

EN EL MARCO DE UN ARBITRAJE EN VIRTUD DEL TRATADO DE LIBRE
COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE Y EL REGLAMENTO DEL MECANISMO
COMPLEMENTARIO DEL CIADI

B-Mex, LLC y otros

c.

Estados Unidos Mexicanos

(Caso CIADI No. ARB(AF)/16/3)

DISIDENCIA PARCIAL SOBRE EL FONDO DEL PROFESOR RAÚL E. VINUESA

INDICE

I. Los actos y omisiones imputables a SEGOB en relación con la terminación de los Permisos no violaron la obligación sobre el TJyE del Artículo 1105 del TCLAN	3
II. Las Demandantes no probaron que las conductas de SEGOB se basaron en una intención política arbitraria contraria a sus intereses.	8
III. Las Demandantes no lograron probar que SEGOB estaba obligada a preservar sus presuntos derechos a continuar con sus negocios.	12
IV. Los efectos de la decisión sobre la inexistencia de una denegación de justicia sobre la alegada violación del Artículo 1105.	14
V. Responsabilidad de SEGOB por el otorgamiento de los Permisos de 2009 y 2012 en violación del derecho vigente.	20

Disiento con la conclusión de la mayoría respecto a que el tratamiento dado por SEGOB a las inversiones de las Demandantes cae por debajo del estándar de Trato Justo y Equitativo (TJyE) exigido por el Artículo 1105 del TLCAN. (Laudo, ¶¶ 78 y ss.) En consecuencia, disiento sobre las conclusiones de la mayoría sobre la existencia de un daño reparable y sobre la falta de causalidad para definir su cuantificación. (Laudo, ¶¶ 182 y ss.).

Disiento también con la aseveración de la mayoría en cuanto a que la terminación de los permisos de las Demandantes tiene por fundamento el cambio de liderazgo político del gobierno mexicano. (Laudo, ¶¶ 93 y ss.).

Disiento con la presunción de la mayoría respecto a que SEGOB debió implementar otras alternativas que tenía a su disposición a efectos de no dar por terminados los permisos y así preservar la continuidad de las inversiones (Laudo, ¶¶ 103 y ss.).

Estoy plenamente de acuerdo con la decisión del Laudo en cuanto a que el tratamiento dado por los tribunales internos de la Demandada a las inversiones de las Demandantes no constituye una denegación de justicia bajo el derecho internacional (Laudo, ¶¶ 120 y ss.) Sin embargo, disiento con la determinación de la mayoría respecto a que, la ausencia de una denegación de justicia no absuelve a la Demandada de su responsabilidad internacional por las conductas de SEGOB en violación del estándar de TJyE. (Laudo, ¶¶ 137 y ss.).

Si bien comparto las conclusiones del Laudo en cuanto a la irrelevancia de la evidencia obtenida por *Black Cube*, disiento de la aseveración de la mayoría expresada en el párrafo 146 del Laudo en razón a que de la simple interpretación y aplicación de la legislación mejicana sobre Protección de Datos se constata que esa evidencia fue obtenida e introducida en el procedimiento en violación de esa normativa. En el entendimiento que la referida evidencia se obtuvo en violación del derecho aplicable, disiento con la mayoría, sin más, en cuanto a que la evidencia de *Black Cube* es admisible.

Como resultado de todo lo anterior, no comparto la decisión de la mayoría sobre la asignación de costas del procedimiento y la asignación de los honorarios y otros costos de las Partes, en el entendimiento que las costas del proceso deben asumirse por partes iguales y los honorarios y otros costos deben asumirse por la Parte que los generó.

Finalmente considero que de las constancias en el expediente fue posible alegar la responsabilidad internacional de la Demandada por el otorgamiento a *E-Games* de los Permisos de 2009 y 2012 en violación del derecho mejicano vigente, relativo a la regulación de actividades vinculadas a juegos y sorteos.

Sirvo en aclarar que en el párrafo 70 del Laudo, la mayoría enuncia su propia interpretación de la presente disidencia. Corresponde también aclarar que las decisiones anunciadas en el Laudo como asumidas “por el Tribunal”, solo deben entenderse con ese alcance aquellas contenidas en los párrafos en los que, según el presente escrito, no manifiesto mi disidencia.

A continuación, se expresan los motivos de mi disidencia parcial.

I. LOS ACTOS Y OMISIONES IMPUTABLES A SEGOB EN RELACIÓN CON LA TERMINACIÓN DE LOS PERMISOS NO VIOLARON LA OBLIGACIÓN SOBRE EL TJYE DEL ARTÍCULO 1105 DEL TCLAN

1. Disiento con la conclusión de la mayoría respecto a que el tratamiento dado por SEGOB a las inversiones de las Demandantes cae por debajo del estándar de Trato Justo y Equitativo (TJyE) exigido por el Artículo 1105 del TCLAN.¹
2. Disiento asimismo con la afirmación de la mayoría en cuanto a que "...SEGOB's revocation of the 2009 Permit did not affect the Claimant's operations because SEGOB had by then granted E-Games the 2012 Permit. To the Tribunal's, it was therefore this last decision by SEGOB to grant E-Games its own 2012 permit ..." lo que aseguró la continuidad del negocio de la Demandante.²
3. Esta afirmación de la mayoría ignora no solo el contenido expreso de la orden de SEGOB de noviembre de 2012, sino que también desconoce el texto de la decisión judicial que determina la insubsistencia del Permiso otorgado por esa orden. A su vez contradice la decisión unánime de este Tribunal respecto a la legalidad de la insubsistencia de ese permiso como consecuencia de la inexistencia de una denegación de justicia en el procedimiento relativo al recurso de Amparo 1668/2011.
4. La mayoría no analiza las contradicciones existentes tanto en los considerandos como en la parte dispositiva de la orden de SEGOB por la que se otorgó el permiso en noviembre de 2012. Simplemente transcribe aquellos considerandos que garantizan la independencia del permiso de *E-Games* del previamente otorgado a *B-Mex* sin confrontar sus efectos frente a aquellos considerandos que evidencian la directa relación y continuidad entre uno y otro permiso.³ Aún más, la mayoría ignora, y por lo tanto desconoce, que el Permiso de 2012 fue declarado inconstitucional por la justicia mexicana y que este Tribunal, por unanimidad, confirmó la legalidad de lo decidido por los tribunales mexicanos en el Recurso de Amparo, incluyendo el reconocimiento de la insubsistencia del Permiso de 2012.
5. En resumen, la mayoría ignora que la justicia mexicana decidió que los permisos de las Demandantes fueron declarados inconstitucionales y en consecuencia insubsistentes. La mayoría, siguiendo a las Demandantes, parte del presupuesto de la validez de los permisos desconociendo las consideraciones jurídicas que la propia justicia mexicana expresó como fundamento del resultado de la saga procesal del Recurso de Amparo 1668/2011.
6. El Laudo no analiza si SEGOB incumplió con la legislación vigente al otorgar los permisos en 2009 y 2012. Simplemente pretende definir la validez de esos permisos a través de los

¹ Laudo, Punto C, ¶¶ 78 y ss.

² Laudo, ¶ 87.

³ Laudo, ¶ 105.

considerandos expresados en el texto de los permisos, sin advertir las serias contradicciones y ambigüedades existentes en esos considerandos.

