



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

**INTERNATIONAL THUNDERBIRD
GAMING CORPORATION,
DEMANDANTE**

c.

**ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
DEMANDADA**

ESCRITO DE CONTESTACIÓN

CONSULTOR JURÍDICO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS:
Hugo Perezcano Díaz

ASISTIDO POR:

Secretaría de Economía

Alejandra Galaxia Treviño Solís

Luis Ramón Marín Barrera

Shaw Pittman LLP

Stephan E. Becker

Sanjay Mullick

Thomas & Partners

J. Christopher Thomas, Q.C.

J. Cameron Mowatt

Alejandro Barragán

INDÍCE

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	REGLAS DE INTERPRETACIÓN	4
III.	ANTECEDENTES SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS LLAMADAS “MÁQUINAS DE HABILIDAD Y DESTREZA”	5
A.	Derecho mexicano	7
1.	Facultades administrativas en materia de juegos y sorteos.....	7
2.	La Ley Federal de Juegos y Sorteos	7
B.	Regulación de máquinas de juego en Estados Unidos.....	9
1.	Carolina del Norte.....	10
2.	Texas.....	13
3.	California	14
4.	Legislación aplicable en las reservas indias en Estados Unidos.....	15
C.	Aplicación de la ley en México	16
D.	Aplicación de la ley en Estados Unidos.....	17
IV.	REVISIÓN Y ANÁLISIS DE LOS JUEGOS OPERADOS POR EDM	18
A.	Descripción de juegos “ <i>Eight Liner</i> ”	19
1.	“ <i>Dogs and Diamonds</i> ”	20
2.	“ <i>Super Eight</i> ”	21
B.	Consideraciones en Estados Unidos sobre los juegos “ <i>Eight-Liner</i> ”	21
C.	Descripción del juego “ <i>Fantasy Five Reel</i> ”	22
D.	Consideraciones en Estados Unidos sobre el juego de carretes “ <i>Fantasy Five</i> ”	23
E.	Descripción de Video Póquer	27
F.	Consideraciones en Estados Unidos sobre el juego de Video Póquer	28
V.	LA CUESTION DE LA CERTIDUMBRE Y EL SIGNIFICADO DE “EXPECTATIVAS RAZONABLES”	29
VI.	RELACIÓN DE LOS HECHOS PERTINENTES	31
A.	Historia de las Operaciones de Thunderbird.....	31
1.	Productos de estaciones de juego de Thunderbird.....	32
2.	Thunderbird introdujo en México las máquinas de juego que utilizaba en Estados Unidos	33
3.	Thunderbird no tenía expectativas de un derecho para operar en México	35
a.	California	35
b.	Carolina del Sur	38

	c.	Guatemala	38	
	d.	Brasil	38	
	e.	Negocio de apuestas por Internet.....	39	
B.		La decisión de EDM de establecer operaciones con “máquinas de habilidad y destreza” en México.....	39	
	1.	El papel de los señores Oien y Ong	40	
	2.	El papel de los Sres. Aspe y Arroyo	41	
C.		Procedimientos judiciales instaurados por EDM.....	43	
	1.	Nuevo Laredo.....	43	
		a.	Juicio de amparo	43
		b.	Juicio de Nulidad	45
	2.	Matamoros	45	
	3.	Reynosa.....	47	
	4.	El estado que guardan las resoluciones de la SEGOB.....	47	
D.		La legalidad de las operaciones de EDM y otros establecimientos.....	48	
	1.	La SEGOB no “aprobó” las operaciones de EDM	48	
	2.	La decisión de desarrollar operaciones en México con las máquinas en cuestión no se basó en una supuesta “aprobación” de la SEGOB	50	
	3.	La SEGOB no ha autorizado que mexicanos —ni persona alguna— operen máquinas como las operadas por EDM.....	50	
		a.	Las operaciones de José María Guardia.....	50
			(i) Huixquilucan, Estado de México.....	50
			(ii) Cd. Juárez, Chihuahua.....	52
		b.	Río Bravo, Tamps. Operación y Distribución Total S. de R.L.	52
VII.		ARGUMENTOS JURÍDICOS	53	
A.		Introducción	53	
	1.	El TLCAN reconoce y protege el derecho de cada Parte a regular	53	
	2.	Los Tribunales del TLCAN han delimitado su papel y jurisdicción en relación con el de los tribunales de una Parte.....	54	
B.		No ha habido denegación de trato nacional	56	
	1.	El artículo 1102 debe ser aplicado con particular atención a los hechos del caso.....	57	
	2.	El derecho internacional presume la buena fe en la administración de la ley	57	
	3.	Los hechos de este caso no demuestran que hubo una violación del artículo 1102.....	58	

4.	El caso <i>Feldman</i> no asiste a la demandante.....	59
C.	México no ha violado el nivel mínimo de trato.....	60
1.	El nivel mínimo de trato de acuerdo con el artículo 1105	60
2.	EDM no tuvo éxito en los procedimientos judiciales a través de los cuales impugnó los actos de la SEGOB.....	62
3.	México no ha violado ninguna norma del derecho internacional consuetudinario	64
D.	No hubo una expropiación	67
1.	Reserva de una objeción adicional de incompetencia.....	67
2.	El sistema legal de una Parte delimita los derechos jurídicos pertinentes	68
3.	La ejecución de buena fe de la ley no constituye una expropiación.....	71
VIII.	EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA Y ADMISIBILIDAD	72
A.	El derecho internacional consuetudinario requiere que el Tribunal distinga entre una sociedad y sus accionistas	72
B.	Las condiciones del TLCAN para someter una reclamación al arbitraje inversionista-Estado.....	73
C.	Thunderbird no ha logrado acreditar que tiene la propiedad y control de las sociedades Mexicana en cuya representación supuestamente hace la reclamación	75
1.	Adquisición de EDM-Matamoros.....	77
a.	Juegos de México, Inc. y <i>Thunderbird Brazil</i>	78
2.	Propiedad y Control sobre EDM.....	80
a.	Acuerdo de Suscripción y Declaraciones sobre la Inversión	80
b.	Acuerdo de Participación de Socios	81
c.	Los estatutos sociales.....	82
3.	Propiedad y control de otras inversiones	83
a.	Establecimientos que abrieron	83
(i)	Entertainmens de México Laredo S. de R.L. de C.V.	83
(ii)	Entertainmens de México Reynosa S. de R.L. de C.V.	85
b.	Establecimientos que no abrieron	86
c.	Otros proyectos	87
IX.	DEFENSA A LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS	88
A.	Introducción	88
B.	Sinopsis.....	88
C.	Principios legales aplicables a la reclamación de daños.....	89

D.	Las pruebas de la demandante en materia de daños: el dictamen de <i>The Innovation Group</i>	92
1.	No se probó el “valor justo de mercado” de las “inversiones”	92
2.	No se utilizaron los criterios de valuación apropiados	93
3.	No se utilizaron datos históricos de costos e ingresos	96
4.	No se contemplaron circunstancias negativas.....	99
5.	No se consideraron daños bajo los artículos 1102 y 1105	100
E.	La valuación de la demandada: El Dictamen de FinBridge.....	100
F.	Conclusiones	101
X.	PETICIÓN	103
	APÉNDICE ADMISIONES Y NEGACIONES.....	104

I. INTRODUCCIÓN

1. Este es un caso extraordinario. Previo a su incursión en México, la demandante realizaba operaciones similares en Estados Unidos de América con el mismo tipo de máquinas, las comúnmente conocidas como tragamonedas (“*slot machines*”), hasta que tuvo que abandonarlas al ser clausuradas por las autoridades estadounidenses competentes por involucrar el juego de azar con apuesta. La demandante entonces intentó establecer este mismo tipo de operaciones en México, no obstante que la legislación mexicana establece una clara y añeja prohibición a los juegos de azar y a los juegos con apuesta. Las autoridades mexicanas clausuraron los establecimientos de la demandante por violación a la Ley Federal de Juegos y Sorteos, al igual que había clausurado, y continúa clausurando, mucho otros.

2. Las operaciones de Entertainmens de México, S. de R.L. de C.V., Entertainmens Matamoros, S. de R.L. de C.V. y Entertainmens Reynosa, S. de R.L. de C.V (en conjunto “EDM”) se basaban precisamente en el azar y la apuesta:

- a) La demandante centra su caso en que las máquinas que utilizó EDM son de “habilidad y destreza”. Diversos documentos elaborados por la propia demandante demuestran que se trata de juegos de azar, y que la caracterización que hace como “juegos de habilidad y destreza” no es más que una etiqueta que utilizó en un intento por eludir la prohibición legal.
- b) No obstante, aun suponiendo que se tratara de máquinas de “habilidad y destreza”—lo cual no se concede—, las operaciones de EDM se basan en el juego con apuesta. La demandante apenas alude a ello en su Escrito de Demanda, pero admite que el juego consistía en insertar dólares en las máquinas para obtener “premios” consistentes en el pago de dólares de los Estados Unidos. Ello es suficiente para encuadrar en la prohibición legal.

3. El Tribunal podrá apreciar que las operaciones de EDM en realidad no difieren de la operación de máquinas tragamonedas típicas: la manera como las máquinas estaban dispuestas es idéntica a la disposición típica de las máquinas tragamonedas en los casinos; el establecimiento tiene una “jaula” en donde los jugadores puede cambiar pesos por dólares para depositar en las máquinas y donde pueden canjear los créditos ganados por dinero en efectivo; el juego consiste depositar dinero en efectivo e iniciar el movimiento de “carretes” de video que hay que detener para lograr determinadas combinaciones de figuras; cada máquina mostraba las probabilidades y los premios por obtener cada una de las distintas combinaciones; si gana, el jugador obtiene créditos que le sirven para seguir jugando, o que puede canjear por dólares en efectivo; los depósitos en cada máquina, menos el pago de dólares en efectivo constituyen las ganancias de la empresa. La demandada tomó fotografías del establecimiento “La Mina de Oro” en Nuevo Laredo y los juegos en ese establecimiento durante su visita el 5 de noviembre de 2003¹.

4. Este tipo de operaciones han sido prohibidas en varias jurisdicciones de Estados Unidos en donde Thunderbird realizaba negocios. Reiteradamente se determinó que las máquinas empleadas eran máquinas tragamonedas.

1. Anexo R-001.

5. EDM subsecuentemente importó a México las mismas máquinas utilizadas por Thunderbird en Estados Unidos, pero las etiquetó “de habilidad y destreza”. De hecho, las máquinas utilizadas en los establecimientos de EDM eran máquinas usadas que los socios extranjeros aportaron como contribución en especie al capital de la sociedad².

6. Los argumentos de la demandante giran en torno del oficio de fecha 15 de agosto del 2000 emitido por la Secretaría de Gobernación (la “SEGOB”). El Tribunal apreciará que, contrario a lo que la demandante sostiene, EDM, en la solicitud que presentó a la SEGOB el 3 de agosto de 2000, ofreció una descripción escueta e imprecisa de la naturaleza de las operaciones que ya venía realizando y que pretendía ampliar, así como de las máquinas utilizadas a las que caracterizó de “habilidad y destreza”³. EDM no mostró las máquinas a la SEGOB, no presentó los manuales de operación, no solicitó que la SEGOB visitara el establecimiento que ya venía operando con este tipo de máquinas, no ofreció pruebas de ningún tipo con el escrito mediante el cual solicitó la opinión de la SEGOB. La solicitud de EDM a la SEGOB se basa en el simple dicho de su representante legal sobre la naturaleza de las operaciones y las máquinas en cuestión.

7. De la lectura, incluso superficial, del oficio de la SEGOB se observa que nos es una licencia, un permiso o una autorización para operar; ni siquiera contiene la aprobación de la Secretaría de las operaciones propuestas o de las máquinas que se pretendía utilizar, según ahora lo caracteriza Thunderbird⁴. La SEGOB tampoco emitió una opinión sobre la naturaleza o las características de las máquinas. Dada la forma como EDM hizo la consulta, la SEGOB se limitó a responder que si las máquinas operaban en la forma y términos descritos en la solicitud, entonces no tenía competencia para prohibirlas. Sin embargo, expresó con absoluta claridad la prohibición contundente en la ley de los juegos de azar y los juegos con apuesta, y advirtió que, si se trataba de máquinas tragamonedas en las que media el azar o la apuesta, podría clausurar los establecimientos. De hecho, la Secretaría alude a esta prohibición en seis de los nueve párrafos que el oficio contiene.

8. La demandante no puede aseverar que procedió con su inversión con base en la opinión de la SEGOB sobre la “propiedad y legalidad” de las operaciones que pretendía realizar. De hecho, en los diversos Acuerdos de Suscripción y Declaraciones sobre la Inversión (*Subscription and Investment Representation Agreements*) celebrados con posterioridad a la emisión del oficio de la SEGOB, EDM reconoce que “[n]o puede asegurarse que el gobierno de México continuará

2. Por ejemplo, una carta de intención con fecha 5 de febrero de 2001 firmada por Jack Mitchell relativa a la planeación de un establecimiento de EDM en Puerto Vallarta se refiere a la aportación por Thunderbird, Peter Watson, y Mauricio Girault de máquinas que tenía en inventarios, a 4,000 dólares por máquina, a cambio de una participación del 33.25% en el proyecto. Escrito de Demanda, Anexo C-64.

3. Una característica de los escritos de EDM ante las autoridades mexicanas y de la demandante ante este Tribunal es el uso de eufemismos. Por ejemplo, la demandante se refiere a la apuesta como la “obtención de premios” (véase, por ejemplo, el Escrito de Demanda, p. 8, línea 9), y así lo describió EDM a la SEGOB (Íd., línea 17); de manera similar, el Sr. McDonald describe el juego de póquer de video como un juego de “lock down” (véase el testimonio del Sr. Kevin McDonald, ¶ 10, Escrito de Demanda, Declaración G.

4. Véase, por ejemplo, el Escrito de Demanda, pp. 1, línea 16; 6, línea 23; y 8, líneas 2 y 3.

considerando las operaciones de EDM como ‘máquinas de habilidad y destreza’ permitidas y no como juegos de azar”⁵.

9. La demandante también ofrece una descripción imprecisa de la situación jurídica de otros establecimientos que, alega, han recibido un trato más favorable. Además, omite que EDM instauró juicios por motivo de la clausura de sus establecimientos que se resolvieron en su contra. Señala que los propietarios de esos establecimientos han obtenido de tribunales mexicanos sentencias favorables que declaran la legalidad de sus operaciones⁶. La SEGOB clausuró los establecimientos a los que alude la demandante. Los propietarios han promovido juicios de amparo⁷ y en algunos casos obtuvieron la suspensión del acto reclamado mientras concluye el juicio⁸. Ninguno de estos juicios ha concluido en forma definitiva. EDM también promovió juicios de amparo en contra de la clausura de sus establecimientos. Según se explicará más adelante, interpuso sendos juicios de amparo contra y juicios de nulidad contra las resoluciones administrativas de la SEGOB y los actos de clausura de los establecimientos.

10. Es así que el caso que el Tribunal enfrenta es uno en el que la demandante se dedica a una actividad altamente regulada y en gran medida prohibida en el mundo. Incursionó en México después de que tuvo que abandonar sus operaciones en Estados Unidos, puesto las mismas actividades que después realizó en México fueron declaradas ilegales en las jurisdicciones en que operaba. Llevó a cabo actividades bajo la advertencia expresada con toda claridad de que si involucraban en el juego de azar o el juego con apuesta, se colocaría en los supuestos que prohíbe la ley y podría ser clausurada. La SEGOB hizo cumplir la ley. EDM promovió juicios ante tribunales mexicanos para combatir los actos de la SEGOB. Los tribunales nacionales resolvieron en contra de EDM y, éstas posteriormente se desistió de los juicios pendientes y los recursos intentados. En consecuencia, los actos de la SEGOB han quedado firmes, como actos legales y jurídicamente válidos de acuerdo con el derecho mexicano.

11. Ni la prohibición contenida en la ley, ni las acciones de la SEGOB en observancia de ésta ni los actos de los tribunales mexicanos contravienen en nada el TLCAN. Sería un resultado sorprendente, con consecuencias significativas respecto de la aplicación efectiva de la ley en las tres Partes del TLCAN que el Tribunal determinara lo contrario.

12. Adicionalmente, la demandante no ha demostrado que es propietaria o que controla ninguna de las sociedades mexicanas —la “inversión”— y, por lo tanto, no tiene legitimación procesal para promover una reclamación en representación de éstas conforme al artículo 1117. Desde que la demandante presentó el pretendido aviso de intención de someter una reclamación a arbitraje, el gobierno de México solicitó los documentos que demostraran que detenta la

5. “*There can be no assurance that the Mexican Government will continue to view EDM’s operations as permitted ‘skill machines’ and not a game of chance.*” Anexo C-28, Entertainments de México S. de R.L. de C.V., *Subscription And Investment Representation Agreement* del 20 de junio, 2001, p. 9.

6. Escrito de Demanda, pp. 4, línea 25; y 5, línea 1.

7. En general, el juicio de amparo es un proceso que se sigue ante tribunales federales para reclamar la legalidad de los actos de autoridad.

8. La ley prevé la suspensión del acto reclamado como medida precautoria para que las cosas guarden el estado en que se encuentran mientras concluye el juicio. No se trata de una decisión definitiva, sino interlocutoria.

propiedad o el control de EDM⁹. Objetó ante el Tribunal la procedencia del arbitraje desde la primera sesión sostenida el 29 de abril de 2003. Los documentos aportados por Thunderbird con su Escrito de Demanda contradicen sus afirmaciones y prueban que Thunderbird era un inversionista que no detenta la propiedad ni el control de EDM. El Tribunal no debe permitir que se incumpla con un requisito indispensable de una reclamación: comprobar su derecho de representar la inversión en cuestión.

13. La demandada respetuosamente desea dejar constancia de que mediante oficio del 17 de octubre de 2003 solicitó a Thunderbird los documentos relativos diversos alegatos que son pertinentes a los asuntos en disputa y necesarios para dar una respuesta completa a la reclamación que enfrenta. Presentó su solicitud en estricto apego a las Reglas de la IBA en materia de prueba. La demandante se negó a proporcionarlos. El Tribunal rechazó la petición de México de que ordenara a la demandante hacerlo. Ello le ha impedido a la demandada conocer plenamente aspectos importantes de la reclamación que enfrenta y ha comprometido capacidad para presentar una defensa completa. La demandada estableció su posición en sus comunicaciones del 8 y 9 de diciembre de 2003 y se reserva sus derechos al respecto¹⁰.

II. REGLAS DE INTERPRETACIÓN

14. El artículo 1131(1) del TLCAN prevé:

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

15. En forma similar, el artículo 102 (2) dispone:

Las Partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este Tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1 y de conformidad con las normas aplicables del derecho internacional.

16. Al interpretar el TLCAN, el Tribunal debe aplicar las reglas del derecho internacional público, de acuerdo con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (la “Convención de Viena”) que dispone:

1. 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.

17. El contexto del tratado incluye, además del texto, su preámbulo y anexos, así como todo acuerdo o instrumento con motivo de la celebración del tratado y aceptado por los demás como instrumento referente al tratado¹¹.

9. Oficio del Lic. Carlos García Fernández a *International Thunderbird Gaming Corporation* del 4 de abril de 2002 en el que “se le solicita que... presente copia de los siguientes documentos... documentos que acreditan que *International Thunderbird Gaming Corporation* es dueño y operador de los locales ubicados en Matamoros, Nuevo Laredo y Reynosa, Tamaulipas.” Anexo R-002.

10. Oficio DGCJN.511.13.1357.03 de fecha 8 de diciembre de 2003; y Oficio DGCJN.511.13.1362.03 de fecha 9 de diciembre de 2003.

11. Artículo 31(2) y (3) de la Convención de Viena.

18. El artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena dispone que, juntamente con el contexto, debe tenerse en cuenta “toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Las referencias de los artículos 102 y 1131 a “las reglas aplicables del derecho internacional” requiere, pues, que al interpretar y aplicar las disposiciones del TLCAN el Tribunal aplique no sólo sus disposiciones, sino también las reglas del derecho internacional consuetudinario pertinentes.

III. ANTECEDENTES SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS LLAMADAS “MÁQUINAS DE HABILIDAD Y DESTREZA”

19. La demandante centra su caso en que las máquinas que operó en los establecimientos de Nuevo Laredo, Matamoros y Reynosa (y las que pretendía operar en otros sitios) están permitidas por la Ley Federal de Juegos y Sorteos, o bien, que fueron permitidas por la SEGOB puesto que son máquinas de “habilidad y destreza”. La demandante pretende hacer creer que existe una definición universalmente aceptada de “máquinas de habilidad y destreza” que demuestra la legalidad de sus operaciones. Argumenta que la prohibición del gobierno mexicano de lo que en esencia son juegos de azar y, más aún, juegos con apuesta, de alguna manera viola el derecho internacional y el TLCAN en particular.

20. La demandante interpreta la Ley Federal de Juegos y Sorteos de la siguiente manera:

Essentially the law of Mexico permits a gaming activity in which the player has some interaction with the machine, and can affect the outcome or the result of the play. The distinction between a “skill machine” and a “slot machine (traigamoneda) [sic] is widely recognized and [sic] many jurisdictions (Guatemala, North Carolina, Switzerland) permit skill machines but do not permit slot machines. The slot machine is an operation whereby the player inserts money, pulls the arm or lever, and waits to see whether he has won anything. In contrast, the skill machine, although it resembles a slot machine in many ways, has no arm. Instead, the skill machine player inserts money, can begin the video action by pressing buttons and can stop the action by also pressing buttons. A quick and skillful player can stop the action in a way that will cause him to win more frequently than simply at random. It is the player responsibility to use his or her dexterity and hand-eye coordination in order to “skill stop” the video symbols at the desired moment in order to maximize the prize pay-out of the machine.¹²

21. En la audiencia administrativa que se celebró el 10 de julio de 2001 en el curso del procedimiento administrativo que la SEGOB llevó a cabo en conexión con las operaciones de EDM, ésta ofreció el testimonio de James Maida. El Sr. Maida señala que un juego de destreza es uno en el que un jugador “puede afectar el resultado del juego”, donde la habilidad es el “factor determinante”, y se requiere que “el jugador tome decisiones significativas”. Agregó que tenía entendido que la Ley Federal de Juegos y Sorteos no prohibía “los juegos en los

12. Véase el Anexo C-64. Carta de propuesta de Jack Mitchell a los miembros del Comité de Arrendamiento de Plaza del Sol (*Rental Committee Members*), parte 2. Albert Atallah expresa un “entendimiento” similar en el párrafo 14 de su testimonio. Declaración E del Escrito de Demanda.

interviene la habilidad y destreza del jugador”¹³. Sin embargo, no sustentó sus conclusiones en el derecho mexicano¹⁴.

22. Previo a su incursión en México, la demandante operaba un negocio de ensamblaje y distribución de este tipo de máquinas en Estados Unidos y afirma que la legislación estadounidense aplicable en Texas y Carolina del Norte, que exceptúa a las máquinas de habilidad y destreza de la prohibición sobre máquinas tragamonedas (*slot machines*) y otros juegos de azar, es similar a la Ley Federal de Juegos y Sorteos. La demandante presenta una interpretación errónea de la legislación estadounidense en esta materia, y sustenta en ésta su “entendimiento”, también erróneo, de la ley mexicana.

23. A continuación la demandada explica la normatividad mexicana sobre la materia. También considera necesario dar una breve exposición de la regulación estadounidense sobre tipo de máquinas que operaba EDM, con la finalidad de exponer las expectativas reales de la demandante y la credibilidad de su “entendimiento” del derecho mexicano en esta materia.

13. Anexo C-69. Testimonio de James R. Maida ofrecido por EDM en la audiencia del 10 de julio de 2001, ¶¶ 5 al 7.

14 El Sr. Maida no es abogado mexicano. De hecho, la experiencia que el Sr. Maida asegura tener respecto de la legislación estadounidense. En su testimonio ofrecido en la audiencia administrativa, el Sr. Maida identifica 19 casos en materia de juegos y en los que fungió como “perito”. La demandada pudo localizar once de ellos, con base en citas incompletas ofrecidas por el Sr. Maida en su testimonio. Cada uno involucra la revisión de juegos de la misma clase que los juegos objeto de este procedimiento (por ejemplo, máquinas tragamonedas, de video póquer y juegos con símbolos). Los tribunales decidieron, o bien las partes coincidieron en que las máquinas en cuestión eran máquinas juegos de azar con apuesta, o juegos “Clase III” que únicamente podían ser jugados conforme a un convenio entre tribu india y un estado de Estados Unidos, por ser de ese tipo. *Poppen v. Walker*, 520 N.W.2D 238 (S.D. 1994); *Yselta del Sur Pueblo v. Texas*, 852 F.Supp. 587 (W.D. Tex. 1993), *Yselta del Sur Pueblo v. Texas*, 36 F.3d 1325, 1329 (5th Cir. 1994); *Rumsey Indian Rancheria of Wintun Indians v. Wilson*, 1993 U.S. Dist. LEXIS 9877 (E.D. Cal. 1993)). Incluso, un tribunal rechazó expresamente la opinión que el Sr. Maida sostiene en el testimonio presentado por EDM de que, si en el juego interviene algún grado de destreza, entonces no constituye un juego de azar. (*State of Florida, Department of Business and Professional Regulation, Division of Alcoholic Beverages and Tobacco v. Broward Vending, Inc.*, 696 So. 2d 851, 852 (Fla. App. 1997) (“[w]hile skill will significantly improve the player’s winning percentage, it does not eliminate the element of chance in the machine itself.”)). La demandada no pudo localizar ocho de los casos referidos por el Sr. Maida y no queda demostrada la afirmación de que testificó en todos ellos (*State v. Hahn*, 221 Wis. 2d 670, 690 (Wisc. Ct. App. 1998) (en el que se advierte la objeción de que el Estado “no reveló oportunamente que su perito sobre las máquinas sería John Palmer y no James Maida”). En otro caso que involucra el testimonio del Sr. Maida, y que éste no incluyó en su lista, la corte expresamente rechazó su testimonio con base en que realmente no es un perito en derecho:

*The Crow rely on the expert testimony of James Maida who testified that a lottery encompasses any game with the elements of prize, consideration, and chance... The Crow argue that we should accept the expert testimony that lotteries include all games with the elements of prize, consideration, and chance. We disagree. The interpretation of a contract is an issue of law which this court reviews de novo [se omiten referencias]. Expert testimony is not proper for issues of law. “Experts ‘interpret and analyze factual evidence. They do not testify about the law...” [se omiten referencias]. *The Crow Tribe of Indians v. State of Montana*, 87 F.3d 1039, 1044-45 (9th Cir. 1996).*

A. Derecho mexicano

1. Facultades administrativas en materia de juegos y sorteos

24. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos faculta al Congreso de la Unión para legislar en materia juegos con apuestas y sorteos¹⁵. En ejercicio de esta facultad, el Congreso expidió la Ley Federal de Juegos y Sorteos, que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1947.

25. La SEGOB es una dependencia del Poder Ejecutivo Federal a la que, de conformidad con el artículo 27 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, compete:

XXII.- Regular, autorizar, y vigilar el juego, las apuestas, las loterías y rifas, en los términos de las leyes relativas...

26. La Ley Federal de Juegos y Sorteos igualmente dispone¹⁶:

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

27. El artículo 7 de la ley establece en su primer párrafo que la SEGOB “ejercerá la vigilancia y control los juegos con apuestas y sorteos, así como el cumplimiento de esta ley, por medio de los inspectores que designe”.

28. Por lo que se refiere a la organización interna de la SEGOB, su Reglamento Interior establece que corresponde a la Unidad de Gobierno (anteriormente la Dirección General de Gobierno) vigilar, tramitar y autorizar los actos a los que se refiere la Ley Federal de Juegos y Sorteos y demás normatividad aplicable¹⁷.

29. De la Unidad de Gobierno depende la Dirección General de Juegos y Sorteos, entre cuyas funciones está la de emitir las autorizaciones para juegos y sorteos permitidos por la ley. Existe un catálogo de trámites que especifica el formato que debe presentarse a la Dirección de Juegos y Sorteos para obtener estas autorizaciones, así como los requisitos que contempla la solicitud. Por ejemplo, para solicitar un permiso para peleas de gallos y carreras de caballos, es necesario que el particular presente a la Dirección de Juegos y Sorteos el formato oficial debidamente llenado, y realizar el pago de derechos correspondiente¹⁸.

2. La Ley Federal de Juegos y Sorteos

30. La Ley establece en su artículo 1:

15. Artículo 73, fracción X. Disponible en la página de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión en Internet: <http://www.camaradediputados.gob.mx>.

16. Ley Federal de Juegos y Sorteos. Anexo R-04 Disponible en <http://www.camaradediputados.gob.mx>.

17. Artículo 12, fracción XII. Disponible en la página de la SEGOB en Internet: <http://www.segob.gob.mx>.

18. Catálogo de Trámites de la Dirección General de Juegos y Sorteos. Anexo R-03.

Quedan prohibidos en todo el territorio nacional, en los términos de esta Ley, los juegos de azar y los juegos con apuestas.

[Énfasis propio]

31. Del texto de la ley se desprende una clara prohibición de dos tipos de juegos: (i) los juegos de azar; y, (ii) los juegos con apuestas. Para que se actualice la prohibición que contempla la ley basta que intervenga cualquiera de los dos elementos: la apuesta o el azar..

32. El artículo 2 establece los juegos que están permitidos:

Sólo podrán permitirse:

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

II. Los sorteos.

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

[Énfasis propio]

33. La Ley exceptúa juegos de la prohibición cuando se realicen sólo en domicilios particulares como diversión o pasatiempo ocasional entre familiares o personas que tengan una relación social¹⁹. Por otra parte, dispone que corresponde a la SEGOB autorizar los juegos cuando en ellos medien cualquier clase de apuestas²⁰. La SEGOB únicamente puede autorizar el cruce de apuestas respecto del catálogo de juegos previsto en el artículo 2 de la Ley.

34. La Ley también otorga facultades a la SEGOB para reglamentar, controlar y vigilar los juegos con apuesta²¹. Prohíbe el establecimiento de cualquier casa o lugar en el que se practiquen los juegos con apuesta sin autorización de la Secretaría y ordena la clausura de éstos cuando así se establezcan, independientemente de otras sanciones que procedan²². Ordena también el decomiso de los utensilios y objetos del juego, así como de los bienes y el dinero que constituyan el interés del mismo²³.

35. Diversas infracciones a la Ley constituyen un delito, que se castiga con pena de prisión y multa. Compete a los tribunales federales imponerlas. Corresponde a la SEGOB sancionar con multa las demás infracciones²⁴.

19. Artículo 15.

No quedan comprendidos en las disposiciones precedentes los juegos que se celebran en domicilios particulares con el único propósito de diversión o pasatiempo ocasional, y que en ninguna forma se practiquen habitualmente, siempre que además no se admitan en los mismos personas que no tengan relaciones de familia o trato social cercano con los dueños o moradores.

20. Artículos 3 y 4.

21. Artículos 3 y 7.

22. Artículos 4 y 8.

23. Artículo 14.

24. Artículos 12, 13, 16 y 17.

36. La Ley no habla de juegos “de habilidad y destreza” ni de grados en los que intervenga el de azar.

37. La SEGOB, en ejercicio de sus facultades, y en respuesta muchas veces a denuncias de la ciudadanía o de las autoridades locales ha realizado una serie de inspecciones a diversos establecimientos con la finalidad de verificar el cumplimiento de la Ley y de constatar si cuentan con la autorización respectiva. A raíz de éstas, la SEGOB ha realizado la clausura de 17 establecimientos en los que se ha comprobado se realizan juegos prohibidos por Ley.

B. Regulación de máquinas de juego en Estados Unidos

38. Thunderbird se dedicaba a la fabricación y alquiler en Estados Unidos de las mismas máquinas que operó EDM. Administraba establecimientos de juego particularmente en reservas indias de California. En el testimonio presentado en la audiencia administrativa ante la SEGOB el 10 de julio de 2001, el representante legal de Thunderbird declaró haber estudiado la legislación de juegos estadounidense y concluyó que los juegos de habilidad y destreza están permitidos. Sustenta su entendimiento de la legislación mexicana en este razonamiento. El Sr. Atallah declara:

In my capacity as general counsel and in preparation for demonstration to the Director of Juegos y Sorteos of Gobernación and their general counsel, I have researched jurisdictions which permit skill machines, but which do not permit slot machines or other types of gambling activities. That the best cases in point, as illustrative examples are perhaps Texas (see affidavit of attorney Ramie Griffin in that regard), and North Carolina.... That the state of North Carolina has a law very similar to the Ley de Juegos y Sorteos in Mexico, namely, that all games, machines, electronic devices, slot machines or other games of chance are strictly prohibited....[but] creates an exception for the operation of skill machines.... In conclusion, your affiant, Albert Atallah believes that North Carolina is a very similar case in point with respect to International Thunderbird Gaming's operation of skill machines in Mexico, in which the player can interact with the machines, make choices with respect to the game played, and can affect the outcome of the play in accordance with his level of skill. Obviously the distinction between the general prohibition against games of chance and skill games is legally recognized both in Texas and in North Carolina, as well as other jurisdictions which vary only slightly but allow skill machines to operate, or have in the past. These include South Dakota, Oklahoma, and Switzerland.²⁵

[Énfasis propio]

39. La demandada ha revisado las leyes estadounidenses citadas por el representante legal de Thunderbird. Contrario a la afirmación de la demandante, el que una máquina se clasifique como “de habilidad o destreza” no implica que su uso sea legal. Como se demostrara a continuación, estas leyes prohíben las máquinas “tragamonedas”²⁶.

25. Testimonio de Albert Atallah presentado en la audiencia administrativa ante la SEGOB el 10 de julio de 2001, ¶¶ 5, 6, y 8. Anexo C-69.

26. Tanto el derecho federal como las legislaciones estatales regulan las máquinas de juego en Estados Unidos. Los estados tienen las facultades principales para reglamentar el juego de apuesta, y el nivel y la naturaleza de esta

40. De las leyes citadas por el representante legal de Thunderbird:

- la de Carolina del Norte define las “máquinas tragamonedas” como aquellas máquinas en las que interviene la destreza, y las prohíbe a menos que se utilicen para fines de diversión y no emitan ningún comprobante canjeable por premios, ni ofrezcan premios en efectivo por un valor mayor a diez dólares;
- la de Texas establece la prohibición de las máquinas de apuesta, entendiéndose por éstas aquellas en las que se juega para obtener algo de valor, cuyo resultado se encuentre determinado en todo o en parte por el azar, aun si interviene algún nivel de destreza;
- la de California prohíbe las máquinas tragamonedas, a las que define como cualquier máquina en la que intervenga cualquier grado de azar, salvo que se determine que la máquina es principalmente un juego de destreza.

41. Es así que las leyes estadounidenses mencionadas en general prohíben juegos que involucran la apuesta —un pago en dinero o en especie— y en los que interviene el azar.

1. Carolina del Norte

42. En el estado de Carolina del Norte se considera ilegal que cualquier persona u organización opere o juegue cualquier juego de azar (*game of chance*) a cambio de dinero o que involucre la apuesta²⁷. Conforme a la legislación también es ilegal operar: (i) máquinas tragamonedas o (ii) cualquier máquina de juego en la cual el usuario pueda recibir algo de valor²⁸. La ley generalmente define una “máquina tragamonedas” como una que, a cambio de dinero depositado en ella, ofrece algo de valor, ya sea en forma de monedas, en especie o canjeable²⁹. La definición no incluye:

reglamentación varía. Es por esto que, por ejemplo, los casinos están permitidos en Nevada y Atlantic City, Nueva Jersey, pero generalmente están prohibidos en otros estados. Como consecuencia, no existe una ley general en materia de juegos con apuesta ni estándares adoptados por todos los estados uniformemente. El papel del gobierno federal consiste principalmente en regular los juegos con apuesta en reservas indias, donde está sujeto a una mezcla de leyes federales y estatales.

