

Opinion Disidente Parcial
Árbitro Raul E. Vinuesa

Disiento parcialmente con la Mayoria sobre su interpretacion del texto del TCLAN para justificar la jurisdiccion del Tribunal en el presente caso. Entiendo que el Tribunal no tiene jurisdiccion sobre los reclamos de las llamadas Demandantes Adicionales, ni sobre sus reclamos en nombre de todas las llamadas Empresas Mexicanas. Entiendo que el Tribunal tiene jurisdiccion sobre los reclamos de las Demandantes Originales y sobre sus reclamos en nombre de las Empresas Mexicanas JVE Mexico y E-Games.

De las argumentaciones de las Partes surge que las llamadas “Demandantes Originales” son las que fueron identificadas como Demandantes en la Notificacion de Intencion del 23 de mayo de 2014 y en la Solicitud de Arbitraje del 15 de junio de 2016. Las llamadas “Demandantes Adicionales” son aquellas que no estando identificadas en la Notificacion de Intencion fueron incluidas en la solicitud de Arbitraje. Las llamadas Empresas Mexicanas, sobre las que las Demandantes tanto Originales como Adicionales reclaman en su nombre incluyen, al momento del Laudo Parcial sobre Jurisdiccion, a las Empresas Juegos, E-Games y Operadora Pesa.

**EXCEPCIONES A LA JURISDICCION RELATIVAS A LOS ARTICULOS 1119, 1121,
1122(1) Y 1117 DEL TLCAN**

1. No comparto la secuencia que propone la Mayoria del Tribunal para tratar lo que en el texto del Laudo Parcial considera como las dos primeras de las tres cuestiones preliminares sobre las que debe pronunciarse el Tribunal¹.

2. Estoy de acuerdo con tratar separadamente y en ultimo termino, el **Tema 3** relativo a las objeciones vinculadas a la interpretacion y aplicacion del Artículo 1117 de TLCAN. Sin embargo, entiendo que las objeciones relativas a los Articulos 1119, 1122(1) deben tratarse con anterioridad a las objeciones formuladas al Artículo 1121, con el objeto de no generar prejuzgamiento alguno sobre la legitimacion activa de las Demandantes Adicionales.

¹ Laudo Parcial, ¶¶ 41 y ss.

I.A. Objeciones relativas al incumplimiento de: a) el Artículo 1121 por parte de las Demandantes Originales y de las Demandantes Adicionales; y b) los Artículos 1119 y 1122(1) por parte de las Demandantes Adicionales

I.A.1. Alcance del Artículo 1121 en relacion con los Artículos 1119 y 1122(1)

3. La Mayoría se aboca a los temas que define como **Tema 1 (Issue 1)** ignorando el tratamiento de la objeción central de la Demandada relativa a que los inversionistas y las empresas contendientes debían cumplir con el prerequisite de la Notificación de Intención de conformidad al Artículo 1119 del TLCAN.

4. La Mayoría, en el párr. 41(a) del Laudo Parcial, expresa que “los Artículos 1121(1) y 1121(2) del Tratado exigen que las Demandantes y las Empresas Mexicanas, respectivamente, consient[an] en ‘someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en [el Tratado]’”. Sin embargo, al decidir la Mayoría sobre si de conformidad con el Artículo 1121(1) las Demandantes prestaron su consentimiento, no considero si ese presunto consentimiento fue dado o no, de acuerdo con “los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado”².

5. La Demandada sostuvo que “...las Demandantes no lograron establecer el consentimiento de los Estados Unidos Mexicanos de conformidad con el Artículo 1122 del TLCAN por los incumplimientos con lo dispuesto en los Artículos 1119 y 1121. Al no existir el consentimiento al arbitraje de cualquiera de las partes contendientes, este Tribunal no tiene competencia para decidir esta reclamación en el fondo”³.

6. La Mayoría no responde y por lo tanto ignora, la objeción planteada por la Demandada respecto a la falta de consentimiento de todas las Demandantes de acuerdo con el Artículo 1121(1). La Mayoría se concentra en responder las objeciones de la Demandada al incumplimiento de los requisitos formales establecidos por el Artículo 1121(3) sin distinguir entre las Demandantes Originales y las Demandantes Adicionales.

7. En cuanto a las objeciones al incumplimiento de los requisitos del Artículo 1121(3) la Mayoría sostiene que todas las Demandantes observaron esos requisitos, y por lo tanto no existió incumplimiento del Artículo 1121.

² *Id.*, HH46-53.

³ Replica sobre Excepciones a la Jurisdicción, ¶146.

8. De esta forma la Mayoria asume que todas las Demandantes, en su Solicitud de Arbitraje, habian prestado el consentimiento requerido por el Artículo 1121(1)⁴ sin siquiera evaluar si ese consentimiento se habia efectuado “en los terminos de los procedimientos establecidos en este Tratado”.

9. En conclusion, sin haber previamente tratado la objecion de la Demandada sobre si el incumplimiento del Artículo 1119 afectaba o no el consentimiento de las Demandantes Adicionales, la Mayoria parece prejuzgar y dar por valido sin más, el consentimiento de todas las Demandantes, tanto Originales como Adicionales, mencionadas en la Solicitud de Arbitraje.

10. Queda demostrado que la Mayoria debio abocarse a definir, en primer lugar, las objeciones a la jurisdiccion de la Demandada en relacion con los Articulos 1119 y 1122(1), para recién despues definir si todas, alguna o ninguna de las Partes Demandantes mencionadas en la Solicitud de Arbitraje, estaban legitimadas para consentir someterse al arbitraje en los terminos de los procedimientos establecidos en el TLCAN.

11. En cuanto a la objecion relativa a si los Demandantes habian dado su consentimiento de la manera prescrita por el Artículo 1121(3)⁵, coincido con las consideraciones de la Mayoria expresadas en los parrafos 54 a 60 del Laudo Parcial, pero solo respecto a las Demandantes Originales.

12. Como se verá más adelante, las Demandantes Adicionales no estaban legitimadas para expresar su consentimiento de acuerdo con el Artículo 1121(1) debido a que éstas habian incumplido el Artículo 1119. En consecuencia, el consentimiento de la Demandada no se activo, de conformidad con lo establecido en el Artículo 1122(1), respecto a las Demandantes Adicionales.

13. En conclusion, habiendo solo las Demandantes Originales consentido en someter una reclamacion al procedimiento arbitral de conformidad al Artículo 1121, el Tribunal tiene jurisdiccion para entender sobre la reclamacion de las Demandantes Originales, pero no tiene jurisdiccion para entender sobre las reclamaciones de las Demandantes Adicionales. A continuacion, se explicitan las razones por las que el Tribunal no tiene jurisdiccion sobre las Demandantes Adicionales.

⁴ Laudo Parcial, ¶ 53.

⁵ *Id.*, ¶¶ 54-60.

I.A.2. Alcance del Artículo 1119: la notificación de intención y su relación con el Artículo 1122(1) sobre el consentimiento de la parte Demandada

14. La Demandada sostiene que la falta de cumplimiento por parte de las Demandantes Adicionales de la obligación de notificar su intención de someter una reclamación al arbitraje impide que el Tribunal ejerza su jurisdicción. Ese incumplimiento también afecta la jurisdicción del Tribunal debido a que el consentimiento de la Parte Contratante demandada está condicionado, por el Artículo 1122(1), a que se haya dado cumplimiento a los procedimientos establecidos en este Tratado. Así, sostiene que los reclamos de las Demandantes Adicionales deben ser desechados porque la inexistencia de una Notificación de Intención que los identifique vicia su consentimiento. La Demandada considera que su objeción se focaliza sobre la jurisdicción del Tribunal y si bien discute que se trate de una cuestión de admisibilidad, argumenta que los reclamos deben ser desechados aún si fueran considerados como una cuestión de admisibilidad⁶.

15. Por su parte, las Demandantes alegan que la Notificación de Intención fue de hecho presentada también en nombre de las Demandantes Adicionales y que la cuestión planteada es simplemente una cuestión de admisibilidad. Sostienen que los reclamos deben ser admitidos porque el defecto de la Notificación no causa perjuicio a la Demandada y ese defecto no cambia el curso de esfuerzo alguno de solución⁷.

16. La cuestión que entonces el Tribunal debe resolver se relaciona con la definición y alcances de “Jurisdicción” y “Admisibilidad”.

17. Sobre el particular, coincido con la Mayoría sobre el significado básico de jurisdicción y admisibilidad expresados en la primera parte del párrafo 73 del Laudo Parcial.

18. Conceptualmente, “Jurisdicción” se refiere al poder del tribunal para entender y decidir sobre una demanda, mientras que “admisibilidad” se refiere a si es o no apropiado para el tribunal entender sobre esa demanda.

19. La existencia de la jurisdicción de un tribunal arbitral se fundamenta en el consenso de las partes. Si el Estado demandado impuso condiciones a su consentimiento al arbitraje, esas condiciones deben ser satisfechas. Si no fuera así, no hay consentimiento y en consecuencia no hay jurisdicción. Si el tribunal determina que no hay jurisdicción, no existe posibilidad que el tribunal decida la admisibilidad de una demanda sobre la que no tiene jurisdicción.

⁶ Replica, ¶¶ 74, 143-144.

⁷ Memorial de Contestación a sobre Excepciones a la Jurisdicción, 8 de enero de 2018, ¶¶ 280, 282, 283, 284.

20. Solo si el tribunal decide que tiene jurisdiccion podra entender sobre un eventual reclamo de admisibilidad aplicando las normas para conducir el procedimiento con equidad y eficiencia en su administracion.