7. El Laudo desconoce que el permiso otorgado en noviembre de 2012 fue declarado inválido y por lo tanto las garantías expresadas en el texto de ese oficio no pueden subsanar los efectos de la insubsistencia declarada judicialmente. Cabe recordar que el texto del oficio que concede un permiso independiente a las Demandantes contiene un conjunto de imprecisiones e irregularidades que convergen en serias contradicciones que afectan su legalidad.
8. La mayoría parte del error de entender que los términos del Permiso de noviembre de 2012 aseguraban a las Demandantes un derecho en base a la legislación vigente, es decir a la Ley Federal de Juegos y Sorteos (LFJyS) y su reglamentación. Pero en el Laudo como ya se sostuvo, no se advierte, ni siquiera se cuestiona sobre las incongruencias y contradicciones que surgen entre los términos de los oficios cuestionados por el Recurso de Amparo 1668/2011. El Laudo tampoco puede llegar a definir como ilícitas las decisiones de los tribunales que finalmente definieron los alcances del Amparo 1668/2011.
9. Del texto del Permiso Independiente de noviembre 2012 se desprende que este fue expedido en los mismos términos y condiciones que el otorgado en agosto de 2012 (Oficio de Permisionario) y en los mismos términos y condiciones otorgados a *E-Mex*. El fundamento por el que se otorgó el permiso a *E-Games* se relacionaba con el concepto de “derechos adquiridos”. En consecuencia, *E-Games* en su carácter de operador de *E-Mex* no podía haber adquirido otros derechos que los que le fueran otorgados a *E-Mex*.⁴
10. Cabe recordar que E-Games fue la que solicitó que se le otorgara la calidad de permisionario “en las mismas condiciones del Permiso del que actualmente es Operador de acuerdo con el Oficio DGAJS/SCEVF/P-6/2005.” Por lo tanto, el Oficio de noviembre de 2012 no se relaciona con una solicitud de un “permiso independiente” por parte de *E-Games* sino que ésta solicitó un permiso para operar sus establecimientos en los mismos términos y condiciones que el permiso de *E-Mex* bajo el que operaba sus casinos.⁵
11. El permiso presuntamente independiente otorgado a *E-Games* no fue un permiso concedido bajo el artículo 32 del Reglamento de la LFJS, sino que fue un permiso en el que se reconoció el cambio de operador a permisionario en los mismos términos y condiciones que el permiso bajo el cual *E-Games* operaba sus casinos en observancia del Permiso DGAJS/SCEVF/P-6/2005.

⁴ Anexo C-16, pp. 14-15; El Oficio de noviembre de 2012 expresa que “Debe de expedirse a su favor un Permiso en el que se le otorguen los mismos derechos y obligaciones, en idénticas condiciones al que venía explotando junto con las modificaciones de las que fue objeto, es decir, se le autorice continuar explotando su actividad en los mismos términos, condiciones, alcances jurídicos y materiales que tiene investido el Permiso número DGAJS/SCEVF/P-06/2005 y las modificaciones que éste detenta.”

⁵ Conf., Anexo C-14, Escrito de *E-Games* del 22 de febrero de 2011.

12. Por otra parte, el encabezado del Oficio de la SEGOB DGJS/SCEV/1426/2012 hace expresa referencia al Permiso No. DGJS/SCEVF/P-06/2005-BIS. En su resultando primero se expresa que *E-Games* solicitó un permiso “para la apertura, operación e instalación de los Centros de Apuestas Remotas y Salas de Sorteo de Números que actualmente explota como operador, otorgándosele la calidad de Permisionario, en las mismas condiciones que el Permiso que actualmente es Operador, el cual se identifica con el Número DGAJS/SCEVF/P-06/2005, de 25 de mayo de 2005, y sus modificaciones”.⁶ En el resultando sexto, se reconoce que *E-Games*, invocó el cumplimiento de la condición suspensiva (sentencia de concurso mercantil de *E-Mex*), para solicitar que se resolviera de manera definitiva el cambio de estatus o condición jurídica de operador a permisionario.⁷
13. En el Considerando II se reconoce que “El presente asunto, como se ha dicho anteriormente es un caso singular y extraordinario, dado que el Permisionario Entretenimiento de México S.A de C.V., se encuentra frente a un caso de revocación de su permiso [...]”⁸ [El subrayado es propio]
14. Si bien en el Considerando V SEGOB aclara que “ésta Autoridad resuelve el presente asunto ejerciendo sus facultades interpretativas y de aplicación de la Ley Federal de Juegos y Sorteos y su Reglamento, previstas en el artículo 2º, primer párrafo de dicho ordenamiento legal”, no puede alegarse que el otorgamiento de un permiso sin exigir el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley es la consecuencia de una “interpretación de la ley”. SEGOB invoca asimismo en ese mismo considerando, sus facultades como Autoridad para resolver situaciones de hecho no contempladas en la ley y el reglamento a efectos de pronunciarse sobre las peticiones formuladas.⁹
15. Caber destacar que la atribución de SEGOB de interpretar y aplicar el derecho vigente, no la facultan para resolver discrecionalmente situaciones que sí se encuentran expresamente contempladas en la ley y en el reglamento, como es el caso del otorgamiento de permisos en conformidad con los requisitos taxativamente exigidos por esa ley y ese reglamento.
16. Por otra parte, el Laudo no toma en cuenta el alcance y efectos de la Decisión en el Juicio de Amparo del Juez del Decimosexto Distrito en Materia Administrativa de Distrito Federal del 31 de enero de 2013, ni lo decidido por el Séptimo Tribunal el 10 de marzo de 2014.
17. Cabe recordar que el Juez Decimosexto expresó en su decisión de enero de 2013 que:

“Ahora bien, de lo expuesto se arriba a la conclusión de que esencialmente son fundados los argumentos propuestos por la quejosa para evidenciar la inconstitucionalidad del oficio DGAJS/0260/2009-BIS [...] en que se determinó procedente la autorización a Exciting Games [...] como operador directo del permiso federal DGAJS/SCEVF/P-06/2005 [...] porque no existe

⁶ Anexo C-16, p. 10.

⁷ Anexo C-16, p. 10.

⁸ Anexo C-16, p. 12.

⁹ Anexo C-16, p. 12.

fundamento en la Ley Federal de Juegos y Sorteos ni en su Reglamento, para otorgar tal autorización.”¹⁰

“En efecto, los preceptos citados por la autoridad responsable en el oficio reclamado, no se advierte la figura del operador directo del permiso, ni que por cumplir con las obligaciones que establece el artículo 29 del Reglamento de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, se adquieran derechos para la explotación de un permiso sin intervención de la permisionaria.”¹¹

[...] “De lo hasta aquí expuesto, es fácil advertir que no está previsto en el Reglamento de la Ley Federal de Juegos y Sorteos la figura del operador autónomo de un permiso o del operador que adquirió la explotación legal del permiso por derechos adquiridos y sin intervención del permisionario [...]”¹²

[...] “En las reiteradas condiciones es evidente la transgresión en perjuicio de la quejosa de la garantía de la legalidad, en razón que la autoridad reconoció la adquisición legal de explotación del permiso, sin fundamento legal, limitándose a señalar que es por derechos adquiridos, por cumplir con las obligaciones de operador que establece la Ley Federal de Juegos y Sorteos y su Reglamento, sin indicar con precisión el período legal aplicable al caso sin adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, lo que refleja una indebida fundamentación y motivación de oficios [sic] reclamado.”¹³

18. El Laudo en mayoría desconoce también los alcances y efectos del recurso de Inconformidad (trámite VIII) del Amparo 1668/2011, emitido por el Juez Decimosexto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, el 26 de agosto de 2013.
19. En primer lugar, el Juez que entendió en el recurso de inconformidad, sostuvo que “[...] dado que el cumplimiento de las sentencias es de orden público de conformidad con el artículo 214 de la Ley de Amparo, que establece que ningún juicio podrá archivarse sin que quede enteramente cumplida la sentencia en la que se haya concedido al agraviado la protección constitucional; con vistas en las constancias del sumario, se procede a resolver si ha quedado satisfecho o no el fallo protector.”¹⁴
20. El Juez finalmente consideró, en primer lugar, que, para demostrar la antedicha afirmación, debía tenerse presente que el representante de la parte quejosa (B-Mex) había presentado un escrito en el que, manifestaba inconformidad con el cumplimiento dado a la ejecutoria sobre la base de que el titular de la Unidad de Gobierno de la Secretaría de Gobernación manifestó en su Oficio

¹⁰ Anexo C-18, p. 200.