27. N.C. Gen. Stat. § 14-292. Anexo R-005, p. 001

28. Íd. N.C. Gen. Stat. §§ 14-296, 304, Anexo R-pp. 004 y 006

29. La sección 14-306 de la ley de juegos de Carolina del Norte define a una máquina tragamonedas (*slot machine or device*) como:

... [O]ne that is adapted, or may be readily converted into one that is adapted, for use in such a way that, as a result of the insertion of any piece of money or coin or other object, such machine or device is caused to operate or may be operated in such manner that the user may receive or become entitled to receive any piece of money, credit, allowance or thing of value, or any check, slug, token or memorandum, whether of value or otherwise, or which may be exchanged for any money, credit, allowance or any thing of value, or which may be given in trade, or the user may secure additional chances or rights to use such machine, apparatus or device; or any other machine or device designed and manufactured primarily for use in connection with gambling and which machine or device is classified by the United States as requiring a federal gaming device tax stamp under applicable provisions of the Internal Revenue Code. This definition is intended to embrace all slot machines and similar devices except slot machines in which is kept any article to be purchased by depositing any coin or thing of value, and for which may be had any article of

...[C]oin-operated machines, video games, pinball machines, and other computer, electronic or mechanical devices that are operated and played for amusement, that involve the use of skill or dexterity to solve problems or tasks or to make varying scores or tallies and that:

(1) Do not emit, issue, display, print out, or otherwise record any receipt, paper, coupon, token, or other form of record which is capable of being redeemed, exchanged, or repurchased for cash, cash equivalent, or prizes, or award free replays; or

(2) In actual operation, limit to eight the number of accumulated credits or replays that may be played at one time and which may award free replays or paper coupons that may be exchanged for prizes or merchandise with a value not exceeding ten dollars (\$ 10.00), but may not be exchanged or converted to money.³⁰

43. De tal forma, una máquina de este tipo sólo puede considerarse legal si “involucra el uso de habilidad o destreza” y, además, (i) se utiliza para fines de diversión y (ii) no emite algún tipo de registro canjeable por premios, dinero en efectivo, ni cualquier otro bien con valor mayor a diez dólares³¹.

merchandise which makes the same return or returns of equal value each and every time it is operated, or any machine wherein may be seen any pictures or heard any music by depositing therein any coin or thing of value, or any slot weighing machine or any machine for making stencils by the use of contrivances operated by depositing in the machine any coin or thing of value, or any lock operated by slot wherein money or thing of value is to be deposited, where such slot machines make the same return or returns of equal value each and every time the same is operated and does not at any time it is operated offer the user or operator any additional money, credit, allowance, or thing of value, or check, slug, token or memorandum, whether of value or otherwise, which may be exchanged for money, credit, allowance or thing of value or which may be given in trade or by which the user may secure additional chances or rights to use such machine, apparatus, or device, or in the playing of which the operator does not have a chance to make varying scores or tallies. (énfasis propio). Anexo R--005, p. 007

30. Este precepto legal anteriormente requería, por lo que se refiere al nivel de intervención de la destreza, que el juego dependiera de ésta; sin embargo, fue reformado en diciembre de 1993. Tras la reforma se requiere que en un juego intervenga únicamente la destreza. N.C. Gen. Stat. § 14-306 (b); *Attorney General Advisory Opinion; Video Poker Machines*; N.C.G.S. § 14-306; 1997 N.C. AG LEXIS 66, 5 de noviembre de 1997: “As noted, the 1993 amendment makes clear that the lawful operation of the machines no longer depends upon the skill or dexterity of the player, or must be based upon the skill or dexterity of the player. The lawful operation of the machines must only involve the use of skill or dexterity. What the General Assembly clearly intended to do, and in fact did was to lower the skill or dexterity standard involved in the lawful operation of these machines from skill or dexterity being, as the Collins Court put it, the “dominating elements that determine the results of the game,” to simply involving the use of skill or dexterity.”. En *Collins Coin Music Co. v. North Carolina Alcoholic Beverage Control Commission*, 451 S.E. 2d 306, 309 (N.C. Ct. App.) (1994), la Corte de Apelación de Carolina del Norte, al aplicar la ley antes de la reforma de diciembre 1993, declaró que el video póquer que emplea un botón para detener el juego (*skill stop function*) constituye un juego ilegal de azar, cuyo funcionamiento no depende de la destreza debido a que “el elemento de azar domina al de destreza”. Anexo R-005, p. 017.

31. N.C. Gen. Stat. § 14-306 (b); *Attorney General Advisory Opinion; Video Poker Machines*; N.C.G.S. § 14-306; 1997 N.C. AG LEXIS 66, 5 de noviembre de 1997: “In order to be exempt under our present law from the definition of an illegal slot machine, the video poker machine must satisfy each of the following criteria [used for amusement, involve skill, limit replays to eight, and limit prizes to \$10.00]” (énfasis propio). En su testimonio presentado en la audiencia ante la SEGOB en julio de 2001, Albert Atallah declaró que la ley de Carolina del Norte “crea una excepción para la operación de máquinas de habilidad y destreza”; pero, no mencionó los criterios que las máquinas debían cumplir para encuadrar en la excepción. Anexo C-69 [testimonio de Albert Atallah, ¶ 7]. Véase *Attorney General Advisory Opinion – Video Poker Machines; N.C.G.S. 14-306, December 15, 1993*. Anexo C-64

44. A partir de 2001, las leyes de Carolina del Norte prohíben que cualquier persona tenga en propiedad, opere o permita que operen ciertos “juegos de video”, tales como: (i) video póquer, (ii) video bingo, (iii), dados, (iv) “keno”, (v) video lotería; (vi) “*Eight liner*”, (vii) “*Pot of gold*”, y (viii) “[un] juego de video que se base en o involucre la suerte de hacer que, al azar, coincidan diferentes dibujos, palabras, números o símbolos, sin que esto dependa de la habilidad o destreza del jugador³². Estas máquinas de video están prohibidas salvo que, entre otros requisitos, (i) “[l]egalmente se hayan encontrado en operación o disponibles para jugar en Carolina del Norte antes del 30 de junio del 2000; o (ii) no impriman algún registro “susceptible de ser cambiado, canjeado, o redimido por dinero en efectivo, por especie, premios, o juegos adicionales gratuitos³³.

45. El apartado de la ley de juegos de Carolina del Norte que se refiere a la “destreza” (14-306) requería inicialmente que el juego dependiera de la habilidad o destreza, pero tras una reforma en 1993 requiere que el juego sólo involucre habilidad o destreza para no encuadrar en la prohibición. En 1990 el Procurador General de Carolina del Norte emitió una opinión sobre la sección de “destreza” en relación con el juego de video póquer. A pesar de que el análisis se basa en la ley antes que fuera reformada, es muy ilustrativo, por lo menos en cuanto al factor que el estado consideraría para determinar si una máquina de video póquer es un juego de habilidad o de azar:

The letter... addresses machines simulating the play of poker which allow the player to conceivably utilize dexterity and hand-eye coordination by selecting specific cards as they flash on the screen. These machines may violate G.S. 14-306 if the card rotation is so fast that one is in actuality acquiring a hand at random... If merely pushing a button will result in the random selection of a card, then the device is not exempt. If the player can select the card based on identifying the card and hitting the button in time to get that particular card, then the device will be exempt.³⁴

46. Conforme a la ley de Carolina del Norte, si las cartas en una máquina de video póquer parpadean demasiado rápido, se consideraría que el juego no involucra habilidad del jugador, sino que éste lo detiene aleatoriamente.

del Escrito de Demanda, en el cual se señala: “*The video poker machines you describe meet three of the four statutory criteria required for exemption from the definition of illegal slot machines. You state that they are “used for amusement”, “involve the use of skill” and reward a successful player with credits which “may be used for replays or may be exchanged for merchandise with a value not exceeding \$10.00.” If the video poker machines also limit to eight the number of credits which may be played at one time, they comply fully with the exemption criteria and will not be considered illegal slot machines.*”).

32. Define “*video gaming machine*” como “aquella en la que sea necesario introducir una moneda, ficha, o el uso de una tarjeta de crédito, tarjeta de débito o cualquier otro método para activar el juego...” N.C. Gen. Stat. § 14-306.1 (c). Anexo R-005, p. 010.

33. N.C. Gen. Stat. § 14-306.1 (2), citing 14-306 (b)(1). Anexo R-005 p. 010.

34. Véase el Anexo C-64. El Procurador General declara que si la velocidad a la que giran las cartas es muy elevada, es una cuestión de hecho que habría que determinar caso por caso.

2. Texas

47. La ley en materia de apuestas del estado de Texas establece que una persona comete el delito de apuesta si, entre otras cosas, “juega y apuesta dinero o cualquier otro objeto de valor en cualquier juego de cartas, dados, pelota o instrumento de apuestas³⁵. La ley define un instrumento de apuesta o aparato para apostar como:

Any electronic, electromechanical, or mechanical contrivance... that for a consideration affords the player an opportunity to obtain anything of value, the award of which is determined solely or partially by chance, even though accompanied by some skill...

La definición de “instrumento de apuesta” (*gambling device*) expresamente incluye, entre otros, el video póquer o cualquier juego parecido que (i) funciona por azar en todo o en parte; (ii) como resultado de jugar u operar el juego, éste otorga créditos o rondas gratis del juego; y (iii) registra el número de rondas gratis de juego otorgadas o de créditos. La definición excluye de manera expresa cualquier juego que sea “diseñado, hecho y adaptado únicamente para fines *bona fide* de diversión” si otorgan únicamente premios que no sean dinero en efectivo o “puntos canjeables por premios”, cuyo valor sea menor a cinco dólares o a diez veces el monto cobrado para jugar un juego³⁶.

48. De conformidad con la legislación de Texas, no habrá delito si el juego: (i) se realiza en un “lugar privado”; (ii) ninguna persona recibe “beneficio económico” alguno aparte de sus ganancias; y, (iii) “salvo la ventaja de la destreza o el azar, el riesgo de perder y las probabilidades de ganar son iguales para todos participantes”³⁷.

49. En el caso *State v. Gambling Device*, la Corte de Apelaciones del Primer Distrito de Texas estableció el nivel del que el resultado de un juego debe depender de la suerte para ser considerado un aparato ilegal de apuesta:

We interpret the statute to apply to contrivances that incorporate any element of chance, even if the exercise of skill also influences the outcome.... We do not read the definition at issue as requiring any quantitative comparison of the respective proportions of chance and skill involved in a particular contrivance. Rather, the statute requires only that the outcome of any trial be “determined by chance.” A contrivance that is designed to incorporate the element of chance to influence

35. Véase Tex. Penal Code § 47.02. Anexo R-006, p. 001 Ramie Griffin, quien afirmó ser un abogado de Texas “familiarizado” con la ley de Texas en materia de juegos, presentó en la audiencia ante la SEGOB de julio de 2001 un testimonio en el que declara que esta sección de la ley “debe interpretarse, en mi opinión, en el sentido de que un juego que involucra cualquier nivel de destreza se encuentra exento de las disposiciones de la ley que prohíben las máquinas”. Sin embargo, la definición de máquina para apuesta indica que un juego con cualquier grado de azar será considerado una máquina para apuesta, sin importar si también interviene la destreza en la máquina. Anexo C-69.

36. Tex. Penal Code § 47.01. Anexo R-006, p. 003.

37. Ningún precepto legal ni antecedente jurídico de la legislación de Texas define el concepto de “*chances of winning*”. En el caso *Gaudio v. State of Texas*, la Corte de Apelación de Texas del Quinto Distrito declaró que el jurado determinaba que este precepto se cumplió en el caso de un juego de póquer en un departamento; sin embargo, la opinión se enfocó más en el hecho de que una persona que fue anfitrión de un juego de póquer entre amigos en su departamento recibió remuneración por ello. 1994 Tex. App. LEXIS 3411. Anexo R-006, p. 005.

whether an award is provided to a player is a contrivance whose outcome is determined by chance.... Under the plain and ordinary meaning of its words, section 47.01(3) clearly encompasses certain contrivances whose outcomes are influenced by skill. According to the statutory language, a device is a gambling device if its outcome is “determined by chance, even though accompanied by some skill.” (Emphasis added.).... Thus, the definition of a gambling device explicitly includes a device whose outcome is determined by chance, even though that outcome may also be influenced by an appreciable amount of skill.... Even a contrivance that is predominantly a game of skill may be determined by chance.... A player’s level of skill may influence the degree of chance involved, but it does not eliminate the element of chance altogether. The outcome is always determined by chance because no player, through the exercise of skill alone, can control the outcome of any given trial. It is chance that finally determines the outcome of each and every trial. Thus, it is the incorporation of chance that is the essential element of a gambling device, not the incorporation of a particular proportion of chance and skill.³⁸

50. La ley de juegos de Texas prohíbe como máquinas de juego con apuesta aquellos juegos cuyo resultado final lo determina el azar, sin considerar el nivel de destreza que intervenga.

3. California

51. La legislación de California en materia de apuestas prevé que es ilegal para cualquier persona, entre otras cosas, la fabricación, propiedad, posesión, venta, u operación de:

... [A]ny slot machine or device as hereinafter defined, or to make or to permit to be made with any person any agreement with reference to any slot machine or device, as hereinafter defined, pursuant to which the user thereof, as a result of any element of hazard or chance or other outcome unpredictable by him, may become entitled to receive any money, credit, allowance, or thing of value or additional chance or right to use such slot machine or device, or to receive any check, slug, token or memorandum entitling the holder to receive any money, credit, allowance or thing of value...³⁹

[Énfasis propio].

52. La ley define una máquina tragamonedas como cualquier máquina, aparato o artefacto que opera o puede ser operado (i) por la inserción de una moneda, dinero, objeto u otro recurso; (ii) que el usuario pueda obtener el derecho de recibir algo de valor; o (iii) por la existencia de cualquier elemento azar o cualquier otro resultado de dicha máquina que sea impredecible⁴⁰. La

38. 859 S.W. 2d. 519, 523 (1st D. Tex.) (1993). Anexo R-006, p. 013.

39. CAL. PENAL CODE § 330b (1). Anexo R-007, p. 001.

40. La definición completa es la siguiente:

Any machine, apparatus or device is a slot machine or device within the provisions of this section if it is one that is adapted, or may readily be converted into one that is adapted, for use in such a way that, as a result of the insertion of any piece of money or coin or other object, or by any other means, such machine or device is caused to operate or may be operated, and by reason of any element of hazard or chance or of other outcome of such operation unpredictable by him, the user may receive or become entitled to receive any piece of money, credit, allowance or thing of value or additional chance or right to use such slot machine or device, or any check, slug, token or

ley excluye de tal prohibición el juego de “*pin ball, and other amusement machines or devices which are predominantly games of skill, whether affording the opportunity of additional chances or free plays or not, are not intended to be and are not included within the term slot machine or device*”⁴¹. La ley de California no excluye de esta definición a las máquinas que otorgan premios de poco valor.

4. Legislación aplicable en las reservas indias en Estados Unidos

53. Según ya se señaló, Thunderbird argumenta que las leyes de Carolina del Norte, entre otras, excluyen de su aplicación las máquinas de “habilidad y destreza”⁴². Con respecto a Carolina del Norte específicamente, también argumenta que la reserva india Cherokee de Carolina del Norte opera máquinas de habilidad y destreza en un casino ubicado en ese estado⁴³. Con estas afirmaciones, Thunderbird sugiere que las leyes vigentes en las reservas indias reflejan la situación general en el territorio del estado en el que se ubican. No es así.

54. El juego con apuesta está permitido en las reservas indias conforme a un sistema que incorporan aspectos de las legislaciones federal y legislación del estado en el que se ubican basado en convenios (*compacts*) con los gobiernos estatales.

55. La ley de la materia, *Indian Gaming Regulatory Act*, establece el régimen conforme al cual las reservas indias estadounidenses pueden operar casinos en sus territorios. Esta ley regula tres tipos de máquinas, cada una con un mecanismo de control distinto. La denominada “Clase III” expresamente incluyen cualquier tipo de máquinas tragamonedas, conforme a la definición de la Ley de Instrumentos de Apuesta (*Gambling Devices Act*), y también incluye “*electronic or electromechanical facsimiles of any game of chance*”⁴⁴. Los juegos de Clase III están permitidos

memorandum, whether of value or otherwise, which may be exchanged for any money, credit, allowance or thing of value, or which may be given in trade, irrespective of whether it may, apart from any element of hazard or chance or unpredictable outcome of such operation, also sell, deliver or present some merchandise, indication of weight, entertainment or other thing of value.

CAL. PENAL CODE § 330b(2) (énfasis propio). La ley contiene un precepto similar que establece la misma prohibición y agrega que es aplicable si la máquina, “*is caused to operate or may be operated or played mechanically, electrically, automatically or manually.*” CAL. PENAL CODE § 330.1. Anexo R-007, p. 003.

41. CAL. PENAL CODE § 330b(4). La ley contiene otra prohibición en §330a en contra de la “posesión o resguardo de una “*slot or card machine or card dice*” si la operación “depende de la suerte o el azar”. No se ha determinado el propósito de este otro estándar, particularmente debido a que las opiniones del Procurador General en las que clasifica a las máquinas tragamonedas se basan exclusivamente en §330b. Anexo R--007, p. 002.

42. Véase anexo C-69, ¶¶ 7 y 8. Testimonio de Albert Atallah presentado en la audiencia administrativa celebrada el 10 de julio de 2001.

43. Íd.

44. Los juegos y máquinas de “Clase I” son aquellos juegos “sociales” en los que se obtienen premios de valor mínimo o bien también aquellos juegos tradicionales indígenas. Los juegos “Clase II” incluyen todas las formas de “bingo” y algunos juegos de cartas. Excluye de manera expresa “*electronic or electromechanical facsimiles of any game of chance or slot machines of any kind*”. 25 U.S.C.S. §§ 2703 (6), (7), (8); 25 C.F.R. §§ 502.3, .4. Anexo R-008, pp.001, 009 y 011.

únicamente si, entre otras cosas, están: (i) permitidos en el estado en el que se ubican y (ii) se realizan conforme un convenio tribal, “*Tribal-State compact*”⁴⁵.

56. La Comisión Nacional Indígena de Juegos (*National Indian Gaming Commission*) tiene como función emitir opiniones sobre la clasificación de juegos Clase III. La Comisión determina si un juego se clasifica en la Clase III a través de una prueba realizada por las cortes. Si en un juego interviene de manera sustancial el azar, de forma tal que no importe la habilidad con la que se opere la máquina, ésta se considera una máquina tragamonedas⁴⁶. Si la Comisión determina que el juego es de habilidad, se encuentra fuera de su jurisdicción; si es un juego de azar, entonces la máquina es de apuesta de la Clase III y únicamente puede ser jugada legalmente en territorio de las reservas indias de acuerdo con un convenio entre una tribu y el estado⁴⁷.

57. La Suprema Corte de Estados Unidos falló que las tribus indias de Estados Unidos son “soberanas” y libres de establecer los términos para regular este tipo de juegos en sus territorios al amparo de convenios entre las tribus y los estados. Como resultado, las circunstancias conforme a las cuales se permite los juegos de la Clase III (límites a los premios, etc.) en territorio de la reserva dentro de los estados difieren de la forma como el estado regula los juegos (y a menudo, las condiciones en las reservas son menos estrictas). Por tanto, el hecho de que esté permitido que las tribus operen ciertos aparatos y juegos no es ilustrativo de su legalidad en el estado de manera general. El anexo 50 de este escrito contiene una discusión sobre los casinos en territorio de reservas indias.

C. Aplicación de la ley en México

58. La SEGOB ha clausurado todo local abierto o cerrado en el cual ha detectado la operación de máquinas de las comúnmente conocidas como “tragamonedas”, “tragafichas”, “tragabilletes” o “tragadólares”, que funcionan de manera igual o similar a las que EDM operó en los establecimientos de Nuevo Laredo, Reynosa, y Matamoros.

59. En el último año y medio, la SEGOB ha clausurado en todo el territorio nacional 17 establecimientos en que operaban máquinas tragamonedas al margen de la Ley Federal de Juegos y Sorteos. Las clausuras incluyen tanto las de los establecimientos de EDM, como las de los de los señores Guardia y de la Torre a los que la demandante ha aludido en su escrito. Las máquinas clausuradas ascienden a un total de 2294⁴⁸.

45. Las reservas indias de Estados Unidos tienen jurisdicción exclusiva sobre juegos de Clase I, independientemente de la *Indian Gaming Regulatory Act* y sus requisitos sobre licencias, auditorías e investigación de antecedentes. 25 U.S.C.S. §2710 (a), (d). Anexo R-008, pp.003 y 005.

46. *Notice of Decision and Order* en el caso *Seminole Nation of Oklahoma*, 7 de mayo de 2002, p. 7; cita *U.S. v. Digger Merchandising Machines*, 202 F.2d 647, 650 (8th Cir.) (1953). Anexo R-008, p. 012.

47. *Challenger 9 Game Classification Opinion* página 1 (sin fecha pero probablemente después de junio de 1999 debido a que menciona correspondencia de esa fecha. Anexo R-008, p. 035.

48. Oficio No. DGAPC/177/03 del 12 de diciembre de 2003. Anexo R-009.

D. Aplicación de la ley en Estados Unidos

60. Al igual que en México, en Estados Unidos se han realizado acciones en las cuales se ha determinado que ciertas máquinas denominadas “de habilidad y destreza” (*skill-stop machines*) son en realidad máquinas tragamonedas ilegales. A continuación se describen algunos ejemplos.

61. En 1999, un hombre de Iowa fue sentenciado a cinco años de prisión por posesión de máquinas *Pachislo* que fueron consideradas como aparatos de apuesta ilegales (las máquinas *Pachislo* se producen en Japón y tienen botones “mediante los cuales el jugador con ‘destreza’ puede detener los carretes” (*skill-stop buttons*)). Aunque el acusado argumentó que él pensaba que las eran máquinas de entretenimiento, el estado demostró que se trataba de aparatos ilegales, ya que: (i) pagaban premios con un valor superior a los cinco dólares; (ii) permitían al jugador cambiar juegos extra gratis por dinero en efectivo; y (iii) incrementando el pago, el jugador podía aumentar sus oportunidades de ganar. Agentes de la División de Investigación Criminal de Iowa demostraron en el juicio la forma como los jugadores debían detener los carretes de las máquinas apretando botones⁴⁹.

62. Gracias a un anuncio en el que ofrecía máquinas tragamonedas, en 2001 agentes encubiertos de la policía de Maryland confiscaron cinco máquinas de *Pachislo* que un electricista tenía en su hogar. El detenido alegó que las máquinas *Pachislo* eran distintas de las máquinas de apuesta de tres maneras. Señaló que (i) “en lugar de tirar de una palanca y esperar que las ruedas de limones y cerezas dejaran de girar, un jugador de *Pachislo* puede presionar un botón para detener el movimiento”; (ii), las máquinas funcionan con monedas de juego en vez de dinero, aunque las compañías que venden máquinas *Pachislo* pueden modificarlas para aceptar monedas de veinticinco centavos en los estados en los que las máquinas de tragamonedas son legales”; y, (iii) generalmente pagaban premios más altos que las máquinas tragamonedas. La policía contestó:

*They are games of chance, take some form of currency and pay a reward. ‘They are Japanese slot machines, period,’ [a police sergeant] said. ‘They are spinning too fast to be a game of skill.’*⁵⁰

[Énfasis propio]

63. En 2003 se descubrió a un empresario de Missouri que vendía “*Pachisuro*” (otro nombre para las *Pachislo*). Declaró que las máquinas eran legales conforme a la ley estatal porque requerían un nivel de habilidad, aludiendo al hecho que cada aparato tiene tres botones en el frente que le permiten a los jugadores detener cada carrete de manera independiente. Sin embargo, un experto declaró que la operación de los juegos dependía más de la suerte que de la habilidad “porque los botones mediante los cuales el jugador puede parar el juego solo le hacen

49. Hicks Lynn, *Jurors hear arguments in slot case: The couple’s attorney says their machines are for amusement and not for commercial gambling*, Des Moines Register, 8 de abril de 1999, p. 3M; Hicks Lynn, *Man draws prison term for having: Ronald Shepherd’s incomplete report of his criminal record doesn’t sit well with the judge*, Des Moines Register, 9 de junio de 1999, p. 3M. Anexo R-010, pp 001 a la 003.

50. Rona Kobell, *Police say ‘no dice’ to slot machines; Undercover officers seize home games*, *The Baltimore Sun*, 20 de febrero de, 2001, at 1B. Anexo R- 010, p. 05

creer que con su habilidad y destreza determina el resultado del juego”⁵¹. En este caso también se contó con la declaración de un empleado de una compañía que fabrica máquinas *Pachisuro*:

*[C]omputer software that drives IGT’s Pachisuro games randomly selects an outcome for each spin, much like the “random number generator” software that predetermines winning and losing spins in American slot machines.... Though Pachisuro players decide when each reel stops, [the official said] the computer decides where —within a range of options that fit the predetermined jackpot or no-jackpot outcome for that spin.*⁵²

64. De acuerdo con el artículo, un supervisor de la Oficina de la División de Missouri para el Control de Licores en el Distrito de Kansas City (*Kansas City district office of the Missouri Division of Liquor Control*) declaró que “en 1984 una corte de Missouri definió entre los juegos prohibidos de azar aquellos en el que la suerte es un factor, aun cuando no sea un factor principal”⁵³. Un sub-procurador hizo hincapié en que el argumento de azar frente al de habilidad y destreza es un elemento secundario al determinar si los juegos de *Pachisuro* violan la ley estatal, e hizo hincapié en el hecho de que “[s]i alguien introduce su dinero en ella y uno obtiene una ganancia de ello, y no se tiene una licencia, eso es apostar”. Debe destacarse que este empresario requería que sus clientes que firmaran una renuncia: (i) reconociendo que entendían que la máquina y las monedas de metal que compraban son para uso doméstico y exclusivamente para fines de entretenimiento; y (ii) que las leyes del Estado “pueden establecer sanciones penales y/o civiles por la operación del producto, si se utiliza de una manera que no se conforma con la legislación estatal”⁵⁴.

IV. REVISIÓN Y ANÁLISIS DE LOS JUEGOS OPERADOS POR EDM

65. La autoridad competente en México determinó que las máquinas operadas por EDM en México son máquinas tragamonedas prohibidas por la Ley Federal de Juegos y Sorteos, puesto que se trata de juegos de apuesta y en cuyo resultado interviene el azar. Las mismas máquinas operadas por EDM también han sido declaradas ilegales en Estados Unidos.

66. El siguiente análisis se sustenta en los testimonios de la propia demandante y en los anexos de sus Escrito de Demanda, en los que se describe las máquinas que operaba EDM en sus establecimientos de Matamoros, Nuevo Laredo y Reynosa. Además, durante la visita que ambas partes realizaron a las instalaciones de EDM en noviembre de 2003, la demandada encontró copias de los manuales de operación de las máquinas. Al comparar estos juegos con los que formalmente han sido analizados por diversas autoridades de Estados Unidos —por tribunales,

51. El artículo menciona que, en cuanto a máquinas tragamonedas el experto estadounidense, James Maida, comentó que no conocía alguna jurisdicción estadounidense que hubiere permitido este tipo de juegos, y que si el factor azar frente al de destreza era determinante en la legalidad de un juego, un experimento podría ofrecer una respuesta: “Qué tan bien puede uno jugar con los ojos vendados?”

52. El artículo comenta que un directivo de la compañía declaró “*players’ skill could influence the outcome of occasional bonus spins*”.

53. En 1984, la Corte de Missouri (*Missouri Court of Appeals of the Eastern District of Missouri*) determinó que las “*video slot machines*” son juegos de azar ya que el azar es “*a material element in determining the outcome*” *Thole et. al. v. Westfall*, 682 S.W. 2d 33, 37 (Mo. App. E.D. 1984). Anexo R-010, p.010.

54. Rick Alm, *Merchant says sale of slots is legal; Japanese machines raise questions*, *Kansas City Star*, 8 de junio de 2002, p. C1. Anexo R-010, p. 007.

procuradores de justicia y la Comisión Nacional Indígena de Juegos— se concluye que los mismos juegos operados por EDM han sido declarados prohibidos en Estados Unidos.

67. En su comunicado del 3 de agosto de 2000 a la SEGOB, EDM afirmó que los juegos que ya venía operando en Matamoros eran juegos “Bestco” y “S.C.I.”⁵⁵. Los documentos obtenidos en las instalaciones de EDM enumeran más de 100 máquinas fabricados por “Bestco”, S.C.I. o *Summit* en operación en sus tres establecimientos⁵⁶. A continuación se hace una revisión de cada juego en particular y se compara las descripciones de los fabricantes con el tratamiento que han dado las autoridades de Estados Unidos a este tipo de máquinas.

68. En resumen los establecimientos de EDM operaban máquinas de juegos:

- “*eight-liner*”, que los estados de Carolina del Norte y Texas han determinado son máquinas de apuesta.
- “*Bestco*”, “*Fantasy Five*” y “*reel game*” (juego de carretes) que han sido clasificadas como máquinas de apuesta por la Comisión Nacional Indígena de Juegos; y
- de video póquer, que los tribunales de Carolina del Norte y California han determinado son máquinas de apuesta⁵⁷.

A. Descripción de juegos “*Eight Liner*”

69. En su testimonio, el Sr. Kevin McDonald, quien afirma haberle vendido juegos a establecimientos de Thunderbird en México, declaró en su carácter de Presidente y Director General de S.C.I. (*Support Consultants, Inc.*) que un tipo de “máquinas de habilidad y destreza” o “*skill machines*” que había en los establecimientos de EDM en Matamoros, Nuevo Laredo y Reynosa eran “*Eight-Line Game of Skill*”⁵⁸. El Sr. McDonald también presentó un testimonio en la audiencia administrativa celebrada en julio del 2001 ante la SEGOB, en el que el Sr. McDonald describió con más detalle este juego: (i) “*The Multi-Action*” que consiste en varios juegos similares; (ii) “*Plum Crazy*”; (iii) “Carretes Ardiendo”; y (iv) “Riquezas de Libertad”⁵⁹. Los juegos *Eight-Liner* obtienen su nombre porque las ganancias se obtienen al coincidir símbolos iguales en uno de ocho carretes: tres horizontales, tres verticales y dos diagonales.

55. Escrito de Juan José Menéndez Tlacatelpa de fecha 3 de agosto de 2000 dirigido al Director General de Gobierno de la Secretaría de Gobernación. Anexo C-17 del Escrito de Demanda.

56. Anexo R-049.

57. Fotografías de estas máquinas juegos, tomadas durante las visitas a establecimientos de EDM. Anexo R-001.

58. Testimonio de Kevin McDonald, ¶ 10. Declaración G del Escrito de Demanda.

59. Véase testimonio de Kevin McDonald presentado en la audiencia con Gobernación celebrada en julio de 2001, ¶ 4. Anexo C-69.

Un documento obtenido del establecimiento de Nuevo Laredo enumera el juego “*Fantasy Five*” como una de las máquinas en las instalaciones de EDM. También enumera “*Blue Lightning*,” “*Broadway Lights*,” “*La mina de oro*,” “*Multi-touch screen*,” “*Pretty Penny*,” “*Rainbow Reels*,” “*Red Hot Reels*,” “*Red, White & Blue 7’s*,” “*7 Eight ways*,” y “*Very Cherry Bonus*”. Anexo R-049

70. En las instalaciones de EDM, las partes contendientes encontraron un manual de operación de las máquinas publicado por S.C.I. para la serie “4205 Game Board Series Eight Line Skill/Mina de Oro Skill Games”. El manual comprende los siguientes juegos: “8 Line with Bonus”, “Blue Lightning”, “Broadway Lights”, “Red Hot Reels”, “Red White & Blue Sevens” y “XX”. Las instrucciones para operar los juegos dejan claro que el jugador apuesta. El manual señala:

1. *Insert bills into Bill Acceptor. The Bill acceptor can be set up to accept denominations from one dollar to one hundred-dollar bills [se omite la referencia].*
2. *Press BET 1 or MAX BET to enter the number of credits you wish to wager. You may bet one to eight credits with BET 1 or bet all 8 at once using MAX BET.*
3. *Press SPIN to start the game.*
4. *To play another game, you have two options: either press SPIN to REBET and wager the same number of credits as in the previous game, or press BET 1 or MAX BET to wager a different amount. If your number of remaining credits is less than the amount you wish to re-bet, you must use the BET button, or insert more money.*
5. *If you wish to stop playing the game, but you still have credits remaining, press PAYOUT and the machine will either print out a ticket showing the value of the remaining credits or dispense coins if it is a hopper machine. You may redeem the cash ticket.⁶⁰*

71. En los establecimientos también se encontró un manual publicado por *Summit Ltd.* para el juego llamado “Mexico Multi-Action” (originalmente “Dynamo Multi-Action”). Aunque en la portada aparece escrita a mano la fecha 29 de diciembre de 2000, el instructivo mismo tiene fecha de publicación en 1995. Una máquina *Multi-Action* le ofrece al jugador opciones entre varios juegos. En este caso, el instructivo explica el objetivo y modo de operación para cada uno de los tres juegos:

This video terminal offers a selection of three games and dispenses a printed ticket that may be redeemed. The player may choose from: Fantasy Five Reel, Super Eight (8-line), and Dogs & Diamonds (8-line). The terminal is housed in a casino cabinet. A CRT is used to display all information. The terminal has one internally-mounted bill validator that accepts 1.00, 5.00, 10.00 and 20.00 bills.⁶¹

72. Algunos de los manuales ofrecen únicamente una descripción muy simple de los juegos, por ejemplo: “[l]a habilidad del jugador para hacer parar los carretes determina el resultado del juego”.

1. “Dogs and Diamonds”

73. El manual de “Dogs and Diamonds” establece:

The 8-liner game called “DOGS AND DIAMONDS” has nine windows arranged three by three. Each window displays part of one of the nine internal reels. The

60. Manual de *Support Consultants, Inc.*, p. 10. Anexo R-011

61. Instructivo *Mexico Multi-Action*, sección 1.0. Anexo R-012.

symbols on the reels include: **Cherries, Oranges, Plums, Bells, Melons, Red Bars, Blue Bars, Green Bars, Sevens, Triple Sevens and Diamonds...**

The player pushes the **SPIN** icon (or **START** button), starting the 9 reels spinning. The player must stop each of the three vertical reels (containing the 3 windows) by touching any of the windows. The player's skill at stopping the reels determines the outcome of the game played. Credits are awarded for each line played with a winning combination.

A Progressive Jackpot is available to a player by playing a minimum of 2.00 in any of the three denominations (0.05, 0.25 and 1.00 credits). The player must have seven, eight, or nine 7's showing after the reels have stopped spinning. The value of the progressive is operator-adjustable and increments at 1%.⁶²

2. "Super Eight"

74. Para el juego "Super Eight" el instructivo establece:

The 8-liner game called "Super Eight" has nine windows arranged three by three. Each window displays part of one of the nine internal reels. Each reel has 32 symbols on it. The symbols include: **Cherries, Oranges, Plums, Bells, Melons, Single Bars, Double Bars, Triple Bars and Sevens....**

The player pushes the **SPIN** icon (or **START** button), starting the 9 reels spinning. The player must stop each of the three vertical reels (containing the 3 windows) by touching any of the windows. The player's skill at stopping the reels determines the outcome of the game played. Credits are awarded for each line played with a winning combination. The player has the option to play the maximum of whatever credits that may be available, up to a maximum of 16.00. The player also has the option of changing the wager before the game has begun by touching the **PLAY UP** or **PLAY DOWN** screen menu icons.⁶³

B. Consideraciones en Estados Unidos sobre los juegos "Eight-Liner"

75. Según se indicó, la legislación de Carolina del Norte prohíbe cualquier juego de azar ("any game of chance"), de hecho, prohíbe de manera expresa las máquinas de juego "Eight-liner video gaming machines"⁶⁴. La ley de juegos y sorteos de Texas prohíbe aquellos juegos cuyo resultado pueda ser afectado total o parcialmente por el azar, aun si involucra algún grado de destreza. Las cortes de Texas han declarado que los juegos "eight liner" son juegos ilegales de apuesta.

76. En el caso *Hardy v. Texas* las autoridades de Texas confiscaron juegos llamados "eight liners" porque eran instrumentos de apuesta. De acuerdo con la Suprema Corte de Texas "las ganancias en los eight liners se obtienen al hacer coincidir símbolos en uno de ocho renglones — tres horizontales, tres verticales y dos diagonales— lo cual les da su nombre". La decisión de la

62. Íd., sección 2.3.

63. Íd., sección 2.1.

64. La ley define "video gaming machine" como "una máquina de video que requiere que se inserte una moneda, ficha o el uso de una tarjeta de crédito o de débito para funcionar" N.C. Gen. Stat. § 14-306.1 (c). Anexo R-005.

Corte de que se trata de máquinas prohibidas se basa principalmente en el hecho de que los premios violan los tipos y rebasan los límites que la legislación de Texas permite. La corte destacó incluso que el operador de los juegos testificó que los *eight liners* son aparatos electrónicos que involucran el azar en alguna forma⁶⁵. La Corte determinó que, por tratarse de juegos con apuesta, la confiscación de estos juegos estuvo apegada a la ley⁶⁶.

77. En el caso *Texas v. One Super Cherry Master Video 8-Liner Machine* las autoridades estatales también confiscaron juegos denominados “*eight-liner*”⁶⁷. El tribunal de primera instancia determinó:

*The eight liners resemble slot machines and require quarters or paper currency in denominations of one, five, ten, or twenty dollars to play. The eight liners operate on a combination of skill and chance, according to some evidence; according to State witnesses, they operate purely by chance and a player can do nothing to enlarge his chances of winning.*⁶⁸

[Énfasis propio]

78. En apelación, la Suprema Corte de Texas confirmó que las máquinas fueron confiscadas de manera legal por se instrumentos de apuesta ilegales⁶⁹.

C. Descripción del juego “*Fantasy Five Reel*”

79. En su testimonio, el Sr. McDonald declaró que otra categoría de máquinas que se encontraban en las instalaciones de EDM son de juegos tipo “*Five-Line Game of Skill*”, el llamado “*The Multi-Action*”⁷⁰. El manual de “*The Multi-Action*” que ya se comentó también aplica a otro juego “*five-liner*” llamado “*Fantasy Five Reel*”. La explicación que éste proporciona es la siguiente:

This video reel game has 5 reels with 5 possible win lines...

The lines are numbered from 1 to 5. As each credit is played, additional win lines are enabled in sequence. The first credit played allows the player to win on Win Line #1. The second credit played allows the player to win on Win Line #2 and so on.