21. Coincido en parte con lo expresado por la Mayoria en el parrafo 72 del Laudo Parcial, aclarando que cuando ésta afirma *in fine* que [s]i el Tribunal goza de competencia y declara admisibles las reclamaciones en cuestion, no existe ningun otro fundamento para desestimar las reclamaciones en esta etapa”, debio tambien afirmar que, *si el Tribunal no tiene competencia, no existe posibilidad alguna de que dirima cuestiones planteadas sobre la admisibilidad de los reclamos.*

22. En igual sentido, la Mayoria afirma que: “procedera primero a examinar si el defecto en la Notificacion precluye la *competencia* del Tribunal sobre las Demandantes Adicionales. En el supuesto de que determine que no lo hace, procedera a examinar si aun asi se deberian desestimar las reclamaciones en razón de resultar *inadmisibles*”⁸; debio tambien afirmar que, *si el Tribunal encontrara que no tiene competencia, no podra, de ninguna manera, examinar la admisibilidad de las reclamaciones.*

23. El Tribunal debe decidir sobre la objecion de jurisdiccion presentada por la Demandada, como una cuestion relativa al consentimiento. La controversia entre las partes se refiere a si el consentimiento dado por la Demandada con arreglo al Artículo 1122(1) estaba condicionado al cumplimiento del Artículo 1119.

24. Estoy plenamente de acuerdo con la Mayoria que la cuestion asi planteada debe resolverse a través de la interpretacion de los Articulos 1119 y 1122 del TLCAN de conformidad con los principios de interpretacion de los tratados codificados en el Artículo 31 y subsiguientes de la Convention de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, CVDT). Sin embargo, disiento de la conclusion de la Mayoria cuando sostiene que el Artículo 1119 no condiciona el consentimiento de la Demandada al arbitraje en el Artículo 1122(1) y que la falta de presentation de la Notificacion de Intention por parte de las Demandantes Adicionales no priva al Tribunal de competencia sobre estos⁹. Las razones de esta disidencia se expresan en las siguientes Secciones.

⁸ Laudo Parcial, ¶75.

⁹ *Id.*, ¶79.

LA.2.a. El contenido y alcance de la Notificacion de Intencion del 23 de mayo de 2014

25. Es un hecho no discutido por las Partes que la Notificacion de Intencion del 23 de mayo de 2014 solamente identifie, despues de expresar que “[e]sta Notificacion es sometida por los Inversionistas de los Estados Unidos”¹⁰, a solo ocho inversionistas¹¹.

26. Estos ocho inversionistas son los que en el presente procedimiento son identificados como las Demandantes Originales. En ninguna parte del texto de la Notificacion se hace referencia a algun otro u otros inversionistas que potencialmente puedan llegar a ser considerados como inversionistas contendientes.

27. La reserva que los “Inversionistas de los Estados Unidos” formulan en el parrafo 18 de la Notificacion, se limita exclusivamente al derecho de enmendarla para incluir reclamos adicionales en la medida que estos sean permitidos por TLCAN. Obviamente el texto de esta reserva no admite su extension a potenciales inversionistas no identificados en la antedicha Notificacion.

28. La Mayoria entiende que la falta de identificacion de otros inversionistas contendientes en la Notificacion de Intencion es el “unico defecto”¹² o una “omision”¹³. Disiento con esta afirmacion debido a que esa falta de identificacion implica la inexistencia de otro u otros inversionistas contendientes y, en consecuencia, deriva en la inobservancia de un prerequisite obligatorio para activar un arbitraje con arreglo al TLCAN.

29. La Mayoria sostiene que “sigue sin estar claro” qué llevo a que se omitiera a las Demandantes Adicionales en el texto de la Notificacion¹⁴. La Mayoria hace referencia a que las Demandantes evidenciaron en la Audiencia que se apoyaron en el consejo de su asesor especial sobre arbitraje. Tambien menciona que hubo una sugerencia de que la omision era insignificante debido a que las Demandantes Originales eran los socios controlantes.

30. Ninguna de estas argumentaciones genera algun grado de credibilidad. El estudio juridico que asesoraba a las Demandantes Originales al momento de presentar su Notificacion, con

¹⁰ C-34-001, Apartado I. 1. *Identificacion de los inversores contendientes*, pagina 1. [Traduccion propia]

¹¹ *Id.*; Apartado I. 5, pagina 5. “Through their ownership interest in five Mexican companies (the ‘Mexican Enterprises’), the U.S. Investors own and/or have invested in gaming facilities.... In addition, the U.S. Investors are assisted... through their ownership interest in Mexican company Exciting Games....”.

¹² Laudo Parcial, f 67.

¹³ *Id.*, ¶ 68

¹⁴ *Id.*

vasta experiencia sobre el tema, no puede presumirse sin evidencia alguna, como el generador de una potencial negligencia profesional. Por otra parte, si la inexistencia de identificación de las Demandantes Adicionales era insignificante, no habría justificativo jurídico razonable para intentar incluirlas con posterioridad al cumplimiento del plazo preestablecido para la Notificación.

31. Coincido con la Mayoría en que lo que el Tribunal debe determinar es, si la antedicha “omisión” provoca las consecuencias que argumenta la Demandada. Sin embargo, disiento con la Mayoría en cuanto ésta sostiene que “resulta irrelevante determinar por qué motivo se omitió la información”¹⁵. Es evidente que las razones de la ausencia de las Demandantes Adicionales en la Notificación son relevantes no solo para determinar la buena fe en el accionar de éstas, sino también para evidenciar las causales que habilitarían al Tribunal a entender, eventualmente, sobre potenciales reclamos de admisibilidad.

32. El primer cuestionamiento que el Tribunal debe plantearse es si la Notificación de Intención constituía una obligación de cumplimiento necesario para definir su jurisdicción.

***I.A.2.b.* Interpretación del Artículo 1119 de acuerdo al Derecho Internacional.**

33. La Regia General de Interpretación contenida en el Artículo 31.1 de la CVDT establece: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

34. Toda interpretación de buena fe de una norma de un tratado parte del análisis del sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos. En este contexto, es relevante interpretar el sentido corriente que se le atribuye al término “notificará” y a su equivalente en inglés “*shall deliver [...] [a] notice*”.

35. El sentido corriente de “notificará” {“*shall deliver [...] [a] notice*”}, en inglés) expresa una “exigencia” o “mandato” que cobra un sentido definido dentro del contexto en que se inscribe el Artículo 1119. El término “notificará” {“*shall deliver [...] [a] notice*”, en inglés) expresa entonces, la imposición de una obligación de cumplimiento efectivo.

36. El Artículo 1119 del TLCAN exige la existencia de un “inversionista contendiente”, que “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...” De esta manera, impone al inversionista contendiente la obligación de notificar su intención de someter su

¹⁵ *Id.*, f 69.

reclamacion a arbitraje exigiendo que sea por escrito y cuando menos 90 dias antes de que se presente formalmente la demanda.

37. La notificacion de intencion debera expresar: “a) el nombre y domicilio del inversionista contendiente y cuando la reclamacion se haya realizado conforme al Artículo 1117, incluire el nombre y la direccion de la empresa; b) las disposiciones de este Tratado presuntamente incumplidas y cualquier otra disposicion aplicable; c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamacion; y d) la reparacion que se solicita y el monto aproximado de los danos reclamados.”

38. Surge del texto mismo del TLCAN que la notificacion de la intencion de someter una reclamacion a arbitraje es un requisito de cumplimiento efectivo. Esta condicion se desprende del sentido corriente del termino “notificara” [*“shall deliver [...] [a] notice”*] empleado por las Partes Contratantes. El termino “notificara” expresa sin lugar a duda, la existencia de una obligacion que debera cumplir quien pretenda ser considerado como “inversionista contendiente”. Ese mismo “inversionista contendiente” será el que podra someter una reclamacion al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1121.

39. Por otra parte, si un inversionista contendiente ha realizado una notificacion de intencion por escrito a la parte contendiente, pero la informacion que debio incluirse en esa notificacion es insuficiente o contiene errores excusables, el tribunal podra, atendiendo a las circunstancias de cada caso, analizar la admisibilidad de esa notificacion una vez que se hayan subsanado las deficiencias o errores excusables.

40. Para que este Tribunal pueda ejercer su discrecionalidad a efectos de subsanar deficiencias en la informacion contenida en la notificacion de intencion, debe, inexorablemente primero, haber determinado la existencia de su jurisdiccion. Y esa jurisdiccion depende de los requisitos impuestos por las Partes contratantes en el TLCAN.

41. Precedentes jurisprudenciales son contundentes en cuanto a que el termino “*shall*” denota una obligacion o mandate que debera inexorablemente cumplirse. En el Artículo 1119 esa obligacion implica la identificacion de todos los demandantes y de sus respectivos reclamos.

42. En *Philip Morris* el tribunal, dentro del contexto de la obligacion de recurrir a la jurisdiccion nacional como paso previo al arbitraje, sostuvo: “La secuencia de pasos que deben seguir las Demandantes en virtud de los articulos 10(1) y (2) antes de recurrir al arbitraje internacional es importante a los fines de este analisis. Dichos pasos están claramente indicados como parte de una secuencia obligatoria, como se advierte por la utilizacion de los verbos ‘se

resolveran’ y ‘será sometida’ (*shall*, en ingles), con sentido de obligatoriedad...”¹⁶. Agrego que “[e]l sentido corriente de los terminos utilizados en los pasos i) y ii), preliminares para la institucion del arbitraje intemacional, denota claramente el carácter vinculante de cada uno de los pasos de la secuencia. Esto resulta evidente de la utilizacion de los verbos ‘se resolveran’ y ‘será sometida’ (*shall*, en ingles) que denotan obligatoriedad de manera inequivoca en espanol y la evidente intencion de Suiza y Uruguay de que se cumplan estos procedimientos y que no sean ignorados”¹⁷.

43. La Corte Intemacional de Justicia (en adelante la CIJ) al igual que la Corte Permanente de Justicia Intemacional (en adelante CPJI) han explicitado el carácter juridico de las condiciones y prerequisites procesales exigidos a las partes a efectos de poder ejercer su jurisdiccion sobre la base de lo acordado en los instrumentos intemacionales que habilitan su jurisdiccion. La CIJ afirmo que “[e]n la medida en que los requisitos procesales de [una clausula de resolucion de diferencias] constituyan condiciones, deberian ser condiciones anteriores al sometimiento al tribunal, incluso cuando el termino no estuviera condicionado por un elemento temporal”¹⁸.

