



**ANTE EL HONORABLE TRIBUNAL ARBITRAL ESTABLECIDO CONFORME AL  
CAPÍTULO XI DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE  
(TLCAN)**

**B-MEX Y OTROS  
(DEMANDANTES)**

**v.**

**LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS  
(DEMANDADA)**

**CASO ICSID No. ARB(AF)/16/3**

---

**Escrito Posterior a la Audiencia**

---

**Por los Estados Unidos Mexicanos:**

Samantha Atayde Arellano

**Asistida por:**

**Secretaría de Economía**

Ximena Iturriaga

Geovanni Hernández Salvador

Blanca del Carmen Martínez Mendoza

**Tereposky & DeRose LLP**

J. Cameron Mowatt

Jennifer Radford

Alejandro Barragán

Yuritzi Pérez

17 de agosto de 2018

Tabla de contenido

<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>II. LA PRESUNTA FALTA DE CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE DE TODAS LAS DEMANDANTES, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 1121 .....</b>	<b>4</b>
Respuesta a la pregunta 3 (i).....	7
Respuesta a la Pregunta 3(ii).....	9
Respuesta a la pregunta 3 (iv).....	12
<b>III. FALTA DE CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE DE LA DEMANDADA DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 1122.....</b>	<b>13</b>
Respuesta a la pregunta 4(i)(a) .....	15
Respuesta a la pregunta 4(i)(b) .....	17
Respuesta a la pregunta 4(i)(c) .....	18
Respuesta a la pregunta 4(i)(d) .....	19
Respuesta a la pregunta 4(i)(e) .....	19
Respuesta a la pregunta 4(ii)(a) .....	19
Respuesta a la Pregunta 4(ii)(b).....	20
Incumplimiento del Artículo 1119.....	21
Respuesta a las preguntas 2(i) y (ii).....	25
<b>IV. FALTA DE LEGITIMACIÓN PROCESAL PARA PRESENTAR RECLAMACIONES EN NOMBRE DE LAS EMPRESAS MEXICANAS DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 1117 DEL TLCAN.....</b>	<b>31</b>
Respuesta a la Pregunta 1(i).....	41
Respuesta a la Pregunta 1(ii).....	46
Respuesta a la Pregunta 1(iii) .....	48
<b>V. PREGUNTAS ADICIONALES DEL TRIBUNAL SOBRE CUESTIONES DE HECHO Y EVIDENCIA .....</b>	<b>49</b>
Respuesta a la Pregunta 5 .....	49
Respuesta a la pregunta 6.....	53
Respuesta a la pregunta 7 (i).....	55
Respuesta a la pregunta 7 (ii).....	58
Respuesta a la pregunta 7 (iii).....	59
Respuesta a la pregunta 7 (iv).....	59
<b>VI. OBSERVACIONES FINALES.....</b>	<b>64</b>

## **I. Introducción**

1. La Demandada estructurará el presente escrito posterior a la audiencia según las instrucciones establecidas en el párrafo 5 de la Resolución Procesal No 4. La Resolución no menciona los Artículos 1119 y 1120, mientras que la Resolución Procesal No. 5 instruye a las partes a contestar dos preguntas –2 (i) y (ii)– en relación con esos artículos. Las respuestas de la Demandada a las preguntas 2 (i) y (ii) seguirán sus alegatos sobre el Artículo 1122.

2. Al limitar sus alegatos a los temas y preguntas estipulados por el Tribunal, la Demandada de ninguna manera abandona, varía o deroga, los argumentos presentados en sus objeciones al registro de la reclamación o sus tres escritos impugnando la jurisdicción del Tribunal para resolver la reclamación.. En breve:

- i. Cada una de las Demandantes Adicionales incumplió con el Artículo 1119 al no entregar una notificación de intención al menos 90 días antes de someter sus reclamaciones a arbitraje, y ello dio como resultado que el supuesto sometimiento de su reclamación a arbitraje fuera nulo *ab initio* y, adicionalmente, no obtuvieron el consentimiento de México al arbitraje de conformidad con el Artículo 1122. Esto privó al Tribunal de jurisdicción para decidir sus reclamaciones por dos razones: (i) el sometimiento de sus reclamaciones a arbitraje fue inválidas y, por lo tanto, inexistentes de inicio, y (ii) México no ha consentido a arbitrar reclamaciones de inversionistas que no hayan entregado una notificación de intención al menos 90 días antes de presentar sus reclamaciones. La posición de México está totalmente respaldada por los escritos presentados por Canadá y los Estados Unidos de conformidad con el Artículo 1128.
- ii. Cada una de las Demandantes y cada una de las Empresas mexicanas incumplió con el Artículo 1121 al no entregar ni presentar un consentimiento al arbitraje de conformidad con los procedimientos establecidos en el TLCAN, ocasionando que cada uno de sus supuestos sometimientos a arbitraje (en nombre propio y en nombre de las Empresas Mexicanas) fuera nulo *ab initio* y, adicionalmente, ninguno de ellos obtuvo el consentimiento de México al arbitraje de conformidad con el Artículo 1122. Esto privó al Tribunal de jurisdicción para decidir sus reclamaciones por dos razones: (i) sus sometimientos a arbitraje fueron inválidos y por lo tanto inexistentes de inicio, y (ii)

México no ha consentido a arbitrar reclamaciones de inversionistas que no hayan entregado un consentimiento por escrito de conformidad con los procedimientos establecidos en el TLCAN. La posición de México de que el consentimiento al arbitraje debe ser explícito y no ambiguo está respaldada por los escritos presentados por Estados Unidos al amparo del artículo 1128.

iii. Ninguna de las Demandantes, individual o colectivamente, pueden demostrar que tienen legitimación procesal (“*standing*”) para hacer valer una reclamación al amparo del Artículo 1117 en nombre de cualquiera de las Empresas Mexicanas, con la posible excepción de Juegos Naucalpan, por los siguientes motivos:

- Ninguna de ellas, individual o colectivamente, tiene, directa o indirectamente, la propiedad de alguna de las Empresas Mexicanas;
- No están obligadas por algún instrumento legal a votar sus partes sociales de alguna forma dada que otorgue a uno o más de ellos el control legal directo o indirecto sobre cualquiera de las Empresas Mexicanas;
- Incluso si no fuera necesario contar con un acuerdo de socios o un instrumento similar para establecer el control legal por parte de socios con ideas afines, las Demandantes Originales, por sí mismas, no pueden establecer el control legal de cuatro de las cinco Empresas Juegos debido a que, colectivamente, no cuentan con la mayoría de partes sociales con derecho a voto en esas empresas; y
- Incluso si el llamado ‘control *de facto*’ pudiese ser considerado como ‘control’ de conformidad con el Artículo 1117, las Demandantes perdieron el control de todas las Empresas Juegos cuando entregaron el control de los Consejos de Gerentes al grupo Chow en agosto de 2014, mismo que no recuperaron hasta enero de 2018, 19 meses después de que supuestamente sometieron sus reclamaciones a arbitraje en nombre de las Empresas Juegos.

3. Las Demandantes fueron informadas inmediatamente de la posición de México con respecto al incumplimiento de las Demandantes Adicionales del Artículo 1119 y del incumplimiento por parte de todas las Demandantes y las Empresas Mexicanas del Artículo 1121. No obstante, exigieron que la Secretaría General procediera a registrar a los inversionistas, insistiendo en que

se había cumplido el Artículo 1119 porque hubiera sido ‘inútil’ que las Demandantes Adicionales entablaran consultas conforme al Artículo 1118, y debido a que sus poderes y/o la presentación por parte de sus abogados del RFA constituía un cumplimiento suficiente del Artículo 1121.

4. El incumplimiento de las Demandantes de estos, requisitos obligatorios, claramente redactados, fue flagrante, atroz y sin precedentes. Esta es una cuestión de importancia institucional para las Partes del TLCAN.<sup>1</sup> Excusar el incumplimiento por parte de las Demandantes del Artículo 1119 o del Artículo 1121 indicaría que dichos requisitos son opcionales o discrecionales, o que un tribunal receptivo puede pasarlos por alto por. De ahí la presentación de dos escritos presentados por Canadá y Estados Unidos, de conformidad con el Artículo 1128.<sup>2</sup>

5. En los alegatos de apertura de las Demandantes, su abogado argumentó enérgicamente: “no hay Tribunal del TLCAN que haya negado jurisdicción por supuestos defectos técnicos en la Notificación de Intención”.<sup>3</sup> La razón de esto debería ser evidente. En las más de 50 reclamaciones que han sido sometidas a arbitraje en 24 años desde la entrada en vigor del TLCAN, ningún reclamante o grupo de reclamantes han dejado de identificarse adecuadamente en una NOI de conformidad con el Artículo 1119 ni han dejado de proporcionar adecuadamente su consentimiento al arbitraje de conformidad con el Artículo 1121. Las Demandantes eligieron conscientemente los procedimientos a seguir y ahora no pueden quejarse de que están siendo tratadas con dureza bajo requisitos claramente redactados que son universalmente comprendidos y seguidos por los litigantes del Capítulo 11.

6. Finalmente, el incumplimiento de los artículos 1119 y 1121 son faltas graves que privan al Tribunal de jurisdicción. No son simplemente cuestiones de “admisibilidad” que pueden de alguna manera remediarse con efecto retroactivo. Sin embargo, incluso si estas fallas pudiesen ser caracterizadas como una cuestión de admisibilidad, el resultado sería el mismo: la reclamación tendría que ser desechada.

---

<sup>1</sup> Alegato de Apertura de la Demandada, Transcripción, Día 1, p: 4-9.

<sup>2</sup> *Id.*, Transcripción, Día 1, p. 21:10-14. Ver también la Réplica a las Objeciones de la Jurisdicción ¶ 10, 28-32.

<sup>3</sup> Alegatos de Apertura de la Demandante, Transcripción, Día 1, pp. 223:1-4.

## **II. La presunta falta de consentimiento al arbitraje de todas las Demandantes, de conformidad con el Artículo 1121**

7. La jurisdicción de un tribunal deriva de un acuerdo arbitral. Tal acuerdo no puede existir a menos que ambas partes de la controversia consientan al arbitraje. En este sentido, las dos preguntas principales para el Tribunal son: (i) ¿han consentido al arbitraje las Demandantes? y (ii) ¿ha otorgado la Demandada su consentimiento de conformidad con el Artículo 1122? Si la respuesta a alguna de estas dos preguntas es negativa, el Tribunal debe concluir que no existe un acuerdo arbitral y que no tiene jurisdicción para decidir este caso.

8. Esta sección aborda la primera pregunta, mientras que la segunda se atenderá en la siguiente sección intitulada “Falta de consentimiento de la Demandada al arbitraje conforme al Artículo 1122”.

9. Sobre la cuestión relativa al consentimiento al arbitraje, hay dos preguntas principales que el Tribunal tiene que resolver: (i) ¿Permite el Artículo 1121 el consentimiento implícito o constructivo? y (ii) ¿se puede decir que el consentimiento al arbitraje está implícito o se otorgó de manera constructiva a través de los poderes (POAs) o la Solicitud de Arbitraje (RFA)? La Demandada sostiene que la respuesta a ambas preguntas es “no”.

10. El Artículo 1121(3) exige a los inversionistas contendientes otorgar su consentimiento al arbitraje de una manera específica: se manifestará por escrito, se entregará a la Parte contendiente y se incluirá en el sometimiento de inversionistas a arbitraje. Este requisito claramente redactado descarta cualquier posibilidad de consentimiento implícito o constructivo.

11. El hecho de que el Artículo 1121 se titule “condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral” también deja claro que cualquier sometimiento al arbitraje que no incluya un consentimiento por escrito en la forma requerida por el Artículo 1121(3) será considerada nula *ab initio* y privaría al Tribunal de jurisdicción para decidir inversionistas.

12. Las Demandantes sostienen que consintieron al arbitraje a través de los POAs que cada uno de ellos les dieron a los abogados de Quinn Emmanuel y a través de la presentación y el texto

específico utilizado en la RFA.<sup>4</sup> Ambos argumentos carecen de fundamento, ya que ni los POAs ni la RFA contienen una expresión clara y explícita de consentimiento al arbitraje por parte de las Demandantes o las Entidades Mexicanas en cuyo nombre se sometió la reclamación a arbitraje. Como se ha señalado en escritos anteriores, la palabra “consentimiento” ni siquiera se utilizó en los documentos mencionados.<sup>5</sup>

13. La Demandada además sostiene que ni la presentación del RFA ni el párrafo 114 de la misma tuvieron la intención de servir como consentimiento al arbitraje. El argumento es una ocurrencia de último momento destinada a ocultar un defecto obvio del sometimiento de la reclamación a arbitraje. La evidencia sobre esto es clara:

- *Primero*, el párrafo 119 de la RFA establece: “*Claimants and the Mexican Companies have provided the requisite consent to arbitration under the Additional Facility and waiver in the form contemplated by Article 1121 of the NAFTA*”. [Énfasis propio] La nota al pie ubicada al final del pasaje citado refiere al lector al Anexo C-004 (etiquetada como “*Consent Waivers*”), que contiene los POA y renunciaciones.<sup>6</sup>
- *Segundo*, en su respuesta a la Objeción de México al Registro de inversionistas, de fecha 21 de julio de 2016, las Demandantes explicaron al CIADI que: “*Claimants are working diligently to regain board control of these enterprises so that they may provide the consents and waivers specified in Article 1121, but their non-submission should not be held against Claimants [...]*” [Énfasis añadido por la Demandada].<sup>7</sup> La declaración implícitamente reconoce que las Entidades Mexicanas no consintieron al arbitraje a través de la RFA.

---

<sup>4</sup> En el párrafo ¶ 114 las Demandantes afirman: “By this Request for Arbitration, Claimants accept Mexico's offer, and hereby submit the present dispute to arbitration under the Additional Facility Rules of ICSID”. [Énfasis añadido por la Demandada]

<sup>5</sup> Memorial de Jurisdicción, ¶ 7.

<sup>6</sup> Memorial, ¶¶ 87-88.

<sup>7</sup> Respuesta de las Demandantes a la Objeción de México a la Jurisdicción, de fecha 21 Julio 2016, pp. 8-9.

- *Tercero*, el 2 de agosto de 2016, la Secretaría del CIADI informó a las Demandantes que no registraría la reclamación a nombre de las Empresas de Juegos a menos que las Demandantes presentaran los consentimientos y renunciaciones en nombre de estas entidades.  
<sup>8</sup> Las Demandantes respondieron presentando nuevos POAs firmados por el Sr. Pelchat. En particular, no argumentaron que el consentimiento estuviera implícito en la presentación de la RFA o en el párrafo 114 de la misma.
- *Cuarto*, durante el interrogatorio, el Sr. Pelchat confirmó que los “consentimientos” a los que se referió en su declaración testimonial eran los poderes otorgados por las Demandantes en respuesta a la comunicación del CIADI.<sup>9</sup> Estos poderes son idénticos a aquellos presentados por las Demandantes
- *Quinto*, si las Demandantes creían que podían cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 1121 incluyendo un texto específico en el RFA –como lo sostienen en el caso de los consentimientos de las Demandantes– sería lógico que siguieran un procedimiento similar en el caso de sus propias renunciaciones y los consentimientos y

---

<sup>8</sup> Carta de la Secretaría del CIADI de fecha 2 de agosto del 2016 , p. 1.

<sup>9</sup> Testimonio del Señor Pelchat, , Día 3, pp. 799:22 - - 802:4.

P. Ahí hace referencia a ciertos consentimientos y renunciaciones que firmó el 5 de agosto de 2016 a nombres de las Compañías Juegos ¿Es correcto?

R. Ajá [...]

P. ¿Son estos los consentimientos y renunciaciones que usted firmó?

R. Así es.

P. Nada más para confirmar: los documentos que llevan como título, y cito en inglés, "Power of Attorney," son los consentimientos. ¿Correcto??

R. Sí. [...]

P. Did you prepare these documents or were they presented to you? ¿Usted firmó estos documentos como miembro del Consejo de Gerentes?

R. They were presented to me. Sí, todavía estaba en el Consejo.

P. ¿Usted preparó estos documentos o se le fueron presentados a usted?

R. Me los presentaron.

P. ¿Quién se los presentó?

R: Este – los abogados americanos.

renuncias de las Entidades Mexicanas. No lo hicieron. Cada uno de ellos presentó un POA y una renuncia que están incluidos en el mismo documento.

14. Las propias acciones y declaraciones de las Demandantes desmienten su argumento actual de que consintieron al arbitraje a través de la RFA. Por lo tanto, como se señala en la Réplica de la Demandada, “la cuestión de si se cumplió el Artículo 1121 depende finalmente de si cada POA equivale a “consentimiento al arbitraje de conformidad con los procedimientos establecidos en [el TLCAN]”.<sup>10</sup>

15. Los POAs no constituyen consentimiento de conformidad con el Artículo 1121. Otorgar a un abogado la autoridad para actuar en nombre propio no equivale a consentir en el arbitraje. A lo más, sugiere que las Demandantes habrían estado dispuestas a aceptar el arbitraje si se les hubiera preguntado, pero no constituye un consentimiento al arbitraje en el sentido en que se utiliza dicho término en el Artículo 1121:

#### **Respuesta a la pregunta 3 (i)**

**El Artículo 1121 (1) y (2) establece dos “condiciones previas”: el inversionista y la empresa (i) “consienten en someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado”, y (ii) “renuncian a su derecho de iniciar o continuar” procedimientos domésticos. El Artículo 1121 (3) especifica que “[e]l consentimiento y la renuncia requeridos por este Artículo se manifestarán por escrito, se entregarán a la Parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de inversionistas a arbitraje”.**

**¿Se puede argumentar que las “Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral” son requisitos que condicionan el consentimiento al arbitraje de una de las Partes del TLCAN según la Sección B y, por lo tanto, la jurisdicción de un tribunal. En esa lectura, ¿el incumplimiento de un inversionista/empresa en cumplir las dos condiciones precedentes no necesariamente privaría a un tribunal de jurisdicción?**

16. La posición de la Demandada, confirmada por numerosos tribunales del TLCAN, es que el incumplimiento de los requisitos del Artículo 1121 priva al Tribunal de jurisdicción. México planteó esta cuestión en los ¶¶ 78-86 de su Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción, citando a *Detroit International Bridge y Cargill*:

17. En *Detroit International Bridge*:

291. NAFTA Article 1121, entitled “Conditions Precedent to Submission of a Claim to

---

<sup>10</sup> Réplica sobre la Jurisdicción, ¶ 91.

Arbitration” stipulates the conditions that a claimant must meet in order to submit a claim under NAFTA Chapter Eleven. A claimant’s failure to meet these conditions renders the NAFTA Party’s consent to arbitrate without effect.

[...]

337. Accordingly, the Tribunal does not have jurisdiction in this case, because of DIBC’s failure to comply with NAFTA Article 1121.<sup>11</sup>

18. En *Cargill*:

158. En el caso del Artículo 1116, por lo tanto, existen tres interrogantes relativas a la jurisdicción: si la reclamación ha sido incoada por un "inversionista de una Parte"; si la reclamación se refiere a una potencial violación de la obligación establecida en la Sección A, y si la reclamación no ha prescrito.

159. En el caso del Artículo 1117, existe otra interrogante relativa a la jurisdicción respecto de si la reclamación ha sido presentada en representación de "una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto".

160. El demandante también debe cursar una notificación preliminar en virtud del Artículo 1119, así como cumplir la condición previa relativa al consentimiento y, cuando corresponda, a la renuncia, en virtud del Artículo 1121. El consentimiento del demandado deberá cumplir los requisitos estipulados en el Artículo 1122.

[...]