¹¹ La antedicha afirmación del Juez se fundamenta en los artículos 3 del Reglamento y 30 de la LFJS. Anexo C-18, pp. 200-201.

¹² Anexo C-18, p. 201.

¹³ “Consecuentemente, al resultar fundado el argumento propuesto, la Justicia de la Unión Ampara y Protege a Entretenimiento de México, sociedad anónima de capital variable, contra el oficio DGAJS/0260/2009-BIS, de veintisiete de mayo de dos mil nueve, para el efecto de que lo deje insubsistente y emita otro en el que, siguiendo los lineamientos de esta sentencia, de manera fundada y motivada resuelva lo conducente en relación con la petición de dieciocho de mayo de dos mil nueve”, Anexo C-18, p. 202.

¹⁴ Anexo C-23, p. 8.

UG/211/1103 que no obra en los archivos el original de oficio UG/211/149/2006 de 1 de febrero de 2006. En segundo lugar, señaló que en el expediente obra copia certificada del oficio UG/211/149/2006 de 1 de febrero de 2006, así como diversos oficios en los que se relaciona como antecedente de modificación del permiso federal, por lo que resulta difícil de creer el hecho de que tal oficio no aparezca en sus archivos y que únicamente cuente con copia simple, la cual restó valor probatorio, lo que resulta insuficiente para tener por cumplida la sentencia.¹⁵

21. El Juez, en consecuencia, resolvió que “Por otra parte, tampoco puede estimarse cumplida la ejecutoria en lo referente a dejar solamente sin efectos el oficio DGAJS/SCEV/260/2009-BIS, de veintisiete de mayo de dos mil nueve, en que se reconoció a la tercero perjudicada Exciting Games, sociedad de responsabilidad limitada de capital variable, el carácter de operador autónomo del permiso federal en materia de juegos y sorteos número DGAJS/SCEVF/P-06/2005, pues la autoridad responsable no debe perder de vista que al haberse dejado insubsistente tal permiso, también está obligada a dejar sin efectos cualquier otro acto o actos que se hayan emitido como consecuencia de él, en la inteligencia que deberá acreditar si en sus registros aparecen diversos oficios que tengan como base el citado permiso y, de ser así, proceder a declarar su insubsistencia.” [el subrayado es propio]¹⁶

22. El tribunal finalmente decidió:

“[...] En ese orden de ideas, con fundamento en el artículo tercero transitorio y 192 párrafo segundo de la Ley de Amparo vigente, requiérase a las autoridades que a continuación se señalan para que dentro del término de tres días, contado a partir de la notificación de este proveído informe a este Juzgado Federal los actos realizados para el eficaz cumplimiento de la ejecutoria de amparo, en los siguientes términos:

Director General de Juegos y Sorteos de la Unidad de Gobierno de la Secretaría de Gobernación.

Remita constancias con la que acredite que al dejar sin efectos los oficios DGAJS/SCEV/0260/2009-BIS, de veintisiete de mayo de dos mil nueve, también dejó insubsistentes los diversos actos que tengan sustento en él.

Apercibida que de no llevar a cabo tales actos, de conformidad con el artículo 258 de la Ley de Amparo, se le impondrá una multa de cien días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal y se seguirá con el procedimiento establecido en el artículo 193 del propio ordenamiento.”¹⁷

23. En conclusión, la causa y fundamento de las órdenes de SEGOB que dieron por terminados los permisos de las Demandantes se basaron en una decisión judicial (Amparo 1668/2011) que

¹⁵ Anexo C-23, pp. 11-12.

¹⁶ Anexo C-23, p. 12.

¹⁷ Anexo C-23, pp. 12-13.

determinó la inconstitucionalidad de esos permisos y, en consecuencia, su insubsistencia. En este sentido, la caducidad de los permisos no es nada más ni nada menos que la directa implementación por los órganos de aplicación y control del gobierno federal del principio de legalidad que rige el sistema jurídico mexicano.

24. La afirmación de la Mayoría en cuanto a que la evidencia en el expediente “...confirma que SEGOB no terminó con los negocios de las Demandantes debido a una política pública o regulatoria...” sino sobre la base de una arbitraria predisposición gubernamental en violación del TJyE del Artículo 1105, es definitivamente errada y sin fundamento fáctico o jurídico.

II. LAS DEMANDANTES NO PROBARON QUE LAS CONDUCTAS DE SEGOB SE BASARON EN UNA INTENCIÓN POLÍTICA ARBITRARIA CONTRARIA A SUS INTERESES.

25. Disiento de la afirmación de la mayoría respecto a que la conducta de SEGOB fuera motivada en la predisposición política adversa de la nueva administración.¹⁸ La mayoría no logra en los hechos ni en derecho fundamentar que las Demandantes probaron que la terminación por SEGOB de sus permisos se motivó en una arbitraria decisión de la nueva administración política de México.
26. La mayoría se basa exclusivamente en las declaraciones testimoniales de la Sra. Salas a cargo de SEGOB desde enero de 2013. En este contexto, la mayoría cita la denuncia que formulara a la prensa la Sra. Salas sobre las irregularidades del permiso de noviembre de 2012, apenas dos meses después de su otorgamiento,¹⁹ para más tarde sostener que ese permiso “simplemente, llamaba la atención”—it simply drew one’s attention”.²⁰ La mayoría deduce de esa manifestación que “While the inference that phrase sought to elicit remains unclear [...] it does not assist in evidencing a meaningful examination of the relevant facts of law”.²¹
27. Resulta evidente que la Sra. Salas no realizó un análisis profundo antes de denunciar públicamente que el permiso de 2012 había sido otorgado en forma irregular. No obstante, la justicia mexicana en el recurso de Amparo 1668/2011 finalmente reconoció la inconstitucionalidad de ese permiso, convalidando así la mera intuición, no fundada, de la Sra. Salas.
28. Entre las confusas y a veces no-informadas declaraciones de la Sra. Salas, la mayoría cita que esta testificó “...that SEGOB only revoked the 2012 Permit and closed the casinos because, she averred, the Enforcement Court’s decision had left it with no choice”²². Sin embargo, cabe

¹⁸ Laudo, ¶¶ 93 y sus.

¹⁹ Laudo, ¶ 81.b.

²⁰ Laudo, ¶ 97.

²¹ Laudo, ¶ 97.

²² Laudo, ¶ 79.

destacar que las decisiones en el Recurso de Amparo convalidaron el entendimiento que invocara la Sra. Salas.²³