*The player pushes the **SPIN** icon (or **START** button), starting the 5 reels spinning. The player must stop each of the 5 vertical reels by touching any part of the reel(s). The player’s skill at stopping the reels determines the outcome of the game played.*

65. 102 S.W. 3d. 123, 125 (Tex. 2003).Anexo R-013, p. 001

66. El testimonio de Kevin McDonald ofrecido con el Escrito de Demanda señala que los juegos que había en los establecimientos de EDM incluían “*Eight-Line Game of Skill*”. Declaración G del Escrito de Demanda, p. 2, líneas 13-16.

67. La compañía Bestco desarrolló el juego “*Super Cherry Master*” sobre el cual se puede obtener información en <http://www.bestcogames.com/reelgame.htm> (consulta el 9 de octubre de 2003). Anexo R-014

68. 55 S.W. 3d. 51, 54 (Tex. App. 2001). Anexo R-013, p. 13.

69. 102 S.W.3d 132 (Tex. 2003). Anexo R-013, p. 20.

70. Testimonio de Kevin McDonald. Declaración G del Escrito de Demanda, ¶¶ 4 y 10.

*A Progressive Jackpot is available to a player by playing the minimum of 2.50 in either 0.05 or 0.25 credits or 3.00 in 1.00 credits. The player must have 5 gold bars in a row on either the three horizontal wine lines or the two diagonal win lines.*⁷¹

[Énfasis en el original]

80. El instructivo de “*Fantasy 5 Game*” fue publicado por *Intuitive Corporation* en 1998. Explica cómo el operador (no el jugador) controla la manera como una máquina se juega y lo que la dará como premio. La explicación para “*REEL SPEED*” señala que: “de fábrica los carretes vienen con una velocidad normal por omisión. Hay cuatro velocidades para los carretes: normal, rápido, muy rápido y *use doors*”. La sección sobre premios estipula:

BASE PAY RATE:

*The base pay rate is the percentage of points to be awarded the player. If set to 75%, the player would win, on the average, 75 points for every 100 points played. Actual credit in/credit out ratio is difficult to guess, but the game will regulate itself to the setting. The higher the number, the longer the player will play. The default value is set to 75%. This can be changed to a value within the range of 50-95%.*⁷²

El instructivo también indica que el total en premios que otorga una máquina también se encuentra predeterminado por el operador, no por el jugador. Una sección llamada “*MAX WIN/GAME*” establece:

*The maximum dollar amount that can be won for each start. The game automatically knows the number of starts since it was last cleared and will only print the total number of tickets allowable for that number of starts. Any credits left over, even if they may equal a whole ticket(s), are either kept on the machine or tossed.*⁷³

D. Consideraciones en Estados Unidos sobre el juego de carretes “*Fantasy Five*”

81. Según se señaló, la Comisión Nacional Indígena de Juegos se encarga de clasificar juegos, incluido en la Clase III que corresponde a juegos con apuesta permitidos sólo en territorio de las reservas indias, siempre y cuando exista un convenio entre la reserva india y el estado⁷⁴. La Comisión ha clasificado el juego “*Fantasy Five*” de Bestco como un juego de apuesta.

82. En 2002, la Comisión emitió una decisión (“*Notice of Decision and Order*”) que clasifica varios tipos de máquinas de juegos electrónicos de video con carretes incluidos dos juegos

71. Manual de *Fantasy 5 Game*, sección 2.2. Anexo R-015.

72. Íd., p. 13 y 14.

73. Íd. p. 20.

74. Todas las opiniones de la Comisión sobre la clasificación de juegos pueden ser consultadas en: <http://www.nigc.gov/nigc/nigcControl?option=OPINIONS>.

fabricados por *Bestco Games Company* “*Fantasy 5*” y “*Rainbow Reels*”⁷⁵. Al clasificar estos juegos en la Clase III la Comisión observó:

Rainbow Reels is a five-reel, five-line machine [se omite referencia]. When the player presses the start button the five video reels begin to rotate, [se omite referencia]. The player stops each reel individually by pressing a button. There are 8 different icons in the reel rotation. In a sequence of over 380 icons, no repeating pattern could be identified. Furthermore, as the icons rotate through the video window, individual icons change into other icons, referred to as “morphing” by the Chairman’s expert [se omite referencia]. Finally, the operator can establish a pay level- the retention ration.

Fantasy 5 is also a five-reel, five-line machine manufactured by the same company as Rainbow Reels, Bestco Games Company. [se omite referencia]. It is operated in similar manner to Rainbow Reels [se omite referencia]. In addition, it has a graphic on the bottom of the video screen that is a bonus round. The operator controls the bonus percentages.⁷⁶

...

Not only do the games look and act like classic slot machines, the successful play of the games involves a substantial element of chance. Each of these games exhibit combinations of characteristics that are indicia of chance, including reels that morph, reels that spin rapidly, reels that contain a large number of icons that tend to blur, games that are predetermined and contain retention or award ratios, and devices that contain an all stop button.⁷⁷

83. La Comisión clasificó estos juegos como máquinas de apuesta de Clase III por cinco razones:

- La semejanza que tienen con máquinas tragamonedas “*slot machines*”, ya que “en las pantallas aparecen iconos agrupados en carretes que giran de manera muy rápida.
- El resultado del juego se da de manera aleatoria, al azar y excluye la posibilidad de que la habilidad sea un componente importante en el juego; ya que “cuando un jugador oprime el botón para parar la máquina los carretes del juego: (i) no sigue la secuencia de los iconos que cambia; y (ii) los carretes no paran inmediatamente, sino que continúan girando en la pantalla después de presionar el botón.

75. La Comisión también ha declarado que “*Reels of Skill*” se basa “en el código y *software* de un juego llamado “*Cherry Master*” fabricado por la empresa DYNA”. Como ya se señaló, Bestco fabrica un juego llamado “*Super Cherry Master*” Los juegos de carretes (*reel games*) de Bestco se encuentran listados con sus perfiles descriptivos en <http://www.bestcogames.com/reelgame.htm> (fecha de consulta 9 de octubre de 2003). La Comisión también ha declarado que “*Crazy Reels*” es una máquina de Clase III, aunque la Comisión declaró que estaba emitiendo una opinión de “cortesía,” no una decisión formal (“*decision of the Commission*”). Oficio de Richard Schiff, Asesor Legal, *National Indian Gaming Commission* al Sr. D.K. Thomas, Eurotek Designs USA, 7 de abril 1999. Anexo R-013, p 053.

76. Puede consultarse la lista de juegos de carretes de Bestco (“*reel games*”) y su descripción en: www.bestcogames.com/reelgame.htm (fecha de consulta el 9 de octubre de 2003). Anexo R-014.

77 *Notice of Decision and Order, In the Matter of the Seminole Nation of Oklahoma*, 7 de mayo de 2002, p. 10. Anexo R-013, p. 022.

- “El patrón de los iconos varía de juego a juego”. La Comisión determinó que esto “impide que un ser humano pueda desarrollar la habilidad o memorizar o descifrar el patrón de los iconos” y, por ende, “le impide poder detener la máquina en el icono preciso que desea”⁷⁸.
- La Comisión determinó que las máquinas tenían “proporciones de retención o de premios”, lo que indica que los juegos “ya tienen un resultado predeterminado” y, por ende, “lo único que hace el jugador al detener la máquina es indicarle el resultado que ya ha sido seleccionado por el operador”.
- La Comisión concluyó que las máquinas tienen “un botón que detiene todos los carretes cuando se aprieta”, por lo que el resultado del juego lo “determina el juego en sí”⁷⁹.

84. En su determinación, la Comisión también revisó la clasificación de juego de azar que había dado al juego de Bestco “*Reels of Skill*”. La Comisión describe el juego de esta manera:

Reels of Skill is similar in outward appearance to a traditional slot machine. The machine consists of a white cabinet with a video screen with nine (9) windows arranged in a 3 X 3 pattern, and has a dollar bill acceptor and a ticket printer which dispenses credits via a paper receipt. The front of the machine has a start/play points button and four “skill buttons” which are used to play the game, including a “hold all stop button,” a “stop left” button, a “stop center” button, and a “stop right” button. There is a sequence of 27 icons of various shapes and colors (10 symbols, including a gold bell, a purple plum, a red cherry, a green watermelon) which appear in each of the nine (9) windows and when the game is in play they simulate three (3) rapidly spinning reels. The rate of simulated rotation is 1.5 seconds for completion of the 27 icon sequence through the window. The “all stop button” was intended to be used to stop the movement of the icons in all nine (9) windows simultaneously. Each of the other three (3) skill buttons was used to stop the icons located in the three window in one of the three (3) vertical rows or columns. Once the play is started the reels do not stop spinning until the player pushes a button.... The device also has a hold feature which can be utilized to “hold” two similar symbols in one line for replay during the next spin.⁸⁰

85. La Comisión determinó que no existía una diferencia sustancial entre los juegos en cuestión y el juego “*Reels of Skill*”, y citó esta determinación como precedente al determinar que “*Rainbow Reels*” y “*Fantasy 5*” son también juegos de azar.

86. La Comisión clasificó otro juego de carretes como juego de azar. Señaló que “*Challenger 9*” era similar en apariencia física a la máquina tragamonedas de “*8-liner*”, ya que tenía “una pantalla de video, una ranura para un billete de dólar, impresora de boleto... y botones

78. La Comisión destacó que “[e]n una secuencia de 380 iconos no se pudo identificar ningún patrón de repetición”.

79. Adviértase que la Comisión determinó que *Challenger 9* también se considera un juego de azar a pesar de que contaba con un botón para detener el juego en cada riel en lugar de un solo botón para tres carretes.

80. *Notice of Decision and Order, In the Matter of the Seminole Nation of Oklahoma*, p. 8. Anexo R-013, p. 022.

para jugar”, incluidos “dos botones para detener los carretes”. De acuerdo con la Comisión, “[u]na secuencia de 81 iconos (27 iconos repetidos 3 veces) de diversas figuras y colores aparece en cada una de las nueve ventanas, y cuando se encuentra funcionando el juego, los iconos simulan un riel que gira rápidamente y que pasa por la serie de 27 iconos en 1.8 segundos y permite 67 microsegundos por icono”. La Comisión describe la operación de este juego de esta manera:

*Once the “START” button is activated, the nine reels begin to rotate in a top to bottom simulation of mechanical reels spinning... There are nine independent windows spinning in a fixed pattern of 27 symbols. The premise is that reels continue to spin until the player activates the “STOP” button, at which time the first reel stops on a symbol on the video reel. The second reel begins to spin until the player again depresses the “STOP” button. The player continues this process of depressing the “STOP” button until all nine reels have stopped.*⁸¹

87. La Comisión determinó que el “*Challenger 9*” es un juego de azar por cuatro razones:

- los botones para detener cada carrete (en lugar de uno para parar todos los carretes de manera simultánea) no “tienen un impacto en el elemento sustantivo de suerte, presente en el juego” ya que las pruebas realizadas demostraron que los 27 iconos “giraban a tal velocidad que básicamente eliminaba cualquier elemento de habilidad que intente utilizar el jugador para afectar el resultado del juego”⁸².
- Grabaciones realizadas en cámara lenta, permitieron a la Comisión determinar que la velocidad de rotación de los carretes aumentaba conforme aumentaba el tiempo que esperaba el jugador para oprimir el botón que los detenía” con la finalidad de evitar que el jugador mejorara su desempeño conforme pasara el tiempo al tratar de memorizar la secuencia de los iconos.
- Después de que se activa el botón para detener el juego, el carrete continúa girando siguiendo la secuencia correcta de los iconos, y se detiene hasta que algunos de estos han pasado. Finalmente, el número de los iconos que pasan antes de que se detengan

81. *Challenger 9 Game Classification Opinion*, pp. 3 a la 5. Anexo R-013, p 035.

82. La decisión señala que se basó en parte en “*the expertise of Gaming Labs International, a game testing company*” aunque no aclaró qué tipo de pericia fue involucrada, como tampoco comentó sobre las conclusiones de esta consulta. James Maida, en quien Thunderbird se apoyó como perito y quien entregó un testimonio sobre la definición de “juegos de habilidad y destreza” para la audiencia ante la SEGOB en julio del 2001, era el Presidente de “*Gaming Laboratories International*”, de acuerdo con su testimonio. Adviértase que el Sr. Maida declara que “compareció ante la Legislatura de Missouri cuando consideró la Iniciativa 740 del Senado, que enumera y define los juegos de habilidad y destreza para los propósitos del juego en barcos que navegan sobre el río en el Estado de Missouri”. La ley de la materia de Missouri incluye video póquer, entre otros, en la lista de “juegos de habilidad destreza”. Sin embargo, Missouri permite juegos con apuesta en barcos, por lo que es irrelevante si éste involucra la destreza o el azar. De acuerdo con la ley, incluso un juego de destreza se considera un juego con apuesta (“*gambling game*”). § 313.800 R.S. Mo. (12); Mo. Const. Art. 3, § 39(e): “*Riverboat gambling authorized on Missouri and Mississippi rivers. -- The general assembly is authorized to permit upon the Mississippi and Missouri Rivers only, which shall include artificial spaces that contain water and that are within 1000 feet of the closest edge of the main channel of either of those rivers, lotteries, gift enterprises and games of chance to be conducted on excursion gambling boats and floating facilities*”. (Énfasis propio). Testimonio del Sr. Maida, ¶ 4. Anexo R-013, pp. 041 y 042.

los carretes varía en cada uno de éstos.

- El juego tiene una proporción matemática tal que retenía un porcentaje fijo de todo el dinero insertado a lo largo del ciclo matemático del juego⁸³.

E. Descripción de Video Póquer

88. El Sr. McDonald declaró que en las instalaciones de EDM también había “*The symbol Lock Game of Skill*” llamado “*Gold Mine*”⁸⁴. El Sr. McDonald señala que en este juego “*the player is given five symbols and has the opportunity to lock down (hold) any or all symbols in an attempt to create a winning combination on the payline*”. La descripción de Sr. McDonald hace evidente que se está en presencia del juego conocido como *video póquer*, pero en lugar de cartas se utilizan símbolos⁸⁵.

89. En los establecimientos de EDM se encontró una versión de un manual denominado “*4205 Game Board Series Instructions*” con el nombre de Thunderbird en la portada. Éste incluye descripciones de juegos de video póquer de las siguientes cinco modalidades: “*Jacks or Better*”, “*4th of July*”, “*Joker Poker*”, “*Deuces Wild*” y “*Flush Fever*”:

Jacks or Better Poker is a standard draw poker type of game. The player is dealt five cards. He may keep the cards or discard to receive new cards. If the DOUBLE-UP feature is turned on, he is then given the option to double his winnings. He may continue to try to double until he loses or decides to take his winnings.

All poker games may optionally be set to use Auto Hold (smart hold). The game computer suggests the best cards to hold for the easiest win according to the cards shown. If the player does not like the way the game computer has suggested, he may change the cards held by making his own selection.

4th of July Fours is a standard Jacks or Better poker game with the addition of a second (or bonus) screen. If either three or four fours are dealt, the bonus screen appears. The player can choose one of three fire crackers using the BET button. After selecting his fire cracker, he touches DEAL DRAW to select it. The three fire crackers randomly become 1X, 2X or 3X multipliers of the winning combination award. If the DOUBLE-UP feature is turned on, he is then given the option to double his winnings. He may continue to try to double until he loses or decides to take his winnings.

Joker Poker is a joker’s wild game using a single joker. The joker substitutes for any card to make a winning combination. If the DOUBLE-UP feature is turned on, he is then given the option to double his winnings. He may continue to try to double until he loses or decides to take his winnings.

Deuces Wild is a wild card type game. All four deuces are wild cards and substitute for any card to make a winning combination. Joker Poker is a joker’s wild game using a single joker. If the DOUBLE-UP feature is turned on, he is

83. *Challenger 9 Game Classification Opinion*, pp. 3 a la 5. Anexo R-013, p. 035.

84. Testimonio de Kevin McDonald, ¶¶ 4 y 10. Declaración G del Escrito de Demanda.

85. Íd., ¶ 10.

then given the option to double his winnings. He may continue to try to double until he loses or decides to take his winnings.

Flush Fever is a standard Jacks or Better Poker game with the addition of a second screen bonus. If the player receives either three or four 4's, the game enters a second screen. This is a city-scape with three firecrackers at the bottom of the screen. The player selects either #1, #2 or #3 using the BET button. The selected fire cracker explodes and fireworks are displayed. The firecrackers contain multipliers of 1X 2X or 3X. If the double-up feature is turned on in the game, the player has the option of trying to double his winnings. If he loses the double-up attempt, he wins nothing. If he wins the attempt, he can continue trying to double or take his winnings (including the bonus multiplier).⁸⁶

90. El instructivo demuestra por sí solo el tipo de juego que se trata.

F. Consideraciones en Estados Unidos sobre el juego de Video Póquer

91. La legislación de Carolina del Norte prohíbe “cualquier juego de azar” y prohíbe de manera expresa el “*video poker*”⁸⁷. La legislación de California prohíbe los juegos que “involucran cualquier elemento de azar”, salvo que sean juegos “predominantemente de habilidad”. En California el juego de video póquer es ilegal.

92. En 1983 el Procurador General de California examinó “un video juego operado por monedas que simula los juegos de “*blackjack, draw poker, hi-lo and craps*”. Describió el juego de esta forma:

[T]he device is essentially a video screen and a computer combined in a single cabinet. By placing a coin in a slot, the machine is activated and the player may select one of four games: blackjack, draw poker, hi-lo or craps. Each game is played by pressing the appropriate buttons with the video screen displaying representations of cards or dice in a manner consistent with the rules of the game and the choices of the player.⁸⁸

Debido a que el juego no le daba al jugador un premio ni le regalaba juegos o tiempo adicional de juego gratis, el Procurador General determinó que no era ilegal. Sin embargo, declaró que si el video juego se utilizara para apostar “por ejemplo, para recibir algo de valor... entonces sería un juego prohibido”⁸⁹.

93. El Procurador General concluyó que el juego de video póquer involucraba un “elemento de acaso o de azar” y por ende no encuadra en la excepción de juegos de destreza o habilidad:

In our view, the operation of the four-game machine described to us involves an “element of hazard or chance or of other outcome of such operation unpredictable by [the player]...” Skill is not the dominating factor in determining the results of the games.

86. 4205 Game Board Series Instructions, p. 12. Anexo R-016.

87. Véase Anexo R-05, pp. 010.

88. 66 Op. Atty Gen. Cal. 276, 1983 Cal. AG LEXIS 38, 1-2 (Sept. 5, 1983). Anexo R-013, p. 046.

89. Íd. p. 1.

*The rolling of dice on a craps table does not suggest any measurable skill; the practice of kissing the dice or blowing on them merely beckons luck. A simulated roll of the dice on a television screen is no more artful. When poker is played with cards and with competitors, it would be helpful to the player if he or she possessed a skill such as an ability to count cards or a knowledge of psychology. However, the number of cards in a poker computer program is unknown; a bluff or a poker face is not likely to change the outcome of a game when the opponent is a computer.*⁹⁰

[Énfasis propio]

94. De tal forma, las autoridades estadounidenses han determinado que los juegos “*eight-liner*”, “*Fantasy Five*” de Bestco y video póquer son todos juegos con apuesta. Las pruebas indican que también son juegos de azar, aun si pudiera haber algún elemento de habilidad o destreza —lo cual es dudoso—; pero esto último es, en realidad, irrelevante dado que involucran la apuesta. Por tal motivo en la opinión respetuosa de México sería inapropiado que el Tribunal se diera a la tarea de realizar un análisis para determinar por sí mismo si los juegos operados por EDM constituían, conforme al derecho mexicano, juegos lícitos de “habilidad y destreza” o juegos prohibidos por ser juegos de azar o juegos con apuesta. El Tribunal no debe ignorar que, además, esta cuestión ha quedado definida de manera firme por virtud de las sentencias de los tribunales federales mexicanos en los juicios instaurados por EDM. Según se explicará más adelante, este Tribunal no tiene competencia para actuar como un tribunal de apelación respecto de las sentencias de los tribunales nacionales.

V. LA CUESTION DE LA CERTIDUMBRE Y EL SIGNIFICADO DE “EXPECTATIVAS RAZONABLES”

95. Varias conclusiones se desprenden de lo expuesto anteriormente. Primero, el negocio de máquinas de juegos y sorteos está altamente regulado en cualquier parte del mundo y, de hecho, extensamente prohibido. Es evidente que es uno extremadamente riesgoso. El propio Thunderbird incluyó una sección sobre “riesgos legales” en su Informe Anual para 1996 que establece lo siguiente:

The legal issues surrounding gaming have not been fully resolved. The probability that new regulations and laws will be created is high. In addition, the Company's business plan is based to a large extent on its ability to market its products and services to gaming operations conducted on Native lands. The permissible scope of gaming permitted on Native land varies from state to state and is not clearly defined within the individual states. Until the issues are resolved, either through legislation or the courts, the future gaming on Native lands is uncertain. The outcome of the law in this area will obviously have an impact on the operations of the Company. Negative rulings, restrictive legislation and decisions by regulators to prosecute in these legal areas (particularly in the U.S.) could adversely affect the operations of the business of the Company. Separately, as of the date of this Annual Information Form, one of the Company's revenue sharing arrangements

90. Íd. p. 21.

*with Tribes has not been reduced to a written agreement. As such, if any disputes arise with respect thereto, the enforceability of the arrangements is uncertain.*⁹¹

96. Thunderbird reconoció otros riesgos:

*Regulatory: The ability to sell or place the VGTs in any country is dependent upon the regulatory authorities of various levels of government. The rulings made by the government continue to fluctuate and are dependent upon a number of political, economic and public oriented factors. The Company is dependent upon the government ruling in favor of allowing casino gaming and specifically VGTs and slot machines in their jurisdiction. Adverse government rulings may have a significant impact on the Company's ability to generate revenue.*⁹²

97. Según se detalla a continuación, Thunderbird ha enfrentado problemas legales y regulatorios de manera constante en Estados Unidos y en otros países —incluso podría enfrentar una responsabilidad penal en relación a sus operaciones en California con el mismo tipo de máquinas objeto de este procedimiento— y ha incursionado y abandonado de manera acelerada un número considerable de mercados dentro y fuera de Estados Unidos en los últimos años.

98. Thunderbird argumenta que solicitó la opinión de la SEGOB sobre la legalidad de sus operaciones y que la obtuvo mediante el oficio del 15 de agosto de 2000. Alega que procedió a realizar su inversión sobre la base de la certidumbre otorgada por este documento. Los hechos, sin embargo, demuestran que esto no es así. Thunderbird realizó su inversión (i) con base en la asesoría legal y financiera de sus abogados y socios mexicanos y estadounidenses; y (ii) en especial, con base en sus propias estrategias de negocios⁹³. Por ejemplo, después de haber sido

91. *Annual Information Form. Fiscal Year ended December 31, 1996*, de fecha 1 de mayo de 1997, pp. 16 y 17. Anexo R-017.

92. *Íd.*, p. 17.

93. Thunderbird ha omitido informar al Tribunal que en una sesión de su Consejo General celebrada el 17 de marzo de 2002, se discutió si Thunderbird debía demandar a Baker & McKenzie, el despacho de abogados que la ha venido asesorando en México, por negligencia profesional, al parecer, porque había confiado en la orientación proporcionada por ese despacho para proceder con su inversión en México. La sección 5 del acta señala:

Baker & McKenzie understand that our position is that they gave us a legal opinion that has gone completely wrong for us and we intend to hold them accountable. Now that we have made our position clear, this has become a high priority with this law firm. As a result, we may now see more positive results in the next 90 days. But we don't have a lot of confidence in them because they have been wrong up until now.

Albert Attalah informed the group that our investors and Thunderbird have two choices. One is to pursue a legal malpractice action against Baker & McKenzie. However, the investors do not want to spend any more money on legal actions and if we file against Baker & McKenzie they will bow out of working on these legal actions for us. Up until this point, Sr. Velasco has only concentrated on getting their bill paid but Mr. Atallah believes his focus has now changed and they are concentrating on winning our cases.

Mr. Mitchell says that Baker & McKenzie has informed them that they are now in this to the end and they say they believe they can win in the end. They say if they do not get the chance to pursue the cases in the Mexican courts then we cannot file an action against them because we have not allowed them to win in the Mexican courts.

demandado por incumplimiento de contrato por *A-1 Financiam*, una compañía propiedad de Doug Oien y Ivy Ong (los dos estadounidenses que admite “introdujeron” a Thunderbird a la “oportunidad” de “maquinas de destreza” en México)⁹⁴. El Sr. Atallah escribió a los abogados de *A-1 Financiam* para amenazar de contrademandar por haber inducido a Thunderbird a entrar a México con engaños y fraude⁹⁵. De hecho, Thunderbird había comenzado a operar aun antes de recibir de Gobernación el oficio mencionado.

99. El análisis de las expectativas del inversionista es importante por varias razones. Con respecto a su reclamación por violación al artículo 1110, Thunderbird argumenta que las acciones regulatorias interrumpieron la operación de los negocios en los que tenía una participación. Por ello, es necesario exponer al Tribunal las expectativas razonables reales de Thunderbird en el desarrollo de sus operaciones en México, y el riesgo de operar establecimientos con máquinas tragamonedas prohibidas por la legislación mexicana.

100. Las expectativas de Thunderbird son igualmente pertinentes al argumento que presenta sobre el artículo 1105. Al evaluar si la conducta de México al regular los juegos de azar y los juegos con apuesta podría considerarse contrario al nivel mínimo de trato reconocido por el derecho internacional consuetudinario, debe tomarse en cuenta el hecho que Thunderbird estaba plenamente consciente —o debió haberlo estado— del riesgo que existía de que los juegos que pretendía operar pudieran considerarse prohibidos. La aceptación consciente por parte de Thunderbird de ese riesgo debe excluir la posibilidad de que la materialización del riesgo pueda haber resultado de alguna forma injusto.

101. La experiencia de Thunderbird en la industria del juego y las circunstancias precisas en las que incurrió en México son relevantes para evaluar las expectativas razonables que podría tener en relación con el marco legal mexicano y el desarrollo de sus operaciones en México.

VI. RELACIÓN DE LOS HECHOS PERTINENTES

A. Historia de las Operaciones de Thunderbird

102. El escrito de demanda muestra poco de la historia corporativa de la demandante, con excepción de una breve referencia del Sr. Atallah en su testimonio: “*in the early 1990s Thunderbird was involved in Indian gaming activities in California and in the late 1990s Thunderbird shifted its activities to exclusive involvement in Latin American gaming and entertainment operations*”⁹⁶. Esta declaración omite información relevante que este Tribunal debe conocer.

103. Una revisión de las declaraciones de la demandante presentadas conforme a la legislación de valores de Ontario (*Ontario Securities Act*) así como de las pruebas que obran en el expediente revela aspectos importantes de la historia corporativa de la demandante que son directamente pertinentes a aspectos centrales del caso que presenta:

94. Escrito de Demanda, p. 4.

95. Anexo R-019.

96. Testimonio de Albert Atallah, Declaración E del Escrito de Demanda, ¶ 9.

- El hecho que la propia demandante anteriormente había descrito las ahora llamadas “máquinas de habilidad y destreza” como máquinas de juegos con apuesta.
- El conocimiento que la demandante tenía de los riesgos que corría, incluso de que sus operaciones con las llamadas “máquinas de habilidad y destreza” fueran clausuradas en ejecución de la ley.

1. Productos de estaciones de juego de Thunderbird

104. El Informe Anual de Thunderbird para 1996 incluye un glosario con las siguientes definiciones:

***Button control VGT** - a VGT machine that allows operation of the machine’s functions by pressing various buttons located on the machine.*

***Net drop** - the amount of money received by a VGT or slot machine net of amount paid out as prize money*

***Progressive jackpot VGT** - a group of similar VGTs where the software programs can be networked, offering a big grand prize that progressively increases as the group of machines are played.*

***Slot machine** - a machine, providing a game of chance, worked by the insertion of a coin and a random payout of coins based on the correct alignment of a number of reels.*

***Touch screen VGT** - a VGT machine that allows operation of the machine’s functions by touching the video screen of the machine rather than buttons or levers.*

***VGT or Video Gaming Terminal** - a computerized slot machine that incorporates a video terminal screen, central processing unit, memory and computer software to determine the frequency and amount of payout of prizes.⁹⁷*

[Énfasis propio]

105. Describe las estaciones de juego de la siguiente manera:

A VGT or Video Gaming Terminal is a computerized slot machine that incorporates a video terminal screen, central processing unit, memory, computer software and a random generator to determine the frequency and amount of payout of prizes. A user will input money, tokens or credit into the machine and play a game of chance in the hope of obtaining a return in prize money or credit. The games include the traditional slot machine-type games (that visually provides for the spinning of reels), card games (poker or blackjack) and Keno. Presently in the market place there are single game versions and multi-game versions.

...

97 Debe advertirse que Thunderbird subsecuentemente modificó el glosario eliminando las definiciones de “electromagnetic slot machines”, cambiando la de “VGTs” y añadiendo la de “skill machines”. Véase el *Annual Information Form, Fiscal year ended December 31, 1996* de fecha 01 de mayo de 1997, p. 1. Anexo R-017. Véase también *Annual Information Form, Fiscal year ended December 31, 2000* de fecha 04 de mayo de 2001, p. 1. Anexo R-020.

*Button control VGTs assembled by the Company for the gaming industry include Native Dimes, Native Nickels, Native Quarters, Broadway Lights, Wet'N'Wild, Red Hot Poker, Blue Lightning, 7's 8 Ways, Western Trains, Rack'em Up, Keno, Flying Aces, Raising 7's, Multi Poker, Match Suit, Super Bonus, Lady Bug, Very Cherry Bonus, Red White and Blue 7's and the Wizard Series of button control VGTs (includes the Wizard 8-Line, the Wizard Poker, the Wizard Poker/8-Line, the Wizard Poker/Blackjack, the Wizard Lucky Lines and the Wizard Dream Catcher). The Company also assembles the Hot Play touch screen VGT. Each machine has a similar assembly process, with the only variation in parts being the size of the terminal screen, whether a bill acceptor or a coin acceptor is installed, whether the machine dispenses coins or a cash ticket as the prize, the software program and the promotional sign on the machine. In addition, the customer may choose to assign the machine as a progressive jackpot VGT...*⁹⁸

106. Las máquinas que instaló en los establecimientos de EDM y que ahora describe como “máquinas de habilidad o destreza” son de este tipo. Es más, las pruebas disponibles sugieren en forma concluyente que Thunderbird contribuyó a los establecimientos de EDM el equipo sobrante que tenía y que previamente había sido declarado ilegal en Estados Unidos.

2. Thunderbird introdujo en México las máquinas de juego que utilizaba en Estados Unidos

107. De acuerdo con el Sr. McDonald, *Support Consultants, Inc.* (SCI) proveyó las máquinas utilizadas en México por EDM⁹⁹. El Presidente y Director General de SCI, Kevin McDonald, también fue ofrecido como testigo en el procedimiento administrativo ante la SEGOB.

108. No obstante que el Sr. McDonald reconoce en este procedimiento que SCI tenía alguna forma de inversión en las operaciones de Thunderbird en México¹⁰⁰ (un hecho que no declaró ante la SEGOB en el curso del procedimiento administrativo), ni él ni la demandante ha declarado sobre el alcance de la relación entre SCI y Thunderbird. De hecho:

109. La inspección de las partes contendientes del establecimiento La Mina de Oro en Nuevo Laredo en noviembre del 2003 reveló que, entre las máquinas utilizadas, se encuentran “*Very Cherry Bonus*” y “*Red, White and Blue Sevens*”, máquinas que operan con botones¹⁰¹. Éstas son algunas de las máquinas descritas en el Informe Anual de Thunderbird para 1996 como “[*b*]utton control VGTs assembled by the Company for the gaming industry...” (énfasis propio). El mismo documento define “VGT” como una máquina tragamoneda computarizada¹⁰².

98. Anexo R-024, pp. 6 y 7.

99. Declaración testimonial del Sr. McDonald, ¶¶ 6 y 7: “...SCI vendió y dio mantenimiento a máquinas de destreza para operaciones de Thunderbird en México. SCI también compró máquinas de destreza de otros proveedores, las vendió a Thunderbird y les dio mantenimiento para las operaciones de Thunderbird en México. Finalmente, SCI a menudo sirvió como consultor de Thunderbird con respecto a sus operaciones en México. SCI fabricó, distribuyó y dio mantenimiento a varias de las máquinas de destreza utilizadas.”

100. Íd., ¶ 6.

101. Anexo R-033

102. Nota al pie de página No. 97 de este escrito.

110. El establecimiento de Nuevo Laredo también tiene varias “VGT” llamadas “Mina de Oro” que funcionan con botones. Las describen los manuales encontrados en las instalaciones durante las visitas de las partes contendientes. Hay dos instructivos, uno con el nombre de Thunderbird en la portada y otro con el de *Support Consultants, Inc.* El manual de SCI es simplemente una copia del manual de Thunderbird, excepto por las siguientes diferencias:

- la portada del manual de SCI se refiere a juegos de “destreza”, pero el manual original de Thunderbird no hace esta referencia; y
- aunque ambos manuales contienen cuadros de premios (en la página 15) para cinco tipos distintos de juegos de video póquer (“4th of July,” “Joker Poker,” “Dueces Wild,” “Jacks or Better” y “Flush Fever”) la página titulada “Poker Game Descriptions” (página 12 en del manual de Thunderbird) ha sido excluida del de SCI y las palabras “poker” y “keno”, recurrentes de las páginas 11 a la 22, fueron modificadas en el de SCI¹⁰³.

111. El Sr. McDonald describe este juego como un “symbol lock game of skill”, pero el Tribunal podrá apreciar que no es más que un juego de póquer. El juego Mina de Oro da la oportunidad a los participantes, entre otras cosas, de jugar video póquer. El “*corporate disclosure statement*” de Thunderbird reconoce que el video póquer que se juega por dinero constituye un juego con apuesta:

A VGT or Video Gaming Terminal is a computerized slot machine that incorporates a video terminal screen, central processing unit, memory, computer software and a random generator to determine the frequency and amount of payout of prizes. A user will input money, tokens or credit into the machine and play a game of chance in the hope of obtaining a return in prize money or credit. The games include the traditional slot machine-type games (that visually provides for the spinning of reels), card games (poker or blackjack) and Keno. Presently in the market place there are single game versions and multi-game versions.¹⁰⁴

112. Thunderbird pretendía introducir a México más de las máquinas de juego que tenía como excedente de inventarios en Estados Unidos. En su *corporate disclosure statement* anunció que los términos de un arreglo con una tribu de California con la que SCI se encontraba en litigio disponía, entre otras cosas, la devolución de 404 máquinas de juego¹⁰⁵. En un borrador de la Carta de Intención Puerto Vallarta, la sección relativa al costo de las máquinas (*Cost of machines*) señala:

...the Group 1 investors (Thunderbird, Girault and Watson) will contribute 150 refurbished skill game machines provided by ITG [Thunderbird] at \$4000 per machine. This cost is \$2000 less than if brand-new machines were purchased from an independent contractor. The total cost for these machines will be \$600,000.¹⁰⁶

La Carta de Intención continúa:

103. Íd.

104. Anexo R-017, p. 6.

105. Íd.

106. Anexo C-63

*In conclusion, it should be noted that we have substantially re-worked the numbers to try to make this as favorable as possible for each of you. We have agreed to share the investment on equal basis. If you have any questions or disagree about the valuation of the machines, we will also agree to buy new machines, although new machines cost approximately \$7000 each and are not significantly different from what we are about to obtain in our inventory.*¹⁰⁷

113. La versión final de la Carta de Intención firmada por el Sr. Mitchell manifiesta:

*Group I Investors may contribute their existing machines in inventory at \$4000 per machine as a portion of their investment.*¹⁰⁸

114. Una declaración posterior del Sr. Mitchell incluida en el mensaje anual del Presidente a los accionistas de Thunderbird (posterior a las clausuras efectuadas por la SEGOB) informa sobre la decisión de la compañía de reducir su inversión en México en su balance general a cero. Además, destacó:

*The Company also wrote off \$209,000 in gaming equipment that was intended to be refurbished for the Mexican market.*¹⁰⁹

3. Thunderbird no tenía expectativas de un derecho para operar en México

115. Según lo señaló la demandada anteriormente, la historia reciente de las operaciones de Thunderbird en otros países es relevante para evaluar las expectativas razonables que podía haber tenido al incursionar en el mercado mexicano. Los documentos corporativos de Thunderbird indican que había incursionado y se había retirado de numerosos mercados y negocios debido a problemas legales relativos a la materia de juegos.

a. California

116. En los años noventa Thunderbird celebró cinco convenios para la instalación y mantenimiento de estaciones de video juegos con tribus indígenas estadounidenses. Les rentaba máquinas que utilizaban en casinos de las tribus en California. Para 1998, autoridades judiciales ya amenazaban con tomar acción penal para hacer cumplir las prohibiciones legales sobre casinos en California. Durante la sesión del Consejo de Administración de Thunderbird celebrada en Vancouver el 16 de abril de 1998, Jack Mitchell informó al Consejo que las autoridades judiciales le habían advertido que si las reservas indias no cumplían con la ley, enfrentarían una acción penal. El acta de la sesión establece:

He [Mr. Mitchell] indicated that the U.S. Attorney's Office would start enforcing the gaming laws in California sometime between May 13 and 16, the actual date being sixty days following the date on which the initial Pala Compact was signed. He indicates that now that the Compact has been signed, all of the tribes have been told that they must sign a similar compact by the May deadline. The U.S.