44. Por otra parte, la CIJ determino claramente que los limites de su jurisdiccion estaban condicionados por el consentimiento de las Partes Contratantes. Asi afirmo: “...la jurisdiccion [de la Corte] se basa en el consentimiento de las partes y está limitada al alcance aceptado por ellas... Cuando tal consentimiento se expresa en una clausula compromisoria en un acuerdo intemacional, cualquier condicion a que esté sujeto dicho consentimiento debe ser considerada como un limite a este. En consecuencia, la Corte considera que el analisis de dichas condiciones está relacionado con su jurisdiccion y no con la admisibilidad de la aplicacion...”¹⁹.

45. La Mayoria, ignorando el sentido corriente del termino notificara (“*shall deliver* [...] [*a notice*”) del Artículo 1119, considera que ese Artículo “... guarda absoluto silencio respecto de las *consecuencias* que tendran lugar en caso de no incluir toda la informacion requerida en la notificacion de intencion. El Artículo 1119 no se refiere expresamente al Artículo 1122(1); no

¹⁶ *Philip Morris Brands SARLy otros c. Republica Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decision sobre Jurisdiccion, 2 de julio de 2013, ¶139.

¹⁷ *Id.*, ¶140.

¹⁸ *Caso relativo a la Convencion Intemacional sobre la Eliminacion de toda Forma de Discriminacion Racial (Georgia c. Federacion Rusa)* Informes de la CIJ, Decision sobre Excepciones preliminares del 1 de abril de 2011, ¶ 130. [Traduccion propia]

¹⁹ *Caso relativo a las Actividades Armadas en el Territorio del Congo c. Uganda*, Informe de la CIJ, sentencia del 19 de diciembre de 2005; ¶ 33. [Traduccion propia]

establece que el cumplimiento de los requisitos de ese mismo Artículo constituya una condicion previa al consentimiento de una Parte del TLCAN; y no establece que la falta de cumplimiento de esos requisitos vicie el consentimiento de una Parte del TLCAN”²⁰.

46. La Mayoria sostiene a su vez, que “[e]l texto del Artículo 1119 por si solo no lleva a la conclusion que la omision de incluir toda la informacion requerida en la notificacion de intencion vicie el consentimiento de una Parte del TLCAN de conformidad con el Artículo 1122(1)”²¹. Disiento de todas esas afirmaciones.

47. Sobre el particular, los alcances y consecuencias de las obligaciones impuestas por el Artículo 1119 y por el Artículo 1122(1) deben complementarse (como se expresa más adelante) de buena fe, dentro de su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin.

48. No comparto, asimismo, las inferencias que la Mayoria pretende extraer en cuanto a que el texto del Artículo 1122(1) tampoco se refiere expresamente al Artículo 1119 o a la Notificacion de Intencion²². Nuevamente, reitero mi entendimiento sobre la necesaria interpretacion del texto de ambos articulos “en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

49. Por otra parte, la cuestion como fuera planteada por la Demandada no radica en la omision de “incluir toda la informacion requerida”, sino que se concentra en el incumplimiento de la obligation convencional por parte de las Demandantes Adicionales de presentar una Notificacion de Intencion que los identifique como inversionistas contendientes²³. En realidad, la cuestion no radica en una simple omision de los nombres de ciertos Demandantes en una presentation de notificacion determinada, sino más precisamente, en la ausencia del cumplimiento de una exigencia a la que está obligado, dentro de un plazo perentorio, todo potencial inversor.

I.A.2.c. Interpretacion del Artículo 1122(1) conforme al Derecho Internacional

50. Disiento con la Mayoria sobre la interpretacion que pretende dar a la expresion “con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado” contenida en el Artículo 1122(1).

51. Esa expresion se refiere y condiciona a que cada una de las Partes “consient[a] en someter reclamaciones a arbitraje”. Una lectura de buena fe de ese texto y “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los terminos del tratado”, no permite escindir esa expresion para

²⁰ Laudo Parcial, f 81.

²¹ *Id.*

²² *Id.*, ¶82.

²³ *Ver* Replica sobre Excepciones a la Jurisdiccion, 1 de diciembre de 2017, ¶ 107.

proponer que la obligacion de apegarse a los procedimientos establecidos en este Tratado solo se refiere a “someter reclamaciones” o solo se refiere a “arbitraje”. La simple lectura de la expresion “consiente en someter reclamaciones a arbitraje”, solo puede interpretarse como una expresion consistente y compacta, es decir, claramente monolitica. En consecuencia, considero que todas las aseveraciones de la Mayoria sobre si la expresion “con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado” solo modifican el termino “arbitraje”, son simples especulaciones sin fundamento alguno.

52. La interpretacion que hace la Mayoria sobre los alcances de los terminos del texto del Artículo 1122(1), no deja de ser especulativa por el solo hecho que presuma que ambas partes en la controversia la aceptaban. Como se verá más adelante, la conclusion que ensaya la Mayoria en el parrafo 90 del Laudo Parcial no encuentra sustento en precedente alguno y es unánimemente rechazada por las Partes Contratantes del TLCAN.

53. En consecuencia, disiento de la forma en que la Mayoria prejuzga el tratamiento sobre si “‘los procedimientos’ a los que el ‘arbitraje’ debe apegarse incluyen los requisitos del Artículo 1119”²⁴. Por supuesto, disiento sobre la consecuencia directa del anterior prejuzgamiento: Al expresar la Mayoria que “[e]l sentido natural y corriente de ‘arbitraje’ es el de los procedimientos iniciados *con* el sometimiento de una reclamacion, y que siguen *tras* el sometimiento de la misma”, no se atiene al texto literal que pretende interpretar, que indubitablemente no se refiere a “arbitraje” en soledad, sino a “consiente en someter reclamaciones a arbitraje”²⁵.

54. Es evidente que la presentacion de una notificacion de intencion no comienza un arbitraje, ni tampoco obliga a un inversor contendiente a comenzar un arbitraje. La consecuencia directa del cumplimiento de la obligacion contenida en el Artículo 1119, es habilitar un eventual recurso a un tribunal arbitral. En este sentido, dentro del contexto de los pasos procesales definidos en el Capitulo XI del TLCAN, la Notificacion de Intencion es un prerrequisito jurisdiccional que habilita recurrir al arbitraje, si asi lo decide el inversor contendiente y una vez cumplimentados todos los requisitos jurisdiccionales.

55. Al afirmar la Mayoria que nada en estas clausulas puede decirse que condiciona la ‘validez’ del sometimiento de la reclamacion a arbitraje con respecto al cumplimiento del Artículo 1119²⁶; omite asi reconocer que el texto de ese Artículo no prescribe que es meramente declarativo,

²⁴ Laudo Parcial, titulo (A)(2)V. c.(ii)(b).

²⁵ *Id.*, ¶ 97.

²⁶ *Id.* ¶ 99.

mucho menos que su contenido no es obligatorio para las Partes. La Mayoría, una vez más, evita referirse al efecto útil que debe asignarse a toda norma sujeta a un proceso interpretativo de conformidad con las normas del derecho internacional.

56. La Mayoría sostiene que los procedimientos mencionados por el Artículo 1122(1) se refieren “muy naturalmente”²⁷ a los procedimientos para la conducción del arbitraje establecidos en los Artículos 1223-1336. La expresión “muy naturalmente” parece ser el único fundamento que expresa la Mayoría para afirmar que “[l]as Partes del TLCAN no consintieron simplemente por el Artículo 1122 a cualquier procedimiento arbitral genérico; consintieron al procedimiento arbitral específico tal como se encuentra dispuesto y regulado en los Artículos 1123-1136”²⁸.

57. El hecho que los Artículos 1123-1236 estén a continuación del Artículo 1122, no aporta un fundamento serio para sostener su afirmación²⁹. Tampoco ayuda a la Mayoría el hecho que las Partes Contratantes no hayan hecho referencia alguna en el texto del artículo 1122(1), a una supuesta vinculación, en forma exclusiva, con los ‘procedimientos’ contenidos en los Artículos 1223-1236.

58. Disiento de los alcances que la Mayoría pretende extraer de los términos empleados en los Artículos 1116 a 1121 para concluir que los que redactaron el Tratado intencionalmente despojaron de consecuencias jurídicas a lo acordado en el Artículo 1119. La muletilla que reitera la Mayoría en cuanto a que la “elección [de los términos empleados] por parte de los redactores del Tratado no puede ser ignorada”³⁰ contradice el contexto en el que los términos de un tratado deben ser interpretados.

59. Por su parte el Artículo 1121 en sus incisos (1) y (2) establece que un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116 o al 1117, solo si consiente someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado. La cadencia temporal de los pasos que el inversionista contendiente debe observar de conformidad a lo establecido en los Artículos 1116-1121 conforman el contexto dentro del que deben interpretarse los términos del Artículo 1119.

60. Por lo tanto, es sorprendente que la Mayoría considere como “más natural” leer el

²⁷ *Id.*, ¶ 106.

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*, ¶ 1102.

³⁰ *Id.*, ¶¶ 108, 109 y 110.

requisito de dar consentimiento en el Artículo 1121(1) como siendo “de carácter” prospective perteneciente a un proceso que se encuentra por delante³¹.

61. Si bien uno de los objetivos del Artículo 1119 es que las partes puedan solucionar una controversia a través de consultas o negociacion, no es el unico objetivo, ni el necesariamente prioritario. La Notificacion de Intencion posibilita tambien a la Demandada entender la complejidad de la alegada disputa a la vez que le permite en un tiempo prudencial, organizar su defensa. Las Partes contratantes del TLCAN han reconocido y asegurado la existencia de distintos propositos contenidos en el Artículo 1119³².