29. Por otra parte, la manifestación de la Sra. Salas en cuanto a su intención de “regularizar” la situación de *E-Games* es solo una expresión subjetiva de un deseo (o probablemente una excusa) que se contradice con la estricta aplicación del derecho mexicano vigente para el otorgamiento de permisos bajo la LFJyS y su reglamentación.
30. Las inferencias que realiza el Laudo de las declaraciones ambiguas y a veces contradictorias de la Sra. Salas no tienen entidad suficiente para probar una motivación política adversa en el accionar de SEGOB respecto a las Demandantes. Tampoco resultan eficientes para modificar las consecuencias jurídicas resultantes del accionar de SEGOB frente al proceso de Amparo y sus efectos. En resumen, el Laudo no logra fundamentar ni probar en los hechos sus conclusiones meramente subjetivas sobre las declaraciones ambiguas y aún contradictorias de la Sra. Salas, Directora de SEGOB.
31. En cuanto al alegato de las Demandantes respecto a la arbitrariedad por disparidad de trato otorgado por SEGOB a las inversiones de las Demandantes sobre un permiso similar otorgado a *ProMov*, también presuntamente irregular, la Demandada sostuvo que, en ese caso, después de una clausura temporaria de sus casinos, le fue posible continuar con sus operaciones en razón de que no mediaba una orden judicial de clausura.²⁴ En consecuencia, la Sra. Salas dio testimonio que en 2014 y 2015 SEGOB finalmente regularizó la situación de *ProMov*.
32. Si bien la antedicha alegación de la Sra. Salas no es convincente, sería esperable inferir en principio, como lo hace la mayoría²⁵, que SEGOB debió haber iniciado uno de los varios procedimientos existentes para lograr su cancelación. Sin embargo, la omisión por parte de SEGOB de una acción para sancionar la alegada irregularidad en el otorgamiento del permiso de *ProMov*, no justifica exigir un “tratamiento igualitario” sobre la base de una omisión gubernamental que provoca su ilicitud.
33. Las Demandantes no pueden basarse en ese accionar de la Demandada para reclamar un tratamiento igualitario que se centra en un potencial acto ilícito. El hecho de que SEGOB transgreda o violente una obligación respecto de un concesionario como sería el caso de *ProMov*, no genera ni justifica un derecho a exigir un trato igualitario que se fundamente en la violación de una norma vigente. El Tribunal no tiene competencia para determinar las consecuencias de las presuntas violaciones de la SEGOB que no afectan directamente a las Demandantes. Las Demandantes no pueden invocar

²³ Conforme la Decisión del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito de fecha 19 de febrero de 2014, Anexo C-290 y, la Decisión del Juzgado Decimosexto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal de fecha 10 de marzo de 2014, Anexo C-291, p. 1.

²⁴ Laudo, ¶ 100.b, nota 93; Tr. (ENG) Day 5, 1237:4-1237:16 (M. Salas).

²⁵ Laudo, ¶ 100.c.

la concesión por parte de la Demandada de un beneficio a favor de un tercero que se basa en la violación del derecho aplicable. En otros términos, las Demandantes no pueden invocar “un tratamiento igualitario al de ese tercero” que se beneficia de una conducta ilícita imputable a la autoridad gubernamental.

34. Disiento también de la afirmación de la mayoría expresada en el Laudo en cuanto a que la manera y los fundamentos sobre los que SEGOB denegó un nuevo permiso a *E-Games* en 2015, demuestra que SEGOB estaba decidida a terminar con las inversiones de las Demandantes.²⁶
35. De las evidencias del expediente se constata que SEGOB rechazó la solicitud del nuevo permiso con fundamento en el incumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa vigente Artículo 22 de la Ley de Juegos y Sorteos y Artículo 17^a de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. SEGOB alegó que, la normativa vigente exigía que, habiendo una orden de clausura impuesta como una sanción, SEGOB no podía otorgar en forma automática los nuevos permisos sin antes existir una resolución determinando el levantamiento de esa sanción.²⁷
36. La mayoría encuentra que este argumento no es convincente sobre la base de la declaración que entiende como “más persuasiva” del experto de las Demandantes que opinó; si SEGOB hubiese querido, podría haber removido la orden de clausura a través del otorgamiento del nuevo permiso.²⁸ [El subrayado es propio] Pero el experto de las Demandantes no tiene facultad para hacer conjeturas o suposiciones que puedan válidamente reemplazar al Estado en su función propia y exclusiva de gestionar las actividades de control en el área específica de juegos y sorteos. En consecuencia, el hecho de que “[t]he Tribunal finds his evidence on this point more persuasive than that of the Respondent’s expert ”²⁹ se inscribe en el terreno de la simple especulación.
37. En cuanto al contenido del Artículo 17A de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, la mayoría manifiesta estar persuadida que no se puede interpretar este artículo de manera restringida.³⁰ Sin embargo, de la simple lectura de ese artículo se constata que la interpretación que hace la nueva administración de SEGOB se basa en el sentido ordinario de los términos empleados dentro del texto y contexto de la Ley, siendo este criterio parte los criterios básicos para interpretar las leyes dentro del ordenamiento jurídico mexicano.
38. La conclusión de la mayoría en cuanto a que si SEGOB hubiese querido regularizar la situación de *E-Games*, lo podría haber hecho otorgándole un nuevo permiso, presupone ignorar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación vigente para asegurar dicho otorgamiento.

²⁶ Laudo, ¶ 112.

²⁷ Dúplica (ESP), ¶¶ 304-305.

²⁸ Primer Informe de Matus, ¶¶ 193-195, CER-3.

²⁹ Laudo, ¶ 116.b.

³⁰ Laudo, ¶117 a.

39. Cabe destacar que México, en cumplimiento de una etapa de implementación de políticas restrictivas respecto a las actividades de juegos y sorteos, ejercía un poder discrecional para el otorgamiento de nuevos permisos. No existe un derecho adquirido al otorgamiento automático de un permiso para las antedichas actividades. La afirmación del Laudo al determinar que las razones por las que no se concedió el permiso, analizadas en su contexto, son solo un pretexto³¹, no se fundamenta en la demostración de un accionar arbitrario de SEGOB en cuanto al rechazo del permiso solicitado.
40. Nuevamente la mayoría se esmera en determinar que debió haber hecho la SEGOB: “if it have wanted to, could have organised and resolved both procedures in such a manner that one would not stand in the way of the other”.³² La mayoría insiste en su intención de basar su posicionamiento en un simple *second-guess* approach, avanzando sobre las funciones específicas de la autoridad gubernamental.
41. Para el derecho mexicano, la clausura de los establecimientos de las Demandantes debió ser previamente levantada a efectos de que se procediera a la evaluación de una solicitud de un nuevo permiso. La SEGOB ejerció su poder discrecional en la evaluación de la solicitud de las Demandantes, advirtiendo la existencia de un procedimiento y de una sanción de clausura que impedía, antes de su saneamiento, el tratamiento de nuevas solicitudes. Las Demandantes no probaron y la mayoría no puede justificar en las evidencias incorporadas al expediente que las acciones de SEGOB se fundaron en el mero cambio de liderazgo político a partir de enero de 2013. Lo que la Sra. Salas haya expresado o lo que las Demandantes hayan inferido de sus dichos, no modifica los efectos de la conducta de SEGOB.
42. A contrario de la afirmación de la mayoría³³, considero que la denegación del permiso nuevo solicitado por las Demandantes no constituyó un acto arbitrario de SEGOB ni incumplió con la obligación de la Demandada de dar un trato justo y equitativo a sus inversiones. En conclusión, entiendo que no existe evidencia suficiente en el expediente que avale la afirmación expresada en el Laudo³⁴ en cuanto a que la nueva dirección de la SEGOB actuó de manera hostil contra el permiso de las Demandantes otorgado en noviembre de 2012 y que injustificadamente le dio a *ProMov* un tratamiento más favorable.
43. Por todo lo antes expresado disiento de lo afirmado por la mayoría en el párrafo 119 del Laudo. La mayoría no logró fundamentar que la terminación del Permiso de 2012, ni que el rechazo de la solicitud *E-Games* de un nuevo permiso, fueran la consecuencia necesaria e indubitable de una

³¹ Laudo, ¶ 81.e.

³² Laudo, ¶ 116.b.

³³ Laudo, ¶ 107.

³⁴ Laudo, ¶ 141.

predisposición política adversa implementada por la nueva administración de gobierno mexicana. Como ya se expresó, todas las acciones y omisiones de SEGOB relacionadas directa o indirectamente a la saga del procedimiento judicial en el Recuso de Amparo 1668/2011 no revisten relevancia ni fáctica ni jurídica como para justificar una violación al estándar de trato justo y equitativo reconocido por el Artículo 1105.1 del TLCAN. Por el contrario, todos esos actos y omisiones se encuadraron de conformidad con el derecho vigente en la implementación de las políticas públicas que exigen el cumplimiento del principio de legalidad en el accionar de las agentes del Estado.