¶ 183. Por último, el Tribunal debe examinar las objeciones relativas a la existencia de consentimiento en el caso de ambas Partes. El consentimiento del inversionista en virtud del Artículo 1121 no se cuestiona. El Demandado, empero, ha planteado una objeción procesal respecto de w1 elemento de la reclamación en relación con la medida relativa al permiso de importación. Como se señaló anteriormente, el Demandado aduce que no fue notificado válidamente en virtud del Artículo 1119. Dado que la capacidad de la Demandante para incoar procedimientos de arbitraje al amparo del Artículo 1122 está limitada a someter reclamaciones "a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado", la interrogante es, entonces, si la Demandante ha incumplido un requisito procesal respecto de la medida relativa al permiso de importación y, en caso afirmativo, si ello invalida el consentimiento prestado por el Demandado respecto de esa reclamación. El Tribunal no considera que éste sea el caso. En su Notificación de intención de someter una reclamación de arbitraje, la Demandante plantea específicamente una queja respecto de la medida relativa al permiso de importación (véase el párrafo 171, supra)..<sup>12</sup>[Énfasis propio]

---

<sup>11</sup> Anexo RL-015, *Detroit International Bridge Company v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-25, Award on Jurisdiction, 2 abril 2015, ¶ 147.

<sup>12</sup> Anexo RL-016 - *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award, 18 septiembre 2009, ¶¶ 158 – 160, 183.

19. Pasajes similares pueden encontrarse en *Canfor*<sup>13</sup>, *Methanex*<sup>14</sup>, *Waste Management*<sup>15</sup> y *Mondev*<sup>16</sup>.

20. El consentimiento del inversionista al arbitraje de conformidad con el Artículo 1121 es un elemento crucial del acuerdo arbitral, no solo porque contiene el consentimiento de una de las partes contendientes, sino también porque es una condición de la oferta de las partes del TLCAN de arbitrar una reclamación de conformidad con el artículo 1122. Como se señala en el pasaje de *Kinnear et. al.* citado en el ¶ 87 de la Réplica:

#### 1 Investor's Consent to Arbitration

Article 1121 provides the investor's consent to arbitration; while Article 1122 provides the State Party's consent to arbitration. In effect, NAFTA constitutes a standing offer by the State Parties to arbitrate, but only on the condition that the investor meet certain requirements. Article 1121(1)(a) provides that an investor bringing a claim under Article 1116 must consent to arbitration “in accordance with the procedures set out in this agreement;” the same consent is found in Article 1121(2)(a) with respect to investors bringing a claim under Article 1117. Because arbitration is based on consent, Article 1121 is an indispensable complement to Article 1122; only if both disputing parties have consented can the tribunal exercise jurisdiction. Article 1121(3) requires that the consent, and the accompanying waiver, be in writing, be delivered to the disputing Party, and be included in the submission of a claim to arbitration. Requiring that investor to deliver written consent satisfies the requirements of the ICSID, the ICSID Arbitration (Additional Facility) Rules, and the New York Convention that arbitration agreements be in writing to be enforceable. [...] <sup>17</sup>

[Énfasis añadido]

### Respuesta a la Pregunta 3(ii)

---

<sup>13</sup> Anexo RL-009 - *Canfor Corporation and others v. United States of America*, UNCITRAL, Decision of Preliminary Question, 6 junio 2006, ¶¶ 171 (segunda viñeta).

<sup>14</sup> Anexo RL-007 - *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Partial Award, 7 agosto 2002, ¶ 120.

<sup>15</sup> Anexo RL-019 - *Waste Management Inc. v. United Mexican States [I]*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, Arbitral Award, 2 junio 2000, ¶¶ 14.1 donde dice: “In the light of this Article, it is fulfilment of NAFTA Article 1121 conditions precedent by an aggrieved investor that entitles this Tribunal to take cognisance of any claim forming the subject of arbitration held in accordance with the dispute settlement pro-cedure established under Chapter XI of said legal text. [...]”.

<sup>16</sup> *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award, 11 octubre 2002, ¶ 44.

<sup>17</sup> Anexo RL-025, pp.4-5

**Podría alegarse que un inversionista/empresa que otorga un poder de representación a un representante legal para que adopte todas las medidas necesarias para someter la reclamación a arbitraje de conformidad con el TLCAN significa que necesariamente presta su consentimiento para el sometimiento de la reclamación a arbitraje en virtud de lo dispuesto por el TLCAN. ¿Puede un inversionista/empresa dar instrucciones a sus representantes legales para iniciar un arbitraje y aun así considerarse que no ha consentido al arbitraje?**

21. México sostiene que el artículo 1121, interpretado de buena fe y teniendo en cuenta el sentido corriente de sus términos en su contexto, requiere que los inversionistas contendientes consientan de manera clara y explícita al arbitraje y *no* permite el consentimiento implícito o constructivo. El propio gobierno de las Demandantes comparte esta interpretación.<sup>18</sup>

22. No puede haber ambigüedad o incertidumbre en torno al consentimiento de las Demandantes porque es un elemento necesario para establecer el acuerdo arbitral. Esta es la razón por la cual el Artículo 1121(3) requiere que el consentimiento sea por escrito, sea entregado a la Parte contendiente y se incluya en el sometimiento de la reclamación a arbitraje. El artículo 1121(3) sería superfluo si se pudiera inferir el consentimiento a partir de las acciones de los inversionistas –como instruir a sus representantes legales para comenzar el arbitraje– o de la presentación de otros documentos, como la RFA o un poder de representación.

23. Un inversionista contendiente puede instruir a su representante legal a comenzar un arbitraje y, aun así, podrá considerarse que *no* ha consentido al arbitraje por haber incumplido con lo dispuesto por el Artículo 1121. Autorizar a un abogado para que actúe y consienta al arbitraje son dos actos jurídicos separados y distintos.

24. Los POAs presentados por las Demandantes no son consentimientos por escrito al arbitraje. Estos autorizan a los abogados de Quinn Emanuel a “tomar las medidas necesarias para iniciar y representar [demandante] y actuar en su nombre contra los Estados Unidos Mexicanos en un procedimiento de arbitraje conforme al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN” ).<sup>19</sup> No es una declaración de alguna de las Demandantes dirigida a la Demandada

---

<sup>18</sup> Vea el Artículo 1128, Presentación de los Estados Unidos, ¶ 11 donde dice: “[...] Además, el “consentimiento requerido por el Artículo 1121 debe ser” claro, explícito y categórico[.]”16”.

<sup>19</sup> Anexo C-4, *Powers of Attorney*.

sobre su consentimiento al arbitraje de conformidad con los procedimientos establecidos en el TLCAN.

25. El consentimiento al arbitraje no se puede inferir de un poder notarial del mismo modo que no se inferir una renuncia. De hecho, nadie podría argumentar seriamente que otorgar un poder de representación a un abogado implica necesariamente que el inversionista o la empresa “haya renunciado a su derecho a iniciar o continuar [...] cualquier procedimiento con respecto a la medida [...]”. Claramente, cualquier parte reclamante debe firmar una renuncia y un consentimiento por escrito al arbitraje de conformidad con el Artículo 1121 del TLCAN, con independencia de las instrucciones o autorizaciones que haya brindado a un abogado a para iniciar un procedimiento arbitral.

### **Respuesta a la pregunta 3 (iii)**

**Suponiendo *arguendo* que un poder de representación válido para el sometimiento de una reclamación incluye necesariamente el consentimiento del mandante para realizar dicha presentación, cuando un inversionista/empresa adjunta un poder de representación escrito a su notificación de arbitraje, ¿puede alegarse que de ese modo están manifestando su consentimiento “por escrito” “a la Parte Contendiente” y están “inclu[yéndolo] en el sometimiento de la reclamación a arbitraje”? ¿Con cuál de estos requisitos no se cumpliría y por qué?**

26. La respuesta a esta pregunta dependería de si el consentimiento “contenido” en el poder de representación constituye una expresión de consentimiento clara y explícita que sea equivalente a la formulación habitual: “Por medio de la presente, doy mi consentimiento al arbitraje de conformidad con los procedimientos establecidos en el TLCAN”. Si ese fuera el caso, la Demandada estaría de acuerdo en que incluir dicho poder y consentimiento en el sometimiento de la reclamación a arbitraje cumpliría con los requisitos del Artículo 1121(3).

27. Para ser claros, la Demandada sostiene que los POAs no contienen una expresión de consentimiento clara y explícita. Los abogados de ambas tradiciones de derecho consuetudinario y civil reconocerían fácilmente que un poder que autoriza al abogado a actuar no es un consentimiento por escrito al arbitraje, del mismo modo que un consentimiento al arbitraje no es una autorización para que un abogado actúe. Se trata de diferentes instrumentos legales que tienen un propósito legal distinto. El Tribunal no puede sostener que un poder de representación constituye un consentimiento por escrito al arbitraje sin recurrir a artificios legales.

### Respuesta a la pregunta 3 (iv)

**¿Corroborar el Artículo 1122(2) lo anterior cuando establece que “el consentimiento a que se refiere el [Artículo 1122(1)] y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversionista contendiente debe satisfacer el requisito de... las Reglas del Mecanismo Complementario para el consentimiento por escrito de las partes”?**

28. La Demandada sostiene que no. El Artículo 1122 (2) significa que el consentimiento otorgado por las Partes del TLCAN bajo el Artículo 1122 (1), debidamente obtenido, cumple con los requisitos del Reglamento del Mecanismo Complementario para el consentimiento por escrito de las partes.

29. El artículo 4 (2) del Reglamento del Mecanismo Complementario establece:

#### Artículo 4

##### **Acceso al Mecanismo Complementario en relación con los procedimientos de conciliación y arbitraje sujetos a la aprobación del Secretario General**

[...]

(2) En el caso de una solicitud basada en el Artículo 2 (a), el Secretario General dará su aprobación solamente (a) si a su juicio se han cumplido los requisitos de esa disposición y (b) si ambas partes aceptan la jurisdicción del Centro conforme al Artículo 25 del Convenio (en lugar del Mecanismo Complementario) en el caso de que al tiempo de la iniciación del procedimiento se hubieran cumplido los requisitos jurisdiccionales *ratione personae* de dicho Artículo.

[...] [Énfasis propio]

30. El artículo 25 de la Convención establece en la parte pertinente:

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado. [Énfasis propio]

31. En resumen, cuando se obtiene debidamente, el consentimiento otorgado por una Parte del TLCAN bajo el artículo 1122 (1) se considerará que satisface el requisito del Artículo 25 del Convenio del CIADI de otorgar consentimiento por escrito.

### III. Falta de consentimiento al arbitraje de la Demandada de conformidad con el Artículo 1122.

32. La Demandada ha mantenido consistentemente a lo largo de este procedimiento y más de 20 años de arbitraje bajo el Capítulo XI, que el consentimiento de una Parte del TLCAN de conformidad con el Artículo 1122 está condicionado al cumplimiento por parte de la parte demandante de los procedimientos y requisitos establecidos en los Artículos 1116 al 1121. Esto deriva del lenguaje claro del Artículo 1122, que establece que: “[c]ada una de las Partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado.”

33. México sostiene que los “procedimientos establecidos en este Tratado” a los que se refiere el artículo 1122 incluyen, *inter alia*:

- Que cada inversionista contendiente presente una NOI al menos 90 días antes de someter su reclamación a arbitraje de conformidad con el Artículo 1119;
- Que cada inversionista contendiente aguarde el período de enfriamiento de 6 meses y elija las reglas de arbitraje aplicables de conformidad con el Artículo 1120; y
- Que cada inversionista contendiente firme un consentimiento escrito y una renuncia en la forma requerida por el Artículo 1121, entregándoselos a la parte contendiente e incluyéndolos con el sometimiento de la reclamación a arbitraje de conformidad con el Artículo 1121.

34. México ha citado varios Tribunales del TLCAN que brindan apoyo a esta interpretación, entre los que destacan, *Methanex*, *Merril & Ring*, *Canfor* y *Bilcon*.<sup>20</sup> Las otras dos Partes del

---

<sup>20</sup> Memorial de Jurisdicción, ¶ 56 citando a: Anexo RL-007, *Methanex Corporation v. United States of America*, Partial Award, 7 agosto 2002, ¶ 120; Anexo RL-008, *Merill & Ring Forestry L. P v. Government of Canada*, UNCITRAL, ICSID Administered, Decision on a Motion to Add a New Party, 31 enero 2008, ¶¶ 28-29; Anexo RL-009, *Canfor Corporation v. United States of America, Tembec Inc. et. al. v. United States of America and Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL, Decision of Preliminary Question, 6 junio 2006, ¶ 171; Anexo RL-010, *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Canada* (UNCITRAL) Award on Jurisdiction and Liability, 17 marzo 2015, ¶¶ 228- 229.

TLCAN comparten la interpretación de la Demandada del Artículo 1122, como lo demuestran sus numerosos escritos de conformidad con el Artículo 1128 en este y otros arbitrajes del Capítulo XI.<sup>21</sup>

35. Las Demandantes han intentado minimizar la importancia de los escritos de las Partes no contendientes del TLCAN, afirmando que “en casos como en este, donde las partes no han aprovechado el procedimiento de la Comisión del TLCAN, no tienen o carecen peso y este Tribunal no les debe dar ninguna importancia.”<sup>22</sup> Aceptar tal proposición vaciaría de significado al Artículo 1128 siendo que ha desempeñado un papel importante en la interpretación y aplicación adecuadas de las obligaciones sustantivas y las disposiciones de solución de controversias del Capítulo 11, como puede verse en el cambio de la interpretación permisiva de los requisitos para someter una reclamación a arbitraje del tribunal *Ethyl*, al reconocimiento, en la jurisprudencia posterior, de que los Artículos 1116 al 1121 son obligatorios, que es coherente con la extensa línea de escritos de conformidad con el Artículo 1128 presentadas por Partes del TLCAN no contendientes después de *Ethyl*.

36. Los escritos del Artículo 1128 deben ser considerados y evaluados adecuadamente por cualquier tribunal encargado de interpretar el TLCAN. Es práctica de los Tribunales del Capítulo XI hacer precisamente eso y a menudo coinciden expresamente con los puntos planteados por las Partes no contendientes. A modo de ejemplo, el reciente laudo en *Resolute Forest Products. v. Canada* sostuvo lo siguiente:

85. The Tribunal does not agree with the Pope & Talbot dictum that time bar objections under NAFTA Articles 1116(2) and 1117(2) constitute an ‘affirmative defence’. The language of NAFTA treats the 3-year time limit as one among a number of requirements that a claimant under Chapter Eleven has to meet to attract jurisdiction over a claim. The Tribunal agrees with later tribunals, and with the United States and Mexico in their Article 1128 submissions, that the claimant has to establish its case on this and other points.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Memorial de Jurisdicción, ¶¶ 60-63.

<sup>22</sup> Preguntas del Tribunal Arbitral, Día 1, p. 241:6-9

<sup>23</sup> Anexo RL-037, *Resolute Forest Products Inc. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2016-13, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 30 enero 2018, ¶ 85 (Judge James R Crawford, AC (Presiding Arbitrator), Dean Ronald A Cass, Dean Céline Lévesque).

37. El reciente laudo en *Mercer v. Canada* proporciona otro ejemplo de la consideración dada a las presentaciones del Artículo 1128 por los tribunales contemporáneos del TLCAN:

7.7 The Claimant added that it did not have to establish discriminatory intent on the Respondent's part. The Respondent characterised this as a mistaken submission that nationality was wholly irrelevant. The Tribunal does not accept the Claimant's submission, based (inter alia) on the submissions of the USA and Mexico summarized below which the Tribunal accepts.

[...]

7.13 In its submission under NAFTA Article 1128, Mexico likewise agrees that the burden remains on the Claimant throughout; and that the Claimant must establish more than a prima facie case.

7.14 The Tribunal agrees with these Article 1128 submissions. However, the Tribunal must also take account of the distinction between the legal burden of proof (which never shifts) and the evidential burden of proof (which can shift from one party to another, depending upon the state of the evidence). Moreover, every party bears the burden of proving its positive allegations, whether claimant or respondent.

[...]

7.19 The Claimant's submissions focus on the circumstances of the investor. The Respondent contends that that is inappropriate and contrary to the plain wording of NAFTA Articles 1102 and 1103, which require the Claimant to prove that the treatment accorded to the investor or its investments was "in like circumstances". In its submission made under NAFTA Article 1128, Mexico agrees with the Respondent on this issue.

7.20 The Tribunal agrees with the Respondent and with Mexico. In its view, the clearest explanation of the position is found in the NAFTA award in *Cargill v Mexico* [...] <sup>24</sup> [Énfasis propio][se omiten los pies de página ]

#### Respuesta a la pregunta 4(i)(a)

**El Artículo 1122 ("Consentimiento al Arbitraje"), primer párrafo, establece en sus términos que "[u]na Parte consiente en someter una reclamación a arbitraje de conformidad con los procedimientos establecidos en este Acuerdo". Los artículos 1121 (1) (a) y 1121 (2) (b) exigen que el inversionista / empresa del mismo modo "consienta al arbitraje de conformidad con los procedimientos establecidos en este Acuerdo". Los artículos 1123 a 1138 (es decir, hasta el final de la Sección B) establecen disposiciones procesales detalladas que rigen cualquier arbitraje conforme a la Sección B.**

**(i) ¿Es apropiado concluir que la frase "de acuerdo con los procedimientos establecidos en este Acuerdo" modifica "arbitraje" en los Artículos 1121 y 1122, considerando las observaciones en (a) a (e) a continuación?**

---

<sup>24</sup> Anexo RL-038, *Mercer International Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/3, Award, 6 marzo 2018, ¶¶ 7.7, 7.13-7.14, 7.19-7.20.

a. Se puede argumentar que el Acuerdo no establece “procedimientos” sobre cómo un inversionista debe expresar su consentimiento al arbitraje cuando los únicos requisitos impuestos por el Artículo 1121 (entregados por escrito a la Parte contendiente e incluidos con el aviso de arbitraje) pueden reducirse a un solo (y simple) acto, en lugar de una serie de múltiples pasos consecutivos, lo que se puede decir que es el significado ordinario de “procedimientos”, especialmente cuando se usa en plural.

38. El sentido ordinario del término “procedimiento” no se limita a “una serie de múltiples pasos consecutivos”, sino que incluye “una forma particular de lograr algo o de actuar”<sup>25</sup> o “una forma establecida u oficial de hacer algo”.<sup>26</sup> Del mismo modo, en español, el término “procedimiento” se define como: “método de ejecutar algunas cosas”.<sup>27</sup>

39. La Demandada sostiene que la frase “de conformidad con los procedimientos establecidos en este Tratado” en los artículos 1121 y 1122 modifica el término “arbitraje”. Sin embargo, dado que un arbitraje comienza con el sometimiento de la reclamación, la frase “de conformidad con los procedimientos establecidos en este Tratado” en el Artículo 1121 incluye el procedimiento que debe seguirse para someter válidamente una reclamación a arbitraje.

40. La Demandada discrepa fuertemente de la afirmación de que el TLCAN no establece un “procedimiento” para el otorgamiento del consentimiento al arbitraje por el inversionista. El artículo 1121(3) exige que el consentimiento y las renunciaciones se hagan por escrito, lo que a su vez requiere la creación de un documento (o documentos) que expresamente establezca el consentimiento del inversionista/empresa al arbitraje de conformidad con los procedimientos establecidos en el TLCAN y su renuncia a sus derechos de iniciar o continuar cualquier procedimiento con respecto a la medida presuntamente violatoria del TLCAN. En segundo lugar, la misma disposición exige que dichos consentimientos y renunciaciones se incluyan en el sometimiento de la reclamación a arbitraje (*i.e.*, la Solicitud de Arbitraje) y se entreguen a la Parte demandada.

41. Estos requisitos constituyen “una serie de pasos consecutivos” o “una forma establecida u oficial de hacer algo” o “una forma particular de lograr algo o de actuar” y, por lo tanto, califican como un “procedimiento”.

