



**EN EL 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 MÉXICO POSTERIOR A LA
AUDIENCIA**

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	1
II.	RESUMEN DE LOS HECHOS.....	2
A.	Las máquinas de EDM eran de juegos con apuesta.....	6
1.	El juego que Thunderbird demostró en la audiencia es video póquer.....	7
2.	Los manuales de funcionamiento corresponden a máquinas tragamonedas	9
3.	El dictamen de Netcomm no es un peritaje de la PGR, ni siquiera uno independiente; fue preparado conforme a las indicaciones de Thunderbird.....	10
B.	La solicitud de EDM a la SEGOB carecía de cualquier información relevante sobre el funcionamiento de las máquinas y la operación de los establecimientos	12
C.	El oficio de la SEGOB del 15 de agosto de 2000 no es una autorización o un permiso	13
D.	La opinión del abogado de Thunderbird y la de la SEGOB son coincidentes.....	14
E.	El procedimiento administrativo se realizó conforme a todos los estándares nacionales e internacionales	15
F.	Thunderbird procedió con su inversión en México con base en la asesoría de los señores Ong y Oien.....	17
G.	El papel de los señores Aspe y Arroyo no ha sido explicado	19
H.	Las pruebas demuestran que ni Thunderbird ni otros inversionistas tomaron una decisión con base en el oficio de la SEGOB del 15 de agosto de 2000	21
I.	La actuación de la SEGOB fue uniforme	27
1.	Club 21, Interlomas.....	28
2.	Reflejos, Plaza Fiesta, Matamoros.....	29
3.	Cesta Punta Deportes, Ciudad Juárez	29
4.	Los establecimientos Reflejos en Reynosa y en Río Bravo.....	29
5.	Bellavista Centro de Entretenimiento	30
III.	RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS DEL TRIBUNAL.....	31
A.	<i>General</i>	31
1.	What is the applicable law for resolving each of the issues mentioned below?	31
2.	Which of the Parties has the burden of proof for each of the Issues mentioned below?	32

B.	<i>Jurisdiction and/or Admissibility</i>	33
3.	Does Claimant “own or control directly or indirectly” at the relevant times any of the companies listed below (the “EDM Companies”) that would entitle it to submit to arbitration a claim on behalf of them under Article 1117 NAFTA? If not, what are the consequences thereof?	33
4.	Does the filing by Claimant of waivers on behalf of EDM-Puebla, EDM-Monterrey and EDM-Juarez on 15 August 2003 comply with the requirements of Article 1121 NAFTA? If not, what are the consequences thereof?	37
C.	<i>Merits – General</i>	37
5.	What is the role, if any, of Chapter Eleven of NAFTA in the present case? Specifically:	37
5.1	Does Chapter Eleven of NAFTA recognize and protect the right of a Contracting Party to regulate a certain conduct that it considers illegal?	37
5.2	If so, does the Ley Federal de Juegos y Sorteos of 31 December 1947 form part of Mexico’s law to regulate a certain conduct that it considers illegal, and what are the consequences thereof?	39
5.3	What is the role and jurisdiction of the Tribunal in relation to the Mexican judicial system regarding the subject matter of Claimant’s claims in the present case?	40
5.4	If and to what extent do administrative proceedings of SEGOB form part of Issue 5.3?	43
6.	Is the functionality of the machines, technically or otherwise, operated by the EDM Companies relevant in the present case?	44
6.1	If so, is that question to be determined under the Ley Federal de Juegos y Sorteos of 31 December 1947 and/or on some other basis?	46
6.2	If so, by whom should that question be determined? In particular, is the Tribunal to defer to the determination by SEGOB? And if so, was that opinion relevant for the dispute:	46
6.3	Assuming that the question is to be determined by the Tribunal, what are the relevant criteria for such a determination? Specifically:	48
6.4	Assuming that the question is to be determined by the Tribunal and in light of the answer to Issue 6.3, did the machines in question meet the applicable criteria?	50

7.	Was a legitimate expectation created by SEGOB's letter of 15 August 2000 to the effect that it brings Claimant's claims in the present case under Article 1102, 1105 and/or 1110 NAFTA? Specifically:	50
7.1	If and to what extent is a legitimate expectation legally relevant under Article 1102, 1105 and/or 1110 NAFTA?	50
7.2	What are the standards for a legitimate expectation in that respect?	55
7.3	What is the meaning and legal status of the SEGOB letter of 15 August 2000, and what is the relevance thereof?	55
7.4	Did EDM fail to disclose relevant facts, in particular in its solicitude of 3 August 2000, as it is alleged by Respondent, and if so, what is the relevance thereof?	55
7.5	What are the consequences of the answers to the foregoing Issues 7.1 - 7.4?	55
D.	<i>Merits – Articles 1102, 1105 and 1110 NAFTA</i>	55
8.	Did Respondent breach the "National Treatment" standard under Article 1102 NAFTA?	55
8.1	Which of the following tests as postulated by the disputing parties is the test to be applied under Article 1102 NAFTA? Specifically:	56
8.2	On the basis of the test to be applied, did Respondent actually breach Article 1102? Specifically, and to the extent relevant under the test to be applied:	58
9.	Did Respondent breach the "Minimum Standard of Treatment" under Article 1105 NAFTA?	59
9.1	What does the "Minimum Standard of Treatment" under Article 1105 NAFTA mean and how is it to be applied by a NAFTA arbitral tribunal?	59
9.2	Subject to the answer to Issue 7 and 9.1 above, was there a detrimental reliance by Claimant on SEGOB's letter of 15 August 2000, also in light of Claimant's solicitude of 3 August 2000, and if so, did it constitute a breach of Article 1105 NAFTA?.....	61
9.3	Subject to the answer to Issue 9.1 above, was there a failure to provide due process, constituting an administrative denial of justice, in the proceedings relating to the ruling of 10 October 2001, and if so, did it constitute a breach of Article 1105 NAFTA?.....	62

9.4	Subject to the answer to Issue 9.1 above, was there manifest arbitrariness in administration, constituting proof of an abuse of right, in the proceedings before SEGOB, and if so, did it constitute a breach of Article 1105 NAFTA?	63
10.	Did Respondent engage in an expropriation in violation of Article 1110 NAFTA?	63
10.1	Does the fact that Claimant did not submit to arbitration a claim on its own behalf under Article 1116 NAFTA, but rather on behalf of the EDM Companies under Article 1117 NAFTA, preclude it from obtaining compensation under Article 1110?	63
10.2	Subject to the answer to Issue 10.1 above, and having also regard to Issue 10.3 below, is it relevant to determine which is or are the expropriation standard or standards to be applied under Article 1110 NAFTA? If so, which is that standard or are those standards?	65
10.3	Subject to the answers to Issues 7, 10.1 and 10.2 above, did any rights legitimately acquired by the EDM Companies exist in the businesses conducted by them? Specifically:.....	67
E.	<i>Merits – Damages</i>	67
11.	If the answer to Issues 8 and/or 9 and/or 10 above is in the affirmative, is Claimant entitled to damages, and if so for what amount?	67
11.1	What are the compensation principles to be applied to damages in the present case?	68
11.2	Is there a sufficient causal link between the breach and the damages claimed by Claimant?	70
11.3	Are the damages claimed by Claimant a reasonably foreseeable consequence of the act that constituted the breach by Respondent?	72
11.4	Subject to the answers to Issues 11.1- 11.3, should the damages be valued on the basis of a fair market value of the EDM Companies calculated for anticipated future profits by a discounted cash flow (“DCF”) method, as contended by Claimant?	72
11.5	To the extent that it is not addressed under Issues 11.1-11.4, has Claimant proven the damages as claimed by it?	80
11.6	Subject to the answers to the foregoing Issues 11.1- 11.5, what is the amount of damages?	81
11.7	As regards interest with respect to the damages:	83

F.	Costs.....	83
12.	What are the costs of the arbitration and which party shall bear those costs or in which proportion shall those costs be allocated between the parties?	83
IV.	PETICIÓN	85

ESCRITO DE MÉXICO POSTERIOR A LA AUDIENCIA

I. INTRODUCCIÓN

1. El gobierno de México presenta este escrito posterior a la audiencia conforme a la Orden de Procedimiento No. 7, a la carta del Tribunal del 1 de junio de 2004 y a las indicaciones que dio el Tribunal durante el desahogo de la audiencia.

2. En sus diversos escritos, el gobierno de México abordó las deficiencias y contradicciones de la reclamación que la demandante presenta. Los testimonios presentados durante la audiencia las corroboran y hacen aún más evidentes. En términos simples, las pruebas no sustentan la relación de hechos que la demandante presenta. Además, la demandante propone teorías jurídicas intrincadas que se apartan, no sólo del texto expreso del TLCAN, sino también de las definiciones aceptadas de varios conceptos fundamentales, por ejemplo, el principio de trato nacional.

3. El presente escrito se divide en cuatro secciones: una primera introductoria, la segunda donde se demuestra que los testimonios presentados en la audiencia sostienen los argumentos del gobierno de México sobre los hechos centrales de la reclamación de la demandante; la tercera en la que se da respuesta a las preguntas del Tribunal (“*List of issues*”) distribuidas a las partes el 28 de abril de 2004 y la cuarta que contiene la petición del gobierno de que el caso se deseche en su totalidad con la correspondiente condena en costos.

4. El gobierno de México reitera todos los argumentos escritos y orales que ha hecho en el curso del procedimiento, aun si no los aborda expresamente en este escrito. Con la finalidad de evitar repeticiones, en ocasiones la demandada remite a las explicaciones y argumentos que ha presentado anteriormente.

II. RESUMEN DE LOS HECHOS

5. A partir de los documentos contemporáneos a los hechos y los testimonios presentados durante la audiencia, puede resumirse de la siguiente manera los principales sucesos relativos a la incursión de Thunderbird en el mercado mexicano y su participación en las entidades EDM.

6. La SEGOB ha determinado que la operación de máquinas tragamonedas idénticas o similares a las de los establecimientos de las entidades EDM es una actividad ilícita y ha clausurado todos aquellos de los que ha tenido conocimiento. En algunos casos, los operadores de esos establecimientos promovieron juicios de amparo y les fue otorgada una suspensión temporal del acto de clausura mientras el juicio se resuelve en definitiva, lo cual les ha permitido operar entre tanto. Sin embargo, no existe una resolución judicial que determine que la operación de establecimientos de este tipo sea una actividad lícita¹.

7. Las pruebas demuestran que fueron los señores Ong, Oien y Watson quienes presentaron a Thunderbird la operación de este tipo de máquinas en México como una oportunidad de negocios que Thunderbird quiso aprovechar, consciente, no obstante, de que la SEGOB, la autoridad administrativa competente, había manifestado que se trataba de una actividad ilegal² y había procedido a clausurar los establecimientos del Sr. Guardia, en los que los señores Ong y Oien estaban involucrados³.

8. En estas circunstancias, Thunderbird pretendió explotar la misma actividad, utilizando máquinas idénticas o muy similares y que habían suscitado lo que la propia Thunderbird ha llamado “un altercado legal significativo”⁴ frente a la SEGOB. Las pruebas demuestran que los señores Ong y Oien, conjuntamente con sus abogados en México, los señores Aspe y Arroyo, fueron quienes propusieron la forma de llevarla a cabo. Thunderbird procedió a realizar la inversión y desarrollar esa actividad con base en el consejo de los señores Ong y Oien y la asistencia de los señores Aspe y Arroyo, no obstante la opinión contraria de su propio abogado, el Lic. Luis Ruiz de Velasco de Baker & McKenzie⁵ y la advertencia expresa que hizo de que la SEGOB podría clausurar sus establecimientos⁶.

1. Véase el apartado I de este escrito.

2. Los juegos de azar y los juegos con apuesta, por principio, están prohibidos por la legislación mexicana. Sólo se permiten en casos excepcionales y claramente acotados por la ley de la materia y, en toda circunstancia, previo permiso formalmente expedido por la SEGOB. Thunderbird no solicitó —ni obtuvo— un permiso de la SEGOB para operar juegos de azar o juegos con apuesta.

3. Véase la transcripción de la audiencia (la “transcripción”), pp. 249-250 de la versión en inglés. Mediante un correo electrónico del 8 de mayo de 2000, el Sr. Watson informó al Sr. Girault: “*Mr. Ivy Ong, has acquired through an Amparo, the right to operate four slot machine operations in Mexico!*”. Anexo R-95.

4. Escrito de Demanda, p. 4:21-22.

5. Transcripción, pp. 94:23-98:7 de la versión en español del 27 de abril de 2004.

6. Transcripción, pp. 114:14-21 de la versión en español del 27 de abril de 2004.

9. Thunderbird celebró un contrato con *A-1 Financial International Ltd (A-1 Financial)* — una empresa propiedad de los señores Ong y Oien. Dicho contrato estipulaba que *A-1 Financial* se encargaría de obtener de las autoridades gubernamentales todos los permisos necesarios, mientras que Thunderbird se obligaba a aportar su experiencia y conocimiento en la operación de casinos y máquinas tragamonedas⁷.

10. *A-1 Financial* procedió a establecer Entertainmens de México, S.A. de C.V. (“EDM-Matamoros”), a través de los señores Menéndez Tlcaltepa y Rodríguez Velásquez, quienes aparecieron como socios (al parecer, en la operación también intervino un individuo llamado Michael Brannon⁸). Durante el mes de julio y principios de agosto de 2000, EDM-Matamoros adquirió equipo de video juegos con apuesta para el establecimiento en esa ciudad⁹ e inició operaciones¹⁰.

11. Thunderbird argumenta que el 10 de agosto de 2000 adquirió las acciones de EDM de manera indirecta (a través de JDMI y *Thunderbird Brazil*). El gobierno de México sostiene que la demandante no ha probado este hecho (durante la audiencia el Sr. Mitchell no solo no recordó si efectivamente JDMI adquirió las acciones y cuándo se realizó la operación, sino que ni siquiera recordó qué era JDMI¹¹).

7. Véase el anexo R-98, *Revenue Share and Consulting Agreement*. Este documento establece, por ejemplo, que *A-1 Financial* asumía la responsabilidad de obtener todos los permisos necesarios (“*all necessary permits and licenses*”).

8. El Sr. Mitchell declaró: “*Brannon is one of those investors [involved in the Matamoros facility]*”. Transcripción, p. 344:1-6 de la versión en inglés. En la página 16 de su Informe Anual para 2002 (*Annual Information Form*), Thunderbird menciona un litigio derivado de una reclamación del Sr. Brannon “*the Company owes him \$350,000 stemming from his transfer of all interest he had in the entity, Entertainmens de Mexico*”. Anexo R-120.

9. Transcripción, pp. 265:9-266:8 de la versión en inglés y Escrito de Demanda, p. 7. Véase también las facturas de máquinas Bestco y SCI. Anexo C-9 y anexo C-87, p. 5.

10. Solicitud de EDM-Matamoros del 3 de agosto de 2000. Anexo C-17. Transcripción, pp. 100:28-101:15 de la versión en español del 27 de abril de 2004.

11. Transcripción, pp. 267:18-21 y 268:1-12 de la versión en inglés:

“*Q ... can you confirm that this document, this contract was executed in Mexico City on the 10th of August 2000, and that [JDMI] represented by Luis Ruiz de Velasco acquired all of the shares in the company we had been calling EDM-Matamoros*

Mitchell: As you may know, many transactions in Latin America are done months, sometimes years after the fact, legal transactions, and the fact that it says this contract “firms las partes,” I think says it was signed the 10th of August, but I would not put any faith that that was the actual date that the contract was signed, knowing what I know about hundreds of transactions in Latin America.”

Véase también la transcripción, p. 257:5-18 de la versión en inglés:

Q. Okay. Well, Oien signs on behalf of A-1 Financial, Ltd. And Eduardo Falcon signs as the President of JDMI. Do you know who that person is?

A. [Mitchell] No, I don't recall JDMI. I recall that Doug Oien was involved with A-1 Financial, and that was the entity that he operated with.

Q. Well, think about JDMI for a moment, and perhaps I can give you its full name, Juegos de Mexico, Inc. Do you recognize that name?

A. Today?

Q. Yes.

A. No.

12. Los señores Aspe y Arroyo se encargaron de gestionar una “opinión” de la SEGOB. Sin embargo, Thunderbird ni siquiera informó a su propio abogado, el Lic. Luis Ruiz de Velasco, sobre las características de las máquinas y la naturaleza de sus operaciones; no le informó que las operaciones que ya llevaba a cabo y que pretendía expandir involucraban la apuesta¹² —la principal razón por la cual, en opinión del Lic. Ruiz de Velasco, la SEGOB clausuró los establecimientos del Sr. Guardia¹³. El gobierno de México sostiene que la opinión que el Lic. Ruiz de Velasco había manifestado sobre el *modus operandi* propuesto por los señores Ong, Oien, Aspe y Arroyo explica por qué Thunderbird no le dio esa información.

13. El 3 de agosto de 2000, EDM-Matamoros solicitó la opinión de la SEGOB respecto de la legalidad de las máquinas que ya operaba. Los señores Aspe y Arroyo elaboraron la solicitud conforme a las instrucciones del Sr. Mitchell. El Lic. Ruiz de Velasco aparentemente sólo tuvo una intervención menor, y no fue quien recibió las instrucciones que supuestamente dio el Sr. Mitchell de informar a la SEGOB que las operaciones y máquinas de EDM-Matamoros, y que pretendía expandir, eran esencialmente idénticas a las del Sr. Guardia que la SEGOB ya había clausurado, y que uno de los aspectos fundamentales de éstas era que recibían dinero en efectivo con el objeto de ganar dinero en efectivo¹⁴.

14. El Tribunal puede inferir razonablemente que la opinión del Lic. Ruiz de Velasco era que lo que el Sr. Guardia venía realizando eran juegos prohibidos por la ley y que si intervenían el azar o la apuesta en cualquier forma, las actividades estaban prohibidas y Thunderbird no habría podido llevarlas a cabo. México sostiene que ello explica por qué Thunderbird no explicó al Lic. Ruiz de Velasco que ese era un aspecto fundamental de sus máquinas y sus operaciones¹⁵ y por qué involucró a los señores Aspe y Arroyo, pero no al Lic. Ruiz de Velasco, en la preparación de la solicitud a la SEGOB¹⁶.

15. La solicitud del 3 de agosto de 2000 aseguró categórica y reiteradamente que en las máquinas de videojuegos objeto de la misma “no interviene ni el azar ni la apuesta”. El Lic. Ruiz de Velasco, que sí revisó la solicitud, confirmó que lo que se indicó a la SEGOB fue que no intervenían ni el azar ni la apuesta en absoluto¹⁷.

16. El 15 de agosto de 2000, la SEGOB emitió un oficio en el cual señaló que, si las máquinas funcionaban de la manera descrita en la solicitud, se encontraban fuera de su ámbito de

12. Transcripción, pp. 99:18-100:2, 108:15-109:16, 110:19-111:17 de la versión en español del 27 de abril de 2004 y 649:14-19 de la versión en inglés.

13. Transcripción, pp. 98:26-99:7 de la versión en español del 27 de abril de 2004.

14. Transcripción, pp. 106:24-107:6 y 108:15-109:16 de la versión en español del 27 de abril de 2004.

15. Transcripción, pp. 99:18-29 de la versión en español del 27 de abril de 2004; y 649:14-19 y 658:8-659:8 de la versión en inglés.

16. Transcripción pp. 101:24-102:9 de la versión en español del 27 de abril de 2004.

17. Transcripción, p. 575:3-8 de la versión en inglés:

PRESIDENT VAN DEN BERG: Let me ask a question at this point, Mr. Velasco. The representation you made in this letter of 3 August was that no chance or betting was involved at all for hundred percent excluded?

THE WITNESS [Lic. Ruiz de Velasco]: I guess, yes.

competencia; pero previno que, si intervenía el azar o la apuesta, se considerarían máquinas de juegos prohibidos. La SEGOB refirió a EDM-Matamoros al texto preciso de la Ley Federal de Juegos y Sorteos que establece la prohibición y las consecuencias del incumplimiento con ésta. El Lic. Ruiz de Velasco fue categórico en la opinión que subsecuentemente dio a Thunderbird sobre el oficio de la SEGOB y cuidadoso en los términos que empleó. Manifestó que EDM podría operar “con tal de que [las máquinas de videojuegos de habilidad y destreza] no lleguen a ser, de ninguna manera, máquinas para juegos de azar o de apuestas”¹⁸. De hecho, el Lic. Ruiz de Velasco admitió que no sabía que las máquinas emitían boletos canjeables por dinero en efectivo y que, de haberlo sabido, probablemente habría cambiado su opinión, porque “se podría haber considerado apuesta”¹⁹.

17. Thunderbird había acordado pagar a los señores Aspe y Arroyo una elevada suma de dinero a cambio de obtener una “carta” de la SEGOB emitida “exclusivamente a favor de ITG y sus filiales”²⁰, que le permitiera operar las máquinas llamadas “de habilidad o destreza”. El 16 de agosto de 2000 transfirió 300 mil dólares²¹ a una cuenta de un individuo llamado Rafael Ramos Velasco, señalada por los señores Aspe y Arroyo. Thunderbird no ha explicado el papel que el Sr. Ramos Velasco desempeñó ni las circunstancias precisas de la transacción²².

18. El 25 de febrero de 2001, funcionarios de la SEGOB realizaron una visita de inspección al establecimiento de EDM en Nuevo Laredo, “La Mina de Oro”, y determinaron que en las máquinas que ahí operaban intervenían el azar y la apuesta y, en consecuencia, procedieron a clausurar las instalaciones y las máquinas de inmediato. EDM promovió un juicio de amparo en el que argumentó violaciones en el procedimiento de clausura. La SEGOB y EDM-Matamoros acordaron iniciar un procedimiento administrativo para determinar la legalidad de las máquinas. En virtud del acuerdo, EDM-Matamoros se desistió del juicio de amparo y la SEGOB retiró los sellos de clausura del establecimiento. El procedimiento administrativo fue iniciado a petición de EDM-Matamoros el 23 de marzo de 2001. Se determinó celebrar la audiencia administrativa el 10 de julio de 2001.

19. En tanto se llevaba a cabo el procedimiento administrativo, Thunderbird continuó buscando recursos de varios inversionistas externos para las tres entidades EDM. O bien Thunderbird (i) no les informó que estaba en curso un procedimiento administrativo en el cual la

18. Transcripción, pp. 114:9-17 de la versión en español del 27 de abril de 2004; y 656:16-658:7 de la versión en inglés. El texto exacto de la opinión del Lic. Ruiz de Velasco es: “...as long as they do not become in any manner whatsoever as gaming or betting machines”. Anexo R-112.

19. Transcripción, p. 649:14-19 de la versión en inglés.

20. Anexos R-106 y R-107.

21. La cantidad originalmente pactada rebasaba un millón de dólares. *Ibid.* Escrito de Duplica, ¶ 44; anexo R-027.

22. Transcripción, p. 289:9 de la versión en inglés:

“Q ...you will see that the name of final beneficiary is Rafael Ramos Velasco. Do you know who that person is?

A [Mitchell]: No.”

Véase también las pp. 384:18-385:4 de la versión en inglés, en donde el Sr. Mitchell responde al Presidente del Tribunal que no sabe quién es el Sr. Rafael Ramos Velasco.

SEGOB podría determinar que dichas máquinas eran ilegales, o bien, (ii) les informó de este hecho de manera verbal y éstos decidieron continuar con su inversión de cualquier forma.

20. La audiencia administrativa tuvo lugar el 10 de julio de 2001. En la audiencia EDM–Matamoros tuvo plena oportunidad de presentar pruebas documentales testimoniales y periciales, e incluso de demostrar la operación de uno de los juegos, por lo menos, mediante una versión “de portafolios” (“*briefcase version*”) de las máquinas que operaba. La audiencia del 10 de julio no agotó el procedimiento administrativo. La autoridad subsecuentemente analizó y valoró cada una de las pruebas ofrecidas, tras lo cual emitió su resolución.

21. El establecimiento de Reynosa abrió el 25 de agosto de 2001²³.

22. El 10 de octubre de 2001 la SEGOB emitió su resolución administrativa en la que determinó la ilegalidad de los juegos operados por EDM. La resolución contiene el análisis y valoración de cada una de las pruebas presentadas, así como el razonamiento jurídico con base en el cual determinó que se trataba de juegos prohibidos, ya que intervenía en ellos tanto el azar como la apuesta²⁴. Conforme al procedimiento administrativo, la SEGOB notificó a EDM de su resolución y ordenó la clausura inmediata de los establecimientos en Nuevo Laredo y Matamoros²⁵.

23. No obstante que EDM conocía el contenido y conclusiones de la resolución administrativa, EDM-Reynosa se mantuvo en operación con el mismo tipo de máquinas que la SEGOB había determinado eran juegos prohibidos. La SEGOB clausuró EDM-Reynosa el 18 de enero de 2002²⁶.

24. EDM promovió amparos en contra de las clausuras de los establecimientos de Matamoros, Nuevo Laredo y Reynosa²⁷. Paralelamente promovió un juicio de nulidad por los mismos conceptos de violación. En ninguno obtuvo una resolución favorable; posteriormente EDM se desistió de los juicios que quedaban pendientes.

25. Algunos aspectos importantes sobre los hechos se analizan de manera más detallada a continuación.

A. Las máquinas de EDM eran de juegos con apuesta

26. El gobierno de México ha presentado suficientes pruebas que demuestran de manera concluyente que las máquinas utilizadas por EDM son de juegos con apuesta, precisamente el tipo de actividades a las que Thunderbird se dedicaba en Estados Unidos antes de incursionar en el mercado mexicano y a las que se ha dedicado en otros países a la fecha. Las pruebas

23. Véase el apartado II.E del Escrito de Dúplica.

24. Anexo R-93.

25. A la fecha de la resolución administrativa la SEGOB no tenía conocimiento del establecimiento en Reynosa, el cual operaba con un nombre distinto de “Mina de Oro”.

26. Anexo C-73.

27. Anexos R-28 y R-30.

demuestran que no cambió de giro para ingresar a México, y simplemente no es creíble que haya pretendido montar una simple galería de juegos (“*arcade*”) o de “chispas”, como comúnmente se les conoce en México, o siquiera un negocio como el que *Amazing World* pretendía establecer²⁸. Las pruebas demuestran que Thunderbird pretendió establecer un negocio de máquinas tragamonedas como los que previamente operaba en Estados Unidos —y que tuvo que abandonar justamente porque involucraban el azar y la apuesta²⁹— y que el Lic. Ruiz de Velasco definió en su opinión del 25 de agosto de 2000³⁰.

27. El Sr. McDonald hizo un esfuerzo por caracterizar lo que evidentemente es un juego de video póquer, como un juego de “retención de símbolos” (“*symbol lock-down*”)³¹. En sus escritos, Thunderbird argumentó que las máquinas eran del mismo tipo que los video juegos “Nintendo”. Sin embargo, en la audiencia el Sr. Mitchell reconoció que Thunderbird restauró máquinas que había utilizado en casinos ubicados en reservas indias de Estados Unidos y las trasladó a los establecimientos de EDM en México³².

1. El juego que Thunderbird demostró en la audiencia es video póquer

28. A solicitud del Tribunal, la demandante dispuso que el Sr. McDonald de la compañía SCI demostrara el funcionamiento de una de las máquinas que EDM operaba en sus establecimientos. La demandante ofreció lo que llamó una “versión de portafolios” (“*briefcase version*”) para demostrar un solo tipo de juego. La “versión de portafolios”, además, carecía de las características esenciales de las máquinas efectivamente utilizadas por EDM —particularmente, carecía de la ranura para insertar billetes y el mecanismo para imprimir boletos canjeables por dinero. La demandante no presentó una máquina que tuviera los llamados “*skill stop games*” en los que giran imágenes en carretes virtuales y se les intenta detener en una combinación óptima presionando botones. En opinión de la demandada, la demandante por estrategia decidió no demostrar una versión real de las máquinas y no demostrar los “*skill stop games*” en la audiencia, puesto que habría sido evidente que las máquinas que operó EDM no son más que un tipo de máquina tragamonedas de video que operan con botones.

28. Anexo C-93.

29. En la sección IV del Escrito de Contestación a la Demanda la demandada compara la descripción de las máquinas contenida en los instructivos de EDM, con la descripción y clasificación de los mismos tipos de juegos contenida en resoluciones de tribunales, entidades gubernamentales y otros órganos estadounidenses.

30. Anexo R-112 y transcripción, pp. 656:16-657:8 de la versión en inglés.

31. Testimonio del Sr. McDonald, Anexo C-G, ¶ 10; transcripción, pp. 439-550 de la versión en inglés. Véase también el testimonio de Peter Watson del 6 de febrero de 2004, Anexo C-Y, ¶ 2.

32. Transcripción, p. 365:5-13 de la versión en inglés.

Q. The last sentence reads as follows: "The company wrote off \$209,000 of gaming equipment that was intended to be refurbished for the Mexico market." So, at least in 2001, the company had some gaming machines that it was going to place in Mexico that came from its inventory or came on return from Indian bands; is that correct?

A.[Mitchell] I assume that to be correct, that statement.

Q. Would Mr. McDonald have been the refurbisher of that equipment?

A. Most likely.

29. En la audiencia el Sr. McDonald declaró que el juego “Mina de Oro” fue el que EDM presentó en la audiencia del 10 de julio de 2001. Éste fue el que la SEGOB determinó era un juego prohibido por la Ley Federal de Juegos y Sorteos³³.

30. El Tribunal pudo apreciar que la única diferencia entre el juego utilizado en la demostración y un típico juego de video póquer es que el primero utiliza imágenes de carros mineros cargados con cuatro tipos distintos de joyas, en lugar de imágenes de barajas con los cuatro palos típicos: El juego “Mina de Oro” emplea 52 imágenes divididas en cuatro grupos de joyas numerados del uno al trece, cada uno, como el póquer utiliza 52 barajas divididas en cuatro palos de trece cada uno. Al igual que en el póquer, después de “barajar” las imágenes de carros y repartir cinco cartas que el jugador puede conservar o cambiar en una sola ocasión, el jugador gana dependiendo de la combinación obtenida. Las combinaciones coinciden exactamente con las del póquer: par, dos pares, terna, corrida, flor, etc.³⁴ La máquina utilizada en la demostración desplegaba las probabilidades de lograr las diversas combinaciones ganadoras —al igual que lo hace una máquina tragamonedas típica— y la máquina le permitía al operador (no al jugador) ver de manera precisa la frecuencia con la que la máquina desplegaba las combinaciones ganadoras³⁵.

31. La demandante argumentó que “no era claro” por qué incluyó la demandada en sus escritos numerosos fallos emitidos por tribunales estadounidenses, así como opiniones de autoridades y órganos de ese país sobre la clasificación de juegos con el mismo nombre que los utilizados en los establecimientos de EDM³⁶. Sin embargo, al explicar el funcionamiento del juego “Mina de Oro”, el Sr. McDonald reconoció que todas las jurisdicciones de Estados Unidos en las que él “personalmente fue proveedor de juegos similares” eran reservas indias, y que los mismos juegos utilizados por EDM “hoy, serían considerados como juegos de Clase III”³⁷. En opinión de la demandada, la admisión del Sr. McDonald de que el juego “Mina de Oro” es similar a los juegos considerados en Estados Unidos como juegos con apuesta resulta relevante al momento de valorar si la SEGOB actuó de manera razonable al determinar que los juegos de EDM son juegos con apuesta prohibidos y proceder a clausurar los establecimientos³⁸.

33. Transcripción, p. 511:1-9 de la versión en inglés.

34. El Sr. McDonald describió el juego de la siguiente manera:

It's called La Mina de Oro symbolic game of skill. This game, the theme is a mine, a gold mine. What you have is a group of 52 symbols, a finite group of 52 symbols. There are four types of mining carts, and the carts, different types of mining carts are determined by the jewel that is in the cart. You have an emerald, a ruby, a diamond, and a gold nugget. The four types of carts have types of numbers 1 through 13 assigned to each type of cart, which makes up the 52 groups of symbols. Up here are your possible winning combinations. You can have two carts of the same number greater than 10. You can have two pairs of similar numbered carts. You could have three similar carts, and it goes all the way up to carts numbered 9 through 13 of the same type of cart, which would be the top winning prize.

Transcripción, pp. 486:8-487:5 de la versión en inglés.

35. Íd.

36. Véase el Escrito de Réplica, pp. 32-35.

37. Transcripción, pp. 541:12-542:14 de la versión en inglés.

38. Véase la sección III.B.4 del Escrito de Contestación a la Demanda.

32. Inicialmente, el Sr. McDonald intentó apoyar el argumento de la demandante de que el programa utilizado en las máquinas operadas por EDM en México era distinto al programa de las máquinas utilizadas en reservas indias de Estados Unidos, y que fue diseñado especialmente para cumplir con los estándares de la SEGOB contenidos en el oficio del 15 de agosto de 2000. Sin embargo, finalmente reconoció que nunca le fueron proporcionados parámetros específicos para diseñar un programa particular para ser utilizado en México³⁹.

33. El perito ofrecido por el gobierno de México, Profesor Nelson Rose, tras revisar el informe de Netcomm y la transcripción del testimonio del Sr. McDonald, confirmó: “*this has to be a video poker-like machine*”⁴⁰.

2. Los manuales de funcionamiento corresponden a máquinas tragamonedas

34. En la audiencia México demostró que los manuales encontrados en los establecimientos de EDM son de las máquinas que Thunderbird operaba en los Estados Unidos. El manual de operación de *Bestco Fantasy Five* expresamente detalla la manera como se puede ajustar la proporción de pagos (*payout rate*) y la velocidad a la que giran los carretes⁴¹. Durante la audiencia, el Sr. McDonald negó tener conocimiento alguno del equipo *Bestco*⁴².