III. LAS DEMANDANTES NO LOGRARON PROBAR QUE SEGOB ESTABA OBLIGADA A PRESERVAR SUS PRESUNTOS DERECHOS A CONTINUAR CON SUS NEGOCIOS.

44. Disiento con la afirmación de la mayoría expresada en el Laudo en cuanto a que SEGOB eligió terminar con los negocios de las Demandantes cuando pudo haberlos preservado. Para la mayoría, existieron distintas instancias en las que "...SEGOB could have done so, reasonably, lawfully and unconstrained by any court decisions"³⁵ [El subrayado es propio]
45. A lo largo de esa sección, la mayoría utiliza formas idiomáticas que se refieren a lo que SEGOB "pudo" o "podría haber hecho", pero en ningún momento la mayoría se refiere a la existencia de una obligación legal o al incumplimiento de un mandato jurídico para calificar las acciones u omisiones atribuibles a SEGOB en el contexto de sus acciones u omisiones relacionadas con el Recuso de Amparo 1668/2011 como violatorias del Artículo 1105 del TCLAN.
46. La mayoría sostiene que cuando el juez resolvió en agosto de 2013 que la decisión sobre el Amparo debía entenderse como incluyendo en sus alcances toda otra resolución emitida como consecuencia del Permiso de 2009, SEGOB inmediatamente revocó el permiso de noviembre de 2012. La mayoría alega que el expediente evidencia que había otras alternativas disponibles distintas a la revocación y que a pesar de esas alternativas SEGOB "...chose the one course that would place the Claimants' business in great jeopardy".³⁶
47. La mayoría también cuestiona que SEGOB en su presentación al Tribunal de Ejecución en diciembre de 2013, si bien aludió a la falta de claridad de los alcances de la decisión del juez de Amparo de agosto de 2013, de todas maneras, prefirió seguir un curso de acción que finalmente perjudicaría a las Demandantes³⁷ Para la mayoría, habiendo otras alternativas, "...it is undisputed that SEGOB could have simply sought a clarification from the Amparo Judge"³⁸. Y agrega:

³⁵ Laudo, ¶¶ 103 y ss.

³⁶ Laudo, ¶ 104.

³⁷ Laudo, ¶ 105.b.

³⁸ Laudo, ¶ 106.

“Presented with the alternative of jeopardising a going concern that had been trading for several years, it is exceedingly difficult to comprehend why SEGOB chose not to pursue that, prudent zero-risk option.”³⁹ Continúa la mayoría sosteniendo que “[h]aving reviewed the record evidence in this regard, the Tribunal is persuaded that SEGOB, after the Amparo Judge declared it in breach of the Amparo Judgment, had the ability to exercise this option of late compliance by reinstating the 2012 Permit”.⁴⁰ [El subrayado es propio]

48. La mayoría insiste en afirmar que SEGOB en vez de reinstalar el permiso de 2012 decidió recurrir ante el tribunal de ejecución para que ese permiso se revoque. En consecuencia, y en el terreno fértil de las meras especulaciones, la mayoría opina que “Had SEGOB reinstated the 2012 Permit, the record shows that E-Mex would not have challenged that decision...”.⁴¹
49. En este mismo sentido, la antedicha afirmación de la mayoría expone una clara expresión de deseos sin fundamento jurídico alguno. Simplemente el Laudo pretende reemplazar el margen de discrecionalidad que le cabe a toda autoridad gubernamental en el ejercicio de sus funciones dentro del marco definido por las propias normas aplicables. Ni las Demandantes ni el Tribunal están autorizados a formular un “*second-guess*” para inferir la ilicitud de una conducta gubernamental.
50. En relación con el rechazo por la SEGOB de un nuevo permiso solicitado por E-Games, la mayoría sostuvo que, si SEGOB hubiese querido regularizar la situación de las Demandantes, lo podría haber hecho otorgándole un nuevo permiso. Como ya fuera expresado, la afirmación de la mayoría pretende proponer lo que para la mayoría debería haber sido “una mejor opción” en ejercicio de un inexistente derecho a proponer un “*second guess*”, aún en violación de los requisitos exigidos por el derecho aplicable.
51. Aún más, el Laudo pretende imponer como obligatorios los cursos de acción que alternativamente podrían haber sido implementados por la SEGOB. Admite el Laudo, como ya fuera expresado, que SEGOB eligió terminar los negocios de la Demandante cuando pudo preservarlos⁴², sin siquiera advertir que la Decisión del Juzgado Federal de Agosto de 2013 indubitablemente obligaba a la SEGOB a cumplir en un plazo perentorio con la resuelto en el Amparo 1668/2011.
52. En igual sentido la mayoría reitera su intención de imponer su deliberado “*second-guess approach*” respecto a las acciones y/u omisiones que la SEGOB debería haber asumido a lo largo del procedimiento relativo al Amparo 1668/2011. Para el Laudo, “[a] second opportunity to preserve the Claimants’ going concern presented itself to SEGOB [...] [It] could have pursued late

³⁹ Laudo, ¶ 106.

⁴⁰ Laudo, ¶ 110.

⁴¹ Laudo, ¶ 111.

⁴² Laudo, ¶ 103.

(“extemporaneous” in the relevant terminology) compliance with the Amparo Judgment by reinstating the 2012 Permit pursuant to Article 195 of the Amparo Law”.⁴³

53. En consecuencia, disiento con la mayoría en cuanto a que la SEGOB, después de que el Juez del Amparo declaró que no había cumplido con la decisión del Amparo “... could have pursued late compliance with the Amparo Judgment by reinstating the 2012 Permit”.⁴⁴ Este accionar podría considerarse una opción, pero ciertamente no constituye una obligación para SEGOB.
54. En resumen, el Laudo ignora que los oficios sobre “operador independiente” y “permisionario independiente” fueron declarados insubsistentes por la justicia mexicana. Exigir que SEGOB se comporte como un lobista interno de las Demandantes es irracional. Ni las Demandantes, y mucho menos el Tribunal pueden inferir como más razonables y aún como obligatorias, aquellas conductas que se pretenden imponer a SEGOB como deseadas por las Demandantes.
55. En conclusión, considero que el para. 119 del Laudo es una sumatoria de aseveraciones basadas exclusivamente en una apreciación subjetiva o “*second-guess*” de la mayoría sobre las distintas alternativas a disposición de SEGOB respecto al recurso de Amparo presentado por un tercero. De la normativa vigente se desprende que SEGOB no estaba obligada a implementar ninguna de esas opciones. Del análisis de las distintas instancias del procedimiento del recurso de Amparo surge que las conductas implementadas por SEGOB se encuadraron dentro del marco de legalidad que define tanto el derecho interno mexicano como el derecho internacional. En efecto, así lo reconoce el Laudo en mayoría que, al decidir sobre la inexistencia de una denegación de justicia, implicó inexorablemente el reconocimiento de la ilicitud de los permisos otorgados por SEGOB en 2012.

IV. LOS EFECTOS DE LA DECISIÓN SOBRE LA INEXISTENCIA DE UNA DENEGACIÓN DE JUSTICIA SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 1105.

56. Disiento de la afirmación reflejada en el Laudo⁴⁵ en cuanto a que, en el presente caso, la ausencia de una denegación de justicia no absuelve a la Demandada respecto a la responsabilidad internacional por la conducta de SEGOB en violación del standard de TjyE.
57. Si bien puede sostenerse en determinadas circunstancias que la ausencia de una denegación de justicia no absuelve a la demandada de su responsabilidad internacional por su conducta en violación de un trato justo y equitativo, esta no es la situación que se desarrolla en el presente caso.
58. No hay dudas respecto a que un tribunal arbitral puede y debe entender en reclamos sobre incumplimientos de un tratado respecto a la conducta de un Estado que no fue objeto de revisión judicial. Sin embargo, en el presente caso, las decisiones judiciales avalan y confirman la

⁴³ Laudo, ¶ 108.