---

<sup>25</sup> Ver <https://www.merriam-webster.com/dictionary/procedure>

<sup>26</sup> Ver

<sup>27</sup> Ver <http://dle.rae.es/?id=UErw6id>

**Respuesta a la pregunta 4(i)(b)**

**El Tratado no establece ningún “procedimiento” para que una Parte contendiente exprese su consentimiento al arbitraje porque el Artículo 1122(1) registra ese consentimiento.**

42. La Demandada está de acuerdo en que no existe un “procedimiento” (*per se*) sobre la forma en que una Parte Contratante contendiente debe expresar su consentimiento porque el Artículo 1122 (1) registra ese consentimiento. Sin embargo, el consentimiento ofrecido en el Artículo 1122(1) es “la presentación de una reclamación a arbitraje de conformidad con los procedimientos establecidos en este Acuerdo”, no al sometimiento de una reclamación a arbitraje de conformidad con el procedimiento preferido de las las Demandantes. Como se señala en el Escrito de conformidad con el Artículo 1128 de los Estados Unidos:

4. Article 1122 (Consent to Arbitration), paragraph (1), provides that: “Each Party consents to the submission of a claim to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement.” Thus, the NAFTA State Parties have only consented to arbitrate investor-State disputes under Chapter 11, Section B, where an investor submits a “claim to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement.” And, an agreement to arbitrate is formed upon the investor’s corresponding consent to arbitrate in accordance with those procedures. Thus, the NAFTA Parties have explicitly conditioned their consent upon satisfaction of the relevant procedural requirements. All three NAFTA Parties agree on this point.<sup>28</sup>

(Se omiten las notas al pie)

43. La Demandada está de acuerdo con Estados Unidos en que el cumplimiento del procedimiento o forma establecida para someter una reclamación a arbitraje debe ser observado por cualquier reclamante a fin de obtener el consentimiento de la Parte del TLCAN de conformidad con el Artículo 1122 (1).

44. El laudo más reciente del TLCAN que trata este tema es precisamente para el mismo efecto. El Tribunal en *Resolute Forest Products. v. Canadá* consideró que el punto era obvio:

82. Section B of Chapter Eleven of NAFTA deals with settlement of disputes between investors and States Parties. Its central provision, jurisdictionally speaking, is section 1122 (‘Consent to Arbitration’), paragraph 1 of which reads:

Each Party consents to the submission of a claim to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement.

83. The clear inference is that arbitration of a claim not submitted in accordance with those procedures is not consented to and that the tribunal lacks jurisdiction. Although

---

<sup>28</sup> Comunicado de los Estados Unidos de América sobre el Artículo 1128 , ¶ 3.

the time limit specified in Articles 1116(2) and 1117(2) is not itself a procedure, compliance with it is required for the bringing of a claim, which is certainly a procedure. This is enough to justify the conclusion that compliance with the time limit goes to jurisdiction.

84. Even if it did not and was to be classified (as time limits in other contexts are often classified) as a matter of admissibility, it would not necessarily follow that the onus of proof in that regard was on the respondent party. Article 24(1) of the UNCITRAL Rules, which are applicable here by virtue of Article 1120(1) of NAFTA, imposes on the relevant party ‘the burden of proving the facts relied on to support [its] claim or defence’. The Tribunal does not see any reason to limit Article 24(1) to matters of substance, and the facts necessary to establish that a claim has been brought in accordance with Section B of Chapter Eleven are, in its view, facts relied on in support of the claim.<sup>29</sup> [Énfasis propio]

45. Otro ejemplo reciente se puede ver en *Mercer v. Canada* donde el tribunal reconoció que los artículos 1119 y 1120 forman parte de los “requisitos” que los demandantes deben cumplir para que el tribunal pueda decidirlos:

6.3 It is common ground, which the Tribunal accepts, that the Claimant’s claims otherwise meet the formal requirements required for the Tribunal to decide them in this arbitration. On 26 January 2012, as required by NAFTA Article 1119, the Claimant served its Notice of Intent upon the Respondent; and on 30 April 2012, not less than 90 days after its Notice and not less than six months since the events giving rise to its claims, the Claimant served its Request for Arbitration upon the Respondent.

6.17 Subject to the following point, in regard to these particular factors, the Tribunal therefore decides that it does not have jurisdiction (nor can it exercise jurisdiction) to hear the Claimant’s claims concerning the 2009 EPA brought under NAFTA by virtue of the time-bars in NAFTA Articles 1116(2) and 1117(2).<sup>30</sup>

#### **Respuesta a la pregunta 4(i)(c)**

**El Tratado establece “procedimientos” específicos con respecto al arbitraje en sí mismo, inmediatamente luego de los Artículos 1122, en los Artículos 1123-1138.**

46. La Demandada sostiene que el “arbitraje” comienza con el sometimiento de la reclamación. Por lo tanto, los “procedimientos” respecto al propio arbitraje incluyen los procedimientos para un sometimiento de una reclamación a arbitraje válido. Para evitar repeticiones innecesarias, la Demandada se refiere en su respuesta a la pregunta 4(i)(a) anterior.

---

<sup>29</sup> Anexo RL-037, *Resolute Forest Products Inc. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2016-13, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 30 enero 2018, ¶¶ 82-84.

<sup>30</sup> Anexo RL-038, *Mercer International Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/3, Award, 6 marzo 2018, ¶¶ 6.3 y 6.17.

#### Respuesta a la pregunta 4(i)(d)

No habría sido incoherente que los negociadores del TLCAN hubieran utilizado una frase idéntica en dos disposiciones consecutivas para modificar el mismo término - “arbitraje”- que aparece también en ambas disposiciones

47. La Demandada está de acuerdo en que la frase “de conformidad con los procedimientos establecidos en este Tratado” modifica el “arbitraje” y, por lo tanto, su uso en los artículos 1121 y 1122 no es incongruente ni inconsistente.

#### Respuesta a la pregunta 4(i)(e)

Que el término “procedimientos” en los Artículos 1121 y 1122 debería modificar el término “arbitraje” en dichas disposiciones puede lógicamente tener sentido: salvo que un inversionista y una Parte contendiente expresen su consentimiento específico al arbitraje de conformidad con aquellos procedimientos detallados—contrariamente a “arbitraje”, punto y aparte—un acuerdo de arbitraje de conformidad con la Sección B no podría existir: las Partes del TLCAN sólo han extendido su consentimiento a los arbitrajes llevados a cabo de conformidad con los procedimientos detallados en la Sección B.

48. La demandada está de acuerdo con esta interpretación. El artículo 1121 exige una forma específica de consentimiento. Este punto se hizo en el ¶ 92 del Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción:

92. Esta afirmación es engañosa. En primer lugar, los Artículos 1121(1)(a) y 1121(2)(a) requieren una forma muy específica de consentimiento (i.e., “consiente someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado”). Este lenguaje o su preciso equivalente debe incluirse en el consentimiento de la demandante. En segundo lugar, también es claro a partir del texto del Artículo 1121(3) que el consentimiento debe ser por escrito y debe entregarse a la Parte contendiente del TLCAN. Por lo tanto, una demandante no puede consentir al arbitraje implícita o constructivamente “en virtud de [la] presentación de su RFA al Centro” o por la “aceptación de esa oferta en la RFA”. Permitir tal interpretación de estas disposiciones les privaría de significado y violaría el principio fundamental de interpretación de tratados de *effet utile*. [Énfasis propio]

#### Respuesta a la pregunta 4(ii)(a)

Alternativamente ¿puede argumentarse que “con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado modifica el “sometimiento de una reclamación” en el Artículo 1122 teniendo en cuenta las observaciones mencionadas en (a) y (b) que se detallan a continuación?

El Artículo 1119 no pareciera contener dichos “procedimientos”. Por definición esa disposición no está relacionada con el sometimiento de una reclamación, pero sí con el sometimiento de una notificación de la intención. La distinción es jurídicamente relevante: una notificación de intención no compromete legalmente a un inversionista a someter una reclamación a arbitraje—puede optar libremente por no iniciar el arbitraje luego de enviar dicha notificación.

49. La Demandada no está de acuerdo con la proposición general enunciada en la pregunta (ii), *i.e.*, que la frase “con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado” modifica el “sometimiento de la reclamación”. Tendría poco sentido exigir a un inversionista contendiente que consienta al arbitraje “con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado” sin un compromiso recíproco de la Parte contendiente.

50. Con respecto a la observación 4 (ii) (a) anterior, la Demandada sostiene que el Artículo 1119 contiene una condición *sine qua non* para el sometimiento válido de cualquier reclamación a arbitraje. Esto se desprende de los términos obligatorios utilizados en esa disposición: “El inversionista contendiente *notificará* por escrito a la Parte contendiente [...] *cuando menos 90 días antes de que se presente formalmente la reclamación* [...]”. Este requisito, junto con aquellos establecidos en los artículos 1120 y 1121 (*inter alia*) establece el “procedimiento” para la Sometimiento de la reclamación al arbitraje que, como se señaló anteriormente, marca el comienzo de un procedimiento arbitral.

51. México sostiene además que, si bien es cierto que una NOI no compromete legalmente a un inversionista a someter una reclamación de arbitraje, ningún sometimiento a arbitraje es válido sin que previamente se haya presentado una NOI a la Parte demandada.<sup>31</sup>

#### **Respuesta a la Pregunta 4(ii)(b)**

**Sin embargo, el Artículo 1120—la única disposición titulada “Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje”—se refiere de hecho al sometimiento de una reclamación y requiere que transcurra un período de seis meses, ordena al inversionista a elegir entre los diferentes foros arbitrales y determina que las reglas de arbitraje aplicables deben regir salvo en cuanto a lo que sea modificado por la Sección B. ¿Puede argumentarse que el Artículo 1122 registra el consentimiento al arbitraje de la Parte contendiente pero solamente cuando la reclamación es sometida de conformidad con los “procedimientos” del Artículo 1120—a saber: el período de 6 meses; la elección de uno de los foros arbitrales disponibles y la aceptación de las reglas arbitrales aplicables tal y como las modifica la Sección B?**

52. La Demandada no está de acuerdo. Si la premisa de la pregunta fuera correcta —*i.e.*, que el Artículo 1122 registra el consentimiento al arbitraje de la Parte contendiente, pero solo cuando la reclamación de someter de conformidad con los “procedimientos” del Artículo 1120- entonces un

---

<sup>31</sup> Véase el comunicado de los Estados Unidos de América sobre el Artículo 1128, 28 de febrero de 2018, ¶¶ 6-9; Comunicado de Canadá sobre el Artículo 1128, 28 de febrero de 2018, ¶¶ 8 y 9.

inversionista podría, en principio, someter una reclamación a arbitraje, sin previo aviso, sin proporcionar de antemano información alguna sobre el reclamación (incluida la identidad de los demandantes previstos) y sin intentar solucionar la reclamación mediante consultas y negociación. México sostiene que una lectura simple del tratado demuestra que es necesario cumplir con todos los requisitos estipulados en los artículos 1116 a 1121, inclusive, para someter válidamente una reclamación a arbitraje.

53. El título del Artículo 1120 no quiere decir que un inversionista contendiente puede ignorar otros requisitos para el sometimiento válido de una reclamación establecidos en otras partes del Tratado.

### **Incumplimiento del Artículo 1119**

54. Las Demandantes no controvierten que las Demandantes Adicionales no están incluidas en la NOI. El Sr. Burr testificó en la audiencia que proporcionó a White & Case información detallada sobre la estructura de las inversiones, la identidad de las Demandantes y los detalles de las reclamaciones y, por lo tanto, esperaba que los intereses de las Demandantes Adicionales estuvieran cubiertos, a pesar su no inclusión en la NOI.<sup>32</sup>

55. Sin embargo, las Demandantes pretenden excusar la omisión de las Demandantes Adicionales en la NOI sobre la base de que no habría tenido ninguna consecuencia para México, ya que cualquier intento adicional de consulta o negociación hubiera sido inútil.<sup>33</sup>

56. La Demandada sostiene que el requisito de notificación es obligatorio y que ninguna cantidad de excusas o explicaciones –distinta a una renuncia expresa de la Parte contendiente– pueden excusar a un inversionista contendiente de ese requisito.<sup>34</sup> La Demandada no tiene que demostrar que ha sido perjudicada por el hecho de que las Demandantes Adicionales incumplieron con el requisito de presentar una notificación. Es un requisito obligatorio.

---

<sup>32</sup> Testimonio del Sr. Burr, Transcripciones, Día 2, pp. 402:21 – 403:16; pp. 392:12 – 393:15; pp. 394:13 -395:13; pp. 397:8 – 398:15.

<sup>33</sup> Memorial Sobre Excepciones a la Jurisdicción, ¶¶ 404, 405; Dúplica de las Demandantes sobre Objeciones Jurisdiccionales, ¶ 14.

<sup>34</sup> Dúplica de las Demandantes, ¶¶ 14 y 19.

57. La Demandada, en cualquier caso, controvierte la afirmación de las Demandantes de que México se negó resueltamente a entablar consultas.

58. Las Demandantes continúan confundiendo sus intentos de convencer a la SEGOB de reabrir sus casinos con consultas y negociaciones con la Secretaría de Economía de conformidad con el Artículo 1118 del TLCAN. En sus alegatos de apertura, las Demandantes se refirieron a una serie de reuniones con funcionarios de SEGOB como evidencia de que México los rechazó en cada oportunidad.<sup>35</sup> Hay dos consideraciones importantes: (i) la gran mayoría de las reuniones en las que se basan las Demandantes ocurrieron antes de que las reclamaciones fueran notificadas a la Demandada el 23 de mayo de 2014, y (ii) las reuniones fueron en gran parte con funcionarios de la SEGOB y no con las autoridades responsables de la defensa de las reclamaciones inversionista-estado contra México, es decir, *Economía*. Ninguno de estos esfuerzos puede considerarse como consultas y / o negociaciones bajo el Artículo 1118.

59. El expediente muestra que en enero de 2013, después de recibir una carta de la entonces abogada de los inversionistas (White & Case), *Economía* diligentemente contactó a SEGOB y organizó una reunión con el inversionista y funcionarios de SEGOB para discutir más el asunto. Esta reunión se llevó a cabo en febrero de 2013.<sup>36</sup>

60. Queda claro, a partir de las acciones de los inversionistas – *i.e.*, la Carta White and Case y la subsecuente presentación de la NOI– que estaban conscientes de que Economía era la responsable de atender todas las cuestiones relacionadas con una reclamación promovida al amparo del TLCAN, sin embargo, no hicieron ningún intento serio para dar seguimiento con Economía después de la reunión de febrero de 2013. En cambio, el Sr. Burr, continuó centrando sus esfuerzos en tratar de obtener una reunión con la entonces Directora General de Juegos y Sorteos en SEGOB, la Sra. González Salas, .<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Alegato de Apertura de las Demandantes, Transcripción, Día 1, pp. 115:15 – 122:7. – 111:21.

<sup>36</sup> *Id.*, Transcripción Día 1, p. 119:14 – 120:1; Memorial Sobre Excepciones a la Jurisdicción; ¶ 17.

<sup>37</sup> Declaración Testimonial del Gordon Burr,(25 julio 2017), CWS-1, ¶¶ 35-36.

61. Las Demandantes también intentaron presentar una serie de llamadas entre los Sres. Vejar (ex Director General de Consultoría Jurídica de Comercio Internacional) y Gutiérrez (abogado del Sr. Burr en México) como evidencia de intentos posteriores de negociación.<sup>38</sup> Sin embargo, como el Sr. Gutiérrez admitió durante su interrogatorio, él nunca fue nombrado como representante para cuestiones relativas al arbitraje del TLCAN.<sup>39</sup> De hecho, la NOI que presentó White & Case a nombre de las Demandantes Originales, específicamente señalaba: “White & Case LLP son los abogados oficiales de las Inversionistas Estadounidenses en este asunto. Todas las comunicaciones cursadas con respecto a la presente notificación deberán remitirse a Andrea J. Menaker, White & Case LLP, a la siguiente dirección: 701 Thirteenth Street, NW, Washington, D.C. 20005.”<sup>40</sup>

62. El expediente muestra que el único intento real de celebrar consultas y negociaciones después de la presentación de la NOI provino de Economía, y fue rechazado por las Demandantes por considerar que se trataba de un intento de obtener una ventaja indebida en preparación de este arbitraje. En palabras del abogado de las Demandantes:

Era muy razonable por parte de las Demandante llegar a la conclusión, cuando recibieron el cuestionario, a la luz de toda la información, de todo lo que había sucedido hasta el momento, que este cuestionario no era un esfuerzo por para parte de México de iniciar consultas. En cambio, era un cuestionario que se interpretó, tal como ellos se lo han dicho, como un esfuerzo de obtener información, u obtener información adicional para la defensa de México en virtud del TLCAN.

En ninguna parte del TLCAN se dice que es necesario contestar a un cuestionario para poder iniciar consultas.<sup>41</sup>

63. En el expediente también consta que cuatro meses transcurrieron antes de que se respondiera a la comunicación de la Sra. Martínez solicitando más información durante cuatro meses. De hecho, la Sra. Martínez contactó en tres ocasiones a la Sra. Menaker antes de obtener una respuesta, y dicha respuesta dio la impresión de que las Demandantes Originales no tenían la intención de

---

<sup>38</sup> *Id.*, ¶ 35.

<sup>39</sup> Testimonio del Sr. Gutiérrez, Transcripción, Día 2, pp.606:1-6..

<sup>40</sup> Notificación de Intención de Someter una Reclamación a Arbitraje, ¶ 4.

<sup>41</sup> Alegato de Apertura de las Demandantes, , Transcripción Día 1, p. 131:6-18 .

proceder con la reclamación.<sup>42</sup> Cuando se confrontó al Sr. Burr con el hecho de que la información que se buscaba obtener a través del cuestionario era necesaria para evaluar adecuadamente el caso y recomendar los pasos a seguir, el Sr. Burr testificó que si Economía quería esa información “debieron reunirse conmigo” y que “él no tenía obligación de contestar un cuestionario”.<sup>43</sup>

64. No existe evidencia documental de que las Demandantes hubieran solicitado una reunión con *Economía* después de la presentación del NOI. Por el contrario, durante ese tiempo, las Demandantes estaban preocupadas por llegar a un acuerdo con los Sres. Chow y Pelchat para reabrir sus casinos.<sup>44</sup> Acordaron renunciar a las Consejos de Administración de las cinco Empresas de Juegos<sup>45</sup> –un hecho que cualquier persona que intentara establecer consultas de buena fe de conformidad con el Artículo 1118 se habría visto obligada a revelar a las autoridades. En este caso, la Demandada sostiene que no esto no fue posible porque las Demandantes querían permitir al Sr. Chow poder comunicar a la SEGOB que los inversionistas estadounidenses ya no estaban involucrados en las Empresas de Juegos..<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> Alegato de Apertura de la Demandada, Transcripción, Día 1, pp. 34:19 -35:18

<sup>43</sup> Testimonio del Sr. Burr, Transcripción,, Dí 2, pp. 406:6-407:8 .

<sup>44</sup> Ver CWS-11, Declaración Testimonial del Sr. Chow, ¶ 8 y 12, en mayo del 2004 el Sr. Chow y el Sr. Pelchat se reunieron en la Ciudad de México para discutir los términos de la Trasacción con Grand Odyssey. El Sr. Chow declaró que “*the proposed transaction structure would allow the shareholders who were US citizens to retain indirect ownership in the Juegos Companies and the Casinos that they had built in Mexico, thereby allowing them to reap the benefits of their investments, while simultaneously addressing the Mexican State desire to exclude the US shareholders of the Juegos Companies and their affiliates from the Mexico business casinos*”; CWS-4, Declaración Testimonial del Sr. Pelchat, ¶ 7, en abril del 2014, después de que el gobierno Mexicano cerró los casinos, el Sr. Pelchat se reunió con representantes de las Empresas Juegos.

<sup>45</sup> *Id.*, ¶ 13, El Sr. Chow viajó a Denver para reunirse con el Consejo de Gerentes de las Empresas Juegos, con quienes ya se había reunido en julio y en agosto del 2014. En esta reunión el Sr. Chow explicó a los gerentes de las Empresas Juegos que él y el Sr. Pelchat tendrían que ser nombrados Gerentes en los Consejos de Gerentes en las siguientes asambleas a celebrar. El Sr. Chow explicó que esto era necesario para demostrarle al gobierno mexicano que ellos estaban cumpliendo con la directiva de eliminar la participación de los inversionistas estadounidenses en los Casinos. En respuesta al requerimiento e insistencia del Sr. Chow, los inversionistas estadounidenses aceptaron..