35. Thunderbird inicialmente afirmó que adquirió de varios fabricantes las “máquinas de habilidad y destreza” de EDM, pero en la audiencia pudo corroborarse que un número considerable de las máquinas que operaban en los establecimientos de EDM habían sido ensambladas y utilizadas con anterioridad por Thunderbird en Estados Unidos, y que SCI subsecuentemente restauró para EDM⁴³. También se demostró que el manual de SCI es una simple copia de un manual anterior de Thunderbird del cual se eliminaron selectivamente palabras que denotan juegos con apuesta, por ejemplo “*poker*” y “*keno*”⁴⁴. En un principio, el Sr. McDonald dudó del origen del manual de la propia SCI, pero eventualmente concedió que era

39. Transcripción, p.535:13-14 de la versión en inglés “*there were no specific parameters given to me*”.

40. Transcripción, p. 791:1-4 de la versión en inglés.

41. Transcripción, pp. 119:9-121:15 de la versión en inglés.

42. Ante una pregunta del Presidente van den Berg acerca de la manera como las máquinas podían ser programadas para otorgar premios en una proporción determinada, se le proporcionó al Sr. McDonald el instructivo de la máquina *Bestco Fantasy Five*. El Sr. McDonald manifestó: “*I’ll take a look at it, but I understand that this is not my manual.... I would prefer to just testify on my own equipment*”. Transcripción, pp. 460:19-463:15 de la versión en inglés. Al ser cuestionado sobre el modelo de las máquinas de Bestco que contiene la solicitud del 3 de agosto de 2000, el Sr. McDonald manifestó: “*I’m not familiar with their model numbers*”. Transcripción, pp. 445:9-446:4 de la versión en inglés.

43. En la audiencia el Sr. Atallah afirmó que las máquinas que Thunderbird proveyó a las reservas indias nunca fueron removidas de dichos lugares (transcripción, pp. 166:18-167:16 de la versión en inglés); sin embargo, posteriormente el Sr. Mitchell reconoció que Thunderbird recuperó esas máquinas y las vendió a SCI (transcripción, pp. 316:8-317:7 de la versión en inglés). El Sr. McDonald reconoció que parte de las máquinas que SCI ensambló para enviar a México provenían de las reservas indias o del propio Thunderbird. Transcripción, pp. 441:7-442:21 de la versión en inglés.

44. Transcripción, pp. 114:13-116:9 de la versión en inglés.

una copia del instructivo de Thunderbird. Sin embargo, negó tener conocimiento de quién había eliminado la palabra “*poker*”, entre otras, y por qué⁴⁵.

3. El dictamen de Netcomm no es un peritaje de la PGR, ni siquiera uno independiente; fue preparado conforme a las indicaciones de Thunderbird.

36. En sus Escritos de Demanda y Réplica, la demandante aseveró que la Procuraduría General de la República (PGR), una dependencia del gobierno federal mexicano, había comisionado un peritaje sobre las máquinas de EDM y llegó a identificarlo como “el dictamen de la PGR”. Como anexo al Escrito de Demanda, la demandante presentó lo que identificó como una copia del paquete de documentos que EDM ofreció como prueba en la audiencia del 10 de julio de 2001⁴⁶. El anexo incluye el dictamen referido, que fue elaborado por la empresa Netcomm Sistemas y Telecomunicaciones. También incluye un borrador del mismo dictamen con comentarios manuscritos en los márgenes.

37. El acta de la audiencia administrativa, que fue firmada por los señores Ruiz de Velasco y Girault, relaciona con detalle los documentos que integran el expediente administrativo, incluido el escrito que el Lic. Ruiz de Velasco presentó el día de la audiencia con el que ofreció “pruebas respecto de la operación de las máquinas de ‘videojuego de habilidad y destreza’ instaladas en los inmuebles... en Nuevo Laredo... y... Matamoros”. El acta señala que, como anexo al escrito, el Lic. Ruiz de Velasco exhibió “un documento intitulado ‘Reporte para Secretaría de Gobernación, Dirección General de Gobierno’” y relaciona las documentales que contiene, incluido el documento llamado “Dictamen de la Procuraduría General de la República, constante de 26 fojas”⁴⁷. No se incluyó el borrador del dictamen que la demandante presentó en este procedimiento.

38. En respuesta a las preguntas de la demandada, el Sr. Atallah reconoció como suyas las anotaciones manuscritas en el borrador del dictamen⁴⁸. Las anotaciones indican que porciones importantes del dictamen provienen “de Kevin” —el Sr. Atallah confirmó que se refería a Kevin McDonald— y también sugieren varios cambios al dictamen⁴⁹.

39. En la audiencia el Sr. Crosby señaló que el borrador del dictamen, junto con la versión final, también formaba parte del paquete de documentos entregado a la SEGOB⁵⁰; sin embargo, su argumento resulta ilógico y contradice la detallada acta elaborada durante la audiencia

45. Transcripción, pp. 512:14-523:1 de la versión en inglés.

46. Anexo C-69.

47. Anexo R-47.

48. Transcripción, pp. 168:15-169:14 de la versión en inglés.

49. Transcripción, pp. 170:5-172:14 de la versión en inglés.

50. El Sr. Crosby declaró “[t]o the extent that those were comments on the report, they were provided at the hearing along with the report... They were provided to the administrator at the administrative hearing”. Transcripción, p. 997:6-14 de la versión en inglés. Después en los argumentos orales finales de la demandada se suscitó de nuevo la discusión sobre la presentación del borrador del reporte Netcomm a la SEGOB. Transcripción, pp. 1174:4-1182:16 de la versión en inglés; y pp. 80-84 de la transcripción en español del 29 de abril de 2004.

administrativa, la cual no indica que un borrador haya sido entregado junto con la versión final del dictamen (ni coincide el número de páginas señalado)⁵¹. Todo parece indicar que Thunderbird inadvertidamente incluyó el borrador del dictamen de Netcomm en el anexo C-69.

40. El borrador con las anotaciones del Sr. Atallah refuta por completo el argumento de Thunderbird de que el dictamen de Netcomm fue un peritaje de la PGR o de un perito independiente obtenido por la PGR, y refuta en forma absoluta también la aseveración del Sr. Crosby de que Thunderbird “no tuvo nada que ver en la elaboración del dictamen”⁵². Ha quedado demostrado en forma concluyente que Thunderbird tuvo acceso a un borrador del dictamen de Netcomm, que lo editó, que Thunderbird sabía que el Sr. McDonald redactó secciones importantes del dictamen para Netcomm y que Netcomm estuvo dispuesta a aceptar los cambios de Thunderbird antes de finalizar su dictamen y de que EDM lo presentara a la SEGOB. También es relevante que el Sr. Atallah haya optado por no corregir la afirmación del Sr. Crosby de que el dictamen fue elaborado por un experto independiente y que Thunderbird no tuvo nada que ver con su preparación⁵³.

41. La SEGOB, que no tuvo acceso al borrador del dictamen, llegó a las mismas conclusiones en el procedimiento administrativo instaurado por EDM. Según lo señaló ya la demandada, la resolución administrativa del 10 de octubre de 2001 de la SEGOB contiene un análisis comparativo del dictamen de Netcomm y la declaración del Sr. McDonald, también incluida en el paquete de documentos ofrecidos por EDM, que evidencia que secciones claves del dictamen son idénticas al texto de la declaración del Sr. McDonald. En consecuencia, la SEGOB concluyó que el dictamen de Netcomm carecía de valor probatorio como peritaje independiente⁵⁴. El borrador de Thunderbird corrobora que las conclusiones de la SEGOB sobre la naturaleza de las máquinas —que son razonables y se fundamentan en un análisis cuidadoso— sin duda alguna son correctas.

42. En cualquier caso, el que la SEGOB haya desestimado el dictamen de Netcomm no contraviene disposición alguna del TCLAN ni del derecho internacional.

51. Durante la audiencia, el Lic. Ruiz de Velasco declaró que él revisó y firmó el acta de la audiencia administrativa. El Lic. Ruiz de Velasco primero dijo que no sabía que el Sr. Atallah había escrito comentarios en el borrador del dictamen pero posteriormente comentó que sí conoció de la participación del Sr. Atallah en su elaboración. Finalmente dijo que no “se acordaba del todo”. Transcripción, pp. 599:6-604:7 de la versión en inglés.

52. Transcripción, p. 44:9-13 de la versión en inglés.

53. En la audiencia el Presidente del Tribunal comentó que el nombre del laboratorio que había preparado el dictamen Netcomm parecía más afín con una empresa de telefonía o telecomunicaciones: “*They say they are sistemas telecomunicaciones, which sounds to me like somebody from the telephone or the telecommunication industry*”. Transcripción, pp. 485:20-486:5 de la versión en inglés. Por su parte el profesor Rose manifestó que no coincidía con los términos y formato del dictamen de Netcomm. Transcripción, pp. 789:21-790:11 de la versión en inglés.

54. Véase el Escrito de Dúplica, ¶¶ 26-30. La demandada analizó la comparación que hizo la SEGOB. Véase también el anexo R-93.

B. La solicitud de EDM a la SEGOB carecía de cualquier información relevante sobre el funcionamiento de las máquinas y la operación de los establecimientos

43. La demandada ha sostenido que EDM deliberadamente omitió informar a la SEGOB sobre aspectos fundamentales de las máquinas y de las actividades que ya realizaba y que pretendía expandir. La demandada sostiene también que la solicitud en su conjunto, preparada por los señores Aspe y Arroyo —quienes en ese entonces representaban al Sr. Guardia en el juicio de amparo por la clausura de sus establecimientos—, fue intencionalmente engañosa sobre la naturaleza y funcionamiento de las máquinas. Los testimonios presentados en la audiencia corroboran los argumentos del gobierno de México. La poca información proporcionada por EDM a la SEGOB sobre la naturaleza y operación de las máquinas fue falsa o engañosa, particularmente la afirmación de que en las máquinas no intervenía el azar ni la apuesta⁵⁵.

44. El Sr. Mitchell en varias ocasiones sostuvo que había dado instrucciones a “los abogados” de informar plenamente a los funcionarios de la SEGOB sobre el funcionamiento de las máquinas y de que se trataba de máquinas similares o idénticas a las que se utilizaban en los establecimientos del Sr. Guardia en Ciudad Juárez⁵⁶ (el Lic. Ruiz de Velasco declaró que él no recibió tales instrucciones; de hecho, declaró que su entendido era que la principal razón por la que el establecimiento del Sr. Guardia en Ciudad Juárez había sido clausurado fue que intervenía la apuesta, elemento que, también en su entendido, no estaría presente en los juegos de EDM⁵⁷). El Sr. Mitchell también manifestó que un aspecto fundamental de las máquinas era que recibían dinero en efectivo y pagaban dinero en efectivo o un boleto impreso que podía canjearse por dinero en efectivo⁵⁸.

45. La demandante ha argumentado que proporcionó a la SEGOB información detallada sobre el funcionamiento y el tipo de máquinas y ha hecho mucho énfasis, por ejemplo, en que incluso se le proporcionó los modelos y marcas de las máquinas. En la audiencia se evidenció que esos códigos son completamente insignificantes para identificar el equipo y, aún más, los juegos⁵⁹ (los códigos carecían de cualquier significado también para el Lic. Ruiz de Velasco⁶⁰ y aun el Sr. McDonald, un fabricante de este tipo de máquinas, declaró no estar familiarizado con los números de modelo de *Bestco*, otro fabricante de este tipo de máquinas⁶¹). Es relevante

55. Según se comentó en la audiencia, los juegos de habilidad y destreza (en los que no intervienen el azar ni la apuesta) son aquellos que se encuentran en las galerías de juegos —los establecimientos comúnmente conocidos en México como “chispas”— que existen en México y otros países, donde los jugadores compiten unos contra otros por diversión o para ganar premios de poco valor, por ejemplo juguetes, o para ganar tiempo adicional de juego. Transcripción, pp. 1126:3-1129:6 de la versión en inglés, y pp.59:1-60:10 de la versión en español del 29 de abril de 2004. La solicitud de EDM parece referirse a este tipo de juegos.

56. Transcripción, pp. 292:2-301:21 de la versión en inglés.

57. Transcripción, pp. 99:1-9 de la versión en español del 27 de abril de 2004; y 575:3-8 y 635:12-19 de la versión en inglés.

58. Transcripción, p. 303:10-19 de la versión en inglés.

59. Transcripción, pp. 123:14-126:11 de la versión en inglés.

60. Transcripción, pp. 107:20-108:5 de la versión en español del 27 de abril de 2004.

61. Transcripción, pp. 445:9-446:4 de la versión en inglés.

también que ni siquiera los propios fabricantes describen sus equipos a partir de los modelos, sino que lo hacen por el tipo y el nombre del juego⁶².

46. Sin embargo, la solicitud de EDM del 3 de agosto de 2000 omite cualquier referencia o alusión a que las máquinas eran similares o idénticas a las utilizadas en los establecimientos del Sr. Guardia (que en ese momento se encontraba en un “altercado legal significativo” contra la SEGOB precisamente por la clausura de éstos); a las características fundamentales de la operación de las máquinas —por ejemplo, la mecánica y forma de pago—; tampoco describe el tipo de juegos (carretes virtuales y juegos de video tipo póquer), ni siquiera proporciona el nombre de los éstos. Desde luego, EDM no ofreció realizar una demostración del funcionamiento de las máquinas, ni solicitó que la SEGOB inspeccionara las que había colocado en la oficina del Sr. Girault con objeto de que “cualquiera que estuviera trabajando en este asunto tuviera acceso a las máquinas específicas que [EDM] iba a utilizar”⁶³.

C. El oficio de la SEGOB del 15 de agosto de 2000 no es una autorización o un permiso

47. La demandante ha argumentado que el oficio de la SEGOB del 15 de agosto de 2000 constituía una forma de autorización o aprobación que le otorgaba a EDM el derecho de operar máquinas tragamonedas. A pesar de que en su Escrito de Réplica Thunderbird se vio obligada a rectificar sobre la naturaleza del oficio de la SEGOB, continuó con su argumento de que éste obligaba jurídicamente a la Secretaría a permitir la operación de los establecimientos de EDM, aun después de haberse percatado que en las máquinas intervenía el elemento de la apuesta.

48. EDM no solicitó ni obtuvo una autorización ni un permiso⁶⁴.

49. En lo particular y en lo general, el oficio es una explicación genérica de la ley de la materia. Responde a los términos planteados en la solicitud de EDM. Además, como ya lo ha señalado la demandada, la opinión de la SEGOB está expresamente condicionada: dispone que si las máquinas que EDM explotaba comercialmente operaban en la forma y términos descritos en la solicitud del 3 de agosto de 2000, entonces estaban fuera del ámbito de competencia de la Secretaría⁶⁵.

62. Transcripción, p. 126:5-11 de la versión en inglés.

63. Transcripción, pp. 381:4-382:14 de la versión en inglés.

64. Transcripción, p. 649:8-13 de la versión en inglés.

65. El oficio de la SEGOB hace mención al azar como factor “preponderante” en las máquinas tragamonedas. El presidente del Tribunal se mostró interesado en conocer la razón por la cual el oficio de la SEGOB aparentemente insinúa una gradación. La demandada desea destacar que el motivo es irrelevante. El oficio responde a la solicitud del 3 de agosto de 2000 y se basa en la descripción contenida en ella, que afirma de manera clara y contundente que no intervienen el azar ni la apuesta. El Lic. Ruiz de Velasco, que emitió la opinión jurídica sobre el oficio para Thunderbird no, no le atribuyó significado alguno y, de hecho, fue aún más categórico que el propio oficio de la SEGOB (“*as long as they do not become, in any manner whatsoever, as gaming or betting machines*”). Finalmente, la Ley Federal de Juegos y Sorteos prohíbe los juegos de azar y los juegos con apuesta, por lo que el grado de destreza también resulta irrelevante si el juego involucra el elemento de apuesta. Véase la Resolución Administrativa de la SEGOB, p. 20. Anexo R-93. Vale la pena señalar, aunque de manera tangencial, que el Profesor Rose declaró que el estándar “preponderante” se utiliza de manera universal para determinar si un juego es “de azar” o “de destreza”. Transcripción, pp. 729:4-730:13. (“*gambling means that it is predominantly chance*”).

La nota continúa en la página siguiente...

D. La opinión del abogado de Thunderbird y la de la SEGOB son coincidentes

50. Quizá la admisión más significativa de la audiencia fue la del Lic. Ruiz de Velasco, quien declaró que no había visto las máquinas de EDM en funcionamiento antes del 3 de agosto de 2000, sino que sólo vio “físicamente” las tres o cuatro máquinas que había en las oficinas del Sr. Girault; que no le fue explicado cómo operaban las máquinas, no revisó manuales ni obtuvo información al respecto; y que ignoraba que las máquinas imprimían boletos que podían ser canjeados por dinero en efectivo⁶⁶. El Lic. Ruiz de Velasco concedió que esto último podría considerarse apuesta y que probablemente habría cambiado su opinión sobre la legalidad de las máquinas⁶⁷.

51. El Lic. Ruiz de Velasco, que sí revisó la solicitud del 3 de agosto de 2000 antes de que fuera presentada a la SEGOB y quien subsecuentemente emitió una opinión jurídica sobre ella, confirmó que lo que él entendió que se informó a la SEGOB fue que en los juegos no intervenían el azar ni la apuesta en absoluto, que éstos estaban “cien por ciento excluidos”⁶⁸. Su opinión a Thunderbird sobre el alcance del oficio del 15 de agosto de la SEGOB fue que permitía a EDM operar “las máquinas de habilidad y destreza como tales” (*...the Official Letter allows it [EDM] to operate the skill machines as such...*)⁶⁹; pero el Tribunal podrá apreciar que la opinión del Lic. Ruiz de Velasco también es una advertencia: “*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 matter whatsoever, as gaming or betting machines...*” (énfasis propio).

52. De tal manera, tanto el oficio de la SEGOB como la opinión del Lic. Ruiz de Velasco, ambos elaborados a partir de la misma información proporcionada por EDM y/o Thunderbird, coinciden. La opinión subsecuente de ambos, una vez que se percataron de la verdadera naturaleza de las máquinas también coincide: La SEGOB concluyó que las máquinas de EDM no operaban en la forma descrita en la solicitud del 3 de agosto de 2000, sino que eran máquinas tragamonedas de juegos de azar y con apuesta; el Lic. Ruiz de Velasco, por su parte, declaró en la audiencia que ignoraba que las máquinas imprimieran boletos canjeables por dinero en efectivo y opinó que ello podría considerarse apuesta, por lo que probablemente habría cambiado su opinión del 25 de agosto de 2000 a Thunderbird de haberlo sabido entonces⁷⁰.

53. En estas circunstancias, no hay forma de concluir que la actuación de la SEGOB fue irrazonable, y mucho menos arbitraria o violatoria del estándar mínimo de trato que establecen el artículo 1105 del tratado y las normas del derecho internacional consuetudinario.

...la nota continúa de la página anterior

Compárese con la ley de Carolina del Norte, en la cual se considera como juego con apuesta cuando el jugador puede ganar un premio con valor mayor a \$10 dólares, sin importar el grado de destreza. N.C. Gen. Stat. §14-306 (b)(2). Anexo R-5, p. 8.

66. Transcripción, pp. 644:9-645:10 y 649:14-19 de la versión en inglés.

67. Transcripción, pp. 649:20-650:5 de la versión en inglés.

68. Transcripción, pp. 575:3-8 y 635:12-19 de la versión en inglés.

69. Anexo C-29.

70. Transcripción, pp. 649:14-650:5 de la versión en inglés.

E. El procedimiento administrativo se realizó conforme a todos los estándares nacionales e internacionales

54. Thunderbird basa gran parte de su reclamación en la supuesta actuación arbitraria de la SEGOB durante la audiencia administrativa del 10 de julio de 2001 y al resolver sobre la legalidad de las máquinas en los términos del escrito del 10 de octubre de 2001. En sus escritos el gobierno de México ha demostrado que (i) el procedimiento administrativo —que no se agotó en la audiencia del 10 de agosto de 2001⁷¹— se condujo de acuerdo con las disposiciones de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, cuyas disposiciones son plenamente congruentes con las prescripciones mínimas que establece el derecho internacional en cuanto a los procedimientos administrativos, e incluso van más allá de éstas; (ii) la resolución administrativa se encuentra debidamente fundada y motivada; y (iii) el procedimiento administrativo estuvo íntegramente sujeto al control judicial⁷² (y, de hecho, EDM accionó todos los medios de defensa disponibles).

55. El Lic. Ruiz de Velasco, representante legal de EDM en el procedimiento administrativo, reconoció en la audiencia que el procedimiento administrativo se siguió de conformidad con las disposiciones de la materia: (i) inició a petición expresa de EDM⁷³; (ii) se notificó a EDM de la celebración de la audiencia con la debida anticipación; (iii) EDM tuvo plena oportunidad de presentar todas las pruebas que considerara pertinentes, y lo hizo mediante un escrito que presentó el mismo día de la audiencia, y, durante el desarrollo de ésta, presentó pruebas documentales, testimoniales y periciales, y la SEGOB llevó a cabo la fotográfica⁷⁴; (iv) la SEGOB admitió todas las pruebas⁷⁵; (v) durante un período de tres meses analizó y valoró cada una y elaboró una resolución detallada y razonada; y (v) notificó a EDM la resolución administrativa. Como resultado de todo este proceso, la SEGOB determinó que las máquinas que operaba EDM eran de juegos prohibidos puesto que involucraban el azar y la apuesta. En

71. El procedimiento administrativo inició mediante escrito presentado por EDM el 23 de marzo de 2001. Anexo R-049. Comprendió la etapa de presentación y admisión de pruebas (anexo R-047), la audiencia en la que se desahogaron pruebas testimoniales (incluida la demostración de la “versión de portafolios” de una máquina), periciales y fotográfica y se recibieron los alegatos de EDM (Íd). Comprendió también una etapa de análisis y valoración de pruebas. Incluyó la resolución del 10 de octubre de 2001 y los actos de clausura de los establecimientos.

72. Véase Escrito de Contestación a la Demanda, ¶ 237; Escrito de Dúplica, ¶¶ 26-30.

73. El Lic. Ruiz de Velasco reconoció que existía un acuerdo entre EDM y la SEGOB conforme al cual EDM se desistiría del juicio de amparo y la SEGOB retiraría los sellos de clausura del establecimiento de Nuevo Laredo. Transcripción, pp. 525-621 de la versión en inglés. Así sucedió.

74. Anexo R-047 y transcripción, pp. 600:6-607:17 de la versión en inglés.

75. *Ibid.* Inicialmente desechó una prueba en su totalidad, consistente en un supuesto oficio del 10 de agosto de 2000, que no fue exhibido, y otra prueba parcialmente, por tratarse de un documento en idioma inglés y no haberse acompañado de una traducción al español. En sus alegatos, el Lic. Ruiz de Velasco manifestó que la referencia al 10 de agosto era un error y aclaró que se trataba del oficio del 15 de agosto del mismo año (el cual ya estaba relacionado en el expediente) y, si bien no objetó el desechamiento del documento en inglés, manifestó que incluía una descripción breve y concisa en español de su contenido, que debía admitirse. Anexo R-047, pp. 3-5. La SEGOB así lo hizo. Anexo R-093.

consecuencia, ordenó la clausura inmediata de los establecimientos. Llevó a cabo la clausura con pleno apego a la normatividad⁷⁶.

56. El procedimiento administrativo, en todas sus etapas, estuvo sujeto al control judicial. Cuando EDM accionó los medios de defensa que tuvo disponibles, la SEGOB se sometió a la jurisdicción de los tribunales nacionales para defender su actuación. Las acciones de la SEGOB arriba descritas sobrepasan las reglas básicas de justicia que prescribe el derecho internacional consuetudinario.

57. Es importante recalcar dos puntos importantes en relación con el procedimiento administrativo que trascendieron durante la audiencia en este procedimiento arbitral:

- a) Primero, el intento de Thunderbird de descalificar la audiencia administrativa dos o tres años después de que ocurrió tachándola de arbitraria, siendo que EDM no manifestó inconformidad alguna durante la audiencia —aun cuando tuvo la oportunidad de hacer alegatos oralmente ese mismo día— ni posteriormente. EDM no sólo no impugnó la conducción de la audiencia misma, sino que, cuando recurrió a los tribunales mexicanos con motivo de la clausura de los establecimientos, la conducción de la audiencia ni siquiera le mereció la menor atención, más allá de señalar que se celebró en la fecha establecida⁷⁷. No debe pasar inadvertido que asistieron a la audiencia cuatro abogados de EDM: los señores Ruiz de Velasco y Girault, formalmente sus representantes legales, además de los señores Gómez y Montaña. Ninguno consideró que hubiese algo que reclamar o impugnar. El Sr. Atallah, también abogado, aunque con formación en Estados Unidos, también asistió y tampoco hay constancia de que contemporáneamente hubiese manifestado preocupación alguna, solicitado a cualquiera de los abogados mexicanos una explicación de los procedimientos y recursos legales, ordenado impugnar el acto, etc.

Los alegatos de arbitrariedad por parte de la SEGOB durante la audiencia administrativa se hacen por primera vez en este procedimiento arbitral. Es revelador que en el momento en que las supuestas arbitrariedades ocurrieron no se haya presentado reclamación alguna, es más, que ni siquiera se haya hecho comentario alguno al respecto durante la audiencia.

- b) Segundo, el Lic. Alcántara —el funcionario de la SEGOB que de hecho condujo la audiencia administrativa— compareció ante este Tribunal a solicitud de la demandante, y ésta optó por no hacerle una sola pregunta sobre la audiencia administrativa o sobre la resolución administrativa. En opinión de la demandada, este hecho extraordinario equivale a una concesión de la demandante de que su reclamación carece de sustento y, sobre todo, indica la falta de argumentos para

76. Anexos C-071 y C-072.

77. Transcripción, pp.620:11-622:17 de la versión en inglés.

desvirtuar el testimonio del Lic. Alcántara que la demandada presentó con sus correspondientes escritos⁷⁸.

F. Thunderbird procedió con su inversión en México con base en la asesoría de los señores Ong y Oien

58. Los informes financieros proporcionados por Thunderbird de conformidad con la *Ontario Securities Act* (la cual estipula la obligación de presentar informes completos y veraces) y los documentos presentados ante una corte estadounidense expresan claramente que Thunderbird decidió invertir en México con base a la asesoría recibida de los señores Ong y Oien (*A-I Financial*)⁷⁹. Resulta necesario recordar que la demandante se opuso de manera reiterada a proporcionar documentos relacionados con el papel de los señores Ong y Oien que el gobierno de México requirió en su solicitud adicional de documentos. La demandante argumentó que dicha información no era relevante a la decisión de Thunderbird de invertir en México⁸⁰. El Tribunal requirió a la demandante entregar los documentos solicitados. La demandada los recibió poco antes de fecha de entrega de su Escrito de Dúplica.

59. Los documentos confirman que Thunderbird se comprometió a proveer las máquinas que se utilizarían en México mucho antes de que EDM presentara a la SEGOB la solicitud del 3 de agosto de 2000⁸¹. Los documentos evidencian que la incursión de Thunderbird en México inició cuando el Sr. Watson informó al Sr. Girault: “*Mr. Ivy Ong, has acquired through an Amparo, the right to operate four slot machine operations in Mexico!*”⁸². Conforme al testimonio del Sr. Mitchell y sus notas contemporáneas en las que describe sus reuniones con el Sr. Ong, éste le informó cómo utilizar los juicios de amparo para operar establecimientos con máquinas tragamonedas prohibidas dada la situación ilegal del juego con apuesta (“*gambling illegal situation*”)⁸³.

60. El 26 de mayo de 2000, Thunderbird y *A-I Financial* suscribieron una carta intención y el 22 de junio de 2000 celebraron un contrato de participación en las utilidades y asesoría (“*Revenue Share and Consulting Agreement*”) conforme al cual las partes recibirían utilidades

78. Anexos R-53 y R-125.

79. Anexo R-19 y R-26 (este último establece: “*Thunderbird invested over \$6 million in cash and \$2 million in capital equipment based on the representation made by A-I Financial concerning the viability of business in Mexico it invested in Mexico on the basis of the “advice and misrepresentations”*”).

80. Escrito de Réplica, p. 40. Véase también las comunicaciones de James D. Crosby al gobierno de México del 22 de septiembre y 5 de diciembre de 2003.

81. En el Escrito de Dúplica México aborda el tema de la asesoría de los Señores Oien y Ong (¶¶ 37-47).

82. Anexo R-95.

83. En la audiencia, el Sr. Mitchell caracterizó su reunión de 17 de mayo de 2000 con el Sr. Ong de la siguiente manera:

He was basically there to tell me that he believes the operation of skill machines was legal, that they had litigated it, and we could be comfortable coming into Mexico and operating these games that they were operating at that point.

Transcripción, p.250:17-21 de la versión en inglés. Véase también el anexo R-127.

con base en las ganancias netas (“*net win*”)⁸⁴. En el contrato de participación, *A-1 Financial* se responsabilizó de obtener “todos los permisos y licencias necesarias”⁸⁵.

61. El Sr. Mitchell declaró que, de no haber obtenido el oficio del 15 de agosto de 2000, Thunderbird no se hubiere aventurado a establecerse en México (“*we would not have gone forward with putting skill machines in without that letter*”⁸⁶). Sin embargo, los documentos contemporáneos demuestran que, seis semanas antes del 15 de agosto de 2000, Thunderbird celebró el contrato de participación con *A-1 Financial* en el cual se comprometió a realizar los preparativos para empezar a operar el primer establecimiento de juego⁸⁷. Además en el acta de la sesión de Consejo de Administración de Thunderbird celebrada el 10 de agosto de 2000, en la cual se discutió la incursión en el mercado mexicano, no figura referencia alguna a la solicitud presentada a la SEGOB ni a que aún no se recibía la respuesta de la SEGOB —de la cual la demandante ahora argumenta dependía el inicio operaciones en México⁸⁸.

62. En la audiencia el Sr. Atallah declaró que fue después de que EDM-Matamoros inició operaciones cuando Thunderbird decidió que los señores Ong y Oien en realidad no habían cumplido con sus obligaciones contractuales, que se incluían obtener los permisos y autorización necesarios⁸⁹.

84. Anexo R-96 y R-98.

85. *Revenue Share and Consulting Agreement*, artículo 3.1. Anexo R-98.

86. Transcripción, p. 369:10-11 de la versión en inglés.

87. En respuesta a una pregunta sobre si sabía que el pedido de máquinas *Bestco* para EDM-Matamoros se había hecho el 20 de julio de 2000, el Sr. Mitchell respondió:

My recollection of the transaction with Bestco was that Doug Oien had – who had indicated that he was getting machines from Bestco, and he had been talking to Bestco for some period of time, because while we were going to do this deal, and how we were going to do this deal, they continued to build out the premises, and they were ordering and acquiring all the things they would need to operate it.

So, if we didn't go forward with the transaction, they were going to go ahead and open the place as their business and do things the way they had done them in the past with the team they had in place.

Transcripción, pp. 265:13-266:9. Las pruebas demuestran que la operación de EDM procedía con total independencia de la obtención de una opinión de la SEGOB.

88. El acta refleja que el Sr. Mitchell declaró “*we have to get as many machines as possible into Mexico between now and December*”, lo cual indica que a esa fecha ya se tenían proyecciones del número de máquinas que se instalarían en México en ese año. Anexo R-124, pp. 8-9.

89. Transcripción, p. 178:21-179:10 de la versión en inglés:

Atallah: The agreement that we entered into with A-1, particularly these two individuals, indicated that part of their responsibility was going to be to assist us, you know, in the business in general and securing permits

And again, based on where we were heading with these two individuals, we made a decision fairly early on just after, I believe Matamoros was opened, that these two individuals were not really abiding by what they said they would in the agreement.

G. El papel de los señores Aspe y Arroyo no ha sido explicado

63. Tanto en sus escritos como en las testimonios que presentó, la demandante intenta minimizar la participación de los señores Aspe y Arroyo.

64. Sin embargo, las pruebas demuestran que en los días previos al 15 de agosto de 2000 Thunderbird negoció apresuradamente un convenio en el cual se comprometió a pagar a los señores Aspe y Arroyo 300 mil dólares como retribución por la obtención de un oficio de la SEGOB⁹⁰. Al parecer, Thunderbird tenía la impresión que EDM podía obtener un derecho exclusivo para operar máquinas tragamonedas en México a través de una autorización de la SEGOB⁹¹.

65. El Lic. Ruiz de Velasco declaró que, si la SEGOB consideraba que la operación de las máquinas era legal, entonces cualquiera podría desarrollarla; y si consideraba que era ilegal, entonces nadie habría podido llevarla a cabo⁹². La declaración del Lic. Ruiz de Velasco confirma que EDM no habría podido obtener un derecho exclusivo a operar máquinas tragamonedas. Ciertamente la SEGOB no lo otorgó y el oficio del 15 de agosto de 2000 no contiene tal estipulación.

66. El Sr. Mitchell afirmó que Baker & McKenzie se había encargado de obtener el oficio del 15 de agosto (incluso, en su testimonio mencionó reiteradamente a este despacho)⁹³. Sin embargo, el Lic. Ruiz de Velasco declaró que él sólo tuvo una participación menor (limitada a revisar la solicitud y preguntar en algunas ocasiones cuándo estaría lista la respuesta⁹⁴) y que fueron los señores Aspe y Arroyo quienes se encargaron de elaborar la solicitud del 3 de agosto de 2000⁹⁵. La demandante ha manifestado que sostuvieron diversas reuniones con funcionarios de la SEGOB en relación con la preparación de la solicitud y la respuesta de la SEGOB; sin

90. Según ya se explicó, la cantidad originalmente pactada rebasaba un millón de dólares. Véase la nota al pie de página No. 21 de este escrito.

91. El 14 de agosto de 2000 (después de que EDM presentó la solicitud a la SEGOB) el acuerdo entre Thunderbird y los Señores Aspe y Arroyo aún era un borrador. La versión final del contrato mediante el cual Thunderbird se obligaba a pagar a los Señores Aspe y Arroyo a cambio de recibir una “carta” de la SEGOB que fuera “*exclusively in favor of ITG and its subsidiaries*” se redactó el 15 de agosto de 2000 y los honorarios fueron pagados el 16 de agosto de 2000. Anexos R-106, R-107 y R-121. Según el Sr. Mitchell “*this value would have been worth tens of millions of dollars, so we were very willing to pay \$300,000...*”. Transcripción, p. 280:2-4 de la versión en inglés.