⁴⁴ Laudo, ¶ 108.

⁴⁵ Laudo, Punto E, ¶¶ 137 y ss.

insubsistencia de los oficios de 2009 y 2012 y, en consecuencia, las acciones y omisiones tanto procesales como substanciales asumidas por SEGOB se encuadran dentro del contexto de legalidad de los procedimientos del recurso de Amparo.

59. La mayoría erróneamente encuentra que la Demandada al invocar el caso *Azinian* no llegó a probar que los tribunales mejicanos forzaron a SEGOB a terminar con las inversiones de las Demandantes⁴⁶ sosteniendo que: (i) si SEGOB hubiera querido preservar el Permiso de 2012, podría haberlo hecho buscando la clarificación de la decisión sobre el Amparo; (ii) si SEGOB hubiera querido reinstalar el Permiso 2012 después que el Juez del Amparo declaró su revocación en violación de la Decisión del Amparo, podría haberlo hecho antes que el Tribunal de Ejecución emita su primera decisión; y (iii) si SEGOB hubiera querido otorgar a *E-Games* un nuevo permiso, podría haberlo hecho.⁴⁷ [el subrayado es propio] Como ya fuera fundamentado en el capítulo anterior, la mayoría no pudo probar la existencia de una obligación de SEGOB para actuar de la forma que las Demandantes pretendía. No puede violarse una obligación inexistente.
60. En este contexto, es por lo menos sorprendente que la mayoría para justificar que el caso *Azinian* no es de aplicación al presente caso, se refiera a que “...in one instance (the Amparo Judge’s October 2013 decision declaring SEGOB non-compliance) SEGOB went directly against that decision [...] Both before and after the Enforcement Court’s decisions, SEGOB could have reasonably and lawfully chosen not to cause the demise of the Claimants’ business...”⁴⁸ [El subrayado es propio] Es evidente que SEGOB al ejercer sus facultades para definir si procede o no a recurrir una medida judicial, no está incumpliendo norma alguna del sistema jurídico al cual está sometida.
61. En primer lugar, considero que la lectura que se hace en el Laudo del caso *Azinian* es errada. No existe dentro de los considerandos del caso *Azinian* alguna referencia a una norma de derecho interno o internacional por la que una denegación de justicia esté supeditada a la inexistencia de conductas alternativas, que siendo conforme a derecho, debieron haber sido asumidas por una agencia del Estado. A contrario de lo afirmado por la mayoría, en *Azinian* el tribunal sostuvo:

“[...] Una autoridad pública no puede ser inculpada por realizar un acto respaldado por sus tribunales a menos que los propios tribunales sean desautorizados en el plano internacional. Por cuanto los tribunales mexicanos consideraron que la decisión del Ayuntamiento de anular el Contrato de concesión era acorde a la ley mexicana reguladora de las concesiones de servicios públicos, la cuestión es si las decisiones mismas de los tribunales

⁴⁶ Laudo, ¶ 139.

⁴⁷ Laudo, ¶ 139.a.

⁴⁸ Laudo, ¶ 139.b.

mexicanos infringen las obligaciones de México con arreglo al Capítulo Once”.⁴⁹

62. Adaptando el texto del párrafo 97 de *Azinian* a las circunstancias del presente caso se confirmaría que:

“[...] Una autoridad pública no puede ser inculpada por realizar un acto respaldado por sus tribunales a menos que los propios tribunales sean desautorizados en el plano internacional. Por cuanto los tribunales mexicanos consideraron que la decisión [~~de SEGOB de dar por terminado los Permisos] Ayuntamiento de anular el Contrato de concesión~~ era acorde a la ley mexicana reguladora [~~de las actividades de juegos y apuestas] concesiones de servicios públicos~~, la cuestión es si las decisiones mismas de los tribunales mexicanos infringen las obligaciones de México con arreglo al Capítulo Once”.

63. Cabe recordar que lo decidido por el tribunal en *Azinian* se sustentó en la constatación expresada en su párrafo 99 de ese laudo que sostuvo:

“La posibilidad de considerar a un Estado internacionalmente responsable por decisiones judiciales no otorga, sin embargo, al demandante el derecho a solicitar una revisión internacional de sus decisiones judiciales nacionales como si el tribunal internacional que conoce del caso tuviera plena competencia de apelación. Esto no es así generalmente, y tampoco en el caso del TLCAN. *Lo que debe demostrarse es que la propia decisión judicial constituye una infracción del tratado.* Aún si los demandantes convencieran a este Tribunal Arbitral de que los tribunales mexicanos actuaron incorrectamente con respecto a la nulidad del Contrato de concesión, esto no constituiría *per se* una infracción al TLCAN. Se necesita más; los demandantes deben acreditar una denegación de justicia o una pretensión de forma para conseguir un fin internacionalmente ilícito.”⁵⁰

64. Es válido asumir que, siendo una cuestión de derecho internacional consuetudinario, los tribunales internacionales deben ceder ante los tribunales nacionales la interpretación del derecho interno, a no ser que exista una denegación de justicia.⁵¹

65. Cobra relevancia la interpretación que los Estados Parte del TLCAN le asignan a la existencia o no de una alegada denegación de justicia, para determinar si hubo una violación del Artículo 1105. En este sentido Estados Unidos sostuvo, “In this connection, it is well-established that international tribunals such as NAFTA Chapter Eleven tribunals are not empowered to be supranational courts of appeal on a court’s application of domestic law. Thus, an investor’s claim challenging judicial measures under Article 1105(1) is limited to a claim for denial of justice under the customary international law minimum standard of treatment. *Afortiori*, domestic courts performing their

⁴⁹ *Azinian*, ¶ 97 (énfasis omitido).

⁵⁰ *Azinian*, ¶ 99.

⁵¹ “Indeed, as a matter of customary international law, international tribunals will defer to domestic courts interpreting matters of domestic law unless there is a denial of justice”. [El subrayado es propio] Fourth Submission of the United States of America, ¶ 32, Junio 13, 2022.

ordinary function in the application of domestic law as neutral arbiters of the legal rights of litigants before them are not subject to review by international tribunals absent a denial of justice under customary international law”⁵²

66. En consecuencia, en el presente caso la mayoría ignoró los efectos de la inconstitucionalidad del Permiso de 2012 decidido por los tribunales mexicanos que a su vez fueran reconocidos por unanimidad por este Tribunal al decidir sobre la inexistencia de una denegación de justicia de conformidad con los párrafos 120 a 136 del presente Laudo.
67. Disiento asimismo con la aseveración de la mayoría por la que pretende fundamentar la inaplicabilidad de lo resuelto en *Azinian* en su párrafo 97, al afirmar que “En el presente caso, el Tribunal de Ejecución estuvo en desacuerdo con el Juez del Amparo no sobre la interpretación de una cuestión del Derecho Mexicano sino sobre una discreta cuestión de hecho i.e., si el Permiso de 2012 fue o no emitido por SEGOB en consecuencia del Permiso de 2009”⁵³ [El subrayado es propio]
68. En primer lugar, ante la ausencia de una fundamentación jurídica de la antedicha aseveración, la proposición de la mayoría se inscribe en el campo de la mera especulación.⁵⁴ Si bien podría inferirse que la mayoría pretende basarse en las presentaciones de los Estados Unidos en cuanto a que “siendo una cuestión de derecho internacional consuetudinario, los tribunales internacionales deben conceder a los tribunales internos la interpretación de asuntos del derecho interno, a no ser que exista una denegación de justicia”⁵⁵
69. De la terminología empleada en los párrafos pertinentes de las presentaciones de Estados Unidos y de Canadá citados en el Laudo, no surge, ni tampoco puede inferirse fundamento alguno que justifique dar un tratamiento diferenciado a las decisiones de los tribunales nacionales, que, en la aplicación e interpretación del derecho interno, resuelven una cuestión jurídica o una cuestión de hecho. La mayoría no cita ninguna norma convencional ni consuetudinaria, ya sea del derecho interno mexicano o del derecho internacional para fundamentar su aseveración.
70. Pero aún más, el Laudo infructuosamente pretende crear derecho en vez de aplicar y/o interpretar el derecho vigente. Así es que, si el Laudo pretendiera justificar la existencia de la antedicha norma en una interpretación de precedentes arbitrales, debió previamente identificar el precedente en el

⁵² Fourth Submission of the United States of America, ¶ 33, Junio 13, 2022.