<sup>46</sup> Alegato de Apertura de las Demandantes, Transcripción, Día 1, , Transcript, Day 1, pp. 175:18-176:13

65. En estas circunstancias, los inversionistas no pueden quejarse seriamente de haber sido rechazados en cada oportunidad. <sup>47</sup> Los intentos de las Demandantes por agendar reuniones con funcionarios de SEGOB para quejarse de asuntos ocurridos antes del cierre de los casinos y/o sus intentos por convencer a la SEGOB de permitir su reapertura antes de que se presentara la NOI no pueden considerarse consultas y negociaciones de conformidad con el Artículo 1118.

66. Las Demandantes también sugirieron durante la audiencia que toda la información que *Economía* solicitó a través del Cuestionario NOI estaba disponible en el registro público que está bajo el control de *Economía*. Esto es engañoso porque, como lo testificó el Sr. Gutiérrez, no todas las asambleas se protocolizan y archivan en el registro público.<sup>48</sup> De hecho, bajo la lógica de la Demandante, lo único que *Economía* hubiera podido descubrir a partir de una consulta al registro público después de las *asambleas* del 7 de noviembre de 2014 era que las partes sociales de las Empresas de Juegos pertenecían a Grand Odyssey.

67. No pueden llevarse a cabo consultas o negociaciones significativas de conformidad con el Artículo 1118 si la Parte demandada no tiene la oportunidad de evaluar la reclamación. Esa evaluación no era posible sobre la base de la información provista con el NOI que no nombró 30 de los 38<sup>49</sup> inversionistas contendientes, no incluyón ningún anexo que indicara “quién era dueño de qué” y no incluyó ninguno de los documentos de soporte que, de conformidad con la nota de la FTC del 7 de octubre de 2003 sobre Avisos de Intención, un inversionista contendiente debe incluir en la NOI.<sup>50</sup> Además, cuando *Economía* intentó obtener dicha información a través del Cuestionario NOI, el Sr. Burr conscientemente decidió no proporcionarla.<sup>51</sup>

### **Respuesta a las preguntas 2(i) y (ii)**

---

<sup>47</sup> Ver, por ejemplo, , Alegato de Apertura de las Demandantes, Transcripción, Día 1, pp. , Transcript Day 1, p 127:12-15., p. 130:16-131:3 .

<sup>48</sup> Testimonio del Sr. Gutiérrez. Transcripción, Día 3, pp. 649:22-652:1.

<sup>49</sup> Durante la Audiencia sobre la Jurisdicción las Demandantes retiraron a EMI Consulting, LLC, reduciendo el número total de Demandantes de 39 a 38.

<sup>50</sup> Alegato de Apertura de la Demandada, Transcripción, Día 1, pp. 65:20-66:21; Testimonio de la Sra. Martínez Gamba, Transcripción, Día 1, pp. 288:16 – 289:4.

<sup>51</sup> Testimonio del Sr. Burr, Transcripción, Día 2., 406:6 – 407:8..

**2. Los términos de los Artículos 1119 y 1120 exigen que: (i) el inversionista presente una notificación de intención por escrito que contenga la información especificada en el Artículo 1119 al menos 90 días antes de someter una reclamación a arbitraje, y (ii) hayan transcurrido seis meses de la fecha en que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación y el sometimiento de la reclamación a arbitraje.**

**(i) ¿Exige el principio de “*effet utile*” que el intérprete de un tratado le confiera un significado a la elección de las Partes del TLCAN de los términos “condiciones previas” en el Artículo 1121 y, del mismo modo, su elección de no utilizar dichos términos en los Artículos 1119 y 1120? ¿Qué principios de interpretación de los tratados, codificados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, permitirían o exigirían a un intérprete ignorar de dicha elección?**

**(ii) Los Artículos 1119 y 1120 se encuentran redactados en términos imperativos (“notificará” y “siempre que”, respectivamente) y, de conformidad con el principio de “*effet utile*” debe otorgarse también un significado a dichos términos. Suponiendo *arguendo* que no pueda interpretarse que los Artículos 1119 y 1120 contengan “condiciones previas” para la jurisdicción de un tribunal ya que dichos términos solo se utilizan en el Artículo 1121, ¿cuáles serían entonces las consecuencias de que un inversionista/empresa incumpla dichas disposiciones? Y ¿Cuáles serían los recursos a los que la Parte contendiente tendría derecho en los casos en que no se cumpla con estas disposiciones?**

68. El hecho de que el Artículo 1121 caiga bajo el título “condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral” no le resta obligatoriedad al texto del Artículo 1119 (“deberá”) o del Artículo 1120 (“siempre que”).

69. Los requisitos para participar en arbitrajes al amparo de la Sección B del Capítulo XI comienzan con los Artículos 1116 y 1117 que exigen que exista un “inversionista de una Parte” y (en el caso de 1117) una inversión de un inversionista de una Parte” para hacer una reclamación dentro del período de prescripción de tres años.

70. En seguida:

- El Artículo 1118 - Solución de una reclamación mediante consulta y negociación – establece que las partes contendientes *intentarán* primero dirimir la controversia por vía de consulta o negociación.
- El Artículo 1119 – Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje - establece que el inversionista contendiente *notificará* por escrito a la Parte contendiente su intención de someter una reclamación a arbitraje, cuando menos 90 días antes de que se presente formalmente la reclamación, y la notificación señalará (*inter alia*) el nombre y la domicilio del inversionista contendiente.

- Artículo 1120 - Sometimiento de la reclamación al arbitraje – señala que “*siempre que* hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con el Convenio CIADI (si corresponde), las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI (si corresponde) o las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.
- El artículo 1121(1) - Condiciones previas a la sometimiento de la reclamación al procedimiento arbitral - establece que un inversionista contendiente puede someter una reclamación a arbitraje solo si el inversionista consiente a someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en el TLCAN y renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial respecto a la medida presuntamente violatoria, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario.<sup>52</sup>
- El Artículo 1121(3) establece que “el consentimiento y la renuncia requeridos por este Artículo se *manifestarán* por escrito, se *entregarán* a la Parte contendiente y se *incluirán* ser incluidas en el sometimiento de la reclamación a arbitraje.

71. Se puede observar que cada una de estas disposiciones (excepto el artículo 1118) está redactada en términos imperativos. Siguen una progresión: (i) intento por resolver a través de la consulta (ii) requisito de notificación con contenido específico y esperar 90 días; requisito de esperar 6 meses de la fecha en que ocurrieron las medidas impugnadas antes de seleccionar uno de los tres conjuntos de reglas de arbitraje; y, finalmente, la presentación de una reclamación acompañada por el consentimiento y la renuncia prescritas. Es una secuencia natural que culmina con el sometimiento de la reclamación de arbitraje. El hecho de que el Artículo 1121 se intitule “condiciones previas a la presentación de una reclamación de arbitraje” no disminuye en modo alguno la obligatoriedad del Artículo 1119 (“deberá”) o del Artículo 1120 (“siempre que”).

---

<sup>52</sup> Réplica de la Demandada sobre Objeciones a la Jurisdicción, ¶¶ 10-14.

72. El artículo 31(1) de la CVDT establece que un tratado debe interpretarse de buena fe de conformidad con el sentido corriente que ha de atribuirse a los términos del tratado en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin.<sup>53</sup> El principio de *effet utile* o efectividad (*ut res magis valeat quam pereat*) fluye directamente del artículo 31(1).<sup>54</sup> Requiere una interpretación que de sentido y efecto a todos los términos del tratado.<sup>55</sup> Un intérprete no está en libertad de adoptar una lectura que resulte en la reducción de cláusulas o párrafos completos de un tratado a la redundancia o inutilidad.<sup>56</sup>

73. Concluir que los artículos 1119 y/o 1120 no son obligatorios porque no llevan como título “condiciones precedentes” los haría inútiles. Si no son requisitos obligatorios, ¿qué son? ¿Son meramente recomendaciones o declaraciones de buenas prácticas, es decir, que un inversionista contendiente “debería” dar aviso de intención y esperar 6 meses a partir de la fecha de las medidas impugnadas antes de someter una reclamación? ¿Y qué hay del período de prescripción de tres años en los artículos 1116 y 1117? ¿Debe considerarse exhortativo a pesar de que indican que un inversionista contendiente no puede someter una reclamación si han transcurrido más de tres años? La jurisprudencia contemporánea del TLCAN consistentemente considera que estas disposiciones son requisitos obligatorios para establecer la jurisdicción del Tribunal en virtud del Capítulo XI.<sup>57</sup>

74. Los artículos 1116 a 1121 pueden interpretarse de conformidad con el sentido ordinario de sus términos al leerse en su contexto (en este caso como una secuencia progresiva de requisitos).

---

<sup>53</sup> Annex RL-031 *Aguas del Tunari, S.A., v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction, 21 octubre 2005, ¶ 91.

<sup>54</sup> Ver ILC Commentaires, para. 6, page 219. Ver también el Anexo RL-039, Appellate Body Report, Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, pp.11-12.

<sup>55</sup> Anexo RL-040, Appellate Body Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopted 20 mayo 1996, pp. 9-20, citing to: *Corfu Channel* Case (1949) I.C.J. Reports, p.24 (International Court of Justice); *Territorial Dispute Case (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)* (1994) I.C.J. Reports, p. 23 (International Court of Justice); 1966 Yearbook of the International Law Commission, Vol. II at 219; Oppenheim’s International Law (9th ed., Jennings and Watts eds., 1992), Volume 1, 1280-1281; P. Dallier and A. Pellet, *Droit International Public*, 5è ed. (1994) para. 17.2); D. Carreau, *Droit International*, (1994) para. 369.

<sup>56</sup> *Id.*, pp.11-12

<sup>57</sup> Ver *Supra*, at ¶ 68.

Interpretar cualquiera de los artículos 1116 a 1120 (excepto el artículo 1118) como no obligatorio haría inútil esa disposición y contradiría directamente el sentido ordinario de sus términos.

75. El incumplimiento de un pretendido demandante con [el artículo] 1119 como con el 1120 anularía *ab initio* el supuesto sometimiento al arbitraje y llevaría a desestimar la reclamación, sin importar si se considera una cuestión de jurisdicción o de “admisibilidad”. No habría una reclamación válida que el tribunal pueda considerar.

76. Las Demandantes han intentado caracterizar sus incumplimientos con los Artículos 1119 y 1121 como cuestiones de admisibilidad y no de jurisdicción que, según ellos, permitirían al Tribunal continuar con el análisis de fondo una vez subsanadas estas faltas.

77. La Demandada sostiene que los incumplimientos de las Demandantes de lo dispuesto en los Artículos 1119 y 1121 privó al Tribunal de jurisdicción por dos razones: (i) anuló *ab initio* el sometimiento de la reclamación y dejó al Tribunal sin una reclamación que decidir – o sin jurisdicción *ratione materiae*, y (ii) las Demandantes no lograron obtener el consentimiento de México al arbitraje en virtud del Artículo 1122, de manera tal que no existe un acuerdo de arbitraje que le brinde jurisdicción al Tribunal.

78. Sin embargo,

- *incluso* si las fallas de cumplimiento de las Demandantes se consideraran asuntos de admisibilidad, la demanda tendría que ser desestimada por no existir sometimiento válido a arbitraje y/o que las fallas de cumplimiento fueran de otro modo fatales; e
- *incluso* si los incumplimientos de las Demandantes se pudieran caracterizar como un sometimiento incompleto o imperfecto al arbitraje, cualquier acción correctiva solo perfeccionaría o completaría el sometimiento en el momento en que se tome dicha acción y no operaría de forma retroactiva.

79. México sostiene, además, que el supuesto sometimiento de una reclamación sin cumplir con el Artículo 1119 o 1121 –entre otros– resulta en la falta de consentimiento de la Parte contendiente de conformidad con el Artículo 1122; sin consentimiento no hay acuerdo y la falta de un acuerdo priva de jurisdicción al tribunal.

80. Los recursos disponibles para la Parte contendiente son, en primer lugar, tratar de bloquear el registro de la reclamación si se presenta al CIADI, lo cual México hizo 12 días después de recibir el RFA, y luego impugnar la competencia del Tribunal, lo cual México hizo en la primera sesión del Tribunal. El Tribunal recordará que las Demandantes exigieron estridentemente que se registrara la reclamación, argumentando enérgicamente que la Secretaria General no tenía facultades para considerar las objeciones de México. Los Demandantes también alegaron con estridencia que las Demandantes Adicionales estaban exentas de cumplir con el Artículo 1119 porque cualquier negociación posterior con México habría sido inútil y los POAs de las Demandantes y el acto de presentar la RFA satisfacían los requisitos del Artículo 1121. El Secretario General Interino registró la reclamación, observando “Le recuerdo a las partes que el registro de la Solicitud de Arbitraje se realiza sin perjuicio de las facultades y funciones del Tribunal con respecto a la competencia y el fondo”.<sup>58</sup>

81. Las Demandantes podrían haber remediado su omisión de presentar los consentimientos al arbitraje requeridos con prontitud tras la objeción de México. En tal caso, su presentación al arbitraje se habría completado en la fecha de entrega de los consentimientos a México y al CIADI. En su lugar, presentaron declaraciones de las Demandantes Adicionales alegando que la intención siempre fue que estuvieran incluidas como demandantes en el arbitraje.<sup>59</sup>

82. El intento por parte de las Demandantes Adicionales de remediar su incumplimiento con lo dispuesto en el Artículo 1119 mediante la presentación su Aviso de Intención Enmendado fue inútil.<sup>60</sup> Para someter válidamente una reclamación, las Demandantes (como grupo) podrían haber presentado un nuevo NOI, esperar 90 días, y volver a enviar el RFA bajo las Reglas del Mecanismo

---

<sup>58</sup> Correspondencia del CIADI, de parte del Secretario General con relación a la Notificación de Registro, 11 de agosto 2016.

<sup>59</sup> Ver por ejemplo, CWS-21, Declaración Testimonial de Deana Anthone, p. 3 dice: “*As I explained before, several of my co-investors, who were the principal owners and controllers of the Juegos Companies, issued the Notice of Intent in May 2014, in order to recoup the damages suffered by all of the investors and enterprises due to Mexico’s actions, including me. In compliance with the North American Free Trade Agreement (“NAFTA”) Article 1119, the notice was issued on behalf of all of the investors, including myself, to notify Mexico that the U.S. shareholders would be initiating a NAFTA case against Mexico if it did not remedy the damages it had caused to our investments*”. Declaraciones idénticas se pueden encontrar en las Declaraciones Testimoniales CWS-12; CWS-22 a CWS-49.

<sup>60</sup> Notificación de Intención Enmendada; 16 septiembre del 2016.

Complementario del CIADI o entregar un nuevo RFA a México bajo las Reglas de la CNUDMI. Si las Demandantes Originales hubieran deseado continuar con la RFA original, las Demandantes Adicionales podrían haber entregado su propio NOI y esperar 90 días antes de presentar su propia RFA bajo las Reglas del Mecanismo Complementario o las Reglas de la CNUDMI y luego solicitar que se consolidara su reclamación con la reclamación original de las Demandantes de conformidad con el Artículo 1126 del TLCAN.

#### **IV. Falta de legitimación procesal para presentar reclamaciones en nombre de las empresas mexicanas de conformidad con el Artículo 1117 del TLCAN**

83. Esta objeción surgió del hecho de que las Demandantes no establecieron en el NOI o el RFA que cualquiera de las entonces 39 Demandantes tenía legitimación procesal para someter una reclamación bajo el Artículo 1116 y/o 1117.<sup>61</sup>

84. La Demandada se ha referido a la declaración de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN sobre Notificación de Intención emitida el 7 de octubre de 2003, que describe el tipo de información y documentación de respaldo que las Partes del TLCAN esperan recibir con un NOI presentado de conformidad con el Artículo 1119, que incluye, entre otras cosas, “Prueba de propiedad o control directo o indirecto de la empresa por parte del inversionista contendiente” y “prueba de que el inversionista contendiente tiene la propiedad o control directo o indirecto de la empresa, tal como copia del título de propiedad, acta constitutiva, títulos de acciones, acuerdos de coinversión, etc”.<sup>62</sup>

85. Sin embargo, el NOI en este caso, no incluyó ningún documento anexo y solo contiene declaraciones generales sobre los “intereses de propiedad de los inversionistas en cinco empresas mexicanas” y su “participación en la compañía mexicana Exciting Games”.<sup>63</sup> La falta de respuesta

---

<sup>61</sup> Después de la Audiencia sobre la Jurisdicción, la Demandante EMI Consulting, LLC se retiró de la Demanda, siendo 38 el número resultante de Demandantes.

<sup>62</sup> Anexo RL-001. Mexico también se refirió al *Statement FTC* en NOIs dentro de su Alegato de Apertura. Ver Alegato de Apertura de la Demandada, Transcripción, Día 1, pp. 65:18 – 67:5

<sup>63</sup> Notificación de Intención, ¶¶ 5 – 6.

al Cuestionario NOI solo agravó el problema e impidió que la Demandada evaluara adecuadamente los reclamos notificadas por las Demandantes Originales.<sup>64</sup>

86. Esta omisión no se corrigió con la presentación de la RFA. Por el contrario, en dos comunicaciones separadas al CIADI en respuesta a la objeción de México al registro de las reclamaciones, las Demandantes arrojaron dudas adicionales sobre su supuesta propiedad y control de las Entidades Mexicanas al pretender excusar la no presentación de consentimientos y renunciaciones a nombre de las Empresas de Juegos explicando que habían perdido el “control del Consejo de Gerentes” a manos de los Sres. Chow y Pelchat.<sup>65</sup> Como se señaló en el Memorial: “a pesar de la recepción de la carta de White & Case , dos alegatos (el Original NOI y RFA) y dos presentaciones al Secretario General en respuesta a la objeción de México al registro de inversionistas, la Demandada permaneció desinformada en cuanto a 'quién es dueño de qué' y otra información muy básica que es necesaria para determinar si el Tribunal tiene jurisdicción *ratione personae* “sobre los hechos reclamados a nombre de las empresas mexicanas.<sup>66</sup>

87. Las Demandantes proporcionaron algunas pruebas de su supuesta propiedad y control de las Entidades Mexicanas con su Escrito de Contestación, , pero éstas consistieron principalmente en las llamadas “*asambleas* de capitalización” que, como se señaló en la Réplica y en el Escrito de Contestación Adicional (*i.e.*, “*Rebuttal Submission*”), solo muestran cuál era la participación de las Demandantes en la fecha de la *asamblea*. Notablemente, las Demandantes no pudieron producir registros corporativos básicos tales como: el registro de accionistas, el libro de variaciones de capital, una colección completa de certificados de partes sociales, prueba de pago de sus partes sociales o un conjunto completo de *asambleas*. La excusa esta vez fue un incendio en las

---

<sup>64</sup> Testimonio de la Sra. Martínez Gamba, Transcripción, Día 1, 295:17-20.; Declaración Testimonial de Ana Carla Martínez Gamba , ¶¶ 10-11.

<sup>65</sup> Respuesta de las Demandantes a la Respuesta de Objeción a la Petición de las Demandantes de parte de la Demandada para la Aprobación de acceso a las reglas adicionales del CIADI y la Solicitud de Arbitraje en el caso *BMex LLC et al. V. Estados Unidos Mexicanos*, y la respuesta del cuestionario del 6 de julio del 2016, de fecha 21 de julio del 2016, pp. 9-10..

<sup>66</sup> Dúplica sobre la Jurisdicción, ¶ 5.

instalaciones del casino de Naucalpan y el presunto saqueo de las oficinas de sus abogados corporativos.

88. La Demandada ha demostrado que las Demandantes tienen la carga de probar los hechos que establecen la jurisdicción del Tribunal.<sup>67</sup>

89. La Demandada sostiene que las Demandantes no han cumplido con esta carga en lo que respecta a la propiedad y el control de las Entidades Mexicanas. En pocas palabras, la evidencia en el expediente –muchacha de la cual se proporcionó con el Escrito de Dúplica– no prueba de manera concluyente que las Demandantes sean dueñas de las partes sociales que afirman poseer en las Empresas de Juegos y, ciertamente, no prueba que tuvieron el control de las compañías a través de su supuesta propiedad de partes sociales cuando pretendieron someter esta reclamación a arbitraje.