92. Transcripción, pp. 98:8-99:3 de la versión en español del 27 de abril de 2004.

93. Transcripción, p. 385:11-20 de la versión en inglés: “*I think that what may have happened here is we may have paid the money to Baker & McKenzie, and they may have –they may have – they may have taken care of the transaction. I’m speculating on that, but that’s what it looks like may have happened here, because this has an ABA number for Baker & McKenzie, which would indicate that maybe these were wired instructions for Baker & McKenzie, so they may have been handling the payment transaction*”.

94. Transcripción, p. 102:2-6 de la versión en español del 27 de abril de 2004.

95. Con respecto a la solicitud del 3 de agosto, el Lic. Ruiz de Velasco declaró: “Me permito recordarle que quienes estaban elaborando esta solicitud eran los señores Arroyo y Aspe y nosotros asistimos en la elaboración. Asistimos, no la elaboramos”, pp. 106 y 107 de la transcripción en español del 27 de abril de 2004. Respecto al pago a los señores Aspe y Arroyo, el Lic. Ruiz de Velasco declaró: “[E]s un acuerdo entre el cliente y los abogados en el que no participe”; p.138 de la transcripción en español del 27 de abril de 2004.

embargo, no hay un solo documento que corrobore que los señores Aspe y Arroyo en efecto se reunieron con funcionarios de la SEGOB. El Lic. Ruiz de Velasco negó haber participado en esas reuniones. La demandada solicitó los documentos relativos a la labor que les fue encomendada a los señores Aspe y Arroyo, y cómo la desempeñaron, por considerar que es directamente relevante a los asuntos en disputa y que no puede aducirse reserva alguna, puesto que van a cuestiones centrales de la reclamación que, además, la demandante ha abordado directamente. La demandante se negó a proporcionarla y el Tribunal no le ordenó hacerlo. El Tribunal puede inferir razonablemente que, o bien los señores Aspe y Arroyo no sostuvieron tales reuniones, o bien los documentos contienen información perjudicial para Thunderbird y optó por no entregarla.

67. Las pruebas documentales también demuestran que la transferencia de los 300 mil dólares se giró a la cuenta de un individuo llamado Rafael Ramos Velasco. Ni la demandante ni sus testigos han querido o podido explicar quién es el Sr. Ramos Velasco ni la naturaleza de su participación en los hechos de este caso⁹⁶. El Presidente del Tribunal mostró sorpresa ante la respuesta del Sr. Mitchell sobre este individuo: *“But you were the CEO of the company. You’re making a payment of \$300,000. Should you not know who is the beneficiary?”* El Sr. Mitchell simplemente respondió: *“it’s not unusual when we pay consultants or people in our business that they provide wiring instructions for what account they want the money to go to, and really don’t view that as our responsibility to research the destination of those funds or the circumstances regarding how they’ve directed their payment”*⁹⁷.

68. Adicionalmente, cabe destacar que el Sr. Mitchell sugirió que el dinero había sido girado al Sr. Ramos Velasco por Baker & McKenzie en la ciudad de México, el despacho del Lic. Ruiz de Velasco. El Lic. Ruiz de Velasco negó que su despacho hubiera intervenido⁹⁸.

69. Es evidente que existen incongruencias entre las declaraciones del Sr. Mitchell y del Lic. Ruiz de Velasco. No se puede ignorar que desde un principio Thunderbird ha buscado minimizar la importancia de la relación que tenía con los señores Oien y Ong, Aspe y Arroyo. El gobierno de México considera que la declaración del Lic. Ruiz de Velasco es más confiable y concuerda con las pruebas documentales contemporáneas, por lo que debe preferirse al testimonio del Sr. Mitchell.

96. En respuesta a una serie de preguntas del Presidente van den Berg, el Lic. Ruiz de Velasco declaró que no sabía quién era el Sr. Ramos Velasco y declaró: *“I was not involved in the discussions or negotiations of these success fee whatsoever”*, no obstante que el Sr. Aspe le envió por fax las instrucciones para realizar la transferencia electrónica. Anexo R-107. El Sr. Ruiz de Velasco también declaró que su despacho optó por no involucrarse en la transacción. Transcripción, pp. 641:3-644:6 de la versión en inglés.

97. Transcripción, p. 384:8-17 de la versión en inglés. El Sr. Copeland, Director General de Finanzas (*Chief Financial Officer*) de Thunderbird y quien, dadas sus funciones, quizás habría podido elucidar sobre esta transacción, partió de Washington sin explicación alguna la noche anterior al día en que iba a comparecer ante el Tribunal.

98. Transcripción, pp. 642:11-643:9 de la versión en inglés.

H. Las pruebas demuestran que ni Thunderbird ni otros inversionistas tomaron una decisión con base en el oficio de la SEGOB del 15 de agosto de 2000

70. El Escrito de Réplica y los argumentos presentados por la demandante durante la audiencia se centraron en la supuesta confianza que, para su detrimento, pusieron tanto ella como otros inversionistas en el oficio del 15 de agosto (*detrimental reliance*). Todos afirman que realizaron su inversión en virtud del oficio de la SEGOB (“*relied heavily upon the August 15, 2000 letter from the Mexican government in considering and agreeing to invest money into the Mexico skill game machine operation*”) y que no hubieran procedido a realizarla excepto por que el gobierno había aprobado la operación propuesta (“*[b]ut for this approval of the proposed operation from the Mexican government, [he or she] would not have invested in the proposed skill game machine operations and ITGC would not have proceeded with the investment and the operation*”⁹⁹). La demandada reitera que el hecho de que son idénticas las catorce declaraciones testimoniales de inversionistas de EDM que la demandante presentó con su Escrito de Réplica les resta todo valor probatorio¹⁰⁰.

71. Al margen de los argumentos que la demandada ha hecho en torno del contenido y alcance del oficio del 15 de agosto de 2000, resulta ilustrativo revisar un documento presentado por la demandante que se señala el monto aportado por cada inversionista: el Anexo C-86, “*Support for EDM Shareholder Contributions*”. Los cuadros que se muestran a continuación contienen los nombres de los inversionistas, el monto de su inversión y las fechas en que invirtieron en EDM. Puede identificarse tres grupos: (1) aquellos inversionistas que invirtieron con antelación a que la SEGOB expidiera el oficio del 15 de agosto de 2000, (2) aquellos que invirtieron con posterioridad, pero antes de la clausura del establecimiento en Nuevo Laredo el 25 de febrero de 2001, y (3) un inversionista que invirtió después de la primera clausura del establecimiento en Nuevo Laredo, de la solicitud de EDM de iniciar un procedimiento administrativo, e incluso después de haberse desahogado la audiencia del 10 de julio de 2001.

99. El Escrito de Réplica, cita en la página 18 el segundo testimonio del Sr. Atallah: “*The investors that Thunderbird solicited for this venture would accept nothing less than that approach to become silent partners in the venture. The company prepared itself to commence operations in Mexico but was firmly committed that if Gobernacion did not provide the assurance through its letter of August 15, 2000, the company would not have opened its doors for business*”. Véase también los anexos: C-X, Z, AA, BB, CC, DD, FF, GG, JJ, KK, LL, MM, NN, II (Declaraciones de Peter Watson, Isabel Berger, Aquilino de la Guardia, Frank Bennet, Michael Snow, Carlos de la Guardia, Max Joe Harari, Kevin McDonald, Lawrence Berger, Wayne Rudd, Robert Ruyle, Harry Strunz, Mauricio Girault, y Tino Monaldo). Nótese que el contenido de la declaración de Tino Monaldo difiere ligeramente del resto, en parte para reflejar el hecho de que MRG realizó su inversión mucho tiempo después. Su declaración sigue la misma formulación estándar que las demás (“*relied heavily... would not have invested*”), pero agrega: “*[f]urthermore, ITGC told me that without such letter of authorization it would have proceeded with the investment...*”. [Énfasis propio.] Se puede deducir que la palabra “*not*” se omitió por equivocación.

100. Véase el Escrito de Duplica, ¶59 y la nota al pie de página No. 75.

Grupo 1: Inversiones realizadas antes del 15 de agosto de 2000

Nombre	Fecha	Proyecto	Cantidad
Bennet, Frank	14-Jul-00	Matamoros	200,000
De la Guardia, Aquilino	2-Aug-00	Matamoros	150,000
Girault & Watson	14-Jul-00	Matamoros	100,000
Harari, Joe	1-Aug-00	Matamoros	250,000
SCI	29-Jun-00	Matamoros	100,000
Snow, Michael	10-Jul-00	Matamoros	70,000
Snow, Michael	11-Jul-00	Matamoros	30,000
Thunderbird	30-Jun-00	Matamoros	33,000
Thunderbird	29-Jun-00	Matamoros	17,000
Total en dólares			950,000

Grupo 2: Inversiones realizadas entre el 15 de agosto de 2000 y el 25 de febrero de 2001

Nombre	Fecha	Proyecto	Cantidad
Berger, Larry	4-Oct-00	Matamoros	150,000
De la Guardia Aquilino	31-Aug-00	Matamoros	150,000
Thunderbird	28-Aug-00	Matamoros	50,000
Bennet, Martha	21-Nov-00	Nuevo Laredo	50,000
RNST	26-Dec-00	Nuevo Laredo	1,250,000
Rudd, Wayne	2-Feb-01	Nuevo Laredo	50,000
Snow, Michael	15-Nov-00	Nuevo Laredo	100,000
Total en dólares			1,800,000

Grupo 3: Inversiones realizadas después del 25 de febrero de 2001

Nombre	Fecha	Proyecto	Cantidad
MRG	20-Jun-01	Matamoros	200,000
MRG	22-Jun-01	Reynosa	500,000
MRG	29-Jun-01	Reynosa	100,000
MRG	23-Jul-01	Reynosa	250,000
MRG	30-Aug-01	Reynosa	150,000
Total en dólares			1,200,000

72. El primer grupo supuestamente invirtió 950,000 dólares en el establecimiento de Matamoros varias semanas antes de que la SEGOB emitiera el oficio del 15 de agosto de 2000, e incluso antes de que EDM presentara la solicitud del 3 de agosto de 2000. Es evidente que ninguno de estos inversionistas —Thunderbird, los señores Watson y Girault y la empresa de Kevin McDonald (SCI)— pudieron haber realizado su inversión con base en un documento que no existía y cuando ni siquiera se había solicitado una opinión a la SEGOB. Es más, el Sr. Mitchell declaró que el dinero aportado por inversionistas a EDM-Matamoros ya se había gastado cuando el establecimiento abrió en julio o agosto de 2000¹⁰¹.

73. El segundo grupo, aquellos que invirtieron después de la emisión del oficio del 15 de agosto de 2000, pero antes del 25 de febrero de 2001, está conformado por tres inversionistas en

101. Transcripción, p. 325:2-12 de la versión en inglés:

Q. What about the investors in the Matamoros facility? The Matamoros deal was done concurrently? The dates were the same or substantially the same.

A. The Matamoros money was spent, and therefore must have been concluded sometime prior to August 17th of 2001 [sic], so the Reynosa opening was in August--okay, 2000, so the year 2000 was Matamoros. You had an opening in August which means at or about that period of time the money was spent.

EDM—Matamoros —Larry Berger, de la Guardia y Thunderbird— y cuatro en EDM—Nuevo Laredo. La demandada desea destacar que Thunderbird, Snow y de la Guardia también forman parte del Grupo 1, y ya habían hecho aportaciones antes de que se emitiera el oficio del 15 de agosto. Frank Bennett, esposo de Martha Bennett, inversionista del Grupo 2 en Nuevo Laredo, es inversionista del Grupo 1 y también había realizado aportaciones antes de la emisión del oficio del 15 de agosto.

74. Todos los inversionistas de EDM—Nuevo Laredo celebraron el Acuerdo de Suscripción y Declaraciones sobre la Inversión (Acuerdo de Suscripción) de fecha 7 de noviembre de 2000. Este acuerdo contiene una interpretación engañosa y una advertencia importante en el artículo 3(b)(viii) “*Reliance on Entitlement Granted to EDM*”. La demandante tergiversa el contenido y alcance del oficio de la SEGOB de la siguiente forma:

*EDM received a written letter from the Mexican government (specifically, the Director of Games of the Department of the Interior of Mexico), referred to as (sic) “entitlement”, which confirmed to EDM that its operations will not be deemed “slot machines” but are permitted under Mexican law because some level of skill is required.*¹⁰²

[Énfasis propio.]

75. El oficio de la SEGOB no emplea el término “derecho” (“*entitlement*”) ni puede razonablemente interpretarse que confiere uno. No establece de manera expresa, ni tampoco puede inferirse de su texto, que las operaciones de EDM no serían consideradas máquinas tragamonedas o “*slot machines*”, ni que la SEGOB “confirmó” que están permitidas por la legislación mexicana porque “se requiere algún nivel de destreza”.

76. Según ya lo señaló la demandada con detalle, ni siquiera los abogados de Thunderbird, Baker & McKenzie, interpretaron el oficio de la SEGOB en el sentido que la demandante lo plasmó en el Acuerdo de Suscripción. Aun el Sr. Atallah reconoció en la audiencia que, después de analizar el oficio de la SEGOB, estimó que la opinión de Baker & McKenzie fue que, para que las máquinas pudieran considerarse legales, el factor preponderante de los juegos tendría que ser la destreza. También reconoció que “algún nivel de destreza” —la expresión empleada en el Acuerdo de Suscripción— no es lo mismo que un nivel de destreza “preponderante”¹⁰³.

77. Ahora bien, en su opinión del 25 de agosto de 2000, Baker & McKenzie no menciona que las máquinas se considerarían legales si el factor preponderante de los juegos era la destreza. Es más, no alude del todo a grados de azar o destreza. Por el contrario, establece lo siguiente en forma categórica:

*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.*¹⁰⁴

[Énfasis propio]

102. Anexo C-35.

103. Transcripción, pp. 209:4-210:10 de la versión en inglés.

104. Anexo R-112.

78. En la audiencia, el Lic. Ruiz de Velasco, quien suscribió la opinión por Baker & McKenzie, precisó el alcance de la misma en respuesta a preguntas de la demandada. Resulta muy ilustrativo ver el siguiente coloquio al respecto:

Q. Now, your opinion back then to Baker & McKenzie did not refer to this predominant factor now, did it?

A. No, it did not.

Q. In fact, your opinion to Thunderbird—and I apologize, my question, I said your opinion back to Baker & McKenzie. I meant to say back to Thunderbird. You did not refer to this predominant factor; is that correct?

A. That's correct.

Q. In fact, your opinion went even further, and as you testified earlier that these were carefully chosen terms, carefully chosen words from an experienced lawyer, where you said, your opinion was that EDM cannot operate a video skill machines as long as they do not become in any manner whatsoever as gaming or betting machines. So, that was your opinion at the time; is that correct?

A. I guess the opinion is based on the antecedents given on the first page, which is—does not have any jurisdiction— second paragraph, sir, over the operation of said machines since coincides with representations made by EDM, the video games still to be operated do not fall into the classification of a slot machines, which are forbidden. So, based on the foregoing, and that's why the first paragraph of page second is based not only on the third paragraph of page first, but on three paragraph on the same letter.

Q. Now, the oficio talks about slot machines; is that correct?

A. That's correct.

Q. And you, in fact, provide a definition of slot machines in your August 25th opinion; is that right?

A. Slot machines, yes.

Q. You provide that definition. And you define them as machines--

A. That are forbidden.

Q. Forbidden machines because (speaking in Spanish) ["...son máquinas de azar y/o de apuesta"] and/or betting, they are machines of chance and/or betting?

A. That's correct.

Q. You then go on to say you don't refer to the factor preparando [sic. preponderante], but you say pretty categorically, in my view, as long as they do not become in any manner whatsoever gaming or betting machines. That was your opinion; is that correct?

A. That's correct.

Q. Now, the oficio from Gobernacion, now, it does not say that EDM--it does not provide an unqualified statement that EDM can operate skill machines. It says, again consistent with your opinion, that if the machines are as described--

A. As represented by EDM.

Q. And we spent some time, you and I spent some time on the solicitud, and EDM represented repeatedly that there was no chance and no gambling involved; is that correct?

A. Yeah.

Q. And that is how EDM represented the operation to Gobernacion; right?

*A. Yeah.*¹⁰⁵

79. Desde luego, la opinión de Baker & McKenzie ha perdido cualquier fuerza como sustento de los argumentos de la demandante, en virtud de que el Lic. Ruiz de Velasco reconoció que desconocía la verdadera naturaleza de las máquinas y que, de haber sabido cómo operaban en realidad, probablemente habría cambiado su opinión.

80. En el Acuerdo de Suscripción, la demandante además estableció una limitante a la “confianza” o “certeza” que los inversionistas pudieran tener sobre lo que Thunderbird llamó un “derecho”:

*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. Were the Company's operations to be challenged by the Mexican Government and were the Company to successfully defend any such action, the Company would incur significant legal and other expenses in defending such claims, and management's time will be diverted from operations.*¹⁰⁶

81. Los inversionistas de EDM–Nuevo Laredo fueron informados que el oficio de la SEGOB no impedía al gobierno de México determinar en subsecuentemente que las máquinas de Thunderbird constituían máquinas de azar y no “máquinas de habilidad y destreza”, y que, en tal caso, el proceso judicial que se iniciara para impugnar dicha determinación traería aparejados importantes costos, si la empresa prevalecía. Dejó implícito que si no prevalecía, no podría continuar operando, independientemente de los costos asociados. Así pues, no es lógico que los inversionistas de Nuevo Laredo se hubiesen basado en la certeza que ofrecía el oficio de la SEGOB para realizar su inversión. Si acaso los inversionistas pusieron su confianza en algo, no fue en el oficio de la SEGOB, ni siquiera en la opinión de Baker & McKenzie, sino en la representación engañosa que Thunderbird hizo de aquel. En todo caso, la demandada reitera que los inversionistas podrían demandar la responsabilidad de la demandante, no la del gobierno de México.

82. En el tercer grupo sólo figura un inversionista, *MRG Entertainment, LLC*, cuyas aportaciones se destinaron a los establecimientos de Matamoros y Reynosa por un total de 1,200,000 dólares, que pagó a partir del 20 de junio de 2001, casi cuatro meses después de la primera clausura del establecimiento de Nuevo Laredo. MRG firmó dos Acuerdos de Suscripción, uno el 20 y otro el 22 de junio de 2001. Ambos contienen la misma declaración engañosa sobre el contenido y alcance del oficio de la SEGOB, así como la advertencia de que el gobierno de México podría determinar subsecuentemente que las máquinas de EDM en efecto no

105. Transcripción, pp. 654:14-658:7 de la versión en inglés. Véase también la página 147:9-11 de la versión en español del día 27 de abril de 2004.

106. Anexo C-35.

son “máquinas de habilidad y destreza”¹⁰⁷ (para entonces ya lo había hecho en una primera ocasión y se había iniciado un procedimiento administrativo al respecto). Cabe destacar que este acuerdo contiene un párrafo adicional que se refiere de manera ambigua a la clausura del establecimiento en Nuevo Laredo:

One of the Company’s affiliates, known as EDM-Laredo, experienced litigation with respect to its Skill Machine operation. The circumstances and results of that litigation process are outlined in Exhibit I.

83. El Anexo I, “*Litigation Process*”, contiene traducciones de la orden de inspección y clausura del establecimiento de Nuevo Laredo, del acta de levantamiento de sellos y lo que parecen ser pruebas presentadas por Peter Watson en el juicio de amparo entablado contra del acto de clausura. No alude en forma alguna al acuerdo entre la SEGOB y EDM conforme al cual levantarían los sellos de clausura y EDM se desistiría del juicio de amparo y se sometiera a un procedimiento administrativo para determinar la legalidad de las máquinas¹⁰⁸. Por el contrario, los documentos proporcionados a los inversionistas potenciales insinúan que el litigio había sido resuelto y que se había determinado la legalidad de las máquinas¹⁰⁹.

84. Durante el interrogatorio, la demandada cuestionó al Sr. Mitchell acerca de si los inversionistas que firmaron el Acuerdo de Suscripción habían sido plenamente informados de las circunstancias que llevaron a la clausura y posterior reapertura del establecimiento de Nuevo Laredo; particularmente, si conocían que EDM había llegado a un acuerdo con la SEGOB para iniciar un procedimiento administrativo para determinar la legalidad de sus máquinas. Declaró que no tenía conocimiento de que se les hubiese informado de lo que sucedía¹¹⁰. El Sr. Mitchell insistió que el principal ejecutivo de MRG era un inversionista muy importante y que se le mantenía al prácticamente al día¹¹¹. Sin embargo, en su declaración Tino Monaldo, el Director General de Operaciones (*Chief Operating Officer*) de MRG declaró que “*I observed that EDM*

107. Anexo C-28 y C-42.

108. Durante el interrogatorio, el Sr. Atallah revisó una copia del Acuerdo de Suscripción de EDM-Reynosa. Reconoció que él redactó el acuerdo y admitió que omitió mencionar la audiencia administrativa que estaba próxima a celebrarse: “*If it’s not in here, absolutely*”. Transcripción, p. 201:13-18 de la versión en inglés.

109. Transcripción, pp. 201:13-204:2 de la versión en inglés. Véase también el Anexo I del Acuerdo de Suscripción y Declaración sobre la Inversión EDM-Reynosa. Anexo C-42.

110. Transcripción, pp. 322:19-323:1 de la versión en inglés:

A. Right. I’m not aware of any document that I can recall that I can hand you that demonstrates that we had disclosed to a prospective investor what was going on.

111. Transcripción, pp. 324:9-325:1 de la versión en inglés:

Again, the only location you’re really talking about was one investor, and--for Reynosa, who was involved in this process after this point in time, who is--and who had--I have to look at the development schedule. We probably already invested a significant amount of money in Reynosa in terms of getting leads, in terms of beginning to do construction and a lot of those things, and Albert and I would have been extremely careful to make sure this investor, because he’s one of our most important investors, shareholders, lenders, was almost up to the day, and that would have been done probably a lot more orally in conversations with him than us sending letters to him.

También véase transcripción pp. 312:1-313:16.

Matamoras (sic) was open and under operation from August 2000 through June 2001...”, y no hace referencia alguna al establecimiento en Nuevo Laredo, a la interrupción de sus operaciones, ni tampoco al procedimiento administrativo en curso¹¹².

85. Las partes concuerdan en que a principios de marzo de 2001, tras un acuerdo entre EDM y la SEGOB, se levantaron los sellos de clausura del establecimiento de Nuevo Laredo, se dio inicio a un procedimiento administrativo para determinar la legalidad de las supuestas máquinas de destreza que operaba, y que el 21 de junio de 2001 la SEGOB notificó a EDM que la audiencia administrativa tendría lugar el 10 de julio de 2001¹¹³. De ser ciertas las afirmaciones del Sr. Mitchell, entonces se le informó a MRG de todos estos sucesos y éste procedió a realizar aportaciones en efectivo a sabiendas de que la SEGOB no consideraba el oficio del 15 de agosto de 2000 una autorización ni que confería un derecho y, por ende, asumió de manera voluntaria el riesgo de que la SEGOB determinara en forma definitiva que las máquinas eran de juegos prohibidos y de que clausurara también los establecimientos de Matamoras y Reynosa. De no ser ciertas las afirmaciones del Sr. Mitchell, entonces Thunderbird ocultó a MRG el verdadero estado de las cosas y la situación jurídica en que EDM se encontraba. De ser este el caso, MRG podría demandar la responsabilidad de Thunderbird, no la del gobierno de México.

I. La actuación de la SEGOB fue uniforme

86. En sus escritos el gobierno de México ha demostrado que la SEGOB ha sido constante en la aplicación de las disposiciones de la Ley Federal de Juegos y Sorteos. La SEGOB ha clausurado todo establecimiento en el que ha detectado la operación de máquinas tragamonedas iguales o similares a las de EDM¹¹⁴. La demandada también ha explicado por qué algunos de los establecimientos han podido continuar operando a pesar de la clausura. La demandante ha ignorado los argumentos y pruebas de México y se ha limitado a afirmar de forma iterativa que numerosos establecimientos en “circunstancias similares” a las de EDM continúan abiertos y en operación.

87. El Lic. Alcántara confirmó la actuación uniforme y constante de la SEGOB en contra de este tipo de establecimientos, que ha constituido un fenómeno frecuente recientemente:

“...Cesta Punta Deportes fue detectada en 1998, y ésa fue la primera clausura que se llevó a cabo. Entre 1998 y el año 2000, no se detectaron más establecimientos hasta que fueron detectados, entre otros, Entertainments de México, Magno Operadora, Operación y Distribución Total con posterioridad, y así otras más que han sido detectadas de la misma manera.”¹¹⁵

El Lic. Alcántara precisó: “A partir de ahí, desde el 2000 y en adelante, [SEGOB ha actuado] en contra de todos y cada uno que han intentado operar ese tipo de máquinas en territorio mexicano”¹¹⁶

112. Anexo C-II, ¶ 7.

113. Anexo R-49.

114. Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 171-181; Escrito de Dúplica, ¶¶ 100-115.

115. Transcripción p. 95:26-96:3 de la versión en español del 28 de abril de 2004.

116. Transcripción p. 95:20-22 de la versión en español del 28 de abril de 2004.

88. En su Escrito de Dúplica el gobierno de México incluyó dos cuadros en los que explicó la situación jurídica en la que se encuentran los establecimientos clausurados por la SEGOB¹¹⁷. En la audiencia la demandante utilizó estos cuadros al interrogar al Lic. Carlos Gómez Álvarez Tostado (testigo ofrecido por ella), quien señaló que unos días previos a la celebración de la audiencia había constatado que algunos de esos establecimientos estaban abiertos¹¹⁸. Sin embargo, el Lic. Gómez ignoraba de los procesos judiciales iniciados por éstos y del fundamento legal por el cual algunos se encontraban en operación¹¹⁹.

89. El Lic. Alcántara proporcionó una explicación de la situación legal en la que se encuentran los establecimientos a los que se había referido el Lic. Gómez¹²⁰. El Lic. Alcántara confirmó que todos estos establecimientos o bien operan (i) al amparo de una suspensión judicial temporal en tanto se resuelve en definitiva el juicio de amparo, o bien (ii) lo hacen en abierta violación de la ley, lo cual constituye un delito. En cualquier caso, los testimonios y pruebas documentales demuestran que en México no existe un solo establecimiento que opere máquinas iguales o similares a las de EDM con el respaldo de una resolución judicial en la que se determine que las máquinas son legales conforme a la Ley Federal de Juegos y Sorteos.

1. Club 21, Interlomas¹²¹

90. En un principio el Sr. Gómez señaló que este establecimiento se encuentra operando debido a que cuenta con un amparo¹²²; sin embargo, después reconoció que no se trataba de un amparo si no más bien de una suspensión provisional¹²³. El Lic. Alcántara confirmó que, en efecto, el establecimiento Club 21 puede “..operar gracias a una figura que existe en el juicio de amparo, que se le llama la ‘suspensión del acto reclamado’. Esto significa que la autoridad judicial paraliza momentáneamente el acto que se está impugnando —en este caso, la clausura— y permite que así la negociación continúe en funcionamiento”¹²⁴.

91. El Lic. Alcántara enfatizó lo que la demandada ha sostenido en sus diversos escritos: “...no hubo ni ha habido ningún pronunciamiento de ninguna autoridad que califique de legales las máquinas que operaba el señor Guardia o que, de hecho, actualmente opera”¹²⁵.

117. Escrito de Dúplica, pp. 37-40.

118. Transcripción, pp. 5:20-12:5 de la versión en español del día 28 de abril de 2004.

119. Transcripción p. 57:9-58:28 de la versión en español del 28 de abril de 2004.

120. Antes de explicar la situación de los establecimientos, el Lic. Alcántara hizo la siguiente acotación: “..he estado yo conociendo todos estos establecimientos porque la atención de los juicios de amparo recae directamente en mi persona”; transcripción, p.73:21-23 de la versión en español del 28 de abril de 2004.

121. Se hace referencia a los establecimientos en el orden en el que figuran en el cuadro de la p. 39 del Escrito de Dúplica.

122. Transcripción pp. 6:26-7:4 de la versión en español del 28 de abril de 2004.

123. Transcripción p. 56:1-5 de la versión en español del 28 de abril de 2004.

124. Transcripción pp. 73:27-74:3 de la versión en español del 28 de abril de 2004.

125. Transcripción p. 74:7-9 de la versión en español del 28 de abril de 2004.

2. Reflejos, Plaza Fiesta, Matamoros

92. El Sr. Gómez señaló que una semana antes de la celebración de la audiencia este establecimiento se encontraba abierto. El Tribunal recordará que en su Escrito de Réplica la demandante señaló que este establecimiento operaba bajo la protección plena de la ley mexicana, porque había obtenido una sentencia definitiva que reconocía su derecho para operar “máquinas de habilidad y destreza”¹²⁶. En su Escrito de Dúplica, el gobierno de México explicó la verdadera situación de este establecimiento, e hizo particular referencia a la información que la demandante omitió proporcionar al Tribunal¹²⁷.

93. A la fecha de la presentación del Escrito de Dúplica, este establecimiento había obtenido de nuevo un amparo para efectos de que la autoridad subsanara ciertas deficiencias de procedimiento y emitiera una nueva resolución. La SEGOB interpuso un recurso de revisión, es decir, apeló la sentencia que concedió el amparo para los efectos descritos¹²⁸. El Lic. Alcántara señaló: “recién la semana pasada la Secretaría de Gobernación... recibió una notificación... en la que se le comunicó una sentencia favorable a Reflejos... un amparo para efectos”, y fue categórico al señalar “el tiempo que Reflejos ha operado lo ha hecho no por consentimiento de la Secretaría de Gobernación sino porque... obtuvo una resolución favorable que de manera momentánea le ha permitido operar”¹²⁹.

3. Cesta Punta Deportes, Ciudad Juárez

94. El Lic. Alcántara señaló que este establecimiento “no ha obtenido hasta el momento ninguna sentencia favorable. Por ello, no está en posibilidad de operar legalmente las máquinas que ahí tenía instaladas”¹³⁰.

4. Los establecimientos Reflejos en Reynosa y en Río Bravo

95. El Lic. Alcántara confirmó que el establecimiento en Reynosa cuenta con un amparo que se concedió para efectos de que la autoridad subsane ciertas deficiencias y emita una nueva resolución, mientras que el establecimiento de Río Bravo cuenta con una suspensión provisional hasta en tanto no se resuelva el juicio en definitiva¹³¹. El Sr. Gómez señaló que constató que estos dos establecimientos se encontraban en funcionamiento¹³². El Lic. Alcántara indicó que no obstante la situación legal en la que se encuentran (la cual les permite operar) la Secretaría tenía conocimiento de que dichos locales habían cerrado de manera voluntaria¹³³. También enfatizó

126. Escrito de Réplica, pp.19:22-20:16.

127. Escrito de Dúplica, ¶¶ 109-112.

128. *Ibíd.*

129. Transcripción, p.74:10-17 de la versión en español del 28 de abril de 2004.

130. Transcripción pp. 74:20-27 de la versión en español del 28 de abril de 2004.

131. Transcripción pp. 77:12-24 de la versión en español del 28 de abril de 2004.

132. Transcripción p. 10:5-24 de la versión en español del 28 de abril de 2004

133. *Íd.* Véase también transcripción p. 97:6-18 de la versión en español del 28 de abril de 2004.

que la Secretaría ha presentado denuncias penales en contra de quienes operan este tipo de establecimientos:

Como he comentado, la práctica de juegos ilegales constituye un delito. Los delitos hay que ponerlos en conocimiento de la Procuraduría General de la República a través de una denuncia penal. Cuando la Procuraduría General de la República se acercó a los establecimientos para poder actuar por la denuncia de la Secretaría de Gobernación, encontró los establecimientos cerrados, sin que mediara ninguna orden de la autoridad para que así aconteciera. Y se tuvo conocimiento de ello el viernes de la semana pasada.¹³⁴

5. Bellavista Centro de Entretenimiento

96. El Lic. Alcántara reitero que los dueños de dicho establecimiento se habían desistido del juicio de amparo que habían instaurado en contra de la clausura, en virtud de lo cual éste se encuentra clausurado en forma definitiva¹³⁵. En la audiencia la demandada proporcionó al Tribunal y a Thunderbird copia de fotografías de este establecimiento en el que se logran apreciar los sellos que la SEGOB colocó al clausurar el establecimiento. Las fotografías fueron tomadas en una visita de inspección que realizó la SEGOB tras conocer a través de este procedimiento que la demandante afirmaba que éste se encontraba en operación¹³⁶.

134. Transcripción p. 97:21-27 de la versión en español del 28 de abril de 2004. Véase también p. 10:25-29 de la misma versión.

135. Transcripción p. 79:21-29 de la versión en español del 28 de abril de 2004.

136. Transcripción p. 80:1-81:11 de la versión en español del 28 de abril de 2004.

III. RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS DEL TRIBUNAL

A. General

1. *What is the applicable law for resolving each of the issues mentioned below?*

97. El artículo 1131(1) del TLCAN establece:

Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional.

98. La competencia del Tribunal es, pues, distinta y más limitada que la de otros tribunales, por ejemplo aquellos constituidos conforme al Convenio del CIADI, que, a falta de un acuerdo entre las partes contendientes, tienen competencia para resolver las controversias conforme a la legislación del Estado que es parte de la disputa y a las reglas aplicables del derecho internacional¹³⁷.

99. Los tribunales del TLCAN han sostenido de manera uniforme que su esfera de competencia no comprende la facultad para aplicar el derecho de la parte demandada. El tribunal en el caso *Marvin Roy Feldman Karpa c. los Estados Unidos Mexicanos* resolvió en su Decisión Provisional Acerca de Cuestiones Jurisdiccionales Preliminares:

El Tribunal... observa que su jurisdicción en virtud del Artículo 1117 del TLCAN(1)(a), en el que se basa este arbitraje, sólo se limita a las reclamaciones que surgen de una supuesta violación de una obligación en virtud de la Sección A del Capítulo XI del TLCAN. Por lo tanto, el Tribunal no tiene, en principio, jurisdicción para decidir las reclamaciones originadas en una supuesta violación del... derecho mexicano. Ambos sistemas jurídicos mencionados (el derecho internacional y el derecho mexicano) pueden resultar relevantes en la medida en que una disposición pertinente contenida en la Sección A del Capítulo XI se refiera expresamente a ellos, o en que se cumpla con los requisitos del Artículo 1131(1) en el sentido de que: “Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional”. Fuera de ello, el Tribunal no está autorizado para investigar supuestas violaciones del derecho internacional ni del derecho mexicano.¹³⁸

[Énfasis propio]

100. De igual manera, el Tribunal en el caso *ADF, Inc. v. United States of America* sostuvo :

...the Tribunal has no authority to review the legal validity and standing of the U.S. measures here in question on the U.S. internal administrative law. We do not sit as a court with appellate jurisdiction with respect to the U.S. measures. Our jurisdiction is confined by NAFTA Article 1131(1) to assaying the consistency of

137. Artículo 42(1).

138. Decisión Provisional acerca de Cuestiones Jurisdiccionales Preliminares del 6 de diciembre de 2000, ¶ 61.

*the U.S. measures with relevant provisions of NAFTA Chapter 11 and applicable rules of international law.*¹³⁹

[Énfasis en el original.]

