrariedad manifiesta” contenidos en las páginas 60 a la 63 de su Escrito de Réplica, que, no obstante, nuevamente carecen de cualquier análisis. La demandante otra vez recurre al simple etiquetado.

¹⁹⁰ Escrito de Réplica, pp. 50-54.

¹⁹¹ 1989 I.C.J. 15.

¹⁹² Laudo en el caso *ADF*, ¶ 190. Laudo en el caso *Mondev*, ¶ 108. El Tribunal citó el Escrito de México conforme al artículo 1128 en relación con el caso *ELSI* y el concepto de arbitrariedad. Señaló: “*The key point is that the Chamber accorded deference to the respondent’s legal system in applying the standard, finding that even though the mayor’s act of requisitioning the factory at issue in the case was unlawful at Italian law as an excess of power, mere illegality did not equate to arbitrariness at international law.*”

¹⁹³ Escrito de Réplica, p. 62.

152. La evidencia demuestra que la SEGOB se condujo conforme a las leyes que regulan el procedimiento administrativo¹⁹⁴ y basó su decisión en un detallado análisis de los hechos, las pruebas y el derecho aplicable. Los actos de la SEGOB fueron razonables y predecibles.

153. La demandante también argumenta que procedió en su detrimento, con base en la opinión favorable de la SEGOB del 15 de agosto de 2000 (“*detrimental reliance*”). Este argumento tiene como fundamento el hecho —ya desvirtuado— de que el oficio de la SEGOB del 15 de agosto de 2000 constituye un permiso para las actividades o máquinas específicas, y no una opinión general sobre el derecho aplicable a la luz de la descripción que hizo EDM de las máquinas en su solicitud del 3 de agosto. El gobierno de México ya ha refutado esa reclamación, además de que la demandante reconoce en su Escrito de Réplica que el oficio de la SEGOB no constituía un permiso o autorización.

154. La demandante argumenta que la SEGOB se encontraba impedida (“*estopped*”) para determinar si se trataba o no de máquinas ilegales. Debe destacarse que el término “*estoppel*” tiene un significado particular en el derecho internacional, que coincide con la de los tribunales municipales respecto de la interpretación del derecho interno. En particular, la doctrina del impedimento se relaciona con la determinación de los hechos, no sobre cuestiones jurídicas.

155. El profesor Brownlie cita al profesor Bowett en relación a este tema en su libro *Principles of Public International Law*:

*Professor Bowett has stated the essentials to be: (1) a statement of fact which is clear and unambiguous; (2) the statement must be voluntary, unconditional, and authorized; and (3) there must be reliance in good faith upon the statement or to the advantage of the party so relying on the statement.*¹⁹⁵

[Énfasis propio]

156. Brownlie continúa con la cita de Bowett:

*It is now reasonably clear that the essence of estoppel is the element of conduct which causes the other party, in reliance on such conduct, detrimentally to change its position or to suffer some prejudice. Without dissenting from this as a general and preliminary proposition, it is necessary to point out that estoppel in municipal law is regarded with great caution, and that the ‘principle’ has no particular coherence in international law, its incidence and effects not being uniform*¹⁹⁶.

[Énfasis propio]

157. El oficio de la SEGOB no constituye una opinión de los hechos que pueda dar lugar a un impedimento, según lo describe el Profesor Bowett. Así mismo, según reconoció el Tribunal en el caso Feldman, un argumento relativo al sustento en actos de la autoridad y el impedimento (*estoppel/reliance*) no puede considerarse como precedente cuando, como en este caso, la

¹⁹⁴ Cf. el Dictamen Jurídico del Dr. José María Serna Anexo R-054

¹⁹⁵ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, (5th ed.), p. 646.

¹⁹⁶ Id.

actuación de la SEGOB ha interpretado y aplicado la ley de manera uniforme, prohibiendo en todo caso el funcionamiento de este tipo de máquinas. Además, la demandante conocía la posición de la SEGOB antes de que EDM iniciara operaciones. La demandante explicó en su Escrito de Demanda que sabía que la posición de la SEGOB había dado lugar a un “altercado legal significativo” entre la SEGOB y el Sr. Guardia respecto de la operación de establecimientos con máquinas de “habilidad y destreza”¹⁹⁷.

C. No hay un derecho patrimonial que pueda ser reconocido

158. La demandante ahora coincide con la demandada que México “no requiere pagar compensación por neutralizar efectivamente un negocio ilegal” (“*need not pay compensation for effectively neutralizing an unlawful business undertaking*”)¹⁹⁸. Sin embargo; reclama que Thunderbird tenía un “derecho adquirido” de que EDM podría utilizar sus máquinas sin la interferencia del gobierno, basado en el sustento en su perjuicio (“*detrimental reliance*”) en el oficio del 15 de agosto de 2000. Según México señaló en los párrafos 242 al 252 de su Escrito de Contestación a la Demanda, el sistema jurídico mexicano es el que define los derechos pertinentes. En consecuencia, o bien el oficio de la SEGOB establece un derecho para operar las máquinas en cuestión, o no lo establece. La supuesta existencia de una expectativa razonable no puede crear derechos, donde éstos no existen conforme al derecho municipal. Pero la ausencia de tal expectativa razonable, como en este caso, impide que un inversionista pueda reclamar en el plano internacional que sus derechos han sido violentados.

159. La demandada ha explicado de manera exhaustiva las razones por las cuales Thunderbird no podía tener la expectativa razonable de que a EDM se le permitiría operar las máquinas en cuestión¹⁹⁹. Sin embargo, también debe apreciarse otra incongruencia significativa que refuta su posición: La demandante ha explicado que tenía amplio conocimiento de que la SEGOB había clausurado los establecimientos de otros operadores, por ejemplo los del Sr. Guardia, y que éstos habían instaurado procedimientos judiciales que habían dado lugar a lo que la demandante ha

¹⁹⁷ En el caso *Feldman*, el Tribunal concluyó:

148. Los hechos, y la razonabilidad de que el Demandante se basara en el caso Metalclad, son, por lo tanto, muy distintos del caso que nos ocupa. En el caso Metalclad, las garantías que el gobierno mexicano le proporcionó al inversionista al manifestar que el Gobierno Federal era la autoridad que concedía el permiso para la construcción y operación de rellenos sanitarios y que Metalclad había obtenido todos los permisos federales y de otro tipo para dichas instalaciones, fueron definitivas, inequívocas y expresadas en repetidas oportunidades. (Ver *ibid*, par. 28-41.) Como tampoco hay indicación alguna de que las garantías recibidas por Metalclad, a pesar de ciertas ambigüedades, fueran, en principio, incompatibles con la legislación mexicana. Finalmente, a Metalclad se le privó del uso de su propiedad, la que fue transformada en un “área ecológica.”

149. En cambio, en este caso, el gobierno mexicano se opuso a las actividades comerciales del Demandante en todo momento, salvo unos pocos periodos durante los cuales se le otorgaron las devoluciones. Asimismo, en este caso, las garantías en las que presuntamente se basó el Demandante (garantías que México niega haber dado) fueron, en el mejor de los casos, ambiguas y en gran medida informales (ya que el Demandante nunca intentó obtener una resolución formal y por escrito sobre la cuestión planteada por el Artículo 4, ni litigó el asunto sino hasta 1998).

Feldman, Laudo arbitral, ¶¶ 148 y 149.

¹⁹⁸ Escrito de Réplica, p. 65.

¹⁹⁹ Escrito de Defensa, pp. 31-34.

llamado “un altercado legal significativo”. De hecho, la totalidad de la reclamación por violación al artículo 1102 se basa en que las máquinas utilizadas por tales operadores son idénticas a las de EDM. Entonces, ¿cómo podía Thunderbird esperar razonablemente que la SEGOB permitiría la operación de EDM si sabía que había prohibido las operaciones “idénticas” de otros establecimientos, y que estaba defendiendo vigorosamente su posición ante los tribunales nacionales al grado que se encontraba en un “altercado legal significativo” con los propietarios?

160. Respecto de la aplicación del artículo 1110, la demandante argumenta que su reclamación y la reclamación del Sr. Feldman difieren en cuanto a que el Sr. Feldman “nunca solicitó la opinión de los funcionarios mexicanos para confirmar que calificaba debidamente para la devolución de impuestos que posteriormente le serían negadas”²⁰⁰. De hecho el Sr. Feldman argumentó que, a través de pláticas con diversos funcionarios, en efecto obtuvo la seguridad de que podía llevar a cabo sus operaciones y obtener la devolución de impuestos²⁰¹, no debe soslayarse la manera por demás ambigua —por decir lo menos— en que EDM realizó la solicitud del 3 de agosto de 2000, especialmente cuando sabía que la SEGOB había prohibido exactamente las mismas operaciones y clausurado los establecimientos. Si EDM hubiese querido obtener una respuesta precisa de la SEGOB, le habría bastado con manifestar en su solicitud que pretendía operar —es más, que estaba ya operando— máquinas “idénticas” a las de los establecimientos del Sr. Guardia que tenían procedimientos judiciales.

161. Simplemente no es creíble el argumento de la demandante sobre el sustento en la certidumbre (*detrimental reliance*) del oficio del 15 de agosto de 2000.

D. Excepción de incompetencia: El que Thunderbird no haya presentado su reclamación conforme al artículo 1116 no le permite reclamar el pago de daños conforme al artículo 1110.

162. Sobre el hecho de que Thunderbird no haya presentado su reclamación conforme al artículo 1116 (a diferencia de la reclamación que presenta conforme al artículo 1117, supuestamente en representación de EDM) la demandante presenta una serie de argumentos poco claros entre sí. Primero señala “*a breach of Article 1110 will also constitute a breach of Article 1105, as a matter of simple logic*”²⁰². Sin embargo, este argumento es contrario a la interpretación de la Comisión de Libre Comercio del 31 de julio de 2001 que dispone: “Una resolución en el sentido de que ha existido una violación a otra disposición del TLCAN o a un acuerdo internacional distinto no determina que se ha violado el artículo 1105(1).” Conforme a lo anterior, una violación del artículo 1105 no puede considerarse una violación del artículo 1110, por ese sólo hecho²⁰³.