⁵³ Laudo, ¶ 140.b.

⁵⁴ La mayoría no fundamenta su afirmación de que “In the present case, the Enforcement Court disagreed with the Amparo Judge, not on the interpretation of a question of Mexican Law, but on a discrete question of fact- i.e., whether or not the 2012 Permit was issued by SEGOB “as a consequence of the 2009 Permit”: Laudo, ¶ 140 b.

⁵⁵ Laudo, ¶ 140.a., nota 164; en igual sentido Canadá sostuvo que “Está bien determinado que ausente una denegación de justicia, decisiones de tribunales internos interpretando derecho interno no pueden ser desafiados como una violación del derecho internacional” (la traducción es propia): Laudo, ¶ 140., nota 165.

que se constata la existencia de esa norma (convencional o consuetudinaria) en la que se manifieste el consentimiento de los Estados o bien la práctica reiterada y la *opinio iuris* de los Estados involucrados.⁵⁶

71. El requerimiento indispensable para la identificación de una norma de derecho internacional consuetudinario consiste en que se constate una práctica general y la aceptación de esa práctica como derecho.⁵⁷ En consecuencia, la formulación de una alegada norma de derecho internacional consuetudinario, basada exclusivamente sobre un supuesto precedente arbitral en el que no se examina la existencia de una práctica de Estados y la *opinio iuris*, no puede identificarse con una regla del derecho internacional consuetudinario incorporada en el Artículo 1105(1).⁵⁸ Una vez que una norma del derecho internacional consuetudinario se ha establecido, el demandante debe entonces demostrar que el Estado demandado ha violado esa norma.
72. Por otra parte, una determinación de una violación del trato del estándar mínimo debe ser hecho a la luz de una alta deferencia que el derecho internacional extiende al derecho de las autoridades locales para regular materias dentro de sus propias fronteras. Los tribunales que actúan bajo el Capítulo Once no tienen un mandato irrestricto para “*second guess*” las decisiones tomadas por el gobierno.⁵⁹ En consecuencia, en el entendimiento que todo tribunal arbitral debe aplicar derecho y no inferirlo, mucho menos crearlo, disiento de lo expresado en el Laudo en los ¶¶ 137 a 141.
73. Pero aún si la decisión de la mayoría fuera viable, contradice la decisión del Séptimo Tribunal de Distrito⁶⁰ por la que se constata fehacientemente que el juez fundamentó su determinación de extender los alcances del Permiso de 2009 a todas las resoluciones y ordenes que fueran emitidas como consecuencia de ese permiso, en estricta interpretación y aplicación del derecho mexicano.
74. Así es que el Laudo erra al asumir que el Tribunal de Ejecución no estuvo de acuerdo con el Juez del Amparo, no sobre la interpretación de una cuestión sobre el derecho mexicano, sino sobre una “discreta cuestión de hecho”. Sobre el particular, llamo la atención que, de la simple lectura de la decisión del Séptimo Tribunal, a lo largo de 117 páginas, el Tribunal interpreta en forma exhaustiva toda la normativa relacionada con los Permisos otorgados por SEGOB desde 2005 en adelante para finalmente determinar que el oficio DGAJS/SCEV/1426/2012 “[...] deriva y se concatena

⁵⁶ Fourth Submission of the United States of America, ¶ 22, Junio 13, 2022; Sobre el particular, cabe recordar que el derecho internacional consuetudinario es el resultado de una práctica general y consistente de los Estados seguida con un sentido de obligatoriedad: La práctica de los Estados y la existencia de una *opinio iuris* son los elementos imprescindibles para la formación de una costumbre internacional. Las citas que se formulan en esta disidencia parcial respecto a las presentaciones de los Estados Partes no Contendientes del TCLAN no crean derecho sino que confirman su obligatoriedad respecto a las Partes en la controversia.

⁵⁷ Fourth Submission of the United States of America, ¶ 23, Junio 13, 2022.

⁵⁸ Fourth Submission of the United States of America, ¶ 26, Junio 13, 2022.

⁵⁹ Fourth Submission of the United States of America, ¶ 28, Junio 13, 2022.

⁶⁰ Séptimo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, Anexo C-290, Incidente de Inejecución No. 82/2013 de fecha 19 de febrero de 2014.

plenamente con el oficio DGAJS/SCEV/0260/2009-BIS [...]”⁶¹. Surge entonces con claridad que el Tribunal se refirió a que el accionante había alegado y probado que su reclamo sobre la insubsistencia del oficio de 2009 estaba en conformidad con el derecho mexicano, y por lo tanto se extendía respecto a todos sus efectos legales.

75. El Séptimo Tribunal confirmó lo sostenido por SEGOB al exigir la aplicación del principio general del derecho que reza que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Dejó sin efectos, mediante acuerdo de diecinueve de julio de dos mil trece, el oficio DGAJS/SCV/260/2009-BIS y también todos y cada uno de los actos emitidos con posterioridad y como consecuencia descritos en el citado oficio. Es por ello que esta autoridad administrativa para dar cabal cumplimiento a la sentencia ejecutoria autorizada el treinta y uno de enero de dos mil trece, dentro de los autos del juicio de garantías 1668/2011, después de una búsqueda de los registros de esta unidad administrativa, estima pertinente dejar insubsistentes los permisos otorgados como consecuencia de aquel.⁶²

76. En este sentido, el Tribunal sostuvo que:

“En el propio tenor, se desestima el planteamiento realizado [...] pues en la sentencia se dejó sentado que no era dable el carácter de permisionario independiente por derechos adquiridos, además de que el permiso SGAJS/SCVEF/P-06/2005-BIS, constituye a todas luces una consecuencia del acto reclamado cuya declaración de inconstitucionalidad priva de toda eficacia los posible efectos y constituye verdad legal (cosa juzgada) que no puede ser trastocada, so pena de transgredir su fuerza e inmutabilidad”.⁶³ [El subrayado es propio]

77. El Séptimo Tribunal finalmente resolvió, en consideración al análisis de la normativa vigente y en conformidad con los Artículos 192, 193 195, y 196 de la Ley de Amparo, que el incidente de inejecución de sentencia propuesto por el Juez Decimosexto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal en el juicio de Amparo indirecto 1668/2011, promovido por E-Mex era INFUNDADO.⁶⁴

78. El Séptimo Tribunal devolvió el expediente al Juez de Distrito para que provea lo conducente⁶⁵. En cumplimiento de lo resuelto por el Séptimo Tribunal el Juez Decimosexto resolvió con fecha

⁶¹ Anexo C-290, p. 100.

⁶² Anexo C-290, pp. 103 a 106.