62. Precedentes jurisprudenciales asi lo han confirmado. En este sentido, se afirmo que el incumplimiento de los requisitos y formalidades exigidos por los Articulos 1118-1121 han sido considerados como dificilmente compatibles con el requerimiento de la buena fe en derecho internacional y pueden llegar a tener un efecto adverso sobre el derecho de la Demandada a una defensa apropiada³³.

63. La Mayoria expresa que para la Demandada una “demandante que no incluya cierta informacion en una notificacion de intencion”³⁴ (el subrayado es propio) perderia el derecho a recurrir al arbitraje del Tratado. Mientras que para las demandantes que habiendo presentado una Notificacion pero que fracasan en perseguir una negociacion, retendrian de todas maneras el derecho al arbitraje. La Mayoria concluye que, si el hecho de no intentar celebrar negociaciones no impide el acceso al arbitraje, por logica pura tampoco el incumplimiento de un paso disenado para facilitar discusiones limitaria ese acceso al arbitraje³⁵.

64. El relato de la Mayoria desconoce que la Notificacion no tiene por unico objetivo facilitar negociaciones. Pero aún más, cuando la Mayoria se refiere a “una demandante que no incluya cierta informacion en una notificacion”³⁶ no puede, por logica pura, estar refiriendose a una demandante “no identificada en la notificacion” (como es lo que sucede en el presente caso con las Demandantes Adicionales). En este sentido, siguiendo el relato de la Mayoria, la “demandante que

³¹ *A., t* 111.

³² *Ver* position de las Partes Contratantes presentados en los casos *Waste Management* (2009); *Pope & Talbot* (2002); *Methanex* (2000-2001); *Mondev* (2001); *ADF* (2001); *Bayview* (2006); *Merrill Ring* (2008); *Mesa Power* (2012); *KBR* (2014); *Resolute Forest Products* (2017), ver Anexo, R-008.

³³ *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gobierno de Canada*, CNUDMI, administrado por el CIADI, Decision sobre la peticion de agregar una parte nueva, 31 de enero de 2008, ¶¶ 28-29.

³⁴ Laudo Parcial, ¶ 13.

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.*

no incluya cierta informacion”, seria necesariamente la que presento la Notificacion y la que estaria necesariamente identificada. Esta demandante que presento una Notificacion no puede suplir los incumplimientos e inobservancias imputables al inversor no identificado. Asi de complejo, asi de simple.

65. El objeto y fin del TLCAN relativo a la creacion de procedimientos efectivos para la solucion de controversias (Articulo 102), se complementa con el Articulo 1115 que enuncia como Objetivo de la Seccion B, el establecimiento de “un mecanismo” para la solucion de controversias en materia de inversion.

66. Ese mecanismo se encuentra definido por cada uno de los articulos que conforman esa Seccion del TLCAN. Por lo tanto, “los procedimientos establecidos en este Tratado” enunciados en los Articulos 1121 y 1122, se incluyen necesariamente dentro del “mecanismo” establecido para toda la seccion B sobre solucion de Controversias entre una Parte y un Inversionista de la otra Parte.

67. En consecuencia, no puede desconocerse que el Articulo 1119 es parte integral del mecanismo para la solucion de controversias en materia de inversion que asegura, de acuerdo con el Articulo 1115, “tanto trato igual entre inversionistas de las Partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como fe]] debido proceso legal ante un tribunal imparcial” (el subrayado es propio).

68. Todo proceso legal presupone la existencia de reglas que condicionan el comportamiento de las partes a una serie de obligaciones de cumplimiento efectivo. Sin un esquema obligatorio de reglas aplicables no existe proceso legal. La regla general del Articulo 31.1 de la CVDT exige la interpretacion de los terminos de un tratado conforme a su sentido corriente.

69. La Notificacion de Intencion del Articulo 1119 es una obligacion que condiciona no solo la posibilidad de que un inversor contendiente consienta someterse al arbitraje, sino que tambien condiciona el consentimiento de la otra Parte contendiente para someterse al arbitraje. El contexto en el que se expresa la obligacion de Notificacion del Articulo 1119 se relaciona con los pre-condicionamientos acordados por las Partes Contratantes para consentir someterse a arbitraje. La antedicha interpretacion textual obviamente tiene en cuenta su objeto y fin que no es otro que asegurar el “debido proceso legal ante un tribunal imparcial”.

70. El Articulo 1115 asegura, entonces, un debido proceso legal que se integra dentro del mecanismo para la solucion de controversias establecido en la Seccion B “Solucion de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte”.

71. La Mayoria considera como una proposicion dificil que los objetivos del Articulo

1115 puedan seguirse si se prohíbe acceso al arbitraje sobre la base de que los nombres de ciertos inversionistas fueron omitidos de la notificación de intención³⁷.

72. El presente caso no trata sobre simples “nombres omitidos”. Trata sobre la falta de cumplimiento de un prerequisite convencional exigido a todo inversor contendiente que pretenda, llegada la oportunidad, a comprometer el consentimiento de una Parte Demandada al arbitraje.

73. La legalidad del debido proceso implica inexorablemente la existencia de un encausamiento normativo que contiene tanto derechos como obligaciones. No puede deformarse el objetivo primario del Artículo 1115 para justificar la inobservancia de las reglas básicas que hacen a la legalidad del debido proceso.

74. Por lo tanto, el consentimiento de la Demandada de acuerdo con el Artículo 1122(1) está condicionado a la satisfacción del prerequisite del Artículo 1119, en cuanto a la necesaria identificación de todo potencial demandante como “inversionista contendiente” en la Notificación de Intención.

75. En resumen, de acuerdo con una interpretación que respeta el sentido corriente del texto de los Artículos 1119 y 1122(1), dentro de su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del TLCAN, el Tribunal no tiene jurisdicción sobre las Demandantes Adicionales ni sobre sus reclamos. Solo los inversionistas contendientes identificados en el presente caso, como las Demandantes Originales, están habilitadas para someter sus reclamos al arbitraje conforme al Capítulo XI del TLCAN.

76. Como se justifica y fundamenta a continuación, las antedichas conclusiones se confirman a través de precedentes arbitrales del TLCAN, como así también por las posiciones asumidas por todas las Partes Contratantes en el TLCAN en el ejercicio de sus derechos establecidos en el Artículo 1128.

I.A.3. Relevancia de los precedentes de otros tribunales

77. Comparto el criterio sobre que cada tribunal es juez de su propia competencia. Cada tribunal debe decidir su jurisdicción independientemente de las decisiones de otros tribunales. Este Tribunal no está atado a decidir de conformidad a los precedentes de otros tribunales. Cada laudo o sentencia no crea derecho sino para las partes. Sin embargo, la reiteración de ciertos lineamientos

³⁷ *Id.*, ¶ 117.

interpretativos sobre un mismo texto sometido a interpretation puede ayudar a otro tribunal a constatar el sentido que tiene la norma que debe aplicar³⁸. En relacion con las cuestiones planteadas en el presente caso, en los precedentes arbitrales del TLCAN se evidencia una tiara tendencia respecto a la necesidad de la existencia de un inversor contendiente identificado como tal en una notificacion de intencion.

78. Fuera de los precedentes del TLCAN, los precedentes de otros tribunales citados por la Mayoria carecen de toda relevancia en cuanto a que se refieren a normas y circunstancias facticas distintas a las que este Tribunal debe aplicar.

79. Como ejemplo de lo anterior, las conclusiones del Tribunal en el caso *Philip Morris* no son aplicables al presente caso. El tribunal sostuvo que, “[a]l momento de institucion del arbitraje [la Demandante] no [...] habia cumplido el requisito de entablar un proceso legal ante tribunales nacionales...No obstante, incluso si se considerara que el requisito fuera jurisdiccional, el Tribunal concluye que podria cumplirse por medio de acciones posteriores a la fecha de institucion del arbitraje, como de hecho ocurrio en este caso...”³⁹.

80. Es evidente que, en el presente caso, la inexistencia de un inversor contendiente que notifique a la Parte demandada, por lo menos 90 dias antes de presentar formalmente la demanda, es un requisito de imposible cumplimiento “por medio de acciones posteriores a la fecha de institucion del arbitraje”. La obligacion de notificar la intencion de someter la reclamacion al arbitraje es un requisito que inexorablemente debera cumplirse antes de presentarse la demanda, por lo tanto, no podra “cumplirse por medio de acciones posteriores a la fecha de institucion del arbitraje”.

81. Asimismo, el tribunal en *Philip Morris* se confunde al sostener que “[e]n el caso *Mavrommatis* la [CPJI] ha concluido que los requisitos jurisdiccionales que no se habian cumplido al instituir los procesos legates podian cumplirse con posterioridad...”⁴⁰.

82. A contrario de lo que sostiene el tribunal de *Philip Morris*, la CPJI sostuvo que tenia

³⁸ Todo tribunal no está obligado por decisiones previas del NAFTA o de otros tribunales internacionales (*Ver Chemtura*, ¶102) Al mismo tiempo, tienen sentido que se le otorgue a las decisiones previas sobre cuestiones comparables, una consideration adecuada dependiendo de las circunstancias especiales en cada caso. (*Ver Chemtura*, ¶109; *Ver ADF*, ¶136).

³⁹ *Philip Morris Brands SARL y otros c. Republica Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Decision sobre Jurisdiction, 2 de julio de 2013, ¶ 144.

⁴⁰ *Id.*, ¶145

jurisdicción con fundamento en el Artículo 26 del Mandato sobre Palestina. En ningún momento la Corte calificó la falta de ratificación del Protocolo XII, al momento de presentar Grecia su demanda, como un requisito jurisdiccional⁴¹.

83. Por su parte, los precedentes TLCAN en los que se mencionan las normas que este Tribunal debe aplicar, cobran relevancia para constatar el sentido y alcances con que se han previamente interpretado y aplicado esas mismas normas.