163. La demandante también argumenta que el derecho internacional consuetudinario prohíbe la expropiación sin el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, de modo que el

²⁰⁰ Escrito de Réplica, p. 65.

²⁰¹ *Feldman*, Laudo arbitral, ¶ 18.

²⁰² Escrito de Réplica, p. 66.

²⁰³ Escrito de Contestación a la Demanda, pp. 60 y 61.

artículo 1110 es irrelevante (“*it accordingly does not matter whether Article 1110 exists*”)²⁰⁴. No queda claro la razón por la cual la demandante estima que este argumento refuerza su postura de que tiene derecho a presentar una reclamación conforme al artículo 1110.

164. Por último, la demandante argumenta que, dado que la definición de “inversión” contempla bienes que no son “empresas”, se le debe permitir presentar una reclamación en representación de EDM por la supuesta violación a las obligaciones establecidas en el artículo 1110²⁰⁵. Al presentar este argumento, la demandante malinterpreta esta disposición jurídica. El artículo 1110 obliga a las partes del TLCAN a no expropiar una “inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio” sin cumplir con los requisitos que esto conlleva. EDM no es un “inversionista de otra parte” y, por lo tanto, el artículo 1110 no obliga al gobierno de México respecto de EDM. En otras palabras, Thunderbird no puede presentar una reclamación en representación de EDM por una supuesta expropiación de EDM, ni por una supuesta expropiación de cualquier derecho patrimonial de EDM.

165. Es importante distinguir entre los artículos 1116 y 1117. La sección B del capítulo XI permite la presentación de reclamaciones únicamente por supuestas violaciones a las disposiciones de la sección A del mismo capítulo. Conforme al derecho internacional consuetudinario, el capítulo XI no permite que una persona moral de una parte presente una reclamación en contra de su mismo Estado. En este sentido, el artículo 1117 (4) establece: “Una inversión no podrá presentar una reclamación conforme a esta sección”.

166. El artículo 1117, a diferencia del derecho internacional consuetudinario, permite a un inversionista extranjero presentar una reclamación derivada en representación de una persona moral de otra de las Partes conforme a ciertos preceptos del capítulo XI. Las obligaciones para con las “inversiones” (a diferencia de las obligaciones para con los “inversionistas”) se encuentran contempladas en los artículos 1102 (2), 1103(2), 1105 y 1107. Thunderbird optó por presentar su reclamación exclusivamente como una reclamación derivada en representación de EDM, y no en su propio nombre como inversionista.

167. La naturaleza derivada de la reclamación debe mantenerse a lo largo del arbitraje y debe reflejarse en cualquier indemnización que pudiese otorgar el Tribunal. Por ejemplo, el artículo 1135 (2) requiere que en el caso de una reclamación exitosa en representación de la empresa, el pago de la indemnización o la restitución “se otorgue a la empresa”. También dispone que el laudo arbitral “dispondrá que el mismo se dicte sin perjuicio de cualquier derecho que cualquier persona tenga sobre la reparación conforme a la legislación aplicable”²⁰⁶. Esta disposición reconoce a la empresa y sus relaciones jurídicas como entidades diferentes. El párrafo 2 de este artículo fue diseñado para asegurar que, por ejemplo, los acreedores de una empresa puedan presentar una reclamación conforme al artículo 1117 con respecto a daños pecuniarios que pudiesen ser concedidos a la empresa²⁰⁷. El Tribunal carece de autoridad para ignorar el texto del

²⁰⁴ Escrito de Réplica, p. 67.

²⁰⁵ Escrito de Réplica, pp. 67-69.

²⁰⁶ Artículo 1117(2) del TLCAN.

²⁰⁷ El artículo 1116 no contempla dicha disposición en virtud de que el interés patrimonial reclamado difiere del de la empresa.

capítulo XI y para reconsiderar una reclamación conforme al artículo 1117 como una reclamación conforme al artículo 1116.

168. Por último, en aparente reconocimiento de que sus demás argumentos son insostenibles, la demandante busca corregir su reclamación e incorporar una reclamación conforme al artículo 1116 por violación al artículo 1110 por su propio derecho, como inversionista de una Parte. El hecho que la demandante considere que puede corregir su reclamación a estas alturas del procedimiento es simplemente inaceptable.

169. Si el Tribunal decide aceptar la reclamación de la demandante conforme al 1116, y decide en su momento otorgar una compensación de conformidad al artículo 1110, cualquier evaluación de daños deberá limitarse exclusivamente a la supuesta inversión de Thunderbird en EDM.

IV. RESPUESTA A LOS ALEGATOS SOBRE LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS

A. Introducción

170. Los argumentos que se presentan a continuación se hacen sin perjuicio de la defensa de la demandada en materia de responsabilidad y las excepciones de incompetencia que ha opuesto.

171. La demandante no ha dado respuesta a la defensa de la demandada a la reclamación de daños. El Escrito de Réplica describe de manera equivocada los argumentos jurídicos que México hace sobre la ley y no responde a las pruebas y alegatos presentados sobre los hechos.

172. La única prueba que presenta la demandante en respuesta a la defensa a la reclamación de daños del gobierno de México es la segunda declaración del Sr. Booker T. Copeland III²⁰⁸. No presenta un dictamen de réplica preparado por *The Innovation Group*, el perito de la demandante en materia de daños. México demostrará a continuación que el argumento central del Sr. Copeland “que los estados financieros auditados de las sociedades EDM no deben utilizarse para proyectar la rentabilidad futura porque están sesgados” no tiene mérito.

B. La defensa de México a los argumentos jurídicos

173. El análisis de daños de México se basa en el significado ordinario de los artículos 1117 y 1110(2) y la jurisprudencia aplicable del TLCAN. Con el fin de esclarecer este punto, la demandada confirma que se basó únicamente en lo señalado anteriormente²⁰⁹.

174. Por lo que se refiere a la interpretación del artículo 1110(2), la demandada reitera su opinión acerca de lo dicho por el Tribunal en el caso *Metalclad*:

118. ...Con respecto a la expropiación, el artículo 1110(2) del TLCAN estipula, específicamente, que la indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se

²⁰⁸ Anexo C-W.

²⁰⁹ Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 318-325.

haya llevado a cabo. Este párrafo también establece que “los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado”.

119. Normalmente, el valor justo de mercado de una empresa en actividad que ha tenido una trayectoria de rentabilidad puede basarse en la estimación de las ganancias futuras, sujetas a un análisis de la actualización de los flujos de fondos. *Benvenuti y Bonfant Srl c. el Gobierno de la República del Congo*, 1 ICSID Reports 330; 21 I.L.M. 758; *AGIP SPA c. el Gobierno de la República del Congo*, 1 ICSID Reports 306; 21 I.L.M. 737.

120. Sin embargo, cuando una empresa no ha estado en actividad el tiempo suficiente para establecer su desempeño o no ha producido beneficios, las ganancias futuras no pueden utilizarse para determinar el valor corriente ni el valor justo de mercado. En *Sola Tiles, Inc c. Irán* (1987) (14 Irán-U.S.C.T.R. 224, 240-42; 83 I.L.R. 460, 480-81), el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos señaló la importancia que revisten, para el valor de una compañía, la reputación comercial y la relación establecida con sus proveedores y clientes. Análogamente, en *Asian Agricultural Products c. Sri Lanka* (4 ICSID Reports 246(1990) pág. 292), otro Tribunal del CIADI observó, acerca del problema similar de la valuación del fondo de comercio, que la determinación del valor de este último requiere la presencia de la empresa en el mercado al menos durante dos o tres años, período mínimo necesario para establecer relaciones comerciales duraderas.²¹⁰

175. Por lo que toca a la reclamación de daños por presuntas violaciones al artículo 1102 y el artículo 1105, la demandada reitera sus argumentos respecto a la opinión del Tribunal en el caso *Feldman*:

194. ...El TLCAN no brinda otra guía en cuanto al modo correcto de evaluar daños o indemnizaciones en situaciones que no encuadren dentro de las disposiciones del Artículo 1110 (expropiación); la única evaluación detallada de daños específicamente contemplada en el Capítulo XI es la del Artículo 1110(2-3), cuando se refiere al “valor justo de mercado,” que se aplica necesariamente sólo en situaciones que encuadren en las disposiciones del Artículo 1110. De ello se desprende que, en casos de discriminación que constituyan una violación del Artículo 1102, lo que adeude el Demandado será el monto de la pérdida o daño razonablemente vinculado a tal violación. En ausencia de una discriminación que también constituya una expropiación indirecta o sea equivalente a una expropiación, el Demandante no tendría derecho al total valor de mercado de la inversión que se otorga conforme al Artículo 1110 del TLCAN. Por lo tanto, si el requisito necesario para someter una reclamación a arbitraje es la existencia de daños, se deriva posiblemente que el Tribunal pueda ordenar una indemnización por el monto de las pérdidas o los daños en los que realmente se ha incurrido²¹¹.

176. Igualmente reitera lo expresado por el Tribunal en el caso *S.D. Myers*:

...damages may only be awarded to the extent that there is a sufficient causal link between the breach of a specific NAFTA provision and the loss sustained by the

²¹⁰ Laudo, 30 de agosto de 2000, ¶ 118-120.

²¹¹ Laudo, 16 de diciembre de 2002, ¶ 194.

*investor. Other ways of expressing the same concept might be that the harm must not be too remote, or that the breach of the specific NAFTA provision must be the proximate cause of the harm*²¹².