2. Which of the Parties has the burden of proof for each of the Issues mentioned below?

101. El artículo 24 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI establece: “Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas”. Este precepto refleja la regla general aplicable en la solución de controversias internacionales, la cual ha sido sintetizada por el Órgano de Apelación de la OMC de la siguiente manera:

*...various international tribunals, including the International Court of Justice, have generally and consistently accepted and applied the rule that the party who asserts a fact, whether the claimant or respondent, is responsible for providing proof thereof. Also, it is a generally accepted canon of evidence in civil law, common law and, in fact, most jurisdictions, that the burden of proof rests upon the party, whether complaining or defending, who asserts the affirmative of a claim or defence. If that party adduces evidence sufficient to raise a presumption that what is claimed is true, the burden then shifts to the other party, who will fail unless it adduces sufficient evidence to rebut the presumption.*¹⁴⁰

102. La demandante tiene la carga de probar todos los elementos de su reclamación, no solamente los hechos, sino también debe probar que tiene derecho de presentar su reclamación en virtud de la supuesta propiedad y control de las inversiones en cuestión. Por lo que respecta a sus argumentos jurídicos, la demandante también debe probar los hechos pertinentes. En su reclamación de violación al artículo 1102, la demandante debe presentar pruebas que demuestren que inversionistas mexicanos en circunstancias similares recibieron trato más favorable que EDM en razón de su nacionalidad (sólo en ese supuesto correspondería a México probar que no actuó en contravención al artículo 1102 del TLCAN). En cuanto a su reclamación conforme al artículo 1105, la demandante debe probar la existencia de la regla del derecho internacional consuetudinario que argumenta ha sido violada, así como los hechos que sustentan esa violación. Con respecto a su reclamación conforme al artículo 1110, la demandante debe probar que el gobierno de México expropió su inversión. El gobierno de México sostiene que la demandante no ha satisfecho la carga de la prueba respecto de ninguno de los elementos de su reclamación.

139. Laudo Final, ¶ 190. Véase también la conclusión a la que llegó el Tribunal en el caso *Robert Azinian et, al. c. los Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI ARB(AF)/97/2, laudo de fecha 1 de noviembre de 1999, ¶ 99: “La posibilidad de considerar a un Estado internacionalmente responsable por decisiones judiciales no otorga, sin embargo, al demandante el derecho a solicitar una revisión internacional de las decisiones judiciales nacionales como si el tribunal internacional que conoce del caso tuviera plena competencia de apelación. Esto no es así generalmente, y tampoco en el caso del TLCAN. Lo que debe demostrarse es que la propia decisión judicial constituye una infracción del tratado.” (Énfasis en el original).

140. *United States – Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R, p. 14. En el mismo sentido, *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Reports, pp. 246, 272, 1990: “In case a party adduces some evidence which prima facie supports his allegation, the burden of proof shifts to his opponent”. Laudo en el caso *Feldman* de fecha 16 de diciembre de 2002, ¶ 177.

B. Jurisdiction and/or Admissibility

3. Does Claimant “own or control directly or indirectly” at the relevant times any of the companies listed below (the “EDM Companies”) that would entitle it to submit to arbitration a claim on behalf of them under Article 1117 NAFTA? If not, what are the consequences thereof?

- (a) *Entertainmens de Mexico S. de R. L. de C.V. (“EDM–Matamoros”)*
- (b) *Entertainmens de Mexico Laredo S. de R. L. de C.V. (“EDM–Laredo”)*
- (c) *Entertainmens de Mexico Reynosa S. de R. L. de C.V. (“EDM–Reynosa”)*

103. La demandada reitera que la demandante no ha probado que adquirió las acciones de EDM–Matamoros¹⁴¹. No obstante, ha procedido con el análisis suponiendo que las hubiera adquirido, pero no lo concede¹⁴².

104. La demandante no es (ni era) propietaria y no tiene (ni tenía) el control de las sociedades EDM¹⁴³. Por ejemplo, de los estatutos sociales y diversos acuerdos de inversión firmados por las sociedades EDM (documentos que establecen el criterio para determinar el control de éstas) se desprende que Thunderbird no tiene un porcentaje de participación suficiente para controlar la sociedad, ni puede nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo de Administración¹⁴⁴. Los términos de estos documentos no pueden ignorarse, ya que representan los términos conforme a los cuales los inversionistas de EDM (incluida la propia Thunderbird) decidieron invertir.

105. El análisis de la demandada se centra en los instrumentos corporativos, incluidos los Acuerdos de Suscripción de las empresas respectivas, puesto que en estos últimos la demandante definió frente a sus inversionistas exactamente el criterio de control sobre las sociedades, que se basa en el porcentaje de participación de los socios en el capital social de la empresa para la toma de decisiones (*Control of Company: The control of the Company is based upon equity ownership...*). Además, el TLCAN remite al derecho de la Parte donde la empresa respectiva está constituida u organizada para determinar estas cuestiones: Conforme al artículo 1139 del TLCAN una empresa¹⁴⁵ es una inversión (EDM, al ser una empresa, es una inversión y, por lo tanto, no puede someter una reclamación a arbitraje). A su vez, define “empresa de una parte” como “una empresa constituida u organizada de conformidad con la ley de una Parte”. Para que

141. Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 269-293.

142. En virtud de que sólo EDM–Matamoros, EDM–Laredo y EDM–Reynosa iniciaron operaciones, únicamente se analiza la situación de éstas.

143. La demandada presenta una amplia explicación sobre esta cuestión en su Escrito de Duplica, en particular en el Anexo A.

144. Por ejemplo, el artículo (3)(b)(xv) del Acuerdo de Suscripción y Declaraciones sobre la Inversión de EDM–Matamoros establece: “*Control of Company: The control of the Company is based upon equity ownership...*”. Anexo C-28, p. 12. La demandada presenta un análisis detallado de los documentos EDM en el Escrito de Contestación a la Demanda y en el Escrito de Duplica.

145. El artículo 1139 remite al artículo 201 que establece que la definición de “empresa”.

un inversionista de una Parte pueda presentar una reclamación en representación de una empresa de la Parte, el artículo 1117 requiere que la empresa sea (i) una “persona moral” y que sea (ii) “propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto”. Las sociedades EDM son sociedades mercantiles constituidas y organizadas conforme a la Ley General de Sociedades Mercantiles mexicana y, en tal virtud, son “empresa[s] de” México, que son “persona[s] moral[es]”. La ley pertinente es, pues, la Ley General de Sociedades Mercantiles, que establece los criterios para ser socio, para la toma de decisiones y demás aspectos del régimen corporativo, incluida la libertad de los socios para definirlo por sí mismos, dentro de los límites que la propia ley establece¹⁴⁶. En consecuencia, los conceptos de propiedad y control deben analizarse con base en los documentos corporativos de cada una de las sociedades.

106. En la audiencia, el Profesor Walde preguntó si el “control indirecto” al cual hace referencia el artículo 1117 podría interpretarse como un control “*de facto*”¹⁴⁷. La demandada explicó que el control indirecto, por oposición al control directo, es el que se ejerce sobre una sociedad a través de otras sociedades¹⁴⁸. Por lo tanto, la referencia que hace el artículo 1117 a control “indirecto” no constituye una excepción al requisito de control legal¹⁴⁹. En cualquier caso, el concepto de control, al aplicarse a un caso particular, debe tener un referente jurídico concreto.

107. La remisión que hace el TLCAN a la ley de la Parte del TLCAN donde la empresa se constituyó o conforme a la cual está organizada también protege a los inversionistas del riesgo de que se les obligue o que se tomen decisiones que los involucren a ellos o a la empresa en términos que no pactaron y que no derivan de una estipulación legal, incluso por engaño. En respuesta a una pregunta del árbitro Portal sobre la manera como Thunderbird ejerce control

146. El artículo 3(b)(i) del Acuerdo de Suscripción y Declaraciones sobre la Inversión establece:

The Company is a Society of restricted Liability with variable capital (sociedad anonima 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”).

Anexo C-28. El artículo 6 de la Ley General de Sociedades Mercantiles señala “Todos los requisitos a que se refiere este artículo y las demás reglas que se establezcan en la escritura sobre organización y funcionamiento de la sociedad constituirán los estatutos de la misma”.

147. Transcripción, pp. 1227:16 -1230:21 de la versión en inglés.

148. Transcripción, p. 1230:2-14 de la versión en inglés.

149. Con el propósito de profundizar sobre el tema de control de una inversión y saber si realmente se puede demostrar el control, el Profesor Walde recomendó a las partes consultar un artículo publicado en *The Journal of World Investment & Trade*. El artículo sugiere que la regla establecida como precedente del caso *Barcelona Traction* (que el derecho internacional remite al derecho interno aplicable) es obsoleta, puesto que a menudo la inversión extranjera proviene de “empresas multinacionales que operan como grupos de compañías”. Sin embargo, la discusión sobre el concepto de control se limita al control para fines de determinar la nacionalidad de una empresa, y no versa sobre la materia pertinente en este caso. Es más, el artículo “enfatisa” que algunos tratados, el TLCAN entre ellos, “incluyen una definición de inversión con base en la empresa”. En tales circunstancias, la autora expresamente coincide de manera con la interpretación de la CIJ en el caso *Barcelona Traction*. Acconci, Pia: *Determining the Internationally Relevant Link Between a State and a Corporate Investor – Recent Trends Concerning the Application of the “Genuine Link” Test*, 5 *Journal of World Investment & Trade* (2004), pp. 139, 146, 154.

sobre EDM, el Sr. Atallah respondió que los instrumentos corporativos permitían a Thunderbird nombrar a la mayoría de los miembros del Consejo de Gerentes de EDM, quienes tomaban las decisiones sobre los asuntos cotidianos¹⁵⁰. Sin embargo, su declaración es incorrecta porque esa facultad correspondía a los accionistas “Clase B” en su conjunto, que incluyen a los Sres. Watson y Girault, conforme a un porcentaje de participación que Thunderbird solo no tenía¹⁵¹.

108. El Sr. Watson declaró que él era únicamente un “inversionista pasivo” en EDM, ya que trabajaba para el Sr. Mitchell¹⁵². Sin embargo, existe una obvia diferencia entre la situación de un inversionista que voluntariamente opta por no ejercer un derecho corporativo, por ejemplo el de votar en la designación de gerentes, o por aliarse con otro en la toma de una decisión, y la de un inversionista que, teniendo ese derecho corporativo, se ve impedido de ejercerlo con base en un argumento de que otro ejerce un “control *de facto*” que prevalece sobre las disposiciones contractuales y legales aplicables. De acuerdo con los instrumentos corporativos, como accionista “Clase B” el Sr. Watson (al igual que el Sr. Girault) podía participar en la toma de decisiones en función de la participación que tenía en el capital social. Éste resulta un aspecto relevante al concepto de control para los fines del artículo 1117. De hecho, las pruebas demuestran que el Sr. Watson tuvo una participación muy activa en la administración de la sociedad (también la tuvo el Sr. Girault). El que no haya pruebas de un desacuerdo entre el Sr. Watson y Thunderbird sobre la administración u operación de EDM, no significa que existía un “control *de facto*” que prevalece sobre las disposiciones contractuales y legales pertinentes, ni que Thunderbird no tuviera los límites contemplados en éstas al no contar con una participación suficiente en el capital social de la empresa.

109. De tal forma, el problema fundamental en la teoría del control “*de facto*” es que el Tribunal tendría que especular sobre las relaciones informales que podrían haber existido entre socios y ejecutivos de la empresa, relaciones que pudieron no ser siempre las mismas y que pueden no tener siquiera un sustento legal; es más, que quizás incluso se contraponen al sustento legal existente. El gobierno de México sostiene que sería inapropiado basarse en este tipo de especulaciones, particularmente cuando son contrarias a lo que establecen los instrumentos corporativos de las sociedades en cuestión. No debe pasar inadvertido, además, que las declaraciones de distintos inversionistas sobre su calidad de “inversionistas pasivos” se han hecho por primera vez en el curso de este procedimiento en el que se demanda al gobierno de México una indemnización por más de 175 millones de dólares. Cualquiera que sea el calificativo que se emplee, el sustento de los derechos y obligaciones de los distintos socios y la

150. El Sr. Atallah declaró:

Control over the entities in the sense that our documentation established that in each case Thunderbird had the right to appoint the majority managers who would make decisions on a day-to-day basis. It's in the documentation itself. Control of the entities in that sense. It was through the authority granted to Thunderbird employees to conduct the day-to-day affairs of the company from that practical level on the ground in Mexico.

Transcripción, p. 220:13-13 de la versión en inglés. (énfasis propio). Esta afirmación es incorrecta.

151. Acuerdo de Suscripción y Declaraciones sobre la Inversión de EDM-Matamoros, Artículo 3(b)(xv). Anexo C-28.

152. El Sr. Watson declaró “*I was a passive investor just like them in the sense that I was working directly for Jack Mitchell as the director of development*”. Transcripción, pp. 407:16-19 de la versión en inglés.

forma como se ejercía el control de la sociedad está en los instrumentos corporativos contemporáneos, y no se ha ofrecido documental alguna que establezca un referente jurídico concreto que demuestre que las relaciones legales eran distintas. La demandada sostiene que la mera declaración de los señores Watson, Girault y de otros inversionistas, hechas años después de los hechos para los fines específicos que la demandante persigue en este procedimiento no son suficientes, y se contraponen a lo que los instrumentos corporativos establecen. El tema del control de la demandante sobre las sociedades EDM sólo puede determinarse a partir de los documentos legales existentes.

110. El capítulo XI prevé que una Parte consiente someterse a arbitraje si el inversionista contendiente presenta una notificación de su intención de someter una reclamación a arbitraje conforme al artículo 1119, seguida del sometimiento de la reclamación a arbitraje en los términos de los artículos 1120 y 1121. Sin embargo, estos actos no tienen validez si el inversionista contendiente que pretende presentar una reclamación en representación de una empresa no ha cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 1117, entre otros¹⁵³. El artículo 1117 le permite al inversionista de una Parte presentar una reclamación conforme al TLCAN en representación de una empresa de otra Parte que sea una persona moral (en este caso, EDM), sólo si ésta es de su “propiedad” o se encuentra “bajo su control directo o indirecto”. Si la empresa no es propiedad del inversionista o éste no tiene el control, entonces no puede someter la reclamación a arbitraje en representación de la empresa. El tribunal en el caso *Waste Management* recientemente señaló:

El Capítulo XI del TLCAN consigna en detalle y con evidente cuidado las condiciones requeridas para la iniciación de arbitrajes conforme a sus cláusulas.¹⁵⁴

111. En la audiencia, el árbitro Portal preguntó si era posible “tener cierta influencia” sobre una compañía mediante factores como la especialización, experiencia, exclusividad o prestigio, etc.¹⁵⁵ Podría darse el caso, por ejemplo, de que la experiencia de un accionista en cierto sector permitiera a la empresa incursionar en un nuevo mercado, o bien que un accionista que hubiese sido funcionario público utilizara el reconocimiento adquirido en su cargo para solicitar financiamiento para la empresa. Se puede decir que Thunderbird ejercía en EDM cierta influencia al aportar el conocimiento adquirido en su experiencia en la industria del juego en Estados Unidos.

112. Sin embargo, el ejercer “cierta influencia” en una empresa no puede considerarse como un elemento suficiente para establecer la legitimidad de una reclamación de un inversionista contendiente en representación de una empresa. Si lo anterior fuere así, se podría dar el caso de tener numerosos inversionistas de un posible accionista con la legitimidad suficiente para promover una reclamación de una empresa de una Parte en contra de esa Parte. Sin embargo, simplemente es inadmisibles que, sobre la base de un argumento de que, por circunstancias de

153. La demandada reitera las excepciones que ha hecho respecto del cumplimiento con los requisitos previstos en el TLCAN relativos a la notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje y el sometimiento de la reclamación a arbitraje.

154. *Waste Management, Inc. c. Los Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/00/3. Laudo del 30 de abril de 2004, ¶ 80.

155. Transcripción, p. 1231:4-19 de la versión en inglés.

hecho se tiene “cierta influencia” sobre una empresa, puede establecerse un “control *de facto*” que prevalece incluso sobre las disposiciones legales y contractuales pertinentes.

- (d) ***Entertainmens de Mexico Puebla S. de R.L. de C.V. (“EDM-Puebla”)***
- (e) ***Entertainmens de Mexico Monterrey S. de R.L. de C.V. (“EDM-Monterrey”)***
- (f) ***Entertainmens de Mexico Juarez S. de R.L. de C.V. (“EDM-Juarez”).***

113. Ninguna de estas sociedades inició operaciones. Ni siquiera llevaron a cabo actividades suficientes con miras a establecer un negocio para que pueda considerárseles parte de la reclamación.

4. ***Does the filing by Claimant of waivers on behalf of EDM-Puebla, EDM-Monterrey and EDM-Juarez on 15 August 2003 comply with the requirements of Article 1121 NAFTA? If not, what are the consequences thereof?***

114. Corresponde a la demandante probar que ha presentado en este procedimiento las correspondientes renunciaciones de cada una de las sociedades en cuestión.

115. En los párrafos 251-260 del Escrito de Dúplica, la demandada explica de manera detallada por qué las renunciaciones presentadas por la demandante con su Escrito de Demanda no cumplen con los requisitos que establece el artículo 1121. El artículo 1121(3) establece que el consentimiento y la renuncia “se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje”. La demandante sometió su reclamación a arbitraje el 22 de agosto de 2002.

116. Sin una renuncia válida, la reclamación no se puede admitir conforme al TLCAN. México no ha consentido en someter tales reclamaciones a arbitraje.

C. Merits – General

5. ***What is the role, if any, of Chapter Eleven of NAFTA in the present case? Specifically:***

- 5.1 ***Does Chapter Eleven of NAFTA recognize and protect the right of a Contracting Party to regulate a certain conduct that it considers illegal?***

117. La respuesta a la pregunta 5.1 es sí. Otros tribunales establecidos conforme al TLCAN han reconocido este derecho.

118. El preámbulo del TLCAN establece que las partes se comprometen a “PRESERVAR su capacidad para salvaguardar el bienestar público”. En el caso particular del capítulo XI, el artículo 1101(4) establece:

Ninguna disposición de este capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte prestar servicios o llevar a cabo funciones tales como la ejecución y aplicación de las leyes ...cuando se desempeñen de manera que no sea incompatible con este capítulo.

En el contexto específico de medidas precautorias, el artículo 1134 dispone:

...Un tribunal no podrá ordenar el embargo, ni la suspensión de la aplicación de la medida presuntamente violatoria a la que se refiere el Artículo 1116 ó 1117. Para efectos de este párrafo, orden incluye una recomendación.

119. De acuerdo con el artículo 1135, si un tribunal determina que hubo una violación al capítulo XI, sólo puede otorgar daños pecuniarios u ordenar la restitución de la propiedad; pero no tiene facultades para ordenar, o siquiera recomendar, la suspensión de una medida, ya sea como medida provisional de protección o en su laudo definitivo¹⁵⁶. El gobierno de México sostiene que estas disposiciones son un reconocimiento expreso del derecho de una Parte a regular dentro de su territorio.

120. La manera como el capítulo XI está estructurado lo corrobora. La sección A del capítulo XI establece una serie de requisitos mínimos que cada Parte debe cumplir, pero ninguna de sus disposiciones establece cuál debe ser el contenido del derecho interno de cada una¹⁵⁷. Por ejemplo, la obligación de otorgar trato nacional requiere que una Parte otorgue a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios inversionistas en circunstancias similares; sin embargo, no dispone cuál es el trato que debe otorgar a sus nacionales y que establecería el punto de referencia. En este contexto es que se ha señalado que la obligación de otorgar un trato mínimo conforme al derecho internacional constituye un umbral mínimo por debajo del cual no se debe tratar a los extranjeros (cualquiera que sea el trato que se dé a los nacionales). Sin embargo, el nivel mínimo de trato tampoco estipula cómo debe un Estado regular. A su vez, el artículo 1110 no requiere que una Parte regule la expropiación de determinada manera en su régimen interno; sólo establece los requisitos que debe cumplir la expropiación de una inversión de un inversionista de otra Parte. Ni el capítulo XI ni ninguna disposición del TLCAN limita las opciones de las Partes para proteger el orden y la moral públicos.

121. Conforme al principio de efectividad¹⁵⁸ el Tribunal debe aplicar las disposiciones del tratado de manera que guarden congruencia entre sí e interpretarlas de tal forma que una no reste eficacia a otra¹⁵⁹. El artículo 1101(4), en el contexto de las otras disposiciones referidas, preserva la autonomía de las Partes para regular y para ejecutar la ley, incluso aquellas en las que prevenga las actividades, que en ejercicio de su soberanía, considere ilícitas, como, por ejemplo, el de azar y el juego con apuesta.

156. Compárese, por ejemplo, las facultades de los paneles arbitrales conforme al artículo 2018(2).

157. Compárese, por ejemplo, el artículo 1904(15) y el Anexo 1904.15 que establecen obligaciones generales y específicas de cada Parte de reformar sus leyes y reglamentos.

158. La Corte Internacional de Justicia en el caso *Territorial Dispute* (Libya v. Chad), 1994 I.C.J. p. 6, ¶ 51 resolvió: “one of the fundamental principles of interpretation of treaties, consistently upheld by international jurisprudence, [is] that of effectiveness”. Del mismo modo, en *Anglo-Iranian Oil Co.* (U.K. v. Iran), 1952 I.C.J. 93, p. 105, la Corte estableció el siguiente principio “that a legal text should be interpreted in such a way that a reason and a meaning can be attributed to every word in the text ...should in general be applied when interpreting the text of a treaty”.

159. *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, (WT/DS2/AB/R), en 23 (mayo 20, 1996) (WTO Appellate Body). Véase también la definición del término “interpretación” en *14 Whiteman Digest of International Law* § 33, pp. 380-83 (1970).

122. El Tribunal en el caso *S.D. Myers, Inc. v. The Government of Canada* expresó:

When interpreting and applying the “minimum standard”, a Chapter 11 tribunal does not have an open-ended mandate to second-guess government decision-making. Governments have to make many potentially controversial choices. In doing so, they may appear to have made mistakes, to have misjudged the facts, proceeded on the basis of a misguided economic or sociological theory, placed too much emphasis on some social values over others and adopted solutions that are ultimately ineffective or counterproductive. The ordinary remedy, if there were one, for errors in modern governments is through internal political and legal processes, including elections.

*...The Tribunal considers that a breach of Article 1105 occurs only when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective. That determination must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders. The determination must also take into account any specific rules of international law that are applicable to the case.*¹⁶⁰

[Énfasis propio]

123. En opinión del gobierno de México, la toma de decisiones por el gobierno incluye no sólo las decisiones de las autoridades que ejecutan las normas, sino también las de los órganos legislativos y ejecutivos que las establecen. El hecho de que una decisión gubernamental —una determinada ley, por ejemplo— sea controvertida, no es suficiente para establecer una violación al derecho internacional; y no lo es aun si en el proceso los órganos gubernamentales parecen haber cometido errores, apreciando incorrectamente las circunstancias, etc. El orden jurídico es el que establece los mecanismos jurídicos y políticos para remediar ese tipo de errores, si es que los hubo. Lógicamente, cuando una ley, reglamento u otro tipo de medida es correcta, razonable y legítima, como lo es la Ley Federal de Juegos y Sorteos, no puede constituir una infracción al orden jurídico internacional. El gobierno de los Estados Unidos apoyó esta postura en el caso *Methanex*¹⁶¹. La demandante misma reconoce que México no requiere pagar una indemnización por neutralizar efectivamente un negocio ilícito¹⁶².

5.2 *If so, does the Ley Federal de Juegos y Sorteos of 31 December 1947 form part of Mexico’s law to regulate a certain conduct that it considers illegal, and what are the consequences thereof?*

124. En ejercicio de su soberanía, el Estado mexicano promulgó la Ley Federal de Juegos y Sorteos de 1947 que, como muchas del mundo, incluidas muchas de las jurisdicciones de Estados Unidos, donde la demandante tiene su sede de negocios, prohíbe los juegos de azar y los juegos

160. *S.D. Myers, Inc. v. The Government of Canada*, Laudo Parcial del 13 de noviembre de 2000, ¶¶ 261 y 263.

161. Véase el *Amended Statement of Defense of Respondent the United States of America* (5 de diciembre de 2003), p. 176, disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/27063.pdf> (“It is a principle of customary international law that, where economic injury results from a bona fide regulation within the police powers of a State, compensation is not required.”)

162. Escrito de Réplica, p.65.

con apuesta. La prohibición está firmemente establecida y, además, antecede a la inversión de la demandante y aun a la entrada en vigor del TLCAN.

125. Ni el TLCAN ni el derecho internacional consuetudinario establecen un derecho de los particulares para operar máquinas de juegos de azar o con apuesta o de juegos “de habilidad o destreza”. Si el derecho existe, es únicamente por virtud del régimen jurídico nacional, y el orden jurídico mexicano no lo establece¹⁶³.

126. En el presente caso, la autoridad ejecutora, la SEGOB, determinó que las actividades que EDM realizó encuadran en la prohibición legal e hizo efectivas las sanciones que la propia ley contempla. La autoridad lo hizo conforme a sus atribuciones legales, con base en un procedimiento legal preestablecido y claramente regulado, que no sólo cumple, sino que rebasa los requerimientos mínimos que establece el derecho internacional consuetudinario, y que está sujeto al control judicial. Lo ha hecho de manera uniforme: ha aplicado la ley de la misma forma en todos los casos, sin excepción.

127. Según ya se expresó, conforme al artículo 1131 el Tribunal sólo tiene competencia para determinar si las acciones de la autoridad mexicana en ejecución de la ley (por la operación ilícita de máquinas tragamonedas por parte de EDM) son incompatibles con las tres disposiciones del capítulo XI que la demandante ha invocado. La decisión del Tribunal en el caso *ADF* lo corrobora¹⁶⁴.

128. Además, sería contrario a los principios del TLCAN y al orden público mexicano e internacional que, con base en el mecanismo previsto en la sección B del capítulo XI, un inversionista extranjero pudiese obtener una indemnización por haber llevado a cabo actividades en violación de las leyes mexicanas y que las autoridades competentes clausuraron legalmente.

5.3 *What is the role and jurisdiction of the Tribunal in relation to the Mexican judicial system regarding the subject matter of Claimant's claims in the present case?*

129. Según se detalla en los párrafos 186 a 195 del Escrito de Contestación a la Demanda, todos los tribunales del TLCAN que han analizado esta cuestión han coincidido que no les compete actuar como tribunales con jurisdicción primaria para resolver cuestiones de derecho municipal, ni como cortes internacionales de apelación para revisar las decisiones de los tribunales nacionales.

130. El Tribunal en el caso *Waste Management* recientemente reiteró: “este Tribunal señalaría que no constituye una nueva instancia de apelación, así como el Capítulo XI del TLCAN no es una forma novedosa de amparo en relación con las sentencias dictadas por los tribunales federales de las Partes del TLCAN”¹⁶⁵. Su posición es congruente con su decisión previa en materia de competencia, en la que el Tribunal expresamente llamó la atención de las partes

163. La ley lo contempla únicamente por excepción, en circunstancias muy bien acotadas y específicamente reguladas, que no son las de este caso. Véase la nota al pie de página No. 2 de este escrito.

164. Véase el párrafo 100 de este escrito.

165. Laudo del 30 de abril de 2004, ¶ 129.

“respecto de lo que se dijo en *Robert Azinian c. los Estados Unidos Mexicanos*: un tribunal del TLCAN no tiene ‘plena competencia de apelación’ respecto a decisiones de tribunales nacionales, y a lo que haya sido decidido por tales tribunales conforme a la legislación nacional, esto prevalecerá al menos que se demuestre que es contrario al mismo TLCAN”¹⁶⁶.

131. Conforme a la interpretación de los tribunales del TLCAN, el papel de este Tribunal debe limitarse a determinar si las acciones de las autoridades administrativas constituyen una violación a las disposiciones del capítulo XI, considerando, además, que las acciones de las autoridades administrativas están sujetas al control judicial (el Tribunal, en principio, tendría también competencia para determinar si los actos de las cortes mexicanas violan las disposiciones del capítulo XI, pero la demandante no ha sometido tal reclamación a arbitraje¹⁶⁷). Suponiendo, sin conceder, que la demandante tenía la propiedad o el control de las sociedades EDM, las siguientes cuestiones relativas al sistema jurídico mexicano que podrían ser pertinentes, considerándolo íntegramente¹⁶⁸: (i) ¿el sistema jurídico mexicano sujeta los actos administrativos a un control judicial y tuvieron las sociedades EDM acceso a él? (ii) ¿el sistema mexicano de justicia operó de forma tal que se otorgó a las sociedades EDM un trato menos favorable que el otorgado a otras sociedades en circunstancias similares, por razón de la nacionalidad de la demandante? (iii) ¿los actos de los tribunales pueden considerarse violatorios del derecho internacional consuetudinario en contravención del artículo 1105? y, finalmente, (iv) ¿puede establecerse que los tribunales, a través de sus decisiones, expropiaron las sociedades EDM conforme al artículo 1110?

132. En opinión del gobierno de México, la respuesta a la primera pregunta es sí y a las otras tres, no. En todo caso, con excepción de la primera pregunta, la respuesta es irrelevante porque la demandante no ha reclamado violación alguna por lo que se refiere a la actuación de los tribunales mexicanos¹⁶⁹.

133. El Tribunal en el caso *Waste Management* señaló:

...[l]a disponibilidad de recursos internos para un inversionista que se enfrenta a violaciones contractuales es, no obstante, pertinente para responder a la pregunta sobre si el Estado ha cumplido o no con el estándar del Artículo 1105(1). Si así no fuese, el Capítulo XI se convertiría en un mecanismo de igual recurso para cobranza de deudas y fines análogos relacionados con todos los contratos públicos (incluidos los municipales), lo cual no parece corresponder a su propósito.

166. Decisión del Tribunal sobre Objeción Preliminar de México relativa al Procedimiento Previo del 26 de junio de 2002, ¶ 47.

167. La demandante afirmó: “*In this case the measures at issue arise from the decisions of SEGOB officials, rather than those of a Mexican court*”. Escrito de Réplica, p. 48, nota al pie de página No. 25.

168. Véase los laudos en los casos *Loewen*, ¶ 168 y *Waste Management*, ¶97. No pueden analizarse actos aislados. El sistema de justicia debe considerarse como un todo. Por ejemplo, las sociedades EDM no sólo tuvieron acceso a los tribunales federales por vía de amparo, pero también al Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa, sujeto al control judicial por vía de amparo; tuvieron acceso a los tribunales de primera instancia, y también a tribunales de alzada en ambos foros; el sistema mexicano prevé vías incidentales, por ejemplo, la suspensión del acto reclamado; las sociedades ejercieron su derecho de desistirse voluntariamente, etc.

169. Véase la nota al pie de página No. 167 de este escrito.

134. El caso *Waste Management* tuvo que ver con reclamaciones de violaciones contractuales. Sin embargo, su razonamiento es igualmente aplicable en este caso, en el que lo que se reclama son cuestiones relativas a un derecho que, como ya se dijo, si existe, es porque lo establece el orden jurídico nacional. Aun si el capítulo XI no requiriera el agotamiento de los recursos locales como una cuestión de admisibilidad, la disponibilidad de éstos y su ejercicio (o falta de ejercicio) es pertinente para responder la pregunta de si las autoridades responsables han cumplido o no con la legislación aplicable y, en relación con ello, si el Estado ha cumplido o no con el estándar del artículo 1105(1) (si bien, como la demandada ha manifestado anteriormente, no bastaría con probar una violación al derecho municipal para demostrar una violación al derecho internacional¹⁷⁰).

135. Por consiguiente, sí es relevante el hecho de que el orden jurídico mexicano establece un sistema de justicia, que las sociedades EDM accedieron a él irrestrictamente y que la SEGOB también se sometió a él y defendió sus actos por esta vía. También es relevante que la demandante sustenta toda su reclamación en una interpretación propia (o, en el mejor de los casos, en la interpretación de un abogado particular¹⁷¹) de una opinión de la SEGOB que, alega, le confiere un derecho. Sin embargo, la posición jurídica de la demandante al respecto es, en el mejor de los casos, dudosa (aunque el gobierno de México ya explicó por qué no cabe duda respecto del contenido y alcance del oficio de la SEGOB, y lo sostiene) y, no obstante que EDM tuvo pleno acceso a los tribunales mexicanos, no logró establecer que le asiste la razón por cuanto a ese supuesto derecho se refiere. En estas circunstancias, dada la incapacidad de este Tribunal de determinar por sí mismo, como una cuestión jurídica, si las sociedades EDM tenían el derecho que la demandante aduce, es relevante que no exista una sola determinación de los tribunales mexicanos que sostengan la posición que la demandante alega, aun en otros casos. Finalmente, aun cuando los tribunales mexicanos no resolvieron sobre el fondo del derecho que la demandante alega (en principio, porque las sociedades EDM no hicieron un planteamiento de fondo sobre la Ley Federal de Juegos y Sorteos, sino que alegaron violaciones de procedimiento en la conducción de los actos de clausura¹⁷²), la consecuencia de las decisiones judiciales en los

170. Cf. el caso *ELSI*. (*Electronica Sicula S.P.A.*, 1989, *I.C.J.* 15). Véase Escrito de Dúplica, ¶¶149-150.

171. México no concede que el Lic. Ruiz de Velasco haya dado la opinión en los términos que la demandante alega.

172. En la audiencia el Presidente del Tribunal interrogó al Lic. Ruiz de Velasco sobre los efectos del juicio de amparo. En específico el Presidente le preguntó si estaba correcto su entendido de que el amparo sólo es de naturaleza suspensiva, es decir, que sólo otorga un remedio de carácter suspensivo (*injunctive relief*) y, por lo tanto, temporal. Preguntó adicionalmente si por la vía de amparo nunca se obtiene una decisión sobre el fondo (*merits*) y si lo único que se puede ganar es tiempo. El Lic. Ruiz de Velasco contestó que el entendido del Presidente era correcto. Transcripción, pp. 636:19-637:15.