107. Íd.

108. Íd.

109. Anexo R-057.

Attorney's Office has presented the tribes with two options: (1) sign the Pala compact in which case they will be able to continue doing business provided they comply with the compact, or (2) shut down operations and negotiate their own compact, which is unlikely to be on terms any more favorable than the Pala Compact.

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

To explain what this meant, Jack indicated that the Company would not be able to supply parts of machines, sell machines or even collect receivables. He further indicated that the State's Attorney's Office would like a letter from Thunderbird to themselves as well as to the Tribes saying that Thunderbird would be dropping its support of those machines at the deadline and demanding the return of the machines. He indicated that the State's Attorney's Office wanted to make it very clear to the Tribes that they would not be doing business with them on any basis other than the two options presented above.

In summary, Jack indicated that it was his belief that the Indian Tribes would win in the long run. However, that did not solve the immediate problem which is that business may cease entirely at the May deadline. It is very certain that the State's Attorney's Office will take at least some steps but it is unlikely that they will be seizing machines or arresting the local populace. In fact the more likely scenario would be that they would take steps to interfere with the running of these casinos including such things as blocking the roads and possibly freezing bank accounts. Jack indicated that the Board needs to decide how it would proceed with any of the Tribes that it deals with should they decide not to elect one of the two options that have been presented. He indicated that he thought of the Tribes being dealt with only one might possibly elect to follow the compact. He thought the others would probably refuse to sign the compact but it is not clear what they will do.

The Board resolved that the Company should cease conducting business in California and take all steps to comply with the requirement of State's Attorney's Office once the May deadline is passed unless the matter is resolved in a manner that would permit the Company to continue operating without a reasonable threat of prosecution¹¹⁰

117. El Consejo resolvió que la compañía debía suspender sus actividades de negocios en California y tomar todas las medidas necesarias para cumplir con los requerimientos del

110. Acta de la Sesión de Consejo del 16 de abril de 1998, pp 2 a la 4. Anexo R-021.

Procurador General a más tardar en mayo, salvo que el asunto se resolviera de una manera que le permitiera continuar sus operaciones sin enfrentar un riesgo de acción judicial¹¹¹.

118. El Consejo también resolvió cancelar el 100% del valor de las máquinas de California, dada la incertidumbre de ese mercado¹¹². Thunderbird después anunció estos sucesos mediante diversas notas de prensa:

*The Tribes with which ITGC did business have indicated they will not sign a Pala Compact or enter into negotiations with the State and are at risk of enforcement actions by the U.S. Attorney, including seizure and forfeiture of gaming devices. As a temporary cessation of income is possible, management has decided to take a write-down provision of \$12.6 million in relation to the Company's California operations.*¹¹³

*The U.S. Attorneys in California have commenced forfeiture proceedings against Tribes that failed to accept the Pala compact process, including several that did business with the Company. To ensure compliance with the stated positions of the Justice Department, the Company has advised each of the Tribes with which it has revenue sharing agreements that will no longer accept any payments nor perform any of its obligations under the agreements under the current legal environment.*¹¹⁴

*The Company continues to collect revenue from one of its five revenue sharing agreements as one tribe entered into a Pala compact to avoid legal confrontation with the U.S. government. The Company averaged \$30,000 per month revenue from that tribe during the six months ended June 30, 1998.*¹¹⁵

*The Company recently sold and assigned all of its rights in its California-based Revenue Share Agreements with various Tribes to Support Consultants, Inc., a California corporation ("SCI"), in furtherance of its commitment to honor the mandate set by the U.S. Attorneys in California. The assignment included transfer of the Company's rights to revenue from the revenue share agreements with various tribes as well as assignment of loans. Title to the machines was not transferred to SCI. In consideration for the assignment to SCI, the Company accepted a note payable in the amount of US\$4.5 million to be paid in installments over three years, contingent upon SCI's success in collecting such sums from the various tribes.*¹¹⁶

The Company's prior activities in unsettled markets and its stipulated denial of a license in Colorado create challenge for it to be licensed in certain jurisdictions in United States. The Company has taken all steps possible to operate responsibly in regulated markets, including divestiture of its Internet business and removal of all officers and directors responsible for moving the Company into unsettled markets.

111. Íd., p. 4, ¶¶ 2 y 3.

112. Íd., p. 4.

113. Comunicado de prensa de Thunderbird, 22 de abril de 1998, Anexo R-088

114. Comunicado de prensa de Thunderbird, 14 de mayo de 1998, Anexo R-088

115. Comunicado de prensa de Thunderbird, 30 de septiembre de 1998, Anexo R-088

116. Íd.

*The Company was conservative in ceasing its operations in May, 1998 in California and ceasing collection of substantial revenues from its Tribal clients.*¹¹⁷

b. Carolina del Sur

119. El 17 de agosto de 1998 Thunderbird anunció que su participación en operaciones en Carolina del Sur corría riesgo debido a una demanda en contra de la industria de juegos que pretendía prohibir el video póquer. La demanda se sustentó en que la máquinas que operaban son instrumentos de lotería ilegales¹¹⁸. En consecuencia, la compañía anunció que liquidaría sus excedentes en inventarios:

We have completed the closing of our assembly plant and are continuing to liquidate excess inventory. The company will continue with its plans to exit the competitive machine and casino products sales business.

120. Es de destacar que Thunderbird comenzaba liquidar sus operaciones en Carolina del Sur no obstante que la Suprema Corte del Estado aún no había fallado sobre la legalidad de las máquinas de video póquer. El 1 de julio de 1998 el Departamento de Hacienda del Estado comenzó a informar a los portadores de licencias para expender bebidas alcohólicas que ya no se permitirían las apuestas, específicamente el video póquer, en los establecimientos. Thunderbird anunció:

*We believe the future political and judicial risks do not justify further investment and have begun to liquidate our limited operations in South Carolina.*¹¹⁹

c. Guatemala

121. En una carta a sus accionistas contenida en el Informe Anual para 1999, el Sr. Mitchell declaró que Thunderbird había defendido sus operaciones en Guatemala en contra de la acción legal iniciada por el Gobierno Federal. En la carta manifestó: “*The government was changed in a democratic election in August 1999. Early indications from the new government are that it is more favorably disposed to gaming operations, and we are expecting an end to the legal challenges*”¹²⁰.

d. Brasil

122. En 1997 Thunderbird celebró dos acuerdos distintos para desarrollar actividades en Brasil. Uno era un acuerdo de representación (*Representation and Marketing Agreement*) con *C.H.R. Eazy Comercio e Importação Ltda.* (“CHR”) para proveer máquinas de juego a través de un esquema de distribución ingresos. Otro fue un acuerdo para comprar el 50% de *Burgeon do Brasil Participações Ltda.* (*Burgeon*), una compañía de juegos y sorteos brasileña con operaciones en Brasil.

117. Comunicado de prensa de Thunderbird, 6 de noviembre de 1998, Anexo R-088

118. Anexo R-022.

119. Íd.

120. Véase carta de fecha 13 de abril de 2000 dirigida a los accionistas, *1999 Annual Report*, p. 1. Anexo R-023.

123. Sin embargo, estos acuerdos fueron terminados debido a los escasos recursos de la compañía y la incertidumbre del ambiente regulatorio: “*the Company’s limited financial and other resources, coupled with an uncertain regulatory environment relating to gaming in Brazil*”¹²¹. Específicamente, el Informe Anual de Thunderbird para 1998 señala “*the agreement with Burgeon was terminated and the Company has written off associated costs of US\$500,000 pertaining to the project. Further the Company does not intend to pursue the business opportunities presented under the agreement with C.H.R. and has written off costs of approximately US\$400,000 associated with the project*”¹²².

e. Negocio de apuestas por Internet

124. Thunderbird también estuvo involucrado en el establecimiento de casinos por Internet. En junio de 1997 anunció que una coinversión con *IGN Internet Global Network, Inc* para desarrollar un casino virtual en Internet se encontraba en proceso. La coinversión había obtenido una licencia para instalar un servidor para el casino en San Kitts. Se tenía pensado que el casino virtual, www.winstreak.com, iniciara operaciones en el segundo semestre de 1997¹²³.

125. En abril de 1998 Thunderbird declaró que intentaba obtener licencias para la operación del casino virtual pero que “*The United States considers Internet gaming illegal because gaming is conducted over telephone lines. Gaming conducted over telephone lines is strictly prohibited in the United States and is being challenged in the Courts*”¹²⁴. La compañía indicó que ésta fue la razón por la cual decidió ceder su propiedad en *Winstreak*.

126. De acuerdo con sus propias declaraciones, algunas de las operaciones de casinos en otros países en las cuales Thunderbird invirtió, por ejemplo Panamá, están permitidas. Sin embargo, es obvio que Thunderbird sabía perfectamente que este tipo de máquinas y, en general, los casinos no están permitidos en muchas jurisdicciones —de hecho, en la mayoría de ellas— y parece que conscientemente seguía una estrategia de negocios que está en los márgenes de la ley.

B. La decisión de EDM de establecer operaciones con “máquinas de habilidad y destreza” en México

127. La demandante argumenta que desarrolló sus operaciones con base en la “opinión” de la SEGOB del 15 de agosto de 2000. Según la demandante, “*Mexico reversed course and reneged upon its prior approval of Thunderbird’s activities*”¹²⁵. Antes de analizar el contenido del oficio de la SEGOB, debe apreciarse el papel que jugaron diversos particulares —Douglas Oien, Ivy Ong, Julio Aspe Hinojosa y Óscar Arturo Paredes Arroyo— en la decisión de abrir los establecimientos de EDM.

121. *Annual Information Form, Fiscal Year ended December 31, 1997*, de fecha 19 de mayo de 1998, p. 21. Anexo R-024.

122. Íd.

123. Íd. p.20.

124. Íd.

125. Escrito de Demanda, p. 1, líneas 16-17.

128. De acuerdo con la demandante, el proyecto en México procedió con base en el consejo y la orientación que recibió de estos individuos, no del gobierno mexicano:

*Oien/Ong were looking for investors to open and operate a skill machine facility similar to Guardia's. They proposed a revenue-sharing arrangement under which Thunderbird would back financially and operate one or more skill machine parlors in Mexico. Aspe and Arroyo would be utilized to obtain necessary local permits and deal with Gobernación.*¹²⁶

129. En el caso que la demandante presenta, la cuestión de que si realmente se apoyó en la orientación de sus socios de negocios y no en seguridades de la SEGOB es un asunto central que se relaciona directamente con la responsabilidad que le atribuye al Gobierno de México conforme al capítulo XI de TLCAN.

1. El papel de los señores Oien y Ong

130. Douglas Oien es (o fue) Presidente de una sociedad de responsabilidad limitada llamada *A-1 Financial International, Ltd*¹²⁷. Ivy Ong es un diseñador de casinos conocido en el medio que ha colaborado con tribus indígenas en los estados de Oklahoma y Nueva York en su esfuerzo por abrir casinos en territorio de éstas. Colaboró con el señor Oien en *A-1 Financial International*¹²⁸. La demandante explica que los señores Oien y Ong crearon EDM-México¹²⁹. Por tanto, el papel que jugaron es un aspecto clave en de esta reclamación.

131. Los señores Oien y Ong propusieron a Thunderbird y a EDM asociarse para abrir establecimientos de “máquinas de habilidad y destreza” en México. Un convenio de junio de 2000, *Revenue Participation and Consulting Agreement*, establece: “*the Parties* [conocidas como “*the Thunderbird Parties*” y “*A-1 Financial Parties*”] *agreed to participate in the development and operation of video machine games of skill and ability... throughout Mexico*”¹³⁰. En abril de 2001 Thunderbird y EDM celebraron un acuerdo con Doug Oien, Ivy Ong y *A-1 Financial International Ltd.*, lo que dio por rescindido el acuerdo de junio de 2000. En una carta del 20 de noviembre de 2001 dirigida a D. Scott Carruthers, abogado de *A-1 Financial International, Ltd.*, Albert Atallah declaró, “*Thunderbird and its investor group invested well over \$6,000,000 in cash and \$2,000,000 in capital equipment based upon the representation*

126. Escrito de Demanda, p. 5, líneas 2-5.

127. *Termination, Settlement and Release Agreement*, 12 de abril de 2001, p 9. Anexo R-019.

128. En 1996 el Sr. Ong se declaró culpable de haber falsificado fórmula para bebés. Rosamaria Mancini, *Oklahoma Developer Confirms Shinnecock Casino Deal*, *Long Island Business News*, 18 de julio de 2003; *Casino Proponent's Spotty Past Questioned*, *Newsday.com*, 18 de febrero de 2003; *Call For East End Intervention*, *Online Casinos Network*, 6 de mayo de 2003. Anexo R-024 *Termination, Settlement and Release Agreement*, 12 de abril de 2001, p. 6. Véase también Anexo R-019.

129. Escrito de Demanda, p. 7, líneas 1-2.

130. Las “*Thunderbird Parties*” eran Juegos de México, Inc., *International Thunderbird Gaming Corporation*, *Entertainmens de México Matamoros*, y *Entertainmens de México-Laredo*. Las “*A-1 Financial Parties*” eran Doug Oien, Ivy Ong, y *A-1 Financial International, Ltd.* *Termination, Settlement and Release Agreement*, del 12 de abril de 2001. Anexo R-019.

*made by your client concerning the viability of this business*¹³¹ (énfasis propio). En su Informe Anual para 2001, Thunderbird comunicó a sus inversionistas que estos individuos la habían inducido a tomar la decisión de invertir en México para abrir establecimientos de “máquinas de habilidad y destreza”:

Thunderbird and its investor group invested well over \$6,000,000 in cash and \$2,000,000 in capital equipment based upon the representation made by A-1 Finacial concerning the viability of business in Mexico. Based upon that representation, Thunderbird opened three locations and is currently battling the Government of Mexico in its attempt to shut the entire operation down. Thunderbird intends to file a cross-complaint against A-1 Finacial to seek not only the payments that have been made to date, but also for damages arising from fraud, intentional misrepresentation, interference with contractual relations, the cost to re-open the facilities, among other charges. Attorney James D. Crosby filed a Motion to Quash Service of Summons for Lack of Personal Jurisdiction on behalf of Thunderbird.¹³²

2. El papel de los Sres. Aspe y Arroyo

132. En la respuesta a la solicitud de documentos adicionales de la demandada, Thunderbird proporcionó una carta del 10 de agosto de 2000, dirigida a los señores Aspe y Arroyo al parecer por Peter Watson, en la que menciona el pago de una cuota de éxito (*success fee*). Establece lo siguiente:

On behalf of International Thunderbird Gaming, I wish to confirm payment, which will be made at your direction, and upon your written instructions, of the sum of \$300,000.00 (Three Hundred Thousand) USD, payable as a success fee upon your delivery on behalf of Thunderbird, of a letter from Gobernacion, no later than August 15, 2000, which shall be acceptable and to the full satisfaction of ourselves and our counsel Baker and McKenzie, S.C., which indicates that, according to the applicable laws of Mexico, there is no opposition or limitation to operate our skill machine venture in the Republic of Mexico. In the event, for any reason, in contravention of the said letter, the Mexican authorities should close the operation, any additional payment would be waived, in which case it would be at Thunderbird's discretion to appeal and defend with or without your services. If we prevail in any such defense, no additional success fee would be owed.

It is our mutual understanding that the above-mentioned letter will be granted exclusively for the benefit of Thunderbird and/or its subsidiaries or designees in Mexico, and that no other such permission would be granted to other potential competing parties; otherwise, no additional fees would be owed. If, however, no other such letter is granted, then Thunderbird agrees to pay additional success fees at the rate of 1,000 USD per machine...

131. Carta de Albert Atallah a D. Scott Carruthers del 20 de noviembre de 2001. Anexo R-019. Estos documentos son parte del expediente en la demanda entablada por Thunderbird contra *A-1 International*. México los obtuvo del expediente judicial del Tribunal Superior de California en Orange County.

132. *International Thunderbird Gaming Corporation, Annual Information Form, Fiscal Year Ended December 31, 2001*, de fecha 12 de mayo de 2002, 17 (énfasis propio). Exhibit R-026.

This commitment to pay additional fees shall commence from the day hereof, and until April 30, 2001, unless there is a law enacted and enforced allowing or limiting such type of machines, in which case, the additional success fee shall be inapplicable.

It is understood and agreed that Thunderbird will install a minimum of 650 machines by October 15, 2000, and an additional 350 machines by December 1st, 2000, for which payment of \$350,000 USD will be due on or before October 15, 2000 and and [sic] additional payment of \$350,000 will be due on or before December 1, 2000. Such additional fees shall also be paid at your discretion and upon your written instructions.¹³³

[Énfasis propio]

133. El anexo B del Acuerdo de Suscripción de EDM contiene un documento en papelería de Thunderbird titulado “*Matamoros Skill Game Operations*”, que establece:

LEGAL COSTS. *The original plan contemplated a potential legal challenge (Amparo process) resulting in substantial and ongoing legal fees and costs. This process was avoided through an application filed by EDM-Matamoros to Gobernacion. EDM-Matamoros ultimately paid a success fee of \$300,000 to a group of attorneys who pursued the application to Gobernacion and secured a letter from Gobernacion to the effect that Gobernacion “blessed” the operation so long as Skill Games were used. Gobernacion determined it did not have jurisdiction over “Skill Machines” (i.e. it is a local municipal matter). EDM-Matamoros is taking on responsibility for the payment of the \$300,000 success fee irrespective of the fact that future Skill Game Operations benefit from the payment of the fee but expects to recover such costs. (See item 3C) [relativo al acuerdo de franquicia].¹³⁴*

134. Aunque el borrador de la carta tenía fecha de 10 de agosto de 2000, EDM presentó su escrito a la SEGOB el 3 de agosto de 2000. Juan José Menéndez Tlacatelpa (quien era accionista de EDM y su Administrador Único) fue quien la suscribió, no los señores Aspe y Arroyo. El que Thunderbird haya pagado una cuota éxito a dos individuos para obtener una autorización de la SEGOB, no obstante que otro individuo ya había presentado la “solicitud”, suscita dudas sobre qué papel desempeñaban los señores Aspe y Arroyo, y por qué se les pagaba 300,000 mil dólares (potencialmente hasta 1 millón de dólares), y de qué manera estarían en posición de asegurar que la SEGOB no otorgara un “permiso” a otros competidores de EDM.

135. La demandada ha solicitado en repetidas ocasiones que la demandante le proporcione los documentos relativos a la participación de los señores Oien y Ong, Aspe y Arroyo, para comprender con precisión el papel que desempeñaron en la decisión de Thunderbird de invertir en México y de EDM de abrir y operar establecimientos de “máquinas de habilidad y destreza”. La demandante se ha rehusado a proporcionar cualquiera de estos documentos.

136. La demandada no tiene la carga de revelar la verdadera historia detrás de la decisión de Thunderbird de abrir establecimientos de juegos de azar y juegos con apuesta México. Basta con

133. Carta de Peter Watson del fecha 10 de agosto de 2000. Anexo R-027.

134. Anexo C-28, sección 2.C.

que demuestre que la demandante no ha sido sincera al explicar sus decisiones de negocios (como tampoco lo ha sido en otros aspectos, según se discutirá más adelante).

C. Procedimientos judiciales instaurados por EDM

137. El 11 de octubre de 2001, después de haber llevado a cabo un procedimiento administrativo en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, la SEGOB clausuró los establecimientos de EDM en Matamoros y Nuevo Laredo por violación a la Ley Federal de Juegos y Sorteos, puesto que en ellos se desarrollaban juegos prohibidos. El 18 de enero de 2002 la SEGOB también clausuró el establecimiento de Reynosa.

138. La legislación mexicana ofrece a los particulares medios de defensa contra los actos de autoridad. EDM impugnó la resolución administrativa del 10 de octubre de 2001 ante los tribunales nacionales. Los juicios se resolvieron en contra de EDM y ésta subsecuentemente se desistió de los recursos intentados contra las sentencias respectivas. La cuestión de la legalidad de las operaciones de EDM conforme al derecho mexicano ha sido resuelta en definitiva.

1. Nuevo Laredo

a. Juicio de amparo

139. El 15 de octubre de 2001, EDM promovió juicio de amparo¹³⁵ ante el Juzgado Cuarto de Distrito en el Estado de Tamaulipas contra la orden de inspección y clausura emitida en la resolución administrativa del 10 de octubre de 2001, el acta de inspección y clausura del 11 de octubre y la clausura del establecimiento de Nuevo Laredo¹³⁶.

140. El juez de primera instancia le negó la suspensión provisional¹³⁷ de los actos reclamados el 18 de octubre de 2001. Argumentó:

...que para los efectos de en el presente momento resolver sobre la suspensión provisional, lleva a concluir que se contravienen disposiciones de orden público, pues conforme al artículo primero de dicha Ley Federal de Juegos y Sorteos, quedan prohibidos en todo el territorio nacional, en los términos de ese cuerpo legal, los juegos de azar y juegos de apuestas; además con su operación se sigue perjuicio al interés social, dada la adicción en que pueden caer los jugadores y las

135. El juicio de amparo es un sistema de revisión judicial de los actos de autoridad (ya sea que se trate de leyes, actos administrativos o resoluciones judiciales) ante tribunales federales para la protección de las garantías individuales —derechos fundamentales del individuo— establecidas en la Constitución en beneficio de los particulares, incluidas las garantías de audiencia y legalidad (debido proceso legal).

136. Demanda de juicio de amparo indirecto, 300/2001. p. 1. Anexo R-028/1

137. Un aspecto fundamental del juicio de amparo es la posibilidad del particular de solicitar la suspensión del acto reclamado para que las cosas guarden el estado que tenían mientras dure el juicio. Procede la suspensión del acto cuando al concederla no se cause perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público y los daños y perjuicios que se causen con la ejecución del acto sean de difícil reparación. Al presentarse la demanda, el juzgador puede ordenar la suspensión del acto reclamado en forma provisional, mientras resuelve en definitiva si la concede.

pérdidas económicas que pueden ser considerables; con quebrantamiento de la economía nacional por la afectación que puede sufrir el conglomerado social.¹³⁸

141. Debe destacarse que EDM impugnó cuestiones relativas al procedimiento administrativo seguido, pero no impugnó el fondo de la resolución administrativa de la SEGOB, por lo que el Juez de Distrito consideró que EDM había aceptado tácitamente que operaba juegos prohibidos por la Ley Federal de Juegos y Sorteos:

También se advierte de la propia demanda que el solicitante del amparo hace valer como motivo de inconformidad en los conceptos de violación, el quebranto de derechos de índole adjetiva, pero de ninguna manera impugna el contenido y consideraciones de la resolución administrativa pronunciada por el Director General de Gobierno de la Secretaría de Gobernación en el ya citado oficio DGG/2010/1986/01...

Ello es así por cuanto que el promovente del amparo no impugna ni controvierte el fondo de la resolución administrativa de referencia existiendo por tanto, aun cuando sea en una primera instancia, una determinación de que la empresa ENTERTAINMENS DE MÉXICO S. DE R.L. opera con juegos prohibidos por la Ley Federal de Juegos y Sorteos.¹³⁹

Concluyó:

es lícito concluir que encima del interés del particular se encuentra el interés social y el orden público, y ello justifica la negativa de la suspensión provisional de los actos reclamados.¹⁴⁰

142. Contra la resolución que niega la suspensión provisional, EDM interpuso recurso de revisión ante el tribunal colegiado de circuito competente¹⁴¹. El Tribunal Colegiado confirmó la decisión del Juez de Distrito de negar la suspensión provisional.

143. El Juez determinó negar la suspensión definitiva con base en el mismo razonamiento por el que negó la provisional. EDM nuevamente recurrió esta sentencia interlocutoria. No tuvo éxito.

144. El Juez de Distrito resolvió mediante sentencia del 30 de mayo de 2002. Sobreseyó (desechó la demandada sin resolver sobre el fondo) puesto que EDM había interpuesto ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa un juicio de nulidad contra los mismos actos reclamados y, en consecuencia, el juez de amparo estaba impedido de conocer de un asunto que también era revisado por otra autoridad jurisdiccional.

...los conceptos de impugnación de la demanda de nulidad prácticamente reproducen los conceptos de violación de la demanda materia del presente juicio. Luego entonces, es evidente la intención de la quejosa, de agotar la vía judicial y administrativa de impugnación al mismo tiempo, situación que no está permitida

138. Auto que niega la suspensión provisional, p. 4. Anexo R-028/2

139. Íd.

140. Íd.

141. El recurso de revisión es, en esencia, una apelación. Los tribunales colegiados están compuestos por tres magistrados.

por la ley reglamentaria del juicio de garantías. En ese orden de ideas, al acreditarse la causal de improcedencia invocada, lo procedente es decretar el sobreseimiento del juicio en que se actúa, en términos del artículo 73 fracción III de la Ley de Amparo¹⁴².

145. EDM interpuso recurso de revisión. El Tribunal Colegiado confirmó la sentencia dictada el 30 de mayo de 2002. Contra esta sentencia no procede otro recurso.

b. Juicio de Nulidad

146. Según explicó el juez de amparo, EDM demandó simultáneamente la nulidad de la resolución administrativa del 10 de octubre de 2001 mediante un juicio que interpuso ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa¹⁴³.

147. El 10 de mayo de 2002 la Tercera Sala Regional Metropolitana sobreseyó puesto que EDM también había interpuesto el juicio de amparo en contra de la misma resolución de la SEGOB en la que había argumentado violación a las mismas disposiciones legales y en tal virtud estaba impedida de conocer del asunto

...se constata que la hoy actora interpuso Juicio de Amparo Indirecto en contra de la orden de inspección y clausura de fecha 10 de octubre de 2001, dictado por el Director General de Gobierno de la Secretaría de Gobernación, resolución que constituye el acto impugnado en el presente juicio, en consecuencia, se actualiza la causal de improcedencia y sobreseimiento, toda vez que fue impugnado en un procedimiento judicial, por el que se reclama la clausura de los establecimientos mercantiles ubicados en Matamoros y Nuevo Laredo, por contravenir las disposiciones de la Ley Federal de Juegos y Sorteos. Asimismo, se desprende que en la demanda de amparo en sus conceptos de violación argumenta transgresiones de los artículos 5, 14 y 16 Constitucionales, 2, 3 fracción V, 83 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, 2 y 3 de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, de los cuales también hace valer conceptos de anulación en el escrito inicial de la demanda en el presente juicio¹⁴⁴.

148. EDM interpuso juicio de amparo en contra de esta sentencia. Sin embargo, se desistió de este antes que el Tribunal Colegiado resolviera.

2. Matamoros

149. El 23 de octubre de 2001 EDM promovió otro juicio de amparo contra la orden de inspección y clausura emitida en la resolución administrativa del 10 de octubre de 2001, el acta de inspección y clausura del 11 de octubre del establecimiento de Matamoros¹⁴⁵.

150. El juez otorgó la suspensión provisional. La SEGOB interpuso recurso de queja¹⁴⁶ por considerar que la actividad de EDM causaba perjuicio al interés social y contravenía

142. Sentencia en el juicio de amparo 300/2001, pp. 10 y 11. Anexo R-028/3

143. Demanda de juicio de nulidad, 19869/01 7 04 7, inciso II. Anexo R-029/1

144. Sentencia del juicio de nulidad 19869/01 p. 8. Anexo R-029/2.

145. Demanda de juicio de amparo indirecto, 471/2001. Anexo R-030/1

disposiciones orden público, puesto que operaba máquinas prohibidas por la Ley Federal de Juegos y Sorteos. El Tribunal Colegiado concedió la razón a la SEGOB, con lo cual revocó el auto por el que se había otorgado la suspensión provisional. El Tribunal Colegiado razonó de la siguiente manera:

Así las cosas, el hecho de que la impetrante pretenda explotar un negocio cuyo funcionamiento, en opinión de las autoridades responsables, contraviene la Ley Federal de Juegos y Sorteos, constituye por sí solo y por voluntad expresa del legislador una causa que da lugar a la clausura del establecimiento, lo que provoca la interrupción de las actividades que la ley reputa como prohibidas; de ahí que resulta improcedente la pretensión de la quejosa para obtener la suspensión de dicha clausura ya ejecutada, en tanto que de concederse esa medida cautelar se atendería contra disposiciones de orden público.

En efecto, la explotación de juegos de azar se encuentra regulada por el Citado Cuerpo Normativo, que previene de manera expresa la clausura del local respectivo en el supuesto en que se contraríen sus disposiciones, lo que entraña la intención del legislador de impedir inmediatamente el funcionamiento de centros de juegos de azar o apuestas que, de cualquier manera, contraría la regulación legal; lo anterior, sin duda, emana del interés de la sociedad en que no se establezcan arbitrariamente dichas negociaciones que pueden constituir centros de vicio, dado que la existencia de ese tipo de negociaciones en donde se lleven a cabo dichas actividades ocasionaría pérdidas económicas de las persona que ahí acudieran en perjuicio del patrimonio familiar.

Por consiguiente, es improcedente la suspensión de la clausura decretada, pues con tal medida se autorizaría a la quejosa ejercer una actividad que la Secretaría de Gobernación (única facultada legalmente para autorizar, regular y vigilar los juegos de azar y de apuestas) estima transgresora del orden jurídico, lo que entrañaría una contravención a normas de orden público contenidas en la Ley Federal de Juegos y Sorteos.¹⁴⁷

151. El 25 de enero de 2002 el Juez de Distrito negó la suspensión definitiva con base en la resolución de la queja por el Tribunal Colegiado¹⁴⁸. EDM interpuso recurso de revisión. La sentencia interlocutoria del 30 de abril de 2002 ordenó reponer el procedimiento. El juez confirmó la negativa de la suspensión definitiva mediante sentencia interlocutoria del 10 de junio de 2002¹⁴⁹.

152. El 21 de agosto de 2002 EDM se desistió del juicio de amparo. Con ello la sentencia del Juez de Distrito quedó firme. El desistimiento ocurrió después que el juicio de amparo correspondiente al establecimiento de Nuevo Laredo se resolvió en forma desfavorable para EDM y después de que el Tribunal Administrativo dictó la sentencia del juicio de nulidad que tampoco era favorable para EDM.

146. La queja procede contra el auto que conceda la suspensión provisional o definitiva, entre otros.

147. Resolución del Recurso de Queja 17/2001-V, pp. 39 y 40. Anexo R-030/2

148. Sentencia Interlocutoria del Incidente de Suspensión, p. 6. Anexo R-030/3

149. Sentencia Interlocutoria del Incidente de Suspensión. Anexo R-030/4

3. Reynosa

153. La empresa interpuso diversos juicios de amparo relacionados con el establecimiento de Reynosa. Desde que la SEGOB clausuró los establecimientos de Nuevo Laredo y Matamoros, EDM intentó impedir, por la vía judicial, la clausura del establecimiento de Reynosa. Interpuso sin éxito dos juicios de amparo. Ambos fueron sobreseídos¹⁵⁰.

154. Tras la clausura del establecimiento por la SEGOB, EDM recurrió nuevamente al juicio de amparo contra la clausura. Sin embargo, éste fue sobreseído por el juez de Distrito al conocer que EDM había interpuesto un juicio de nulidad contra la resolución del 10 de octubre de 2001 y sus efectos¹⁵¹.

155. Ante la sentencia de sobreseimiento del juicio de amparo EDM interpuso el recurso de revisión, pero se desistió de éste antes obtener una resolución.

4. El estado que guardan las resoluciones de la SEGOB

156. EDM cometió errores fundamentales en su estrategia al haber intentado impugnar simultáneamente los mismos actos en dos foros distintos. Todos los juicios interpuestos por EDM fueron sobreseídos y las resoluciones de la SEGOB han quedado firmes como jurídicamente válidas y legales.

157. Este es una cuestión fundamental puesto que la reclamación que Thunderbird ha presentado gira en torno de la legalidad de sus operaciones conforme al derecho mexicano, concretamente, conforme a la Ley Federal de Juegos y Sorteos y la supuesta “aprobación” de la SEGOB contenida en su oficio del 15 de agosto de 2000.

158. La SEGOB es la autoridad mexicana encargada de interpretar y aplicar la Ley Federal de Juegos y Sorteos, y de vigilar su cumplimiento. En ejercicio de sus facultades legales, la SEGOB determinó que las operaciones de EDM involucran el juego de azar y el juego con apuesta, por lo que procedió a clausurar los establecimientos y las máquinas utilizadas en ellos según lo ordena la Ley (véase los artículos 8 y 14). EDM agotó los recursos internos y, como resultado de éstos, los actos de la SEGOB han sido respaldados por los tribunales mexicanos.

159. Un juez señaló expresamente que EDM había consentido tácitamente que operaba juegos prohibidos. Además, al haberse desistido de los diversos juicios interpuestos, EDM expresamente ha admitido la validez y la legalidad de los actos de la SEGOB. Así lo ha confirmado la Suprema Corte de Justicia mediante jurisprudencia firme¹⁵².

160. La demandante no informó a este Tribunal de los medios de defensa que EDM tuvo a su alcance y accionó hasta agotarlos. Tampoco le informó que los tribunales nacionales desearon

150. Juicios de amparo 676/2001 y 809/2001.

151. Anexo R-029.

152. Desistimiento de la demanda en el juicio de amparo. Implica el consentimiento expreso de los actos reclamados, resultando improcedente un nuevo juicio contra ellos. Pleno de la Suprema Corte de Justicia. *Semanario Judicial de la Federación*: Época Novena, Parte III, tesis P./J. 3/96, febrero de 1996, p. 22. Anexo R-090.

sus demandas y que subsecuentemente se desistió de los juicios pendientes y los recursos intentados.

161. El acceso de EDM al sistema mexicano de administración de justicia y el resultado de los litigios interpuestos son relevantes a la consideración que este Tribunal haga de la reclamación y a la cuestión de la responsabilidad internacional que se le atribuye a México respecto de la situación de EDM conforme al TLCAN.

D. La legalidad de las operaciones de EDM y otros establecimientos

1. La SEGOB no “aprobó” las operaciones de EDM

162. Debe destacarse en primer lugar que EDM no solicitó a la SEGOB un permiso, una licencia o una autorización para desarrollar sus operaciones, y la SEGOB tampoco lo otorgó. Así lo advirtió a sus inversionistas:

*Based on this letter, although no specific entitlement was granted to the Company either directly or indirectly by approving EDM's franchise System, the Company believes that its operations of the Business as contemplated will also be permitted in Mexico.*¹⁵³

[Énfasis propio]

163. Mediante escrito del 3 de agosto de 2000, EDM solicitó la opinión de la SEGOB respecto de operaciones que ya había iniciado —y que pretendía expandir— con máquinas que llamó “de habilidad y destreza”, cuyo funcionamiento describió someramente.

164. EDM manifestó que se trataba de “máquinas de video... aparatos de recreación cuya finalidad es la diversión y entretenimiento”, y declaró: “En estos video juegos no interviene ni el azar ni la apuesta, sino la destreza y habilidad del operador... con el fin de que el operador consiga ordenar signos en una combinación óptima y que le otorgue un ticket con puntos canjeables por bienes o servicios...”¹⁵⁴. Más adelante reiteró: “La naturaleza de las máquinas de video para juegos de habilidad y destreza no es de juegos de azar, ni de juegos con apuesta ni de sorteos...” y precisó que el fin era obtener “puntos canjeables por un premio como recompensa”. Señaló que, “de un análisis de la naturaleza de nuestras máquinas y las disposiciones legales, hemos [i.e. EDM] concluido que no están dentro del ámbito de aplicación de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, y por ende no se encuentran bajo la regulación de la Secretaría de Gobernación o de alguna otra autoridad federal...”¹⁵⁵ (énfasis propio en todos los casos). Debe destacarse que EDM no ofreció pruebas, no presentó las máquinas para demostrar su funcionamiento ni solicitó que la SEGOB inspeccionara el establecimiento donde ya las tenía en operación, no presentó los manuales de funcionamiento, etc.

153. Anexo C-28, p. 9.

154. Anexo C-17, p. 1.

155. Íd., p. 2.

165. La SEGOB, como ya se dijo, no emitió un permiso, licencia o autorización, y tampoco aprobó las operaciones de EDM o el uso de las máquinas descritas. Con base en la declaración ofrecida por el representante de EDM en su escrito del 3 de agosto, la SEGOB manifestó:

...si las máquinas que explota comercialmente su representada operan en la forma y términos expresados por usted [*i.e.* aparatos de recreación cuya finalidad es la diversión y entretenimiento en los que no interviene ni el azar ni la apuesta], esta autoridad no tiene competencia para su prohibición...¹⁵⁶

Sin embargo, tras explicar con claridad la prohibición legal con referencia expresa a los artículos respectivos de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, previno a EDM en términos categóricos:

...para que en las máquinas que opere no intervengan los ingredientes del azar y la apuesta...¹⁵⁷

[Énfasis propio]

Señaló expresamente que, de no acatar EDM esta prevención:

...podría incurrir en alguna de las hipótesis normativas que establece la ley federal de la materia, con las consecuencias jurídicas que de ello pudieran derivar en términos de lo dispuesto en el artículo 8 de la ley en cita.¹⁵⁸

166. Según ya se explicó, el artículo 8 de la Ley impone la obligación a la SEGOB de “clausurar todo local abierto o cerrado en el que se efectúen juegos prohibidos o juegos con apuestas y sorteos, que no cuenten con autorización legal...”.