177. Thunderbird cita incorrectamente un pasaje del Laudo en el caso *Metalclad*. En su Escrito de Réplica manifiesta:

*And unlike what took place in Metalclad —where the Tribunal stated that a DCF analysis would be inappropriate because “the property’s future profits were so dependent on as yet unobtained preferential treatment from the government that any prediction would be speculative” —Thunderbird officials did obtain assurances from SEGOB officials which confirmed to them that their proposed businesses could operate as profitably as they had planned.*²¹³

[Énfasis en el original. Se omiten referencias]

178. En el laudo de *Metalclad*, el pasaje citado se refiere, de hecho, al caso *Phelps Dodge Corp. et al. v. The Islamic Republic of Iran*, en el cual el tribunal determinó “*the property’s future profits were so dependent on as yet unobtained preferential treatment*”. El tribunal de *Metalclad* se refirió al caso *Biloune v. Ghana Investments Centre* como un caso similar al que le fue presentado, en el cual la inversión en cuestión nunca operó. Más aún, el argumento de Thunderbird de que “representantes de Thunderbird” (*Thunderbird officials*) obtuvieron seguridades de la SEGOB carece de sustento probatorio. La demandante no ha presentado pruebas de que los funcionarios mexicanos hubiesen asegurado que los establecimientos de EDM podrían operar y, menos aún, que podrían “operar tan rentablemente como los planearon”²¹⁴.

179. México sostiene que sólo puede utilizarse el “valor de un negocio en marcha” con base en el método de flujos descontados cuando la empresa en cuestión tiene un historial suficiente de operaciones rentables, que, de acuerdo con la jurisprudencia aplicable, implica un periodo mínimo de entre 2 y 3 años (el establecimiento de Matamoros, de hecho el establecimiento que funcionó más tiempo, sólo operó durante 13 meses). Si existe ese historial, debe utilizarse. No es permisible utilizar proyecciones basadas en el aumento de los ingresos y en la reducción de costos operativos.

180. La demandada no coincide con que los comentarios de Rosalyn Higgins que se citan en el Escrito de Réplica describan de manera precisa la medida de daños conforme al artículo 1110(2). Sin embargo, advierte que aún Rosalyn Higgins manifiesta que una valuación por flujos descontados se base en “utilidades no especulativas estimadas por el comprador”²¹⁵.

181. El laudo en el caso *S.D. Myers*, que también se cita en el Escrito de Réplica, es congruente con la posición de México, en el sentido de que en el arbitraje internacional el pago de daños no puede sustentarse en ingresos especulativos²¹⁶. Una revisión completa de los

²¹² Segundo Laudo Parcial, 21 de Octubre de 2002, ¶ 140.

²¹³ Escrito de Réplica, p. 72, líneas 20-21.

²¹⁴ Íd., p. 72, líneas 21-22.

²¹⁵ Escrito de Réplica, p. 71.

²¹⁶ De hecho, el Tribunal de *S.D. Myers* se pronunció específicamente contra el uso de utilidades especulativas como medida de compensación. Segundo Laudo Parcial, ¶¶ 156 y 173.

hechos²¹⁷ revela que S.D. Myers, Inc. (SDMI) había sido “un líder en la industria de Estados Unidos de remediación de materiales contaminados por PCB”²¹⁸ durante varios años antes de obtener el permiso de Estados Unidos para importar PCBs de Canadá para su destrucción en su planta ubicada en Ohio. También contaba con “un excelente historial de rentabilidad y aprobación de auditorías de los reguladores y clientes”²¹⁹ cuando Canadá impuso la prohibición a la exportación de PCBs que se mantuvo vigente por 14 meses.

182. Con la asistencia de su filial canadiense, Myers Canada, SDMI aseguró 107 pedidos y 833 licitaciones por un valor total de 104 millones de dólares canadienses²²⁰, que hubiera podido atender de no ser por la prohibición. Para determinar los daños, el Tribunal calculó cuidadosamente el número de contratos que pudieron haber sido satisfechos de no haberse adoptado la prohibición a las exportaciones, considerando reducciones apropiadas por el probable deterioro de los precios y otros efectos de la competencia, aun cuando se encontró que SDMI tenía ventajas temporales significativas sobre sus competidores estadounidenses y una ventaja sustantiva en precio respecto de sus competidores canadienses²²¹. La determinación de los flujos de utilidades netas perdidos por SDMI se basó en los costos de ventas históricos de la empresa obtenidos precisamente del mismo tipo de servicios provistos a sus clientes estadounidenses en el transcurso de varios años²²². Finalmente el Tribunal asignó poco más de 6 millones de dólares canadienses de los 104 millones de dólares canadienses que SDMI tenía en pedidos y licitaciones²²³.

183. Las circunstancias de las operaciones de la demandante en México fueron marcadamente diferentes. Los establecimientos operaron durante un periodo corto (Matamoros, 13 meses, Nuevo Laredo, 8 meses y Reynosa, menos de 5 meses), nunca obtuvieron utilidades y —siendo generosos— operaron en los márgenes de la ley²²⁴. La propia Thunderbird registró pérdidas y nunca pagó dividendos.

184. La demandante no busca ser compensada sobre la base del desempeño histórico que tuvieron las tres empresas durante el tiempo que operaron. La compensación de 24 a 175 millones de dólares que pretende se basa en incrementos masivos en los ingresos proyectados, la presunción de reducciones en sus costos operativos y una presunción de que sería inmune a la competencia de otros operadores de establecimientos similares y a cambios legislativos.

185. Con base en el significado ordinario del artículo 1110(2) y la jurisprudencia del TLCAN México sostiene que: (i) o bien los tres establecimientos no tenían un historial financiero en el que pueda sustentarse una valuación del negocio en marcha con base en el método de flujos

²¹⁷ Íd., pp. 17-19 y 41-73.

²¹⁸ Íd., ¶ 83.

²¹⁹ Íd., ¶ 181.

²²⁰ Los clientes canadienses potenciales tenían una obligación legal de almacenar o de disponer de sus inventarios de PCBs conforme a las leyes y normas ambientales vigentes. Tenían incentivos para deshacerse de sus PCBs cuando la oportunidad se les presentara. Íd., ¶ 198.

²²¹ Íd., ¶¶ 197-208, 249-281.

²²² Íd., ¶¶ 282-296.

²²³ Íd., ¶ 300.

²²⁴ México mantiene su posición de que en todo momento las operaciones de EDM fueron ilegales.

descontados, (ii) o bien tenían un historial financiero adecuado que puede y debe utilizarse. Lo que la demandante no puede hacer es basar la valuación en un historial imaginario que desearía haber tenido y la especulación para robustecer su rentabilidad futura.

186. Por lo que respecta a las reclamaciones por supuestas violaciones a los artículos 1102 y 1105, la demandante sostiene que los efectos de las medidas que reclama son los mismos que los efectos de la supuesta violación al artículo 1110 —“*Thunderbird’s EDM’s are all out of business*”²²⁵. La demandante deliberadamente ha evitado ofrecer pruebas que sustenten daños que pudiesen surgir de algo menos que la pérdida total del beneficio y el valor de los establecimientos de juego operados por EDM. En términos simples, ha adoptado una estrategia de “todo o nada”.

187. La demandante tiene la carga de probar su reclamación de daños. No corresponde a la demandada ofrecer una medida de daños con base alternativas de responsabilidad que no han sido expuestas. Sería también inapropiado que el Tribunal asuma la carga de la demandante de determinar una medida distinta de daños de la que pueda resultar de su teoría basada en el “*out of business*”. De hacerlo, se le negaría a la demandada la oportunidad de responder.

C. La defensa de México sobre los hechos

1. El segundo y tercer escenario fueron desechados

188. El dictamen de *Innovation Group* presentado con el Escrito de Demanda supuestamente determina daños (excluyendo intereses) equivalentes a diez años de utilidades perdidas en tres escenarios distintos: (i) 23.2 millones de dólares por los tres establecimientos de EDM con el número de máquinas que tenía cada uno al momento de la clausura; (ii) 66 millones de dólares por los tres establecimientos de EDM con 333 máquinas cada uno²²⁶; y (iii) 171.2 millones de dólares por los tres establecimientos de EDM, cada uno con 333 máquinas, y tres establecimientos adicionales (que nunca se desarrollaron), también con 333 máquinas cada uno.

189. La demandada respondió al segundo escenario indicando que no hay documento ni testimonio alguno que indique que las empresas tenían la intención de incrementar el número de máquinas en 333 en cada establecimiento. Más importante aún, no existe prueba alguna de que los establecimientos tuviesen siquiera la capacidad física para incrementar el número de máquinas. México también proporcionó un testimonio sobre las recientes visitas de las partes a los establecimientos clausurados: en Nuevo Laredo sólo había espacio para colocar unas cuantas máquinas adicionales y no había espacio para ampliar el local; Matamoros era más pequeño que Nuevo Laredo y no había más espacio que permitiera una ampliación y Reynosa no era significativamente más grande que Nuevo Laredo.

190. La demandada dio respuesta al tercer escenario indicando que si la demandante tenía una participación en el capital de cualquiera de las nuevas sociedades constituidas para desarrollar nuevos establecimientos, podría sostener que hubo una inversión; sin embargo, el valor justo de

²²⁵ Escrito de Réplica, p. 73 (énfasis en el original).

²²⁶ Ello implica triplicar el número de máquinas en cada uno de los tres establecimientos.

mercado en la fecha de la presunta expropiación habría sido simbólico. La definición de “inversión” que contempla el artículo 1139 del TLCAN no incluye planes, intenciones, aspiraciones o esperanzas. Las empresas recientemente constituidas no podían haber tenido un valor como negocio en marcha ni cualquier otro valor significativo, ya que no contaban con un local, equipo, personal o clientela. Es más, las Formas de Información Anual (“*Annual Information Forms*”) de Thunderbird para 2000, 2001 y 2002 no mencionan inversión alguna en cualquier sociedad mexicana distinta de las tres sociedades existentes entonces.

191. El Escrito de Réplica no da respuesta a la defensa de México al segundo y tercer escenarios. Ni siquiera los menciona, y menos aún los sustenta con documentación o alegatos adicionales. De hecho, los ha abandonado silenciosamente.