La respuesta del Lic. Ruiz de Velasco es errónea. Uno de los aspectos esenciales del juicio de amparo es que, por la vía incidental, puede solicitarse la suspensión del acto reclamado, como medida temporal mientras el juicio se resuelve en definitiva sobre el fondo de la cuestión planteada. La suspensión del acto reclamado puede tomar dos formas: la “suspensión provisional” que el juzgador puede conceder “con la sola presentación de la demanda de amparo” para “que las cosas se mantengan en el estado que guarden hasta que se notifique a la autoridad [administrativa] responsable la resolución que se dicte sobre la suspensión definitiva”, siempre que “hubiere peligro inminente de que se ejecute el acto reclamado con notorios perjuicios para el quejoso” (artículo 130 de la Ley de de Amparo). Si el juzgador decide otorgar la suspensión definitiva, “procurará fijar la situación en que habrán de quedar las cosas y tomará las medidas pertinentes para conservar la materia del amparo hasta la terminación del juicio” (artículo 124 de la Ley de Amparo, énfasis propio). En otras palabras, si en opinión del juez existe una

La nota continúa en la página siguiente...

casos de las sociedades EDM, que hoy son definitivas y no están ya sujetas a recurso ulterior alguno, es que la actuación de la SEGOB ha quedado convalidada, es decir, es jurídicamente válida y legal.

5.4 *If and to what extent do administrative proceedings of SEGOB form part of Issue 5.3?*

136. Los procedimientos administrativos de la SEGOB¹⁷³ son pertinentes a la cuestión planteada por el Tribunal en la pregunta 5.3 porque, como ya lo explicó la demandada, estuvieron sujetos en todas sus etapas al control judicial. El Tribunal no tiene competencia para revisar los actos de la SEGOB como si fuese un corte nacional con jurisdicción primaria. Las sociedades EDM recurrieron a las cortes mexicanas que sí la tienen, y el Tribunal tampoco tiene una jurisdicción de apelación.

137. Durante la audiencia, el Presidente van den Berg preguntó si los procedimientos ante la SEGOB se consideran procedimientos administrativos o del poder ejecutivo, y si en su caso existía una diferencia entre ambos¹⁷⁴. El procedimiento seguido ante la SEGOB es un procedimiento administrativo, así lo establece el derecho mexicano y lo explica el peritaje del Dr. Serna presentado con el Escrito de Contestación a la Demanda. En México, como en

...la nota continúa de la página anterior

situación de urgencia, puede conceder la suspensión provisional, mientras se sustancia el incidente de suspensión y resuelve en definitiva si la concede o no; pero la suspensión sólo puede estar vigente hasta la terminación del juicio.

Ahora bien, los efectos del amparo, es decir, de una sentencia que se pronuncie sobre el fondo de la controversia concediendo el amparo, de acuerdo con el artículo 80 de la Ley de Amparo son:

La sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada, restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija.

Los efectos de una sentencia que niegue el amparo por razones de fondo o lo sobresea sin una resolución sobre el fondo (por ejemplo, porque el quejoso se desista o porque se tramite simultáneamente ante otro tribunal un recurso o defensa legal que pueda modifica, nulificar o revocar el acto reclamado, como sucedió en los casos de las sociedades EDM), son que el acto reclamado queda surte todos sus efectos, habiendo quedado convalidado oy firme.

La litis, es decir, el fondo de la controversia obviamente dependerá del planteamiento que haga el quejoso, y es sobre éste que el tribunal de amparo deberá pronunciarse. El resultado será distinto si, por ejemplo, el quejoso demanda la declaración de inconstitucionalidad de una ley (e.g. de la prohibición a los juegos de azar o los juegos con apuesta establecida en la Ley Federal de Juegos y Sorteos), de la ilegalidad de un acto de autoridad por violaciones sustantivas a la ley (e.g. si EDM hubiese demandado la ilegalidad de la resolución del 10 de octubre de 2001 porque las máquinas en cuestión no encuadran en la prohibición de la ley o en la supuesta), o la ilegalidad de un acto de autoridad por violaciones de procedimiento (e.g. por deficiencias de procedimiento en un acto de clausura). Las sociedades EDM sólo argumentaron vicios de procedimiento en la actuación de la SEGOB al clausurar los establecimientos, pero no argumentaron que las actividades que realizaban estuviesen permitidas por la Ley Federal de Juegos y Sorteos, es decir, la ilegalidad de la resolución del 10 de octubre de 2001, por afectar un derecho establecido en la Ley.

La Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos está disponible en <http://www.diputados.gob.mx/leyinfo/pdf/20.pdf>.

173. Incluyen, no sólo el procedimiento administrativo iniciado por EDM en junio de 2001, sino también los actos de clausura subsecuentes y la clausura del establecimiento en Nuevo Laredo el 25 de febrero de 2001.

174. Transcripción, p. 1102:7-14 de la versión en inglés.

Estados Unidos y Canadá, las autoridades administrativas son parte de la rama ejecutiva¹⁷⁵. El gobierno de México considera que la clasificación del procedimiento no afecta el análisis del Tribunal.

6. *Is the functionality of the machines, technically or otherwise, operated by the EDM Companies relevant in the present case?*

138. El funcionamiento de las máquinas puede ser relevante para establecer si la determinación de la SEGOB de que EDM realizaba actividades ilícitas por tratarse de máquinas de juegos prohibidos, y la consecuente aplicación de las sanciones previstas en la ley fue realmente idiosincrásica, aberrante o arbitraria¹⁷⁶, si fue “tan injusta o arbitraria que el trato equivale a un nivel que resulta inaceptable desde la perspectiva internacional”¹⁷⁷, de modo que constituye una violación nivel mínimo de trato que requiere el derecho internacional consuetudinario. Al respecto, son pertinentes:

- la forma como EDM describió las máquinas reiteradamente (“aparatos de recreación cuya finalidad es la diversión y entretenimiento... [en los que] no interviene ni el azar ni la apuesta..., [t]odo ello a fin de que el operador consiga ordenar signos en una combinación óptima y le otorgue un ticket con puntos canjeables por bienes o servicios...¹⁷⁸);
- la opinión del abogado de la demandante sobre esa descripción que se hizo a la SEGOB (“*that no chance or betting was involved at all for hundred percent excluded*”¹⁷⁹), sobre los límites dentro de los cuales EDM podía operar (“*EDM can operate the video games skill machines as long as they do not become, in any matter whatsoever, as gaming or betting machines*”¹⁸⁰) y sobre uno de los aspectos “fundamentales” del funcionamiento de las máquinas (“*ARBITRATOR PORTAL-ARIOSA: Did you know that these machines were going to print out cash that was going to be exchanged for the winners for cash? I'm sorry, printed tickets and then exchange, not printing cash. THE WITNESS: I didn't, no. ARBITRATOR PORTAL-ARIOSA: Had you known, would have you changed your August 25th legal opinion?*”).

175. En el sistema jurídico mexicano el Poder Ejecutivo recae única y exclusivamente en el Presidente de la República. La Administración Pública Federal lo asiste en el desempeño de las funciones administrativas. La SEGOB es una dependencia de la Administración Centralizada (es decir, depende directamente del Ejecutivo Federal). Véase el Escrito de Contestación a la Demanda, ¶ 25.

176. Cf. el Laudo del 11 de octubre de 2002 en el caso *Mondev*, ¶ 188, Véase también el Laudo del 30 de abril de 2004 en el caso *Waste Management*, ¶ 96.

177. Cf. el Laudo del 13 de noviembre de 2003 en el caso *S.D. Myers*, ¶ 263. Véase también el Laudo del 30 de abril de 2004 en el caso *Waste Management*, ¶ 94 y la nota al pie de página No. 42.

178. Anexo C-17, ¶ 3.

179. Transcripción p. 575:4-7 de la versión en inglés.

180. Anexo R-112. El Lic. Ruiz de Velasco aclaró en la audiencia que “*gaming or betting machines*” son “máquinas de azar o de apuesta”. Transcripción, pp. 656:16.657:7 de la versión en inglés y pp. 147:3-17 de la versión en español del 27 de abril de 2004.

*THE WITNESS: Probably. ARBITRATOR PORTAL-ARIOSA: In what sense? THE WITNESS: Because it probably could have bid in as gambling or betting*¹⁸¹⁾;

- el desarrollo del procedimiento administrativo, incluida la plena oportunidad que EDM tuvo para presentar todas las pruebas que estimó conveniente, que ejerció ese derecho y que todas las pruebas que presentó fueron admitidas, analizadas con detalle y valoradas individualmente;
- el control judicial sobre el procedimiento administrativo y la opción de EDM de no impugnar la legalidad de la determinación de la SEGOB sobre el funcionamiento de las máquinas, y limitarse, en cambio, a impugnar únicamente aspectos de procedimiento en la actuación de la SEGOB durante las visitas de clausura; y
- que la normatividad estadounidense contempla prohibiciones y sanciones similares a las de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, que, en las jurisdicciones donde la demandante operaba previo a su incursión en México, clasifica las mismas máquinas como máquinas de azar y/o apuesta, y que los tribunales y autoridades de ese país han llegado a las mismas conclusiones respecto del mismo tipo de máquinas y actividades.

139. En estas circunstancias, ¿cómo puede considerarse que la determinación de la SEGOB sobre el funcionamiento de las máquinas, sobre la ilicitud de las actividades y la consecuente aplicación de sanciones legales ocasiona “conmoción o... sorpresa... a un tribunal imparcial [que lo] conducen, al reflexionar sobre ello, a preocupaciones justificadas sobre la discrecionalidad [*sic.* propiedad] judicial del resultado...”^{182?}

140. Por último, el funcionamiento de las máquinas, especialmente en el contexto descrito en el párrafo 44 de este escrito, también es relevante para determinar si Thunderbird y EDM podían haber tenido una expectativa razonable de que la SEGOB permitiría continuar con la operación de sus establecimientos una vez que constatará la verdadera forma como las máquinas operaban¹⁸³. Al respecto los antecedentes de la operación de Thunderbird en Estados Unidos y las razones por las que tuvo que abandonar el negocio en ese país también son relevantes, como también lo es que EDM pretendía utilizar máquinas idénticas o muy similares a las utilizadas en los establecimientos del Sr. Guardia; que ello había ocasionado un “altercado legal significativo” con la SEGOB (motivado por la clausura de los mismos) antes de que Thunderbird incursionara en México; que la demandante conocía de este “altercado” con detalle; y que EDM guardó completo silencio de todo ello en la solicitud del 3 de agosto de 2000.

141. El gobierno de México sostiene que, objetivamente, no puede considerarse que la demandante actuó sobre la base de una expectativa razonable cuando decidió incursionar en

181. Transcripción, pp. 649:14-650:5 de la versión en inglés.

182. Cf. el laudo del 11 de octubre de 2002 en el caso *Mondev*, ¶ 127. Véase también el Laudo del 30 de abril de 2004 en el caso *Waste Management*, ¶ 95 y la nota al pie de página No. 43.

183. Véase el Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 95-101 y 242-252. Véase también Escrito de Dúplica, ¶¶ 158-161.

México en una actividad que sabía que la dependencia gubernamental competente había determinado estaba prohibida, y había procedido a clausurar los establecimientos correspondientes que, si no obstante seguían operando, era en virtud de una suspensión judicial temporal; cuando ofreció a esa autoridad una descripción falsa o, por lo menos, engañosa sobre las actividades que pretendía realizar y optó por guardar “completo silencio” de que iban “a operar máquinas como aquellas que ustedes [Aspe y Arroyo] han venido litigando con ellos [SEGOB] en Juárez durante los últimos años”, para utilizar las palabras del Sr. Mitchell¹⁸⁴; y cuando la misma autoridad expresamente condicionó su opinión a que las máquinas operaran tal y como EDM lo había descrito en su solicitud.

142. Las pruebas demuestran de manera irrefutable que en Estados Unidos, como en otras partes, las máquinas se consideran máquinas de azar y apuesta, de manera que es absolutamente razonable que la SEGOB llegara a esta misma conclusión. La clausura de los establecimientos de EDM por parte de la SEGOB, que ofrecían al público este tipo de juegos prohibidos, es totalmente congruente con la política de la SEGOB en la aplicación de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, y coincide con las políticas, leyes y con los actos en ejecución de éstas de otros países, incluido, Estados Unidos, donde el juego con apuesta constituyen un delito¹⁸⁵.

143. Las pruebas también demuestran que Thunderbird sabía que en Estados Unidos las máquinas se consideran máquinas de azar y apuesta, y que podrían ser consideradas como tales en México. No es creíble que Thunderbird estimara que la SEGOB no clausuraría las operaciones de EDM. Sabía que otros operadores en México con operaciones idénticas o muy similares habían sido clausurados por la SEGOB y ello había dado lugar a litigios con la autoridad que la propia demandante ha calificado como “altercados legales significativos”¹⁸⁶. Su propio abogado le advirtió de ello¹⁸⁷.

144. Es evidente que la estrategia de EDM fue lograr operar el mayor tiempo posible antes de ser clausurado y subsecuentemente al amparo de una suspensión judicial temporal. La demandante no actuó con una expectativa razonable de poder operar, sino sobre la base de un riesgo calculado, que posteriormente se actualizó.

6.1 *If so, is that question to be determined under the Ley Federal de Juegos y Sorteos of 31 December 1947 and/or on some other basis?*

6.2 *If so, by whom should that question be determined? In particular, is the Tribunal to defer to the determination by SEGOB? And if so, was that opinion relevant for the dispute:*

(a) *before 15 August 2000;*

184. Transcripción, p. 297:1-3 de la versión en inglés.

185. Véase los ejemplos de ejecución en los cuales las autoridades de los Estados Unidos han arrestado y procesado a individuos que operaban las llamadas “*skill stop*” machines similares a las que operaba EDM. Anexo R-010.

186. Anexo C-A, ¶ 7.

187. Anexo R-112. Transcripción pp.96:5-97:16 de la versión en español del día 27 de abril de 2004.

(b) *between 15 August 2000 and 10 October 2001; and/or*

(c) *after 10 October 2001?*¹⁸⁸

145. Ni el capítulo XI del TLCAN ni el derecho internacional consuetudinario determinan cómo deben las Partes del tratado definir sus políticas públicas o proteger el orden y la moral públicos o el contexto jurídico, social, cultural que debe regir en cada Parte; ni establecen referencias concretas de regulación nacional¹⁸⁹.

146. Según ya se explicó, el Tribunal no tiene competencia para determinar si las actividades de EDM eran o no lícitas, o si las máquinas que operaba eran o no de juegos prohibidos de acuerdo con la Ley Federal de Juegos y Sorteos. Esa es una competencia que le está reservada a las autoridades y los tribunales mexicanos.

147. La Ley no habla de este tipo de máquinas (o de máquinas de otros tipos) y su funcionamiento. Regula el juego de azar y el juego con apuesta prohibiéndolos¹⁹⁰. Corresponde a la SEGOB, como autoridad ejecutora, interpretarla y aplicarla. Obviamente, la competencia última para interpretar la ley recae en los tribunales mexicanos.

148. En pleno y legítimo uso de sus atribuciones legales, la SEGOB ha determinado que el tipo de juegos objeto de esta disputa son juegos prohibidos. La postura de la SEGOB ha sido homogénea y ha aplicado la ley de manera uniforme en plena congruencia con esa postura. En otras palabras, la SEGOB ha mantenido la misma postura y ha aplicado la ley de la misma manera antes del 15 de agosto de 2000, entre esta fecha y el 10 de octubre de 2001 y subsecuentemente. Ni siquiera puede decirse que hubo un cambio en la postura de la SEGOB respecto de EDM. La SEGOB manifestó que, si las máquinas operaban en la forma descrita en la solicitud del 3 de agosto de 2000, entonces no tenía competencia para prohibirlas. Sin embargo, las prohibió cuando constató que no operaban en la forma descrita en la solicitud, cosa que pudo corroborar a través del procedimiento administrativo que siguió subsecuentemente y las visitas de verificación. Ningún tribunal mexicano ha revertido la posición de la SEGOB sobre la legalidad de los juegos en cuestión, sino que, por el contrario, han venido convalidando su actuación¹⁹¹.

149. El derecho internacional concede un alto grado de deferencia a las autoridades municipales para regular y este Tribunal debe tener esa deferencia hacia ellas¹⁹²; no le

188. Se proporciona una respuesta a ambas preguntas.

189. A diferencia, por ejemplo, del artículo 1904(15) y su anexo.

190. El Profesor Rose testificó que la Ley Federal de Juegos y Sorteos es una ley típica en esta materia (“*the typical statute*”), cuyas disposiciones calificó de extremadamente comunes (“*extremely common*”) Transcripción, pp. 765-772 de la versión en inglés.

191. El que en algunos casos los tribunales mexicanos hayan concedido una suspensión temporal del acto reclamado no cambia esta circunstancia, puesto que en esos casos el fondo de las cuestiones planteadas —que no necesariamente versa sobre la legalidad de la norma sustantiva (cf. la nota al pie de página No. 175 de este escrito)— aún está *sub judice*.

192. Cf. el Laudo en el caso S.D. Myers, ¶ 261: “ [T]he *high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders*”.

corresponde sustituir su criterio por el de la SEGOB¹⁹³. El Tribunal tampoco actúa con una competencia primaria o de apelación, como si fuese una corte nacional.

6.3 *Assuming that the question is to be determined by the Tribunal, what are the relevant criteria for such a determination? Specifically:*

(a) *Were the machines in question skill machines or slot machines?*

150. El gobierno de México sostiene que el Tribunal carece de competencia para ello. La demandante coincide¹⁹⁴. Sin perjuicio de ello la demandada advierte lo siguiente:

151. El perito ofrecido por la demandada, el Profesor Nelson Rose, ha señalado que este tipo de máquinas han sido consideradas reiteradamente máquinas de azar y de apuesta (*gaming and gambling devices*) en Estados Unidos¹⁹⁵. El profesor Rose, el único perito calificado en este procedimiento, declaró que en cualquier lugar las máquinas en cuestión serían consideradas máquinas tragamonedas¹⁹⁶. En los manuales encontrados en los establecimientos, la propia demandante describe y cataloga a las máquinas como aparatos de apuesta (*“gaming devices”*). Así mismo, en los informes financieros presentados ante autoridades gubernamentales y en los que se obliga a presentar información completa y fidedigna, la demandante describe las máquinas que operaban en los establecimientos de EDM como máquinas de azar y apuesta (*“gaming devices”*)¹⁹⁷.

152. El Tribunal pudo constatar que la máquina de demostración que la demandante ofreció en la audiencia no era más que una máquina de video-póquer, juego que difícilmente podría clasificarse como uno de “habilidad o destreza” (y menos aún en las circunstancias en que se ofrecía al público en los establecimientos de EDM y que el Tribunal pudo constatar durante la audiencia) y que constituye un juego con apuesta cuando el usuario juega con el objetivo de ganar dinero. Las máquinas de carretes virtuales y botones para detenerlos, como las máquinas

193. Íd., ¶ 263: “*a Chapter 11 tribunal does not have an open-ended mandate to second-guess government decision-making...*”.

194. Transcripción p. 19:5-13 de la versión en inglés “*respectfully, Thunderbird believes that the role of the Tribunal in these proceedings is not to independently determine whether the EDM machines are, in fact, legal or illegal under Mexican law...*”.

195. Ha habido discusiones sobre niveles de azar, pero no hay discusión de que involucran el azar. Al respecto, la demandada observa que EDM manifestó a la SEGOB que no intervenía el azar ni la apuesta en absoluto y que la SEGOB contestó que, si operaban en los términos descritos, caían fuera de su competencia. La demandada también observa que la ley prohíbe ambos elementos, se presenten conjunta o separadamente, de modo que, si interviene la apuesta, es irrelevante el grado de azar y viceversa. La SEGOB determinó que son máquinas de azar y máquinas de apuesta.

196. Transcripción, p. 724:2 de la versión en inglés: “*Skill-stop games are gambling games*”. Transcripción, p. 731:2-9 de la versión en inglés “[T]hey’re typical slot machines from what I can tell. They’ve got computerized random number generators”. Transcripción p. 783:13-15 de la versión en inglés: “[I]n every feature that they have look identical to the slot machines that you find in casinos”. Transcripción p. 793:6-8 “*if this is a game of skill, then video poker is legal everywhere in the world, and nobody is going to go down that [road]*”.

197. Anexo R-017.

Bestco Fantasy Five utilizadas por EDM, han sido consideradas máquinas tragamonedas por las autoridades estadounidenses¹⁹⁸.

153. Por último, los manuales de operación de Thunderbird y SCI “Mina de Oro” mencionan en diversas ocasiones el elemento de la apuesta y utilizan términos conocidos en el ámbito del juego, tales como “póquer” y “keno”.

154. La única conclusión posible es que la determinación de SEGOB sobre las máquinas es correcta.

(b) *Is there a “uniqueness for Mexico,” as is contended by Claimant, and if so, is it relevant for such determination?*

155. El caso de México no presenta criterios particulares ni únicos. Aun si el caso de México fuera único, ello es irrelevante por las razones señaladas en respuesta a las preguntas 5.1 y 5.2 del Tribunal.

156. La ley mexicana vigente no es única en el mundo en su contenido. Es más, puede afirmarse que las leyes que permiten los juegos de azar y los juegos con apuesta son la excepción. Lo son en Estados Unidos, donde el juego se permite abiertamente sólo en un par de estados y, por lo demás, la práctica está confinada básicamente a reservas indias en algunos otros estados. Lo también son en el resto del mundo. El Profesor Rose declaró que, según su experiencia con leyes estadounidenses y de otros países, las disposiciones de la Ley Federal de Juegos y Sorteos son extremadamente comunes; se trata de una legislación típica (“*the typical statute*”)¹⁹⁹.

157. La demandante argumenta que las máquinas de EDM fueron fabricadas especialmente para el mercado mexicano. Sin embargo, tanto las pruebas documentales como los testimonios ofrecidos confirman que la única modificación que se les hizo fue cambiar al español algunos elementos (y aun así muchas de las máquinas de los establecimientos de EDM mantienen instrucciones o elementos en inglés, por ejemplo el botón “*Max Bet*”)²⁰⁰.

158. El Presidente del Tribunal interrogó al Sr. McDonald sobre las especificaciones o instrucciones que supuestamente recibió de Thunderbird para adecuar los programas de las máquinas con objeto de cumplir con las disposiciones de la legislación mexicana y, en específico, el oficio del 15 de agosto de 2000. El Sr. McDonald admitió que no recibió parámetros específicos (“*[t]here were no specific parameters given to me*”) —aun cuando en su declaración testimonial había afirmado haber recibido instrucciones precisas— y señaló que sólo se le había indicado que tenía que proveer “máquinas de destreza”²⁰¹. Los documentos también indican que *Bestco* y SCI enviaron sus máquinas a México antes de que EDM presentara siquiera

198. Anexo R-013, pp. 22-32.

199. Véase, e.g., la transcripción, pp. 765:1-772:18 de la versión en inglés.

200. Véanse las fotos en las que se perciben las características de las máquinas. Anexo R-001.

201. Transcripción, pp. 534:5-535:14 de la versión en inglés. Anexo C-HH, ¶ 14.

la solicitud del 3 de agosto de 2000²⁰². Las pruebas también demuestran que Thunderbird había fabricado y vendido a SCI muchas de las máquinas (“*video gaming terminals*”) y que éstas fueron recicladas para el mercado mexicano²⁰³.

159. De tal manera, no sólo la legislación mexicana no es única, sino que tampoco las máquinas utilizadas por EDM fueron fabricadas o reacondicionadas conforme a requerimientos particulares derivados de la normatividad mexicana.

6.4 *Assuming that the question is to be determined by the Tribunal and in light of the answer to Issue 6.3, did the machines in question meet the applicable criteria?*

160. Las pruebas presentadas ante este Tribunal demuestran de manera contundente que, conforme a cualquier estándar objetivo, las máquinas de EDM son máquinas de juegos con apuesta y azar.

7. *Was a legitimate expectation created by SEGOB’s letter of 15 August 2000 to the effect that it brings Claimant’s claims in the present case under Article 1102, 1105 and/or 1110 NAFTA? Specifically:*

161. La respuesta sencilla es no.

162. En respuesta a la pregunta No. 6 del Tribunal, México ya explicó que la demandante no podía tener expectativa razonable alguna de que EDM podía operar sin que la SEGOB interviniera en la forma como lo hizo. De hecho, era perfectamente previsible que la SEGOB tomaría exactamente el curso de acción que tomó.

163. En el apartado II.H de este escrito, el gobierno de México también explicó que ni Thunderbird ni cualquier otro inversionista, ni EDM procedieron con base en el oficio de la SEGOB, (además de que, como también ya se explicó) en las circunstancias de este caso nadie habría podido razonablemente interpretar el oficio como una autorización o aprobación para el uso de las máquinas en cuestión en los establecimientos EDM.

164. La demandante argumenta que en el oficio del 15 de agosto la SEGOB aprobó la operación de las máquinas de EDM y, por ende, estaba impedida legalmente (*estoppel*) de ejercer cualquier acción en contra de EDM. Aun cuando las pruebas —incluso el texto del oficio del 15 de agosto— no sustentan este argumento, en los párrafos 154 a 157 del Escrito de Dúplica el gobierno de México explicó de manera detallada las razones por las cuales la teoría del impedimento (*estoppel*) no es aceptable. El gobierno de México reitera sus argumentos.

7.1 *If and to what extent is a legitimate expectation legally relevant under Article 1102, 1105 and/or 1110 NAFTA?*

202. Véase por ejemplo la factura de *Bestco*, cuya fecha de embarque a México es el 30 de junio de 2000. Anexo C-87, p. 9.

203. Transcripción, pp. 441:7-442:21 de la versión en inglés.

165. Es esencial que el Tribunal considere los argumentos de la demandante sobre sus expectativas legítimas en su contexto jurídico preciso, y las evalúe conforme a las disposiciones del TLCAN que asegura se han vulnerado. A continuación se hace referencia a cada artículo:

Artículo 1110

166. Un tribunal del TLCAN debe primero determinar si el inversionista contendiente tiene una inversión tal y como la define el tratado²⁰⁴. El Tribunal tiene competencia para determinar si un inversionista posee una o más de las inversiones que protege el capítulo XI y que se encuentran enumerados en el artículo 1139.

167. Conforme al artículo 1139, una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o utilidades de la empresa, es una inversión. La demandante no ha argumentado que el gobierno de México haya privado a Thunderbird de su participación en EDM o de su derecho a percibir ganancias. Lo que Thunderbird reclama es que, al prohibirse a EDM la posibilidad de explotar comercialmente máquinas tragamonedas (“*video gaming terminals*”), se le expropió su participación en EDM. El Tribunal debe determinar si Thunderbird tenía un derecho de propiedad; pero no sólo un derecho de propiedad sobre las partes sociales de EDM, sino un derecho para involucrar a EDM en un negocio determinado en México que pueda ser expropiado.

168. México ya explicó que ni el TLCAN ni el derecho internacional consuetudinario prescriben una posibilidad de establecer máquinas tragamonedas en México. Ésta es una cuestión que sólo el derecho mexicano puede determinar. La demandada ya explicó esta cuestión en el contexto del derecho mexicano en respuesta a las preguntas 5.2, 6.1 y 6.2 del Tribunal.

169. En la resolución administrativa del 10 de octubre de 2001, la SEGOB rechazó de manera expresa exactamente el mismo argumento de que el oficio de alguna manera le otorgaba a EDM un derecho para operar las máquinas en cuestión²⁰⁵. México ya ha explicado con detalle que el Tribunal no tiene competencia para revisar la actuación de las autoridades mexicanas frente a la normatividad mexicana, como si fuese una corte nacional con jurisdicción primaria; su competencia se limita a determinar si la actuación de las autoridades mexicanas es incompatible con los tres artículos del TLCAN invocados por la demandante (véase las respuestas a las preguntas 1, 5.3 y 5.4 del Tribunal).

170. Además, constituye un principio del derecho internacional consuetudinario que los extranjeros asumen el riesgo inherente de cambios en el clima de negocios. La Corte Internacional de Justicia ha pronunciado:

204. Véase *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/00/9, laudo ¶18.2 (Sept. 16, 2003). El tribunal, después de referirse a la definición de inversión contenida en el Acuerdo de Inversión, señaló: “*In their written pleadings, neither Party systematically analysed the various agreements, registrations and executive orders submitted to the Tribunal for the purposes of identifying legal rights that fall within this definition of an investment. A precise identification of the investment is clearly of fundamental importance... It is therefore necessary to analyse the various agreements, protocols, registrations and executive orders to determine whether they may have generated rights recognizable as an investment within Article 1 of the BIT*”.

205. Anexo R-093, pp. 25-26.

*No enterprise... can escape from the chances and hazards resulting from general economic conditions. Some industries may be able to make large profits during a period of general prosperity, or else by taking advantage of a treaty of commerce or of an alteration in customs duties; but they are also exposed to the danger of ruin or extinction if circumstances change. Where this is the case, no vested rights are violated by the State.*²⁰⁶

171. En el contexto específico del TLCAN, el reciente laudo del caso *Waste Management* reitera la idea que el inversionista asume los riesgos comerciales asociados con su negocio:

...no es función del derecho internacional en materia de expropiación, tal como se refleja en el artículo 1110, eliminar los riesgos comerciales normales que asume un inversionista extranjero, o trasladarle a México el peso de indemnizar por el fracaso de un plan de negocios que, dadas las circunstancias, se fundaba en una base de clientes demasiado acotada y que dependía para su éxito de hipótesis insostenibles....²⁰⁷

172. En las jurisdicciones que reconocen la posibilidad de expropiaciones indirectas, el análisis de las expectativas razonables del inversionista constituye también un elemento inherente del derecho. En el contexto de acciones regulatorias, el derecho estadounidense, por ejemplo, contempla el concepto de “*reasonable investment backed expectations*”; sin embargo, no se aplica de la forma en que la demandante expone. Conforme a la Constitución Estadounidense, si una nueva ley o reglamento impone una restricción a una inversión preexistente, no se considera que puede haber una expropiación si la restricción potencialmente podía adoptarse, ya que en esas circunstancias, el inversionista no podía haber tenido la expectativa razonable de que no fuera a acontecer²⁰⁸.

206. *Oscar Chinn Case (U.K. v. Belgium)*, 1934 P.C.I.J. ser. A/B, No. 63, p. 88.

207. Laudo del 30 de abril de 2004, ¶ 177. Aunque las decisiones del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos no son siempre pertinentes a la interpretación del TLCAN (dada el distinto ámbito jurisdiccional), resulta ilustrativo observar que el Tribunal de Reclamaciones haya determinado que los extranjeros asumen el riesgo de disturbios civiles y otros peligros al invertir o residir en un país extranjero. Véase *Starrett Housing Corp. et al. v. Iran*, 4 Iran-U.S. C.T.R. 122, 156 (1983):

[I]nvestors in Iran, like investors in all other countries, have to assume a risk that the country might experience strikes, lock-outs, disturbances, changes of the economic and political system and even revolution. That any of these risks materialized does not necessarily mean that property rights affected by such events can be deemed to have been taken.

(México no coincide con las otras decisiones en el caso *Starrett Housing*.) Sería absurdo que un extranjero no hubiere considerado asumir riesgos comerciales mucho menores al invertir en una empresa.

208. Véase e.g., *Ruckelshaus v. Monsanto Co.*, 467 U.S. 986, 1005 (1984) en el cual la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos resolvió:

A “reasonable investment-backed expectation” must be more than a “unilateral expectation or an abstract need.” [se omiten citas]. We find that with respect to any health, safety, and environmental data that Monsanto submitted to EPA after the effective date of the 1978 FIFRA amendments ... Monsanto could not have had a reasonable, investment-backed expectation that EPA would keep the data confidential beyond the limits prescribed in the amended statute itself. Monsanto was on notice of the manner in which EPA was authorized to use and disclose any data turned over to it by an applicant for registration.

Véase también *Concrete Pipe & Prods. v. Construction Laborers Pension Trust*, 508 U.S. 602, 645 (1993):

La nota continúa en la página siguiente...

173. En este caso no existe una nueva ley. Thunderbird actuó con pleno conocimiento de que la SEGOB consideraba ilegales el tipo de máquinas en cuestión. Thunderbird también sabía que las máquinas enviadas a México se consideraban máquinas de apuesta en Estados Unidos. Según ya se expresó, el negocio no inició sobre la base de una expectativa razonable de que EDM podría operar sin restricciones, sino con base en un riesgo calculado de que la SEGOB tomaría acciones para impedir la operación de actividades que consideraba ilegales y que ello daría lugar a litigios. El riesgo obviamente incluía también la posibilidad de que los tribunales convalidaran la actuación de la autoridad²⁰⁹.

174. En las circunstancias de este caso, no puede establecerse que EDM tenía un derecho a operar este tipo de máquinas que pudiera ser expropiado. El Tribunal no puede concluir que, conforme al artículo 1139, ya sea EDM o Thunderbird tenían un derecho de propiedad relativo a la operación de los establecimientos protegido por el artículo 1110 del TLCAN²¹⁰.

Artículo 1105

175. Para poder analizar si las acciones del gobierno de México son violatorias del nivel mínimo de trato que prescribe el derecho internacional consuetudinario, se requiere examinar objetivamente no sólo las medidas específicas que se reclaman —la audiencia administrativa del 10 de julio de 2001 y la resolución administrativa del 10 de octubre del mismo año— sino el contexto más amplio del procedimiento administrativo en el que se insertan. El gobierno de México, considera que la demandante no ha podido identificar una medida que pudiese ser violatoria del artículo 1105.