167. El Tribunal podrá apreciar el contraste entre la forma como EDM describió las máquinas a la SEGOB, por un lado, y a sus inversionistas, por otro: Mientras que declaró a la SEGOB en forma categórica que “[e]n estos video juegos no interviene ni el azar ni la apuesta” (énfasis propio), expresó a sus inversionistas su “entendimiento” de la Ley en los siguientes términos:

*Currently, "slot machines" are not permitted in Mexico primarily because they are viewed as gaming and betting machines which are games of chance requiring no skill. If the game requires some degree of skill by the user, generally it will not be deemed a prohibited slot machine in Mexico. Through the Franchise Agreement with EDM, the Company will operate video game "skill machines" which require some degree of the user's ability and skillfulness to obtain a prize.*¹⁵⁹

[Énfasis propio]

168. Por lo que se refiere al elemento de la apuesta, el Tribunal también podrá apreciar que EDM declaró a la SEGOB que el fin del juego era obtener “puntos canjeables por un premio como recompensa”, premio que, indicó, consistía en “bienes o servicios”, pero omitió informarle que a cambio de insertar dólares en efectivo en la máquina, el premio podía consistir en un pago de dólares en efectivo por los puntos ganados y que, en efecto, las ganancias de EDM estaban en

156. Anexo C-18, p. 2.

157. Íd.

158. Íd.

159. Acuerdo de Suscripción de EDM, artículo 3(b)(viii), p. 9. Acuerdo de Suscripción de EDM-Laredo, artículo 3(b)(viii), p. 9. y Acuerdo de Suscripción de EDM-Reynosa, artículo 3(b)(viii), p. 10.

función del dinero “depositado en las máquinas menos los premios pagados en dólares de Estados Unidos”¹⁶⁰.

2. La decisión de desarrollar operaciones en México con las máquinas en cuestión no se basó en una supuesta “aprobación” de la SEGOB

169. La demandante ha reconocido expresamente que tanto ella como EDM llevaron a cabo las acciones necesarias para iniciar el funcionamiento de los establecimientos antes de que la SEGOB emitiera el oficio del 15 de agosto de 2000. Por ejemplo, antes de esta fecha ya se había (i) abierto cuentas bancarias; (ii) obtenido permisos locales, por ejemplo, de uso de suelo; y (iii) importado las máquinas¹⁶¹. Incluso, el escrito del 3 de agosto de 2000 señala que el establecimiento de EDM en Matamoros ya estaba operando.

170. Contrario a lo que ahora afirma, Thunderbird procedió con la inversión sobre la base de la opinión y asesoría legal de sus socios comerciales y sus abogados. Según ya se explicó, las pruebas demuestran que la demandante basó su decisión en el consejo de los señores Oien y Ong, así como en la asesoría y esfuerzos de los señores Aspe y Arroyo (a quienes pagó entre 300,000 y 1,000,000 de dólares).

3. La SEGOB no ha autorizado que mexicanos —ni persona alguna— operen máquinas como las operadas por EDM

a. Las operaciones de José María Guardia

(i) Huixquilucan, Estado de México

171. La demandante argumenta que México ha permitido que el Sr. José María Guardia, que ha abierto establecimientos con máquinas similares a las operadas por EDM, continúe operando, mientras que ha clausurado los establecimientos de EDM.

172. En febrero de 2001 José María Guardia, quien constituyó una sociedad denominada Cesta Punta Deportes S.A. de C.V. (“CPD”), abrió un establecimiento en la ciudad de México. El 12 de julio del mismo año la SEGOB realizó una visita al establecimiento. El inspector solicitó al gerente del establecimiento que le hiciera una demostración sobre el funcionamiento de las máquinas, tras lo cual clausuró el local. Asentó en el acta:

Acompañado del supervisor del área de máquinas se operó uno de estos artefactos, de cuyo resultado practicado con un billete de cinco dólares, el resultado de repetidos eventos arroja que el juego es ajeno a la voluntad del inspector, pues es evidente que la máquina obedece a circunstancias ineludibles del sistema eléctrico de dicha máquina, no a la voluntad de cualquier jugador que desee alinear figuras iguales en la pantalla... por el comportamiento de la operación de dichas máquinas es evidente la transgresión a los artículos a los artículos 3, 4, 7 y 8 de la Ley

160. Escrito de Demanda, pp. 31, líneas 14-15; 32, líneas 16-17; y 33, líneas 12-13.

161. Escrito de Demanda, p. 7.

Federal de Juegos y Sorteos, pues se trata de un lugar cerrado en el que practican juegos sin permiso de la Secretaría de Gobernación.¹⁶²

173. CPD interpuso un juicio de amparo en contra de la orden de clausura. El juez de primera instancia concedió la suspensión provisional, que posteriormente fue revocada por un recurso de queja interpuesto por la SEGOB. El Tribunal de alzada determinó:

Lo anterior es así, porque de acuerdo con los preceptos legales que han quedado transcritos, quedan prohibidos los juegos de azar y los juegos con apuestas, asimismo, al no quedar comprendidos dentro de los juegos permitidos por el artículo 2° de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, los relativos a las máquinas para juegos de habilidad y destreza, en términos del mismo numeral se consideran como prohibidos para los efectos de la ley en cita, luego entonces para su funcionamiento según se advierte del artículo 8° que ha quedado transcrito se requiere autorización de la Secretaría de Gobernación, de ahí que si CESTA PUNTA DEPORTES, S.A. DE C.V., no cuenta con el permiso de la autoridad competente (Secretaría de Gobernación) para opera las mencionadas máquinas para juegos de habilidad y destreza en local marcado con el número 20 de la Isla Roof Garden del Centro Comercial Inteerlomas, sito en Paseo de la Herradura S/N, Fraccionamiento Lomas de Anahuac, Municipio de Huixquilucan, Estado de México, carece de interés jurídico para solicitar la suspensión provisional de la clausura de dichas máquinas que opera en el domicilio de referencia.¹⁶³

174. El Juez de Distrito negó la suspensión definitiva. Sin embargo, CPD interpuso el recurso de revisión y un tribunal colegiado revocó el auto y concedió la suspensión definitiva. De tal forma, el establecimiento de CPD ha venido operando porque obtuvo la suspensión del acto reclamado mientras el juicio concluye.

175. El 28 de septiembre de 2001 el Juez de Distrito emitió falló en contra de CPD. Ésta interpuso el recurso de revisión. El Tribunal Colegiado que conoció de la revisión revocó la sentencia de primera instancia y ordenó reponer el procedimiento. El 11 de junio de 2003 el Juez de Distrito nuevamente falló en contra de CPD. Determinó:

Bajo ese contexto, es claro que la empresa quejosa con ninguna de las probanzas antes reseñadas y valoradas de acuerdo a derecho, demuestra en forma alguna el interés jurídico al que se hizo alusión líneas atrás, pues ninguna de ellas pone en evidencia que cuenta con el permiso de la Secretaría de Gobernación para funcionara en..., las cuarenta y nueve máquinas de videojuegos, que le fueron clausuradas y, lo único que acredita es lo que ya quedo expuesto.

Por otra parte, cabe destacar que con las pruebas que igualmente la quejosa ofreció... tampoco son aptas para demostrar que las cuarenta y nueve máquinas objeto de la clausura son aquellas que no requieren del permiso de la Secretaría de Gobernación por tratarse de juegos de habilidad y destreza, y que por tanto, no se trata de juegos de azar, que fue el sustento de la autoridad para ordenar y ejecutar el acto reclamado que se realiza.

...

162. Anexo R-009.

163. Resolución de la Queja número 52/2001. Anexo R-031/1

De la lectura de dichos artículos se colige que la Secretaría de Gobernación tiene la facultad de clausurar todos aquellos locales cerrados o abiertos, en el que se celebren juegos de azar, con apuestas y se celebren sorteos que no cuenten con autorización legal, de modo que como la peticionaria de amparo no acreditó contar con el permiso expedido por la Secretaría en mención para operar el tipo de máquinas que funciona en el local... toda vez que no demostró que las mismas se ubican en hipótesis distintas a juegos de azar, lo que debió hacer, pues la carga de la prueba de la existencia del interés jurídico corresponde a la parte quejosa, pues es ella quien insta la acción de amparo; por lo que al haber sido insuficientes las probanzas que exhibió para acreditar que las multireferidas máquinas de juegos no corresponden en su funcionamiento en la habilidad y destreza del jugador, ni tampoco que son aquellos que se mencionan en el artículo segundo de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, es claro que su regulación corresponde a la Secretaría de Gobernación y no al tesorero Municipal de Huixquilucan, Estado de México, quien le otorgó la licencia de funcionamiento y, por tanto, este documento por esa razón resulta ineficaz para la acreditación del interés jurídico.¹⁶⁴

176. CPD nuevamente recurrió la sentencia. El procedimiento aún está en curso y la suspensión del acto reclamado continúa vigente.

(ii) Cd. Juárez, Chihuahua.

177. El 15 de abril de 2002, la SEGOB realizó una visita a un establecimiento que CPD abrió en Ciudad Juárez, Chihuahua, que también operaba máquinas similares a las operadas por EDM. También lo clausuró por violaciones a la Ley Federal de Juegos y Sorteos.

178. El 22 de abril de 2002 CPD interpuso juicio de amparo y solicitó la suspensión del acto reclamado. Aunque el Juez de Distrito concedió la suspensión provisional, primero, y luego la definitiva, la SEGOB logró revocarlas subsecuentemente ante los tribunales colegiados de circuito.

179. El 26 de julio de 2002 el Juez dictó sentencia interlocutoria en el incidente de suspensión. Determinó conceder la suspensión definitiva a CPD. La SEGOB interpuso recurso de queja contra esta resolución al considerar que era contraria a derecho por contravenir las disposiciones de orden público establecidas en la Ley Federal de Juegos y Sorteos. El 31 de octubre de 2002 el Tribunal Colegiado dictó su resolución adoptando los argumentos de la SEGOB y negó la suspensión definitiva¹⁶⁵. El juicio aún está en curso.

b. Río Bravo, Tamps. Operación y Distribución Total S. de R.L.

180. Thunderbird también argumenta que México ha permitido que opere un establecimiento ubicado en Río Bravo, Tamaulipas perteneciente al Sr. Alfonso de la Torre.

181. La SEGOB ha actuado de la misma forma que en todos los demás casos de operación de máquinas similares de los que ha tenido conocimiento. El establecimiento de Río Bravo fue

164. Sentencia del 11 de julio de 2003, pp. 12 y 13. Anexo R-031/2.

165. Sentencia del 31 de octubre de 2002 p. 209. Anexo R-032

clausurado en octubre de 2003¹⁶⁶. La empresa interpuso juicio de amparo, mismo que se encuentra todavía en curso.

VII. ARGUMENTOS JURÍDICOS

A. Introducción

182. Antes de responder a las tres principales reclamaciones de la demandante, es importante revisar el papel del capítulo XI del TLCAN en relación con acciones regulatorias.

1. El TLCAN reconoce y protege el derecho de cada Parte a regular

183. El TLCAN reconoce el derecho de cada Parte del mismo a regular las actividades comerciales y de otra índole en su territorio. Cada Parte del TLCAN tiene la libertad de decidir la manera como regula las actividades comerciales y en qué condiciones las permite, así como de prohibir ciertas actividades. En el territorio de una Parte del TLCAN la regulación de una misma actividad puede variar de un estado a otro —o de una provincia a otra, según el caso. Por ejemplo, los estados de Nueva Jersey y Nevada cuentan con leyes que permiten a las empresas operar establecimientos comerciales de juegos y apuestas que en otros estados de Estados Unidos están estrictamente prohibidos. El TLCAN establece ciertas medidas de protección para los inversionistas y sus inversiones de conformidad con el derecho internacional¹⁶⁷. Sin embargo, ello no restringe el derecho de cada Parte a regular las actividades comerciales como mejor considere, mientras cumpla con las obligaciones del tratado en materia de inversión¹⁶⁸.

184. La demandante hace una interpretación amplia del TLCAN al señalar que “ofrece protección a una amplia gama de intereses de propiedad incluidos en la definición de ‘inversión’ conforme al artículo 1138¹⁶⁹. El artículo 1139 (no el 1138) en efecto contiene una definición amplia de “inversión”. Sin embargo, no se pronuncia sobre qué tipo de inversión puede realizar

166. Acta de inspección y clausura del 28 de agosto de 2003. Anexo R-009

167. El professor Philippe Sands, Q.C. señaló: “*It is ...important to recall that international law only aims to establish minimum standards, a floor below which no state should go in relation to the treatment of aliens and alien property.*” Sands, P. “*Searching for Balance: Concluding Remarks*” en un seminario sobre el TLCAN y el caso de *Metalclad*. 2002 *N.Y.U. Environmental Law Journal*, Vol. 11, pp. 198 a la 201. De manera similar, el Tribunal en el caso *Marvin Roy Feldman Karpa c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo del 16 de diciembre de 2002, destacó (¶ 103):

...los gobiernos deben tener la libertad de actuar en pro del interés público más amplio a través de la protección del medio ambiente, regímenes impositivos nuevos o modificados, el otorgamiento o cancelación de subsidios gubernamentales, la reducción o el aumento de los niveles arancelarios, la imposición de zonas restringidas y medidas similares. Ninguna reglamentación gubernamental razonable de este tipo puede lograrse si se permite que los negocios que se vean perjudicados busquen una indemnización, y cabe afirmar con certeza que el derecho internacional consuetudinario reconoce esta circunstancia...

168. Por ejemplo, el artículo 1101(4) establece que “[n]inguna disposición de este capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte prestar servicios o llevar a cabo funciones tales como la ejecución y aplicación de las leyes, servicios de readaptación social, pensión o seguro de desempleo o servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud y protección a la infancia cuando se desempeñen de manera que no sea incompatible con este capítulo.”

169. Escrito de Demanda, p. 62.

un inversionista. Se limita a enumerar las diferentes formas de inversión. Es posible que una persona pueda invertir capital en una empresa y, como tal, tenga una inversión reconocida para los fines del capítulo XI; pero, al mismo tiempo, esa empresa podría estar involucrada en una actividad comercial ilícita conforme a la legislación de la Parte del TLCAN en cuestión.

185. El preámbulo del tratado refleja la decisión de las Partes de “PRESERVAR su capacidad para salvaguardar el bienestar público”. Nada en el TLCAN limita las opciones de una Parte para proteger el orden y la moral públicos. El TLCAN no impide que una Parte del tratado interfiera con una inversión si, por ejemplo, un inversionista de una Parte participa en una empresa involucrada en el narcotráfico.

2. Los Tribunales del TLCAN han delimitado su papel y jurisdicción en relación con el de los tribunales de una Parte.

186. Los tribunales del TLCAN han establecido de manera uniforme que deben delimitar cuidadosamente su esfera competencial respecto de los tribunales nacionales, puesto que no actúan como cortes con una competencia plena de apelación. El Tribunal en el caso *Robert Azinian et. al c. los Estados Unidos Mexicanos* estableció:

La posibilidad de considerar a un Estado internacionalmente responsable por decisiones judiciales no otorga sin embargo, al demandante el derecho a solicitar una revisión internacional de las decisiones judiciales nacionales como si el tribunal internacional que conoce del caso tuviera plena competencia de apelación. Esto no es así generalmente, y tampoco en el caso del TLCAN.¹⁷⁰

187. En palabras del Tribunal “lo que debe demostrarse es que la propia decisión judicial constituye una infracción del tratado” (énfasis en el original)¹⁷¹.

188. Este fallo ha sido expresamente adoptado por cuatro tribunales establecidos conforme al TLCAN. Otro más, aunque no citó a el Laudo en *Azinian*, llegó a la misma conclusión.

189. El Tribunal en el caso *Mondev International, Inc. v. United States of America* aplicó el criterio del Tribunal de *Azinian* de la siguiente manera:

*126. ...As noted already, in applying the international minimum standard, it is vital to distinguish the different factual and legal contexts presented for decision. It is one thing to deal with unremedied acts of the local constabulary and another to second-guess the reasoned decisions of the highest courts of a State. Under NAFTA, parties have the option to seek local remedies. If they do and lose on the merits, it is not the function of NAFTA tribunals to act as courts of appeal.*¹⁷²

[Énfasis propio]

El tribunal cita entonces un párrafo del laudo en el caso *Azinian*, referido con anterioridad.

170. *Robert Azinian et. al c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo del 1 de noviembre de 1999, ¶ 99.

171. Íd.

172. *Mondev International, Inc. v. United States of America*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2 (11 de octubre de 2002), ¶ 126.

190. De igual forma, el Tribunal en *Waste Management, Inc. c. Los Estados Unidos Mexicanos (Waste Management II)* señaló:

...el Tribunal llama la atención respecto de lo que se dijo en *Azinian* los Estados Unidos Mexicanos: un tribunal del TLCAN no tiene “plena competencia de apelación” respecto a decisiones de tribunales nacionales, y a lo que haya sido decidido por tales tribunales conforme a la legislación nacional, esto prevalecerá al menos que se demuestre que es contrario al mismo TLCAN.¹⁷³

191. El Tribunal en *ADF Group Inc. v. United States of America*, al citar *Azinian*, sostuvo que un tribunal del TLCAN no puede usurpar el papel de las cortes nacionales y encontrar que una dependencia del gobierno ha violado el derecho interno:

...even had the Investor made out a prima facie basis for its claim [that a U.S. agency acted ultra vires], the Tribunal has no authority to review the legal validity and standing of the U.S. measures here in question under U.S. internal administrative law. We do not sit as a court with appellate jurisdiction with respect to the U.S. measures.¹⁷⁴

192. El Tribunal en el caso *Marvin Roy Feldman c. Los Estados Unidos Mexicanos* también aprobó expresamente el Laudo en *Azinian* sobre este punto¹⁷⁵.

193. Finalmente, el Tribunal en *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. The United States of America* llegó a la misma conclusión, aunque no se refirió de manera expresa a *Azinian*:

242. ...Subject to explicit international agreement permitting external control or review, these latter responsibilities [the domestic responsibilities of every nation towards litigants of whatever origin who appear before its national courts] are for each individual state to regulate according to its own chosen appreciation of the

173. *Waste Management, Inc. c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3. Decisión sobre la Objeción Preliminar de México relativa al Procedimiento Previo (26 de junio de 2002), ¶ 48.

174. *ADF Group, Inc. v. United States of America*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1 (9 de enero de 2003), ¶ 190. El tribunal citó de manera expresa el caso *Azinian* en la nota al pie de página No. 182.

175. *Feldman*, Laudo del Tribunal, ¶ 139:

Suponiendo que el Artículo 1110 deba interpretarse de conformidad con el derecho internacional, como manifiesta el Artículo 1131(1), no cualquier denegación del debido proceso o de un trato justo y equitativo (este último, por la referencia al Artículo 1105 que hace el Artículo 1110(1)(c)) constituye una violación del derecho internacional. En este caso, los argumentos de denegación del debido proceso o de justicia se ven debilitados por varios factores. Aquí, como en el caso *Azinian*, el Demandante no afirma efectivamente que hubo denegación de justicia por parte de los tribunales mexicanos, ya sea en relación con la sentencia de amparo de la Suprema Corte o con las decisiones posteriores de diversos tribunales inferiores respecto de las demandas de nulidad y de liquidación de impuestos. En lugar de ello, en el caso que nos ocupa, las afirmaciones de denegación de justicia que hace el Demandante son por actos de la SHCP más que por decisiones de los tribunales... En el caso *Azinian* se afirma 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.” El caso *Azinian* da a entender, además, que debe haber pruebas de que la decisión misma del tribunal es una violación del TLCAN o de que los tribunales competentes se negaron a admitir la demanda, o que existe “una aplicación incorrecta de la ley en una forma clara y maliciosa”...

*ends of justice. As we have sought to make clear, we find nothing in NAFTA to justify the exercise of this Tribunal of an appellate function parallel to that which belongs to the courts of the host nation. Too great a readiness to step from outside into the domestic arena, attributing the shape of an international wrong to what is really a local error (however serious), will damage both the integrity of the domestic judicial system and the viability of NAFTA itself.*¹⁷⁶

194. Es así que todos los tribunales del TLCAN que han analizado este asunto concuerdan en que no es la función de un tribunal del TLCAN actuar como una corte internacional de apelación con competencia para revisar las decisiones de los tribunales nacionales.

195. Tampoco es la función de los tribunales internacionales resolver sobre violaciones al derecho interno. El Tribunal en el caso *Feldman* lo estableció en los siguientes términos:

El Tribunal... observa que su jurisdicción en virtud del Artículo 1117 del TLCAN (1) (a), en el que se basa este arbitraje, sólo se limita a las reclamaciones que surgen de una supuesta violación de una obligación en virtud de la Sección A del Capítulo XI del TLCAN. Por lo tanto, el Tribunal no tiene, en principio, jurisdicción para decidir las reclamaciones originadas en una supuesta violación del derecho internacional o del derecho mexicano. Ambos sistemas jurídicos mencionados (el derecho internacional y el derecho mexicano) pueden resultar relevantes en la medida en que una disposición pertinente contenida en la Sección A del Capítulo XI se refiera expresamente a ellos, o en que se cumpla con los requisitos del Artículo 1131 (1) en el sentido de que: “Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional”. Fuera de ello, el Tribunal no está autorizado para investigar supuestas violaciones del derecho internacional ni del derecho mexicano.¹⁷⁷

B. No ha habido denegación de trato nacional

196. El argumento de la demandante sobre denegación de trato nacional se basa en las afirmaciones de que existen otros dos establecimientos, operados por los señores Guardia y de la Torre, que operan con máquinas de juego parecidas a las que EDM operaba en Nuevo Laredo, Matamoros y Reynosa. La demandante inicialmente identificó establecimientos operados por el Sr. Guardia y por Don Bradley como aquellos con los cuales deseaba que EDM fuese comparada. Sin embargo, después de que la SEGOB clausuró las instalaciones de Bradley, Thunderbird se vio obligada a encontrar otro establecimiento que pudiese utilizar como punto de comparación¹⁷⁸.

176. *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo (26 de junio de 2003), ¶ 242. En el mismo sentido, señaló: “*The Tribunal cannot under the guise of a NAFTA claim entertain what is in substance an appeal from a domestic judgment*” (¶ 51).

177. Decisión Provisional acerca de Cuestiones Jurisdiccionales Preliminares (6 de diciembre de 2000).

178. El Acta de Asamblea de una sesión del Consejo de Administración del 2 de mayo de 2003, refleja que Albert Atallah manifestó: “*Don Bradley’s places were in fact shut down this week.*” Anexo R-034.

1. El artículo 1102 debe ser aplicado con particular atención a los hechos del caso

197. El artículo 1102 requiere que el Tribunal determine si el inversionista o su inversión ha recibido trato menos favorable que el que se le otorga a las inversiones de inversionistas nacionales en circunstancias similares. Es indispensable que el Tribunal asegure que realiza una comparación adecuada. Si esa comparación no se establece, entonces el artículo 1102 no tiene aplicación.

198. La cuestión de las “circunstancias similares” es de particular importancia en casos en que, como en este, el trato que se reclama involucra el cumplimiento de la ley municipal. En la ejecución de la ley, las autoridades, por definición, reaccionan ante actos de personas físicas y morales. Responden a las conductas ilícitas dentro de los límites permitidos por la ley, de acuerdo con los recursos disponibles y las prioridades de ejecución y persecución. La ejecución de la ley también involucra los derechos del particular y, naturalmente, entra en juego la actividad de los tribunales nacionales cuando esos derechos se hacen valer.

199. Según se señaló, varias personas han intentado operar máquinas tragamonedas en México. La SEGOB ha tomado acción legal en contra de 18 de negocios de este tipo, incluidos los de los señores Bradley, Guardia y de la Torre. En todos los casos ha actuado de la misma manera.

200. La operación ilícita de este tipo de establecimientos es un problema continuo. La SEGOB ha tomado acciones para combatirlo conforme se ha enterado del surgimiento de operaciones de este tipo. En todos los casos lo ha hecho en forma enérgica, siguiendo los mismos procedimientos con base en las mismas disposiciones legales.

2. El derecho internacional presume la buena fe en la administración de la ley

201. Los Estados, como tales, no participan en actos ilícitos. Su papel es esencialmente uno reactivo. Como lo demuestra en este caso la clausura del establecimiento del Sr. Bradley y el Sr. Guardia, es probable que una persona cometa un ilícito por más tiempo que otra; pero las autoridades actúan con regularidad y continuidad en función de la información y los recursos de que dispongan. Ello no implica que una persona recibe mejor trato que otra en violación del derecho internacional. Simplemente es un hecho que se explica por la cronología de eventos y la distribución de los recursos con los que cuenta el gobierno. Esta situación es común a todos los actos en que la autoridad exige el cumplimiento efectivo de la ley. Evidentemente, la demandante tiene la carga de probar que su situación es distinta.

202. Es un principio fundamental del derecho internacional consuetudinario que se presume que las leyes del Estado y su administración se conforman a los requisitos del derecho internacional¹⁷⁹. La demandante tiene la carga de la prueba, que opera “junto con las

179. Véase Alwyn V. Freeman, *International Responsibility of States for Denial of Justice*, p. 74 (1970).

presunciones jurídicas de inocencia y la doctrina jurídica *omnia praesumuntur rite esse acta*” que aplica a los actos de gobierno¹⁸⁰.

203. Así mismo, si bien el cumplimiento de la Ley Federal de Juegos y Sorteos se logra mediante acciones de la administración, las cortes nacionales también desempeñan un papel importante. Los distintos sistemas jurídicos —y el mexicano entre ellos— ofrecen a los particulares medios de defensa ante los tribunales nacionales frente a la actuación de las autoridades. Los tribunales entonces revisan esa actuación a la luz de la legislación y otras disposiciones normativas aplicables. También existen mecanismos de control de la actividad jurisdiccional a través de recursos que el particular puede hacer valer dentro del propio procedimiento judicial.

204. En el caso que nos ocupa, todos esos mecanismos estuvieron disponibles y los señores Guardia y de la Torre, al igual que EDM, los activaron para defender cada uno sus derechos.

3. Los hechos de este caso no demuestran que hubo una violación del artículo 1102.

205. La SEGOB ha tratado a EDM, Bradley, Guardia, de la Torre y otros de la misma forma: Tras percatarse de la operación ilícita de estos negocios, ha procedido a clausurar las instalaciones y subsecuentemente a defender sus actos cuando los particulares han recurrido a la vía judicial para hacer valer sus derechos. La demandante no ha ofrecido pruebas que demuestren que la SEGOB discriminó en contra de EDM por motivo de la nacionalidad de la demandante.

206. El hecho de que en un caso un tribunal haya concedido a CPD la suspensión definitiva del acto reclamado, es decir, el que un tribunal haya suspendido en un caso los efectos de la clausura efectuada por la SEGOB mientras resuelve el asunto en definitiva no resulta en un trato discriminatorio. Es obvio que en los sistemas de administración de justicia no todas las decisiones de los juzgadores son idénticas; pero el que existan diferencias en casos individuales no afecta la congruencia y uniformidad del sistema como tal. En el caso de la operación de máquinas tragamonedas, además, existe una congruencia plena: Ningún tribunal ha determinado la legalidad de tales operaciones conforme a la Ley Federal de Juegos y Sorteos.

207. EDM tuvo pleno acceso a los tribunales nacionales para impugnar los actos de la SEGOB. Activó todos los medios de defensa a su disposición. No tuvo éxito. Las acciones de sus abogados y las decisiones de EDM al recurrir a la vía judicial y subsecuentemente desistirse de ella son relevantes al análisis de si EDM y otros negocios con los que la demandante la compara están en “circunstancias similares”.

208. El Tribunal apreciará que el artículo 1121 expresamente permite iniciar y continuar procedimientos de solución de controversias en los que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario conforme a la legislación de México, siempre que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial. Los juicios de amparo instaurados por EDM son de esta naturaleza. El desistimiento voluntario

180. *Methanex Corporation v. United States of America*, Primera Decisión Parcial, ¶ 45.

de los recursos locales por EDM no es un hecho atribuible al Gobierno de México, y no puede dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado¹⁸¹.

209. En cualquier caso, EDM no está en circunstancias similares a las de CPD. No goza de una sentencia que conceda la suspensión temporal del acto reclamado. CPD la obtuvo. No hay una comparación apropiada

4. El caso *Feldman* no asiste a la demandante

210. El escrito de demanda se basa en gran medida en la decisión de la mayoría del Tribunal en el caso *Feldman*¹⁸². Existen tres razones por las cuales el análisis sobre trato nacional debe limitarse a los hechos particulares del caso (dejando de lado a un lado la cuestión de que la mayoría infirió indebidamente una serie de hechos adversos¹⁸³).

211. El análisis de los hechos demuestra que los hechos en el caso *Feldman* y los hechos de este caso son distintos:

- En primer lugar, la mayoría determinó como cuestión de hecho que las partes en la disputa coincidieron en que la empresa del Sr. Feldman, CEMSA, y otras tres empresas propiedad y bajo el control de mexicanos estaban en circunstancias similares¹⁸⁴: todas esas compañías eran contribuyentes involucrados en la reclamación de devoluciones de un impuesto en particular¹⁸⁵. No existe tal coincidencia entre las partes en este caso. México niega categóricamente que EDM esté en circunstancias similares a las sociedades mexicanas con las que pretende establecer una comparación.
- En segundo lugar, la mayoría determinó como un hecho que existía un universo sumamente pequeño de personas que se encontraban en circunstancias similares y que las autoridades fiscales tenían conocimiento de todas: “En este caso, el “universo” conocido de inversionistas está compuesto por sólo dos partes, o cuando mucho tres, una extranjera (el Demandante) y otra local (las empresas del Grupo Poblano), y el Tribunal debe tomar su decisión sobre la base de las pruebas con las que cuenta”¹⁸⁶.
- Finalmente, la mayoría determinó que las pruebas “demuestran un patrón de acción (o

181. Véase el *Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos* aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53° período de sesiones (los “Artículos sobre la Responsabilidad del Estado”).

182. Por ejemplo, véase el Escrito de Demanda, p. 50.

183. En opinión de México la mayoría del Tribunal concluyó hubo una violación al artículo 1102 sobre la base de inferencias que indebidamente hizo y que la Opinión Disidente aborda con detalle. El Gobierno de México sometió el asunto a revisión judicial ante el Tribunal Superior de Ontario. El Tribunal de revisión declinó interferir con la decisión de la mayoría. Sin embargo, el Gobierno de México sostiene que la mayoría del Tribunal Arbitral cometió un error sobre este tema (por lo demás, la decisión se encuentra bien fundamentada) y otros tribunales deberían de ser renuentes al prestarle demasiada consideración a su razonamiento por lo que a este asunto se refiere.

184. Laudo del Tribunal, ¶¶ 171 y 172.

185. Íd., ¶¶ 174 al 176 y 180.

186. Íd. ¶ 186.

inacción) oficial durante un número de años”¹⁸⁷.

212. En este caso no es posible conocer el tamaño del “universo” de personas que podrían llegar a involucrarse en juegos y sorteos en forma ilícita. Cuando la autoridad ha detectado esas operaciones ilegales, ha actuado de la misma forma. Tampoco existen prueba alguna de un “patrón de acción (o inacción) oficial durante un número de años”. Por el contrario, las pruebas demuestran que la SEGOB ha aplicado la Ley Federal de Juegos y Sorteos de la misma forma en todos los casos.

213. La reclamación de violación al artículo 1102 debe ser desechada.

C. México no ha violado el nivel mínimo de trato.

214. El artículo 1105 establece el estándar mínimo de trato conforme al internacional consuetudinario. El Tribunal en el caso *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc., and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia* observó:

*While the content of this standard is not clear, the Tribunal understands it to require an ‘international minimum standard’ that is separate from domestic law, but that is, indeed, a minimum standard. Acts that would violate this minimum standard would include acts showing a wilful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith.*¹⁸⁸

[Énfasis en el original]

215. La demandante no ha identificado cualquier regla del derecho internacional consuetudinario que México haya violado en relación con el trato que EDM recibió.

1. El nivel mínimo de trato de acuerdo con el artículo 1105

216. El 31 de julio del 2001 la Comisión de Libre Comercio emitió una interpretación del artículo 1105. El artículo 1131(2) dispone:

La interpretación que formule la Comisión sobre una disposición de este Tratado, será obligatoria para un tribunal establecido de conformidad con esta sección.

217. La nota de la Comisión aclara que el artículo 1105 establece un estándar del derecho internacional consuetudinario. En particular dispone: “los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridades plenas’ no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya

187. Íd. ¶ 188.

188. *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc., and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, Caso CIADI No. ARB/99/2 ¶ 267. El laudo se sustenta en Brownlie y en la decisión de una Cámara de la Corte Internacional de Justicia en el caso *ELSI*, una decisión que ha sido citada con aprobación por los tribunales en *Mondev*, *Loewen* y *ADF*.

más allá de éste”¹⁸⁹. El Tribunal debe aplicar el artículo 1105 en forma congruente con al Nota de la CLC¹⁹⁰.

218. En general, el derecho internacional consuetudinario requiere el acceso a medios de defensa adecuados para impugnar actos de gobierno que afecten los intereses de particulares. Es claro EDM tuvo medios de defensa disponibles y que accedió a ellos.

189. Nota de la Comisión de Libre Comercio del 31 de julio de 2001 (la “Nota de la CLC) apartado B, ¶ 2.

190. Los Tribunales establecidos en el marco del capítulo XI han aplicado la Nota de la CLC. El Tribunal en *ADF* observó (Laudo, del Tribunal, ¶ 177):

We have noted that the Investor does not dispute the binding character of the FTC Interpretation of 31 July 2001. At the same time, however, the Investor urges that the Tribunal, in the course of determining the governing law of a particular dispute, is authorized to determine whether an FTC Interpretation is a “true interpretation” or an “amendment.” We observe in this connection that the FTC Interpretation of 31 July 2001 expressly purports to be an interpretation of several NAFTA provisions, including Article 1105(1), and not an “amendment,” or anything else. No document purporting to be an amendment has been submitted by either the Respondent or the other NAFTA Parties. There is, therefore, no need to embark upon an inquiry into the distinction between an “interpretation” and an “amendment” of Article 1105(1). But whether a document submitted to a Chapter 11 Tribunal purports to be an amendatory agreement in respect of which the Parties’ respective internal constitutional procedures necessary for the entry into force in the amending agreement have been taken, or an interpretation rendered by the FTC under Article 1131(2), we have the Parties themselves - all the Parties - speaking to the Tribunal. No more authentic and authoritative source of instruction on what the Parties intended to convey in a particular provision of NAFTA, is possible. Nothing in NAFTA suggests that a Chapter 11 tribunal may determine for itself whether a document submitted to it as an interpretation by the Parties acting through the FTC is in fact an “amendment” which presumably may be disregarded until ratified by all the Parties under their respective internal law. We do not find persuasive the Investor’s submission that a tribunal is impliedly authorized to do that as part of its duty to determine the governing law of a dispute. A principal difficulty with the Investor’s submission is that such a theory of implied or incidental authority, fairly promptly, will tend to degrade and set at naught the binding and overriding character of FTC interpretations. Such a theory also overlooks the systemic need not only for a mechanism for correcting what the Parties themselves become convinced are interpretative errors but also for consistency and continuity of interpretation, which multiple ad hoc arbitral tribunals are not well-suited to achieve and maintain.

[Énfasis propio]

El tribunal en *Mondev* también aplicó la Nota de la CLC. Tras una discusión sobre el significado textual del artículo 1105, manifestó (Laudo del Tribunal, ¶¶ 121 y 122):

To this the FTC has added to clarifications which are relevant for present purposes. First, it makes clear that Article 1105(1) refers to a standard existing under customary international law, and not to standards established by other treaties of the three NAFTA Parties... Secondly, the FTC Interpretation makes clear that in Article 1105(1) the terms “fair and equitable treatment” and “full protection and security” are, in the view of the NAFTA Parties, references to existing elements of the customary international law standard and are not intended to add novel elements to that standard.

[Cursivas en el original]

2. EDM no tuvo éxito en los procedimientos judiciales a través de los cuales impugnó los actos de la SEGOB

219. La demandante reconoce que EDM instauró procedimientos judiciales en contra de los actos de la SEGOB. Señala erróneamente que se resolvieron favorablemente a EDM. Obtuvo la suspensión provisional en uno de los juicios de amparo promovidos; sin embargo, la SEGOB la recurrió y el tribunal de segunda instancia la revocó.

220. Uno de los juicios fue sobreseído y el sobreseimiento confirmado por el tribunal de alzada, con lo cual las resoluciones de la SEGOB son definitivas y han quedado firmes. EDM subsecuentemente se desistió de los demás juicios y recursos interpuestos. En consecuencia, las resoluciones administrativas de la SEGOB también son definitivas y han quedado firmes. Todas son legales y jurídicamente válidas.

221. El escrito de demanda advierte este hecho, pero ignora el efecto jurídico de las decisiones de los tribunales mexicanos en el plano internacional. El análisis de la responsabilidad del Estado debe comprender la totalidad de los actos del Estado, tanto los actos de la autoridad administrativa, como los de los tribunales nacionales ante los cuales se impugnó esa actuación y el hecho de que esa actuación de la autoridad ha sido respaldada por los tribunales nacionales.

222. La demandante pretende que este Tribunal ignore el efecto de las sentencias de los tribunales mexicanos, y resuelva por sí mismo que el tipo de operaciones que desarrollaba están permitidas por la Ley Federal de Juegos y Sorteos de México, para entonces descalificar la conducta de la SEGOB.