2. Deficiencias del dictamen del *Innovation Group*

192. En el Escrito de Contestación a la Demanda, México estableció que el dictamen del *Innovation Group* tiene las siguientes deficiencias²²⁷:

- No es una determinación del “valor justo de mercado” de las inversiones en la fecha inmediata anterior a la supuesta expropiación. Supone ser una “determinación de las utilidades perdidas que resultaron de la clausura prematura” (“*determination of the earnings lost as a result of (the) premature closure*”) de los tres establecimientos existentes y otros tres que estaban en diversas etapas iniciales de concepción y desarrollo (“*were in various stages of initial conception and development*”).
- No obstante que los establecimientos carecen de un historial de operaciones rentables, supone ofrecer un valor para los tres establecimientos con base en el método de flujos descontados. No ofrece ningún otro criterio de valuación.
- La valuación por flujos descontados está basada en proyecciones de costos e ingresos que no concuerdan con los estados financieros auditados de las empresas en cuestión. Estas cifras han sido estimadas o tomadas de fuentes que el *Innovation Group* no ha revelado.
- No toma en consideración “cualesquier otros riesgos que serían percibidos por un comprador razonable en la fecha en cuestión” (“*any other risks likely to be perceived by a reasonable buyer at the date in question*”) que, considerando las circunstancias de este caso, incluyen la posibilidad de clausura por aplicación de la ley, por cambios en las leyes o reglamentos, y por la competencia de otros operadores en el caso de que los juegos de habilidad fueren declarados legales conforme a la Ley de Juegos y Sorteos.

²²⁷ Escrito de Contestación a la Demanda, p. 92.

- No ofrece ninguna medida alternativa de los daños sufridos en virtud de una supuesta violación a los artículos 1102 ó 1105, o a consecuencia de ella.

193. Thunderbird no ofreció un dictamen de réplica del *Innovation Group* ni cualquier otro tipo de respuesta sustantiva a tales puntos. Por lo que se refiere al argumento de México de que el dictamen del *Innovation Group* no determina un “valor justo de mercado”, el Escrito de Réplica se limita a indicar: “*slavish reliance on the text of Article 1110(2)-(4) should not prevail over a common sense approach to determining the actual extent of damages...*”²²⁸. En respuesta al argumento de México relativo a que el *Innovation Group* no considera contingencias negativas, el Escrito de Réplica sostiene que “*Mexico has provided no evidentiary basis upon which to justify the alleged, unconsidered risks it sets out at paragraphs 354 to 357 of the SoD*”²²⁹. El Tribunal apreciará que de hecho estos párrafos del Escrito de Contestación a la Demanda repiten las advertencias de la propia *Thunderbird* a sus socios actuales y futuros de que sus operaciones dependían de una legislación y fallos judiciales favorables, y que estaban expuestos a la competencia de operadores más experimentados y con mejor financiamiento, a dos de los cuales identificó por nombre.

194. La demandada remite al Tribunal a los párrafos 327 y 359 del Escrito de Contestación a la Demanda.

D. La respuesta de México al nuevo testimonio de Booker T. Copeland III

1. Thunderbird no es “una gran compañía”

195. El Sr. Copeland ofrece una defensa vigorosa del historial de Thunderbird al declarar que “*like any great company, we have experienced failure [but] our successes, which outnumber the disappointments, have sustained us*”²³⁰. Sin embargo, el testimonio que ofrece en su mayor parte es incongruente con los hechos incontrovertibles. Los fracasos de Thunderbird son muchos y fácilmente exceden sus éxitos, tanto en número como en sus consecuencias²³¹.

196. El precio histórico de la acción de *Thunderbird* y su salida forzada de la Bolsa de Valores de Toronto (TSE) lo refleja. El precio de la acción cayó de 5.87 dólares en febrero de 1996, fecha en la que Thunderbird cotizó por primera vez, a 0.09 dólares en noviembre de 2002, cuando su cotización fue suspendida por no cumplir con los requerimientos de capitalización de mercado establecidos por el TSE²³². No fue sino hasta julio de 2003 cuando volvió a cotizar en un nuevo mercado de valores, el CNQ. Para fines de 2003 el CNQ tenía sólo 13 empresas listadas y contaba con un volumen diario de operaciones de 16,232 dólares canadienses. Para

²²⁸ Escrito de Réplica, p. 71, líneas 23-25.

²²⁹ Íd., p. 73, líneas 1-3.

²³⁰ Segundo testimonio del Sr. Booker T. Copeland III, ¶ 17. Anexo C-W.

²³¹ *Thunderbird's Investments and Dispositions* (1996-2002). Anexo R-91.

²³² Véase el Anexo R-055 y los datos sobre el precio de la acción de Thunderbird proporcionados con el oficio DGCJN.511.13.058.04 de fecha 23 de enero de 2004. La pérdida mas significativa de valor de Thunderbird ocurrió entre 1997 y 1998. No hay un decremento perceptible en el valor después del anuncio del cierre de los establecimientos en México en septiembre de 2001 y enero de 2002.

marzo de 2004, el precio de la acción de Thunderbird era de 0.38 dólares de los Estados Unidos, no obstante sus supuestos éxitos.

197. Los éxitos de Thunderbird y sus muchos fracasos son pertinentes a dos asuntos: (i) la decisión de invertir en establecimientos con máquinas de “habilidad y destreza” en México, y (ii) la credibilidad de su reclamación de daños.

198. Por lo que respecta a la primera, puede verse que todas las inversiones de Thunderbird que han resultado de alguna forma exitosas —un total de 10 casinos en Panamá, Venezuela y Nicaragua, y un salón de máquinas VLT en Guatemala— están localizadas en países en donde el juego con apuesta es legal y donde *Thunderbird* cuenta con derechos para operar, ya sea a través de una licencia o de un tercero autorizado. En contraste, sus fracasos más significativos —los acuerdos de participación de ingresos en las comunidades indias de California y Carolina del Sur, sus operaciones por Internet y los establecimientos en México— están situados en jurisdicciones en donde el juego con apuesta es (o fue) ilegal, y *Thunderbird* no tenía un derecho.

199. En noviembre de 1998, la demandada misma reconoció el peligro de establecer operaciones que involucran el juego con apuesta sin contar con una licencia o autorización, al declarar que había adoptado tácticas más prudentes:

*The Company’s prior activities in unsettled markets and its stipulated denial of a license in Colorado create a challenge for it to be licensed in certain jurisdictions in the United States. The Company has taken all steps possible to operate responsibly in regulated markets, including divestiture of its Internet business and removal of all officers and directors responsible for moving the Company into unsettled markets. The Company was conservative in ceasing its operations in May, 1998 in California and ceasing collection of substantial revenues from its Tribal clients.*²³³

200. Sin embargo, contrario a su propia política prudencial, Thunderbird entró en otro de los llamados “*unsettled markets*”²³⁴ en junio de 2000, cuando después de conocer del Sr. Watson que “Mr. Ivy Ong has acquired through an amparo, the right to operate tour spot machina operations in Mexico!”²³⁵ negoció el acuerdo con los Sres. Ong y Oien para participar en establecimientos de “máquinas de habilidad y destreza” (“*skill game facilities*”) en México, con la expectativa de operar bajo la protección de un amparo en anticipación a que se aprobara una legislación que permitiría el establecimiento de casinos.

201. En cuanto a la credibilidad de su reclamación de daños, es contrario a la lógica que tres establecimientos de nueva creación en un mercado identificado por la demandante como un “*unsettled market*” puedan valer 2.5 veces más que la participación de Thunderbird en 11 casinos que cuentan con licencias en jurisdicciones donde el juego es legal. Pero eso es precisamente lo

²³³ Anexo R-088-B. Comunicado de prensa del 6 de noviembre de 1998, “*Third Quarter Results and Company Update*”.

²³⁴ México lo llamaría un mercado ilegal o mercado negro.

²³⁵ Ver *supra*, Párr. 18.

que busca el demandante: 23.2 millones de dólares²³⁶, comparado con su capitalización de mercado de 9.2 millones de dólares²³⁷. A diferencia del caso *S.D. Myers*, Thunderbird no contaba con un “*excellent record of profitability, and an outstanding record of passing audits by regulators and customers*”. Por el contrario, la historia corporativa de Thunderbird se caracteriza por pérdidas anuales recurrentes y problemas muy significativos con la regulación.

202. La reclamación de daños es exagerada y debe desecharse en su totalidad.

2. Los estados financieros auditados deben ser aplicados

203. El argumento central de la segunda declaración del Sr. Copeland es que el dictamen de FinBridge concluye equivocadamente que ninguna de las tres empresas EDM era rentable porque los estados financieros auditados de 2001 no cubren un año completo de operaciones (Matamoros y Nuevo Laredo fueron clausuradas en octubre de 2001) y los resultados no reflejan la remoción de ciertos gastos no recurrentes. No identifica estos gastos, excepto para argumentar que algunos de ellos son gastos de desarrollo y otros comprenden el pago de sueldos a los empleados. No se hace referencia a ningún anexo o nuevo documento que demuestre la existencia y el monto de estos presuntos gastos.

204. El Sr. Copeland aparentemente fundamenta sus observaciones en los estados financieros preparados por la administración y concluye que el EBITDA de Matamoros fue de 344,000 dólares de Estados Unidos en los primeros nueve meses de 2001. Sin embargo, como explica FinBridge en su dictamen de réplica²³⁸, existen serias discrepancias entre los estados financieros auditados y los preparados por la administración, que impiden utilizar estos últimos para proyectar la rentabilidad de las empresas.

205. El Tribunal estará familiarizado con la obligación que tienen los auditores de sentirse satisfechos con la confiabilidad de la información, antes de certificar que los estados financieros anuales reflejan, de manera justa y precisa, los resultados de la empresa en cuestión. El Sr. Copeland, Director General Financiero (CFO) de Thunderbird no puede decir válidamente que los estados financieros auditados por KPMG es información sesgada que no puede ser utilizada para determinar el valor de las empresas EDM. Si existe alguna razón por la cual los estados financieros preparados por la administración sean preferibles a los estados financieros auditados, KPMG, el auditor externo, debe establecerlo.