176. Los argumentos de la demandante esencialmente giran en torno de (i) la confianza que, para su detrimento, puso en el oficio de la SEGOB del 15 de agosto de 2000, y (ii) una

...la nota continúa de la página anterior

At the time Concrete Pipe purchased Cen-Vi-Ro and began its contributions to the Plan, pension plans had long been subject to federal regulation, and "those who do business in the regulated field cannot object if the legislative scheme is buttressed by subsequent amendments to achieve the legislative end". [se omiten citas]

La Suprema Corte de Estados Unidos también ha resuelto que es particularmente difícil demostrar que se tenían expectativas razonables cuando la propiedad no es un bien inmueble:

In the case of personal property, by reason of the State's traditionally high degree of control over commercial dealings, [the investor] ought to be aware of the possibility that new regulation might even render his property economically worthless (at least if the property's only economically productive use is sale or manufacture for sale).

Lucas v. South Carolina Coastal Council, 505 U.S. 1003, 1027-28 (1992).

209. El acuerdo entre Thunderbird y los Sres. Aspe y Arroyo sugiere que Thunderbird también creía que tenían la suficiente influencia para evitar que se aplicara la ley contra de EDM. Sin embargo, no existe prueba alguna de que los Sres. Aspe y Arroyo tuvieran esa influencia. Todo lo contrario: los señores Aspe y Arroyo eran los abogados del Sr. Guardia en el litigio contra la SEGOB motivado porque ésta aplicó la ley de la misma forma que después lo haría en el caso de EDM (y todos los demás). El gobierno de México no puede ser responsable por las garantías o seguridades que los Sres. Aspe y Arroyo hayan brindado a la demandante.

210. Puesto que la operación de casinos es una industria altamente regulada en el mundo, aun un inversionista que tenga un permiso formalmente otorgado debe considerar los riesgos de que las políticas gubernamentales sobre el juego cambien. Sin embargo, este aspecto es totalmente irrelevante porque EDM nunca solicitó ni obtuvo una licencia o autorización que le permitiera operar este tipo de establecimientos en México.

denegación de justicia administrativa, con base en el desarrollo de la audiencia administrativa y, en menor término, la resolución administrativa.

177. La demandada ya abordó el primero punto con detalle. Sólo basta reiterar que el oficio del 15 de agosto no podía haber creado una expectativa razonable de que EDM podría operar irrestrictamente, sino que la demandante y EDM procedieron sobre la base de un riesgo calculado de que la autoridad actuaría precisamente como lo hizo con las consecuencias que tuvo. Si, como la demandada ha sostenido, el abogado de Thunderbird llegó a la misma conclusión que la SEGOB, a partir de la misma información, no puede establecerse que la conducta de la autoridad mexicana se eleva a un nivel que viola el artículo 1105.

178. En cuanto a la audiencia administrativa, la demandante argumenta que es una denegación de justicia administrativa, pero ignora que ésta sólo es un acto que forma parte de un proceso. La demandante pretende que se considere la audiencia administrativa aisladamente, ni siquiera en el contexto de la “decisión particular” que resolvió el procedimiento. Este es un claro intento por desviar la atención sobre la resolución de fondo a la que, como resultado del procedimiento, arribó la SEGOB y que corrobora que, en efecto, no tenía una expectativa razonable sustentada en la ley o el oficio del 15 de agosto de 2000. Por ejemplo, el intento por hacer pasar el dictamen de Netcomm como un “dictamen pericial de la Procuraduría General de la República”, siendo que Thunderbird tuvo acceso a un borrador y modificó secciones importantes del mismo, o la representación claramente errónea de las leyes de Estados Unidos, pone de manifiesto que no tenía tales expectativas.

179. La resolución administrativa no es distinta. El argumento de la demandante se centra básicamente en que todas las pruebas presentadas fueron desechadas y que el Sr. Guadalupe Vargas tenía una decisión preconcebida. Ello es incorrecto. En el acta de la audiencia administrativa consta que todas las pruebas fueron admitidas con excepción de dos, que no obstante fueron admitidas subsecuentemente con base en los alegatos hechos por el Lic. Ruiz de Velasco en la propia audiencia, según consta en la resolución administrativa²¹¹. El Lic. Ruiz de Velasco confirmó que, en efecto, todas las pruebas fueron admitidas. Sin embargo, tras un análisis minucioso de cada una, la SEGOB determinó que no tenían valor probatorio pleno (e.g. las copias simples presentadas) o carecían de él por completo (e.g. el dictamen de Netcomm) y en todo caso en su conjunto no fueron suficientes para establecer que en las máquinas no intervenía el azar ni la apuesta y que, por lo tanto, quedaban fuera del ámbito de competencia de la SEGOB. La SEGOB concluyó precisamente lo contrario.

180. Ninguna empresa que se dedique a la fabricación, venta u operación de máquinas tragamonedas (*video gaming terminals*) como las utilizadas por EDM, podría razonablemente haber esperado que la SEGOB no tomaría acción legal en su contra, sobretodo cuando ya había realizado este tipo de acción en contra de inversionistas mexicanos antes de que EDM iniciara operaciones.

211. Anexo R- y R-093.

Artículo 1102

181. Aun cuando la demandante utiliza el argumento de “expectativas legítimas” (*legitimate expectations*) no es claro cómo este término es aplicable al análisis de una supuesta violación al artículo 1102. De cualquier forma, las pruebas demuestran que la SEGOB ha sostenido la misma posición respecto de la operación de este tipo de máquinas y que ha aplicado la ley en la misma forma a todos los operadores de que ha tenido conocimiento.

7.2 *What are the standards for a legitimate expectation in that respect?*

182. Este punto se comenta en la respuesta a la pregunta 7.1.

7.3 *What is the meaning and legal status of the SEGOB letter of 15 August 2000, and what is the relevance thereof?*

183. La demandada se refiere con detalle al oficio del 15 de agosto con detalle a lo largo de este escrito y no repetirá sus argumentos aquí. Véase en particular los párrafos 12 al 16 y los apartados II.C, II.D y II.H de este escrito.

7.4 *Did EDM fail to disclose relevant facts, in particular in its solicitud of 3 August 2000, as it is alleged by Respondent, and if so, what is the relevance thereof?*

184. Sí. La demandada también aborda esta cuestión con detalle a lo largo de este escrito. Véase en particular los párrafos 12 a 15 y el apartado II.B de este escrito.

185. Basta añadir simplemente que al haber omitido EDM información fundamental sobre los juegos y la operación de las máquinas asumió el riesgo que le fue advertido expresamente por la SEGOB: si las máquinas no operaban en la forma y términos expresados en la solicitud, la SEGOB tenía competencia para su prohibición y podría incurrir en una de las hipótesis normativas de la Ley, con las consecuencias jurídicas que pudieran derivar. Éste fue precisamente el curso de acción que tomó la SEGOB.

7.5 *What are the consequences of the answers to the foregoing Issues 7.1 - 7.4?*

186. La demandada aborda las consecuencias de las respuestas a las preguntas 7.1-7.4 en el contexto de cada una de éstas. Pueden sintetizarse señalando simplemente que no existió una expectativa razonable de que EDM operaría sin restricciones, sino que se asumió un riesgo calculado, previsible, advertido por la SEGOB y los abogados de la demandante, el cual se actualizó.

D. *Merits – Articles 1102, 1105 and 1110 NAFTA*

8. *Did Respondent breach the “National Treatment” standard under Article 1102 NAFTA?*

187. No. El gobierno de México reitera que ha otorgado un trato de conformidad con el artículo 1102.

8.1 Which of the following tests as postulated by the disputing parties is the test to be applied under Article 1102 NAFTA? Specifically:

- (a) As it is contended by Claimant, is the Tribunal to apply a three-part test, being:**
 - (i) identification of the relevant subjects of the national treatment comparison (the basis being the likeness of comparators);**
 - (ii) consideration of the relative treatment received by each comparator (the basis being the best level of treatment available to any other domestic investor operating in like circumstances); and**
 - (iii) consideration whether factors exist which could justify any difference in treatment so found (to be construed narrowly and the burden of proof shifting to Respondent)?**
- (b) Or, as it is contended by Respondent, is the Tribunal to apply Article 1102 in the sense that it is directed only to nationality-based discrimination and proscribes only demonstrable and significant indications of bias and prejudice on the basis on nationality, which are to be proven by Claimant, “the like circumstances” of Article 1102 requiring an adequate comparison on the basis of the facts, thereby taking into account, in particular, compliance with local law relating to illegal conduct?**

188. El examen propuesto por la demandante ignora el lenguaje claro del artículo 1102 y se contrapone a la interpretación que de este artículo han hecho las tres Partes del TLCAN, tanto en este caso como en otros. El gobierno de México coincide con el gobierno de Canadá al señalar que la demandante debe demostrar que ha sido objeto de una discriminación en razón de su nacionalidad²¹², así como las conclusiones de otros Tribunales del TLCAN al respecto.

189. El Tribunal en el caso *Loewen* concluyó que la finalidad de la obligación de trato nacional es exclusivamente prohibir un trato discriminatorio en razón de la nacionalidad del inversionista²¹³. La demandante ha basado gran parte de su argumento en el razonamiento laudo del caso *Pope & Talbot*. Sin embargo, según se comentó detalladamente en los párrafos 116 a 122 del Escrito de Dúplica, un análisis cuidadoso de esta decisión demuestra que la preocupación del Tribunal es que pudiera eludirse la obligación de otorgar trato nacional a través de un trato aparentemente neutral. Sin embargo, al aplicar el estándar al caso concreto, el Tribunal buscó si había habido discriminación por motivos de la nacionalidad extranjera del inversionista. El tribunal en el caso *Feldman* también expresó la misma preocupación: que escapara al alcance del artículo 1102 un trato en apariencia neutral, pero cuyo efecto fuese una denegación del

212. Escrito presentado por el gobierno de Canadá de conformidad con el artículo 1128 del TLCAN, ¶ 6.

213. *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, laudo final, ¶ 139.

mismo trato por razones de nacionalidad, en circunstancias similares. El tribunal acertadamente reconoció que un Estado puede establecer distinciones entre clases de inversionistas (“[e]l concepto de discriminación ha sido definido de tal manera que implica diferencias no razonables entre inversionistas extranjeros y locales en circunstancias similares”²¹⁴) y que ello no es ilícito. El laudo demuestra que entendió plenamente que el artículo 1102 requiere investigar la motivación o la intención de establecer distinciones en razón de la nacionalidad. Al igual que el tribunal en *Pope & Talbot*, al aplicar el examen de trato nacional analizó la existencia de un trato discriminatorio en razón de la nacionalidad del inversionista²¹⁵. En análisis, los casos citados concuerdan con la posición expresada por las tres Partes del TLCAN.

190. El argumento de la demandante sobre el examen del artículo 1102 no se sostiene por las siguientes razones:

- Primero, el método propuesto por la demandante para identificar a los “sujetos en circunstancias similares” se basa únicamente en determinar si los sujetos son competidores entre sí. Las tres Partes del TLCAN coinciden en que no basta determinar si los sujetos que se comparan son competidores para establecer que existen “circunstancias similares”²¹⁶.
- Segundo, el argumento de la demandante sobre el examen del “mejor nivel de trato” (“*best level of treatment*”) no tiene fundamento alguno en el texto del artículo 1102(2). La demandante cita el razonamiento del laudo en el caso *Pope & Talbot*, en el cual el Tribunal aplicó erróneamente el artículo 1102(3) (el párrafo que se refiere al estándar de trato que debe aplicarse al interior de un estado o provincia, por oposición al que otorguen otros)²¹⁷. La legislación mexicana en materia de juegos es federal.
- Tercero, la demandante erróneamente intenta transformar el requisito de “circunstancias similares” en una “excepción” que debe ser probada por la demandada. Según lo señala Canadá en su escrito conforme al artículo 1128, no existe fundamento alguno para revertir la carga de la prueba como lo pretende la

214. Laudo de fecha 16 de diciembre de 2002, ¶170.

215. Íd., ¶¶ 174, 175, y 180.

216. Véase, por ejemplo, los escritos 1128 presentados por las Partes en el caso *Pope & Talbot*. El Segundo Escrito de Estados Unidos de fecha 25 de mayo de 2000, p. 2, señala: “*The phrase “in like circumstances” ensures that comparisons are made with respect to investors and investments on the basis of characteristics that are relevant for purposes of the comparison.... The relevant inquiry is not limited to whether investors or investments produce the same product: merely because investors or investments produce the same products does not mean they are “in like circumstances”.*” Escrito de Contestación a la Demanda del Gobierno de Canadá del 29 de marzo de 2000, p. 49: “*The Investor tries to borrow from WTO and GATT jurisprudence to argue that the “in like circumstances” test is fully satisfied if the investors or investments are producing like products or services. There is no basis in the text for such an interpretation....[T]he term “circumstances” has to be determined in the light of the surrounding situation.*” Escrito Adicional del Gobierno de México del 25 de mayo de 2000, p. 8: “*[T]he “like circumstances” determination requires an assessment of all relevant factors to determine whether investors or their investments are truly comparable. It is not enough to simply focus on the fact that a group of producers serve a particular market. This does not suffice to determine likeness”.*”

217. Pese a esa interpretación errónea, el Tribunal sólo buscó si hubo discriminación por motivos de nacionalidad.

demandante²¹⁸. Corresponde a la demandante el probar que existen empresas que se encontraban en circunstancias similares a EDM y que recibieron trato más favorable.

8.2 *On the basis of the test to be applied, did Respondent actually breach Article 1102? Specifically, and to the extent relevant under the test to be applied:*

- (a) *Does the fact that Guardia and de la Torre are allegedly operating machines essentially identical to the machines operated by the closed EDM Companies mean that Respondent has not accorded to the EDM Companies treatment no less favourable than that it accords, in the like circumstances, to its own investors under Article 1102?***

191. No. La SEGOB ha aplicado la ley de la misma manera en todos los casos, sin excepción, incluidos los de los señores Guardia y de la Torre. El hecho de que hayan obtenido una suspensión judicial temporal mientras los juicios instaurados concluyen: (i) no implica discriminación alguna por parte de la autoridad administrativa, que está obligada a respetar los mandatos judiciales y sería contrario al orden público mexicano e internacional que el Tribunal otorgara una indemnización dada esta situación; (ii) los coloca en circunstancias distintas a las de EDM por el simple hecho de que operan al amparo de una suspensión judicial²¹⁹; (iii) no existe prueba alguna, ni siquiera indicios, de que los tribunales que resolvieron los casos de las sociedades EDM les hayan negado la suspensión del acto reclamado por razón de la nacionalidad de Thunderbird²²⁰ y, de hecho, en la mayoría de los casos, que comprenden también establecimientos de los mismos señores Guardia y de la Torre, los tribunales han negado la suspensión del acto²²¹; y (iv) Thunderbird no ha sometido una reclamación a arbitraje por actos de los tribunales mexicanos y México no ha otorgado, ni otorga su consentimiento al respecto.

- (b) *Are other “skill game” operators that have resorted to local remedies and that have obtained injunctive relief pending a final disposition of the legality of Gobernacion’s closure order against them ‘in like circumstances’ to the EDM companies, as contended by Claimant?***

192. La demandada ya abordó esta cuestión. La respuesta simple es no.

218. Escrito del Gobierno de Canadá, ¶ 19.

219. Cf. el laudo del [fecha] en el caso *Loewen*, ¶ 140:

Claimants submit that the treatment accorded O’Keefe is an appropriate comparator, that Loewen and O’Keefe were “in like circumstances” because they were litigants in the same case. But their circumstances as litigants were very different and it is not possible to apply Article 1102(3) by reference to the treatment accorded to O’Keefe.

220. Transcripción pp. 650:19-651:7 de la versión en inglés.

221. Por ejemplo, el Lic. Alcántara declaró en relación con el establecimiento del Sr. Guardia en Ciudad Juárez, Chihuahua “No, ahora está cerrado. Ha estado cerrado tiempo atrás. Desde que se practicó la clausura el año pasado...”. Transcripción p. 75 de la versión en español del día 28 de abril de 2004.. También señaló en relación al establecimiento Bella Vista Centro de Entretenimiento que los propietarios se habían desistido del amparo promovido en contra de la SEGOB “la clausura quedó firme y el local, por lo tanto, cerrado”. Transcripción p. 79 de la versión en español del día 28 de abril de 2004.

(c) ***Did SEGOB take action against facilities of the kind of the EDM Companies, including those owned by Guardia and de la Torre, as it is alleged by Respondent, and if so, what is the relevance thereof?***

193. Sí. El gobierno de México también abordó ya esta cuestión. Reitera que la SEGOB ha clausurado todo establecimiento en el que operen máquinas iguales o similares a las de EDM del que ha tenido conocimiento, incluidos los de los señores Guardia y de la Torre. La SEGOB no ha hecho distinciones entre operadores por motivos de su nacionalidad o la de sus socios ni por cualquier otra razón.

194. Es importante destacar que los testigos de la demandante que afirmaron tener conocimiento del trato que México otorga a otros operadores de juegos de habilidad y destreza ignoraban hechos clave. En particular, los Sres. Montaña y Gómez reconocieron que no sabían que los establecimientos del Sr. Guardia permanecían abiertos debido a que habían obtenido una suspensión en los juicios de amparo promovidos²²².

(d) ***What is the relevance, if any, of the fact that EDM abandoned judicial redress in Mexico against the closure of its facilities?***

195. México ya abordó esta cuestión al responder a la pregunta 8.2(a).

9. ***Did Respondent breach the “Minimum Standard of Treatment” under Article 1105 NAFTA?***

196. No. El gobierno de México reitera que no ha violado el artículo 1105. Las acciones de la SEGOB no solo cumplen, sino incluso rebasan los requisitos mínimos del estándar internacional de nivel mínimo de trato. México ya abordó esta cuestión con detalle.

9.1 ***What does the “Minimum Standard of Treatment” under Article 1105 NAFTA mean and how is it to be applied by a NAFTA arbitral tribunal?***

197. En sus escritos y argumentos orales el gobierno de México ha abordado con detalle el significado y contenido del nivel mínimo de trato establecido en el artículo 1105²²³. Durante la audiencia, el Sr. Weiler reconoció que una violación al nivel mínimo de trato requiere que se trate de una acción que cause conmoción (“*shocking*”) de modo que ofenda la propiedad judicial del resultado²²⁴. El Tribunal en el caso *Waste Management* emitió su laudo el día siguiente de que concluyó la audiencia en el presente caso²²⁵. En opinión de la demandada, constituye una decisión particularmente importante, puesto que el Tribunal estuvo presidido por el Profesor James Crawford, un experto reconocido internacionalmente en materia de la responsabilidad del

222. Transcripción, pp. 153:4-10 y 823:16-20 de la versión en inglés y pp. 61:15-19 de la versión en español del 26 de abril de 2004 y 58:1-4 de la versión en español del 28 de abril de 2004.

223. Véase el Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 214-238 y el Escrito de Dúplica, ¶¶ 148-150.

224. Transcripción, pp. 1080:10-1081:13 de la versión en inglés.

225. El Tribunal estuvo constituido por el Profesor James Crawford (Presidente), el Sr. Benjamin R. Civiletti y el Lic. Eduardo Magallón Gómez.

Estado y Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional cuando ésta aprobó los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos. El Laudo hace un repaso de las principales decisiones en el marco del TLCAN que han abordado el artículo 1105.

198. El razonamiento del Tribunal en *Waste Management* es pertinente a la consideración de los hechos de este caso. Al considerar las dificultades que la inversora enfrentó para operar una concesión para la recolección y disposición de basura en un municipio del país, incluida la oposición de los residentes al pago de lo que anteriormente era un servicio gratuito, y el impacto en los planes financieros del municipio y su capacidad para cumplir sus compromisos contractuales derivados de la severa crisis económica por la que atravesó México, el tribunal expresó su acuerdo con otros tribunales establecidos conforme al TLCAN en el sentido de que el artículo 1105 no es una póliza de seguros contra malas decisiones de negocios²²⁶.

199. Conforme al criterio establecido del Tribunal de *Waste Management*, ninguno de los actos de las autoridades mexicanas en este caso puede considerarse una conducta “arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática [*sic.*], y discriminatoria” en el sentido de que la demandante ha sido “objeto de prejuicios raciales o regionales”, ni puede considerarse que “involucra una ausencia del debido proceso que [ha] lleva[do] a un resultado que ofende la discrecionalidad [*sic.*, propiedad] judicial”, por ejemplo, que ha ocurrido “un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo”²²⁷.

200. Al aplicar estos principios a los argumentos de la demandante de violación al artículo 1105, el Tribunal concluyó que: (i) las pruebas no respaldaban la conclusión de que la autoridad mexicana “actuó de un modo totalmente arbitrario o de un modo notoriamente injusto”²²⁸ (énfasis propio); (ii) tomando en cuenta que un tribunal TLCAN no es una corte de apelación ni el capítulo XI “una forma novedosa de amparo”, si bien algunas de las decisiones de tribunales podrían haber estado fundadas en razones “bastante técnicas”, el tribunal no advirtió: “en las decisiones de los tribunales federales una denegación de justicia en el sentido en que ese concepto se ha explicado en decisiones de tribunales constituidos conforme al TLCAN, sobre todo en los casos *Azinian*, *Mondev*, *ADF* y *Loewen*. Las decisiones del Tribunal mexicano no fueron, ni *ex facie* ni en un examen más cercano, evidentemente arbitrarias, injustas o idiosincráticas [*sic.*]. No hay indicios de discriminación basada en la propiedad extranjera de Acaverde y no hay evidencias de falta de debido proceso. Las sentencias estuvieron motivadas y se pronunciaron sin demora.”²²⁹ (énfasis propio).

226. *Waste Management*, laudo del 30 de abril de 2004, ¶ 114. Véase también el laudo en el caso *Azinian*, ¶ 83: “Es una circunstancia ordinaria de la vida en todo lugar que las personas puedan decepcionarse en sus tratos con las autoridades públicas, y que esta decepción se repita cuando los tribunales nacionales rechazan sus reclamaciones... El TLCAN no tiene por objeto proporcionar a los inversionistas extranjeros una protección irrestricta frente a este tipo de engaños, y ninguna de sus disposiciones permite entenderlo de otro modo”.

227. *Id.*, ¶ 98.

228. *Id.*, ¶ 115.

229. *Id.* 129.

201. El Tribunal en el caso *Waste Management* empleó con rigor el criterio de revisión del artículo 1105. El criterio sustentado por dicho Tribunal coincide con la decisión del Tribunal en el caso *Genin* en el que se subraya que el nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional es, en efecto, un nivel mínimo (con énfasis en el original) y que los actos que lo infringen “*would include acts showing a wilful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith*”²³⁰.

202. El laudo del caso *Waste Management* también destaca que la disponibilidad de recursos internos es pertinente al análisis de si se vulneró el artículo 1105²³¹. EDM no sólo tuvo recursos disponibles, sino que los accionó y posteriormente se desistió de éstos voluntariamente. La SEGOB se sometió a la jurisdicción de los tribunales mexicanos para defender la validez de sus actos y acató sus resoluciones, aun si éstas le fueron adversas (e.g. las órdenes de suspensión del acto reclamado)²³².

203. Al aplicar el criterio del Tribunal del caso *Waste Management* a los hechos de este caso, se arriba a la misma conclusión: la resolución administrativa de la SEGOB no es ni *ex facie* ni en un examen más cercano, evidentemente arbitrario, injusto, o idiosincrásico; no hay indicios de discriminación basada en la participación de la inversión extranjera en EDM; y no hay evidencia de falta de debido proceso. Además, el procedimiento administrativo estuvo sujeto al control judicial y los actos de la SEGOB quedaron convalidados por los tribunales mexicanos.

9.2 *Subject to the answer to Issue 7 and 9.1 above, was there a detrimental reliance by Claimant on SEGOB’s letter of 15 August 2000, also in light of Claimant’s solicitud of 3 August 2000, and if so, did it constitute a breach of Article 1105 NAFTA?*

204. No. El gobierno de México ya abordó esta cuestión con detalle en respuesta a la pregunta 7.1 del Tribunal. Véase también el apartado II.H de este escrito.

230. *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v The Republic of Estonia*, Caso CIADI. No. ARB/99/2, ¶ 367.

231. Al referirse a los recursos internos disponibles el tribunal concluyó: “La importancia de la existencia de un recurso, acordado entre las partes, para los casos de violación del Título de Concesión es relevante. Es cierto que, en un sentido general, el agotamiento de los recursos internos es un prerequisite procesal para presentar una reclamación internacional, requisito que es dispensado en el Capítulo XI del TLCAN. Sin embargo la disponibilidad de recursos internos para un inversionista que se enfrenta a violaciones contractuales es, no obstante, pertinente para responder a la pregunta sobre si el Estado ha cumplido o no con el estándar del Artículo 1105(1). Si así no fuese, el Capítulo XI se convertiría en un mecanismo de igual recurso para cobranza de deudas y fines análogos relacionados con todos los contratos públicos (incluidos los municipales), lo cual no parece corresponder a su propósito”. Laudo, ¶ 116.

232. El laudo en *Waste Management*, al mencionar los juicios de amparo promovidos en contra del Ayuntamiento por los residentes y diversos grupos insatisfechos con la concesión, señala: “El Ayuntamiento se defendió frente a dichos juicios, no siempre con éxito; por ejemplo, vehículos confiscados que pertenecían a varios recolectores “piratas” tuvieron que ser devueltos. Al menos algunos de los casos de incumplimiento del Título de Concesión que plantea la Demandante fueron el resultado de estos casos y de sentencias interlocutorias o definitivas dictadas en contra del Ayuntamiento”, ¶ 111. A la misma conclusión llegó el tribunal en el reciente laudo del caso *Generation Ukraine v. Ukraine* (véase la respuesta a la pregunta 10.2 del Tribunal).

9.3 *Subject to the answer to Issue 9.1 above, was there a failure to provide due process, constituting an administrative denial of justice, in the proceedings relating to the ruling of 10 October 2001, and if so, did it constitute a breach of Article 1105 NAFTA?*

205. Las pruebas demuestran que la audiencia administrativa se condujo conforme al todos los requisitos que el estándar mínimo de trato conforme al derecho intencional consuetudinario prescribe (véase el apartado II.E de este escrito). El gobierno de México reitera sus argumentos²³³.

206. Sin perjuicio de ello, la demandada observa nuevamente que la demandante pretende que el Tribunal considere la audiencia administrativa en forma aislada, e ignora que es parte de un proceso. En el caso *Waste Management*, refiriéndose a la decisión del Tribunal en el caso *Loewen* señaló:

...cuando se plantea el nivel mínimo de trato propio del derecho internacional en un caso en particular en relación con una reclamación de acción judicial —es decir, denegación de justicia— lo que importa es el sistema de justicia y no una decisión particular tomada durante el transcurso de los procedimientos. El sistema debe ser puesto a prueba y fracasar y así, en este contexto, la noción de agotamiento de los recursos internos se incorpora a la norma de fondo y no es sólo un prerequisite procesal para una reclamación internacional. Por esta razón, si bien el tribunal del caso *Loewen* determinó que el juicio en primera instancia y su sentencia fueron “claramente inadecuados y desacreditables” y violatorios del nivel mínimo de trato justo y equitativo, aun así eso no desestimaba el caso.²³⁴

[Énfasis propio. Se omiten notas]

Si esto es cierto en el contexto de los procesos judiciales, con mayor razón lo es en el de los procesos administrativos que se encuentran sujetos al control judicial.

207. La demandante no ha logrado demostrar que la conducción de la audiencia fue “claramente inadecuada o desacreditable”. Ni siquiera ha argumentado que la conducta supuestamente indebida que reclama hubiese trascendido al resultado, es decir, en la resolución administrativa. Por ejemplo, ha hecho mucho énfasis en que el Sr. Guadalupe Vargas supuestamente revisó los materiales sólo por unos segundos, los aventó al escritorio y expresó que no era más que una tesis que no significaba nada²³⁵. Sin embargo, aun suponiendo que esto fuese cierto (lo cual no se concede) la resolución administrativa hace un extenso y detallado análisis de cada una de las pruebas presentadas (las que el Sr. Guadalupe Vargas supuestamente aventó al escritorio), las valora en lo individual y contiene una decisión razonada y fundada. De tal forma, es obvio que, aun si esa fue la actitud del Sr. Vargas, no trascendió a la resolución. Además, debe considerarse que ninguno de los abogados de EDM que estaba presentes ni cualquier otro de los asistentes hicieron señalamiento alguno al respecto en la audiencia ni

233. Véase los párrafos 229 a 238 del Escrito de Contestación a la Demanda y 26-30, y 135-147 del Escrito de Dúplica.

234. Laudo del 30 de abril de 2004, ¶ 97.

235. Escrito de Demanda, p. 25.

posteriormente y que los juicios promovidos subsecuentemente omiten toda referencia al desarrollo de la audiencia, más allá de reconocer que se celebró en la fecha indicada. En estas circunstancias, no puede establecerse que hubo una denegación de justicia, incluso si los hechos acontecieron como la demandante sostiene.

9.4 *Subject to the answer to Issue 9.1 above, was there manifest arbitrariness in administration, constituting proof of an abuse of right, in the proceedings before SEGOB, and if so, did it constitute a breach of Article 1105 NAFTA?*

208. No. Como se señala en la respuesta a la pregunta 9.1 y en los párrafos 229 a 238 del Escrito de Contestación a la Demanda, y párrafos 26-30 y 135-147 del Escrito de Dúplica, la demandada no ha demostrado que el procedimiento administrativo seguido por la SEGOB haya infringido cualquier estándar jurídico. El gobierno de México reitera, además, que EDM no hizo observación alguna cuando presentó sus alegatos en la audiencia (no obstante que había cuatro abogados presentes), ni posteriormente, ya sea para impugnar el acto en sí mismo, o cuando interpuso los juicios de amparo y el juicio de nulidad ante los tribunales mexicanos.

10. *Did Respondent engage in an expropriation in violation of Article 1110 NAFTA?*

209. No. La demandada reitera que la reclamación de expropiación no procede de fondo.

10.1 *Does the fact that Claimant did not submit to arbitration a claim on its own behalf under Article 1116 NAFTA, but rather on behalf of the EDM Companies under Article 1117 NAFTA, preclude it from obtaining compensation under Article 1110?*

210. En los párrafos 162-169 de su Escrito de Dúplica, México explica con detalle que el artículo 1110 reconoce el derecho de las Partes del TLCAN a expropiar “una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio”, pero lo sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos. Se trata de una obligación relativa a un “inversionista de otra Parte”, no respecto de la inversión misma. Esta obligación es distinta a la contenida en los artículos 1102 y 1103, que prohíben la discriminación tanto respecto de inversiones como de inversionistas.

211. El artículo 1110 no establece obligación alguna respecto la inversión de un inversionista que no es “un inversionista de otra Parte”. Las sociedades EDM obviamente no son inversionistas de “otra Parte”. En caso que el Tribunal resolviera que hubo una expropiación indirecta de la inversión de Thunderbird en EDM, cualquier evaluación de daños deberá limitarse exclusivamente a la supuesta inversión de Thunderbird en EDM. Sin embargo, Thunderbird no ha presentado una reclamación conforme al artículo 1116, por lo que el Tribunal carece de competencia para considerarla.

212. Thunderbird presentó una reclamación conforme al artículo 1117 en representación de EDM, cuando podía haber presentado su reclamación también conforme al artículo 1116. Cualquiera que sea la razón, eligió no hacerlo.

(a) *In this connection, should, as it is requested by Claimant at pages 69-70 of its SoR, leave be granted to Claimant to amend its PSoC to include, in the further alternative, a claim for 100% of the damages*

caused to the businesses of each EDM Company as a result of Respondent's alleged breach of Article 1110, using Article 1116 NAFTA?

213. No. En primer término, el gobierno de México reitera que el Tribunal no puede reconsiderar una reclamación presentada conforme al artículo 1117 como una reclamación conforme al artículo 1116. Segundo, la reclamación conforme al artículo 1116 se limita a la inversión del inversionista de otra Parte y, si bien el artículo 1139 contempla una “empresa” como una inversión, en este caso la inversión de Thunderbird no fue una empresa, sino una participación en una empresa. El Tribunal no puede confundir esos tipos distintos de inversión. Tercero, es inaceptable que la demandante pretenda corregir su reclamación en el Escrito de Réplica. El gobierno de México ha objetado la competencia del Tribunal al respecto.

214. Si, no obstante, en esta etapa del procedimiento el Tribunal decidiera aceptar la reclamación de la demandante conforme al artículo 1116, sin perjuicio de cualesquier derechos que le asistan, el gobierno de México reitera que cualquier compensación que pudiera ser otorgada con base en el artículo 1110 debe limitarse estrictamente a la participación que Thunderbird tiene en las sociedades EDM.

(b) *Does a breach of Article 1110 of NAFTA also constitute a breach of Article 1105 NAFTA, as it is contended by Claimant?*

(i) *In this connection, what is the relevance, if any, of Section B.3 of the Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions by the NAFTA Free Trade Commission of 31 July 2001 (“A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1)”)?*

215. El gobierno de México reitera que conforme a la nota de la Comisión de Libre Comercio del 31 de julio de 2001, el que se haya establecido una violación al artículo 1110 o a cualquier otro, no establece por sí mismo una violación al artículo 1105²³⁶.

(c) *Does Article 1110 NAFTA impose an obligation of Respondent vis-à-vis the EDM Companies?*

216. No. El artículo 1110 establece ciertas condiciones que una Parte debe cumplir si expropia la inversión de un inversionista de otra Parte. Según ya se dijo, la inversión de Thunderbird es, en todo caso, una participación en una empresa, no es una empresa.