84. En este contexto, en el caso *Methanex* el tribunal sostuvo que, para poder establecer el consentimiento para el arbitraje, es suficiente mostrar que el Capítulo XI es aplicable en primer lugar y que el reclamo hecho por un inversor fue realizado de acuerdo con los requerimientos de los Artículos 1116 y 1117, cumpliendo con los prerequisites y formalidades requeridos por los Artículos 1118-1121⁴².

85. En el caso *Canfor*, el tribunal afirmó que los tribunales arbitrales que entiendan sobre objeciones a la jurisdicción de conformidad con el Capítulo XI, deberán constatar que todas las condiciones y formalidades de los artículos 1118-1121 han sido satisfechas.⁴³

86. En el caso *Merrill & Ring*, el tribunal, de acuerdo con *Methanex* y a contrario de lo resuelto en *Ethyl*⁴⁴ y *Mondev*⁴⁵ sostuvo, que el consentimiento al arbitraje en TLCAN requiere que

⁴¹ “It must in the first place be remembered that at the time when the opposing views of the two governments took definitive shape (April 1924) and at the time when proceedings were instituted, the Mandate for Palestine was in force. The Court is of the opinion that, in cases of doubt, jurisdiction based on an international agreement embraces all disputes referred to it after its establishment. In the present case, this interpretation appears to be indicated by the terms of Article 26 itself where it is laid down that ‘any dispute whatsoever.... which may arise’ shall be submitted to the Court...”, *Mavrommatis*, p. 35.

⁴² “In order to establish the necessary consent to arbitration, it is sufficient to show (i) that Chapter 11 applies in the first place, i.e. that the requirements of Article 1101 are met, and (ii) that a claim has been brought by a claimant investor in accordance with Articles 1116 or 1117 (and all pre-conditions and formalities required under Articles 1118-1121 are satisfied). Where these requirements are met by a claimant, Article 1122 is satisfied; and NAFTA Party’s consent to arbitration is established”. *Methanex Corporation v. United States of America*; Laudo Parcial, 7 de agosto de 2002, ¶ 120.

⁴³ “The above decisions make clear four points that a Chapter Eleven tribunal needs to address if and to the extent that a respondent State Party raises an objection to jurisdiction under NAFTA: [...] – Second, in making that determination, the tribunal is required to interpret and apply the jurisdictional provisions, including procedural provisions of the NAFTA relating thereto, i.e., whether the requirements of Article 1101 are met; whether a claim has been brought by a claimant investor in accordance with Article 1116 or 1117; and whether all pre-conditions and formalities under Articles 1118-1121 are satisfied”; *Canfor Corporation v. United States of America*, CNUDMI, Decision sobre Cuestiones Preliminares, 6 de junio de 2006, ¶ 171.

⁴⁴ *Ethyl Corporation v. Government of Canada* CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción, 24 de junio de 1998.

⁴⁵ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002.

el Demandante de cumplimiento no solo a los requerimientos establecidos en los Artículos 1101, 1116 y 1117, sino que también satisfaga todos los prerrequisitos y formalidades exigidas por los Artículos 1118-112146.

87. En el caso *Cargill*, el tribunal sostuvo que: un demandante deberá también someter una notificación preliminar de acuerdo al Artículo 1119 y satisfacer las condiciones precedentes por consentimiento...⁴⁷.

88. En el caso *Bilcon*, el tribunal concluyó que la protección que se le otorga a los inversionistas debe ser interpretada y aplicada de manera que se respeten los límites que las Partes contratantes han determinado como aspectos integrales de su consentimiento.⁴⁸.

89. En contra de los antedichos precedentes, la Mayoría se apoya en lo resuelto en los casos *Chemtura* y *ADF*. Sin embargo, ninguno de estos precedentes se refiere a la falta de identificación de un demandante en la notificación de intención. Por lo tanto, no afectan la tendencia marcada por los tribunales arbitrales de TLCAN.

90. El Tribunal de *ADF*, frente a las circunstancias especiales del caso, recurre a interpretar el texto del Artículo 1119 (b) dentro del marco acotado que le permite el ejercicio de su propia discrecionalidad a efectos de flexibilizar los requerimientos de información que debe contener toda notificación de intención. El tribunal parte del presupuesto *sine qua non* de la existencia de la presentación de una notificación de intención en la que se identifica al inversor

⁴⁶ “The Tribunal has no doubt about the importance of the safeguards noted and finds that they cannot be regarded as merely procedural niceties. They perform a substantial function which, if not complied with, would deprive the Respondent of the right to be informed beforehand of the grievance against its measures and from pursuing any attempt to defuse the claim announced. This would be hardly compatible with the requirements of good faith under international law and might even have an adverse effect on the right of the Respondent to a proper defence”. *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Government of Canada*, CNUDMI, administrado por CIADI, Decisión sobre la petición de agregar una parte nueva, 31 de enero 2008, ¶¶28-29.

⁴⁷ “A claimant must also provide preliminary notice pursuant to Article 1119 and satisfy the conditions precedent via consent and, where appropriate, waiver, under Article 1121. Consent of the Respondent must be established pursuant to Article 1122”. *Cargill, Incorporated v. United States of America*, Caso CIADFI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de setiembre de 2009, ¶ 160.

⁴⁸ “In international arbitration, it is for the applicant to establish that a Tribunal has jurisdiction to hear and decide a matter. A Chapter Eleven tribunal only has authority to the extent that is provided by Chapter Eleven itself [...] The heightened protection given to investors from other NAFTA Parties under Chapter Eleven of the Agreement must be interpreted and applied in a manner that respects the limits that NAFTA Parties put in place as integral aspects of their consent, in Chapter Eleven, to an overall enhancement of their exposure to remedial actions by investors. The Parties to NAFTA chose to go as far, but only as far, as they stipulate in Chapter Eleven towards enhancing the international legal rights of investors”; *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Canada*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015, ¶228-229.

contendiente⁴⁹. Por lo tanto, no existe controversia sobre la identificación del inversor en la notificación de intención.

91. El tribunal en *Chemtura* también se refiere exclusivamente a la “forma y contenido de una notificación de intención”, en consecuencia, parte del presupuesto básico de la existencia de una notificación de intención presentada por un inversor contendiente claramente identificado. Las condiciones que el inversor contendiente debe expresar en la notificación de intención, dependiendo de las circunstancias de cada caso, pueden llegar a ser consideradas por el tribunal como admisibles si son subsanadas con posterioridad a la presentación de esa notificación. El tribunal que decidió *Chemtura*, al citar el laudo *ADF*, reafirmó la necesaria existencia de una notificación de intención, como condición implícita para poder subsanar deficiencias en el contenido o en la forma de esa notificación⁵⁰.

92. En conclusión, es imprescindible la existencia de una notificación de intención que defina la existencia misma de un inversor reclamante. Este es un requisito inexcusable para identificar no solo al demandante sino a la propia controversia alegada. La mera existencia de la notificación presentada en tiempo oportuno presume la jurisdicción de un tribunal TLCAN. Solo los errores o defectos en la información contenida en una notificación podrán ser subsanables con posterioridad a su presentación. Esta es la esencia de las decisiones que admiten suplir falencias o subsanar errores de una notificación de intención. Tanto *Chemtura* como *ADF* deciden sobre la admisibilidad de falencias o errores en la notificación de intención de un inversor demandante. De ninguna manera pretenden extender la posibilidad de curar defectos en el contenido de una notificación inexistente respecto a un inversor no identificado en ella. La existencia de la

⁴⁹ *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de America*, Caso CIADI N° ARB (AF)/00/1, ¶135: “Turning back to Article 1119(b), we observe that the notice of intention to submit to arbitration should specify not only ‘the provisions of [NAFTA] alleged to have been breached’ but also ‘*any other relevant procedures [of NAFTA].*’ Which provisions of NAFTA may be regarded as also ‘relevant’ would depend on, among other things, what arguments are *subsequently* developed to sustain the legal claims made. We find it difficult to conclude that failure on the part of the investor to set out an exhaustive list of ‘other relevant provisions’ in its Notice of Intention to Submit a Claim to Arbitration must result in the loss of jurisdiction to consider and relay upon any unlisted but pertinent NAFTA provision in the process of resolving the dispute”, *ADF Group Inc. v. United States of America*, Case No. ARB(AF)00/1, Award, January 9 2003, ¶ 134; “It is also instructive to note that the notice to be given by claimant “wishing to institute arbitration proceedings” under ICSID Arbitration (Additional Facility) Rules is required merely to “contain information concerning the issue in dispute and an indication of the amount involved, if any.” (Article 3[1] [d], ICSID Arbitration (Additional Facility Rules) The generality and flexibility of this requirement do not suggest that failure to be absolutely precise and complete in setting out that “information” must necessarily result in diminution of jurisdiction on the part of the Tribunal...”.

⁵⁰ *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, Ad Hoc NAFTA Arbitration under UNCITRAL Rules, Award August 2, 2010, ¶ 102. [Traducción propia]

notificacion de intencion por parte del inversor hace a la jurisdiccion del Tribunal.

93. A lo largo del presente procedimiento no se ha citado un solo caso que permitiera acceso al arbitraje a un inversor que no estuviera identificado en una notificacion de intencion. Los casos citados por la Mayoria para corroborar la inexistencia de una *jurisprudence constante*, (*ADF* y *Chemtura*) justamente confirman que, en ambos casos, toda parte demandante habia presentado sus respectivas notificaciones de intencion. La identificacion de todo demandante a través de la notificacion de intencion es el requisito que indefectiblemente debe cumplirse para que se otorgue jurisdiccion. Errores involuntarios o defectos subsanables cometidos en la Notificacion, quedan, según las circunstancias particulares de cada caso, bajo la discrecion del Tribunal en la conduccion del procedimiento en forma equitativa y eficiente, siempre y cuando se hayan cumplido las condiciones requeridas para conformar el consenso de la parte Demandada⁵¹.