3. El segundo reporte de FinBridge Consulting

206. El dictamen de réplica de FinBridge da respuesta al segundo testimonio del Sr. Booker T. Copeland III, que critica a las opiniones de FinBridge porque se basó en los estados financieros

²³⁶ Por los tres establecimientos con máquinas de “habilidad y destreza” existentes con el número de máquinas que éstos tenían al momento de ser clausurados.

²³⁷ 24,311,687 acciones a \$0.38 dólares estadounidenses, que equivalen a 9,238,441.81 dólares al 24 de marzo de 2004.

²³⁸ Anexo R-119.

auditados —a los cuales califica de sesgados por incluir dos meses y medio de operaciones sin ingresos como resultado de la clausura de los establecimientos en octubre de 2001²³⁹.

207. FinBridge explica que el uso de estados financieros auditados para valorar una empresa es una práctica común de mercado y que las diferencias entre los estados financieros auditados y sin auditar son tan grandes que los segundos no son confiables. Las diferencias no están directamente relacionadas con el tipo de cambio utilizado para convertir pesos en dólares, según lo sostiene el Sr. Copeland.

208. FinBridge también señala que no procede realizar ajustes para compensar por los dos y medio meses en los que no hubo ingresos, bien porque el ajuste resultaría inapropiado (como en el caso de EDM Reynosa que no fue clausurado sino hasta 2002), o bien porque se requeriría información adicional que no ha sido proporcionada por la demandante (e.g., un desglose detallado de costos y gastos).

209. El Sr. Copeland no concuerda con la opinión de FinBridge sobre la precaria situación financiera de las tres empresas EDM y se refiere al EBITDA positivo de éstas, así como al flujo de efectivo generado (754,000 dólares estadounidenses) en 2001 como prueba. El Sr. Martínez, autor del dictamen de réplica de FinBridge, señala que: (i) no es apropiado sacar conclusiones sobre la estabilidad y el desempeño presente y futuro de las empresas con base en 9 meses de operación en el caso de Matamoros, 8 meses en el caso de Nuevo Laredo y 3 meses en el caso de Reynosa; y (ii) la cifra de efectivo citada por el Sr. Copeland se refiere al efectivo generado por las tres empresas EDM y el efectivo de una cuarta compañía: Servicios de Destreza S.A. de C.V., que no debe ser incluido y que representa aproximadamente 37.3% del flujo total²⁴⁰. Según el Acuerdo de Suscripción y Representación de la Inversión, esta empresa, propiedad de Thunderbird, provee servicios de personal a las empresas EDM:

Servicios de Destreza is owned and operated by International Thunderbird Gaming Corporation and is not a profit center, such that all costs of employees are paid by the company through a lease arrangement with Servicios de Destreza, which does not charge any fee for its services²⁴¹.

[Énfasis propio]

210. FinBridge explica las razones por las cuales, en su opinión, el método de flujos descontados es inapropiado en este caso, ya que se trata de empresas que no cuentan con información para estimar de manera confiable sus utilidades futuras. Reitera, además, su opinión sobre el valor de las empresas con base en metodologías alternativas (valor en libros y valor de liquidación), en los montos que se señalan en el siguiente cuadro:

²³⁹ Segundo testimonio del Sr. Booker T. Copeland, del 9 de febrero de 2004, ¶ 15. Anexo C-W.

²⁴⁰ Véase los Estados Financieros Auditados de las empresas EDM. Anexos R-61 a R-87.

²⁴¹ Anexo C-28, p. 10.

Resumen de los resultados de valuación obtenidos.

<i>Cifras en miles de pesos</i>	VPN	Valor en libros	Valor de liquidación
EDM- Laredo	- 3,891	8,420	6,315
EDM-Reynosa	- 5,444	4,031	3,023
EDM-Matamoros	- 4,858	5,228	3,921
Total Empresas existentes	- 14,193	17,679	13,259
Puebla	-	-	-
Ciudad Juarez	-	-	-
Monterrey	-	-	-
Total Empresas proyectadas	-	-	-
Total	- 14,193	17,679	13,259

Preparado por: FlnBridge Consulting S.C.

E. Daños por otras causas

211. La demandante culpa al gobierno de México de su fracaso en el negocio de máquinas “de habilidad y destreza” en el mercado mexicano, cuando, de hecho, sufrió pérdidas por haber seguido su estrategia “*first mover*” en mercados emergentes²⁴², ignorando el empleo de practicas más prudentes que hubiesen sido más razonables en este caso. También se vió afectado por los aparentes engaños de los Srs. Ong y Oien, tal y como lo sostiene en un informe corporativo que elaboró bajo protesta de decir verdad. La demandada sostiene que en el poco probable caso de que se finque responsabilidad por violaciones a los artículos 1102 ó 1105, el Tribunal debe considerar hasta qué punto las pérdidas o daños que son objeto de la reclamación fueron resultado de las agresivas estrategias utilizadas por la demandante y/o por proceder con base en las declaraciones de terceros.

F. Conclusiones

212. La demandada reitera las conclusiones de los párrafos 365 al 369 del Escrito de Contestación a la Demanda. La proporción que correspondería a la demandante de cualquier compensación basada en un criterio de valuación conforme al artículo 1110(2), en las circunstancias de este caso, sería como sigue:

- por la cantidad aparentemente invertida en las empresas EDM: 1,440,850 dólares estadounidenses (a pesar de que el monto de dinero y/o el valor de las aportaciones de la demandante es aparentemente menor);
- por el valor en libros de las empresas EDM: 664,952 dólares estadounidenses; y
- por el valor de liquidación de las empresas EDM: 498,754 dólares estadounidenses.

²⁴² Véase los *Annual Information Forms* para 2000, 2001 y 2002, Sección II.B: *Business Strategy*. Anexos R-20, 26, y 120.

213. Por lo que se refiere a los daños por violaciones a los artículos 1102 y 1105, la demandada reitera sus alegatos contenidos en los párrafos 325, 358 y 359 del Escrito de Contestación a la Demanda. En términos simples, la demandante no a satisfecho la carga de la prueba.

V. OBJECIONES SOBRE JURISDICCIÓN

214. En el Escrito de Contestación a la Demanda la demandada argumentó que la demandante no es propietaria ni tiene el control de ninguna de las sociedades EDM que le dé legitimación procesal para presentar una reclamación en representación de ellas conforme al artículo 1117 del TLCAN. Thunderbird no ha demostrado: (i) ser la propietaria de Juegos de México y Thunderbird Brazil; (ii) que esas empresas adquirieron las sociedades EDM; ni (iii) que Juegos de México y Thunderbird Brazil fueran propietarias de las sociedades EDM.

215. En el Escrito de Réplica la demandante simplemente repite su argumento general de que era propietaria de una proporción importante del capital social de las sociedades y que tenía el control completo durante todo el período pertinente:

[T]hunderbird does not claim that it owned more than 50% of certain EDM's (i.e. Nuevo Laredo, Matamoros & Reynosa) during the relevant times. Rather, it does claim to have held a significant level of ownership in all of the EDM's and to have exercised complete control over all of them at all relevant times. Thus, the question for this Tribunal to determine as regards to Thunderbird's ability to proceed under Article 1117 is whether Thunderbird directly or indirectly controlled the EDM's at the relevant times.²⁴³

216. La demandante no presentó ninguna prueba documental adicional para refutar los argumentos de la demandada, ni para explicar las discrepancias cronológicas que México identificó en los documentos proporcionados por la demandante para probar la relación entre Thunderbird y EDM.

217. El reconocimiento de la demandante de que nunca ha tenido una participación superior al 50% en el capital social de cualquiera de las sociedades EDM es de suma importancia. Según precisó México en su Escrito de Contestación a la Demanda, los estatutos sociales, los acuerdos de suscripción y los acuerdos de participación de socios de cada una de las entidades requerían una participación del 51% al 65% en capital social para poder ejercer el control de la sociedad²⁴⁴. La demandante admite que no era la propietaria de EDM para efectos del artículo 1117, por lo que la demandada se limitará a tratar el tema del control. Por las razones mencionadas a continuación, la demandada reitera que Thunderbird no ha logrado establecer una reclamación conforme al artículo 1117 del TLCAN.

218. La demandada advierte que la demandante caracteriza las excepciones de incompetencia como un “argumento preliminar”²⁴⁵. México ha objetado formalmente la competencia de este

²⁴³ Escrito de Réplica, p. 23 (énfasis en el original).

²⁴⁴ Escrito de Contestación a la Demanda, sección VIII.

²⁴⁵ Escrito de Réplica, p. 22.

Tribunal para conocer la reclamación de Thunderbird conforme al capítulo XI y mantiene sus excepciones.

A. Requisitos establecidos por el TLCAN

219. El artículo 1101 establece que el capítulo XI aplica a medidas adoptadas o mantenidas por una Parte en su territorio relativas a “las inversiones de inversionistas” de otra Parte. Conforme al artículo 1139, una empresa de una Parte es una inversión. Empresa de una Parte, a su vez, se define como “una empresa constituida u organizada de conformidad con la ley de una Parte”. El artículo 1139 define “inversión de un inversionista de una Parte” como “la inversión propiedad o bajo control directo o indirecto de un inversionista de dicha Parte”. Por lo tanto, para que un inversionista pueda presentar una reclamación en representación de una empresa conforme al artículo 1117, en razón de que ésta es su inversión, el TLCAN requiere: (i) que se trate de una empresa (que sea una persona moral) y que (ii) el inversionista detente el control o la propiedad de ella.

220. De acuerdo a la definición de “empresa de una Parte”, una sociedad constituida u organizada de conformidad con el derecho de una Parte del TLCAN será una empresa nacional de esa Parte, y será la normatividad de ésta la que rija las cuestiones corporativas.