90. A México también le preocupa el intento de las Demandantes por crear o establecer su legitimación procesal a través de actos corporativos *ex post* con supuestos efectos retroactivos – como las *asambleas* de 2018– y/o declaraciones testimoniales como las declaraciones y tablas de testigos de la Sra. Burr y las declaraciones de testigos de las Demandantes Adicionales las cuales no están adecuadamente respaldadas por documentos corporativos u otras pruebas documentales.

91. Independientemente de la suficiencia de las pruebas proporcionadas por las Demandantes, hay dos cuestiones interpretativas que el Tribunal debe decidir. La primera se refiere al significado del término “propiedad” en el Artículo 1117. Las Demandantes sostienen que “el sentido corriente de la palabra 'propiedad' según el Artículo 1117 se refiere a la propiedad mayoritaria”.<sup>68</sup> La Demandada sostiene que, en el contexto del Artículo 1117, el término “propiedad” significa propiedad total.<sup>69</sup> Para cualquier cosa que no sea la titularidad plena, un inversionista que desee

---

<sup>67</sup> Réplica sobre Objeciones a la Jurisdicción, ¶ 287, citando la prueba RL-020, *Emmis International Holding v. Hungary*, Caso CIADI No. ARB/12/2, Laudo, 16 abril 2014.

<sup>68</sup> Dúplica sobre la Jurisdicción, ¶ 5.

<sup>69</sup> Réplica sobre la Jurisdicción, ¶¶ 198-201.

someter una reclamación en nombre de una empresa de conformidad con el Artículo 1117 debe demostrar que tiene el “control” directo o indirecto de esa empresa.<sup>70</sup>

92. El significado ordinario de “propiedad” exige propiedad absoluta o título de propiedad.<sup>71</sup> Lo mismo es cierto en el contexto de cualquier inversión cubierta por el Capítulo 11, ya sea una “empresa” o “bienes inmuebles” o cualquier otra forma de propiedad. En pocas palabras, el término “propiedad” implica propiedad total, no propiedad parcial, si bien existe la posibilidad de que el concepto incluya una empresa que tengan “partes sociales nominales para directores o incorporadores”.<sup>72</sup>

93. Una persona no puede decir que tiene la “propiedad” de una casa porque está registrado en el título por un interés indiviso del 51 por ciento, ni puede decir que es “dueño” de una empresa porque posee el 51 por ciento de las partes sociales de la empresa. Es por eso que el Artículo 1117 también permite la presentación de una reclamación por parte de un inversionista que “controla” una empresa. Si un interés mayoritario simple es todo lo que se requiere para demostrar propiedad, sería redundante permitir reclamaciones de inversionistas que “controlan” a las empresas.

94. Con base en este entendimiento, la Demandada sostiene que ninguna de las Entidades Mexicanas es “propiedad” de las Demandantes:

- No son propietarias de E-Games. La propiedad combinada de Oaxaca Investments y John Conley asciende al 66.66%. El Sr. Alfredo Moreno Quijano -quien no es Demandante en este procedimiento- posee el 33.33% restante. .
- No son propietarias de ninguna de las Empresas de Juegos. Sus participaciones, si bien sustanciales en algunos casos, no les permiten tratar a estas entidades como propiedad. Hay otros inversionistas que no participan en esta reclamación cuyos derechos e intereses no pueden ser ignorados.

---

<sup>70</sup> *Id.*, ¶¶ 200-209.

<sup>71</sup> Réplica sobre la Jurisdicción, ¶¶ 197-199.

<sup>72</sup> *Id.*, ¶ 200.

- No son propietarios de Operadora Pesa. Esa empresa ni siquiera permite la participación de extranjeros.

95. La cuestión de la legitimación procesal conforme al Artículo 1117 depende de si las Demandantes Originales <sup>73</sup> tenían el control de las EmpresasJuegos en todos los momentos relevantes, lo cual nos lleva a la segunda cuestión interpretativa: ¿qué se entiende por “control”? Las Demandantes sostienen que:

5. [...] “Control” bajo el Artículo 1117 se refiere no solo al control corporativo legal (como se entiende universalmente, y no a las peculiaridades de la ley mexicana), sino también al control fáctico y de facto de una empresa, incluyendo, sin limitación, el control administrativo. [...] <sup>74</sup>

96. El sentido ordinario de “control” en el derecho comercial implica control legal <sup>75</sup>. En el contexto de la inversión empresarial, significa la capacidad de controlar a la compañía en una junta general, ya sea mediante la tenencia de la mayoría de las partes sociales con derecho a voto, o mediante un instrumento legal vinculante, típicamente un acuerdo de accionistas, que permite al inversionista nombrar a la mayoría del consejo de administración y tener poder de veto para ciertas decisiones, como la transferencia de partes sociales entre los accionistas o la admisión de nuevos accionistas. <sup>76</sup>

97. Este esquema no le permite a un inversionista contendiente con un interés minoritario en una empresa presentar una reclamación a nombre de la empresa (en beneficio de los nacionales de la Parte anfitriona y/o de terceros Estados) simplemente porque tiene una influencia personal significativa sobre los asuntos de la empresa. Eso llevaría a resultados absurdos y alentaría la presentación de reclamaciones artificiales. Tampoco permite que una o más personas que no tienen

---

<sup>73</sup> Gordon Burr, Erin Burr, John Conley, Oaxaca Investments, LLC., B-Mex, LLC., B-Mex II, LLC., Santa Fe Mexico Investments, LLC., Palmas South, LLC.

<sup>74</sup> Dúplica sobre la Jurisdicción, ¶ 5.

<sup>75</sup> Réplica sobre Objeciones a la Jurisdicción, ¶ 205.

<sup>76</sup> *Id.*, ¶ 203.

la propiedad en una entidad corporativa, afirmen que “la controlan” porque tienen influencia personal o financiera sobre los propietarios legales de la compañía.

98. Conforme a derecho mexicano y los estatutos de las empresas, el control reside en la *asamblea de socios*.<sup>77</sup> Por esta razón, la Demandada ha sostenido consistentemente que para poder demostrar legitimidad procesal [para presentar una reclamación] conforme al Artículo 1117, las Demandantes deben probar que controlaban las *asambleas* en los momentos relevantes. En el contexto de este caso, eso significa cumplir con los umbrales establecidos para llamar a una *asamblea*, aprobar resoluciones y designar a la mayoría del Consejo de Gerentes de la compañía.

99. “Directamente o indirectamente”, un término comúnmente utilizado en los tratados de inversión, permite a un inversionista contendiente que posee una inversión a través de una subsidiaria de su propiedad (a menudo domiciliada en un tercer Estado por eficiencia tributaria) someter una reclamación a nombre propio, o a nombre de una empresa constituida en la Parte anfitriona que el inversionista posee a través de la subsidiaria. También permite a un inversionista contendiente que controla una inversión a través de una subsidiaria someter una reclamación en su propio nombre, o en nombre de una empresa constituida en la Parte anfitriona que el inversionista controla a través de una subsidiaria.

100. Al atender las tres preguntas planteadas, el Tribunal debe considerar la intención clara de este esquema y no permitir interpretaciones demasiado amplias que den lugar a resultados anómalos.

101. En consecuencia:

- Los Demandantes Originales no controlan E-Games, ya que los estatutos requieren el voto de un 70% para aprobar resoluciones en una asamblea<sup>78</sup> y las dos Demandantes que son inversionistas en E-Games solo tienen 66.66%.<sup>79</sup> El argumento de las Demandantes

---

<sup>77</sup> *Id.*, ¶¶ 204-205.

<sup>78</sup> Anexo C-63, Protocolización del Acta de Asamblea General de Accionistas de Exciting Games S. de R. L. de C.V. 21 de febrero de 2014.

<sup>79</sup> *Id.*, p. 17

de que controlan la forma en que el Sr. José Ramón Moreno vota sus partes sociales es poco convincente e inútil.

- Las Demandantes no controlan colectivamente ninguna de las empresas de Juegos porque no existe un instrumento legal que las obligue a votar sus partes sociales de una determinada manera o que otorgue a una o más de ellas la facultad de nombrar a la mayoría del Consejo de Administración, o aprobar otras resoluciones en asamblea, como la aprobación de transferencias de partes sociales;
- En caso de que no se requiera un instrumento legal para que las Demandantes ejerzan colectivamente el control, las Demandantes Originales no controlan ninguna de las Empresas de Juegos (excepto Juegos Naucalpan) porque no poseen, individual o colectivamente, un número suficiente de partes sociales Clase B para (i) convocar a una asamblea (75%)<sup>80</sup> o (ii) nombrar a tres de sus cinco miembros del Consejo de Administración (50%).<sup>81</sup>
- El control de Operadora Pesa no es relevante ya que esa entidad no es una “inversión de un Inversionista de una Parte” y las Demandantes no son “inversionistas de una Parte”. Por ese motivo, el Capítulo 11 aplica. Incluso si aplicara, ninguna de las Demandantes tiene ningún medio para ejercer el control legal de Operadora Pesa.

102. Independientemente de si el término “control” en el Artículo 1117 se refiere al control *de facto* o legal, es indiscutible que las Demandantes cedieron voluntariamente el control *de facto* de las Empresas de Juegos a los Sres. Chow, Pelchat y otros el 29 de agosto de 2014, casi dos años

---

<sup>80</sup> Los estatutos de cada una de las Empresas de Juegos son sustancialmente similares. Por ejemplo, ver Anexo C-90, asamblea protocolizada de Juegos Sureste, 25 de abril de 2007, p. 16-20: para mantener una asamblea válida es necesario que el 75% de los accionistas con acciones de Clase B estén presentes (o legalmente representados), o la mayoría (al menos el 50%) de dichos accionistas en una segunda convocatoria. De acuerdo con la asamblea protocolizada de Juegos Sureste, 15 de octubre de 2009 (C-168), el número total de acciones Clase B necesarias para mantener una asamblea es de 27,000 (75% del total de las acciones Clase B). Sin embargo, las Demandantes -Originales y Adicionales- poseen solo 19,675 acciones Clase B (54.65%). Las asambleas protocolizadas de Juegos Sureste de 2018 no modifican estos porcentajes de manera significativa.

<sup>81</sup> Anexo C-90, Asamblea Protocolizada, 25 de April de 2007, p. 20. La mayoría de los votos de los accionistas con acciones Clase B tienen el derecho de nombrar 3 miembros del Consejo de Administración dentro de una asamblea válida.

antes de que la RFA fuera presentada al CIADI, y luego accedió a la transferencia de sus partes sociales “en papel” a Grand Odyssey lo cual les impidió recuperar la capacidad para nombrar directores y funcionarios hasta enero de 2018, 17 meses después de la entrega de la RFA.

103. Lo anterior se confirma con:

- las asambleas de 29 de agosto de 2014, que registran el hecho de que los Sres. Burr, Conley y Rudden renunciaron a los Consejos de Gerentes y sus facultades para actuar en nombre de las empresas fueron revocadas a partir de esa fecha;<sup>82</sup>
- las declaraciones de testigos presentadas por las Demandantes Adicionales, todos los cuales reconocen que “aceptaron con renuencia ceder temporariamente sus cargos en los consejos de las Compañías Juegos a los Sres. Chow, Pelchat y las personas designadas por el Sr. Chow”;<sup>83</sup>
- la declaración de testigos y el testimonio en la audiencia del Sr. Chow, de que las Demandantes estuvieron de acuerdo con ceder el control en un esfuerzo por convencer a la SEGOB de que ya no estaban involucradas en las Empresas de Juegos;<sup>84</sup>
- el testimonio enfático del Sr. Chow en su contrainterrogatorio directo de que las Demandantes sabían lo que estaba diciendo a otros, incluida la SEGOB, en el sentido de que las Demandantes habían transferido sus partes sociales a Grand Odyssey;<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> Anexo C-36, Asamblea Protocolizada de Juegos Sureste, agosto 29, 2014. Resoluciones equivalentes pueden ser encontradas en las asambleas Protocolizadas de las otras Empresas Juegos, celebradas en la misma fecha. Ver Anexos C-37, p.11, C-38, p. 10, C-39, p. 10, y C-40, p. 11.

<sup>83</sup> CWS-12, Declaración Testimonial de Neil Ayervais, ¶ 17 “El Sr. Chow insistió en que este cambio era necesario para que reabrieran los Casinos y avanzara la Transacción. Sostuvo que, si no aceptábamos reemplazar los consejos, la Transacción no podría seguir adelante. En última instancia, cedí y los inversores estadounidenses aceptaron con renuencia ceder temporariamente sus cargos en los consejos de las Compañías Juegos a los Sres. Chow, Pelchat y las personas designadas por el Sr. Chow.”; idénticas declaraciones pueden ser encontradas en las testimoniales CWS-21 to CWS-49.

<sup>84</sup> CWS-11, Declaración Testimonial de José Benjamín Chow del Campo, ¶¶ 11-12; Testimonio del Sr. Chow, Transcripción, Día 3, 3, pp. 768:9 - 769:5.

<sup>85</sup> Testimonio del Sr. Chow, Transcripción, Día 3, pp. 776:22 – 781:18. .

- la admisión del Sr. Ayervais durante su conainterrogatorio de que las Demandantes no impugnaron al Sr. Chow y/o demandaron la rectificación del registro tras enterarse de que se había pretendido transferir sus partes sociales a Grand Odyssey y que habían registrado dicha transferencia en una asamblea protocolizada;<sup>86</sup>
- La admisión del Sr. Ayervais durante su conainterrogatorio de que las Demandantes sabían, cuando redactaron los Contratos de Compra de Partes sociales,<sup>87</sup> que estos documentos se mostrarían al Gobierno de México;<sup>88</sup>
- Admisiones del Sr. Burr y del Sr. Ayervais durante su conainterrogatorio en el sentido de que el Sr. Chow no cooperaría con ellos en la conducción de los asuntos de las Empresas Juegos y se negó a convocar asambleas de accionista tras la designación de su grupo a los Consejos de Gerentes, a pesar de las solicitudes del Sr. Ayervais en julio de 2015 y del Sr. Burr en una teleconferencia celebrada en enero de 2016, marcando la primera ocasión en que se hizo una solicitud formal al Sr. Chow para devolver el control de las Empresas de Juegos y restableciera a las Demandantes como propietarios legítimos de sus partes sociales;<sup>89</sup>
- el alegato de de las Demandantes en la acción RICO de que habían sido privados del control de las Empresas de Juegos por la transferencia ilícita de Chow de sus partes sociales a Grand Odyssey,<sup>90</sup> y;

---

<sup>86</sup> Testimonio del Sr. Ayervais, Transcripción, Día 4, 914:7 – 917:11.

<sup>87</sup> Anexo C-134, Acuerdo de Compra de Acciones ejecutado – Boomer Financial, Inc., Grand Odyssey Casino, S.A. de C.V., 15 enero de 2015; Anexo C-135, Acuerdo de Compra Ejecutado – Boomer Financial, Inc., Grand Odyssey Casino, S.A. de C.V., 3 de febrero de 2015.

<sup>88</sup> Testimonio del Sr. Ayervais, Transcripción, Día 4, pp. 919:13-21. .

<sup>89</sup> Testimonio de Mr. Burr, Transcripción, Día 2, pp. 428:14 – 429:19; testimonio de Sr. Ayervais, Transcripción, Día 4, pp. 926:1 – 929:5. .

<sup>90</sup> Anexo R-002, Reclamación RICO – Claimants Complaint, ¶¶ 1-2, 5,112.

- las afirmaciones de las Demandantes ante la Secretaría del CIADI cuando México objetó el registro de la demanda, conforme a las cuales reconocieron, *inter alia*, que habían perdido el control de los Consejos de las Empresas de Juegos en línea.<sup>91</sup>

104. Las Demandantes han puesto énfasis en la afirmación de que Gordon Burr, Erin Burr y John Conley tenían el control *de facto* de E-Games, Empresas Juegos y Operadora Pesa, debido a su participación en el establecimiento de las Empresas Juegos, la estructuración de las inversiones de terceros en las compañías B-Mex y las Empresas Juegos, y la administración de esas inversiones, incluida la presentación de informes a los inversionistas y la remisión de dividendos. También sostienen que los Burrs y el Sr. Conley controlaban Empresas Juegos a través de E-games.<sup>92</sup>

105. Por lo tanto, fue sorprendente que cuando se le preguntó acerca de los arreglos financieros entre E-games, Operadora Pesa y las Empresas Juegos, el Sr. Burr afirmó no estar seguro y remitió a Erin Burr para dar una respuesta.<sup>93</sup> También fue sorprendente que la Sra. Burr afirmara no estar segura y defiriera a sus asesores legales mexicanos, para dar una respuesta<sup>94</sup>. Los abogados de las Demandantes se opusieron a que se hicieran preguntas similares al Sr. Moreno Quijano, Director General de las Empresas Juegos, por considerar que esto equivalía a una deposición inadmisiblesobre cuestiones de daños que no eran relevantes en esta fase del procedimiento.<sup>95</sup>

106. Sin embargo, una revisión de las pruebas presentadas en el Escrito de Contestación de las Demandantes, que solo se mencionan esporádicamente en el párrafo 246<sup>96</sup>, revela que E-Games no

---

<sup>91</sup> Respuesta de las Demandantes a México con fecha 21 de julio de 2016, pp. 8-9.

<sup>92</sup> Escrito de Contestación de las Demandantes sobre Jurisdicción, ¶ 40 y 41

<sup>93</sup> Testimonio del Sr. Burr, Día 2, Transcripción, pp. 438:7 -441:22

<sup>94</sup> Testimonio de la Sra. Burr, Día 2, Transcripción, pp. 547:20 – 554:21.

<sup>95</sup> Testimonio del Sr. Moreno Quijano, Día 3, Transcripción, pp. 683:13 – 686:9.

<sup>96</sup> Anexo C-52, Acuerdo de Arrendamiento de Máquinas entre Exciting Games y Juegos y videos de México, S. de R.L. de C.V., 9 de diciembre de 2009; Anexo C-53, Acuerdo de Arrendamiento de Maquinas entre Exciting Games y Juegos de video y entretenimiento del centro, S. de R.L. de C.V., 10 de diciembre de 2009; Anexo C-54, Acuerdo de Arrendamiento de Maquinas entre Exciting Games y Juegos de Video y Entretenimiento del Sureste, S. de R.L. de C.V., 9 de diciembre de 2009; Anexo C-55, Acuerdo de Arrendamiento de Máquinas entre Exciting Games y Juegos de Video y Entretenimiento de México, S. de R.L. de C.V., 9 de diciembre de 2009; Anexo C-56, Acuerdo de Arrendamiento de Máquinas entre Exciting Games y Juegos de Video y Entretenimiento del D.F., S. de R.L. de C.V., 9 de diciembre de 2009.

puede controlar las Empresas Juegos y que es más probable que las Empresas Juegos, como arrendadores de máquinas de juegos para E-Games, ejerciera un grado significativo de control legal sobre los E-Games en virtud de los contratos de arrendamiento.

107. En resumen, cada contrato de arrendamiento establece que las Empresas Juegos (como arrendador) suministrará el Hardware y el Software (i.e. las máquinas de juego) y que E-Games (como arrendatario) proporcionará (entre otros) el “Establecimiento” autorizado, bajo un permiso federal, para operar una sala de juegos y deberá mantener las máquinas de juego en buen estado de funcionamiento, aseguradas y demás.

108. Conforme a los contratos de arrendamiento, las Empresas Juegos tienen derecho a recibir los ingresos totales de las máquinas de juego, una vez deducidos los premios pagados y las cantidades devueltas a los usuarios, los impuestos federales y estatales de juego y los pagos mensuales a SEGOB<sup>97</sup>. Es importante destacar que cada contrato establece que se dará por terminado si no se realiza puntualmente el pago, si el establecimiento cierra sus puertas por más de 90 días como consecuencia de un proceso legal, o si el permiso federal para el establecimiento es cancelado o revocado en su totalidad o en parte.<sup>98</sup>

109. En estas circunstancias, no se puede decir que E-games ejerció el control *de facto* sobre las Empresas Juegos o que Gordon Burr, Erin Burr y/o John Conley ejercieron el control *de facto* sobre de las Empresas Juegos mediante E-Games o en virtud de la propiedad en E-Games.