223. Los demandantes en el caso *Azinian* intentaron atacar en forma similar el sustento jurídico de la decisión del gobierno municipal de rescindir una concesión para la recolección y disposición de basura. El asunto ya había sido analizado por los tribunales mexicanos que habían ratificado la legalidad de la actuación del Ayuntamiento. Los demandantes buscaron eludir el efecto de las sentencias de los tribunales mexicanos a través del procedimiento entablado conforme al TLCAN. Sin embargo, el Tribunal Arbitral determinó que la cuestión legal ya no contemplaba únicamente un acto administrativo, sino que se extendía a los actos de las autoridades judiciales que lo ratificaron.

224. El Tribunal determinó:

El Ayuntamiento, como entidad jurídica, decidió que tenía fundamentos válidos para anular y rescindir el Contrato de concesión, y así lo declaró. DESONA no consiguió posteriormente convencer en los tres niveles judiciales de México de que la decisión del Ayuntamiento era inválida. Teniendo en cuenta esto ¿hay fundamento para que este Tribunal Arbitral declare que los Tribunales mexicanos actuaron erróneamente al respaldar la decisión del Ayuntamiento y que el Gobierno de México debe indemnizar a los demandantes?¹⁹¹

225. El tribunal determinó que no sería suficiente que los demandantes lo convencieran de que los actos o las motivaciones de la autoridad administrativa han de ser desaprobados, o que las razones expuestas por los tribunales mexicanos no son persuasivas. No es suficiente que la

191 *Azinian*, Laudo del Tribunal, ¶ 78.

demandante compruebe que las acciones o la motivación del Ayuntamiento no deben ser permitidas o que las razones presentadas ante los tribunales mexicanos en las tres instancias no fueron convincentes: “Estas consideraciones son inútiles mientras los demandantes no estén en posibilidad de señalar un incumplimiento de una obligación establecida en la Sección A del Capítulo Once imputable al Gobierno de México”¹⁹².

226. La cuestión jurídica ante el Tribunal incluyó la consideración de los procedimientos judiciales nacionales:

96. ...el problema puede plantearse en términos bastante sencillos. El Ayuntamiento consideraba que tenía motivos fundados para considerar nulo el Contrato de concesión con arreglo a la legislación mexicana reguladora de las concesiones de servicios públicos. A iniciativa de DESONA, estos fundamentos fueron revisados por tres niveles de tribunales mexicanos, y en cada caso los consideraron correctos. ¿Cómo puede afirmarse que México incumplió el TLCAN cuando el Ayuntamiento de Naucalpan declaró la nulidad de un Contrato de concesión que, según sus términos, estaba sujeto a la ley mexicana y a la jurisdicción de los tribunales mexicanos, y éstos ratificaron la decisión del Ayuntamiento? Por otra parte, los demandantes ni han alegado ni han probado que los criterios legales mexicanos de anulación de concesiones infrinjan las obligaciones de México con respecto al Capítulo Once, ni que la ley mexicana que regula estas anulaciones tenga carácter expropiatorio.

97. Enmarcada así la cuestión, resulta evidente que para dar la razón a los demandantes no basta con que el Tribunal Arbitral esté en desacuerdo con la resolución del Ayuntamiento. 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 mexicanos infringen las obligaciones de México con arreglo al Capítulo Once.¹⁹³

[Cursivas en el original, subrayado propio]

227. Los demandantes dirigieron sus reclamaciones contra la autoridad administrativa; no objetaron la actuación de los tribunales mexicanos. Esta circunstancia fue fatal para la reclamación e hizo innecesario entrar a la consideración los asuntos relacionados con título de concesión. El Tribunal destacó que son las leyes nacionales las establecen los derechos del particular que se encuentran protegidos por un tratado internacional y observó: “*Pues si no hay objeción respecto a la decisión de un tribunal competente sobre la nulidad – con base en la ley mexicana – de un contrato regido por esa ley, no hay por definición contrato a expropiar...*”¹⁹⁴

228. Por la misma razón, ninguna violación del artículo 1105 puede ser alegada por la demandante en este caso.

192. Íd., ¶ 84.

193. Íd., ¶¶ 96 y 97.

194. Íd., ¶ 100.

3. México no ha violado ninguna norma del derecho internacional consuetudinario

229. Es un principio reconocido que la parte que alega la existencia de una regla del derecho internacional consuetudinario tiene la carga de demostrar la regla. Por consiguiente, corresponde a Thunderbird, no a México, establecer la regla del derecho internacional consuetudinario relacionada al nivel mínimo de trato aplicable a los hechos de este caso. Le corresponde, además, demostrar que México violó esa norma. No lo ha hecho.

230. En su escrito de demanda Thunderbird intenta demostrar que el derecho internacional consuetudinario establece un estándar mínimo para el procedimiento administrativo, estándar que aparentemente la demandante expresa como aislado del resto del sistema jurídico del Estado, es decir, que es independiente de la estructura del sistema jurídico nacional.

231. Por ejemplo, Thunderbird reconoce que “un inversionista no puede presentar una reclamación por la violación de los artículos 1804 y 1805 del TLCAN”¹⁹⁵. De hecho, la Suprema Corte de Colombia Británica desechó parte del laudo en el caso *Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos* que se sustentó precisamente en violaciones al capítulo XVIII del TLCAN¹⁹⁶. El Tribunal en el caso *Feldman* lo advirtió con aprobación¹⁹⁷. No obstante haber reconocido que el Tribunal no tiene competencia sobre el capítulo XVIII, solicita que el Tribunal considere que el artículo 1105 incorpora los artículos 1804 y 1805. En otras palabras, pide que el Tribunal aplique el capítulo XVIII sin decirlo. Este enfoque claramente ofendería las reglas básicas de interpretación de tratados y la Nota de la CLC.

232. El principio de efectividad en el derecho internacional requiere que se dé efecto a todas las disposiciones del tratado, y que se interprete un precepto de forma tal que no reste eficacia a otro¹⁹⁸. La jurisdicción de este Tribunal está expresamente delimitada por el artículo 1117, que únicamente le otorga competencia para establecer si hubo o no una violación a la Sección A del

195. Escrito de Demanda, p. 68.

196. *United Mexican States v. Metalclad Corporation*, (2001) 89 B.C.L.R. (3d) 559, (2001) B.C.J. 950.

197. El Tribunal señaló (Laudo del Tribunal, ¶ 133):

La Suprema Corte de la Columbia Británica sostiene en su revisión de la sentencia pronunciada en el caso *Metalclad* que en la Sección A del Capítulo XI, donde se estipulan las obligaciones de los gobiernos receptores respecto de los inversionistas extranjeros, no se hace ningún tipo de mención a la obligación de transparencia para con dichos inversionistas y que, por ende, la denegación de transparencia en sí misma no constituye una violación del Capítulo XI. (*Estados Unidos Mexicanos c. Metalclad*, Suprema Corte de la Columbia Británica, Razones en que se funda la sentencia del Honorable Juez Tysoe, 2 de mayo de 2001, par. 70-74, <http://www.naftalaw.org>.; en su Capítulo XVIII, el TLCAN dispone que la transparencia es una obligación general para las Partes del TLCAN). Si bien este Tribunal no tiene la obligación de llegar a la misma conclusión que la Suprema Corte de la Columbia Británica, considera ilustrativo este aspecto de su decisión.

[Énfasis propio]

198. La Corte Internacional de Justicia declaró en el caso *Territorial Dispute* (Libia c. Chad), 1994 I.C.J. 6 ¶ 51: “one of the fundamental principles of interpretation of treaties, consistently upheld by international jurisprudence, [is] that of effectiveness”. En forma similar, en *Anglo-Iranian Oil Co.* (Reino Unido . v. Irán), 1952 I.C.J. 93, p. 105, la Corte discutió el principio “that a legal text should be interpreted in such a way that a reason and a meaning can be attributed to every word in the text ...should in general be applied when interpreting the text of a treaty”.

capítulo XI (y dos incisos del capítulo XV que no tienen aplicación alguna aquí)¹⁹⁹. Dicho de manera sencilla, el Tribunal no tiene competencia para resolver una reclamación basada en cualquier precepto legal, incluso los artículos 1804 y 1805, que estén fuera de los límites que establece el artículo 1117.

233. Por su parte, la Nota de la CLC dispone:

2. Los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridades plenas’ no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste.

3. Una resolución en el sentido de que ha existido una violación a otra disposición del TLCAN o a un acuerdo internacional distinto no determina que se ha violado el artículo 1105(1).²⁰⁰

234. En todo caso, la forma como están redactados los artículos 1804 y 1805 debe indicar al Tribunal que no hay la regla del derecho internacional consuetudinario que la demandante sugiere. Por ejemplo, el inciso (a) del artículo 1804 no establece una obligación categórica, sino que está calificada por términos como “siempre que sea posible” o “razonable”. El artículo 1805, por su parte, da la opción a cada Parte de establecer “tribunales o procedimientos judiciales, cuasijudiciales o de naturaleza administrativa” (énfasis propio). En otras palabras, conforme al TLCAN las Partes tienen bastante flexibilidad para estructurar sus procedimientos administrativos y de revisión e impugnación.

235. El concepto de denegación de justicia requiere que el Tribunal considere el sistema de acceso a la justicia de manera integral y no sus elementos en forma aislada. Aún si el procedimiento administrativo que la SEGOB llevó a cabo hubiese tenido las deficiencias que Thunderbird alega —lo cual no se admite— ello no sería insuficiente para demostrar que la justicia le fue denegada a EDM. La estructura misma de los distintos sistemas jurídicos reconoce que puede haber errores —e incluso violaciones— en la cadena de toma de decisiones gubernamentales que involucran al particular. Sin embargo, el propio sistema jurídico provee los medios para corregirlos, mediante la impugnación y revisión de los actos por la vía administrativa y/o judicial.

236. En este caso, EDM tuvo ambas a su disposición para impugnar las resoluciones de la SEGOB. Accedió a ambas. Los tribunales resolvieron en su contra y finalmente se desistió de los juicios y recursos pendientes. En otras palabras, EDM agotó los recursos que tuvo a su disposición.

199. En relación con la forma correcta de delinear la competencia del tribunal véase Decisión sobre la Cuestión Preliminar del Tribunal en el caso *Fireman's Fund Company c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso. CIADI No. ARB(AF)/02/1, y el Laudo sobre Competencia en *United Parcel Services of America, Inc. v. Canada*, del 22 de noviembre de 2002.

200. El Tribunal en el caso *Loewen*, tras citar la Nota de la CLC, expresó: “a breach of Article 1105(1) is not established by a breach of another provision of NAFTA. To the extent, if at all, that NAFTA Tribunals in *Metalclad ...*, *S.D. Myers ...* and *Pope & Talbot ...* may have expressed contrary views, those views must be disregarded.” (Laudo del Tribunal, ¶ 128). El escrito de demanda se basa de manera importante en decisiones de tribunales que han sido revertidas por la Nota de la CLC, según aceptan otros tribunales, e.g en los casos *Loewen* y *ADF*.

237. Además, los hechos demuestran que México cumplió plenamente con otorgar el nivel mínimo de trato:

- a) El Tribunal no debe ignorar la forma como EDM caracterizó sus operaciones a la SEGOB en su escrito del 3 de agosto de 2000²⁰¹ que contrasta con la manera como ahora describe su actuación²⁰². En particular:
- omitió informar a la SEGOB que, previo a su incursión en México, Thunderbird había descrito y tratado las máquinas objeto de la solicitud como máquinas de juego con apuesta en Estados Unidos;
 - omitió informar a la SEGOB que había arrendado las mismas máquinas a casinos indígenas para su explotación comercial y que el gobierno del Estado de California requirió a Thunderbird que cesara sus actividades porque estaban prohibidas;
 - omitió presentar copia de los manuales de operación de las máquinas que indican que son juegos de apuesta, y contienen, por tanto, numerosas referencias a este término.
 - omitió informar a la SEGOB que las máquinas tienen una ranura para insertar billetes de dólar y emiten cupones que pueden canjearse por dólares en efectivo.
- b) La SEGOB no autorizó ni aprobó las operaciones de EDM. Más bien le advirtió con claridad y detalle sobre la prohibición que establece la Ley Federal de Juegos y Sorteos, y la previno para que no realizara actividades prohibidas, señalando las consecuencias legales que podrían desprenderse en caso contrario, incluida la clausura.
- c) Tras la primer clausura, la SEGOB y EDM acordaron llevar a cabo un procedimiento administrativo a través del cual la Secretaría evaluaría las operaciones que realizaba. Acordaron que la SEGOB levantaría la clausura, EDM se desistiría del juicio de amparo y la SEGOB iniciaría un procedimiento administrativo conforme a la Ley Federal del Procedimiento Administrativo. Así lo hicieron²⁰³.

201. Véase el apartado IV de este escrito.

202. *Thunderbird wished to undertake investment activities in Mexico. In good faith and seeking “certainty” as to the propriety of its proposed enterprise, Thunderbird made full disclosure to Mexico of its intended business activities. Thunderbird sought and obtained from the highest levels of the Mexican government an official opinion attesting to the propriety and legality of its intended operations. In reliance upon that official opinion, Thunderbird and its investors formed a series of Mexican entities to open and operate entertainment facilities where customers played “skill machines”.* Escrito de Demanda, p. 1 (énfasis propio).

203. Escrito de Demanda p. 18 línea 12.

- d) El 21 de junio de 2001 la SEGOB notificó el inicio del procedimiento²⁰⁴.
- e) Se celebró una audiencia administrativa presidida por el Director General de Gobierno en la que EDM aportó pruebas y expuso argumentos²⁰⁵.
- f) La SEGOB las valoró las pruebas y consideró los argumentos y el 10 de octubre de 2001 emitió su resolución. Concluyó que las operaciones de EDM involucraban juegos prohibidos por la Ley Federal de Juegos y Sorteos²⁰⁶. La resolución de Gobernación explica sus motivos y los fundamentos legales en forma detallada y razonable, y de manera similar a como lo hacen autoridades de otros países, por ejemplo, la Comisión Nacional Indígena de Juegos de Estados Unidos.
- g) La SEGOB procedió a la inmediata clausura de los establecimientos de Nuevo Laredo y Matamoros, y subsecuentemente clausuró también el de Reynosa²⁰⁷.
- h) Subsecuentemente EDM recurrió al juicio de amparo ante tribunales federales mexicanos. No tuvo éxito²⁰⁸.

238. Según expresó la Comisión de Derecho Internacional: “*it is inconceivable that the State should have an unqualified duty to make reparation if the injury is the result of acts provoked by the alien himself*”²⁰⁹. El Tribunal debe desechar la reclamación en su totalidad.

D. No hubo una expropiación

1. Reserva de una objeción adicional de incompetencia

239. La reclamación de expropiación no procede de fondo. Sin embargo, el Tribunal observará que Thunderbird promueve la reclamación exclusivamente con base en el artículo 1117 —es decir, en representación de EDM por el trato que ésta recibió.

240. No obstante, la reclamación de expropiación se presenta como una reclamación de Thunderbird, por su propio derecho, y no en representación de EDM; pero Thunderbird no ha presentado una reclamación conforme al artículo 1116. En consecuencia, el Tribunal carece de competencia para considerarla y debe desecharla en su totalidad.

241. México objeta a la consideración de esta reclamación por el Tribunal.

204. Véase el Anexo R-049.

205. Véase Anexo R-047.

206. Véase Anexo C-70.

207. Véase Anexo C-71, C-72 y C-73.

208. Véase el apartado IV-2-C de este escrito.

209. *State Responsibility: International Responsibility*, [1958] II Y.B. Int'l L. Comm. 54, U.N. Doc. A/CN.4/111.

2. El sistema legal de una Parte delimita los derechos jurídicos pertinentes

242. La cuestión jurídica principal radica en si EDM tenían un derecho patrimonial legítimo e identificable conforme a la normatividad mexicana aplicable para operar juegos de azar y juegos con apuesta en México. La conclusión es clara. La ley de la materia en México prohíbe este tipo de operaciones.

243. El derecho municipal de cada Parte es el que define los derechos mercantiles de los que gozan los particulares. Si la legislación del Estado no establece un derecho para ejercer una determinada actividad comercial, entonces no es susceptible de estar protegida por el capítulo XI del TLCAN ni de ser expropiada. En el contexto del derecho internacional se deben cumplir tres condiciones para estar en posibilidad de reclamar una expropiación: (i) la legislación del Estado debe prever el derecho en cuestión; (ii) debe ser un derecho patrimonial y, en el contexto del TLCAN, estar protegido por éste; y (iii) debe existir un acto de expropiación atribuible al Estado.

244. Los tribunales del TLCAN han sostenido reiteradamente que los tribunales internacionales no tienen un mandato amplio para cuestionar las políticas regulatorias de un Estado. El tribunal en el caso *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada* observó:

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

263. The Tribunal considers that a breach of Article 1105 occurs only when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective. That determination must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders. The determination must also take into account any specific rules of international law that are applicable to the case.²¹⁰. [Énfasis propio]

245. El tribunal del caso Feldman manifestó:

...no todo problema comercial que experimente un inversionista extranjero constituye un caso de expropiación indirecta conforme al Artículo 1110, o una denegación del principio de legalidad o de un trato justo y equitativo conforme al Artículo 1110(1)(c). Tal como observó el tribunal del caso Azinian, “Es una circunstancia ordinaria de la vida en todo lugar que las personas puedan decepcionarse en sus tratos con las autoridades públicas... Podemos tener la certeza de que existen muchas empresas mexicanas que han tenido relaciones comerciales

210. *S.D. Myers*, Laudo del Tribunal, ¶¶ 261 y 263.

con entidades gubernamentales las cuales no han concluido a su satisfacción...” (Robert Azinian y Otros c. los Estados Unidos Mexicanos, Laudo Arbitral del 1º de noviembre de 1999, par. 83, 14 ICSID Review. FILJ 2, 1999.) Parafraseando el caso Azinian, no toda la actividad reglamentaria del gobierno que le dificulta o imposibilita a un inversionista llevar a cabo un determinado negocio, ni todo cambio en la legislación o en la aplicación de leyes existentes que torna antieconómico continuar un determinado negocio constituyen una expropiación conforme al Artículo 1110. En el ejercicio de sus poderes regulatorios, los gobiernos frecuentemente cambian sus leyes y regulaciones en respuesta a los cambios que se producen en las circunstancias económicas o en los aspectos políticos, económicos o sociales. Estos cambios bien pueden tornar algunas actividades menos rentables o inclusive antieconómicas.²¹¹

246. La Ley Federal de Juegos y Sorteos establece una clara prohibición, con excepciones limitadas sujetas en todos los casos a la obtención de un permiso por parte de la SEGOB. EDM presentó a la SEGOB una descripción intencionalmente engañosa de las máquinas que venía operando —y cuyas operaciones tenía intención de expandir—, especialmente si se considera los antecedentes de los negocios de Thunderbird en Estados Unidos y las razones por las que tuvo que abandonarlas (sobre lo cual no informó a la SEGOB).

247. EDM manifestó en forma categórica: “en estos juegos no interviene el azar ni la apuesta”²¹². No obstante, la propia Thunderbird describió las mismas máquinas a sus inversionistas en los siguientes términos:

Actualmente las “máquinas tragamonedas” no están permitidas en México, principalmente porque se perciben como máquinas de juego con apuesta que son juegos de azar que no involucran la destreza. Si el juego requiere algún grado de destreza, en general no se considerará una máquina tragamonedas prohibida en México. A través del Acuerdo de Franquicia con EDM, la Compañía operará máquinas de video de juegos “de habilidad y destreza” que requieren algún grado de la habilidad y destreza del operador para obtener un premio.²¹³

[Énfasis propio]

248. Adicionalmente, EDM declaró a la SEGOB que el fin del juego era que el operado lograra obtener una combinación óptima de símbolos “que le otorgue un ticket con puntos canjeables por bienes o servicios... por un premio como recompensa a la destreza lograda...”²¹⁴ (énfasis propio); pero omitió deliberadamente mencionar que los “bienes o servicios” o el “premio” en realidad consistía en dólares en efectivo.

249. Aludiendo directamente a la descripción de las máquinas y los juegos proporcionada por EDM en su escrito del 3 de agosto de 2000, la SEGOB contestó:

211. *Feldman*, Laudo del Tribunal, ¶ 112.

212. Véase Anexo C-17.

213. Acuerdo de Suscripción de EDM-México, p. 9, Anexo C-28; Acuerdo de Suscripción de EDM-Laredo, p. 9, Anexo C-35; Acuerdo de Suscripción de EDM-Reynosa, p. 10, Anexo C-42.

214. Anexo C-17.

...en el cuerpo normativo de la Ley Federal de Juegos y Sorteos se establecen con puntualidad diversas disposiciones que con todo rigor prohíben en todo el territorio nacional los juegos con azar y los juegos con apuestas...

En el mismo tenor, el artículo 4 es contundente al prevenir que “no podrá establecerse ni funcionar ninguna casa o lugar abierto o cerrado en que se practiquen juegos con apuestas... de ninguna clase sin permiso de la Secretaría de Gobernación...

Según se desprende de lo antes transcrito, las prohibiciones expresas enunciadas en la Ley Federal de Juegos y Sorteos son disposiciones normativas vigentes que prohíben determinadamente en todo el territorio nacional los juegos con azar y los juegos con apuesta...²¹⁵

La SEGOB entonces previno a EDM:

Esta Dirección General de Gobierno le previene para que en las máquinas que opere no intervengan los ingredientes del azar y la apuesta...²¹⁶

250. Además, la Secretaría advirtió expresamente que, en caso contrario, podría clausurar los establecimientos en los términos del artículo 8 de la Ley.

251. De tal manera, no sólo no confiere la ley de la materia un derecho para operar máquinas del tipo de las que EDM operó, sino que la SEGOB, como la dependencia competente de la reglamentación, autorización, control y vigilancia, fue clara y categórica en su interpretación de la misma. Sorprende que si EDM en efecto “buscaba de buena fe certeza sobre la legalidad y la legitimidad de la empresa propuesta”, no haya descrito las operaciones que pretendía realizar con transparencia, incluidos los antecedentes de las operaciones de Thunderbird en Estados Unidos y las razones por las que las abandonó, así como los antecedentes de la incursión en México de ejecutivos de Thunderbird, y que no haya proporcionado, por ejemplo, copia de los manuales de operación de las máquinas, particularmente si, a la luz de la respuesta de la SEGOB le hubiese quedado alguna duda, por ejemplo, de si la ley permitía los juegos con azar en los que interviene “algún grado de habilidad y destreza” o si la SEGOB considera apuesta el pago de dólares en efectivo para jugar y ganar puntos canjeables por dólares en efectivo. Sorprende que no lo haya hecho especialmente cuando, previo a la incursión de Thunderbird en México, en la práctica la SEGOB ya había clausurado este tipo de establecimientos al Sr. Guardia —quien, admite, operaba “máquinas de habilidad y destreza sustancialmente similares, si no es que idénticas”²¹⁷— lo cual había motivado “un altercado legal significativo”²¹⁸ con la Secretaría ; y sobre todo cuando Aspe y Arroyo le propusieron seguir la misma estrategia de iniciar operaciones y enfrentarse a la SEGOB por la vía del litigio.

252. Ni Thunderbird ni EDM podían tener expectativas razonables de poder continuar en operación. Es más, sabían, por el antecedente de los litigios que involucraron las “máquinas de habilidad y destreza sustancialmente similares, si no es que idénticas” del Sr. Guardia y por la advertencia expresa de la SEGOB a la luz de su interpretación de la ley, que corrían el riesgo de

215. Anexo C-18

216. Íd.

217. Escrito de Demanda, p. 53, líneas 17 y 18.

218. Íd., p. 4 línea 21.

que sus operaciones fueran clausuradas. El derecho mexicano no establece un derecho para la operación de este tipo de juegos. En el caso concreto de EDM, ha sido confirmado por la vía judicial, tras los litigios interpuestos por ella. Las acciones de la SEGOB responden a la realización por EDM de una actividad ilícita en México. Por tanto, no hubo conforme al derecho internacional una expropiación.

3. La ejecución de buena fe de la ley no constituye una expropiación

253. El derecho internacional reconoce que las acciones gubernamentales legítimas en ejecución de la ley no constituyen una expropiación que pueda sujetarse a una indemnización. Brownlie expone:

*Expropriation for certain public purposes, e.g. exercise of police power and defence measures in wartime, is lawful even if no compensation is payable.*²¹⁹

Sir Robert Jennings y Arthur Watts han comentado al respecto:

*Thus a state may restrict the rights of aliens to hold property; and far-reaching interference with private property, including that of aliens, is common in connection with such matters as taxation, measures of police, public health, the administration of public utilities and the planning of urban and rural development.*²²⁰

254. El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha reconocido que el poder de un Estado para revocar licencias no constituye una confiscación:

*A state is not responsible for loss of property or other economic disadvantage resulting from... any... action that is commonly accepted as within the police power of states, provided that it is not discriminatory and is not designed to cause the alien to abandon the property to the State or to sell it at a distress price.*²²¹

255. La Corte de Justicia Europea ha reconocido el derecho de un Estado miembro para restringir operaciones de juegos y apuestas en su territorio, no obstante la existencia de un acuerdo internacional sobre cooperación económica. Una empresa Británica que se especializaba en tomar apuestas tenía un intermediario en Italia, cuyo negocio fue clausurado por el Procurador Italiano de acuerdo a un decreto italiano que regula licencias para la toma de apuestas. La empresa Británica protestó. Argumentó que la acción era violatoria de los preceptos del tratado de la Comunidad Europea en materia de libertad en el comercio de servicios y el derecho de establecimiento. La Corte determinó que la acción del gobierno italiano no violaba el tratado de la Comunidad Económica a pesar de desfavorecer negocios extranjeros, y declaró:

In so far as the potential demand for certain types of gambling activity is greater than is considered compatible with social order, it is permissible for member

219. Brownlie, Ian: *Principles Of Public International Law*. Oxford University Press (5th ed., 1998), p. 540.

220. OPPENHEIM, OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW § 407 AT 911-912 (9th edition vol. 1 1996) (se omiten referencias).

221. *Too v. Greater Modesto Insurance Associates*, Laudo No. 460-880-2 (29 de diciembre de 1989) ¶ 26 (determinó que la cancelación por el *Internal Revenue Service* de una licencia de licor en California de la demandante no constituyó una expropiación ilícita).

*States to impose restrictions based on an assessment of needs informed by national social policy.*²²²

256. El *Restatement of the Law* sobre las relaciones exteriores de Estados Unidos señala:

*A State is responsible for an expropriation of property under Subsection (1) [discriminatory taking without public purpose and without compensation] when it subjects alien property to taxation, regulation, or other action that is confiscatory, or that prevents, unreasonably interferes with, or unduly delays, effective enjoyment of an alien's property or its removal from the state's territory... A state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantages resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states, if it is not discriminatory... and is not designed to cause the alien to abandon the property to the state or sell it at a distress price.*²²³

257. De igual forma, la legislación mexicana que regula los juegos de azar y los juegos con apuesta y las acciones legítimas de las autoridades en ejecución de la misma en aras de preservar un orden social no constituye una violación de las obligaciones internacionales de México.

258. Otorgarle a la demandante una indemnización en este caso sugeriría que la ejecución de la ley en relación todo tipo de negocios ilícitos —incluidos la distribución ilegal de drogas, la fabricación y distribución de mercancías piratas, entre muchos otros— requiere que los gobiernos indemnicen a las personas que han violado la ley. La demandada insta al Tribunal a no perder de vista que EDM realizó actividades ilícitas.

259. El Tribunal debe desechar la reclamación en su totalidad.

VIII. EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA Y ADMISIBILIDAD²²⁴

A. El derecho internacional consuetudinario requiere que el Tribunal distinga entre una sociedad y sus accionistas

260. Es un principio bien establecido del derecho internacional consuetudinario que las empresas tienen una personalidad jurídica independiente de la de sus accionistas. En el caso *Barcelona Traction*, la Corte Internacional de Justicia determinó que Bélgica no tenía legitimidad procesal para presentar una reclamación en contra de España, por la supuesta expropiación de activos de una empresa canadiense cuyos accionistas eran mayoritariamente de nacionalidad belga. La Corte determinó que los accionistas belgas no tenían derecho a reclamar por supuestos daños a los derechos de la empresa; si la empresa sufría daños, sólo la empresa

222. *Questore di Verona v Diego Zenatti, Reference for a preliminary ruling* 1999 ECJ CELEX LEXIS 9086, ¶ 31 (20 de mayo de 1999).

223. *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* § 712 comentario g, p. 200-201 (1987).

224. En su más reciente comunicación, la demandante manifestó que no objetaba a que México entregara su Escrito de Contestación a la Demanda dentro de los tres días siguientes a la fecha originalmente establecida. Añadió que como la demandada no presentó siquiera sus excepciones de incompetencia en la fecha original, entonces había renunciado a que se consideraran en forma preliminar. México no ha renunciado a nada y es el Tribunal el que debe decidir si considera las cuestiones de admisibilidad y competencia de manera preliminar.

podría reclamarlos. Toda vez que la empresa *Barcelona Traction Light & Power Company, Limited* se constituyó en Canadá, era una empresa canadiense, y sólo Canadá tenía el derecho de adoptar, por la vía de la interposición diplomática, la reclamación de la empresa en el plano internacional.

261. En relación con el derecho municipal, la Corte declaró:

41. Municipal law determines the legal situation not only of such limited liability companies but also of those persons who hold shares in them. Separated from the company by numerous barriers, the shareholder cannot be identified with it. The concept and structure of the company are founded on and determined by a firm distinction between the separate entity of the company and that the shareholder, each with a distinct set of rights. The separation of property rights as between company and shareholder is an important manifestation of this distinction. So long as the company is in existence the shareholder has no right to the corporate assets.

42. It is a basic characteristic of the corporate structure that the company alone, through its directors or management acting in its name, can take action in respect of matters that are of a corporate character. The underlying justification for this is that, in seeking to serve its own best interests, the company will serve those of the shareholder too. Ordinarily, no individual shareholder can take legal steps, either in the name of the company or his own name. If the shareholders disagree with the decisions taken on behalf of the company they may, in accordance with its articles or the relevant provisions of the law, change them or replace its officers, or take such action as is provided by law. Thus to protect the company against abuse by its management or the majority of shareholders, several municipal legal systems have vested in shareholders (sometimes a particular number is specified) the right to bring an action for the defence of the company, and conferred upon the minority of shareholders certain rights to guard against decisions affecting the rights of the company vis-à-vis its management or controlling shareholders. Nonetheless the shareholders' rights in relation to the company and its assets remain limited, this being, moreover, a corollary of the limited nature of their liability.²²⁵

[Énfasis propio]

B. Las condiciones del TLCAN para someter una reclamación al arbitraje inversionista-Estado

262. Los Estados pueden modificar las reglas del derecho internacional consuetudinario a través de un tratado, y en ocasiones lo han hecho para otorgar a los accionistas extranjeros de empresas nacionales el derecho de presentar una reclamación internacional. La sección B del capítulo XI es un ejemplo. Sin embargo, las Partes del tratado mantuvieron la distinción que hizo la Corte Internacional de Justicia entre el daño a la empresa y el daño a los intereses de sus accionistas. Por ejemplo, la Declaración de Acción Administrativa sobre la Implementación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*Statement of Administrative Action on the Implementation of the North American Free Trade Agreement*) de los Estados Unidos señala:

225. Íd.

*Articles 1116 and 1117 set forth the kinds of claims may be submitted to arbitration: respectively, allegations of direct injury to an investor, and allegations in direct injury to an investor caused by injury to a firm in the host country that is owned or controlled by the investor. In both cases, investors may bring claims where the injury results from an alleged breach of Section A...*²²⁶

[Énfasis propio]

263. La sección B del capítulo XI admite las reclamaciones internacionales en circunstancias bien definidas. Congruente con las reglas reconocidas del derecho internacional consuetudinario, en ninguna circunstancia puede una empresa de una Parte presentar una reclamación internacional en contra del Estado de su nacionalidad. El artículo 1117(4) dispone con absoluta claridad: “una inversión no podrá presentar una reclamación conforme a esta sección”.

264. El artículo 1117(1) permite que, en circunstancias específicas, se presente una reclamación derivada en nombre de una empresa que es una persona moral del Estado receptor de la inversión. Un inversionista de una Parte podrá presentar una reclamación en representación de una empresa de otra Parte, si la empresa es una persona moral, y el inversionista detenta la propiedad o el control de la empresa, ya sea directa o indirectamente²²⁷. La naturaleza de la reclamación debe mantenerse durante el curso del arbitraje, y reflejarse en la reparación que pudiere otorgar el tribunal: El artículo 1135(2) requiere que, en caso de que en una reclamación conforme al artículo 1117 el laudo le sea favorable a la empresa, la restitución de la propiedad “se otorgue a la empresa”, o la “suma de dinero se pague a la empresa... sin perjuicio de cualquier derecho que cualquier persona tenga sobre la reparación conforme al derecho interno aplicable”. Esta disposición tiene por objeto preservar los derechos que los acreedores de la empresa —establecida en México— pudieren tener contra ésta conforme al derecho interno. El TLCAN claramente reconoce la distinta personalidad jurídica de la empresa y sus accionistas²²⁸.

265. Las disposiciones que regulan las reclamaciones presentadas conforme al artículo 1117 reconocen que, en las tres Partes del TLCAN (y universalmente), la propiedad y control de una empresa confieren al accionista que los detenta los derechos más amplios sobre aquella, desde las facultades de modificar la sociedad o incluso liquidarla, hasta los de nombrar o remover a directores y ejecutivos, y conducir sus políticas y administración. De tal manera, si bien los intereses del accionista y la empresa no se confunden, el TLCAN permite que el inversionista de una Parte que detente la propiedad y control de una empresa de otra Parte pueda presentar una reclamación en nombre de ésta.

226. La Declaración de Acción Administrativa es una declaración vinculante del Ejecutivo de Estados Unidos sobre un tratado de que ha sido transmitido al Congreso de ese país para su aprobación. Si bien no es vinculante para los tribunales internacionales ni para las otras Partes del TLCAN, quienes pueden diferir en sus puntos de vista u opiniones respecto a los derechos y obligaciones del TLCAN, la Declaración de Acción Administrativa es un documento contemporáneo relativo a la suscripción y aprobación del tratado, indicativo del significado que puede atribuirse a ciertas disposiciones del TLCAN. En este caso, la demandada concuerda con el párrafo citado.

227. El propósito del artículo 1117 fue permitir que un inversionista extranjero pudiera presentar una reclamación, cuando, independiente de los daños o pérdidas sufridos por él, haya sufrido daños o pérdidas una empresa de la que es propietario o que controla directa o indirectamente.

228. No hay una disposición semejante en el caso de reclamaciones presentadas conforme al artículo 1116, porque obviamente el interés jurídico protegido difiere del de la empresa.

266. Según determinó la Corte Internacional de Justicia, un accionista minoritario o que de otra forma no detenta el control de la empresa, no tiene esos derechos amplios; aunque sí tiene otros: el derecho a ser notificado de la celebración de asambleas, el de votar sus acciones, participar en proporción a su tenencia accionaria en los dividendos que se declaren respecto a la clase de acciones de que sea titular, y participar en proporción a su tenencia accionaria en la distribución del haber social de la empresa en caso de liquidación. Sin embargo, un accionista minoritario no puede actuar en representación de una empresa, y sólo tiene aquellos derechos de minorías que los estatutos sociales o la ley le confieran. El TLCAN tampoco otorga un derecho de ese tipo a los accionistas minoritarios o que no detentan el control de la empresa.

267. Los inversionistas con un interés minoritario en una empresa no pueden ejercer un derecho de acción sobre una reclamación derivada, es decir, no puede ejercer un derecho de acción en nombre de una empresa. Ese inversionista, entonces, sólo puede presentar una reclamación por supuestas violaciones a las disposiciones de la sección A que afecten directamente derechos establecidos en su favor, y no meramente los intereses que pudiere tener en la empresa.

268. Thunderbird promueve la reclamación en este caso exclusivamente conforme al artículo 1117. Todas las reclamaciones de Thunderbird se relacionan al trato que recibió EDM —no Thunderbird. EDM es una persona moral mexicana que no tiene un derecho para presentar una reclamación en contra de México, su propio Estado. Solamente el inversionista que detenta la propiedad o el control de la empresa puede presentar una reclamación en su representación. Sin embargo, como se discutirá a continuación, Thunderbird no ha logrado establecer que detenta la propiedad ni control sobre EDM. De hecho, Thunderbird ni siquiera presentó la renuncia a que se refiere el artículo 1121 firmada por el representante legal de EDM. Pretendió firmar una renuncia en representación de EDM en un intento por cumplir las condiciones previas para someter una reclamación a arbitraje conforme al TLCAN.