217. Conforme a las reglas aplicables del derecho internacional consuetudinario, y el texto y estructura del capítulo XI, el Estado no asume obligaciones en esta materia respecto de sus

236. Véanse el Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 216-217 y 233 (en particular la nota al pie de página 190) y el Escrito de Dúplica, ¶ 162.

propios nacionales. El párrafo 6 del escrito que Estados Unidos presentó conforme al artículo 1128 señala: “*it is well established under customary international law that an international claim may not be asserted against a State on behalf of the State’s own nationals*”. El artículo 1117 establece una excepción a esta regla general del derecho internacional: Si el inversionista de una Parte del TLCAN es propietario de, o ejerce el control sobre, una empresa de otra Parte que sea una persona moral, puede presentar una reclamación conforme al TLCAN en representación de tal empresa. En ese caso, el artículo 1135(2) dispone que el tribunal arbitral deberá ordenar que los daños o la restitución, según sea el caso, se hagan a la empresa (puesto que el daño es a la empresa, no al inversionista que presentó la reclamación), sin perjuicio de los derechos que terceros pudieran tener sobre ese pago²³⁷.

218. El gobierno de México entiende que el argumento de la demandante es que las sociedades EDM efectivamente fueron expropiadas. Véase por ejemplo, el Escrito de Demanda, pp. 1 (“*The United Mexican States ... forcibly seized the investment enterprises of International Thunderbird Gaming Corporation*”) y 105 (“*Mexico has expropriated Thunderbird’s EDM investment enterprises*”); el Escrito de Réplica, párrafo 65 (“*Mexico has effectively neutralized the businesses of each EDM with its regulation*”). Sin perjuicio de la excepción que ha opuesto al respecto, México reitera que una reclamación de Thunderbird conforme al artículo 1116 sólo podría comprender su participación en las sociedades EDM.

10.2 *Subject to the answer to Issue 10.1 above, and having also regard to Issue 10.3 below, is it relevant to determine which is or are the expropriation standard or standards to be applied under Article 1110 NAFTA? If so, which is that standard or are those standards?*

219. En los párrafos 242-259 de su Escrito de Contestación a la Demanda, el gobierno de México analizó los estándares pertinentes en relación a los dos temas centrales de la reclamación de violación al artículo 1110: (i) que es el sistema jurídico mexicano el que define si existe un derecho patrimonial legítimo e identificable que pudiera ser expropiado; y (ii) si puede considerarse que los actos de buena fe en ejecución de la ley constituyen una expropiación.

220. Es importante destacar que el artículo 1110 únicamente abarca la expropiación en sentido estricto; no se extiende a otro tipo de interferencias con derechos patrimoniales o incumplimientos contractuales. En particular en este caso, en el que lo que se reclama es una expropiación indirecta, la existencia de recursos locales y su ejercicio es importante. El tribunal en *Waste Management* concluyó:

La ley sobre incumplimiento de contratos no se esconde en los intersticios del Artículo 1110 del TLCAN. Por el contrario, es necesario demostrar la privación efectiva de un derecho, privación no reparada por ningún recurso a disposición de la Demandante, lo que tiene el efecto de impedir el ejercicio de ese derecho a pleno o hasta cierto punto sustancial.²³⁸

221. Las conclusiones del Tribunal en el caso *Generation Ukraine* son pertinentes:

237. Véase escrito de los Estados Unidos presentado de conformidad con el artículo 1128 del TLCAN, ¶¶ 4-9.

238. Laudo del 30 de abril de 2004, ¶ 175.

20.30 *The fact that an investment has become worthless obviously does not mean that there was an act of expropriation; investment always entails risk. Nor is it sufficient for the disappointed investor to point to some governmental initiative, or inaction, which might have contributed to his ill fortune. Yet again, it is not enough for an investor to seize upon an act of maladministration, no matter how low the level of the relevant governmental authority; to abandon his investment without any effort at overturning the administrative fault; and thus to claim an international delict on the theory that there had been an uncompensated virtual expropriation. In such instances, an international tribunal may deem that the failure to seek redress from national authorities disqualifies the international claim, not because there is a requirement of exhaustion of local remedies but because the very reality of conduct tantamount to expropriation is doubtful in the absence of a reasonable - not necessarily exhaustive - effort by the investor to obtain correction.*

...

20.33 *No act or omission of the Kyiv City State Administration during this period, whether cumulatively or in isolation, transcends the threshold for an indirect expropriation. This Tribunal does not exercise the function of an administrative review body to ensure that municipal agencies perform their tasks diligently, conscientiously or efficiently. That function is within the proper domain of domestic courts and tribunals that are cognisant of the minutiae of the applicable regulatory regime. In the circumstances of this case, the conduct cited by the Claimant was never challenged before the domestic courts of Ukraine. More precisely, the Claimant did not attempt to compel the Kyiv City State Administration to rectify the alleged omissions in its administrative management of the Parkview Project by instituting proceedings in the Ukrainian courts. There is, of course, no formal obligation upon the Claimant to exhaust local remedies before resorting to ICSID arbitration pursuant to the BIT. Nevertheless, in the absence of any per se violation of the BIT discernable from the relevant conduct of the Kyiv City State Administration, the only possibility in this case for the series of complaints relating to highly technical matters of Ukrainian planning law to be transformed into a BIT violation would have been for the Claimant to be denied justice before the Ukrainian courts in a bona fide attempt to resolve these technical matters.*²³⁹

No obstante que el caso se originó al amparo del tratado bilateral de inversión entre Estados Unidos y Ucrania, las conclusiones son igualmente aplicables en el contexto del TLCAN.

222. Como en el caso *Generation Ukraine*, EDM nunca impugnó las supuestas irregularidades del procedimiento administrativo que Thunderbird ahora argumenta constituyen una violación al TLCAN. EDM se desistió de los procedimientos judiciales que inició a raíz de las clausuras de los establecimientos, y no intentó obtener una rectificación de la decisión sustantiva de la SEGOB.

223. En estas circunstancias, en adición a las razones ya expuestas, Thunderbird no ha podido probar que hubo una expropiación.

239. *Generation Ukraine*. Laudo del 16 de septiembre de 2003, ¶¶ 20.30 y 20.33.

10.3 Subject to the answers to Issues 7, 10.1 and 10.2 above, did any rights legitimately acquired by the EDM Companies exist in the businesses conducted by them? Specifically:

(a) Did the EDM Companies operate on the basis of a business undertaking that is unlawful under Mexican law?

224. Si. El gobierno de México lo ha abordado con detalle a lo largo de este escrito.

(b) Did the EDM Companies operate on the basis of a legitimate expectation, being similar to the detrimental reliance as alleged by Claimant under Article 1105?

225. No. México también abordó ya esta cuestión con detalle en este escrito.

(c) Assuming that the answers to Issues (a) and (b) of the present Issue 10 are in the affirmative, do the actions of SEGOB amount to expropriation within the meaning of Article 1110 NAFTA?

226. Las empresas de EDM operaban máquinas tragamonedas de juegos prohibidos por la Ley de Juegos y Sorteos. Las acciones en ejecución de la ley con objeto de impedir una actividad ilícita no pueden constituir una expropiación conforme al derecho internacional; las sociedades EDM no tenían un derecho patrimonial a continuar operando. En consecuencia, las medidas de la SEGOB no constituyen una expropiación en el sentido del capítulo XI.

E. Merits – Damages

227. 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. La demandada reitera que no hubo denegación de trato nacional o de trato acorde con el derecho internacional, ni existió medida alguna equiparable a la expropiación directa o indirecta de la inversión de un inversionista de otra Parte.

228. Las pruebas y los alegatos orales presentados en la audiencia refuerzan la defensa sobre daños que ha presentado la demandada. El gobierno de México reitera sus argumentos sobre causalidad y daños expuestos en su Escrito de Contestación a la Demanda y en su Escrito de Dúplica²⁴⁰.

11. If the answer to Issues 8 and/or 9 and/or 10 above is in the affirmative, is Claimant entitled to damages, and if so for what amount?

229. Si el Tribunal resolviese que el gobierno de México no ha cumplido con su obligación contenida en el artículo 1102 o el artículo 1105, la demandante tendría derecho a ser compensada por las pérdidas o daños causados por las medidas que originaron la violación de dichas

240. Escrito de Contestación a la Demanda, apartado IX y Escrito de Dúplica, apartado IV.

obligaciones. Si se determina que hubo una violación al artículo 1110, la indemnización debe basarse en el “valor justo de mercado” de la hubiese tenido la inversión inmediatamente antes de la fecha de expropiación, tal y como lo establece el artículo 1110(2).

230. La demandada sostiene que la indemnización a pagar por cualquiera de las supuestas violaciones a la Sección A del capítulo XI reclamadas por la demandante tendría que ser un valor muy modesto en virtud de que (i) los establecimientos con “máquinas de habilidad y destreza” eran ilegales (o de dudosa legitimidad, en el mejor de los casos); (ii) ninguno de los tres establecimientos fue rentable durante el periodo de tiempo que operaron; y, (iii) todos los establecimientos similares que han intentado operar en México han sido sistemáticamente clausurados por las autoridades y cualquier intento para reabrirlos o lograr que permanezcan abiertos a través de un amparo ha sido persistentemente combatido por el gobierno de México.

11.1 *What are the compensation principles to be applied to damages in the present case?*

231. La indemnización por violaciones a los artículos 1102 y 1105 debe reflejar el requisito contenido en los artículos 1116 y 1117, en el sentido de que las pérdidas sufridas por un inversionista (o sus inversiones, según se trate) han sido “en virtud de la violación o a consecuencia de ella”. Ello invoca principios jurídicos generales aplicables a la determinación de daños, incluido el requisito de causa próxima. Ello difiere de la medida de indemnización por expropiación directa o indirecta de una inversión de un inversionista de otra Parte que el artículo 1110(2) expresamente define como el “valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo”²⁴¹.

(a) *Are these principles different with respect to breaches of Articles 1102, 1105 and 1110 NAFTA, and if so, what are the differences? Specifically:*

(i) *Is international law jurisprudence concerning the value of compensation for expropriation as relevant for breaches of NAFTA Articles 1102 and 1105 as they are for Article 1110, as it is contended by Claimant?*

232. La jurisprudencia internacional aplica, en términos generales, a una reclamación de daños por violaciones al artículo 1102 ó 1105, pero la medida como principios jurídicos derivados de

241. Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 319-323. Dos tribunales del TLCAN (*Metalclad* y *Feldman*) han determinado que los daños por expropiación deben determinarse en los términos 1110(2):

La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. 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.

dicha jurisprudencia aplican a un caso particular depende completamente de la naturaleza de cada una de las supuestas violaciones y sus efectos.

233. La demandante, al agrupar sus diversas reclamaciones y sostener que, sin importar cuál sea la violación, tiene derecho a recuperar el valor presente neto de las utilidades futuras de las empresas EDM, tal y como fue estimado por el Sr. Rittvo, ha intentado evitar establecer el vínculo entre las violaciones a los artículos 1102 y 1105 y la pérdida o daño específico sufrido “en virtud de la violación o a consecuencia de ella”.

234. El daño potencial sufrido por la supuesta certidumbre que el oficio del 15 de agosto de 2000 ofreció, o por la presunta denegación de trato justo y equitativo en la audiencia administrativa del 10 de julio de 2001, o por la presunta denegación de trato nacional en relación con otro operador de establecimientos de “máquinas de habilidad y destreza” que continua por virtud de una suspensión temporal otorgada por la vía judicial debería ser significativamente menor a lo que la demandante presenta como “el valor de restitución” de las empresas EDM²⁴².

(ii) *Or is fair market value valuation limited to Article 1110 (expropriation) and is compensation for breaches of Articles 1102 and 1105 limited to losses or damages suffered as a result of the breach, as it is contended by Respondent? If so, has Claimant failed to prove damages with respect to breaches of Articles 1102 and 1105?*

235. Una indemnización por el “valor justo de mercado” de las sociedades EDM sólo podría establecerse si se demuestra que la violación que se reclama es equiparable a una expropiación directa o indirecta. Si la presunta violación a la Sección A no es una expropiación, la indemnización deberá estar limitada a la pérdida o daño ocasionado por la violación o a consecuencia de ella.

236. No obstante los argumentos de Escrito de Contestación a la Demanda y el Escrito de Dúplica relativos a las deficiencias de la reclamación de daños de la demandante²⁴³, ésta ha insistido en presentar una reclamación el “todo o nada”. En términos simples: la demandante no ha ofrecido prueba alguna de los daños sufridos como consecuencia de las presuntas violaciones a los artículos 1102 y 1105.

237. El gobierno de México reitera que no está obligado a dar respuesta a posibles reclamaciones alternativas por daños que la demandante no ha presentado. La demandada respetuosamente considera que el Tribunal debe abstenerse de buscar por sí mismo en el expediente pruebas que sustenten dichas reclamaciones, pues de lo contrario se le estaría negando al gobierno de México la oportunidad de presentar una defensa²⁴⁴.

(b) *Does a distinction arise from whether the act complained of is lawful or unlawful?*

242. Escrito de Demanda, p. 113.

243. Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 326-359, y Escrito de Dúplica, ¶¶ 188-194.

244. Escrito de Dúplica, ¶ 187.

238. No. Si el tratado ha sido violado, el inversionista afectado tiene derecho a ser compensado por la pérdida o daño causado por la violación en cuestión, independientemente de que la conducta objeto de la reclamación sea ilegal de acuerdo con la legislación de la Parte. Si la violación es equiparable a una expropiación, la medida de compensación es el valor justo de mercado. Para cualquier otra violación a la Sección A, el inversionista tiene derecho a recuperar la pérdida o daño sufrido “en virtud de la violación o a consecuencia de ella”²⁴⁵.

(c) *At which date are the damages to be determined?*

239. La compensación por expropiación debe ser determinada “inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo”. La compensación por violaciones a las obligaciones establecidas en la Sección A generalmente se determinan en la fecha o fechas en las que se incurre la pérdida o se sufre el daño.

11.2 *Is there a sufficient causal link between the breach and the damages claimed by Claimant?*

240. La demandante no ha establecido un vínculo causal suficiente por los daños que pudieran haber surgido de una violación a los artículos 1102 y 1105²⁴⁶.

241. Si, como se explicó en la sección II.H, la reclamación se basa en que EDM procedió para su detrimento (“*detrimental reliance*”) con base en el oficio del 15 de agosto de 2000, no existe

245. Si la pregunta del Tribunal se refiere a la licitud o ilicitud del negocio en cuestión, México reitera, en primer término, que sería contrario al orden público en México y al orden público internacional que un tribunal otorgara daños en relación con la conducción de una actividad ilegal.

Sin perjuicio de ello, aun en el caso de que la licitud de la actividad sea dudosa, México observa que muchos factores influirían en una determinación de daños. Por ejemplo, el valor de recuperación de activos será distinto en un mercado donde la actividad en cuestión sea plenamente lícita. De manera similar, el monto de los daños en el caso de una actividad plenamente lícita necesariamente será distinto al de un negocio dudoso. En este último, obviamente la posibilidad de llevar a cabo operaciones futuras pesará distinto en el cálculo de los daños, dados los riesgos, la incertidumbre, los costos legales, etc. Igualmente, si se trata de un caso de denegación de trato nacional y se compara con los nacionales supuestamente recibieron mejor trato, debería tomarse en cuenta las limitantes que esos nacionales enfrenten para el desarrollo del negocio (por oposición de un negocio plenamente lícito). Por ejemplo, el Sr. Guardia sólo está operando en un establecimiento al amparo de una suspensión judicial, que no le fue otorgada para otro de sus establecimientos, el cual legalmente está clausurado. El Sr. Guardia también enfrenta serias limitantes para expandir su negocio, puesto la suspensión judicial obtenida para uno de los establecimientos no se extiende a otros (existentes o futuros) y no hay ninguna certeza que, si pretendiera abrir nuevos establecimientos, obtendría una suspensión judicial en todos los casos. Tampoco puede llevar a cabo actividades promocionales para impulsar el negocio: por ejemplo, si abre un nuevo establecimiento, no podría anunciarlo porque estaría invitando a la SEGOB a que lo clausurara y tendría que entablar un nuevo litigio. Según ya se mencionó, una estrategia común en este tipo de negocios es operar el mayor tiempo posible sin que la autoridad se percate, y subsecuentemente, operar el mayor tiempo posible al amparo de una orden judicial de naturaleza suspensiva. Debe considerarse, además, que en el caso del Sr. Guardia, puesto que la suspensión judicial sólo abarca a un establecimiento, no hay una fuente de ingresos interna para hacer frente a los costos legales asociados con el otro. Todos estos son factores que influyen en el monto de los daños, sea que se trate del valor del negocio o de otra medida.

246. La causalidad no es un requisito en el mismo sentido para establecer una violación al artículo 1110. Ello requeriría probar que la Parte implementó una medida que pueda considerarse una expropiación directa o indirecta de la inversión del inversionista de otra Parte.

un vínculo causal con la presunta pérdida de utilidades futuras de las empresas EDM, puesto que tanto el Sr. Mitchell, en representación de Thunderbird²⁴⁷, como otros inversionistas sostienen que no habrían invertido si la SEGOB no hubiese emitido el oficio. En el mejor de los casos, sólo se podría reclamar el pago de los gastos que realizó.

242. Los inversionistas de EDM-Matamoros no pueden establecer un vínculo causal en relación con el dinero invertido antes de que el oficio fuese emitido y que, en palabras del Sr. Mitchell, fue gastado antes de que el establecimiento abriera sus puertas²⁴⁸. Tampoco puede hacerlo el inversionista de EDM-Reynosa, porque invirtió meses después de que la demandante supiera que la SEGOB no consideraba que el oficio del 15 de agosto de 2000 hubiese sido cualquier tipo de aprobación de las máquinas que operaba. De tal manera, o bien la demandante le informó al inversionista que existía una controversia entre EDM y la SEGOB relativa a la legalidad de las llamadas “máquinas de habilidad y destreza” (según afirmó el Sr. Mitchell²⁴⁹), o bien le retuvo información y, por lo tanto, engañó al inversionista en cuanto al sentido del oficio. Finalmente, en el caso de EDM-Nuevo Laredo la supuesta confianza de los inversionistas en el oficio del 15 de agosto es dudosa, en el mejor de los casos, considerando la interpretación engañosa que hizo del oficio y la advertencia expresa que se hace en el Acuerdo Suscripción sobre su contenido²⁵⁰.

243. La reclamación por denegación de trato justo y equitativo en la audiencia administrativa del 10 de julio de 2001 no tiene un vínculo causal con la presunta pérdida de utilidades futuras de las empresas EDM o con la inversión en éstas. El hecho de que EDM no haya promovido recurso alguno en contra de las supuestas irregularidades del procedimiento administrativo que Thunderbird ahora argumenta (que, en efecto, no haya expresado nada la respecto, aun en los alegatos orales que hizo en la audiencia) o para demostrar que las máquinas que operaba eran legales de acuerdo con la normatividad mexicana, le impide a la demandante ahora argumentar que existieron irregularidades en el procedimiento que provocaron una pérdida de utilidades a las empresas EDM, o una pérdida de la inversión de la demandante y demás inversionistas.

244. La reclamación de denegación de trato nacional (con base en el argumento de que otro operador ha sido capaz de seguir operando con al amparo de una suspensión judicial temporal, donde la resolución sobre el fondo de la disputa está aún pendiente), no tiene una relación causal con la presunta pérdida de utilidades futuras de las empresas EDM o con la pérdida del dinero invertido. En el mejor de los casos, le fue negada una oportunidad de conducir su negocio temporalmente. El hecho de que EDM no haya tenido éxito en los recursos legales que promovió (de los cuales de hecho se desistió) y que no haya podido demostrar que las máquinas que operaba eran legales conforme a la legislación mexicana, le impide argumentar que la denegación de trato nacional le provocó pérdidas o daños.

247. Transcripción p. 369:3-11 de la versión en inglés.

248. Transcripción p. 325:2-12 de la versión en inglés.

249. Transcripción p. 324:9-21 de la versión en inglés.

250. A este respecto es importante destacar que la reclamación no se hizo en representación de ninguno de los inversionistas, sino en representación de EDM. Thunderbird ha solicitado una corrección a su reclamación para poder presentarla de conformidad con el artículo 1116. Sin embargo, aun si el Tribunal admitiera la nueva reclamación Thunderbird no sería capaz de actuar en representación de otros inversionistas. En consecuencia, es irrelevante si cualquier de los otros inversionistas de EDM procedió con base en el oficio del 15 de agosto.

11.3 *Are the damages claimed by Claimant a reasonably foreseeable consequence of the act that constituted the breach by Respondent?*

245. Una presunta pérdida de ingresos producto del cese de operaciones ilegales no puede ser considerada como razonablemente previsible debido a que (i) no puede anticiparse que algunas personas decidan conducir negocios de manera ilegal; y (ii) se debe suponer que las personas que decidan hacerlo han asumido ese riesgo, o visto de otra manera que ellas mismas son la causea de los daños o pérdidas, incluso en el caso de que otras personas con operaciones ilegales similares hayan tenido algún éxito al resistir los esfuerzos de las agencias encargadas de hacer valer la ley.

11.4 *Subject to the answers to Issues 11.1- 11.3, should the damages be valued on the basis of a fair market value of the EDM Companies calculated for anticipated future profits by a discounted cash flow (“DCF”) method, as contended by Claimant?*

246. El gobierno de México ha citado en su Escrito de Contestación a la Demanda y en su Escrito de Dúplica la jurisprudencia internacional relevante, incluida la surgida en el contexto del TLCAN. En suma, el derecho internacional requiere un periodo de operaciones rentables (normalmente un periodo de dos a tres años) para poder calcular el valor justo de mercado de una empresa mediante el método de flujos descontados (DCF, por sus siglas en inglés) o el método de valor presente de utilidades esperadas²⁵¹. En este caso, sólo una de las tres entidades, EDM–Matamoros, operó por más que unos cuantos meses (13 en total); sin embargo, nunca obtuvo utilidades²⁵².

247. Uno de los abogados de la demandante ha reconocido que un modelo DCF basado en la especulación no sería aceptable para determinar el valor justo de mercado en una reclamación por expropiación conforme al capítulo XI del TLCAN:

In summary, future NAFTA tribunals will undoubtedly be faced with varying claims for compensation in the future (sic). While it can be expected that they will remain conservative in making their awards, it is likely that there will be cases where wrongful governmental interference with a going concern generates an obligation to pay compensation that includes lost profits. In order to substantiate such a claim, the investor will need to rely upon expert evidence which explains how the investment in question was a going concern which enjoyed a reasonable expectation of profits based on its existing business model, its track record, and the particular circumstances of the industry involved. Otherwise the investor should essentially expect to see only a return of the funds sunk into its investment plus interest. Similarly, in cases where the investment enterprise is the de facto claimant, under Article 1117, the investor should expect to receive only the value of the investment taken or interfered with, using whatever method is appropriate to

251. Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 320 - 322

252. Escrito de Contestación a la Demanda, ¶ 332.

*reflect the funds required to establish that enterprise as it was constituted when the breach occurred.*²⁵³

[Énfasis propio].

248. Las pruebas en materia de valuación presentadas por la demandante —el dictamen de *The Innovation Group* y el testimonio oral del Sr. Rittvo— demuestran ampliamente las razones por las cuales se debe actuar con precaución y prudencia al utilizar el método DCF para determinar el valor justo de mercado:

- a) *The Innovation Group* obtuvo un valor (24 a 175 millones de dólares) entre 6 y 44 veces mayor que el total presuntamente invertido por la demandante y los demás inversionistas; además de que está basado totalmente en proyecciones especulativas de costos e ingresos cuya fuente no ha sido revelada²⁵⁴;
- b) la demandante no ha sido capaz de presentar un sólo informe o estudio que respalde la valoración de *The Innovation Group* del potencial de mercado, para determinar las proyecciones de ingresos de las empresas EDM²⁵⁵;
- c) *The Innovation Group* no presentó un dictamen de réplica en respuesta a las numerosas deficiencias de su valuación identificadas en el Escrito de Contestación a la Demanda²⁵⁶ ni al dictamen de valuación presentado por el gobierno de México²⁵⁷; y

253. Weiler, Todd y Díaz, Luis Miguel; “*Causation and Damages in NAFTA Arbitrations*”, en, *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, Transnational Publishers, Inc., 2004, p. 209.

254. Anexo C-92, apéndice G, p. 152. (la cantidad presuntamente invertida es 3,900,000 dólares, de los cuales la demandante sólo aportó 100,000).

255. Véase el oficio DGCJN.511.13.949.03 del 29 de agosto de 2003, oficio DGCJN.511.13.1095.03 del 17 de octubre de 2003, el oficio DGCJN.511.13.1304.03 del 11 de noviembre de 2003, el oficio DGCJN.511.13.1362.03 del 9 de diciembre de 2003, la comunicación de Thunderbird del 22 de septiembre de 2003, la comunicación de la demandante del 17 de diciembre de 2003.

256. Escrito de Réplica, ¶192. Las deficiencias identificadas en el Escrito de Contestación a la Demanda que no han tenido repuesta de la demandante son:

- No determina el “valor justo de mercado” de las inversiones objeto de la reclamación inmediatamente antes de la fecha de expropiación, sino que pretende ser una “determinación de ingresos perdidos por el cierre prematuro” de los tres establecimientos y otros tres que “se encontraban en diversas etapas de concepción y desarrollo inicial”.
- Pretende valorar a los tres establecimientos utilizando el método de Valor Presente Neto (VPN), no obstante que no existe un historial apropiado de operaciones rentable. No se ofrece otro valor conforme a otro criterio de valuación.
- El VPN se sustenta en estimaciones de los costos e ingresos que son incongruentes con los estados financieros auditados de las tres sociedades en cuestión. *The Innovation Group* hizo estas estimaciones con base en información que no ha revelado, pese a las reiteradas solicitudes de México.
- No se toma en cuenta “ningún otro riesgo que probablemente pueda percibir un comprador en la fecha en cuestión”, que, en circunstancias similares a las de este caso, debe incluir el riesgo de clausura y otras acciones administrativas, el riesgo de enfrentar procesos judiciales, la responsabilidad civil, administrativa y penal potencial, la entrada de competidores al mercado en caso de que las empresas operen de conformidad con la ley Federal de Juegos y Sorteos.

La nota continúa en la página siguiente...

- d) el testimonio del Sr. Rittvo confirmó que el reporte de *The Innovation Group* se elaboró con base en proyecciones especulativas de ingresos y costos fundamentados exclusivamente en su “experiencia”, que no incluye ninguna valuación de un negocio en marcha en México²⁵⁸.

249. Los siguientes cuadros muestran la disparidad entre las estimaciones del Sr. Rittvo, las proyecciones elaboradas por la demandante para los inversionistas y los ingresos obtenidos por el establecimiento de EDM–Matamoros (se utiliza como referencia este establecimiento por ser el que operó por más tiempo, no obstante que sólo fueron 13 meses).

250. El Tribunal recordará que los ingresos mensuales de este establecimiento se nivelaron aproximadamente seis meses después de su apertura en alrededor de los 150 mil dólares mensuales:

...la nota continúa de la página anterior

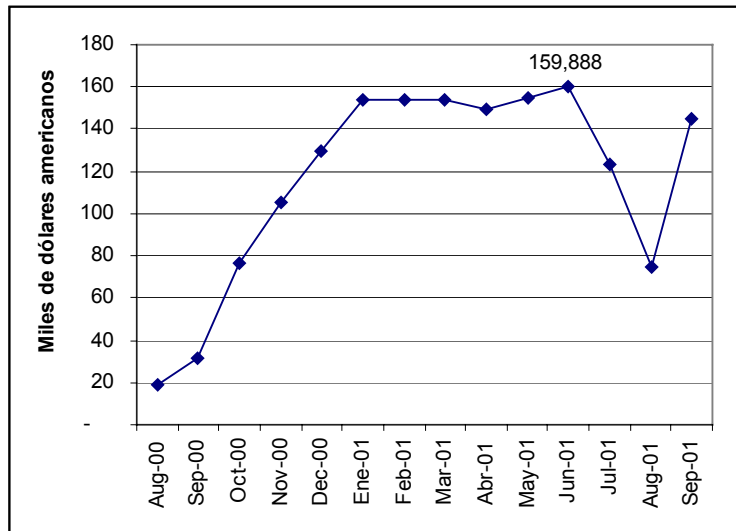
- No ofrece ninguna medida alternativa del valor de los daños sufridos como consecuencia de las presuntas violaciones a los artículos 1102 y 1105.

257. Las deficiencias del reporte de *The Innovation Group* que se mencionan en el reporte de FinBridge a las que no ha hecho referencia la demandante:

- El tamaño estimado del mercado es exagerado. La población elegible es muchas veces superior a la población actual de la ciudad en cuestión; (anexo R-55, pp. 42-44)
- Las tasas de “propensión” y “frecuencia” utilizadas para estimar el tamaño del mercado no están respaldadas por ningún estudio o análisis; (pp.45-46)
- El umbral para determinar la población elegible por nivel de ingresos es muy bajo. *The Innovation Group* considera un cliente potencial a una persona que percibe 2 veces el salario mínimo –i.e., \$4.4 dólares diarios; (pp.46-47)
- El análisis de *The Innovation Group* no toma en consideración la competencia de otros operadores de máquinas de habilidad, así como gastos adicionales de capital en un periodo de 10 años (pp. 53-54)

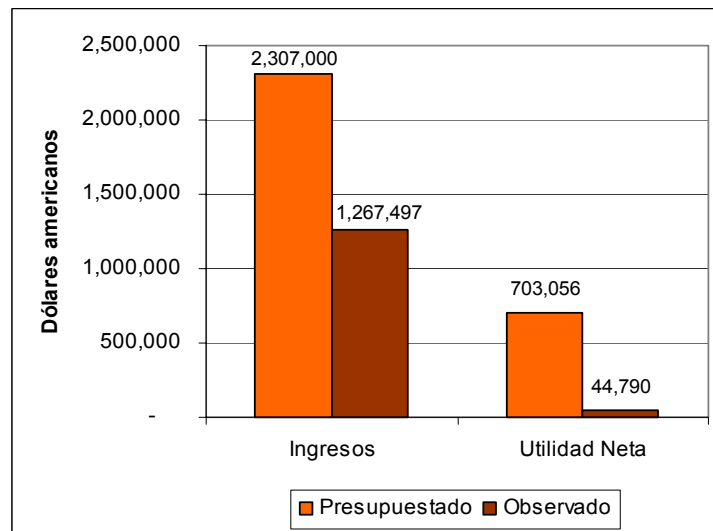
258. Transcripción pp. 307:21-308:9, 309:8-309:11 y 311:10-311:13 de la versión en inglés.

Ingresos mensuales brutos después de pagos promocionales –Matamoros²⁵⁹



251. El siguiente cuadro muestra una comparación entre los resultados observados y las proyecciones elaboradas por Thunderbird que presentó a los demás inversionistas:

Matamoros: Ingresos y Utilidades Netas²⁶⁰

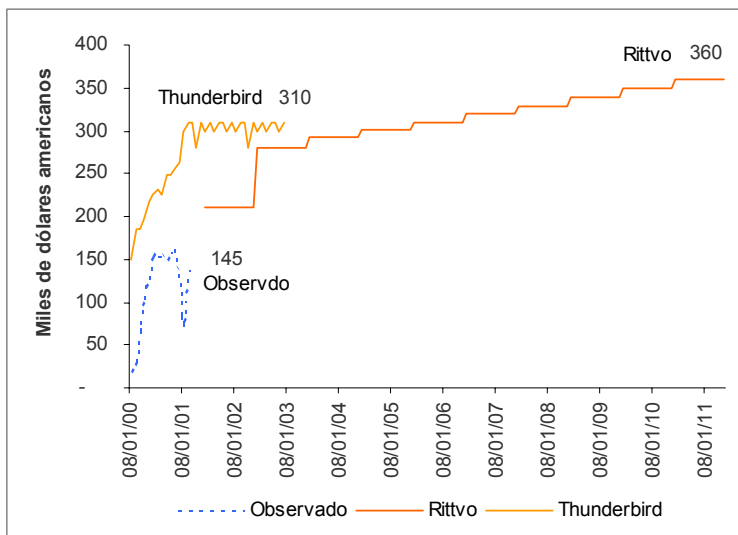


259. Elaborado con datos del Anexo C-90, *Historical Financial Statements* 2000 y 2001, EDM-Matamoros. Véase también Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 102-103.

260 Los datos observados fueron tomados de los Estados Financieros Históricos de EDM-Matamoros, anexo C-90. Los datos presupuestados fueron tomados del Estado de Flujos de Efectivo Proyectados del Presupuesto del establecimiento de Matamoros, anexo C-90.

252. El siguiente cuadro compara los resultados obtenidos en Matamoras con las proyecciones preparadas por la demandante para sus inversionistas y las proyecciones del Sr. Rittvo elaboradas con base en su experiencia:

Ingresos Mensuales: Matamoras²⁶¹



253. Como se puede observar, las expectativas de la demandante representan casi el doble de lo que el establecimiento de Matamoras producía en realidad; las estimaciones especulativas del Sr. Rittvo son incluso más altas —alrededor de 150% mayores al ingreso mensual observado— y son el resultado de incrementos muy significativos en los ingresos (que no han sido explicados) en los dos años siguientes a la clausura del establecimiento, e incrementos significativos en cada año a partir de entonces.

254. La demandada reitera su argumento central —si la demandante considera que existe un historial apropiado para utilizar el método DCF, entonces debe ser utilizado; no así el flujo de ingresos que desearía haber tenido, o peor aún, los ingresos que su experto en daños estima que habrían tenido las empresas. El valor justo de mercado que se obtiene a partir de un modelo DFC y los datos históricos de cada una de las sociedades EDM es cero²⁶².

(a) *If so, should any of the following scenarios be assumed, as contended and quantified by Claimant:*

261 Fuentes:

Observado (agosto 2000 – septiembre 2001).- Anexo C-90. *Historical Financial Statements of EDM Operations, Matamoras*.

Rittvo.- Anexo C-92, p. 75.

Thunderbird.- Anexo C-90, Presupuesto de Matamoras.

Nota: Los ingresos mensuales de Rittvo se obtuvieron dividiendo los ingresos anuales estimados entre 12.

Los datos “observados” y los datos de “Rittvo” se obtuvieron a partir del número de máquinas existentes (89). Los datos del presupuesto elaborado por Thunderbird suponen 100 máquinas.