#### **Respuesta a la Pregunta 1(i)**

**El Artículo 1117 establece que un inversionista podrá someter a arbitraje una reclamación “en representación de una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto”.**

**(i) ¿Cuál(es) es(son) el(los) momento(s) relevante(s) en que el inversionista debe ser capaz de probar la propiedad o el control para cumplir con el requisito del Artículo 1117? Por favor mencionar la autoridad relevante. Por favor, además procedan a analizar la aplicación del estándar que resulte apropiado a la prueba que obra en el expediente.**

---

<sup>97</sup> Todos los Acuerdos de Arrendamiento de las Empresas Juegos son esencialmente parecidos. Ver por ejemplo el Anexo C-52 Acuerdo de Arrendamiento de Maquinas entre Exiting Games and Juegos y Videos de Mexico, S. de R.L. de C.V., p. 4, Tercera Clausula.

<sup>98</sup> *Id.*, p. 7, Novena Clausula.

110. La Demandada sostiene que hay al menos dos puntos relevantes en el tiempo en los que el inversionista deben demostrar haber tenido la propiedad o el control de una empresa a efecto de establecer la legitimación procesal de acuerdo con el Artículo 1117: (i) la(s) fecha(s) en que ocurrieron la(s) medida(s); y (ii) la fecha en que la reclamación fue sometida a arbitraje.

111. Este punto se hizo en la Dúplica<sup>99</sup> y en los alegatos de apertura de la Demandada durante la audiencia.<sup>100</sup>

112. La primera fecha se deriva del alcance y la cobertura del Capítulo 11 tal como se define en el Artículo 1101, “[e]ste capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a: (a) los inversionistas de otra Parte; (b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en el territorio de la Parte [...] “. Para que el Capítulo 11 se aplique a una medida relacionada con una inversión de un inversionista de otra Parte, el inversionista debe tener la propiedad o el control de la empresa en el momento en que ocurrió la medida, tal como lo sostuvo el tribunal del caso *Gallo v. Canadá*.

325. Art. 1117 of the NAFTA authorises "[a]n investor of a Party, on behalf of an enterprise of another Party, that is a juridical person that the investor owns or controls directly or indirectly" to submit a dispute to arbitration. And Art. 1101(1) limits the scope of Chapter 11 protection "to measures adopted or maintained" by Canada that relate to "investors of another Party" and "investments of investors of another Party". Accordingly, for Chapter 11 of the NAFTA to apply to a measure relating to an investment, that investment must be owned or controlled by an investor of another party, and ownership or control must exist at the time the measure which allegedly violates the Treaty is adopted or maintained. In a claim under Art. 1117 the investor must prove that he owned or controlled directly or indirectly the "juridical person" holding the investment, at the critical time.

[...]

---

<sup>99</sup> Escrito de Contestación a la Nueva Evidencia, ¶¶ 81-85. The issue of timing of ownership or control of the enterprise was not specifically addressed in the first two rounds of pleadings mainly because the Claimants took the position that they had maintained continuous ownership and control over the Mexican Entities (Ver el Memorial de Contestación sobre Excepciones a la Jurisdicción, ¶ 167). En su Réplica, México asumió la posición de que la propiedad y control debía mantenerse “en todos los momentos relevantes” (ver, por ejemplo, ¶¶ 208, 217-218, 229, 276, 282).

<sup>100</sup> Declaración de Apertura de la Demandada, Transcripción Día 1, p. 64:1 – 8. .

328. Investment arbitration tribunals have unanimously found that they do not have jurisdiction unless the claimant can establish that the investment was owned or controlled by the investor at the time when the challenged measure was adopted.

[...]

332. This general principle is reflected in Art. 1117 of the NAFTA, which requires that any claimant seeking to successfully file an arbitration on behalf of a domestic "juridical person", must pass a first hurdle: the plaintiff must prove that at the time when the alleged treaty violations occurred he or she owned or controlled the "juridical person" holding the investment.<sup>101</sup> [Emphasis added]

113. Sin embargo, el Artículo 1117 establece una segunda condición para la legitimación procesal: el inversionista debe tener la propiedad o control de la empresa en cuyo nombre se somete la reclamación a arbitraje y, como se señaló en la Réplica Adicional de la Demandada, el Artículo 1117 (1) habla en *tiempo presente*. Esto es, permite a un inversionista de una Parte someter una reclamación a arbitraje en nombre de una empresa que es de su propiedad o está bajo su control, no que fue de su propiedad o estuvo bajo su control.<sup>102</sup>

114. La Demandada no tiene conocimiento de que exista jurisprudencia del TLCAN sobre si se requiere demostrar la propiedad o control de la empresa al momento de someter la reclamación a arbitraje porque ninguna parte demandante ha intentado alguna presentar una reclamación a nombre de una compañía que ya no es propiedad ni está bajo su control al momento de someter la reclamación a arbitraje.<sup>103</sup>

115. La interpretación de México es coherente con otras disposiciones del tratado, tales como los requisitos establecidos en el Artículo 1121. Para una reclamación en nombre de una empresa en virtud del Artículo 1117, el Artículo 1121 exige que tanto el inversionista contendiente como la empresa, presenten consentimientos y renunciaciones mismas que de conformidad con 1121(3), "se incluirá en la presentación de la demanda de arbitraje". Sin la propiedad o el control de la empresa

---

<sup>101</sup> Anexo RL-032. *Vito G. Gallo v. Government of Canada*, PCA Case No. 55798, Award (Redacted), ¶15, Septiembre 2011, ¶¶ 325, 328, 332.

<sup>102</sup> Presentación de Réplica de la Demanda ¶¶ 81-85.

<sup>103</sup> *In Gallo*, la cuestión era si podía presentarse una reclamación en virtud del artículo 1117 en nombre de una inversión adquirida después de que se adoptara la medida que dio lugar a inversionistas. En *Mondev*, la cuestión era si la reclamación se presentó correctamente en virtud del Artículo 1116

al momento de someter la reclamación a arbitraje, el inversionista no podría ejecutar u ordenar la ejecución de dichas exenciones y consentimientos.

116. La historia procesal de este caso ilustra el punto. Los Demandantes no presentaron renunciaciones y consentimientos para las Empresas Juegos cuando presentaron su Solicitud de Arbitraje y, cuando el CIADI les solicitó que los proporcionaran, las Demandantes argumentaron que no podían hacerlo porque habían perdido el “control del Consejo de Gerentes” de las Empresas Juegos.<sup>104</sup> Aunque las Demandantes pudieron proporcionar los supuestos consentimientos y renunciaciones unos 51 días después de la presentación de la RFA, la Demandada observará que no fue porque hubieran recuperado el control de las Empresas Juegos, sino porque pudieron convencer al Sr. Pelchat que los firmara.<sup>105</sup>

117. En cuanto a la jurisprudencia distinta de la del TLCAN, la Demandada sostiene que es de poca ayuda porque, como lo señaló el tribunal de *Mondev*, “*NAFTA does not adopt the device commonly used in bilateral investment treaties (“BITs”) to deal with the foreign investment interests held in local holding companies, namely, that of deeming the local company to have the nationality of the foreign investor which owns or controls it*”.<sup>106</sup>

118. El Tribunal en *Loewen v. Estados Unidos* sostuvo que el Demandante debía mantener continuamente su nacionalidad canadiense hasta que se dictó el laudo y observó lo siguiente:

223. Chapter Eleven of NAFTA represents a progressive development in international law whereby the individual investor may make a claim on its own behalf and submit the claim to international arbitration, as TLGI has done in the instant case. The format of NAFTA is clearly intended to protect the investors of one Contracting Party against unfair practices occurring in one of the other Contracting Parties. It was not intended to and could not affect the rights of American investors in relation to practices of the

---

<sup>104</sup> Ver Réplica sobre Jurisdicción, ¶¶ 261-262. Véase también la respuesta de las Demandantes a la Objeción de México de fecha 21 de julio de 2016, págs. 8-9

<sup>105</sup> Ver CWS-4, Primera declaración de testigos del Sr. Pelchat, ¶ 16: “[...] Debo señalar que firmé estas exenciones y consentimientos durante las conversaciones de conciliación con los accionistas de los EE. UU. Y como una muestra de buena fe sobre mi parte de que estaba dispuesto a cooperar con ellos en su solicitud a fin de llegar a una resolución sobre las disputas entre nosotros, incluido el litigio ante el tribunal federal que habían presentado contra mí y otros en junio de 2016.” [...]

<sup>106</sup> Anexo RL-026, *Mondev International Ltd. v. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB (AF) / 99/2, Laudo Final, 11 de octubre de 2002, ¶79.

United States that adversely affect such American investors. Claims of that nature can only be pursued under domestic law and it is inconceivable that sovereign nations would negotiate treaties to supplement or modify domestic law as it applies to their own residents. Such a collateral effect on the domestic laws of the NAFTA Parties was clearly not within their contemplation when the treaty was negotiated<sup>107</sup>

119. Esto es análogo al presente caso, en el cual, durante un período de tiempo significativo, incluida la fecha de sometimiento al arbitraje, las cuatro empresas en cuyo nombre se sometieron las reclamaciones no eran propiedad ni estaban bajo el control de los inversionistas estadounidenses, sino que eran *prima facie* propiedad de Grand Odyssey (una entidad mexicana) y otros inversionistas mexicanos no identificados, y las cinco empresas eran controladas por personas de nacionalidad mexicana a través de sus respectivos Consejos de Gerentes. .

120. En enero de 2018, las Demandantes intentaron remediar el hecho de que no tenían la propiedad o control [de las empresas] cuando la reclamación fue sometida a arbitraje celebrando *asambleas* para declarar las resoluciones del 7 de noviembre de 2014 nulas *ab initio* y volver a nombrar miembros del grupo Burr a los Consejos de Gerentes de las Empresas Juegos. Sin embargo, las preguntas del Prof. Vinuesa al Lic. Zamora revelaron que, siempre que un tercero de buena fe haya adquirido un derecho durante el período comprendido entre la supuesta transferencia de partes sociales y la confirmación de dicha transferencia, ese derecho de un tercero prevalecerá y no se verá perjudicado por la confirmación del acto.<sup>108</sup> En pocas palabras, las *asambleas* ahora protocolizadas no son útiles para demostrar que las Demandantes, individual o colectivamente, controlaba alguna de las Empresas Juegos cuando sometieron sus reclamaciones a arbitraje.

121. El requisito de propiedad continua no es problemático en reclamaciones al amparo del Artículo 1116 porque un inversionista no pierde su condición de “inversionista de una Parte” por no contar con la propiedad o control de la inversión en el momento en que se somete a arbitraje. Como se señaló anteriormente, el Artículo 1139 define “inversionista de una Parte” como “una Parte o empresa estatal de la misma, o un nacional o una empresa de dicha Parte, que busca realizar, está realizando o *ha realizado una inversión*”. Por lo tanto, un inversionista siempre podrá

---

<sup>107</sup> Anexo RL-041, *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/98/3, Award, 26 junio 2003, ¶ 223.

<sup>108</sup> Testimonio del Sr. Zamora, Preguntas del Tribunal, Día 5, Transcripción, pp. 1072:21 -1078:15.

presentar una reclamación bajo el Artículo 1116, independientemente de que conserve la propiedad o control de la inversión al momento de someter la reclamación.

122. Una reclamación a nombre de una empresa es diferente porque: (i) el artículo 1117 exige propiedad y control al momento de someter la reclamación, (ii) los consentimientos y renunciaciones que deben presentarse con el sometimiento de la demanda de arbitraje exigen propiedad o control de la compañía, y (iii) cualquier daño monetario derivado de una reclamación exitosa presentada bajo el Artículo 1117 se paga a la empresa. Por todos estos motivos, se debe demostrar que se cuenta con la propiedad y el control en la fecha de sometimiento de la reclamación cuando dicho reclamación se presenta a nombre de una empresa.

#### **Respuesta a la Pregunta 1(ii)**

**¿Puede un inversionista reclamar a nombre de una empresa de la cual no es propietario, pero puede demostrar que controla directa o indirectamente? ¿Hasta qué punto es relevante el Artículo 1139 si es que lo es? El Artículo 1139 define “inversión de un inversionista de una Parte” como “la inversión propiedad o bajo control directo o indirecto de un inversionista de dicha Parte”. ¿Se extiende la protección sustantiva del Capítulo 11 del TLCAN a las inversiones en las cuales el “inversionista” no es propietario, pero, no obstante, ello, las controla? ¿Existe alguna disposición del TLCAN o cualquier otra que responda a las preguntas anteriores directamente ya sea en forma afirmativa o negativa?**

123. La Demandada responderá a esta pregunta en el contexto de la situación alrededor de Operadora Pesa.

124. De conformidad con el Artículo 1101, para que una reclamación esté dentro del alcance del Capítulo 11, la (s) medida (s) en cuestión deben “relacionarse” con: (i) “inversionistas de otra Parte” o (ii) “inversión de inversionistas de otra Parte”. Como se explicará más adelante, las Demandantes no son “inversionistas de una Parte” y Operadora Pesa no es una “inversión de inversionistas de otra Parte”.

125. El Artículo 1139 define “inversionista de una Parte” como “una Parte o empresa estatal de la misma, o un nacional o una empresa de dicha Parte, que busca realizar, está realizando o ha realizado una inversión”. Además, la “inversión” que el inversionista “busca hacer, está haciendo o ha hecho” debe caer en al menos una de las 8 categorías identificadas en los subpárrafos (a) al (h) del Artículo 1139.

126. Ninguna de las Demandantes en este procedimiento ha alegado –mucho menos probado– que pretende realizar, está realizando o ha realizado una “inversión” en Operadora Pesa, tal como se define en el Artículo 1139. Se sigue que no hay inversión y, en consecuencia, ninguno de ellos puede considerarse un “inversionista de una Parte” *vis-à-vis* Operadora Pesa.<sup>109</sup>

127. Operadora Pesa no tiene inversión extranjera,<sup>110</sup> hecho que fue confirmado en la audiencia por el Sr. Moises Opatowski.<sup>111</sup>

128. Si ninguno de las Demandantes es un “inversionista de una Parte”, entonces la única otra opción para que la reclamación presentada por parte de Operadora Pesa esté dentro del alcance del Capítulo 11, es si la propia Operadora Pesa califica una “inversión de un inversionista de otra Parte”. Pero nuevamente, la definición de ese término conforme a lo dispuesto en el Artículo 1139<sup>112</sup> requiere una inversión que, como se indicó anteriormente, las Demandantes no han identificado o probado.

129. También cabe señalar que el artículo 1117 se titula “Reclamación de un Inversionista de una Parte en Nombre de una Empresa”, lo cual confirma que se requiere la condición de “inversionista de una Partes” para presentar una reclamación de conformidad con el artículo 1117.

130. Además, el texto del Artículo 1117 también deja claro que el “control” de la empresa es una alternativa a la “propiedad”, pero no a la existencia de una inversión:

1. El inversionista de una Parte, en representación de una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá someter a arbitraje [...] [Énfasis agregado]

131. Es difícil imaginar una situación en la que pueda considerarse que una persona o empresa tiene el control de una empresa sin tener ningún tipo de interés de propiedad en ella. Esto es lo que

---

<sup>109</sup> Ver Respuesta sobre Jurisdicción, ¶¶ 237-243.

<sup>110</sup> Anexo R-016, *Estatuto* de Operadora Pesa, Quinto Artículo.

<sup>111</sup> *Id.*, Transcripción Día 4, p. 887:4 – 20.

<sup>112</sup> El Artículo 1139 define la inversión de un inversionista aficionado de otra Parte como: "*una inversión propiedad o controlada directa o indirectamente por un inversionista de dicha Parte*". [Énfasis propio] Operadora Pesa no es una "inversión" según se define en el Artículo 1139.

llevó a la Demandada a argumentar en la Réplica que el término “control” en el Artículo 1117 del TLCAN se refiere a una cualidad del interés que un inversionista tiene en una empresa<sup>113</sup>:

245. Por lo tanto, la pregunta relevante a los efectos de determinar la legitimación de acuerdo con el Artículo 1117 es si el interés que posee un inversionista de otra Parte le da control sobre la empresa de una Parte. El artículo 1117 nunca tuvo la intención, por ejemplo, de permitir que un CEO estadounidense de una empresa mexicana (sin participación en el mismo) presente una reclamación en nombre de la compañía contra su propio estado.

132. La Demandada no tiene conocimiento de ningún caso del TLCAN en el que una parte reclamante haya intentado someter una reclamación a nombre de una compañía bajo su control directo o indirecto a pesar de no haber realizado ninguna inversión en ella.<sup>114</sup>

### **Respuesta a la Pregunta 1(iii)**

**Por favor identifique la jurisprudencia del TLCAN u otra que aborde la cuestión de si un grupo de accionistas que conjuntamente tienen la mayoría de los votos necesarios para ejercer el control sobre una compañía pueda decir que “controla” a aquella compañía, aun cuando no exista un instrumento que los vincule contractualmente a ejercer sus derechos de voto de un modo particular o en bloque.**

133. La Demandada no tiene conocimiento de ninguna jurisprudencia del TLCAN o de otros tratados de inversión en el que un grupo de inversionistas haya intentado establecer su legitimación procesal para someter una reclamación a nombre de una empresa sobre la base del su supuesto “control” colectivo de la compañía en la ausencia de un instrumento contractualmente vinculante.

134. Los derechos de los accionistas son derechos individuales y, en ausencia de un instrumento que obligue al accionista a ejercer esos derechos de una manera específica, no puede haber una presunción de un bloque de control. La conducta pasada no es útil, ya que sigue siendo cierto que un accionista tiene el derecho absoluto de votar sus partes sociales de la forma que considere adecuada, incluso si eso implica separarse de la mayoría. Esto fue demostrado por las preguntas del Profesor Vinuesa al Sr. José Ramón Moreno:

*COÁRBITRO VINUESA: Buen día, señor Moreno.*

*Mi pregunta es para no confundirnos sino tener yo un poco más claro lo que usted afirma en el apartado 20 de su declaración, que creo que la tiene ahí enfrente, y me voy a permitir leerle lo que necesito que usted me ayude a entender.*

---

<sup>113</sup> La Demandada abordó este tema en ¶¶ 237-248 de su Respuesta.

<sup>114</sup> *Id.*, ¶ 246.

*Usted dice -- ¿la tiene? “Mi decisión de votar en bloque con los señores Burr y Conley, se debía no solo a que la ya llamada relación de lealtad y confianza que habíamos desarrollado con los años, sino también el hecho de que mis intereses estaban alineados con los de ellos”. Esta frase: “mis intereses estaban alineados con los de ellos”, encuentro cierta dificultad para compatibilizarlos con lo que usted dice al final de este párrafo 20 que dice: “Ellos, en efecto, siempre controlaban mi voto con las decisiones que tomaban con respecto a las empresas, ya que yo siempre seguía los votos de ellos”.*

*Simplemente quería ver cómo compatibilizaba esto de intereses, pues si usted cambiaba sus intereses o veía algo que realmente no le gustaba, ¿se sentía atado o sentía cierta libertad para poder llegar a votar en contra?*

*SEÑOR MORENO: Siempre tuve la libertad. Sin embargo, siempre -- es decir, de todos los años que trabajamos juntos y todas las decisiones que ellos tomaban, siempre curiosamente resultaron en grandes oportunidades y gran crecimiento para la empresa. Entonces, yo nunca cuando teníamos que votar algo, curiosamente teníamos diferencias, siempre los intereses iban perfectamente alineados. Nunca tuvimos una disputa. Es decir, siempre estábamos en el mismo canal. Vamos a decirlo así.<sup>115</sup>*

135. Esto es especialmente relevante en el presente caso, ya que la mayoría de las Demandantes son partes no relacionadas. Si bien podría esperarse que Oaxaca Investments, al parecer de propiedad del Sr. Gordon Burr y la Sra. Erin Burr, vote del mismo modo que el Sr. y la Sra. Burr como accionistas individuales, esta lógica no puede extrapolarse a otras Demandantes no relacionadas. En ausencia de un acuerdo vinculante, no puede haber una presunción de un “*bloque de votación*” que controle a una empresa dada.