⁶³ Anexo C-290, p. 99. El Tribunal sostuvo que, “De tal manera, este tribunal colegiado estima que la circunstancia que el oficio DGAJS/SCEV/0827/2012 se haya fundado en el declarado inconstitucional (DGAJS/SCEV/0260)2009-BIS de veintisiete de mayo de dos mil nueve, y con base en este se emitió el diverso DGAJS/SCEV/1426/2012, de dieciséis de noviembre de dos mil doce, y se concediera el permiso DGAJS/SCVEF/P-06/2005-BIS, para operar siete centros de apuestas remotas y siete salas de sorteos de números, deriva de una secuela procesal, esto es, de actos concatenados entre sí que implican la aplicación del oficio DGAJS/SCEV/0260/2009-BIS, de veintisiete de mayo de dos mil nueve, declarado inconstitucional en la sentencia que debe cumplimentarse”: Laudo; Anexo C-290, p. 93.

⁶⁴ Anexo C-290, p. 111-112.

⁶⁵ Anexo C-290, p. 112.

10 de marzo de 2014 que “[e]n atención a lo expuesto por la superioridad se considera que se acredita el cumplimiento dado a la ejecutoria, por tanto, con fundamento en los artículos 77, fracción I, 192, y 214 de la Ley de Amparo, SE TIENE POR CUMPLIDA LA SENTENCIA”.⁶⁶

79. El Séptimo Tribunal no se limitó a determinar la existencia de un hecho como intenta afirmar la mayoría, sino que, como se constata de la lectura de los considerandos de la decisión del Séptimo Tribunal, su decisión se basó en la estricta aplicación del derecho mejicano.

V. RESPONSABILIDAD DE SEGOB POR EL OTORGAMIENTO DE LOS PERMISOS DE 2009 Y 2012 EN VIOLACIÓN DEL DERECHO VIGENTE.

80. Entiendo que, de las constancias en el expediente surge la posibilidad para las Demandantes de alegar la responsabilidad de SEGOB por el otorgamiento a *E-Games* de un permiso de Operador independiente en 2009 (Oficio DGAJSSCEV/02600) y luego por el otorgamiento de la condición de permisionario, de fecha 15 de noviembre de 2012 (Oficio DGJS/SCEV/1426/2012) en violación del derecho aplicable.
81. El hecho que esos permisos fueran finalmente declarados insubsistentes por los tribunales de la Demandada a través del Recurso de Amparo No. 1668/2011, confirma que la mera emisión de estos permisos, configuran conductas ilícitas de SEGOB, atribuibles a la Demandada.
82. El otorgamiento de los permisos en contravención del derecho aplicable plantea el interrogante sobre si los beneficiarios, es decir las Demandantes, sabían o debieron haber sabido sobre las irregularidades que afectaban a esos permisos. Las contradicciones dentro de los considerandos del oficio de Permisionario-BIS de noviembre 2012, no pudieron ser ignorados o pasar inadvertidos tanto por la SEGOB como por *E-Games*.
83. Las Demandantes no probaron y ni siquiera justificaron la existencia de una evaluación y análisis de la legislación vigente que les permita desvincular su responsabilidad por omisión. Sin embargo, la presunta responsabilidad por omisión de una diligencia debida por parte de las Demandantes no anula ni absuelve a la Demandada de su responsabilidad frente al TLCAN. La antedicha presunta omisión podría, de alguna manera, ser considerada como un atenuante de la indemnización por daños y perjuicios causada por el otorgamiento de permisos viciados por parte de la Demandada.
84. Como surge no solo de las decisiones relativas al Amparo 1668/2011, sino también como quedó corroborado a través del análisis de la legislación aplicable vigente al momento de extenderse aquellos permisos (Ley Federal de Juegos y Sorteos y su Reglamento), quedó probado que tanto el oficio de Operador-BIS (Operador Independiente) de 27 de mayo 2009 como el oficio Permisionario del 15 de agosto de 2012 y el Oficio de Permisionario -BIS (Permisionario

⁶⁶ Anexo C-291, p. 3.

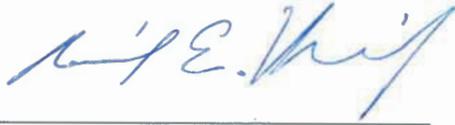
Independiente) del 15 de noviembre de 2012, fueron declarados inválidos (insubsistentes) por la justicia mexicana por ser contrarios a la ley.

85. Quedó también demostrado en el expediente que la LFJyS y su Reglamento solo contemplan dos figuras jurídicas para que un individuo o una sociedad realice, previa autorización, actividades de juegos y sorteos en el territorio de México. Esas figuras son: i) la del Operador (artículo 30) y ii) la del Permisionario (artículo 3, Frac. XVI). Asimismo, dentro del contexto normativo federal mexicano, la legislación sobre impuestos y prevención de lavado de activos solo reconocen, dentro del esquema relativo a juegos y sorteos, a las figuras del Operador y del Permisionario.
86. Por otra parte, la SEGOB no tenía facultades para legislar, por lo tanto, no tenía competencia alguna para conceder derechos mas allá de los que le autoriza expresamente la ley que debe aplicar.
87. El otorgamiento de la condición de operador independiente y luego de permisionario independiente no se fundamentaron en la Ley Federal de Juegos y Sorteos y en consecuencia son violatorios del derecho aplicable al que estaba obligado SEGOB. Así lo determinó la justicia mexicana al decidir los efectos de una acción de Amparo, promovida por una empresa particular afectada contra otra empresa. Así también lo confirmó este Tribunal al decidir sobre la inexistencia de una denegación de justicia, reconociendo en consecuencia, la ilegalidad de los Permisos como violatorios del ordenamiento jurídico vigente.
88. La violación de la LFJyS por la SEGOB al conceder a *E-Games* la condición de Operador independiente en 2009 y luego la de Permisionario independiente, tiene entidad suficiente como para alegar el incumplimiento del artículo 1005(1) de TLCAN. Sin embargo, en el presente caso, las Demandantes han ignorado esta situación jurídica asumiendo erróneamente y sin fundamento alguno una parcial interpretación de los hechos, desconociendo tanto los considerandos como la decisión recaída sobre el recurso de Amparo No 1668/2011.
89. La mayoría sistemáticamente desconoce que el permiso independiente otorgado por SEGOB a *E-Games* en noviembre de 2012, era inválido, como así lo determinó finalmente la justicia al declarar su insubsistencia. La responsabilidad de SEGOB surgiría del otorgamiento de ese permiso en violación del derecho vigente. Las Demandantes no reclaman frente a ese incumplimiento, sino que asumen incorrectamente y sin fundamento alguno, que ese permiso era y sigue siendo válido. Las consecuencias y efectos de la insubsistencia del permiso de 2012 no pueden subsanarse a través de un ejercicio de “*second-guess*” imponiendo propuestas alternativas que, según los intereses subjetivos de las Demandantes, debería inexorablemente haber seguido SEGOB.
90. En consecuencia, y ante la falta de alegaciones o reclamos de las Demandantes sobre la violación de la normativa vigente para el otorgamiento de los Permisos, este Tribunal debe abstenerse de decidir sobre las eventuales consecuencias de la violación por parte de la SEGOB tanto respecto a la legislación interna e internacional vigente al momento de emitir los Permisos de 2009 y 2012

antes mencionados. En conclusión, el Tribunal está obligado a inhibirse de entender y tratar cuestiones no sometidas a su decisión: Si así lo hiciera se conformaría un exceso de autoridad por parte del Tribunal, al pretender decidir *ultra petita*.

De todas las consideraciones expresadas en la presente disidencia entiendo que el Tribunal debe:

- a) Declarar que el tratamiento acordado por SEGOB a las inversiones de las Demandantes no violó sus obligaciones bajo el Artículo 1105 del Tratado;
- b) Rechazar todas las compensaciones reclamadas por las Demandantes;
- c) Asignar la carga de las costas del procedimiento por partes iguales y asignar la carga de los demás costos y honorarios a cada una de las Partes que los incurrió.



Prof. Raúl Emilio Vinuesa
Árbitro

Fecha:

JUN 14 2024