94. Frente a la categorica afirmacion en los precedentes TLCAN sobre los alcances y efectos vinculantes del Artículo 1119 la Mayoria no puede cuestionar la relevancia de ese reconocimiento a efectos de justificar su inobservancia por parte de las Demandantes Adicionales⁵². En igual sentido, el incumplimiento de los procedimientos establecidos en el Artículo 1122(1), tampoco justifica la existencia del consentimiento de la Demandada respecto de esas Demandantes.

I.A.4. Alcance de las interpretaciones de las Partes del TLCAN de acuerdo al Artículo 1128

95. Las partes Contratantes del TLCAN podran, de acuerdo con el Artículo 1128, presentar comunicaciones a un tribunal sobre una cuestion de interpretacion de ese Tratado. Es evidente que, a contrario de las interpretaciones que formule la Comision de Libre Comercio, las interpretaciones de las Partes Contratantes contenidas en las comunicaciones presentadas a un tribunal no son obligatorias para este. Tampoco surge del texto del Artículo 1128 que esas interpretaciones tengan carácter de recomendaciones. Sin embargo, esas interpretaciones serviran a un tribunal para confirmar o no, el sentido que las Partes le otorgaron, o pretendieron otorgarle, a las normas sujetas a interpretacion.

96. El Tribunal no puede ignorar las comunicaciones presentadas por las Partes

⁵¹Replica sobre Excepciones a la Jurisdiccion, 1 de diciembre de 2017, ¶ 107.

⁵²Laudo Parcial, ¶119c.

Contratantes, especialmente cuando éstas reiteran y confirman unánimemente una tendencia constante a entender que los prerequisites establecidos en los Artículos 1119, 1121 y 1122(1) son de cumplimiento efectivo y condicionan tanto el consentimiento de las Demandantes como el consentimiento de la Parte Demandada⁵³.

97. Los Estados Partes Contratantes, en sus reiteradas comunicaciones interpretativas sobre estos mismos artículos no se han manifestado sobre los efectos de las renunciaciones que los Estados Demandados puedan aceptar respecto al cumplimiento de requisitos de mera forma o errores subsanables que, siendo obligatorios, serían así susceptibles de ser condonados.

98. Sobre el particular, cabe destacar que la Demandada se refirió a la posibilidad de que errores y defectos menores sobre la información que debía contener la Notificación de Intención podían ser considerados como no afectando la jurisdicción de un Tribunal⁵⁴. Sin embargo, esta condonación no se hace extensiva a la falta de identificación del “inversionista contendiente” que no presentó una Notificación de Intención y que tampoco pudo definir la existencia de una controversia con el Estado Demandado.

99. En conclusión, entiendo que las posiciones asumidas por las Partes Contratantes en el ejercicio de sus derechos conforme el Artículo 1128, no imponen, sino que simplemente confirman las interpretaciones de los Artículos 1119, 1121 y 1122 que avalan y fundamentan la presente disidencia.

100. Por todas las razones antes expresadas, considero que:

- El Tribunal no tiene jurisdicción sobre los reclamos de las Demandantes Adicionales.
- El Tribunal, no teniendo jurisdicción sobre las Demandantes Adicionales, está inhibido de entender sobre cualquier reclamo de admisibilidad de esas Demandantes Adicionales.

⁵³Submission of the Government of Canada pursuant to NAFTA Article 1128, February 28, 2018: “... Articles 1116 to 1121 mandate that a claimant satisfy several requirements in order to perfect the consent of a NAFTA Party to arbitrate an investment...” ¶ II. 3; Submission of the United States of America pursuant to Article 1128, August 17, 2018: “... the United States has long maintained, that the ‘procedures set out in this Agreement’, required to engage the NAFTA Parties’ consent and form the agreement to arbitrate necessarily include Articles 1116-1121. All three NAFTA Parties agree that their consent to the submission of any claim to arbitration is conditioned upon the satisfaction of the relevant procedural requirements. Their common, concordant, and consistent views form a subsequent practice ‘that shall be taken into account’”, ¶ 16.

⁵⁴ “Si bien es cierto que, en ciertas decisiones y laudos que han excusado el incumplimiento de un inversionista contendiente, se puede percibir un elemento de demora, condonación o aquiescencia por parte de la Parte contendiente, ese no es el caso aquí. México presentó sus objeciones en la primera oportunidad posible y las mantuvo firmemente”; Replica sobre Excepciones a la Jurisdicción, 1 de diciembre de 2017, ¶ 107.

I.B. Objecion a la jurisdiccion relativa a los reclamos de las Demandantes en nombre de las Empresas Mexicanas de conformidad con los Articulos 1117, 1119, 1121 y 1122(1).

101. La Demandada objeta la existencia de su consentimiento de acuerdo con el Articulo 1122(1); a la validez del consentimiento de las Empresas Mexicanas de acuerdo con el Articulo 1121; y a la propiedad o el control de las Empresas Mexicanas por parte de las Demandantes de acuerdo con el Articulo 1117.

I.B.1. El consentimiento de la Demandada de conformidad con el Articulo 1122(1)

102. En cuanto a la objecion relativa a la falta de consentimiento de la Demandada de conformidad con el Articulo 1122(1) disiento con la Mayoria debido a que, con fundamento en lo expresado más arriba, el incumplimiento de las condiciones impuestas por ese Articulo impide al Tribunal ejercer su jurisdiccion sobre los reclamos de las llamadas Demandantes Adicionales. El razonamiento y conclusiones expresados en la **Section LA**. se extienden, *mutatis mutandis*, a toda empresa mexicana no identificada en la Notificacion de Intencion.

I.B.2. El consentimiento de las Empresas Mexicanas de conformidad con el Articulo 1121

LB.2M. El consentimiento de las Empresas Juegos.

103. La Demandada objeta el consentimiento dado por las Empresas Juegos de conformidad con el Articulo 1117, incisos 2 y 3.

104. El Articulo 1121, sobre Condiciones previas al sometimiento de una reclamacion al procedimiento arbitral, en el inciso 2, establece que “[u]n inversionista contendiente podra someter una reclamacion al procedimiento arbitral de conformidad con el Articulo 1117, solo si tanto el inversionista como la empresa: a) consienten en someterse al arbitraje en los terminos de los procedimientos establecidos en este Tratado; y b) renuncian a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento con respecto a la medida [adoptada por] la Parte contendiente...”; en el inciso 3, establece que “[e]l consentimiento y la renuncia requeridos por este Articulo se manifestaran por escrito, se entregarán a la Parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamacion a arbitraje”.

105. Todas las Empresas Juegos que habian sido identificadas en la Notificacion de Intencion, que a su vez estaban identificadas en la Solicitud de Arbitraje, evidenciaron el cumplimiento de las condiciones establecidas por el Articulo 1119 y por el 1122(1). Por lo tanto, éstas quedaron facultadas para dar su consentimiento de acuerdo con el Articulo 1117(2).

106. La demora de siete semanas en la presentación del consentimiento de las Empresas Juegos, a través de los poderes que las Demandantes Originales habían conferido a sus abogados, podría ser subsanada por el Tribunal en el ejercicio de su discrecionalidad en la administración del proceso en forma eficiente y respetando la equidad procesal entre las Partes.

107. La Demandada reconoció en su Réplica la posibilidad que tiene el Tribunal para subsanar deficiencias menores en el procedimiento⁵⁵, por lo tanto, el Tribunal puede y debe considerar válido el consentimiento de las Empresas Juegos identificadas en la Notificación de Intención.

108. La aceptación de los consentimientos tardíos de las Empresas Juegos por parte del Tribunal no puede hacerse extensivo a los consentimientos de las Demandantes Adicionales que incumplieron con el prerrequisito del Artículo 1119. En este sentido, el Artículo 1121(1)(a) y (2)(a) exige tanto al inversionista como a la empresa “someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado”, entre los que se encuentran los prerrequisitos del Artículo 1119.

109. El consentimiento de una empresa, en cumplimiento del Artículo 1121(2), no prejuzga sobre la propiedad o el control directo o indirecto que el inversionista contendiente de una Parte pretenda tener sobre una empresa de la otra Parte a los efectos del Artículo 1117(1).

110. En consecuencia, se rechaza la objeción de la Demandada en cuanto a la falta de consentimiento de las Empresas Juegos que se encontraban debidamente identificadas en la Notificación de Intención. Asimismo, y al igual que con respecto a las Demandantes Originales, quedó probado que las Empresas Juegos identificadas en la Notificación de Intención, cumplieron con lo dispuesto por el Artículo 1121(2) y (3). El antedicho consentimiento no prejuzga sobre la propiedad o control que sobre esas empresas tenían, a las fechas críticas relevantes, las Demandantes Originales que reclamaban en representación de esas empresas.

I.B.2.b. El Desistimiento de E-Games.

111. La Demandada alega que la empresa E-Games no tiene legitimación activa porque al desistir por nota de fecha 24 de octubre de 2014 de la Notificación de Intención, afectó su derecho a consentir al arbitraje.

⁵⁵ Réplica, ¶ 107.

112. Comparto con la Mayoria la afirmacion que E-Games no es parte en este procedimiento. E-Games nunca pudo desistir de la Notificacion de Intencion porque no fue presentada por ella, sino por las Demandantes Originales. Tampoco pudo desistir del recurso previsto en el Artículo 1117 debido a que ese recurso no se habia iniciado a la fecha de presentacion del alegado desistimiento.

113. Disiento con la conclusion de la Mayoria sobre que, de todas maneras, si se considerase que el desistimiento daria lugar a un defecto conforme al Artículo 1119, el Tribunal descartaria ese defecto como lo hizo con respecto a las Demandantes Adicionales⁵⁶.

114. En conclusion, considero que el Tribunal tiene jurisdiction sobre los reclamos de las Demandantes Originales en representation de E-Games, en razón de que fue debidamente identificada en la Notificacion de Intencion y que, en observancia de los Articulos 1119 y 1122(1) estaba habilitada a dar su consentimiento de conformidad con el Artículo 1121(2) y (3). Se reitera asimismo, que el consentimiento de una empresa en cumplimiento del Artículo 1121(2), no prejuzga sobre la propiedad o el control directo o indirecto que el inversionista contendiente de una Parte pretenda tener sobre una empresa de la otra Parte a los efectos del Artículo 1117(1).