221. Ni el TLCAN ni el capítulo XI en particular contemplan una definición de “control”. Ante la ausencia de tal definición, el derecho internacional remite al derecho interno aplicable. La Corte Internacional de Justicia describió la relación entre el derecho internacional y el derecho mercantil interno de la siguiente manera:

In the [field of diplomatic protection] international law is called upon to recognize institutions of municipal law that have an important and extensive role in the international field. All this means is that international law has to recognize the corporate entity as an institution created by States in a domain essentially within their domestic jurisdiction. This in turn requires that, whenever legal issues arise concerning the rights of States with regard to the treatment of companies and shareholders, as to which rights international law has not established its own rules, it has to refer to the relevant rules of municipal law.²⁴⁶

Por lo tanto, para determinar qué constituye el “control” de una sociedad es necesario recurrir al derecho de la Parte en la que se constituyó la sociedad y, en concreto, a la rama que regula las sociedades. De tal manera, al considerar la reclamación de la demandante conforme al artículo 1117 del TLCAN es necesario determinar cómo se ejerce el control sobre una sociedad mercantil conforme al derecho corporativo mexicano²⁴⁷.

²⁴⁶ *Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* (“Barcelona Traction”, ICJ Reports 1970, p. 3. Véase también Brownlie, Ian: *Principles of Public International Law*, 5a ed., Ed. Oxford University Press, 1988, p. 493: “If the company is harmed... [t]he shareholders must look to the company and thence to the national state of the company for action” (citando a la Corte Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction).

²⁴⁷ Conforme al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los términos de un tratado deben interpretarse conforme a su sentido corriente, en su contexto. El contexto incluye el texto del tratado que, en el caso del TLCAN prevé la definición de “empresa de una Parte”. Ésta remite al derecho de la Parte respectiva en lo concerniente a la constitución y organización de la empresa. De tal manera, de conformidad con las

B. La demandante no ejerce el control legal sobre EDM

222. De conformidad con la Ley General de Sociedades Mercantiles de México y los distintos instrumentos corporativos de EDM, Thunderbird no tenía (ni tiene) el control de EDM-Matamoros, EDM-Laredo, o EDM-Reynosa²⁴⁸. México detalló el contenido de esos instrumentos en su Escrito de Contestación a la Demanda²⁴⁹, por lo que a continuación se limitará a revisar brevemente las partes pertinentes referentes al control de las sociedades.

1. Ley General de Sociedades Mercantiles

223. EDM-Matamoros, EDM-Laredo y EDM-Reynosa fueron constituidas en México de conformidad con la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM). El Acuerdo de Suscripción y Declaraciones sobre la Inversión de EDM-Matamoros establece:

*The Company is a Society of restricted Liability with variable capital (sociedad anonima [sic.] de capital variable) organized under the laws of the United Mexican States (“Mexico”). The organization, operation and management of the Company will be subject to the General Law of Commercial Companies (“Ley General de Sociedades Mercantiles”) of Mexico and other applicable Mexican laws (collectively, the Mexican Laws”).*²⁵⁰

224. Conforme a la LGSM, la asamblea de socios es el órgano supremo de una sociedad de responsabilidad limitada (una de las especies de sociedades mercantiles reconocidas por la ley²⁵¹). Salvo que el contrato social (los estatutos) exija una mayoría más elevada, la asamblea de socios toma sus resoluciones por mayoría de votos de los socios que representen, por lo menos, la mitad del capital social²⁵². Todo socio tiene derecho a participar en las decisiones de la asamblea y goza de un voto por cada mil pesos de aportación²⁵³. La asamblea de socios tiene una serie de facultades que estipuladas en el artículo 78 de la LGSM²⁵⁴, incluida la nombrar y

reglas de interpretación de tratados contenidas en la Convención de Viena, debe concluirse que el artículo 1117 del TLCAN, congruente con los criterios del derecho internacional, según han sido expresados por la Corte Internacional de Justicia, requiere que se demuestre el control legal de acuerdo con la rama del derecho que rige las sociedades mercantiles en México.

²⁴⁸ Por lo que se refiere al resto de las sociedades, la demandada reafirma los argumentos que presentó con su Escrito de Contestación a la Demanda. La demandante no ha logrado demostrar que se haya realizado una inversión y tampoco ha demostrado que el gobierno de México haya adoptado medidas en relación con esos otros establecimientos. La reclamación no puede abarcar a cualquiera de esas otras sociedades.

²⁴⁹ Véase la Sección VIII del Escrito de Contestación a la Demanda.

²⁵⁰ Acuerdo de Suscripción y Declaraciones Sobre la Inversión de EDM-Matamoros, artículo 3(b)(i). Anexo C-28.

²⁵¹ Las sociedades EDM eran sociedades de responsabilidad limitada de capital variable (S. de R.L. de C.V.). Entertainmens de México se constituyó como una sociedad anónima de capital variable, y después se transformó en una sociedad de responsabilidad limitada.

²⁵² Artículo 77 de la LGSM.

²⁵³ Artículo 79 de la LGSM.

²⁵⁴ Art. 78. Las asambleas tendrán las siguientes facultades:

- I. Discutir, aprobar, modificar o reprobar el balance general correspondiente al ejercicio social clausurado y de tomar con estos motivos, las medidas que juzguen oportunas;
- II. Proceder al reparto de utilidades;

remover a los gerentes, de quienes depende la administración de la sociedad. Las resoluciones que adopten los gerentes deben ser tomadas por mayoría de votos.

2. EDM-Documentos Corporativos

225. Los estatutos de cada una de las sociedades EDM establecen reglas específicas referentes al control de éstas. Requieren una mayoría del 65% del capital social para aprobar las resoluciones de la asamblea de socios, incluidas las de nombrar y remover gerentes, la aprobación y modificación de los estados financieros, la aprobación del plan de negocios, y la designación de auditores externos²⁵⁵.

226. Aunque hay diversas incongruencias entre los estatutos sociales y otros instrumentos corporativos (el Acuerdo de Suscripción y el Acuerdo de Participación de Socios)²⁵⁶, en general todos requieren una mayoría del 65% del capital social para la aprobación de las resoluciones relativas a la administración de la sociedad antes señaladas, pero en ningún caso requieren una mayoría menor al 51%. Además, la asamblea de socios requiere que esté representado por lo menos el 40% de capital social para poder constituirse válidamente.

227. Thunderbird tenía una participación del 36.67% en EDM-Matamoros, 33.3% en EDM-Laredo y 40.1% en EDM-Reynosa.

228. En ciertos casos los socios de la serie B tenían derecho a nombrar al Presidente y Secretario del Consejo de Gerentes. Sin embargo, Thunderbird no tenía una participación suficiente que le hubiera permitido hacerlo por sí sola²⁵⁷.

229. Thunderbird ha argumentado que aunque tiene una participación social parcial en las sociedades EDM ejerce el control de éstas. Sin embargo, como ya se ha señalado, los propios documentos proporcionados por la demandante señalan lo contrario. Los estatutos sociales de las tres sociedades requerían del 65% del capital social para adoptar las resoluciones de la asamblea de socios, porcentaje que Thunderbird por sí solo no tiene, y, por tanto le impide controlar las sociedades EDM.

-
- III. Nombrar y remover gerentes;
 - IV.. Designar, en su caso, el consejo de vigilancia;
 - V.. Resolver sobre la decisión y amortización de las partes sociales;
 - VI. Exigir, en su caso, las aportaciones suplementarias y las prestaciones accesorias;
 - VII.. Intentar contra los órganos sociales o contra los socios, las acciones que correspondan para exigirles daños y perjuicios;
 - VIII.. Modificar el contrato social;
 - IX.. Consentir en las cesiones de partes sociales y en la admisión de nuevos socios;
 - X.. Decidir sobre los aumentos y reducciones del capital social;
 - XI. Decidir sobre la disolución de la sociedad, y
 - XII. Las demás que les correspondan conforme a la Ley o al contrato social.

²⁵⁵ Véase el Escrito de Contestación a la Demanda, apartados VIII.C.2 y VIII.C.3.

²⁵⁶ La demandada las identifica en su Escrito de Contestación a la Demanda. *Ibíd.*

²⁵⁷ *Id.*

230. Es así que los propios documentos ofrecidos por Thunderbird demuestran que en ningún caso tenía una participación suficiente en el capital social de las sociedades EDM que le hubiese permitido ejercer el control legal de éstas.

3. Inaplicabilidad del caso *S.D. Myers*

231. No obstante las disposiciones específicas del TLCAN, la demandante argumenta que la jurisprudencia apoya su argumento de que puede presentar una reclamación conforme al artículo 1117 aun si no puede demostrar que detentaba el control jurídico de las empresa en cuestión²⁵⁸. Argumenta que en el caso *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada* (“*S.D. Myers*”) el Tribunal admitió la reclamación no obstante que la demandante no demostró tener el control de la inversión²⁵⁹. Aun si se considera que *S.D. Myers* es aplicable al presente caso, la demandante no está exenta de satisfacer la carga de la prueba y tener que demostrar que tenía el control de las sociedades EDM. No lo ha hecho.

232. *S.D. Myers, Inc.* (a la cual se refiere el Tribunal como SDMI) era una empresa de Ohio. El Sr. Dana Myers tenía una participación del 51% del capital social, y el resto se encontraba repartido entre sus tres hermanos²⁶⁰. En 1993 los hermanos Myers crearon “Myers Canada”. Cuando SDMI sometió su reclamación a arbitraje al amparo del TLCAN, el gobierno de Canadá argumentó que los hermanos Myers, no SDMI, eran los propietarios de Myers Canada²⁶¹. El Tribunal concluyó que SDMI era un “inversionista” para efectos del capítulo XI del TLCAN y que Myers Canadá constituía una “inversión”²⁶². El Tribunal admitió la reclamación de SDMI, y señaló:

*[T]he Tribunal does not accept that an otherwise meritorious claim should fail solely by reason of the corporate structure adopted by a claimant in order to organize the way in which it conducts its business affairs.*²⁶³

233. Sin embargo, como se demostrará a continuación, las bases sobre las cuales el Tribunal fundamentó su decisión que SDMI había presentado “*otherwise meritorious claim*” no pueden utilizarse para apoyar el argumento de la demandante de que Thunderbird puede presentar una reclamación en representación de EDM sin demostrar el control legal sobre ésta.