C. Thunderbird no ha logrado acreditar que tiene la propiedad y control de las sociedades Mexicana en cuya representación supuestamente hace la reclamación

269. En su escrito de demanda, la demandante argumenta que “de 2000 a 2001 tuvo la propiedad, el control y operó los establecimientos de ‘máquinas de habilidad y destreza’ en las ciudades de Matamoros, Nuevo Laredo y Reynosa en México²²⁹. Sin embargo, no ha demostrado que en efecto tiene la propiedad y el control de Entertainmens de México (“EDM-Matamoros”), Entertainmens de México-Laredo (EDM-Laredo), y de Entertainmens de México-Reynosa (EDM-Reynosa). Las pruebas ofrecidas por la propia demandante demuestran que Thunderbird por sí sola no detenta el control de ninguna de las empresas en cuya representación somete la reclamación a arbitraje conforme al capítulo XI del tratado y su tenencia accionaria minoritaria es insuficiente también para que pueda considerársele la propietaria. Entre otras cosas, Thunderbird no ha probado que:

- tiene la propiedad o detenta el control de *International Thunderbird Brazil (BVI) Ltd.*

229 “From 2000 to 2001, it owned, controlled and operated ‘skilled machine’ facilities in the Mexico cities of Matamoros, Nuevo Laredo, and Reynosa”. Véase el Escrito de Demanda, p. 3, líneas 14 y 15.

(“*Thunderbird Brazil*”) y Juegos de México, Inc. (“Juegos de México”);

- éstas sociedades adquirieron EDM;
- Thunderbird debidamente adquirió las acciones o partes sociales de EDM que supuestamente eran propiedad de *Thunderbird Brazil*;
- Thunderbird tiene una participación suficiente en EDM-Matamoros, EDM-Laredo y EDM-Reynosa para que pueda considerársele la propietaria de cualquiera de ellas; y
- que por sí sola detenta el control de EDM-Matamoros, EDM-Laredo y EDM Reynosa.

270. El Tribunal recordará que desde que Thunderbird presentó el aviso de intención de someter una reclamación a arbitraje, hace más de un año y medio, la demandada requirió los documentos que demostraran que detenta la propiedad o el control de las empresas referidas. En consecuencia, objetó el aviso. A la fecha, la demandante no ha presentado esos documentos pese a reiteradas solicitudes²³⁰. México mantiene su objeción.

271. En la primera sesión del Tribunal con las partes que tuvo lugar el 29 de abril de 2003, la demandada declaró²³¹:

El Gobierno de México no tiene la convicción de que, en efecto, la Demandante cumpla los criterios requeridos por el Tratado, y que se trata de un inversionista, en una parte, que ha realizado una inversión. Es decir, que tiene una inversión de la cual es propietario o que controla en territorio de México. Como el Tribunal habrá observado, ha presentado una reclamación conforme a los Artículos 1116 y 1117 de Tratado. No sabemos si en efecto es un inversionista, por ejemplo, que tenga la propiedad y el control de las empresas, aparentemente, en representación de las cuales ha presentado las renunciaciones requeridas por el Artículo 1121. En sus escritos, habla de instalaciones, habla de operaciones pero no identifica la inversión. No nos ha indicado que tipo de inversión es, si es una inversión en una empresa, si son acciones de una empresa, si son activos de una empresa, etcétera.

No nos ha indicado si tiene —insisto— la propiedad o el control de esas supuestas inversiones. De tal manera que sí tenemos objeciones en cuanto a la admisibilidad de esta reclamación y la competencia del Tribunal²³².

230. El 4 de abril de 2002, la demandada solicitó que Thunderbird presentara documentos que acreditaran la propiedad de las instalaciones de Matamoros, Nuevo Laredo y Reynosa (“se le solicita que... presente copia de los siguientes documentos... documentos que acreditan que International Thunderbird Gaming Corporation es dueño y operador de los locales ubicados en Matamoros, Nuevo Laredo y Reynosa Tamaulipas”). Oficio No. DGIE.02.037 del Lic. Carlos García Fernández. Anexo R-02.

231. Según explicará la demandada en esta sección, los documentos que Thunderbird presentó en la sesión del 29 de abril de 2003 (copias de las declaraciones al Registro Nacional de Inversiones Extranjeras) confirman que Thunderbird no tiene la propiedad ni el control de EDM-Matamoros, EDM-Laredo y EDM-Reynosa.

232. Transcripción de la primera sesión del Tribunal sostenida el 29 de abril de 2003, pp. 37 y 38. (pp. 79 y 80 de la versión en inglés).

272. De conformidad con el calendario procesal establecido, México solicitó nuevamente los documentos mediante oficios del 29 de mayo de 2003, 29 de agosto y 17 de octubre de 2003²³³. La negativa reiterada de la demandante de proporcionarlos suscita dudas fundadas sobre el carácter de la demandante como “inversionista de una Parte”. Se trata, además, de documentos corporativos básicos que toda sociedad por ley debe mantener. El Tribunal no debe soslayar la conducta de la demandante.

273. En los últimos meses la demandante ha señalado que los documentos relacionados con la propiedad y control de EDM podrían estar “en las instalaciones clausuradas por Gobernación”²³⁴. Según informó la demandada al Tribunal, del 5 al 7 de noviembre de 2003 representantes de ambas partes visitaron los dos establecimientos que continúan clausurados, así como el sitio donde el Ministerio Público mantiene en custodia los bienes que estaban en el establecimiento de Reynosa. De la visita a cada establecimiento se levantaron actas en las que consta los documentos que se encontraron y extrajeron de cada uno. Los documentos a los que aludió el representante legal de Thunderbird no estaban en ninguno de los establecimientos y ninguno de los documentos encontrados se refiere a la cuestión de la propiedad o control sobre las empresas en cuestión²³⁵.

274. Como la demandante no ha logrado acreditar que tiene la propiedad o el control de ninguna de las sociedades que alega constituyen la “inversión” en territorio de México, la demandada objeta la competencia del Tribunal para oír la reclamación presentada en su representación conforme al artículo 1117. Objeta también la admisibilidad de la reclamación toda vez que, a la fecha, la demandante no ha presentado esas pruebas.

1. Adquisición de EDM-Matamoros

275. En su escrito de demanda la demandante argumenta que “el 10 de agosto de 2000, Thunderbird adquirió la totalidad de las acciones de EDM a través de dos filiales totalmente de su propiedad, Juegos de México, Inc. e *International Thunderbird Brazil*”. También argumenta que el 11 de agosto de 2000 Thunderbird adquirió las acciones de EDM que eran propiedad de *Thunderbird Brazil*, y que, por tanto, a partir de esta fecha Thunderbird, a través de su propiedad directa y la de su filial, Juegos de México, Inc., poseía la mayoría de las acciones de EDM²³⁶.

233. Oficio No. DGCJN.511.13.578.03 de fecha 29 de mayo de 2003; Oficio No. DGCJN.511.13.949.03 de fecha 29 de agosto de 2003; Oficio No. DGCJN.511.13.1095.03 de fecha 17 de octubre de 2003. Véase Anexo R-002.

234. Véase la solicitud de la demandante de medidas provisional de protección conforme al artículo 1134 del TLCAN, de fecha 26 de junio de 2003: “[I]n its first document request, the Government of Mexico (“Mexico”) has asked the Investor to provide it with a number of documents which are currently under the care and control of Mexican government officials. These documents, along with other evidence of relevance to this Claim, have been in Mexican custody since the facilities controlled by the Investor in Mexico were forcibly closed by Mexico... The evidence that should be found in these facilities includes... [c]orporate documents, regulatory documents (such as licenses) and operational records...”; carta de James Crosby a Hugo Perezcano del 22 de septiembre de 2003: “to the extent they still exist, the documents requested are presently located at the sealed facilities of Matamoros, Reynosa and Nuevo Laredo”.

235. Actas de fechas 5, 6 y 7 de noviembre de 2003. Anexo R-033.

236 “...on August 11, 2000, Thunderbird acquired the EDM shares of Thunderbird Brazil. Thunderbird, through its direct ownership and that of its subsidiaries, Juegos de México, Inc., held the majority of EDM shares”.

EDM es uno de los elementos esenciales de la supuesta inversión de Thunderbird en México. Las pruebas de que detente la propiedad o el control de esa empresa es, por tanto, fundamental. Sin embargo, las que ha ofrecido en este procedimiento no sustentan su aseveración.

a. Juegos de México, Inc. y *Thunderbird Brazil*

276. La demandante no ha proporcionado prueba alguna de propiedad o control sobre Juegos de México, Inc. El acta constitutiva (*Memorandum and Articles of Association of Juegos de Mexico, Inc.*) que ofrece como prueba documental (anexo C-11) no identifica a los accionistas de la empresa ni contiene información alguna sobre ellos²³⁷.

277. La demandante también proporcionó un contrato de compraventa de acciones de fecha 10 de agosto de 2000, en el cual consta que Juegos de México adquirió de los señores Juan José Menéndez Tlalatempa y Alejandro Rodríguez Velázquez la totalidad de las acciones de EDM²³⁸ (“compra y adquiere de los vendedores, exactamente 5 acciones de la Serie “A”... que representan exactamente el 100% del capital social de Entertainmens de México, S.A. de C.V.”)²³⁹. El Sr. Ruiz de Velasco firmó este documento como representante de EDM, pero tampoco indica la existencia de una relación alguna entre Juegos de México y la demandante.

Escrito de demanda, página 7, líneas 16, 17 y 19-21. La demandante remite a los Anexos 11-13 en apoyo de estas afirmaciones.

237. En la primera sesión del Tribunal celebrada el 29 de abril de 2003, Thunderbird entregó a la demandada copia de las declaraciones presentadas por EDM-México, EDM-Laredo y EDM-Reynosa ante el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras. Éstas asientan que Juegos de México es una sociedad de nacionalidad panameña, cuyo principal accionista es de nacionalidad estadounidense. Ello contradice la afirmación de la demandante que es la propietaria de la empresa y que ésta es una compañía de las Islas Vírgenes. Véase Anexo R-035.

238. Es necesario hacer la siguiente puntualización: La sociedad que Thunderbird argumenta haber adquirido es Entertainmens de México, S.A. de C.V. Esta sociedad fue constituida por los Sres. Juan José Menéndez Tlalatempa y Alejandro Rodríguez Velázquez el 5 de abril de 2000. El contrato de compraventa que proporcionó la demandante en la solicitud adicional de documentos de la demandada se celebró entre los señores Rodríguez y Menéndez con Juegos. Véase Anexo R-036.

239. El contrato de compraventa suscita otra gran duda sobre la validez de la adquisición. Según se señaló, Juegos de México adquirió el 100% de las acciones de “Entertainmens de México, S.A. de C.V.” Anexo C-11. Sin embargo, el 1 de junio de 2000 los entonces propietarios de EDM, los señores Menéndez Tlalatempa y Rodríguez Velázquez, acordaron transformar la sociedad de una sociedad anónima (S.A.) a una sociedad de responsabilidad limitada (S. de R.L.) y para cambiar la denominación de “Entertainmens de México” a “Entretenimientos de México”. Acta de Asamblea General Extraordinaria de Accionistas del 1 de junio de 2000, protocolizada ante notario público el 26 del mismo mes. Anexo R-037. De tal manera, aparentemente Juegos de México compró acciones de una sociedad que no existía ya y que, además, no tenía acciones (de acuerdo con la Ley General de sociedades Mercantiles, el capital social de las sociedades anónimas está representado por títulos de acciones que sirven para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio (artículo 111); el capital social de las sociedades de responsabilidad limitada se divide en partes sociales, de las cuales cada socio no puede tener más de una a menos que sean series distintas que confieran distintos derechos, y prohíbe que estén representadas por títulos de cualquier tipo, puesto que no son libremente cesibles como los títulos de acciones (artículos 58, 62, 65 y 68)). El acta de la asamblea de socios del 14 de diciembre de 2000 indica que los nuevos socios de EDM autorizaron tomar acción legal en contra de los anteriores propietarios, quienes ocultaron este hecho al momento de la compra y hasta el 13 de diciembre de 2000:

En vista de la celebración de la referida Asamblea General Extraordinaria de Accionistas celebrada el 1 de junio de 2000, no revelada por los Señores Juan José Menéndez Tlalatempa y Alejandro Rodríguez Velázquez a Thunderbird Brazil (BVI) Ltd. y a Juegos de México, al momento de celebrar el citado contrato de compraventa de acciones, la Asamblea despues de una

278. En su solicitud adicional de documentos de fecha 29 de agosto de 2003, México requirió a Thunderbird los siguientes documentos relativos a Juegos de México: (i) la lista vigente de accionistas de la compañía al 10 de agosto de 2000; (ii) documentos corporativos que demostraran la relación de la compañía con Thunderbird; y, (iii) documentos de la compañía, Thunderbird y EDM que demostraran que la compañía adquirió las acciones de EDM. En su respuesta del 22 de septiembre de 2003, la demandante declaró que ignoraba quienes eran los accionistas de Juegos de México y que “ejercía control de Juegos de México a través de su representante legal, Luis de Velasco”²⁴⁰. A la demandada le parece revelador el hecho que Thunderbird “ignore” la identidad de los accionistas de una compañía que ésta ha declarado es su filial y sobre la cual asegura tener propiedad absoluta, *Thunderbird Brazil*.

279. En su respuesta a la solicitud adicional de documentos de México²⁴¹, la demandante declaró que “*Thunderbird Brazil* es 100% propiedad de *Thunderbird BVI*”²⁴². Afirma que *Thunderbird BVI* es, a su vez, 100% propiedad de la demandante. Ninguno de los documentos ofrecidos como prueba indican que el 10 de agosto de 2000, fecha en la que supuestamente *Thunderbird Brazil* adquirió acciones de EDM, Thunderbird fuera propietaria de *Thunderbird BVI*, o que *Thunderbird BVI* fuera propietaria de *Thunderbird Brazil*²⁴³. A pesar de las reiteradas solicitudes de la demandada, la demandante no ha aportado documentos que demuestren esos hechos.

280. La demandante asegura que Juegos de México y *Thunderbird Brazil* adquirieron la totalidad de las acciones de EDM el 10 de agosto de 2000 y que el 11 de agosto *Thunderbird Brazil* transmitió sus cuatro acciones a Thunderbird. Sin embargo, el contrato de compraventa de acciones proporcionado por la demandante en respuesta a la solicitud adicional de documentos lo contradice. *Thunderbird Brazil* no participó en la compraventa. No hay pruebas

amplia deliberación adopto por unanimidad de votos las siguientes: ...Se otorga en favor de los Señores Luis Ruiz de Velasco y Mauricio Girault Esteva, para que lo ejerciten conjunta o separadamente, poder especial en cuanto a su objeto pero en general cuanto a sus facultades, para que en nombre y representación de la Sociedad realicen cualquier acto e inicien cualquier procedimiento de cualquier índole, incluso judicial, en contra de los Señores Juan José Menéndez Tlacatelpa y Alejandro Rodríguez Velázquez, relacionado con la celebración del citado contrato de compraventa de acciones o con los actos derivados del mismo, particularmente por el hecho de que dichas personas no revelaron a Thunderbird Brazil (BVI) Ltd. y a Juegos de México, Inc. al momento de celebrar dicho contrato, los acuerdos adoptados por la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas celebrada el 1 de junio de 2000.”

[Énfasis propio]

Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria de Socios de Entretenimientos de México, S. de R.L. de C.V., 14 de diciembre de 2000, Resolución Segunda.. Anexo R-037.

240. Véase carta de James Crosby de fecha 22 de septiembre de 2003, p. 3. Anexo R-038.

241. Íd.

242. Al igual que en el caso de Juegos de México, los documentos que la demandante entregó a la demandada en la primera sesión del Tribunal contradicen las afirmaciones de aquella respecto a la nacionalidad de la compañía. Las declaraciones presentadas al Registro Nacional de Inversiones Extranjeras señalan que Thunderbird es una compañía estadounidense, cuyos principales accionistas son también de nacionalidad estadounidense. Anexo R-035.

243. Véase el Anexo C-12 del Escrito de Demanda.

de que haya adquirido acciones de EDM que después haya podido haber transmitido a Thunderbird²⁴⁴.

281. El acta de asamblea de accionistas del 10 de agosto de 2000 aprobó la transmisión por parte de *Thunderbird Brazil* de cuatro acciones a favor de Thunderbird²⁴⁵. Sin embargo, éste documento carece de valor probatorio, puesto que la demandante no ha demostrado que *Thunderbird Brazil* adquirió acciones de EDM.

282. También debe advertirse que las declaraciones presentadas al RNIE, EDM manifestó que *Thunderbird Brazil* es una sociedad de nacionalidad estadounidense, cuyo principal socio es de la misma nacionalidad²⁴⁶.

2. Propiedad y Control sobre EDM

283. La demandante sostiene que mantuvo el control de EDM después de que aseguró la participación de nuevos inversionistas en la sociedad. En su Escrito de Demanda Thunderbird declara:

*In June 2001, EDM and investors executed a “Subscription and Investment Representation Agreement” and a “Members Quota Agreement” under which the investors secured various percentage interests in EDM. Membership certificates were issued to each of the investors indicating their share or quota percentages. Thunderbird maintained its significant ownership interest in EDM. Further, pursuant to the agreements, Thunderbird retained complete control over EDM’s operations.*²⁴⁷

284. A continuación se revisan aspectos del Acuerdo de Suscripción y Declaraciones sobre la Inversión (*Subscription and Investment Representation Agreement*), el Acuerdo de Participación de Socios (*Members Quota Agreement*) y los estatutos sociales de la sociedad. La demandada demostrará que esas documentales de la demandante no prueban que controla EDM, ni que es su propietaria.

a. Acuerdo de Suscripción y Declaraciones sobre la Inversión

285. El Acuerdo de Suscripción y Descripción de la Inversión (el “Acuerdo de Suscripción”) establece los términos y condiciones conforme a los cuales ciertas personas podían invertir en

244. La adquisición de la totalidad de las “acciones” de EDM por Juegos de México suscita más dudas sobre la supuesta inversión de Thunderbird. De acuerdo con la Ley General de Sociedades Mercantiles, las sociedades anónimas no pueden tener menos de dos socios. El que tenga un solo socio es causal de disolución de la sociedad (artículos 89 y 229). De tal manera, Juegos de México no podía haber adquirido legalmente la totalidad de las acciones de EDM.

245. Anexo C-13.

246. Anexo R-035.

247. Escrito de Demanda, p. 12, líneas 19-25 (énfasis propio). La demandante agrega que el acuerdo de suscripción reflejaba y reconocía el control de la inversión por parte de Thunderbird (“*the subscription agreement reflected and acknowledged Thunderbird’s control of the investment*”) y cita la sección 3(b)(v) del mismo, que establece: “*Thunderbird, through its key executives and management team including Messrs. Watson and Girault will manage all aspects of the development and ongoing operation of the Company.*”

EDM²⁴⁸. El Acuerdo de Suscripción hace referencia a la emisión de 300 “participaciones sociales”²⁴⁹ de la sociedad: 130 de la serie “A” y 170 de la serie “B”²⁵⁰. El Acuerdo de Suscripción declara “el control de la compañía se basa en la participación combinada en el capital combinadas de las participaciones sociales de las series “A” y “B”, según se describe con mayor detalle en el “Anexo ‘A’”²⁵¹. El Anexo “A” señala que con excepción de los asuntos expresamente listados, todas las decisiones de la asamblea de socios se tomarán por una mayoría del 65% de los votos. Los asuntos listados, que incluyen la aprobación o modificación de los estados financieros, del plan de negocios y la designación de gerentes y auditores externos, requieren una mayoría del 60%²⁵². El Anexo A-1, titulado *EDM – Matamoros Division of Ownership and Cash Flows*, detalla los porcentajes participación en el capital social de la empresa y los derechos de voto que socio detenta. “ITGC” (*i.e.* Thunderbird) detenta un porcentaje de “propiedad/votación” del 36.67%²⁵³.

286. De tal manera, las pruebas ofrecidas por la propia Thunderbird demuestran que no tiene una participación suficiente que le dé la propiedad o el control de EDM.

b. Acuerdo de Participación de Socios

287. El Acuerdo de Suscripción también prevé que “el suscriptor conviene en celebrar un Acuerdo de Participación de Socios con la sociedad y con todos sus miembros”²⁵⁴. El Anexo 2 de éste contiene un cuadro denominado “*EDM-Matamoros Division of Ownership and Cash Flows*” que, al igual que el Anexo A-1 del Acuerdo de Suscripción, indica que la propiedad y derechos de voto de Thunderbird son el 36.67%²⁵⁵.

248. El Acuerdo de Suscripción para EDM que la demandante ofreció con el Escrito de Demanda prevé: “[t]his Agreement is entered into by the Company and the Subscriber in connection with the Subscriber’s desire to acquire securities of the Company and as a condition of the issuance by the Company of such securities”. El acuerdo suscrito por EDM y *MRG Entertainment of Matamoros, LLC* el 20 de junio de 2001. Escrito de Demanda Anexo C-28, pp. 4 y 22.

249. La Ley General de Sociedades Mercantiles dispone que el capital social de las sociedades de responsabilidad limitada estará dividida en partes sociales, y establece que ningún socio podrá tener más de una parte social, a menos que éstas confieran distintos derechos. Véase la nota al pie de página No. 27 de este escrito.

250. Anexo C-28, p. 4.

251. Íd., artículo3(b)(xv), p. 12.

252. Íd. Anexo A.

253. Íd. Anexo A-1. El otro tenedor de participaciones sociales serie B es “Girault/Watson” con el 20% de la propiedad/votación. Cabe destacar que el “Domicilio” para “ITGC” que aparece en el cuadro es “BVI” (British Virgin Islands), no Canadá. Adicionalmente, un documento interno elaborado por Thunderbird, titulado “*NAFTA Claim on Behalf of the Shareholders of The Entertainments de Mexico (EDM) Entities*” contiene un cuadro titulado “*EDM-Matamoros Division of Ownership and Cash Flows*” que igualmente establece que el porcentaje de propiedad de “T-Bird” es 36.67%. Anexo C-86. En la primera sesión del Tribunal celebrada el 29 de abril de 2003, la demandante entregó a la demandada copia de las declaraciones presentadas por EDM-México al Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, que demuestran que en enero de 2001 la inversión o porcentaje de participación de “*International Thunderbird Gaming Corporation*” era del 25%.” Anexo R-035.

254. Anexo C-28, artículo3(c)(h) p. 14.

255. Acuerdo de Participación de Socios de EDM-México. Anexo C-29. Uno de los cuadros contenidos en el anexo identifica a la demandante como “ITGC-Canada”, mientras que otro lo identifica como “ITGC”, con domicilio en “BVI.” El Anexo también contiene un Certificado de Socio (*Membership Certificate*) fechado el 16 de

288. Al igual que en el Acuerdo de Suscripción, el Acuerdo de Participación de Socios enumera los que requieren ser aprobados por el 60% de los socios, incluidos la aprobación o modificación de los estados financieros, del plan de negocios y la designación de gerentes y auditores externos. Los demás requieren una mayoría del 51%²⁵⁶. También establece que para la celebración de una asamblea de socios se requiere un quórum del 40% de las participaciones sociales²⁵⁷.

289. El Acuerdo de Participación de Socios prevé que “*International Thunderbird Gaming Corporation*” tenía el derecho de designar de entre los gerentes al Presidente y al Secretario del Consejo, así como al Director General²⁵⁸. Sin embargo, ello es incongruente con los estatutos sociales y el acuerdo de suscripción.

c. Los estatutos sociales

290. El Acuerdo de Participación de Socios señala que “los estatutos sociales de la sociedad se redactarán de acuerdo con el proyecto incluido en el Anexo B del mismo. El Anexo B contiene un borrador del acta de asamblea de fecha 15 de diciembre de 2001 en la cual, entre otras cosas, se aprobó la reforma integral a los estatutos sociales²⁵⁹.”

291. Al igual que el Acuerdo de Suscripción, los estatutos requieren un quórum del 70% del capital para que la asamblea pueda válidamente constituirse y una mayoría del 65% del capital para aprobar las resoluciones de los asuntos expresamente enumerados, incluidos la aprobación o modificación de los estados financieros, del plan de negocios, la designación de gerentes y auditores externos²⁶⁰. No le otorgan a Thunderbird directamente la facultad de nombrar a al Presidente y el Secretario del Consejo de Gerentes, ni al Director General. La asamblea de socios conserva esa facultad.

292. Es así que la demandante no tiene, por sí sola, el control de la de la sociedad ni su participación en el capital social es suficiente para otorgarle el control.

293. En consecuencia, Thunderbird no puede promover una reclamación en representación del EDM-México conforme al capítulo XI del TLCAN.

diciembre de 2000, que no está firmado (anexo al Acuerdo de Participación de Socios): que señala que Thunderbird detenta una participación del 37.18% de todas las participaciones series A y B.

256. Ello es incongruente con lo establecido en el Acuerdo de Suscripción, que establece que se requiere una mayoría del 65%.

257. Anexo C-29, artículo 5.1(a), p. 4.

258. Íd., artículos 5.2 y 5.4, pp. 6 y 8.

259. Íd., Anexo B, Sexta Resolución.

260. Véase Anexo R-037.

3. Propiedad y control de otras inversiones

a. Establecimientos que abrieron

294. Thunderbird también presenta la reclamación en representación de otras dos sociedades: EDM-Laredo y EDM-Reynosa. También argumenta que es la propietaria y que detenta el control de éstas. Las pruebas no lo soportan.

(i) Entertainmens de México Laredo S. de R.L. de C.V.

295. En su Escrito de Demanda la demandante declaró:

[I]n November 2000, Thunderbird formed Entertainmens de Mexico Laredo S. de R.L. De C.V. (“EDM-Laredo”). [Se omite la referencia] Thunderbird directly and through its subsidiaries held a significant percentage interest in the entity... EDM-Laredo and various investors executed a “Subscription and Investment Representation Agreement” and a “Members Quota Agreement” under which the investors held their various percentage interests in EDM-Laredo. Membership certificates were issued to each of the investors indicating their share or quota percentages. Thunderbird maintained its significant ownership interest in EDM-Laredo. Thunderbird retained complete control over EDM-Laredo’s operations.²⁶¹

296. EDM-Laredo se constituyó el 7 de noviembre de 2000 con Juegos de México y de *Thunderbird Brazil* como socios²⁶². El 31 de diciembre de 2000, EDM-Laredo llevó a cabo una asamblea de socios²⁶³ en la cual se aprobó: (i) el aumento del capital social en la parte variable mediante la aportación en especie y en capital de varias personas físicas y morales (entre las que figura Thunderbird); y, (ii) la transmisión de la totalidad de las partes sociales de Juegos de México y de *Thunderbird Brazil* a Thunderbird. Las documentales aportadas por la demandante reflejan una participación del 33.3% de Thunderbird en el capital social de EDM-Laredo ²⁶⁴.

261. Escrito de Demanda, página 13, líneas 6-8 y 14-8 (énfasis propio). La demandante reitera su afirmación de que el Acuerdo de Suscripción de *EDM-Laredo* establece: “*Thunderbird, through its key executives and management including Messrs. Watson and Girault will manage all aspects of the development and ongoing operation of the company.*” Escrito de Demanda, página 13, líneas 20 y 21. Sin embargo, estas cuestiones relativas a la “operación” de los establecimientos no le confieren el control de la sociedad mediante la capacidad de tomar las decisiones corporativas.

262. Escritura constitutiva de EDM-Laredo, Anexo C-31.

263. Libro actas asambleas EDM-Laredo Anexo R-039.

264. Anexo C-35. Acuerdo de Participación de Socios, p. 4. (La demandante presentó dos acuerdos de la misma fecha. Ambos reflejan una participación de ITGC del 33.3% en el capital social de EDM-Laredo.) Un documento interno elaborado por Thunderbird, “*NAFTA Claim on Behalf of the Shareholders of The Entertainmens de Mexico (EDM) Entities*”, contiene el cuadro “*EDM-Laredo Division of Ownership and Cash Flows*” que establece que el porcentaje de participación de “T’Bird” es 33.33%. Escrito de Demanda, Anexo C-86. En la primera sesión del Tribunal celebrada el 29 de abril de 2003 la demandante le entregó a la demandada un expediente del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras que demuestra que a diciembre de 2000 el porcentaje de participación de “*International Thunderbird Gaming Corporation*” era de 33.3%. Anexo R-035. Entre los documentos proporcionados por Thunderbird en respuesta a la segunda solicitud de documentos de la demandada está un documento denominado “Consulta de Expedientes” del 20 de agosto de 2003. Este documento indica que “*International Thunderbird Gaming Corporation*” detenta una participación del 40.13% en el capital social de EDM-Laredo. El documento contiene la leyenda “Expediente Sección Segunda”, lo que sugiere que es pertinente al

297. De las pruebas ofrecidas por la demandante se desprende que ésta no tenía la propiedad ni el control de EDM-Laredo. Sin embargo los estatutos sociales, los Acuerdos de Suscripción²⁶⁵ y los Acuerdos de Participación de Miembros²⁶⁶ ofrecidos establecen diferentes reglas en cuanto a los quórum de votación y el número de gerentes.

	Estatutos Sociales ²⁶⁷	Acdo. Suscripción No. 1 ²⁶⁸	Acdo. Suscripción No. 2 ²⁶⁹	Acuerdo de Part. Socios No. 1 ²⁷⁰	Acuerdo Part. Socios No. 2 ²⁷¹	Borrador Estatutos ²⁷²
No. de gerentes ²⁷³	1 Serie A 2 Serie B	3 Serie A 3 Serie B	2 Serie A 2 Serie B	2 serie A 3 Serie B	2 Serie A 2 Serie B	2 Serie A 2 Serie B
Votación general ²⁷⁴	65%	65%	65%	65%	75%	65%
Votación asuntos listados ²⁷⁵	No lo contempla	Mayoría simple	No lo contempla	Mayoría simple	No lo contempla	No lo contempla

298. Aunque los estatutos sociales y el Acuerdo de Participación de Socios No. 2 otorgaban la facultad de nombrar a la mayoría del Consejo de Gerentes a los socios con partes sociales Serie B, la demandante por sí sola no podía hacerlo.

299. Thunderbird argumenta que también tenía el control directo de EDM-Laredo con base en un contrato de administración (*Management Agreement*), a través de un gerente administrativo encargado del desarrollo de operaciones del establecimiento²⁷⁶. Sin embargo, el acuerdo simplemente señala que EDM-Laredo contratará a un gerente administrativo, quien sería

Registro Nacional de Inversiones Extranjeras administrado por la Dirección General de Inversión Extranjera de la Secretaría de Economía. La demandante entregó este documento como parte de su respuesta del 22 de Septiembre 2003 a la solicitud adicional de documentos. Anexo R-040.

265. El Anexo C-35 contiene dos Acuerdos de Suscripción de fecha 30 de noviembre, ambos firmados por Jack Mitchell.

266. El Anexo C-35 también contiene dos Acuerdos de Participación de Socios, uno de fecha 1 de febrero de 2000 firmado por Wayne Ruydd y el otro sin fecha, firmado por Jack Mitchell (Thunderbird), Robert Ruyle (RNST, LL.C), Peter Watson, Muffy Bennett, Michael Snow, Mauricio Girault y John Lienert (EDM-Laredo). Debe advertirse que el acuerdo fechado el 1 de febrero de 2000 es incluso anterior a la fecha en que Thunderbird alega haber adquirido EDM, su principal filial (el 1º de agosto de 2000), lo cual arroja dudas sobre la validez del mismo.

267. Anexo C-31, pp. 5 y 10.

268. Anexo C-35. Artículo 3(b)(xv).

269. Íd.

270. Íd. Anexo C al Acuerdo de Suscripción No. 1, artículo 5.1(c) y 5.2(a), p. 6 (nótese que falta la página 5 de este documento).

271. Íd. Anexo C al Acuerdo de Suscripción No. 2, artículo 5.1(c) y 5.2(a), p. 6.

272. Íd. Anexo B al Acuerdo de Suscripción No. 2.

273. Se refiere al número de gerentes que tienen derecho a designar los socios con partes sociales de las Series A y B, respectivamente.

274. Se refiere a la mayoría requerida para aprobar las resoluciones de la asamblea de socios, con excepción de aquellos para los que expresamente se señala una mayoría distinta.

275. Se refiere a la mayoría requerida para aprobar las resoluciones de la asamblea de socios respecto de asuntos expresamente identificados.

276. Véase el Escrito de Demanda, página 13, líneas 22-24.

aprobado por Thunderbird, para “coordinar el desarrollo, construcción, implementación de sistemas y demás asuntos asociados con la operación” del establecimiento. El gerente administrativo tenía la facultad de “contratar y capacitar al personal, la celebración de contratos, preparar los presupuestos y los informes financieros”, entre otras. Una revisión del acuerdo revela que el gerente administrativo es esencialmente un administrador del establecimiento que no tiene control sobre la sociedad²⁷⁷. Lo más revelador es que en la sección “*Relationship of the Parties/Indemnification*” el acuerdo dispone:

*It is understood and agreed by the parties hereto that this Agreement does not create a fiduciary relationship between them, that Thunderbird and EDM-Laredo are and will be independent contractors and that nothing in this Agreement is intended to make either party a general or special agent, legal representative, subsidiary, joint venture, partner, employee or servant of the other for any purpose.*²⁷⁸

300. De tal manera, Thunderbird no detentaba ni la propiedad ni el control de EDM-Laredo.

(ii) Entertainments de México Reynosa S. de R.L. de C.V.

301. EDM-Reynosa se constituyó el 5 de junio de 2001²⁷⁹. Los socios originales son *Thunderbird Brazil*, y Juegos de México. El 30 de agosto de 2001, EDM-Reynosa celebró una asamblea de socios²⁸⁰ en la cual se aprobó: (i) el aumento del capital social en la parte variable mediante la aportación en especie y en capital de varias personas físicas y morales; y, (ii) la transmisión de la totalidad de las partes sociales de Juegos de México y *Thunderbird Brazil* a Thunderbird. Es a partir de esta fecha Thunderbird figura como socio de EDM-Reynosa con una participación del 40.1% de capital social (39.9% en partes sociales de la serie B y 0.2% en partes sociales de la serie A). Los demás socios son MRG Entertainments de Reynosa, con una participación del 39.9% del capital social en partes sociales de la serie B, y los señores Watson y Girault con 10%, cada uno, en partes sociales de la serie B²⁸¹.

302. Al igual que en el caso de EDM-Laredo, los documentos ofrecidos como prueba no coinciden plenamente. Sin embargo, también demuestran que la demandante se desprende que no tenía la propiedad ni el control de EDM-Reynosa.

277. *EDM-Laredo Management Agreement*, Sección 2. Escrito de Demanda. Anexo C-37, p. 1.

278. *Íd.*, p. 3 (énfasis propio).

279. Véase escritura pública No. 45 452 de fecha 5 de junio de 2001, pasada ante la fe del licenciado Roberto Nuñez y Bandera, Notario Público No. 1 del Distrito Federal. Anexo C-39.

280. Libro de asambleas de EDM-Reynosa. Anexo R-41

281. De acuerdo a una cuadro titulado “*EDM-Reynosa Division of Ownership and Cash Flows*”, que forma parte del Acuerdo de Participación de Socios de EDM-Reynosa, Thunderbird (“ITGC”) tiene una participación social con derecho a voto del 40.00%. Anexo C-43. Anexo C-al Acuerdo de Participación de Socios.

	Estatutos Sociales ²⁸²	Acuerdo. Suscripción ²⁸³	Acuerdo de Part. Socios ²⁸⁴
No. de gerentes ²⁸⁵	1 Serie A 2 Serie B	3 Serie A 2 Serie B	1 serie A 2 Serie B
Votación general ²⁸⁶	65%	65%	51%
Votación asuntos listados ²⁸⁷	No lo contempla	No contempla	65%

303. También al igual que con EDM-Laredo, la demandante señala que “mantuvo control de EDM-Reynosa y sus operaciones a través de un Acuerdo de Administración”²⁸⁸. Sin embargo, una revisión del acuerdo revela que el gerente administrativo es esencialmente un administrador del establecimiento que no ejercía ningún tipo de control sobre la sociedad²⁸⁹.

304. Thunderbird tampoco detenta la propiedad ni el control de EDM-Reynosa.

b. Establecimientos que no abrieron

305. En su Escrito de Demanda, la demandante incorpora una nueva reclamación que promueve en representación de otras tres sociedades mediante que pretendía operaran otros establecimientos: Entertainmens de México-Juárez, S. de R.L. de C.V. (EDM-Juárez), Entertainmens de México-Monterrey, S. de R.L. de C.V. (EDM-Monterrey) y Entertainmens de México Puebla, S. de R.L. de C.V. (EDM-Puebla).

306. México considera que el Tribunal no debe entrar al estudio de estas reclamaciones, puesto que se encuentran fuera de su competencia debido a que Thunderbird presentó las renunciaciones de EDM-Puebla, EDM-Monterrey y EDM-Juárez el 15 de agosto de 2003, no en el momento en el que dispone artículo 1121 del capítulo XI. Thunderbird no ha cumplido con las

282. Anexo C-42, cláusulas 15^a y 26^a.

283. Anexo C-42. Artículo 3(b)(xv).

284. Anexo C-43. El Acuerdo de Participación de Socios de EDM-Reynosa dispone: “[f]or a quorum to exist at a meeting of Members on first and subsequent calls at least forty percent (40%) of the Company’s authorized, issued and outstanding quotas shall be in attendance, and a resolution at a meeting shall require the affirmative vote of fifty-one percent (51%) of the Company’s authorized, issued and outstanding quotas.” De igual forma prevé que “[t]he Company shall have a Board of Managers consisting of three (3) persons, two (2) of whom shall be designated by ITGC holding the Class “B” Quotas, and one (1) of whom shall be designated by the Members holding the Class “A” Quotas.” Artículos 5.1, 5.2.

285. Se refiere al número de gerentes que tienen derecho a designar los socios con partes sociales de las Series A y B, respectivamente.