I.B.2.c. El consentimiento de Operadora Pesa

115. Es un hecho que Operadora Pesa no fue identificada en la Notificacion de Intencion. En consecuencia, no se cumplieron las condiciones establecidas por el Artículo 1119 y por el 1122(1). Por lo tanto, Operadora Pesa no está facultada para dar su consentimiento de acuerdo con el Artículo 1117(2).

I.C. La propiedad o control de las Demandantes sobre las Empresas Mexicanas

I.C.1. Valor de la prueba producida

116. Concuero con la Mayoria que son las Demandantes las que deberian probar si son las propietarias o si controlan las Empresas Mexicanas tanto al momento de la alegada violation del Tratado como al momento de la presentacion de la Solicitud de Arbitraje⁵⁷.

117. Concuero con la Mayoria que las Demandantes no llegaron a transferir en

⁵⁶ Laudo Parcial, f 264

⁵⁷ *Id.* ¶¶ 147-148.

noviembre de 2014 sus partes sociales en las Empresas Juegos a un tercero (Grand Odyssey)⁵⁸.

118. Ante las aparentes reiteradas negligencias y constantes irregularidades en el manejo de las Empresas Mexicanas, juntamente con la inobservancia de sus estatutos y por lo tanto del derecho mexicano, y frente a la ineficiencia demostrada en la producción de la prueba necesaria para sostener sus alegatos, disiento de lo que sostiene la Mayoría respecto que todas estas situaciones imputables a las Demandantes solo son relevantes para la asignación de los costos del procedimiento⁵⁹.

119. Disiento también con la Mayoría en cuanto a que las constantes falencias e irregularidades de las Demandantes en la producción de la prueba para establecer sus tenencias accionarias en las Empresas Juegos, pueda llegar a satisfacer las exigencias probatorias mínimas con las que debería actuar el Tribunal⁶⁰.

120. En este contexto, las actas protocolizadas de las Asambleas de 2006 y 2018 pueden llegar a satisfacer las exigencias del Tribunal para evidenciar la tenencia de partes sociales en las Empresas Juegos a esas fechas, pero solo a esas fechas. Sin embargo, el Tribunal debe resolver qué participación accionaria tenían las Demandantes a la fecha de la primera alegada violación (junio de 2013) y a la fecha de la presentación de la Solicitud de Arbitraje (junio de 2016).

121. Las Demandantes alegan que su tenencia accionaria (*Shareholding Worksheet*) de 2014 representa exactamente la posición accionaria de las Demandantes desde junio de 2013 hasta el presente. Justifican las discrepancias entre las actas protocolizadas de las Asambleas de 2006-2008 y la tenencia accionaria (*Shareholding Worksheet*) de 2014 en el hecho que ciertas transferencias de partes sociales anteriores a 2014 no fueron debidamente aprobadas por la Asamblea en su oportunidad, como requerían los estatutos de las Empresas Juegos.

122. Las Demandantes sostienen que, para el derecho mexicano, las transferencias de partes sociales son válidas y efectivas desde la fecha de su ejecución, independientemente de la aprobación de la asamblea. Si la aprobación de la asamblea fuera necesaria, de todas maneras, las Asambleas de 2018 les confirieron efecto retroactivo.

123. Para la Demandada, el Derecho mexicano prescribe que las transferencias de partes sociales tienen efectos directos entre las partes, pero son inexistentes frente a la empresa hasta que

⁵⁸ *Id.* ¶¶ 166-167.

⁵⁹ *Id.*, ¶¶ 171-172.

⁶⁰ *Id.* ¶¶ 173 y siguientes.

son previamente aprobadas por la asamblea. Por lo tanto, no producen efecto alguno en cuanto al reconocimiento del socio y al ejercicio de sus derechos en la empresa. Las transferencias no aprobadas por la asamblea son inexistentes. Por lo tanto, las aprobaciones de las Asambleas de 2018 no tienen efectos retroactivos.

124. Disiento con la Mayoria respecto a la poca relevancia practica que asigna a las posiciones asumidas por los expertos legales sobre el derecho mexicano⁶¹ aplicable a los hechos y al derecho alegado por las Partes. El Tribunal no puede dejar de reconocer que no tiene “*expertise*” en el derecho interno de la Parte demandada. Del debate entre los expertos se constata que ambos reconocen que hay dos actos juridicos: uno es la transferencia de partes sociales entre partes que solo produce efectos juridicos entre éstas, y el otro es la autorizacion de la asamblea que produce efectos frente a la empresa⁶². Sin la previa aprobacion de una transferencia de partes sociales por parte de la asamblea, esa transferencia no existe frente a la empresa ni frente a terceros⁶³. A contrario de lo afirmado por la Mayoria⁶⁴, en el expediente no hay constancias sobre alegados derechos derivados de esas transferencias no autorizadas, sino que esos derechos solo se ejercen a través de quienes continuan siendo sus propietarios⁶⁵.

125. Es evidente que el resultado del debate no asiste a la Mayoria. En su reemplazo, sostiene primero que, para el derecho mexicano, los socios a quienes se transfirieron las partes sociales son propietarios de estas desde la fecha de la transferencia; y segundo, como una cuestion de hecho, los socios cesionarios han podido ejercer los derechos derivados de esas partes sociales desde la fecha de su transferencia⁶⁶. En mi opinion, la Mayoria no cita norma alguna del derecho mexicano que avale su conclusion, simplemente porque no la encuentra. La Mayoria pretende desconocer los efectos juridicos que le otorgan los estatutos a la aprobacion previa, por parte de la asamblea, a toda transferencia de partes sociales. Aun más, en los hechos, esa falta de autorizacion

⁶¹ M, ¶ 181.

⁶² Transcription (en espanol), Audiencia sobre Jurisdiccion, Dia 5, Declaracion del Perito de la Demandada Rene Irra Ibarra, pág. 947 y ss; Declaracion del Perito de las Demandantes Rodrigo Zamora Etcharre, 1061: 6-22; 1062: 1-5; 1087: 10-22; 1088: 1-2, 1091; 16-22; 1092: 1-5.

⁶³ *Conf* El Articulo Decimo Tercero común a los Estatutos de las Empresas Juegos establece: “Los socios podran transmitir, ceder, vender, gravar o disponer en cualquier otra forma de sus partes sociales atendiendo a lo estipulado en este numeral y siempre con la autorizacion previa de la mayoria de los miembros del Consejo de Gerentes, o en su caso, del Gerente unico, y por acuerdo tornado en la Asamblea de Socios con la mayoria de los votos de los socios de la Serie B”.

⁶⁴ Laudo Partial, ¶ 183.

⁶⁵ Transcription (en espanol), Audiencia sobre Jurisdiccion, Dia 5, Declaracion del Perito de las Demandantes Rodrigo Zamora Etcharre, 1091: 16-22; 1092: 1-5.

⁶⁶ Laudo Parcial, ¶ 185.

es considerada por el derecho mexicano, como un acto jurídico inexistente.

126. Para el derecho mexicano, el Artículo 2224 del Código Federal Civil establece que “el acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser material de él, no producira efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmacion, ni por prescription; su inexistencia puede invocarse por todo interesado”. En consecuencia, la falta de aprobacion en tiempo oportuno de una transferencia no es para el derecho mexicano una causal de nulidad relativa que pueda ser subsanada en los hechos, como sostiene la Mayoria, ni retroactivamente, como sostuvieron las Demandantes al interpretar los efectos de las Actas de las Asambleas de enero de 2018. Por lo tanto, para el derecho mexicano, la transferencia de partes sociales sin la previa autorizacion de la asamblea es un acto inexistente frente a la empresa que no puede ser enmendado o perfeccionado por acto alguno.

127. En consecuencia, la Mayoria no funda sus afirmaciones en el derecho aplicable, alterando a su vez los efectos jurídicos que el derecho mexicano le otorga a los actos inexistentes.

128. Por otra parte, la Mayoria sostiene que si el Tribunal no le asignara valor probatorio a la propiedad accionaria *de facto* y determinara que la propiedad accionaria de las Demandantes entre junio de 2013 y junio de 2016 era la que estaba asentada en las asambleas de 2006-2008, las Demandantes de todas maneras habrian sido propietarias de más del 50% de las partes sociales como umbral necesario para probar su capacidad legal para controlar las Empresas Juegos con arreglo al Artículo 111767.

129. La Mayoria no distingue los porcentajes de las tenencias accionarias entre Demandantes Originales y Demandantes Adicionales, tanto a la fecha crítica de la primera alegada violation del TCLAN como a la fecha crítica de la Solicitud de Arbitraje.

130. Aun sin tener en cuenta que las transferencias accionarias anteriores a 2004 no fueron previamente aprobadas por las Asambleas, la Mayoria no logra probar la capacidad legal de control de las Demandantes Originales a la fecha crítica de la Solicitud de Arbitraje

131. Respecto a JVE Mexico, la Mayoria solo se basa en datos de 2006, 2013 y 2014 y 2018; para JVE Sureste solo se basa en datos de 2007, 2009, 2013, 2014 y 2018; para JVE Centro solo se basa en datos de 2008, 2013, 2014 y 2018; para J y V solo se basa en datos 2012, 2013, 2014 y 2018; para JVE DF solo se basa en datos de 2008, 2012, 2013, 2014 y 2018⁶⁸. En consecuencia,

⁶⁷ *Id.*, ¶ 186.

⁶⁸ *Id.*, Cuadros en los párrafos ¶¶ 174, 189, 191, 192, 193 y 194.

la Mayoria, no cuenta con evidencias comprobables para afirmar que a la fecha de la presentation de la Solicitud de Arbitraje, las Demandantes Originales controlaban las Empresas Juegos.