262. Anexo R-055, pp. 30, 35, 40 y 56.

- (i) ***10 years scenario with no expansion at the existing Matamoros, Nuevo and Reynosa locations;***
- (ii) ***10 years scenario with expansion at the existing Matamoros, Nuevo and Reynosa locations; or***
- (iii) ***10 years scenario with expansion at the existing Matamoros, Laredo and Reynosa locations and developments at the Puebla, Ciudad Juarez and Monterrey locations?***

255. La demandada reitera que el modelo de flujos descontados utilizado por la demandante no es un criterio apropiado de valuación en este caso porque se basa exclusivamente en la especulación.

256. La demandada observa nuevamente que, dada la ilicitud de las actividades expresamente declarada por la autoridad competente y, en el mejor de los casos, la dudosa legalidad de ésta, aún no determinada por los tribunales mexicanos, no puede establecerse razonablemente que EDM habría podido operar por un período de diez años y, menos aún, que habría podido expandir sus operaciones, puesto que, incluso si hubiese podido operar de la misma forma el Sr. Guardia, una suspensión judicial habría sido un remedio temporal y no hay ninguna certeza que hubiera podido obtenerla para los tres establecimientos (de hecho las pruebas demuestran que la solicitó y le fue negada respecto de los tres²⁶³). De hecho, las pruebas demuestran que ningún operador logró establecer más de tres locales; todos han sido clausurados y sólo en algunos de casos (los menos) se ha otorgado la suspensión judicial.

257. La demandada señaló en su Escrito de Contestación a la Demanda que la demandante no ofreció ninguna prueba que demuestre que los establecimientos existentes tuvieran la capacidad de incorporar un mayor número de máquinas, menos aún, que pudieran triplicar el número de máquinas como lo sostiene *The Innovation Group*. En cambio, el gobierno de México ha presentado pruebas en sentido contrario —la simple inspección visual indica la imposibilidad de expandir significativamente cualquiera de los tres establecimientos existentes²⁶⁴. No obstante, el Tribunal podrá apreciar por cuenta propia, al examinar los planos que se adjuntan al Acuerdo de Representación y Suscripción del establecimiento de Reynosa, que si bien existe la posibilidad de incrementar el número de máquinas mediante un reacomodo del mobiliario, no hay espacio suficiente para una expansión significativa²⁶⁵.

258. La demandante ni siquiera ha hecho el intento de responder a este punto. No ofreció ningún documento en su Escrito de Réplica ni durante la audiencia para demostrar que dicha expansión estuviese dentro de sus planes o que fuese siquiera posible; por consiguiente, debe considerarse que la demandante ha abandonado este argumento. Sin duda se trata de un

263. En el caso de EDM–Matamoros el juez de primera instancia le concedió la suspensión provisional, pero su decisión fue revertida por un tribunal de alzada y subsecuentemente el mismo juez de primera instancia negó la suspensión definitiva.

264. Anexo R-092.

265. Anexo C-42, apéndices “B” y “C”

argumento formulado para que el Sr. Rittvo pudiese exagerar, aún más, su excesiva valuación de flujos descontados.

259. La reclamación por el valor de las sociedades que presuntamente se encontraban en desarrollo tiene una deficiencia adicional: tendrían que ser valuadas a la fecha de expropiación (cualquiera que ésta sea). Estas entidades no pueden ser valuadas como negocio en marcha debido a que nunca operaron; además no existen pruebas de que la demandante haya incurrido gastos significativos, o de que alguno de los demás inversionistas haya invertido recursos en estas operaciones que se encontraban en su etapa de planeación.

- (b) ***Or is the fair market value not proven or quantified properly by Claimant because the EDM Companies would not have operated for a sufficiently long period of time to establish a performance record (not a going concern) and/or have failed to make a profit and/or other reasons (including possible negative contingencies and the use of unaudited statements), as it is contended by Respondent?***

260. Véase los argumentos anteriores sobre el uso del método DCF en las circunstancias de este caso.

261. Por lo que respecta al uso de los estados financieros no auditados, la demandada reitera que no es correcto que ahora el Director General de Finanzas (*Chief Financial Officer*) de Thunderbird cuestione la exactitud de los estados financieros respaldados por KPMG, el despacho que audito las empresas EDM. El Sr. Copeland sostiene en su declaración testimonial presentada con el Escrito de Réplica que existían ciertos gastos no recurrentes en los que se incurrió durante el primer año de operaciones, cuya eliminación resultaría en una mejora de los resultados; sin embargo, estos gastos nunca fueron identificados o cuantificados²⁶⁶. A solicitud de la demandante, el Sr. Copeland iba a testificar en la audiencia, sin embargo, aparentemente regresó a California un día antes de su comparecencia ante el Tribunal sin ofrecer explicación alguna²⁶⁷.

262. El Tribunal sólo cuenta con el dicho del Sr. Copeland para respaldar el argumento de que los resultados fiscales de las empresas EDM son mejores de lo que demuestran los estados financieros auditados de las tres empresas. Cabe destacar, además, que no existe información financiera histórica —auditada o no auditada— que pueda servir de base para elaborar proyecciones confiables de las utilidades²⁶⁸.

- (c) ***Or should fair market value be calculated on the basis of the amount contributed by Claimant in the EDM Companies, their book value or their liquidation value, as it is contended and quantified by Respondent?***

266. Anexo C- W, ¶ 12.

267. Transcripción p. 938:20-939:17 de la versión en inglés.

268. Anexo R-0119, pp. 2-6.

263. La demandante ha evitado referirse al aspecto fundamental de cualquier cálculo del valor justo de mercado —el precio al que un comprador plenamente informado de los hechos relevantes y actuando razonablemente estaría dispuesto a pagar por el bien en cuestión. El gobierno de México sostiene que el “valor justo de mercado”, un término que tiene un significado jurídico universal²⁶⁹, tiene que ser tomado en cuenta antes de que un Tribunal constituido conforme al capítulo XI del TLCAN pueda considerar qué criterio de valuación es apropiado en un caso particular.

264. El perito valuador de la demandada ha señalado que el valor justo de mercado de un negocio ilegal es cero²⁷⁰. Si la legalidad del negocio en consideración está en duda, la cuestión del valor justo de mercado se complica por la obvia razón de que un comprador, actuando de buena fe, se mostraría reticente a pagar una suma de dinero significativa hasta que la legalidad de éste se resolviera.

265. El gobierno de México sostiene que los establecimientos en cuestión —los tres establecimientos EDM con “máquinas de habilidad y destreza”— eran ilegales conforme a las leyes mexicanas y, por consiguiente, tenían un valor justo de mercado de cero. Sin embargo, si el Tribunal de alguna manera determinara que inmediatamente antes de la emisión de la orden de clausura, las empresas EDM tenían algún derecho no establecido legalmente a operar, por un periodo no especificado de tiempo, la demandada sostiene que su valor justo de mercado tendría que ser muy reducido, considerando el alto grado de incertidumbre que habría enfrentado un comprador razonablemente informado de los hechos.

266. Lo anterior se refleja incluso en la conducta de la demandante. Cuando adquirió el establecimiento de Matamoros, acordó pagar una cantidad relativamente pequeña en abonos. A la fecha, la demandada se resiste a pagar al Sr. Brannon (quien presumiblemente era uno de los dueños originales de EDM) el saldo restante, argumentando que hubo “*fraud and misrepresentation of Brannon’s assertion that the Company could take over the business and operate the skill game facility*”²⁷¹. De igual manera, la demandante adquirió de los señores Ong y

269. Véase por ejemplo, *Black’s Law Dictionary*, 5ª ed., West Publishing, 1979, p. 537

270. Anexo R-055, p. 16. Incluso el Sr. Rittvo asumió que los establecimientos EDM, existentes y proyectados, eran completamente legales; transcripción pp. 320:13-321:6 de la versión en inglés.

271. En el Informe Anual de Thunderbird (*Annual Information Form*) del 19 de Mayo de 2004, es decir tres semanas después de la audiencia, se describió el litigio con el Sr. Brannon en los siguientes términos:

E. Brannon vs. International Thunderbird Gaming Corporation and Entertainments De Mexico S.A. This lawsuit was filed in relation to the Company’s investment in the skill game operations in Mexico. Brannon claims that the Company owes him \$350,000 stemming from his transfer of all interest he had in the entity, Entertainments de Mexico. The Company intends to vigorously defend the action and will also file a cross claim against Brannon claiming fraud and misrepresentation of Brannon’s assertion that the Company could take over the business and operate the skill game facility. The parties are currently negotiating a standstill agreement in which the case will be delayed until after the NAFTA trial is concluded.

Sólo la última oración de esta descripción difiere de la descripción hecha en el informe del año previo, el cual fue mostrado al Sr. Mitchell durante la audiencia (anexo R-0055(M)). No obstante que el Sr. Mitchell negó la veracidad de la declaración de la empresa sobre el supuesto fraude y engaños por parte del Sr. Brannon (transcripción, pp. 343:7-345:4 de la versión en inglés), la declaración fue repetida en el informe de este año. Véase

La nota continúa en la página siguiente...

Oien los derechos para operar los establecimientos con máquinas de habilidad y destreza, mediante un acuerdo con *A-1 Financial* que prevé el pago de un porcentaje de las ganancias netas (“*net win*”); mismo que se redujo a la mitad después de que la demandante se quejara de engaños relacionados con la viabilidad de este tipo de negocios en México²⁷².

267. El argumento es simple. La demandante, como comprador informado (parcialmente, en el mejor de los casos) de los hechos relevantes, no ofreció una cantidad significativa a los señores Ong y Oien (los promotores originales de los establecimientos) o a Brannon (aparentemente uno de los dueños originales de EDM—Matamoros). Ofreció términos conforme a los cuales se pagaría a la contraparte sólo en caso de que el negocio fuera exitoso y se mantuviera en operación. La demandante también se quejó de engaños (“*misrepresentations*”) y amenazó con presentar una demanda, tras determinar que el negocio era “*far different, far more complex, and far more difficult than what A-1 represented it to be*”²⁷³.

268. El reconocimiento de la demandante de los riesgos inherentes a las operaciones en México se refleja también en:

- a) su estrategia utilizar el dinero de otras personas (“*using other people’s money*”) y ser “propietaria de los menos ladrillos posibles” (“*owning as little of the bricks and mortar... as possible*”)²⁷⁴;
- b) sus numerosas advertencias a los inversionistas y a sus accionistas²⁷⁵; y
- c) los requerimientos de que el efectivo aportado por los inversionistas se amortizara con prioridad a la distribución de ingresos con la demandante²⁷⁶.

269. La demandante, actuando de acuerdo con su estrategia, invirtió sólo 100,000 dólares en las empresas EDM, y dependió de las contribuciones en efectivo de otros inversionistas para financiar el desarrollo y la operación de los tres establecimientos.

11.5 *To the extent that it is not addressed under Issues 11.1-11.4, has Claimant proven the damages as claimed by it?*

270. No. Según se explicó anteriormente, la demandante no ha demostrado que exista daño alguno por las presuntas violaciones a los artículos 1102 y 1105, y no puede establecerse que un valor determinado por el método DCF, basado en meras especulaciones, sea el “valor justo de

...la nota continúa de la página anterior

<http://www.sedar.com/csfsprod/data46/filings/00647708/00000001/C%3A%5CSEDAR%5CFILINGS%5C2004AIF.pdf>.

272. Anexo R-019.

273. *Ibíd.*

274. Anexo R-056, p. 6

275. Anexo C-34, pp. 5 – 13. Véase también el anexo R-020, pp. 7-8.

276. Anexo C-34, apéndice A (del acuerdo); anexo C-28, apéndice A y A-1 (del acuerdo); anexo C-42, apéndice A (del acuerdo).

mercado” de EDM. Además, el único criterio de valuación que ofrece no es adecuado para determinar el valor justo de mercado en las circunstancias de este caso.

11.6 *Subject to the answers to the foregoing Issues 11.1-11.5, what is the amount of damages?*

Indemnización basada en la “confianza perjudicial” (“Injurious Reliance”)

271. Si la reclamación por daños se fundamenta en la confianza que supuestamente se puso en el oficio del 15 de agosto de 2000, sólo puede considerarse las sumas de dinero aportadas a los establecimientos de Matamoros y Nuevo Laredo con posterioridad al 15 de agosto. Según se explica en la el apartado II.H de este escrito, muchos de los inversionistas que suscribieron el Acuerdo de Suscripción de Nuevo Laredo y que ahora alegan haberse basado en el oficio, también invirtieron en el establecimiento de Matamoros antes de que el oficio fuera emitido²⁷⁷, y recibieron información falsa o engañosa sobre el contenido y efecto legal del oficio de SEGOB. Las cantidades invertidas por estos inversionistas son:

Grupo 2: Inversiones realizadas entre el 15 de agosto de 2000 y el 25 de febrero de 2001

Nombre	Fecha	Proyecto	Cantidad
Berger, Larry	4-Oct-00	Matamoros	150,000
De la Guardia Aquilino	31-Aug-00	Matamoros	150,000
Thunderbird	28-Aug-00	Matamoros	50,000
Bennet, Martha	21-Nov-00	Nuevo Laredo	50,000
RNST	26-Dec-00	Nuevo Laredo	1,250,000
Rudd, Wayne	2-Feb-01	Nuevo Laredo	50,000
Snow, Michael	15-Nov-00	Nuevo Laredo	100,000
Total (dólares americanos)			1,800,000

272.

Compensación basada en el valor justo de mercado

273. Si la reclamación por daños se fundamenta en el valor justo de mercado (*i.e.*, por violación al artículo 1110), el gobierno de México ha identificado algunos criterios de valuación que podría considerar el Tribunal, incluido el valor en libros de las empresas EDM, su valor de liquidación y las cantidades invertidas por la demandante y los demás inversionistas.

277. Thunderbird, y los señores Snow y De la Guardia invirtieron antes de que se emitiera el oficio del 15 de agosto, al igual que Frank Bennet, otro inversionista de Matamoros (del Grupo 1), quien aparentemente es cónyuge de Marta Bennet, inversionista de Nuevo Laredo del Grupo 2.

Resumen de los Resultados de Valuación Obtenidos²⁷⁸

<i>Cifras en miles de pesos</i>	Valor Presente Neto	Valor en Libros	Valor de Liquidación
EDM-Nuevo Laredo	(3,891)	8,420	6,315
EDM-Reynosa	(5,444)	4,031	3,023
EDM-Matamoros	(4,858)	5,228	3,921
Subtotal (empresas existentes)	(14,193)	17,679	13,259
Puebla	-	-	-
Ciudad Juárez	-	-	-
Monterrey	-	-	-
Subtotal (empresas proyectadas)	-	-	-
Total (existentes y proyectadas)	(14,193)	17,679	13,259

274. El gobierno de México no sostiene que alguna de estas alternativas sea un criterio “apropiado” para determinar el valor justo de mercado, porque ninguno considera el efecto negativo que tendría la ilegalidad (o dudosa legalidad) de los establecimientos EDM sobre la percepción de su viabilidad en el largo plazo. Estos criterios, en cambio, establecen un límite superior que el Tribunal puede utilizar como referencia. En realidad, el valor justo de mercado de las empresas EDM era insignificante y cualquier laudo basado en el valor justo de mercado tendría que ser muy bajo.

Ajustes: la legitimidad procesal de la demandante, su contribución al problema y sus gastos

275. El gobierno de México reitera su posición de que sólo las inversiones hechas por la demandante pueden concederse como compensación por daños, debido a que la demandada no es dueña ni mantiene el control de las empresas EDM y, por tanto, no tiene legitimidad procesal para presentar una reclamación en representación de los demás inversionistas.

276. La demandada sostiene, además, que cualquier compensación por daños debe tomar en consideración la falta de prudencia de la demandante al llevar a cabo las inversiones objeto de la reclamación y la forma como se condujeron las empresas EDM tras la clausura del establecimiento de Nuevo Laredo, incluida, la intervención del Sr. Atallah y el Sr. McDonald en la preparación de un dictamen y su caracterización como un “peritaje de la PGR” presentado en el curso procedimiento administrativo, así como el hecho de que EDM no haya ejercido los recursos legales locales para establecer la legalidad de su equipo de juego.

277. Finalmente, el gobierno de México sostiene que, de cualquier compensación por daños basada en la cantidad de dinero invertida o los costos de amortización, debe descontarse 300,000 dólares, la cantidad supuestamente pagada a los señores Arroyo y Aspe a través de una persona cuya identidad aparentemente es desconocida por los más altos ejecutivos de la demandante y cuyo papel en los hechos de este caso no ha sido explicado²⁷⁹. En términos simples, no se puede establecer que dicho pago haya sido correcto.

278. Los resultados de valuación convertidos a dólares (utilizando el tipo de cambio oficial de 9.566 pesos/dólar al 10 de octubre de 2001) serían: Valor Presente Neto, menos \$1,483,692; Valor en Libros \$1,848,108; Valor de Liquidación \$1,386,054.

279. Transcripción p. 120:10-120:14 de la versión en inglés.

11.7 *As regards interest with respect to the damages:*

(a) *What is the rate of interest to be applied, and which is the currency to be taken into account in that respect?*

278. El pago de intereses sólo es obligatorio tratándose de una expropiación, en cuyo caso “la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago”²⁸⁰. La demandada sostiene que la tasa de interés que pagan los *US Treasury Notes* es una tasa comercial razonable que debe aplicarse a cualquier compensación determinada en dólares. De manera similar, tratándose de un laudo determinado en pesos, los intereses deben determinarse considerando la tasa de Certificados de Tesorería (CETES), el equivalente en México a los *US Treasury Bills*.

(b) *Is interest to be compounded?*

279. No es necesario aplicar un interés compuesto para preservar el valor del laudo si se selecciona un instrumento de deuda típico que tenga un plazo en años aproximadamente igual al lapso entre la fecha de expropiación y la fecha anticipada de pago. Por ejemplo: en las circunstancias de este caso, el plazo de los *US Treasury Notes* a tres años sería aproximadamente el mismo que el periodo entre la clausura del establecimiento de Nuevo Laredo en octubre de 2001 y la fecha anticipada de pago (si este es el caso) a fines de 2004.

280. El interés que pagan los *US Treasury Notes* con plazo de tres años incluye implícitamente los efectos de componer el interés de un instrumento de deuda a un año o seis meses, durante un periodo de tres años, y evitaría sobrecompensar o subcompensar a la demandante.

(c) *For which period of time is interest to be applied?*

281. En el caso de expropiación, los intereses deben calcularse por el periodo entre de la fecha de expropiación y la fecha de pago, como lo estipula el artículo 1110(4). Si se determina que existió una violación al artículo 1102 ó 1105, los intereses deben calcularse desde la fecha en que se produjo el daño o la pérdida hasta la fecha de pago.

F. Costs

12. *What are the costs of the arbitration and which party shall bear those costs or in which proportion shall those costs be allocated between the parties?*

282. El gobierno de México considera que el Tribunal debe condenar a la demandante al pago de los gastos del procedimiento²⁸¹. La forma como ha presentado el caso rebasa los límites de lo

280. Véase el artículo 1110(4) y (5) del TLCAN.

281. Por lo general los tribunales han sido renuentes a otorgar costos cuando ambas partes han presentado sus argumentos en buena fe y particularmente cuando se trata de argumentos legales que no han sido estudiados previamente. En el caso *Waste Management c. los Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB(AF)/98/2 (*Waste Management I*) el Tribunal ordenó a la demandante pagar al gobierno de México su parte correspondiente

La nota continúa en la página siguiente...

que puede considerarse una conducta apropiada. Ha quedado plenamente demostrado que las medidas que se reclaman constituyen actos de buena fe en ejecución de la ley, respecto de una actividad que se encuentra prohibida en el país, como lo está en otros países del mundo, incluido Estados Unidos, donde las excepciones son muy limitadas. La demandante ha presentado un caso sobre la base de información incorrecta o tergiversada deliberadamente, incluso a través de sus testigos, entre los cuales están ejecutivos de la propia demandante y quienes hicieron numerosas afirmaciones sabían o debían haber sabido eran incorrectas. Ello no sólo incrementó la complejidad de este arbitraje, sino que también representó una carga de trabajo innecesaria, tanto para la demandada como para el Tribunal. En el último día de la audiencia, la demandada proporcionó al Tribunal un documento en el que se señalan las múltiples contradicciones en las que incurrió la demandante en la audiencia. Para mejor referencia, la demandada proporciona nuevamente como apéndice de este escrito un cuadro que contiene tales contradicciones.

283. En opinión de la demandada, otras situaciones que acontecieron durante este arbitraje son altamente criticables y el Tribunal no debe soslayarlas; por ejemplo, el que la demandante haya presentado el dictamen de Netcomm como un dictamen “de la Procuraduría General de la República” tanto a la SEGOB (recuérdese que los señores Atallah y Mitchell estuvieron presentes en la audiencia administrativa) como a este Tribunal.

284. Adicionalmente, el gobierno reitera que la negativa de la demandante de proporcionar los documentos solicitados por la demandada relativos a su relación con los señores Ong, Oien, Aspe y Arroyo, y la entrega de sólo algunos por orden del Tribunal, poco antes de que la demandada tuviera que presentar su Escrito de Dúplica, afectó el desarrollo normal del arbitraje²⁸². Como ya se sabe, los Sres. Ong y Oien, Aspe y Arroyo fueron personajes centrales en la creación de EDM y en la incursión de Thunderbird en México. Sin embargo, su participación, particularmente la de los señores Aspe y Arroyo, no ha sido explicada, como tampoco han sido explicadas las circunstancias del pago de 300 mil dólares como “cuota de éxito” por la obtención del oficio de la SEGOB.

285. En la opinión respetuosa del gobierno de México, la conducta que ha exhibido la demandante y intención de someter la reclamación a arbitraje es inaceptable, y debe condenársele al pago de los costos del arbitraje a favor del gobierno de México. Puesto que las premisas de hecho sobre las que sustenta su caso son falsas, el gobierno de México considera que la condena en costas debe restituirle todos sus costos, incluso los incurrido por concepto de peritajes, sus consultores externos, viáticos y pasajes, y otros gastos erogados por el gobierno de México en la elaboración de su defensa. Como mínimo, la demandada solicita que el Tribunal requiera a Thunderbird cubrir los gastos de arbitraje del gobierno de México.

...la nota continúa de la página anterior

de los gastos administrativos del procedimiento. Sin embargo, los aspectos esenciales de este caso no involucran nuevas teorías legales, sino que es un caso que más bien gira en torno de los hechos.

282. En un principio, la demandante se rehusó a presentar los documentos en cuestión argumentando que no eran pertinentes y que los señores Aspe y Arroyo fueron asesores jurídicos de Thunderbird y de que la correspondencia con ellos estaba reservada por la tratarse de información entre un abogado y su cliente. Véanse las comunicaciones del Sr. Crosby a la demandada de fecha 22 de septiembre y 5 de diciembre de 2003.

IV. PETICIÓN

286. Por lo expresado en éste y sus demás escritos y argumentos orales, la demandada reitera su solicitud que el Tribunal deseche la reclamación presentada por *International Thunderbird Gaming Corporation* en su totalidad, con la correspondiente condena en costas.

Todo lo cual se somete
respetuosamente a su consideración

(firma en el original)

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

2 de agosto de 2004

Apéndice

Transparency	
♦ SOR: Thunderbird approached it [<i>sic</i>] investment activities in Mexico with the same notions of transparency and accountability. <i>(Thunderbird's Statement of Reply, page 21, lines 26-27)</i> ♦ Mitchell: I instructed the lawyers and I talked to the lawyers several times, this has to be a transparent situation. There should be no confusion whatsoever that these machines are the type of machines we ring go to come and operate. <i>(Transcript, page 294, lines 1-6)</i> ♦ Mitchell: We were advised by Baker & McKenzie with certainty that skill machines of the type we were going to operate were allowable in Mexico. <i>(Transcript page 280, lines 7-10)</i>	Q: Mr. Mitchell was here yesterday, and he declared...that he instructed the lawyers to fully report to Gobernacion about the nature of the machines. You received those instructions? Ruiz de Velasco: No Q. Baker & McKenzie lawyers would have received those instructions to Mr. Mitchell? A. Let me recall that those who were working on the application were Messrs. Arroyo and Aspe. And we helped with the drafting we helped but we didn't draft it ourselves. <i>(Transcript page 578, line 18, page 579, lines 1-9)</i>
“Full disclosure”	
Q: Mr. Mitchell, in expecting your lawyers to make full discovery, or full disclosure to Gobernacion, was it your expectation, then, they would have notified Gobernacion that the machines you proposed to use were the same or similar to those used by Mr. Guardia at Juarez? Mitchell: Yes. <i>(Transcript, page 299, lines 5-11)</i>	Q: Now, you also said that did you not know that printed tickets that the machines actually printed tickets that could be exchanged for money— Ruiz de Velasco: For cash Q. For cash; is that right? A. That's correct. Q. ...wouldn't you agree, Mr. Velasco, that the client probably didn't even make full disclosure to its own lawyers? A. I don't know ... Q. They did not disclose to you? A. They were giving cash, no, at that time,

	no. <i>(Transcript at page 658, line 8-17, page 659, line 6-8)</i> Q: Now, Mr. Mitchell yesterday also testified that to fully inform Gobernacion, he had instructed the lawyers to inform Gobernacion that the machines that would know used by EDM were the same or very similar to those that were used by Mr. Guardia in Ciudad Juarez. I suppose that you didn't receive these instructions either, is that correct? Ruiz de Velasco: Yes, that is correct. <i>(Transcript, page 585, line 18-21, page 586, line 1-4)</i>
"Full disclosure" of makes and model numbers	
♦ Crosby Opening: In that August 3 solicitud we set forth the make and model number and kinds of machines we intended to operate. We set forth very precisely the manner of their operation. <i>(Transcript, page 30, lines 9-13)</i>	President Van den Berg: You testified a couple of minutes ago that with respect to paragraph 4 of the application, Exhibit C-17. Ruiz de Velasco: Yes. President Van den Berg: That you did not know what the model MTL 19 U-8L of Bestco meant, that what SCI model 17-inch UR meant. A. That's correct. <i>(Transcript, page 583, lines 14-21)</i> President Van den Berg: ... You see there in the second line, model MTL 19 U-8L. Do you see that? McDonald: Yes. President Van den Berg: Is this a model number of Bestco that you recognize? A: I'm not familiar with their model numbers. <i>(Transcript, pages 445-446, lines 14-21 and 1-4)</i>
Meetings with Gobernacion	
♦ Mitchell: I believe the formal solicitation was on August 3rd, and I went to a meeting in the latter part of July, just a week or so before that, and all of the principal lawyers, Arroyo,	♦ Ruiz de Velasco: ...I should also clarify that in the preparation of the application, Messrs. Aspe and Arroyo held meetings with officials of Gobernacion, which I did not

Aspe, and then the Baker & McKenzie lawyers were there, and everyone discussed the subject of the solicitud, and the fact that there was an ongoing process, and that there were discussions and, in effect, drafts being passed around between the lawyers and the Gobernacion lawyers. (<i>Transcript, page 377, lines 2-11</i>)	attend to ask about the content of the application. In other words, they went, exchanged views with the officials and came back and met with me to continue drafting the application. (<i>Transcript, page 577, lines 7-11</i>) Q: You did not take part in those meetings? Ruiz de Velasco: No, I didn't. (<i>Transcript, page 578, lines 1-2</i>) President Van den Berg: And your colleague from the other firm, Aspe and Arroyo, were they involved in any way with drafting? Ruiz de Velasco: I guess they were in dialogues with the offices of Gobernacion for the issuance of that letter, yes ... President Van den Berg: Were you involved in the process? A: No. (<i>Transcript, page 634, lines 2-7, 11-13</i>)
The “iron- clad” <i>oficio</i>	
Mitchell: At that point in time I was really relying upon the knowledge of our Baker & McKenzie counsel, and they felt it [the <i>oficio</i>] was very strong, and in effect iron-clad. It really took all of the governmental risk out of our operations. So, I tend to rely upon these types of advisers in these countries. (<i>Transcript, page 375, line 13-19</i>)	Arbitrator Portal-Ariosa: Did you know that these machines were going to print out cash that was going to be exchanged for the winners for cash? I'm sorry, printed tickets and then exchange, not printing cash. Ruiz de Velasco: I didn't, no. Arbitrator Portal-Ariosa: Had you known, would have you changed your August 25th legal opinion? A. Probably. Arbitrator Portal-Ariosa: In what sense? A. Because it probably could have bid in as gambling or betting. (<i>Transcript, page 649, lines 14-21, page 650, lines 1-5</i>)
The recycled machines from U.S. Indian casinos	
SoR: None of the machines which were operated at Thunderbird's EDM Enterprises	Q: Last sentence [of Letter to Shareholders from 2001 Annual Report] reads as follows:

had ever been declared illegal in the United States. In fact, the machines operated at the EDM facilities were distinct to the Mexico market. <i>(Thunderbird's Statement of Reply, page 10, lines 22-24)</i> Mitchell: Typically what we did with the machines that we recovered in California was to sell those machines to SCI, who then used them for parts or refurbished or redesigned and used them or sold them to various places. <i>(Transcript, page 316, lines 10-17)</i>	The company wrote off \$209,000 of gaming equipment that was intended to be refurbished for the Mexico market. So at least in 2001 the company had some gaming in Mexico that came from its inventory or came on return from Indian lands; is that correct? Mitchell: I assume that to be correct that, statement. <i>(Transcript, page 365, lines 1-10)</i> McDonald: ...some [refurbished machines] could have come from Thunderbird, some of their facilities. <i>(Transcript page 442, lines 19-2h1)</i>
Video Poker	
Mitchell: I don't believe the games we proposed to include video poker that we ever put – Q: I understood Mr. Atallah to agree today that video poker was one of the games used in Mexico. A: Again, I didn't hear that testimony. I'm telling you that we did not, to my knowledge, ever have a video poker game on the floor in Mexico. <i>(Transcript, page 299, line 21, page 300, lines 1-10)</i>	Atallah: ...my opinion of what's a classic skill game is a poker-themed game, which allows the player to interact not only in terms of understanding what's before that player, also thinking through how many cards are left in a particular suit, and the number. We had that type of variation of game in Mexico. <i>(Transcript, page 216, lines 18-21, page 217, lines 1-4)</i> McDonald: ...it's similar to poker games, but you would have to specify a specific poker game. ...I mean there's a number of different types of poker games. It's similar to poker. <i>(Transcript, page 507, lines 6-10)</i>
The "independent" PGR (Netcomm) Report	
Crosby opening: This is not our report. This is a report requested by the PGR in Mexico. They chose the person to come in and do the report. We had nothing to do with the preparation of this report. <i>(Transcript, page 44, lines 9-13)</i>	Q: ...doesn't this [i.e. handwritten comments on a draft of the report] indicate that you were involved in making comments to Netcomm before they finalized the report? Atallah: One can lead to that conclusion. <i>(Transcript, page 172, lines 11-14)</i> Q: We heard testimony here yesterday, Mr. De Velasco, that Mr. Atallah had, in fact, made comments on a draft of that report. Were you aware of that?

President Van den Berg: Is Netcomm a gaming laboratory technician? McDonald: I'm not familiar with that company. <i>(Transcript, page 486, lines 16-19)</i>	Ruiz de Velasco: No. ... Q: And you were not aware of that; is that correct? A: His involvement? Q: Yes. A: I don't recall. I guess I did. <i>(Transcript, page 602, lines 19-21, page 603, lines 1-2, 19-21, page 604, lines 1-2)</i> Q: ... Would you please look at your handwriting on the upper left side [of draft Netcomm report]. So you see there where it says "from Kevin"? ... Attalah: Yes. Q: Okay. Is Kevin, Kevin McDonald? A: That would be that reference, yes. <i>(Transcript, page 170, lines 5-11)</i>
Reliance on A-1 Financial's representations	
Annual Information Form 2001: Thunderbird and its investor group invested well over \$6,000,000 in cash and \$2,000,000 in capital equipment based upon the representation made by A-1 Financial concerning the viability of business in Mexico. <u>Based on that representation, Thunderbird opened three locations and is currently battling the Government of Mexico in its' attempt to shut the entire operation down.</u> Thunderbird intends to file a cross-complaint against A-1 financial to seek not only the payments that have been made to date, but also for damages arising from fraud, intentional misrepresentation, interference with contractual relations, the cost to re-open the facilities, among other charges. <i>(Annual Information Form 2001, dated May 12, 2002, page 16-7, Exhibit R-26 [Emphasis added.])</i>	Q: Was that disclosure true and accurate, sir? Mitchell: I have – I don't know. I didn't prepare this or review this. <i>(Transcript, page 337, line 18-21)</i> Q: ...(Reading) Based upon that representation, Thunderbird opened three locations and is currently battling the Government of Mexico in attempt to shut the entire operation down. Was that true? A: No. <i>(Transcript, page 340, lines 9-14)</i> Q: ...So what is the fraud and intentional misrepresentation of A-1 and of – A-1 Financial in this case? Mitchell: I'm not aware of any. That sounds like lawyerese in an answer to a complaint where you are throwing a bucket of everything at somebody who is suing you. <i>(Transcript, page 341, lines 16-21, page 342, line 1)</i>

	Q. So those two sentences I just read [from the corporate disclosure] were truthful, were they not? Atallah: Absolutely. Q. Absolutely, Thunderbird relied on A-1 Financial in making its investments in Mexico? A Yes, but not completely relied on. They relied on it.
Juegos de Mexico Inc.	
PSoC: On August 10, 2000, Thunderbird through two wholly-owned subsidiaries, Juegos de Mexico Inc. and International Thunderbird Brazil, acquired all outstanding shares of EDM. Mitchell, Watson, and Atallah were designated as the board of directors of EDM. <i>(Thunderbird's Particularized Statement of Claim, page 7, lines 16-18)</i>	Mitchell: No, I don't recall JDMI.... Q: Well, think about JDMI for a moment, and perhaps I can give you its full name, Juegos de Mexico, Inc. Do you recognize that name? A. Today? Q. Yes. A. No. <i>(Transcript page 257, at lines 9, 12-18)</i>
Customization of Machines for Mexico	
McDonald Witness Statement: I then obtained the specifications of the types of games that Thunderbird was interested in and developed software for those particular games. <i>(2 February 2004, paragraph 8)</i>	President Van den Berg: Is it correct that both these criteria give you a fairly large measure of discretion to determine what is predominately skill and what can be done with a skill stop button? McDonald: There were no specific parameters given to me. <i>(Transcript, page 535, lines 6-14)</i>