234. La mayoría de SDMI era propiedad de Dana Myers y el resto de la propiedad estaba dividida entre sus hermanos. Por lo tanto, la totalidad de la propiedad de SDMI estaba dividida entre cuatro individuos, todos parientes entre sí. De hecho, el Tribunal reiteradamente se refirió a

²⁵⁸ Escrito de Réplica, pp. 23-24.

²⁵⁹ *S.D. Myers, Inc. and Government of Canada*, Laudo Parcial del 13 de noviembre 2000.

²⁶⁰ Íd. párrafo ¶ 89.

²⁶¹ Íd. párrafo ¶ 227.

²⁶² Íd. párrafo ¶ 231.

²⁶³ Íd. párrafo ¶ 229.

SDMI como un negocio familiar²⁶⁴. Por lo tanto, aunque SDMI era una sociedad mercantil en realidad era poco más que un “*alter ego*” de los hermanos Myers.

235. Además, la historia corporativa de S.D. Myers era sencilla y directa: Stanley Myers creó una sociedad familiar y después la heredó a sus cuatro hijos²⁶⁵. El Tribunal destacó:

*The uncontradicted evidence before the Tribunal was that Mr. Stanley Myers had transferred his business to his sons so that it remained wholly within the family and that he had chosen his son Mr. Dana Myers to be the controlling person in respect of the entirety of the Myers family’s business interests.*²⁶⁶

No existía duda de que el Sr. Myers era propietario del negocio y que lo heredó a sus hijos, ni de que éstos eran los propietarios.

236. El caso de Thunderbird y de EDM es muy distinto. De acuerdo con la demandante:

*On August 10, 2000, Thunderbird, through two wholly owned subsidiaries, Juegos de Mexico, Inc. and International Thunderbird Brazil, acquired all outstanding shares of EDM... On August 11, 2000, Thunderbird acquired the EDM shares of International Thunderbird Brazil. Thunderbird, through its direct ownership and that of its subsidiaries, Juegos de Mexico, Inc., held the majority of EDM shares.*²⁶⁷

La demandante declaró que adquirió EDM a través de dos filiales constituidas en las Islas Vírgenes Británicas y que adquirió las acciones de EDM de una de estas filiales al día siguiente. No debe soslayarse, sin embargo, que la demandante no ha logrado demostrar que adquirió las acciones de EDM. La demandada reitera que la demandante no ha proporcionado documento alguno que demuestre que:

- Thunderbird era la propietaria de *Juegos de México, Inc.* Los documentos constitutivos de *Juegos de México (Memorandum and Articles of Association of Juegos de Mexico, Inc.)* exhibidos por la demandante no listan a los accionistas de la compañía, ni contienen información alguna sobre los propietarios de la misma²⁶⁸;
- Al 10 de agosto de 2000, Thunderbird era propietaria de Thunderbird BVI, o que *Thunderbird BVI* fuera propietaria de *International Thunderbird Brazil*²⁶⁹;
- *International Thunderbird Brazil (BVI)* haya adquirido EDM. El contrato de compraventa de acciones de fecha 10 de agosto de 2000 establece que Juegos de

²⁶⁴ *S.D. Myers, Inc. and Government of Canada*, Segundo Laudo Parcial del 21 de octubre de 2002, ¶¶ 109 y 112.

²⁶⁵ Laudo Parcial, ¶ 89.

²⁶⁶ Íd., ¶ 230 (énfasis propio).

²⁶⁷ Escrito de Demanda, p. 7.

²⁶⁸ Anexo C-11.

²⁶⁹ Anexo C-12.

México, Inc. compró todas las acciones de EDM. El documento no menciona este a *International Thunderbird Brazil (BVI)*²⁷⁰.

Tampoco queda claro si *Juegos de México, Inc.* adquirió EDM, puesto que el contrato de compraventa de acciones del 10 de agosto estipula la compra de acciones de “Entertainmens de México, S.A. de C.V.” Sin embargo, el 2 de junio de 2000, los entonces propietarios de la empresa aprobaron la transformación de la sociedad a una de responsabilidad limitada, y el cambio de denominación a Entretenimientos de México. Se suscita, pues, la duda de si *Juegos de México, Inc.* adquirió una entidad que realmente no existía²⁷¹.

237. En el caso *S.D. Myers*, las pruebas irrefutables llevaron al Tribunal a concluir que SDMI tenía legitimidad procesal para someter a arbitraje la reclamación, no obstante su estructura corporativa. En el caso de Thunderbird, los documentos proporcionados no demuestran la adquisición de la supuesta inversión por Thunderbird a través de sociedades filiales o de otra forma. En virtud de que Thunderbird no ha demostrado tener la propiedad ni el control de EDM, no puede afirmar que tiene una reclamación válida conforme al TLCAN.

238. Thunderbird suscribió diversos acuerdos (Acuerdos de Suscripción y Acuerdos de Participación de Miembros) con distintas personas interesadas en invertir en EDM-Matamoros, EDM-Laredo y EDM-Reynosa. Éstos establecen los términos conforme a los cuales se desarrollarían las actividades comerciales de las empresas en México, por lo que el Tribunal debe considerarlos. Según ya se señaló, aun cuando los distintos instrumentos corporativos presentan incongruencias entre sí, es claro que Thunderbird no tenía una participación suficiente que le hubiese permitido ejercer el control de las sociedades EDM. Por ejemplo, el Acuerdo de Suscripción de EDM-Matamoros establece sin lugar a dudas:

Control of Company. *The control of the Company is based upon equity ownership of the combined Class A and Class B Quotas, as more fully described in **Exhibit “A”**.*²⁷²

El anexo “A” contiene un cuadro (*EDM-Matamoros Division of Ownership and Cash Flows*) e indica que Thunderbird tenía una participación social del 36.67%, muy inferior al 65% requerido para controlar la sociedad²⁷³. Thunderbird no puede sostener seriamente que ello es irrelevante para determinar si tenía el control de EDM-Matamoros o no. La situación de las otras dos sociedades no es distinta, según ya se apuntó.

C. Es un hecho que la demandante no controla EDM

239. Thunderbird rechaza el argumento de México de que el TLCAN requiere que un demandante compruebe que tiene el control legal de la empresa para poder promover una

270. “Contrato de Compra de Acciones,” providing (“compra y adquiere de los Vendedores, exactamente 5 acciones de la Serie “A”... que representan exactamente 100% del capital social de Entertainmens de México, S.A. DE C.V.”). Anexo R-036.

271. Anexo C-11. Esto se comenta de manera más detallada en la nota al pie de página No. 239 del Escrito de Contestación a la Demanda.

272. Anexo C-28. Artículo 3(b)(xv) (énfasis en el original).

273. Íd.

reclamación en su representación conforme al artículo 1117. Sin embargo, los casos que cita no brindan sustento a su argumento de que ha satisfecho los requisitos necesarios para demostrar que tiene el control de la inversión.

240. De acuerdo a la demandante, la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos señala que no es requisito indispensable tener una participación mayoritaria para detentar el control de una empresa²⁷⁴. Sin embargo, si no se tiene la propiedad (participación mayoritaria), debe demostrarse que se detenta el control. La ausencia del control legal sólo puede ignorarse si se demuestra que se detenta un control de hecho²⁷⁵.

241. La demandante asevera que no debe considerarse la definición “legal” del término control. Según ya explicó, México sostiene que el TLCAN requiere que se demuestre que se detenta el control legal. Sin embargo, Thunderbird tampoco ha demostrado que detentaba el control de las sociedades en cuestión, aun si se considera el sentido corriente del término.

242. La Real Academia Española define control como tener el dominio, el mando²⁷⁶. Thunderbird argumenta que ejerce el control completo sobre EDM²⁷⁷. Los hechos no lo sustentan.

1. El papel predominante de los señores Watson y Girault

243. En el Escrito de Réplica, la demandante se centra en una serie de declaraciones de los supuestos inversionistas de las diversas sociedades de EDM, en un intento por desvirtuar las excepciones de incompetencia de México. De acuerdo con Thunderbird:

*These investors state, under oath, that they were and are passive investors in the EDM enterprises and, finally, that they relinquished control of their EDM investments and of the operations of the EDM entities to Thunderbird.*²⁷⁸

244. Entre estas declaraciones están las de los señores Peter Watson y Mauricio Girault. El Sr. Watson declara:

I completely understood then as I do now that I was and now am a passive investor in the Mexico Skill Game Operations. I fully understood then and I fully understand now that ITGC was the owner of a significant equity interest in the Mexico Skill Game Operations and that I relinquished

²⁷⁴ Escrito de Réplica, pp. 23 y 24.

²⁷⁵ Escrito de Réplica, p. 23, citando el artículo VII (2) de la Declaración de Arreglo de Reclamaciones, p. 24, *Alcan*, 2 Iran-U.S.C.T.R. 294, 297 (1983).

²⁷⁶ Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*. [21ª ed.], Ed. Espasa Calpe, tomo 1, Madrid, 1992. Anexo R-126 En inglés el término control se define: “Power or authority to manage, direct, superintend, restrict, regulate, govern, administer, or oversee. The ability to exercise a restraining or directing influence over something”. Black, Henry: *Black’s Law Dictionary*. 6ª ed., Ed. West, 1990, p. 329. El *American Heritage College Dictionary* lo define así: “To exercise authoritative or dominating influence over”. 3ª ed., 1997, p. 303. Anexo R-126

²⁷⁷ Escrito de Réplica, pp. 23, 28, 69.

²⁷⁸ Escrito de Réplica, p. 28.

[Énfasis propio]

El testimonio del Sr. Girault es idéntico y no es necesario transcribirlo²⁸⁰.