132. Sin embargo, el Tribunal cuenta con informacion suministrada por las Demandantes sobre su version de las tenencias accionarias de las Demandantes Originales y de las Demandantes Adicionales.

133. En este contexto, el Tribunal solicito a las partes que identifiquen los porcentajes accionarios de cada una de las Empresas mexicanas, discriminando entre socios Demandantes Originales, socios Demandantes Adicionales y otros socios.

134. En cumplimiento de lo requerido por el Tribunal, las Demandantes aportaron en los cuadros y graficos de su Escrito posterior a la audiencia, informacion relevante por la que se evidencia su reconocimiento sobre la falta del porcentaje de tenencias accionarias necesarias de las Demandantes Originales para controlar cada una de las empresas mexicanas, salvo el caso de JVE Mexico⁶⁹.

135. Frente a las falencias en la production de la prueba e inconsistencias de la prueba producida por parte de las Demandantes, no comparto la position de la Mayoria sobre que simples inferencias puedan suplir la carga, la ausencia o las incongruencias en la prueba.

I.C.2. Propiedad y control de las Demandantes sobre las Empresas Mexicanas

136. El Articulo 1117 sobre Reclamacion del inversionista de una Parte, en representacion de una empresa, establece: “1. El inversionista de una Parte, en representacion de una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, podra someter a arbitraje, de conformidad con esta section, una reclamacion en el sentido de que la otra Parte ha violado una obligation...”.

137. Las partes no están de acuerdo sobre los requisitos que impone el Articulo 1117 sobre que la empresa debe ser “propiedad” del inversionista o que esté “bajo su control directo o indirecto”. Las diferencias entre las partes plantean una cuestion relacionada con los alcances y efectos de esa norma que debe resolverse a través de su interpretation de acuerdo con las reglas del derecho internacional.

138. Estoy de acuerdo con la Mayoria que el termino “propiedad” en el texto y contexto

⁶⁹ Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, 17 de agosto de 2018, Anexo 1.

del Artículo 1117 implica tener la propiedad de todas las partes sociales de una empresa. Las Demandantes, al no haber probado que son las propietarias de las Empresas Juegos, de E-Games o de Operadora Pesa a las fechas críticas exigidas por el TCLAN, no pueden reclamar ser las propietarias a efectos del Artículo 1117.

139. El sentido corriente del término “control” implica el ejercicio de poder sobre algo, influencia determinante o manejo discrecional. Control significa tener y ejercer un poder exclusivo y excluyente de todo otro poder o influencia. El Artículo 1117 permite solo diferenciar entre control directo o indirecto. Las categorías de “control legal” y “control *de facto*” son ajenas a la redacción, y por lo tanto ajenas a la intención de las Partes Contratantes del TCLAN.

140. De todas maneras, la distinción entre “control legal” y “control *de facto*” ha sido utilizada tanto por partes contendientes en una controversia como por algunos tribunales arbitrales. Esa distinción puede contribuir y ha contribuido a caracterizar las distintas formas del control que el inversor de una Parte ejerce sobre una empresa de la otra Parte. Pero esa distinción no puede alterar la esencia misma del término control en el sentido corriente que debe asignarsele como manifestación y ejercicio de un poder exclusivo y excluyente de todo otro poder o control⁷⁰.

141. El Artículo 1117 solo se refiere a “control”. Ese control lo puede ejercer el que tiene ese derecho por los estatutos y lo ejerce en los hechos, o en su defecto, por quien en los hechos ejerce ese control.

142. En *Thunderbird*, el tribunal sostuvo que el propietario o el que ejerce el control legal tiene en última instancia el derecho a definir decisiones claves, sin embargo, si en la práctica una persona ejerce esa posición se genera un vínculo genuino que autoriza el control a esa persona⁷¹.

143. Así sostuvo que el término “control” interpretado de acuerdo con su sentido corriente, puede ser ejercido de varias maneras, por lo tanto, la demostración de un control efectivo o de facto es para el tribunal suficiente a los efectos del Artículo 1117 del TLCAN⁷². En este sentido, si bien

⁷⁰ “Ownership and legal control may assure that the owner or legally controlling party has the ultimate right to determine key decisions. However, if in practice a person exercises that position... one can conceive the existence of a genuine link yielding the control of the enterprise to that person”; *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo del 26 de noviembre de 2006 ¶ 108.

⁷¹ *Id.*; ¶ 108.

⁷² *Id.* ¶ 106: “The Tribunal does not follow Mexico’s proposition that Article 1117 of the NAFTA requires a showing of legal control. The term ‘control’ is not defined in NAFTA. Interpreted in accordance with the ordinary meaning, control can be exercised in various manners. Therefore, a showing of effective or ‘de facto’ control is, in the Tribunal’s view, sufficient for the purposes of Article 1117 of the NAFTA”.

en el contexto de precedentes no vinculados al TLCAN, la noción de que todo “control” debe ser efectivo, se confirma también a través de decisiones de tribunales del CIADI⁷³.

144. En conclusión, el término control puede ser categorizado como control legal o control de facto, pero esta caracterización no modifica el contenido y alcance del término “control” que es el ejercicio del poder en el manejo de una empresa, en forma exclusiva y excluyente de otro poder. Control debe ser contextualizado en el tiempo. Solo el inversor que ejerce un “control efectivo”, en un momento determinado, es el que se encuentra facultado a recurrir al arbitraje de acuerdo con el Artículo 1117(1).

I.C.2.a. Control de las Demandantes Originales sobre las Empresas Juegos

145. Las Demandantes Originales no pudieron probar fehacientemente que a las fechas relevantes (junio de 2013 y junio de 2016) tenían conjuntamente la mayoría de las partes sociales Clase B de las Empresas Juegos, salvo respecto a JVE Mexico⁷⁴.

146. Al momento de someter la Solicitud de Arbitraje al CIADI, las Demandantes Originales no pudieron tampoco probar que tenían el control efectivo o *de facto* sobre las Empresas Juegos. No solo por la falta de pruebas fehacientes sino por el hecho que se evidenció en el texto de la nota enviada el 21 de julio de 2016 por el que las Demandantes, en respuesta a una nota del Centro, admiten que “debido a que las Demandantes no tienen control sobre el Consejo de las Empresas Juegos, no esta[ban] al momento en condiciones de poder proveer la constancia requerida”⁷⁵.

147. En conclusión, las Demandantes Originales no eran las propietarias ni tenían control efectivo, sobre las Empresas Juegos a las fechas relevantes para determinar la jurisdicción del Tribunal de conformidad con el Artículo 1117(2).

I.C.2.b. Control de las Demandantes Originales sobre E-Games.

148. Quedo demostrado que las Demandantes Originales no tenían el porcentaje necesario para controlar a E-Games al momento de las alegadas violaciones ni al momento de presentar la

⁷³ *Ioan Micula, v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 24 September 2008, ¶¶ 119, 115; *Bernard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/15, Award, 28 July 2015, ¶¶ 127.

⁷⁴ Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, 17 de agosto 2018, Anexo 1.

⁷⁵ Carta de las Demandantes al CIADI de fecha 21 de julio de 2016, p.13. [Traducción propia]

Solicitud de Arbitraje⁷⁶. Quedo tambien demostrado que las Demandantes Originales ejercieron a las fechas relevantes, un control efectivo sobre E-Games⁷⁷.

149. En conclusion, las Demandantes Originales no eran las propietarias, pero si demostraron tener el control efectivo sobre E-Games a las fechas relevantes para determinar la jurisdiccion del Tribunal de conformidad con el Articulo 1117(2).

I.C.2.c. Control de las Demandantes Originates sobre Operadora Pesa

150. Es un hecho probado que las Demandantes Originales no eran inversionistas en Operadora Pesa a las fechas relevantes para determinar la jurisdiccion del Tribunal de conformidad con el Articulo 1117(2)⁷⁸.

CONCLUSIÓN

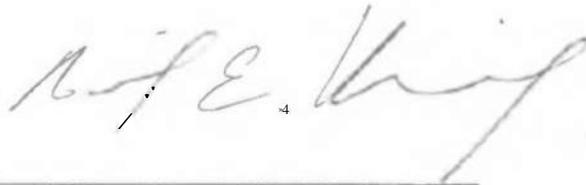
151. Con fundamento en las consideraciones hasta aqui expresadas, disiento parcialmente de la Decision de la Mayoria. Por lo tanto, en mi opinion:

- El Tribunal deberia haber dado lugar a la Objecion de Jurisdiccion de la Demandada basada en el Articulo 1121 del Tratado respecto a las Demandantes Adicionales y a Operadora Pesa;
- El Tribunal deberia haber dado lugar a la Objecion de Jurisdiccion de la Demandada basada en los Articulos 1119 y 1122(1) respecto a las Demandantes Adicionales y a Operadora Pesa;
- El Tribunal debe hacer lugar a la Objecion de Jurisdiccion de la Demandada basada en el Articulo 1117 del Tratado respecto a Operadora Pesa y a las Empresas Juegos, excepto JVE Mexico;
- En consecuencia, el Tribunal tiene jurisdiccion sobre los reclamos de las Demandantes Originales en su nombre de conformidad con el Articulo 1116 del Tratado y en nombre de las empresas JVE Mexico y E-Games de conformidad con el Articulo 1117 del Tratado.
- Las costas del procedimiento deberan ser sufragadas por las Partes en partes iguales y cada Parte asumira sus propios costos y gastos incurridos en el procedimiento.

⁷⁶ Laudo Partial, ¶ 236.

⁷⁷ *Id.*, ¶¶ 237 y ss. *Conf.* Escrito posterior a la Audiencia de las Demandantes, 17 de agosto de 2018, Anexo 2.

⁷⁸ Escrito posterior a la Audiencia de las Demandantes, 17 de agosto de 2018, Anexo 3.



Prof. Raul Emilio Vinuesa

Arbitro

Fecha: **6 JULIO 2019**