## **V. Preguntas adicionales del Tribunal sobre cuestiones de hecho y evidencia**

### **Respuesta a la Pregunta 5**

**¿Sobre quién recae la carga de la prueba en cuestiones de jurisdicción arbitral? ¿Le corresponde al demandante establecer un caso *prima facie* acerca de la existencia de jurisdicción y luego la carga se traslada a la demandada para refutar la prueba del demandante? Por favor haga referencia a la autoridad pertinente.**

136. Cada Demandante debe definir con precisión qué activos o derechos legales considera que comprenden su inversión (o inversiones) para fines de este arbitraje y luego demostrar ese hecho con pruebas. Dado que estos hechos deben ser probados para establecer la competencia *ratione*

---

<sup>115</sup> Testimonio del Sr. Jose Ramón Moreno, Transcripción, Día 3, pp. 699:7 – 700:21.

*personae* del Tribunal con respecto a cada Demandante individual, cada uno de ellos tenía la responsabilidad de presentar dicha prueba en la fase de jurisdicción.

137. La Demandada ha citado *Emmis International Holding v. Hungary*:

173. In the context of the present case, the Claimants bear the burden of proving that they owned an investment capable of expropriation. This task lies fully within the ambit of the jurisdictional phase. This burden is to be contrasted with the need to establish on a prima facie basis at the jurisdictional phase that the Respondent breached the treaty. This question is based on whether the alleged unlawful conduct giving rise to the treaty breach—if it can be established in the merits phase—is capable of falling within the treaty provisions invoked.<sup>116</sup>

138. Y *Philip Morris v. Uruguay*.

29. Regarding burden of proof, it is commonly accepted that at the jurisdictional stage the facts as alleged by the claimant have to be accepted when, if proven, they would constitute a breach of the relevant treaty. However, if jurisdiction rests on the satisfaction of certain conditions, such as the existence of an “investment” and of the parties’ consent, the Tribunal must apply the standard rule of onus of proof *actori incumbit probatio*, except that any party asserting a fact shall have to prove it. [Footnotes omitted.]<sup>117</sup>

139. Con respecto a las reclamaciones de las Demandantes bajo el Artículo 1116, como mínimo, las Demandantes estaban obligadas a declarar con precisión y probar con evidencia:

- los activos que cada uno de ellas supuestamente adquirió individualmente, ya sea en forma de partes sociales en empresas particulares, la realización de préstamos, o la contribución de bienes muebles o inmuebles o de capital;
- la(s) fecha(s) en que dichos activos o derechos fueron supuestamente adquiridos y la fecha en que se desecharon o perdieron;
- en el caso de partes sociales, el número y clase de partes sociales supuestamente adquiridas, y cualquier derecho especial asociado con dichas partes sociales;

---

<sup>116</sup> Anexo RL-020, *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., and MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/2, Award, 16 abril 2014, ¶¶ 171-173 citado en el Memorial Sobre Excepciones a la Jurisdicción, ¶ 111 and Réplica a la Jurisdiction, ¶ 287.

<sup>117</sup> Anexo CL-12, *Philip Morris Brands et al v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction (julio 2, 2013), ¶ 29.

- en el caso de los préstamos, el monto del supuesto préstamo , la identidad del prestatario y los términos de los préstamos, incluidos su vencimiento original y fecha de vencimiento; y
- detalles de cualquier otra contribución equivalente a una supuesta inversión; cualquier acuerdo o arreglo que les confiera el derecho de participar de los ingresos o ganancias de las Empresas Mexicanas y / o los Casinos.<sup>118</sup>

140. Con respecto a las reclamaciones bajo el Artículo 1117, las Demandantes debían especificar con precisión y probar con evidencia lo siguiente:

- la identidad de la Demandante o grupo de Demandantes que presuntamente tiene legitimación procesal para someter una reclamación a nombre de cada una de las Empresas Mexicanas;
- el número de partes sociales que cada Demandante posee en cada una de las Empresas Mexicanas, el porcentaje que dichas partes sociales representan del total emitido en esa clase, y los derechos de voto asociados con esa clase de partes sociales;
- las fechas en que se adquirieron y se eliminaron o se perdieron todas esas partes sociales;
- la manera precisa en que las Demandantes afirman ejercer el control directo o indirecto de cada una de las Empresas Mexicanas; y los términos de cualquier acuerdo de accionistas, poder de voto o cualquier otro instrumento que pretenda transmitir el derecho de cualquier accionista a cualquiera de los otros Demandantes, o cualquier tercero.<sup>119</sup>

141. Las Demandantes estaban obligadas a hacer algo más que presentar evidencia *prima facie* para establecer su legitimación conforme a los artículos 1116 y 1117. Debían aportar pruebas suficientes para convencer al Tribunal de la veracidad de los hechos alegados. Como ha señalado la Demandada en sus alegatos, la jurisprudencia se refiere consistentemente a la importante trabajo

---

<sup>118</sup> Memorial Sobre Excepciones a la Jurisdicción, ¶ 113.

<sup>119</sup> *Id.*, ¶ 118.

de Bin Cheng sobre este punto, el cual se mencionó por primera vez en *Asian Agricultural Products. v. Sri Lanka*:<sup>120</sup>

142. En *Tokios Tokeles v. Ukraine*:

121. Moreover, the burden of demonstrating the impact of the state action indisputably rests on the Claimant. The principle of *onus probandi actori incumbit* – that a claimant bears the burden of proving its claims – is widely recognized in practice before international tribunals. The significance of this burden was stated effectively by the tribunal in *Asian Agricultural Products, Ltd. v. Sri Lanka* (ARB/87/3), which noted that: [a] Party having the burden of proof must not only bring evidence in support of his allegations, but must also convince the Tribunal of their truth, lest they be disregarded for want, or insufficiency, of proof.<sup>121</sup> [Pies de página omitidos]

143. En *Marion Unlgaube v. Costa Rica*:

34. The degree or standard of proof is not as precisely defined. Whichever party bears the burden of proof on a particular issue and presents supporting evidence “must also convince the Tribunal of [its] truth, lest it be disregarded for want, or insufficiency, of proof.” The degree to which evidence must be proven can generally be summarized as a “balance of probability,” “reasonable degree of probability” or a preponderance of the evidence. Because no single precise standard has been articulated, tribunals ultimately exercise discretion in this area.<sup>122</sup> [Pies de página omitidos]

144. Y en *Ampal-American v. Egypt*:

219. The Tribunal now turns to determine whether Mr. Fischer has satisfied his jurisdictional burden. On this point, it is important to keep in mind that the burden of proof is not necessarily satisfied by simply producing evidence. As Professor Bin Cheng has neatly stated: “a party having the burden of proof must not only bring evidence in support of his allegations, but must also convince the Tribunal of their truth, lest they be disregarded for want, or insufficiency of proof.”<sup>123</sup> [Pies de página omitidos]

---

<sup>120</sup> Anexo RL-033, *Asian Agricultural Products, Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 junio 1990, ¶ 56 citando a: : 6 ICSID Rev.-FILJ 526, 549 (1991) at paragraph 56 (quoting Bin Cheng, “General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals”, pp. 329-31 (1953)).

<sup>121</sup> Anexo RL-034; *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Award, 26 julio 2007. ¶ 121 and footnote 117 citing *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 June.

<sup>122</sup> Anexo RL-035, *Marion Unlgaube v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/08/1, Award, 16 mayo 2012, ¶34 y pie de página 5; Ver *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award (27 junio 1990), ¶ 56 (citando Bin Cheng, “General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals”, pp. 329-331 (1987)).

<sup>123</sup> Anexo RL-036, *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Jurisdiction, ¶219 and Footnote 166: 1 febrero 2016 Bin Cheng, “General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals”, p. 329 (1953).

145. Las Demandantes son las únicas que tienen los medios para probar sus reclamaciones. En otras palabras, esta no es una cuestión de evidencia que la Demandada tenga los medios para refutar.

146. La Demandada sostiene que, para fines de los Artículos 1116 y 1117, las Demandantes están obligadas a demostrar que tienen la propiedad y/o el control de las inversiones al menos en la fecha de la supuesta medida y en la fecha en que se somete la reclamación a arbitraje.

147. Al evaluar si se ha cumplido o no con la carga y el estándar de la prueba, los siguientes puntos son claramente problemáticos para las Demandantes:

- Incluso si no se requiera un acuerdo de accionistas o instrumento similar, sin las Demandantes Adicionales, las Demandantes Originales no tienen el control de cuatro de las cinco Empresas de Juegos, ya que no tenían un número suficiente de partes sociales de Clase B para convocar asambleas, designar la mayoría de los directores o aprobar transferencias de partes sociales (entre otras cosas); e
- incluso si el estándar aplicado por el Tribunal es control *de facto* en lugar de control legal, las Demandantes perdieron el control del Consejo de las Empresas de Juegos durante casi cuatro años, desde agosto de 2014 hasta enero de 2018, y no tenían control *de facto* de las empresas en la fecha en que se presentó la reclamación a arbitraje. Las Demandantes no pueden demostrar que controlan cuatro de las cinco Empresas de Juegos durante el período relevante;
- como se observó en los párrafos 103 a 108 anteriores, los Burr's no pueden razonablemente sostener que han ejercido un control de gestión efectivo de las Empresas de Juegos a través de E-Games.

148. Operadora Pesa no puede considerarse una “inversión de un inversionista de otra Parte” pues no hubo inversión extranjera en Operadora Pesa como lo exige el Artículo 1139.

#### **Respuesta a la pregunta 6**

**¿Cuál es el estándar de prueba en cuestiones de jurisdicción arbitral? Por favor haga referencia a la autoridad pertinente.**

149. Con respecto a la cuestión del estándar de la prueba para efectos de la notificación y consentimiento en este caso, la Demandada sostiene sus objeciones con relación al incumplimiento de los Artículos 1119 y 1121 se mantienen por sí mismas como cuestiones de derecho para su determinación. No requieren que el Tribunal haga determinaciones sobre los hechos. En resumen:

- Si habría sido o no “fútil” que las Demandantes Adicionales iniciaran consultas es irrelevante para determinar si las Demandantes Adicionales incumplieron los términos obligatorios del Artículo 1119; y
- Si se puede o no inferir que las Demandantes tuvieron la intención de consentir al arbitraje mediante la entrega de poderes de representación individuales a Quinn Emanuel es irrelevante para determinar si en realidad cumplieron con el Artículo 1121 proporcionando consentimientos por escrito a México.

150. Las Demandantes también tienen la carga de probar que el consentimiento de la Demandada fue obtenido mediante el otorgamiento de sus propios consentimientos al arbitraje de conformidad con el Artículo 1121. Como lo señaló el Tribunal en el caso *ICS Inspection v. Argentina*:

280. Además, el consentimiento de un Estado al arbitraje no se presumirá ante la ambigüedad. El consentimiento a la jurisdicción de un órgano judicial o cuasijudicial en virtud del derecho internacional está probado o no de conformidad con las normas generales de derecho internacional que rigen la interpretación de los tratados. La carga de la prueba para el tema del consentimiento recae directamente en un reclamante dado que lo invoca contra un demandado determinado. Cuando un reclamante no puede demostrar el consentimiento con la suficiente certeza, la jurisdicción será rechazada.<sup>124</sup>  
[Notas a pie de página omitidas]

151. No se cumplió con la carga de la prueba. Las condiciones previas al sometimiento de una reclamación a arbitraje que establece el artículo 1121 no se cumplieron. Estas condiciones precedentes son requisitos obligatorios. No hay ambigüedad: el consentimiento de México no fue otorgado.

152. Además, las Demandantes Adicionales no pueden cumplir con su carga de la prueba con respecto al cumplimiento del Artículo 1119. Simplemente no entregaron una Notificación de su

---

<sup>124</sup> Anexo RL-042, *ICS Inspection v. Argentina*, PCA Case No. 2010-9, Award on Jurisdiction, ¶280.

intención de someter una reclamación a arbitraje antes de la presentación de la RFA. El incumplimiento de este requisito obligatorio es fatal para sus reclamaciones.

153. En cuanto a la objeción basada en la falta de legitimación procesal bajo el Artículo 1117, la Demandada comenzará por reiterar que hay dos aspectos de esta cuestión. El primero es una cuestión de interpretación de los tratados, es decir, qué significan los términos “propiedad” y “control” en el contexto del Artículo 1117, lo cual no requiere determinaciones probatorias.<sup>125</sup> La segunda es una cuestión de hecho, *-i.e.*, si las Demandantes Originales tenían la propiedad o control de las Empresas Mexicanas en los momentos relevantes, lo cual sí requiere que el Tribunal haga determinaciones probatorias.

154. Los párrafos 83 a 108 anteriores contienen las posiciones de la Demandada sobre estas cuestiones.

#### **Respuesta a la pregunta 7 (i)**

**Proporcione un resumen de la evidencia en el expediente, sin hacer nuevas afirmaciones que no estén respaldadas por evidencia en el expediente, con citas relevantes al expediente con respecto a cada una de las siguientes. Siempre que sea posible, utilice cuadros gráficos de propiedad para visualizar sus respuestas a las preguntas sobre la participación accionaria en las empresas mexicanas. Si las partes pueden prestar gráficos acordados, mucho mejor.**

**¿Cómo se capitalizó cada una de las empresas mexicanas: por quién y cuándo?**

155. Las Empresas Juegos fueron capitalizadas por las Demandantes y otros inversionistas quienes no son partes a esta controversia a través de las asambleas de socios que han sido identificadas en este procedimiento como “asambleas de capitalización”. Estas asambleas de capitalización fueron presentadas por las Demandantes como anexos C-89 a C-93. Las fechas de capitalización y la composición de los diferentes tipos de partes sociales varían de una compañía a otra. Cada una de las siguientes tablas ofrece un desglose de la participación a la fecha de la capitalización respectiva, por tipo de inversionista y tipo de partes sociales.

#### Juegos de Video y Entretenimiento del Sureste S. de R.L. de C. V. (Villahermosa)<sup>126</sup>

---

<sup>125</sup> Réplica Sobre Excepciones a la Jurisdicción, ¶¶196-200.

<sup>126</sup> Anexo C-168, Protocolización de la *asamblea* de Juegos Sureste, octubre 15, 2009; Anexo C-90, Protocolización de la *asamblea* de Juegos Sureste, abril 25, 2007.

Sureste	Series A1		Series A2		Series B		Total Shares	
	Units	%	Units	%	Units	%	Units	%
<b>Asamblea 28-02-2007</b>								
Original Claimants	-	-	13,000	100	19,250	53.5	32,250	58
Additional Claimants	-	-	-	-	4,925	13.7	4,925	9
Non - Parties	6,500	100	-	-	11,825	32.8	18,325	33
<b>Total</b>	<b>6,500</b>	<b>100</b>	<b>13,000</b>	<b>100</b>	<b>36,000</b>	<b>100</b>	<b>55,500</b>	<b>100</b>

Sureste	Series A1		Series A2		Series B		Total Shares	
	Units	%	Units	%	Units	%	Units	%
<b>Asamblea 15-10-2009</b>								
Original Claimants	-	-	13,000	100	10,993	30.5	23,993	43
Additional Claimants	-	-	-	-	8,682	24.1	8,682	16
Non - Parties	6,500	100	-	-	16,325	45.4	22,825	41
<b>Total</b>	<b>6,500</b>	<b>100</b>	<b>13,000</b>	<b>100</b>	<b>36,000</b>	<b>100</b>	<b>55,500</b>	<b>100</b>

Juegos de Video y Entretenimiento de México S. de R.L. de C.V. (Naucalpan)<sup>127</sup>

Naucalpan	Series A		Series B		Series C		Total Shares	
	Units	%	Units	%	Units	%	Units	%
<b>Asamblea 28-02-2006</b>								
Original Claimants	42,000	84	9,000	100	-	-	51,000	82
Additional Claimants	-	-	-	-	-	-	-	-
Non - Parties	8,000	16	-	-	3,000	100	11,000	18
<b>Total</b>	<b>50,000</b>	<b>100</b>	<b>9,000</b>	<b>100</b>	<b>3,000</b>	<b>100</b>	<b>62,000</b>	<b>100</b>

Juegos y Videos de Mexico S. de R.L. de C.V (Cuernavaca)<sup>128</sup>

Cuernavaca	Series A1		Series A2		Series B		Total Shares	
	Units	%	Units	%	Units	%	Units	%
<b>Asamblea 31-03-2008</b>								
Original Claimants	-	-	22,666	100	23,043	44.0	45,709	58
Additional Claimants	-	-	-	-	11,395	22.0	11,395	15
Non - Parties	4,000	100	-	-	18,150	34.0	22,150	27
<b>Total</b>	<b>4,000</b>	<b>100</b>	<b>22,666</b>	<b>100</b>	<b>52,588</b>	<b>100</b>	<b>79,254</b>	<b>100</b>

Juegos de Video y Entretenimiento del D.F. S. de R.L. de C.V. (D.F.)<sup>129</sup>

<sup>127</sup> Anexo C-89, Protocolización de la *asamblea* de Juegos Naucalpan, marzo 23, 2006.

<sup>128</sup> Anexo C-92, Protocolización de la *asamblea* de Juegos Cuernavaca, enero 10, 2011.

<sup>129</sup> Anexo C-93, Protocolización de la *asamblea* de Juegos D.F., enero 10, 2011.

D.F. Asamblea 02-09-2008	Series A1		Series A2		Series B		Total Shares	
	Units	%	Units	%	Units	%	Units	%
Original Claimants	-	-	28,669	100	22,667	32.0	51,336	52
Additional Claimants	-	-	-	-	14,795	21.0	14,725	15
Non - Parties	3,999	100	-	-	33,875	47.0	37,874	32
<b>Total</b>	<b>3,999</b>	<b>100</b>	<b>28,669</b>	<b>100</b>	<b>71,337</b>	<b>100</b>	<b>103,935</b>	<b>100</b>

Juegos de Video y Entretenimiento del Centro S. de R.L. de C.V. (Puebla) <sup>130</sup>

Centro Asamblea 31-12-2007	Series A1		Series A2		Series B		Total Shares	
	Units	%	Units	%	Units	%	Units	%
Original Claimants	-	-	20,551	100	23,013	43.1	43,564	55
Additional Claimants	-	-	-	-	12,035	22.5	12,035	15
Non - Parties	6,000	100	-	-	18,340	34.4	24,340	30
<b>Total</b>	<b>6,000</b>	<b>100</b>	<b>20,551</b>	<b>100</b>	<b>53,388</b>	<b>100</b>	<b>79,939</b>	<b>100</b>

156. Las pruebas en el expediente (Anexo C-63) demuestran que E-Games fue constituida y capitalizada en febrero de 2006 por los señores Alfredo y Antonio Moreno Quijano. La propiedad de las partes sociales evolucionó durante ocho años, como se muestra en el cuadro incluido en el párrafo 234 de la Réplica sobre Excepciones a la Jurisdicción, que se reproduce a continuación para conveniencia del Tribunal. No está claro para la Demandada hubo inyecciones adicionales de en fechas posteriores.<sup>131</sup>

	22-Feb-06	06-Oct-09	06-Jul-11	12-Aug-11	02-Mar-12	07-Oct-13
Alfredo Moreno Quijano	50%	15.00%	28.33%	56.67%	28.33%	
Antonio Moreno Quijano	50%					
José Ramón Moreno Quijano					14.17%	16.67%
Jorge Armando Guerrero Ortiz					14.17%	16.67%
Oaxaca Investments		28.33%	28.33%	28.33%	28.33%	33.32%
John Conley		28.34%	15.00%	15.00%	15.00%	33.34%
Tomás Fernando Ruíz Ramírez		28.33%	28.33%			
<b>Total</b>	<b>100%</b>	<b>100.00%</b>	<b>100.00%</b>	<b>100.00%</b>	<b>100.00%</b>	<b>100.00%</b>

<sup>130</sup> Anexo C-91, Protocolización de la *asamblea* de Juegos Centro, enero 10, 2011.

<sup>131</sup> En términos de capitalización (Anexo C-63), E-Games, nunca emitió nuevas partes sociales ni incrementó su capital. En vez de eso, los dueños originales vendieron un porcentaje substancial de las partes sociales de su propiedad (hasta el 100% en un caso) a nuevos socios, las Demandantes Originales. Ninguna de las Demandantes Adicionales es propietaria de partes sociales en E-Games.