245. En general se entiende que un “inversionista pasivo” es uno que no está involucrado activamente en la administración ni en las operaciones diarias de la sociedad en la cual ha invertido. Se trata de un inversionista que “deja obrar a los demás, sin hacer por sí cosa alguna”²⁸¹. El *Black’s Law Dictionary* define “*passive income*” (ingresos pasivos) como “*income earned in an activity in which the individual does not materially participate*”²⁸². Los documentos proporcionados por la demandante demuestran que los señores Watson y Girault no eran “inversionistas pasivos”.

246. De acuerdo con los documentos corporativos de EDM, los Sres. Watson y Girault tenían un papel central en la administración y operación de EDM. Tanto Peter Watson como Mauricio Girault estuvieron estrechamente involucrados en la constitución de EDM–Matamoros, así como en su administración y operación, en la apertura del establecimiento, durante y aun después de la firma del Acuerdo de Suscripción en junio de 2001. No hay pruebas de que los señores Watson o Girault hubiesen vendido o de alguna forma transmitido su participación social en EDM–Matamoros. Al día de hoy mantienen con su calidad de socios clase “B” de EDM con los derechos que se desprenden de los estatutos sociales y otros documentos corporativos (el Anexo A contiene información adicional sobre el papel que los señores Watson y Girault jugaron).

247. Conforme a la interpretación del artículo 1117 ofrecida por la propia demandante, Thunderbird tendría que haber ejercido el control total sobre EDM para poder presentar la reclamación. Sin embargo, Thunderbird es socio de la serie “B” junto con los señores Watson y Girault y, por tanto, comparten la facultad para nombrar los miembros del Consejo de Gerentes. Los documentos también comprueban que los Sres. Watson y Girault realizaron diversas actividades a nombre de la sociedad: búsqueda de inversionistas, de locales para renta, elaboración de contratos, la obtención de licencias, la aprobación y aceptación de pagos, etc.

248. Las pruebas presentadas no permiten sostener que la demandante ejerció un control completo sobre EDM durante todo el período pertinente. No hay pruebas de que Thunderbird detentara el control de hecho o de derecho sobre EDM.

2. La condición de los otros inversionistas

249. Desde que la demandante entregó su pretendida notificación de intención de someter la reclamación a arbitraje en marzo de 2002, la demandada le ha solicitado en numerosas ocasiones los documentos que demuestran que tiene la propiedad o control de las sociedades EDM. Ha

²⁷⁹ Testimonio de Peter Watson, ¶ 5. Anexo C-X del Escrito de Réplica.

²⁸⁰ Testimonio de Mauricio Girault, ¶¶ 4, 17. Anexo C-N.

²⁸¹ Real Academia Española. *op. cit.*

²⁸² Clack, *op. cit.*, p. 1124. Anexo R-126

llevado más de dos años el que la demandante presentara siquiera la información básica que toda sociedad debe mantener conforme a la LGSM, en la que identifique a los socios de las sociedades EDM y, que a la fecha, no ha exhibido en forma completa²⁸³.

250. En su Escrito de Réplica, la demandante presenta una serie de declaraciones de personas que aseveran haber invertido en las sociedades EDM. Sin embargo, una revisión cuidadosa de esas declaraciones indica que su valor probatorio es limitado, si es que tienen alguno. No se trata testimonios elaborados por cada persona, en las que proporcione su propia versión y explique las razones de fondo de su inversión en EDM. Son declaraciones idénticas, elaboradas por la misma persona (probablemente por el representante legal de la demandante) para un mismo fin²⁸⁴. Además, existen discrepancias entre las declaraciones y los documentos corporativos de EDM. (Véase la sección B del Anexo A).

D. La demandante no ha presentado renunciaciones por parte de otras entidades conforme a los requisitos del TLCAN

251. En el Escrito de Réplica, la demandante argumenta que el TLCAN le permite presentar las renunciaciones que requiere el artículo 1121 al momento de la presentación del Escrito de Demanda. Sin embargo, la demandante confunde las reglas de arbitraje del CNUDMI con reglas específicas establecidas en el capítulo XI del TLCAN.

252. En particular, en las páginas 29 y 30 del Escrito de Réplica se malinterpreta el sentido de la discusión sostenida durante la primera sesión de las partes con el Tribunal. Como se recordará el gobierno de México objetó la notificación de intención de Thunderbird porque (i) no se había presentado en español y (ii) Thunderbird no había presentado pruebas que indicaran si quiera *prima facie* que detentaba la propiedad o el control de las sociedades EDM. El Tribunal recordará que en la primera sesión el gobierno de México acordó que no objetaría la notificación de intención únicamente por lo que se refiere a que le fue presentada en idioma inglés, sin una traducción, según lo requiere la normatividad aplicable²⁸⁵. Sin embargo, México ha objetado la competencia del Tribunal puesto que, pese a las múltiples y detalladas solicitudes de documentos, Thunderbird no probó que tuviera la propiedad o el control de las sociedades mexicanas. Esta cuestión sigue pendiente.

253. En la primera sesión con el Tribunal, la demandante pidió al Tribunal que considerara el sometimiento de la reclamación a arbitraje como su Escrito de Demanda y que requiriera a México presentar de inmediato su Escrito de Contestación a la Demanda. No obstante, el Tribunal decidió que Thunderbird debía preparar un Escrito de Demanda íntegro²⁸⁶.

254. El Escrito de Réplica hace referencia a esta discusión, para poder argumentar que su Escrito de Demanda que presentó el 15 de agosto de 2003 debe considerarse como la notificación de arbitraje y, por tanto, las renunciaciones presentadas deben considerarse válidas. Sin

²⁸³ Véase las diversas comunicaciones de la Secretaría de Economía a Thunderbird. Anexo R-002.

²⁸⁴ Escrito de Réplica, Declaraciones AA-OO.

²⁸⁵ Véase la transcripción de la primera sesión, pp.39-43 de la versión en español. En la versión en inglés corresponde a las pp. 88 y 89.

²⁸⁶ Íd., pp. 39-43 de la versión en español. En la versión en inglés corresponde a las pp. 90 y 99.

embargo, el capítulo XI establece reglas específicas que establecen las condiciones para poder someter una reclamación a arbitraje, que en todo caso prevalecen sobre las disposiciones del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

255. En particular, el artículo 1121 del TLCAN, “Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral”, prevé que un inversionista podrá someter una reclamación a arbitraje sólo si consiente someterse al arbitraje en los términos del propio capítulo y renuncia a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento conforme al derecho de cualquiera de las partes para el pago de daños. El artículo 1121(3) dispone que “[El] consentimiento y la renuncia requeridos por este artículo se manifestarán por escrito, se entregarán a la Parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje”.

256. El artículo 1137(1) establece cuándo una reclamación se ha sometido al arbitraje:

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

...

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

En este caso, la reclamación se sometió a arbitraje el 22 de agosto de 2002²⁸⁷.

257. El requisito de presentar la renuncia escrita al derecho de iniciar o continuar cualquier acción ante tribunales nacionales o en algún otro foro debe cumplirse al momento de presentar la notificación de arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Al respecto, es necesario destacar que:

- (a) el artículo 1121 establece las “Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral”;
- (b) El artículo 1121(1) y (2) disponen que una reclamación puede someterse a arbitraje “sólo si” se presentan las renunciaciones respectivas; y
- (c) El artículo 1137 establece que (en el caso de que apliquen las reglas de CNUDMI) una reclamación se considera sometida a arbitraje cuando la notificación de arbitraje contemplada en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI ha sido recibido por la Parte contendiente.

258. El texto simple del tratado y las declaraciones interpretativas de las otras Partes del TLCAN demuestran que, con la presentación de la renuncia, las tres Partes del tratado buscaban tener la certeza de que, al haber expresado el consentimiento para someter a arbitraje las

²⁸⁷ La Declaración de Acción Administrativa de Estados Unidos (véase la nota al pie de página No. 226 del Escrito de Contestación a la Demanda) describe el requisito de renuncia en la sección llamada “*Jurisdictional Requirements*”. p. 147. La Declaración de Implementación de Canadá, que es un documento de efectos similares a los de la Declaración de Acción Administrativa de Estados Unidos, dispone: “*The consent and waiver are to be included with the submission of the claim to arbitration*”. p. 154.

presuntas violaciones al capítulo XI, los tribunales establecidos conforme dicho capítulo asegurarían que los inversionistas contendientes cumplirían con los procedimientos al establecidos en capítulo XI, para que la oferta previa de las Partes del tratado para someterse a arbitraje pudiese traducirse en su consentimiento. En caso contrario, no se tendrá el consentimiento de la Parte en cuestión para someterse al arbitraje, y el procedimiento de arbitraje será inválido *ab initio*.

259. Un corolario a las reglas generales de interpretación de tratados contenidas en el 31 de la Convención de Viena es el principio de efectividad (*ut res magis valeat quam pereat*²⁸⁸):

*[I]nterpretation must give meaning and effect to all the terms of the treaty. An interpreter is not free to adopt a reading that would result in reducing whole clauses or paragraphs of a treaty to redundancy or inutility.*²⁸⁹

260. Conforme al principio de efectividad, este Tribunal debe aplicar los artículos 1121 y 1137 tal como están plasmados, y carece de facultades para eliminar o modificar los requisitos establecidos en dichos preceptos.

²⁸⁸ “Que la cosa tenga efectos en lugar de que perezca” . Véase *Black’s Law Dictionary, op. cit.* p. 1547. Anexo R-126

²⁸⁹ *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, (WT/DS2/AB/R)*, página 23 (20 de Mayo, 1996) (*WTO Appellate Body*). Véase también *Interpretation, 14 Whiteman Digest of International Law* §33, página 380-83 (1970).

261. Por todo lo anterior, la demandada solicita que el Tribunal deseche la reclamación presentada por Thunderbird Gaming Corporation en su totalidad, con la correspondiente condena en costas.

Todo lo cual se somete respetuosamente a su consideración:

Hugo Perezcano Díaz
Consultor Jurídico y Representante Legal
de la parte demandada,
los Estados Unidos Mexicanos

07 de abril de 2004