157. La constitución de Operadora Pesa S de RL de CV (O-Pesa) el 7 de marzo de 2008, surgió de la sociedad de los nacionales mexicanos Moisés Opatowski y José Miguel Ramírez Rodríguez. Estas personas fueron los únicos socios de O-Pesa. Cada uno de ellos aportó el 50% del capital total.<sup>132</sup> Los estatutos de O-Pesa prohíben las contribuciones de inversionistas extranjeros, ya sea directa o indirectamente.<sup>133</sup>

#### **Respuesta a la pregunta 7 (ii)**

**Cómo (por medio de quién: Demandantes Originales / Demandantes Adicionales / No Partes) era la tenencia de partes sociales en circulación de cada una de las Compañías Mexicanas en (i) la fecha de las presuntas violaciones por parte de la Demandada; (ii) la fecha del Aviso de intención (original); y la fecha de la presentación de la Notificación de Arbitraje ante el CIADI?**

158. Esta pregunta no se puede responder sobre la base de la evidencia en el expediente.<sup>134</sup> A la fecha, las Demandantes no han podido proporcionar evidencia satisfactoria sobre esta cuestión crucial. Las Demandantes no han puesto en evidencia los registros corporativos básicos de las cinco Empresas de Juegos, como el registro de accionistas, el libro de variaciones de capital o un conjunto completo de asambleas para cualquiera.

159. Las asambleas de enero de 2018 no rectificaron esta falta de evidencia primaria. Parecen estar basadas en las hojas de cálculo de Erin Burr que, como se demostró en la Réplica,<sup>135</sup> estaban incompletas y desactualizadas, ya que no estaban basados en registros corporativos contemporáneos los cuales, según las Demandantes, se perdieron en un incendio y/o fueron robados de la oficina de sus abogados corporativos mexicanos.<sup>136</sup>

---

<sup>132</sup> Anexo C-109, Notarización de los Artículos de Organización de Operadora Pesa, Sociedad de Responsabilidad Limitada de Capital Variable (Mar. 7, 2008).

<sup>133</sup> *Id.*, p. 3.

<sup>134</sup> Esta evidencia consiste en: las *asambleas* de capitalización (Anexos C-89 a C-93 y C-168), un juego incompleto de certificados de propiedad (Anexo C-160), un juego incompleto de declaraciones de impuestos (Anexos C-183 a C-192), y un juego incompleto de *Libros de Registro de Socios* (Anexos C-154 a C-158), las Declaraciones Testimoniales de las Demandantes Originales, que no tienen soporte en ninguna evidencia documental y la Declaración Testimonial de Erin Burr.

<sup>135</sup> Réplica Sobre las Excepciones a la Jurisdicción, ¶¶ 214-231.

<sup>136</sup> Dúplica de las Demandantes Sobre Excepciones a la Jurisdicción, ¶¶ 97 y 98; Declaración Testimonial del Sr. Gutiérrez Morales, CWS-9, ¶¶ 7-10.

160. Por consiguiente, la Demandada no puede admitir que alguna de las Demandantes tenga en un monto particular de partes sociales de algún tipo particular, , en una fecha determinada, en cualquiera de las Empresas de Juegos. Sin embargo, hay dos cosas que son claras a partir de la evidencia presentada por las Demandantes:

- i. Incluso si se acepta la evidencia de Erin Burr sobre el tipo y número de partes sociales que cada Demandante posee (o posee) en las Empresas de Juegos, las Demandantes Originales tienen un número insuficiente de partes sociales “B” para ejercer colectivamente el control de voto de cualquiera de esas empresas (excepto Naucalpan), como se demuestra en el siguiente cuadro del párrafo 256 de la respuesta de la Demandada:

<b>Series B Shares (% of total)</b>			
	<b>Original Claimants</b>	<b>Additional Claimants</b>	<b>Total Claimants</b>
Naucalpan	100.00	-	100.00
Villahermosa	28.33	22.38	50.71
Puebla	42.53	22.52	65.05
Cuernavaca	40.65	26.00	66.64
Mexico City	34.89	23.54	58.44

- ii. En la fecha de presentación al arbitraje, el registro público, que consiste en un acta de asamblea protocolizada con fecha del 7 de noviembre de 2014, mostró a Grand Odyssey como el propietario de las partes sociales de las Demandantes en las Empresas de Juegos (excepto Naucalpan).

**Respuesta a la pregunta 7 (iii)**

**¿Cómo (por ejemplo, por quién: Demandantes Originales / Demandantes Adicionales / No Partes) eran las “partes sociales B” en cada una de las Compañías Mexicanas que se encontraban en (i) el momento de las presuntas violaciones por parte de la Demandada; (ii) el momento del Aviso de intención (original); y (iii) el momento de la presentación de la Notificación de Arbitraje con el CIADI?**

161. Esta pregunta no puede responderse sobre la base de la evidencia en el expediente. Para evitar repeticiones innecesarias, la Demandada refiere a la respuesta a la Pregunta 7 (ii) anterior.

**Respuesta a la pregunta 7 (iv)**

**Hubo un considerable debate y testimoniales acerca de lo que las Demandantes se habían propuesto lograr con respecto a la SEGOB al relacionarse con los Sres. Chow y Pelchat y buscar una transacción**

con sus directores. ¿Qué muestra la evidencia en el registro hasta hoy t fue el propósito de su compromiso con esos dos señores y sus principales?

162. En su Dúplica sobre Objeciones de Jurisdicción, las Demandantes hicieron la siguiente afirmación:

Luego de que México cerró ilegalmente los Casinos en abril de 2014, el Sr. Burr comenzó a investigar posibles vías para mitigar los daños sustanciales que la conducta de México le estaba causando a él y a sus colegas inversionistas.<sup>137</sup> El Sr. Burr consideró una cantidad de opciones y se reunió con José Benjamín Chow del Campo (“**Sr. Chow**”).<sup>138</sup> El Sr. Chow propuso una posible transacción en la que las Empresas de Juegos y sus activos se fusionarían con Grand Odyssey S.A. de C.V. (“**Grand Odyssey**”) y, finalmente, se funden en una compañía fantasma canadiense.<sup>139</sup> La propuesta del Sr. Chow fue especialmente atractiva para el Sr. Burr porque el Sr. Chow declaró que tenía conexiones de alto nivel en la SEGOB que facilitarían la reapertura de los casinos.<sup>140</sup> Después de una reunión con Marcela Gonzales Salas (“**Sra. Salas**”), el Director General de la División de Juegos y Raffles en la SEGOB, el Sr. Chow y su colega, Luc Pelchat (“**el Sr. Pelchat**”) transmitieron a Gordon que el gobierno mexicano fue inequívoco: no permitirían la reapertura de los Casinos mientras los Accionistas estadounidenses permanecieran involucrados en las Empresas de Juegos.<sup>141</sup> [Notas a pie de página incluidas para referencias a pruebas en el registro.]<sup>142</sup>

163. Las Demandantes alegaron además que, con base en lo que caracterizaban como una “directiva” del gobierno, el Sr. Burr y el Sr. Chow estructuraron un acuerdo para transferir sus partes sociales a Grand:

Como resultado de la directiva del gobierno mexicano, el Sr. Chow y el Sr. Burr estructuraron la transacción para que todas las partes sociales de Grand Odyssey y de las Empresas de Juegos fueran adquiridas por un vehículo de propósito especial público canadiense y los Accionistas de los Juegos de los EE. UU. Las empresas recibirían valores emitidos por la empresa pública y efectivo a cambio de sus partes sociales (la

---

<sup>137</sup> Declaración Testimonial de Benjamín Chow del Campo (enero. 4, 2018), CWS-11, ¶ 8; Declaración Testimonial de Neil Ayervais (enero . 7, 2018), CWS-12, ¶ 14.

<sup>138</sup> *Id.*

<sup>139</sup> *Id.*

<sup>140</sup> *Id.*

<sup>141</sup> Declaración Testimonial de José Benjamín Chow del Campo (enero 4, 2018), CWS-11, ¶ 9; Declaración Testimonial de Neil Ayervais (enero 7, 2018), CWS-12, ¶ 14; Primer Declaración Testimonial de Luc Pelchat (julio 21, 2017), CWS-4, ¶ 8.

<sup>142</sup> Dúplica Sobre Excepciones a la Jurisdicción, 8 enero 2018, ¶ 133.

“Transacción”).<sup>143</sup> Los accionistas de los EE. UU. Serían compensados en parte por la distribución de partes sociales de propiedad en la empresa pública canadiense y también en parte por recibir pagos en efectivo.<sup>144</sup>

[Notas a pie de página incluidas para referencias a pruebas en el registro.]<sup>145</sup>

164. En las asambleas del 29 de agosto de 2014, el Sr. Pelchat, ciudadano canadiense, el Sr. Chow, ciudadano mexicano y otros tres ciudadanos mexicanos, fueron nombrados miembros de los Consejos de Gerentes de las Empresas de Juegos en sustitución del Sr. Burr y sus socios. La razón para ceder el control del Consejo de Gerentes se basó en ciertas afirmaciones de los Sres. Chow y Pelchat, antes de estas asambleas, en el sentido de que, para “apalancar mejor” sus contactos dentro del gobierno mexicano y así facilitar la reapertura de los Casinos, ellos y otros ciudadanos mexicanos debían estar en los Consejos de Gerentes de las Empresas de Juegos.<sup>146</sup>

165. En su contrainterrogatorio, el Sr. Chow fue interrogado sobre la justificación para el nombramiento de los nuevos miembros en las Juntas de Administradores:

*Q: En el mismo párrafo, usted dice que durante la reunión explicó a los miembros de la junta que era necesario que usted y el Sr. Pelchat fueran nombrados para la junta, y cito, “para demostrar al gobierno mexicano que estábamos cumplir con la directiva para disminuir la participación de los accionistas estadounidenses en los casinos “.*

*¿Es esto correcto?*

*A. Sí.*

*Q. ¿Y los accionistas de EE. UU., Aceptaron estas condiciones?*

*A. Sí.<sup>147</sup>*

166. Un día antes de las asambleas del 29 de agosto de 2014, el Sr. Chow también informó a las Demandantes, por segunda vez, de las presuntas condiciones para reabrir los Casinos y la necesidad de que los nuevos miembros formaran parte del Consejo de Gerentes. La Demandada sostiene que las Demandantes sabían que el objetivo de ceder los Consejos de Gerentes de las

---

<sup>143</sup> Declaración Testimonial de José Benjamín Chow del Campo (enero 4, 2018), CWS-11, ¶ 10; Declaración Testimonial de Neil Ayervais (enero. 7, 2018), CWS-12, ¶ 14.

<sup>144</sup> *Id.*

<sup>145</sup> Dúplica Sobre Excepciones a la Jurisdicción, 8 enero 2018, ¶ 134.

<sup>146</sup> Declaración Testimonial de José Benjamín Chow del Campo Campo (enero. 4, 2018), CWS-11, ¶ 13; Declaración Testimonial de Neil Ayervais (enero 7, 2018), CWS-12, ¶ 15.

<sup>147</sup> Testimonio del Sr. Chow, Transcripción Día 3; 765: 6- 17

Empresas de Juegos a los Sres. Chow y Pelchat era crear la apariencia de que las Demandantes habían retirado sus intereses en las Empresas de Juegos y satisfacer así, las presuntas condiciones de SEGOB para abrir los Casinos. Según el Sr. Chow en su interrogatorio directo:

*Q. En el siguiente párrafo, usted declara que en la tarde antes de la asamblea del 29 de agosto, llamó al Sr. Ayervais para informarle que el gobierno mexicano también exigía que los miembros actuales de las Juntas de Administradores de cada una de las Empresas de Juegos fueran reemplazados con ciudadanos mexicanos; ¿Es eso correcto?*

*A. Sí.*

*Q: ¿Hubo alguien más en esta llamada telefónica con el Sr. Ayervais?*

*A. No. Fue solo él y yo.*

*Q. ¿Quién te dijo esto por SEGOB?*

*A. Eso es lo que entendimos cuando estuvimos allí con la Sra. González.*

*Q: ¿Estás hablando de la reunión del 14 de julio?*

*A. Sí.*

*P: Y dijo que le dijo a los accionistas de los EE. UU. Inmediatamente después de esa reunión que esas eran las condiciones que la SEGOB estaba imponiendo. Entonces, ¿por qué tienes que decirles de nuevo?*

*A. Sin motivo particular.<sup>148</sup>*

*[Énfasis añadido].*

167. El contrainterrogatorio de Neil Ayervais confirmó que el grupo de administración conscientemente decidió no formular objeciones cuando se enteró, tras las asambleas de noviembre de 2014, que la transferencia de las partes sociales de las Demandantes a Grand Odyssey había tenido lugar. A pesar de afirmar haber quedado “estupefactos”, en lugar de enviar un “*nastygram*” al Sr. Chow, “simplemente continuaron negociando ... porque ... la única transferencia efectiva de las partes sociales podría ocurrir al cierre”.<sup>149</sup> Sin embargo, en el contrainterrogatorio directo, el Sr. Chow insistió en que las Demandantes sabían que se planeaba plantear a la SEGOB que las Demandantes habían transferido sus partes sociales a Grand Odyssey.

---

<sup>148</sup> Testimonio del Sr. Chow, Day 3; 749:6 - 750:3. Ver también la Declaración Testimonial de Benjamín Chow’s ¶ 14 “[...] I told Mr. Neil Ayervais that if the U.S. shareholders did not agree to replace the boards as I had proposed, then we could not satisfy Mexico’s condition and as such, the Transaction could not proceed. Ultimately, the U.S. shareholders’ representatives agreed to the replacement of the boards, because I insisted that this was the only way that the Mexican government would ever approve the reopening of the Casinos and the only way we could proceed with the Transaction”.

<sup>149</sup> Testimonio del Sr. Ayervais, Día 4, Transcripción, pp. 915:5 - -777:9 – 778:4.

*Q. ¿Alguna vez informó usted a los accionistas de los Estados Unidos en 2014, 2015, 2016, que usted tenía un plan de tomar la asamblea de noviembre y en esencia engañar a la señora Salas para hacerla creer que los accionistas estadounidenses estaban fuera de la empresa?*

*A. SEÑOR CHOW: Lo que estábamos haciendo es representar lo que estábamos tratando de hacer finalmente, que es la operación como habíamos acordado.*

*P: Entonces, si entiendo su respuesta, le dijo usted a los accionistas estadounidenses que lo que le estaba diciendo a la señora Marcela Salas es que estaba tratando de finalizar la transacción que estaba negociando con ellos, ¿eso es lo que usted les dijo?*

*R: Así es. <sup>150</sup>*

*– o –*

*P: Sí, y es una pregunta muy larga, así que lo voy a intentar una vez más.*

*¿Alguna vez llegó a un acuerdo, entendimiento con los accionistas estadounidenses por el cual ellos aceptaron que usted pudiese tomar la asamblea de noviembre de 2014, y esencialmente engañar a la señora Marcela Salas para que creyese que los accionistas estadounidenses ya no eran accionistas de las Empresas Juegos?*

*R: Yo le dije cuál era mi intención, por qué estaba yo haciendo eso. ¿No? No era una intención de quitar la posesión de ellos. Por lo mismo hacíamos, seguíamos negociando el contrato, ¿no?*

*P: Sí, pero esa no fue mi pregunta.*

*Mi pregunta es si mantuvo una conversación con el señor Burr o alguno de las Demandantes donde le dijo: “Voy a tomar estas actas de la asamblea de noviembre de 2014 y voy a hablar con la señora Salas, y le voy a decir ‘nosotros somos los nuevos dueños,’ y que ellos están de acuerdo en que básicamente usted podría realizar esta representación falsa a ella. Esa es mi pregunta.*

*R: Si les dije que iba a presentar eso así. <sup>151</sup>*

*– o –*

*Voy a reformular la pregunta y es un punto importante. Usted le está diciendo a este Tribunal que el señor Burr, el señor Conley o cualquier otra persona entre las demandantes de este caso llegó a un acuerdo con usted para que usted tomase las asambleas de noviembre y le representara de manera incorrecta a la señora Salas que ellos ya no eran los propietarios y que usted era el propietario. ¿Llegó a tal acuerdo o entendimiento con cualquiera de las demandantes?*

---

<sup>150</sup> Testimonio del Sr. Chow, Transcripción, Día 3, pp. Id., Día 3, Transcripción, pp. 778:19 – 779:9. – 17.

<sup>151</sup> *Id.*, pp. 778:17 – 779:21

*R: Yo les comenté cuando lo hicimos el motivo por el cual lo estaba haciendo a las Demandantes.*<sup>152</sup> [Énfasis propio]

168. La transferencia a Grand Odyssey y la cesión del control del Consejo al Sr. Chow impidieron a las Demandantes restablecer el control de las Empresas de Juegos. El Sr. Chow descuidó o se negó a celebrar reuniones anuales y las Demandantes no pudieron obligarlo a hacerlo.<sup>153</sup> No fue sino hasta enero de 2016 que se hizo una demanda formal durante una teleconferencia entre los Sres. Burr y Ayervais y los Sres. Chow y Pelchat misma que resultó en una demanda de compensación por parte del Sr. Chow.<sup>154</sup> Las Demandantes eventualmente iniciaron la acción RICO en junio de 2016,<sup>155</sup> el mismo mes en que se presentó la RFA. Las Demandantes no tenían ningún control en las Empresas Juegos desde agosto de 2014, un problema que se exacerbó con el consentimiento de la supuestamente no autorizada transferencia de sus partes sociales a Grand Odyssey.

## **VI. Observaciones Finales**

169. El Tribunal no puede confiar en las declaraciones de testigos proporcionadas por las Demandantes Adicionales con la Dúplica. Como lo reconoció el abogado durante la audiencia, contienen exactamente la misma redacción porque son “*form statements*”.<sup>156</sup> Se les debe otorgar poco o ningún peso en caso de que el Tribunal considere que alguno de los asuntos que pretendan demostrar es relevante para la jurisdicción del Tribunal.

170. El Tribunal no puede excusar el incumplimiento de las Demandantes Adicionales del Artículo 1119 sin ignorar el texto del tratado, la jurisprudencia aplicable y 20 años de presentaciones consistentes de las Partes del TLCAN sobre la naturaleza obligatoria del Artículo 1119 (entre otros). Tampoco puede sostenerse que un poder constituye un consentimiento por escrito al arbitraje sin ignorar el texto del tratado o recurrir a artificios legales. Si bien el resultado

---

<sup>152</sup> *Id.*, pp. 780:10 -21

<sup>153</sup> Testimonio del Sr. Ayervais, . Ayervais, Día 4, Transcripción, pp. 924:4- 928:2

<sup>154</sup> *Id.*, pp. 928:3-929:5; Testimonio del Sr. Burr, Transcripción, Día 2, pp. Burr, Día 2, Transcripción, pp. 428:21 - 429:19

<sup>155</sup> Anexo R-002, Demanda RICO – Demanda Interpuesta por las Demandantes.

<sup>156</sup> Alegato de Apertura de las Demandantes, Transcripción, Día 1, p. 225:17 – 226:3 ,

podría parecer duro para las Demandantes, el permitir que sus reclamaciones procedan perjudicaría gravemente la capacidad de las Partes del TLCAN para participar en procedimientos de solución de controversias del Capítulo 11 y crearía problemas imprevisibles con la futura interpretación y aplicación del tratado como un todo.

171. Se dice que “*hard facts make bad law*” (un caso extremo es una base deficiente para una ley general) . El Tribunal debe evitar la tentación de sucumbir a las simpatías que uno podría tener por las Demandantes en este caso, ya que el resultado inevitable sería la formulación de una mala ley del TLCAN.

172. La Demandada reitera su solicitud de reparación en los párrafos 186-187 y 303-304 de la Réplica sobre Jurisdicción y presentará comunicaciones sobre los costos dentro de los 45 días siguientes a lo dispuesto en la Resolución Procesal No. 4.

17 de abril de 2018

Respetuosamente,

[Firma]

Ximena Iturriaga

Directora General Adjunta

Estados Unidos Mexicanos