286. Se refiere a la mayoría requerida para aprobar las resoluciones de la asamblea de socios, con excepción de aquellos para los que expresamente se señala una mayoría distinta.

287. Se refiere a la mayoría requerida para aprobar las resoluciones de la asamblea de socios respecto de asuntos expresamente identificados.

288. Escrito de demanda, p. 14, líneas 19-20.

289. Anexo C-45, artículo 2.A, sección 3. pp. 1 y 2.

formalidades prevista en el capítulo XI en lo que respecta a la presentación de las reclamaciones de esas tres sociedades²⁹⁰. Por consiguiente, el Tribunal debe desecharlas en su totalidad.

307. Debe destacarse que ninguna de estas sociedades abrió ningún tipo de establecimiento. Thunderbird sólo ha ofrecido pruebas de que el proyecto tenía algún grado de avance. No ha demostrado ninguna “inversión” real con respecto a estas instalaciones. La demandada sostiene que la reclamación de estas tres sociedades no está dentro de la competencia del Tribunal conforme al capítulo XI del TLCAN.

c. Otros proyectos

308. Thunderbird menciona en su escrito de demanda que tenía proyectado establecer locales con máquinas tragamonedas en otras ciudades del territorio mexicano (Veracruz, Playa del Carmen, etc.). En opinión de la demandada, el Tribunal debe tenerlos como lo que son: simples proyectos.

290. Thunderbird tampoco ha demostrado que tiene la propiedad o el control propietaria o tiene el control de esta sociedades. Los socios de EDM-Monterrey, EDM-Puebla y EDM-Juárez son Juegos de México y *Thunderbird Brazil*. Anexo C-48, C53 y C 57. La demandante no ha proporcionado documento alguno en el que demuestre que es accionista de es la propietaria o que controla *Thunderbird Brazil*. Tampoco ha ofrecido ninguna prueba de que Thunderbird haya adquirido de éstas las partes sociales de EDM-Monterrey, EDM-Puebla y EDM-Juárez.

IX. DEFENSA A LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS

A. Introducción

309. Los argumentos que se presentan sobre daños se hacen sin perjuicio a la defensa de la demandada en materia de responsabilidad. En particular, la demandada mantiene su posición de que: (1) no hubo violación alguna al artículo 1110 del TLCAN puesto que EDM operaba establecimientos con las llamadas “máquinas de habilidad y destreza” de manera ilícita de acuerdo con la Ley Federal de Juegos y Sorteos; (2) no existe violación alguna al artículo 1105 que derive de la aplicación efectiva de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, la audiencia administrativa, los procedimientos judiciales o de cualquier otra norma o procedimiento; y (3) no hubo denegación de trato nacional.

310. La demandada mantiene su objeción sobre jurisdicción en referencia a que la demandante no tiene la propiedad o control las tres empresas EDM y no tiene legitimidad procesal para presentar una demanda bajo el artículo 1117 por cualquier daño o pérdida presuntamente sufrida por ellas. La demandada sólo tendría derecho a presentar una reclamación por cualquier pérdida o daño sufrido a su inversión en cualquiera de las empresas en referencia.

311. La demandada niega categóricamente que alguna de las medidas tomadas por la Secretaría de Gobernación, o cualquier otra entidad del gobierno, pueda ser considerada como la causa próxima de cualquier pérdida o daño sufrido por la demandante o cualquiera de las empresas EDM. La demandada, junto con los otros accionistas de las empresas EDM procedieron con el desarrollo de los establecimientos de “máquinas de habilidad y destreza” con pleno conocimiento de que éstos no habían sido autorizados por la Secretaría de Gobernación y que esa misma secretaría había tomado acción legal en contra de otros establecimientos similares operados por terceras personas. Cualquier daño o pérdida que resulte de la acción penal en contra de las empresas EDM es consecuencia del riesgo voluntario tomado por los inversionistas. Por consiguiente, cualquier pérdida o daño sufrido se debe a su propia negligencia o a información que no fue revelada por la demandante.

B. Sinopsis

312. La demandante busca un pago de daños por 24, 67.9 y 175.4 millones de dólares respectivamente, de acuerdo con tres escenarios alternativos:

- pérdida de ingresos por 10 años correspondientes a los tres establecimientos existentes, considerando el número de máquinas que éstos mantenían al momento de la clausura;
- pérdida de ingresos por 10 años correspondientes a los tres establecimientos existentes, considerando tres veces el número de máquinas al momento de la clausura; y
- pérdidas de ingresos por 10 años correspondientes a los establecimientos existentes, así como otros tres nuevos establecimientos (aún no desarrollados) con tres veces el

número de máquinas que mantenían los establecimientos existentes.

313. Las cantidades señaladas se reclaman en dólares de los Estados Unidos, pero incluyen intereses a la tasa preferencial en México (“*Mexican Prime Rate*”) con composición trimestral²⁹¹.

314. Conforme a cualquier escenario razonable, la cantidad que de acuerdo con el primer escenario se reclama es excesiva. Las cantidades que se reclaman de acuerdo con el segundo y tercer escenario son, simplemente, exorbitantes.

315. Para poner la cantidad reclamada en perspectiva: es entre 6 y 44 veces mayor a los US \$3,950,000 dólares que los accionistas de las empresas EDM aseguran haber invertido²⁹², y entre 2.5 y 18 veces mayor que el valor de capitalización de mercado de *Thunderbird*, que asciende a \$9,481,557²⁹³ dólares y que refleja el valor de inversiones en 11 casinos con licencia: seis en Panamá, dos en Venezuela, dos en Nicaragua y uno en Guatemala²⁹⁴.

316. La cantidad reclamada es aun más extraordinaria cuando se analiza a la luz del pobre desempeño financiero de las tres empresas mexicanas que operaban los establecimientos. Los estados financieros auditados revelan que estas tres empresas operaron con pérdidas significativas.

317. Existen serios problemas con la reclamación de daños relativos, tanto a los hechos que la demandante ha asumido para efectos de la valuación, como a los principios legales que ha aplicado, o mejor dicho, dejó de aplicar, a diversos aspectos de su reclamo. La demandada demostrará que, si se aplican los principios legales correctos y aun si se hace una interpretación generosa de los hechos, las tres entidades tenían un valor de negocio en marcha negativo por el método de flujos de efectivo descontados (DCF por sus siglas en inglés) y un valor muy modesto si se determina conforme a “criterios apropiados de valuación” como el valor de la inversión de la demandada o la proporción que le correspondería del valor en libros de los activos.

C. Principios legales aplicables a la reclamación de daños

318. El alegato de la demandante sobre daños ofrece una larga, y en su mayor parte irrelevante, discusión sobre la jurisprudencia de acuerdo con el derecho internacional. Menciona selectivamente los fragmentos y principios legales que supuestamente se derivan de los casos citados, en un intento por dar soporte al argumento de que tiene derecho a la “restitución total” de su inversión, determinada con base en el valor presente neto (VPN) o flujos de efectivo descontados.

291. Esto no es congruente con los términos del Tratado. Ver discusión *infra*.

292. La demandante alega haber invertido \$100,000 en efectivo, más anticipos netos (\$2.24 millones de dólares menos \$777,000 que fueron pagados). La cantidad reconocida por los auditores de la empresa es menor. Ver discusión *infra*.

293. Datos tomados de la página del CNQ en <http://www.cnq.ca>, correspondientes a *International Thunderbird Gaming Corporation* (ITGC.U). 10 de diciembre de 2003. (valor de la acción: US \$0.39, número de acciones: 24,311,687)

294. Ver “*Gaming Operations*” en http://www.thunderbirdgaming.com/gaming_operations/gamingOps.html

319. La medida prescrita como compensación a la violación del artículo 1110, aunque evidente a partir de una lectura del texto, fue confirmada por el Tribunal en el caso de *Metalclad Corporation*:

Con respecto a la expropiación, el artículo 1110(2) del TLCAN estipula, específicamente, que la indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo. Este párrafo también establece que ‘los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado’²⁹⁵.

320. Por lo que se refiere al criterio de valuación apropiado en un caso particular, la jurisprudencia aplicable indica de manera constante que las valuaciones basadas en la estimación de utilidades (i.e. valor presente neto o flujos de efectivo descontados) pueden ser utilizadas sólo cuando la empresa en cuestión ha tenido al menos dos o tres años de operación rentable, en la cual se puedan sustentar las estimaciones de manera confiable. El tribunal en el caso de *Metalclad* señaló:

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

120. Sin embargo, cuando una empresa no ha estado en actividad el tiempo suficiente para establecer su desempeño o no ha producido beneficios, las ganancias futuras no pueden utilizarse para determinar el valor corriente ni el valor justo de mercado. En *Sola Tiles, Inc c. Irán* (1987) (14 Irán-U.S.C.T.R. 224, 240-42; I.L.R. 460, 480-81), el Tribunal de Reclamaciones Irán Estados Unidos señaló la importancia que revisten, para el valor de una compañía, la reputación comercial y la relación establecida con sus proveedores y clientes. Análogamente, en *Asian Agricultural Products c. Sri Lanka* (4 ICSID Reports 246 (1990) pág.292) otro Tribunal del CIADI observó, acerca del problema similar de la valuación del fondo del comercio, que la determinación del valor de éste último requiere la presencia de la empresa en el mercado al menos durante dos o tres años, periodo mínimo necesario para establecer relaciones comerciales duraderas.²⁹⁶. [Énfasis propio]

321. La demandante cita el caso *Metalclad y Asian Agricultural Products*, pero omitió señalar que en ambos expresamente se reprobó el uso de medidas especulativas para la determinación de daños. Ambos tribunales concluyeron que es un requisito esencial que exista un largo periodo de operaciones rentables si se pretende utilizar dichas metodologías. Ninguna de las tres empresas EDM tuvo un periodo de operaciones rentables ni suficientemente largo como para poder estimar utilidades futuras de manera confiable.

295. Laudo, 30 de agosto de 2000, párrafo 118.

296. Íd., ¶¶ 119-120.

322. La demandada también citó el caso de *Phillips Petroleum v. Iran*, pero omitió señalar una restricción importante que el tribunal al uso del método de flujos de efectivo descontados: “any ... analysis of a revenue-producing asset ... must involve a careful and realistic appraisal of the revenue producing potential of the asset over the duration of its term”, y “must also involve an evaluation of the effect on the price of any other risks likely to be perceived by a reasonable buyer at the date in question...”²⁹⁷. Cabe señalar aquí que cualquier comprador potencial de las empresas EDM estaría muy preocupado por la dudosa legitimidad de las operaciones de los establecimientos en cuestión, cualquier acción legal que pudiese presentarse en su contra, que incluyan sanciones administrativas, civiles y penales.

323. Por lo que se refiere a los daños ocasionados por violaciones de artículos distintos al artículo 1110, el Tribunal en el caso Feldman señaló:

El TLCAN no brinda otra guía en cuanto al modo correcto de evaluar dañoso indemnizaciones en situaciones que no encuadren dentro de las disposiciones del Artículo 1110 (expropiación); la única evaluación detallada de daños específicamente contemplada en el Capítulo XI es la del Artículo 1110(2-3), cuando se refiere al “valor justo de mercado” que se aplica necesariamente sólo en situaciones que encuadren en las disposiciones del Artículo 1110. De ello se desprende que, en casos de discriminación que constituyan una violación del Artículo 1102, lo que adeude el demandado será el monto de la pérdida o daño razonablemente vinculado a tal violación. En ausencia de una discriminación que también constituya una expropiación indirecta o sea equivalente a una expropiación, el Demandante no tendría derecho al total valor de mercado de la inversión que se otorga conforme al Artículo 1110 del TLCAN. Por lo tanto, si el requisito necesario para someter una reclamación a arbitraje es la existencia de daños, se deriva posiblemente que el Tribunal pueda ordenar una indemnización por el monto de las pérdidas o los daños en los que realmente se ha incurrido.²⁹⁸

324. La demandante aparentemente coincide²⁹⁹ con el tribunal del caso *S.D. Myers* que correctamente señaló:

“...damages may only be awarded to the extent that there is a sufficient causal link between the breach of a specific NAFTA provision and the loss sustained by the investor. Other ways of expressing the same concept might be that the harm must not be too remote, or that the breach of the specific NAFTA provision must be the proximate cause of the harm”³⁰⁰.

325. En resumen, a partir del significado ordinario de los artículos 1116, 1117 y 1110, así como de la jurisprudencia aplicable, se pueden derivar los siguientes principios legales:

- Los artículos 1116 y 1117 requieren que las violaciones reclamadas sean la causa

297. *Phillips Petroleum Co. vs. the Government of Iran*, et. al., Laudo No. 425-39-2 (29 de junio de 1989), 21 Irán. –U.S.C.T.R. 79, 124, Id., Para 111.

298. Laudo, 16 de diciembre de 2002, párrafo 194.

299. Escrito de Demanda, p. 109, línea 16-21

300. Segundo Laudo Parcial, 21 de octubre de 2002, párrafo 140. (Notar que este laudo se encuentra en revisión en virtud de que, *inter alia*, el tribunal excedió su jurisdicción al combinar las pérdidas que la demandante incurrió como proveedor de servicios transfronterizo con los incurridos como inversionista)

- próxima de cualquier pérdida o daño que la demandante pueda recuperar;
- la compensación bajo el artículo 1110 será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de la fecha de expropiación, y la determinación de dicho valor sólo podrá basarse en utilidades futuras cuando se cuente con un historial suficiente de operación rentable; y
 - la compensación bajo los artículos 11102 y 1105 deben ser equivalentes a las pérdidas o daños sufridos como consecuencia de la violación

D. Las pruebas de la demandante en materia de daños: el dictamen de *The Innovation Group*

326. La valuación presentada por la demandante preparada por *The Innovation Group* de Nueva Orleans, presenta al menos las siguientes cinco deficiencias:

- No determina el “valor justo de mercado” de las inversiones objeto de la reclamación inmediatamente antes de la fecha de expropiación, sino que pretende ser una “determinación de ingresos perdidos por el cierre prematuro” de los tres establecimientos y otros tres que “se encontraban en diversas etapas de concepción y desarrollo inicial”.
- Pretende valorar a los tres establecimientos utilizando el método de Valor Presente Neto (VPN), no obstante que no existe un historial apropiado de operaciones rentable. No se ofrece otro valor conforme a otro criterio de valuación.
- El VPN se sustenta en estimaciones de los costos e ingresos que son incongruentes con los estados financieros auditados de las tres sociedades en cuestión. *The Innovation Group* hizo estas estimaciones con base en información que no ha revelado, pese a las reiteradas solicitudes de México.
- No se toma en cuenta “ningún otro riesgo que probablemente pueda percibir un comprador en la fecha en cuestión”, que, en circunstancias similares a las de este caso, debe incluir el riesgo de clausura y otras acciones administrativas, el riesgo de enfrentar procesos judiciales, la responsabilidad civil, administrativa y penal potencial, la entrada de competidores al mercado en caso de que las empresas operen de conformidad con la ley Federal de Juegos y Sorteos.
- No ofrece ninguna medida alternativa del valor de los daños sufridos como consecuencia de las presuntas violaciones a los artículos 1102 y 1105.

1. No se probó el “valor justo de mercado” de las “inversiones”

327. La reclamación central se basa en el artículo 1110. Los daños por expropiación directa o indirecta de la inversión de un inversionista de otra Parte “será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo” y “[l]os criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del

activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios de valuación que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado”.

328. El término “valor justo de mercado” comúnmente se interpreta como el precio que un comprador independiente está dispuesto a pagar a un vendedor también independiente, sin que cualquiera de ellos se vea forzado a comprar o vender, y ambos tengan un conocimiento razonable de los hechos pertinentes³⁰¹.

329. El *Innovation Group* estipula que su mandato “*as set forth by International Thunderbird, was to determine the value of the earnings lost as a result of (the) premature closure*”³⁰² de los tres establecimientos existentes y tres establecimientos proyectados. El término “valor justo de mercado” no aparece en ninguna parte del dictamen. Tampoco señala que asigna un valor a las tres empresas existentes o a las otras tres empresas proyectadas a una fecha particular. No considera otros métodos de valuación distintos al VPN de las ganancias supuestamente perdidas. En términos simples, las pruebas ofrecidas no cumplen con los requerimientos establecidos en el artículo 1110(2).

330. La demandada alega que la inversión de la demandante se limita a una participación en las tres empresas existentes que operaron los establecimientos, según se describe en los documentos públicos de Thunderbird³⁰³:

- Entertainmens de México-Laredo S. de R.L. de C.V. 33.00%
- Entertainmens de México S. de R.L. de C.V. 37.18%
- Entertainmens de México-Reynosa S. de R.L. de C.V. 40.00%

331. Si la demandante tenía una participación en cualquiera de las empresas recientemente establecidas que fueron creadas con el propósito de desarrollar nuevos establecimientos, podría alegar la existencia de una inversión. Sin embargo, el valor de dicha inversión en la fecha de la presunta expropiación sería simbólico. La definición de “inversión” no incluye planes, intenciones, esperanzas u otras aspiraciones. Las nuevas empresas —al no contar con un local, equipo, personal o base de clientes—no podrían haber tenido un valor como negocio o como activo. Cabe señalar que Thunderbird no menciona en sus Informes Anuales para 2000, 2001 y 2002 inversión alguna en cualquier empresa mexicana distinta de las tres sociedades EDM.

2. No se utilizaron los criterios de valuación apropiados

332. La determinación del valor presente neto de las supuestas pérdidas de utilidades futuras, que se presentan en el dictamen *The Innovation Group* es puramente especulativa. Los tres establecimientos solo operaron durante un período de tiempo corto: Matamoros por 13 meses, Nuevo Laredo por 8 meses y Reynosa por menos de 5 meses. Ninguno generó utilidades durante el periodo en el que operó. Sin embargo, *The Innovation Group*, a través de la extrapolación de

301. Ver por ejemplo, *Black's Law Dictionary*, 5^{ta} edición.

302. Dictamen de valuación de *the Innovation Group*, p. 129.

303. Anexo R-026

los supuestos costos operativos y la proyección de ingresos utilizando tendencias de crecimiento, proyecta el valor presente neto de ingresos futuros como si se trataran de empresas muy rentables e inmunes a cualquier contingencia financiera, competitiva, regulatoria o de negocios durante 10 años de vida comercial.

333. México sostiene que el valor presente neto o flujos de efectivo descontados no es apropiado en este caso. Se está pidiendo al tribunal que especule sobre empresas, que de hecho no fueron rentables, y concluya que tienen un valor de decenas de millones de dólares. El destino de la mayoría de las inversiones de la demandante demuestra que ello es muy poco probable. La siguiente lista de proyectos fallidos de Thunderbird³⁰⁴ demuestra gráficamente la razón detrás de la advertencia en el caso de *Metalclad*:

Iniciativa de inversión	Resultado de la inversión
<i>Thunderbird Greeley, Inc.</i> – Ensamble y distribución de máquinas VGT	Abandonada debido a la expectativa de acción penal en contra de tribus indas de California y máquinas VGT en Carolina del Sur – se registró una pérdida de \$3,375,000.
Acuerdos de participación de utilidades para máquinas de Video Poker en Carolina del Sur, Estados Unidos.	Abandonada debido al riesgo de acción penal en su contra– se registró una pérdida de \$1,844,000
Acuerdos de participación de utilidades con las tribus indias del estado de California.	Abandonada debido al riesgo de acción penal en su contra – se registró una disminución de activos por \$8.8 millones
Thunderbird Eagle. Ensamble de máquinas tragamonedas (slot machines) electromecánicas.	Abandonada –Se registró una pérdida de \$4,387,000 por este concepto y los proyectos de China y Brasil.
Perú. Casinos y máquinas tragamonedas.	Abandonada debido a cambios en la legislación aplicable – [el monto de la pérdida no se encuentra desglosado]
<i>Winstreak</i> – Casinos en Internet	Retiro de la inversión debido al riesgo de acción penal en su contra [vendido por un “nominal consideration”]
<i>Millennium III</i> – China. Empresa conjunta (<i>joint venture</i>)	Aparentemente abandonada– [el monto de la pérdida no se encuentra desglosada]
<i>Thunderwatch</i> . Programa para la administración de máquinas VGT	Aparentemente abandonada –No se registró ninguna pérdida.
Casino en Aruba	Declarado en bancarrota. –se registró una pérdida de \$2,065,000.
Brazil. Máquinas de Video-Lotería (Video Lottery Terminals)	Abandonada debido a preocupaciones concernientes a la legislación aplicable – se registró una pérdida de \$400,000
Brazil. Adquisición de empresa en el sector de juego.	Abandonada debido a preocupaciones concernientes a la legislación aplicable – se registró una pérdida de \$500,000
<i>Calsino</i> . Manufactura de señalización para casinos.	Retiro de la inversión debido a pobre desempeño – se registró una pérdida de \$163,000.
<i>Quick Draw</i> . Máquina para revolver cartas.	Retiro de la inversión debido a pobre desempeño – se registró una pérdida de \$728,000.
<i>FiestaCasinos.com</i> . Casinos por Internet para el mercado latinoamericano.	Retiro de la inversión debido al riesgo de acción penal en su contra – se registró una ganancia de \$209,000.
Costa Rica. Casino	Retiro de la inversión – recuperación de ventas en litigio.

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

334. El dictamen de *The Innovation Group* no somete a la consideración de este tribunal ningún otro criterio de valuación. Ello no sorprende: los dos métodos más apropiados en este caso —el valor neto de los activos y la cantidad invertida— ofrecen resultados mucho más bajos, lo cual es congruente con la estrategia de inversión de la demandante, señalada en sus propias declaraciones:

*Our strategy of using other people's money is augmented by our strategy of owning as little of the bricks and mortar of our locations as possible. We do not own, at the corporate or project level, the sites that our casinos occupy. Instead, we lease existing space on long-term leases and renovate the space into a casino or skill game facility.*³⁰⁵

335. El valor combinado de los activos de las tres empresas era de aproximadamente 1.9 millones de dólares en 2001. La participación de Thunderbird, determinada conforme a su porcentaje de propiedad en cada una de las tres empresas es aproximadamente 694,000 dólares en total.

336. La cantidad en efectivo presuntamente invertida por los accionistas de las empresas EDM fue de 3,950,000 de dólares, desglosada de la siguiente forma:

Accionistas de EDM y sus contribuciones al capital
Cifras en dólares americanos

	Matamoros	Laredo	Reynosa	Total
Bennet, Frank	200,000			200,000
Bennet, Martha	-	50,000		50,000
Berger, Larry	150,000			150,000
De la Guardia, Aquilino	300,000			300,000
Girault & Watson	100,000			100,000
Harari, Joe	250,000			250,000
MRG	200,000		1,000,000	1,200,000
RNST	-	1,250,000		1,250,000
Rudd, Wayne	-	50,000		50,000
SCI	100,000			100,000
Snow, Michael	100,000	100,000		200,000
Thunderbird	100,000			100,000
Contribuciones totales en efectivo	1,500,000	1,450,000	1,000,000	3,950,000

Fuente: *Support for EDM Shareholder Contributions*. Anexo C-86

337. La cantidad en efectivo invertida por Thunderbird fue 100,000 dólares. Hizo una aportación adicional a capital —1.5 millones de dólares de acuerdo con Thunderbird, pero solo 896,000 dólares de acuerdo con sus auditores³⁰⁶— en anticipos a las tres empresas por “servicios

305. *Annual Report for 2000*, International Thunderbird Gaming Corporation, carta a los accionistas, p.6. Anexo R-56

306. En la Nota 5 a los estados financieros consolidados de Thunderbird se reporta una pérdida por US\$996,000 por las operaciones en México. Esta pérdida incluye una aportación en efectivo de US\$100,000 y anticipos por US\$896,000 que se atribuyen gastos pre-operativos. También se señala que la empresa tiene derecho a que se le restituyan esos gastos. Ver, Estados Financieros Consolidados para los años 2000 y 2001, International Thunderbird Gaming Corporation, Nota 5, p. 12. Anexo R-064

y/u otros gastos y depósitos relativos al desarrollo y/o costos de operación³⁰⁷ que debían a la fecha de clausura.

338. La demandante no ha ofrecido pruebas sobre las condiciones de esos anticipos. Es igualmente probable que esta deuda haya surgido como consecuencia del equipamiento de los establecimientos, contratos de arrendamiento u otras obligaciones contractuales entre las empresas EDM y Thunderbird.

339. Hasta que la demandante presente una reclamación debidamente articulada y documentada, en la que se explique cómo es que las cantidades que se le deben constituyen una inversión, deberá considerarse como monto invertido, los 100,000 dólares en efectivo aportados por la demandante.

3. No se utilizaron datos históricos de costos e ingresos

340. El corolario de la necesidad de contar con un historial de operaciones rentables como requisito para poder determinar el monto de daños a partir de utilidades futuras, es que, si existe, debe utilizarse. La valuación no puede sustentarse en proyecciones especulativas. Dicho de otro modo, la valuación debe estar sustentada en los costos e ingresos históricos de la empresa, no en costos reducidos que podrían obtenerse en circunstancias ideales o ingresos que el inversionista esperaba poder alcanzar algún día.

341. El dictamen de *The Innovation Group* está basado en pura especulación. Los costos en los “estados de operación pro forma” para cada uno de los establecimientos están basados en gastos “estimados” y “proyectados”. Sin embargo, no se ofrece la fuente de las estimaciones, ni se discuten las bases sobre las que fueron hechas. Los ingresos proyectados se infieren a partir de incrementos esperados que no tienen sustento en los hechos.

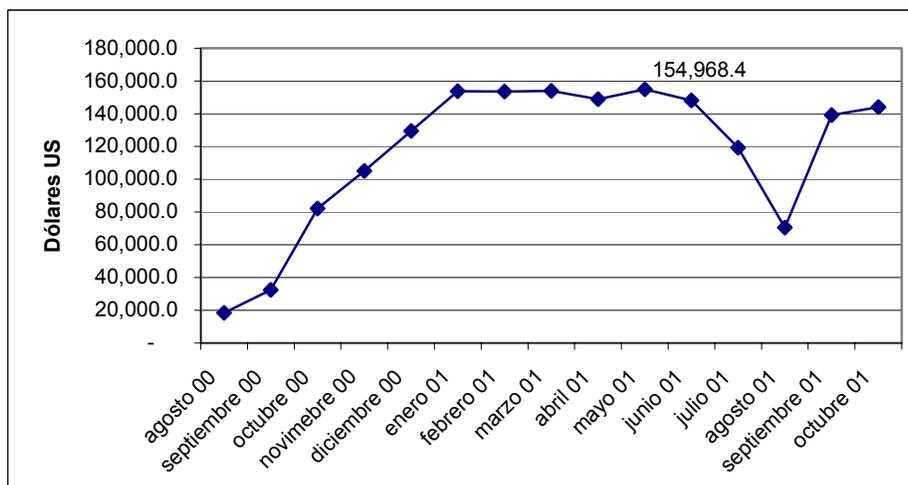
342. Entre los documentos que México solicitó a la demandante están aquéllos a los que *The Innovation Group* tuvo acceso y que utilizó para estimar los costos y los ingresos. El perito de la demandada no puede la veracidad de las aseveraciones de *The Innovation Group* y contestarlas. La demandada observa que normalmente se espera que las partes proporcionen los documentos que los peritos utilizaron para sustentar su opinión, según lo ejemplifica la orden del tribunal en el caso *Methanex*, a cuya consideración se sometió este mismo asunto³⁰⁸. El tribunal en el caso *Methanex* a petición de la parte demandada, Estados Unidos, y considerando las reglas de la IBA en materia de prueba, ordenó a la demandante proporcionar los documentos utilizados por su perito. México tiene derecho a este mismo trato.

343. No obstante, la demandada puede demostrar la falacia implícita en las proyecciones de ingresos hechas por *The Innovation Group* a partir de la información disponible. El establecimiento de Matamoros operó aproximadamente 13 meses; el período de operación más

307. Véase Anexo L, ¶ 9 del Escrito de Demanda.

308. *Methanex Corporation v. United States of America*, Orden sobre documentos en los que se basaron los expertos de *Methanex*, October 10, 2003 at <http://www.state.gov/documents/organization/25568.pdf>

largo de cualquiera de los tres establecimientos. La siguiente gráfica ilustra sus ingresos durante todo el periodo .Ingresos Brutos después de Pagos Promocionales³⁰⁹.



344. Se puede apreciar que los ingresos mensuales crecieron constantemente durante los cinco meses posteriores al inicio de operaciones en agosto de 2000. Posteriormente, los ingresos se estabilizaron en un promedio de aproximadamente 152,000 dólares al mes –un ingreso bruto por máquina de 70 dólares—durante los siguientes 9 meses, hasta la fecha de cierre del establecimiento, con la excepción de los meses de julio y agosto, en los que los ingresos disminuyeron. Después de los primeros cinco meses no hubo una tendencia positiva de operación.

345. La única conclusión a la que podría llegar un comprador potencial “razonablemente informado de los hechos relevantes” a partir de los datos históricos, es que el establecimiento había alcanzado ya su nivel potencial de generación de ingresos, y que cualquier crecimiento futuro sería marginal. Sin embargo, *The Innovation Group* ha proyectado tasas de crecimiento mensuales de 2.8% en 2002 y 3.5% en 2003, que se traducen en tasas anuales de 32.17% y 33.04% respectivamente³¹⁰. Como resultado, calcula que los ingresos de la empresa pasarían de 70 dólares diarios por máquina –nivel que la empresa mantuvo durante la mayor parte de 2001-- a 120 dólares por máquina; un incremento de aproximadamente 60% en dos años.

346. Para Nuevo Laredo y Reynosa hace proyecciones igualmente exageradas. Nuevo Laredo, que presentaba un ingreso de alrededor de 90 dólares por máquina diarios crecería a tasas entre 11% y 14% mensual hasta alcanzar un nivel de \$162 dólares diarios por máquina, lo cual representa un incremento de 55% en un periodo de dos años³¹¹. En Reynosa, los ingresos diarios por máquina pasarían de 77 dólares a 140, un incremento de 82%³¹².

309. Anexo R-092.

310. Reporte de Valuación del *Innovation Group*, p. 71. Anexo C-92 del Escrito de Demanda

311. Íd., p. 21.

312. Íd., p. 45.

347. Estas proyecciones no son más que un intento por manipular las cifras de tal manera que los resultados muestren un margen de operación saludable que las empresas nunca tuvieron.

348. Los comentarios anteriores aplican al primer escenario (el de los establecimientos existentes sin incremento en el número de máquinas). Las siguientes observaciones aplican al segundo escenario, que proyecta utilidades con base en el incremento en el número de máquinas en los tres establecimientos de 290 a 999 (333 máquinas en cada establecimiento).

349. Matamoros contaba con 75 máquinas, Nuevo Laredo con 126 y Reynosa con 89, que tomadas conjuntamente sumaban 290. El *Innovation Group* simplemente señala que:

In their correspondence with the government of Mexico, skill gaming facility operator International Thunderbird stated its intentions to place 2000 skill gaming devices within the countries borders. Predicated upon that fact, the operator searched to place approximately 333 machines in each of the six locations with the Mexican borders.

350. No es claro que las palabras “*searched to place*” se hayan utilizado intencionalmente en lugar de “*intended to place*”, pero en todo caso, no hay pruebas en el expediente que señalen que las empresas EDM tenían la intención de incrementar el número de máquinas a 333 en cada uno de los establecimientos, o más importante aún, que cualquiera de los establecimientos tenía la capacidad física de incorporar máquinas adicionales.

351. Representantes de las Partes contendientes realizaron una visita de inspección en los 3 establecimientos los días 5, 6 y 7 de noviembre de 2003. El establecimiento de Reynosa sólo pudo ser observado desde el exterior, ya que el local se encontraba en proceso de remodelación. Sólo el establecimiento de Nuevo Laredo conserva la disposición original de las máquinas. La mayoría de las máquinas del establecimiento de Matamoros fueron embargadas por la Junta Local de Conciliación y Arbitraje (tribunal laboral) para garantizar en el curso de un proceso laborar el pago de sueldos vencidos que iniciaron los empleados en contra de la empresa. Todo el mobiliario del establecimiento de Reynosa fue asegurados por la Procuraduría General de Justicia y se mantienen en una bodega sellada.

352. El testimonio de Alejandro Barragán describe el establecimiento de Nuevo Laredo³¹³. El salón principal tiene 126 máquinas y ocupa el piso inferior de un edificio independiente. Sólo había espacio disponible para añadir una cantidad pequeña de máquinas y aparentemente no existía espacio adicional que pudiera ser utilizado para colocar más máquinas. El local de Matamoros era más pequeño y también se ubicaba en un edificio independiente que aparentemente no tenía posibilidades de expansión. El salón principal en Reynosa era aparentemente más grande, pero no mucho más grande que el de Nuevo Laredo. Sin embargo, no se pudo acceder al interior del local.

353. La ausencia de evidencia que respalde la intención o la capacidad de incrementar el número de máquinas en cualquiera de los establecimientos debe ser determinante. El *The Innovation Group* se ha basado en conjeturas para postular su segundo y tercer escenarios.

313. R-092.

4. No se contemplaron circunstancias negativas

354. El *The Innovation Group* asume que cada uno de los tres establecimientos (o seis, según sea el caso) operarían sin interrupción por un periodo de 10 años, y sin verse impedida por cualquier acción administrativa o legislativa. Para señalar lo obvio, un comprador potencial “razonablemente informado sobre los hechos” tendría que considerar la posibilidad de que los establecimientos se consideren ilegales o la posibilidad de que se reformen las leyes para restringir o prohibir el uso de las llamadas “máquinas de habilidad y destreza” que operan. Los reportes públicos de Thunderbird advierten a sus inversionistas sobre este tipo de riesgo todos los años:

*Regulatory: The ability to sell or place VGTs in any country is dependent upon the regulatory authorities of various levels of government. The rulings made by the government continue to fluctuate and are dependent upon a number of political, economic and public oriented factors. The Company is dependent upon the government ruling in the favor of allowing casino gaming and specifically VGTs and slot machines in their jurisdiction. Adverse government rulings may have a significant impact on the Company's ability to generate revenue.*³¹⁴

355. Las posibilidades restantes son: que las llamadas “máquinas de habilidad y destreza” sean consideradas legales por las cortes y ninguna otra medida gubernamental sea tomada para prohibir o restringir su uso, y que el gobierno decida reformar la ley para permitir casinos en ciertos lugares dentro de territorio mexicano. Esto da lugar a otra observación obvia –en cualquiera de estos casos no habría ninguna barrera a la entrada que proteja a las empresas de la competencia de otros operadores. Este es otro de los riesgos de negocio que Thunderbird señala anualmente a sus accionistas:

*Competition: The Company's products compete against those of other established companies, some of which have greater financial, marketing and other resources than those of the Company. These competitors may be able to institute and sustain price wars, or imitate the features of the Company's products, resulting in a reduction of the Company's share of the market and reduced price levels and profit margins. In addition, there are no significant barriers to new competitors entering the market place.*³¹⁵

356. El Contrato de Suscripción de EDM específicamente advierte sobre posibles competidores de este establecimiento (Matamoros):

Competition. ...The Company currently faces direct competition from Circa Unidesa and Franco, both Spanish companies who have established skill game operations in and throughout South American and Central (sic) but not yet in Mexico. The Company anticipates these competitors will establish such skill game operations in and throughout Mexico. These companies have more experience in operating a skill game business, have a greater although different brand name recognition and may have greater financial resources than the Company. The Company may also face competition from casino operators if sanctioned in Matamoros in the future. There is no assurance that the Company can

314. Anexo R-017, p.16.

315. Id. P.15. y subsecuentes.

*successfully and profitably compete against direct competitors and there is little chance that the Company will be able to compete against casino operators if either establish operations in or near Matamoros.*³¹⁶

357. La precaria situación legal de las empresas EDM es muy problemática como para postular cuál podría ser su “valor justo de mercado”. Existen serias dudas sobre si un comprador potencial, actuando de buena fe, pudiese hacer una oferta para adquirir estas tres empresas mientras su situación legal no hubiese sido resuelta en definitiva.

5. No se consideraron daños bajo los artículos 1102 y 1105

358. La demandante presume que la única medida de daños por las supuestas violaciones de México a sus obligaciones derivadas el capítulo XI del TLCAN es el valor presente neto de 10 años de utilidades perdidas, correspondientes a cada uno de los establecimientos.

359. Como se explicó anteriormente, la valuación ofrecida no reúne los requisitos del artículo 1110, ni ofrece algún medio para determinar los daños como consecuencia de una supuesta violación a los artículos 1102 y 1105 que se equiparen a algo distinto de una expropiación. En términos simples, la demandante no a cumplido con su responsabilidad de probar su reclamación por daños.

E. La valuación de la demandada: El Dictamen de FinBridge

360. FinBridge Consulting S.C. es una empresa de consultoría financiera fundada en el año 2000 dedicada a reestructuraciones de crédito, valuación de empresas, fusiones y adquisiciones y análisis de mercado, entre otras actividades. Desde su creación, Finbridge ha asesorado a numerosos clientes en los sectores minero, automotriz, telecomunicaciones y farmacéutico. Luis Martínez, su socio director y responsable de este estudio, es Licenciado en Relaciones Internacionales y cuenta con una Maestría en Dirección Internacional del Instituto Tecnológico Autónomo de México. En cuanto a su experiencia profesional, tiene más de 18 años de experiencia en el sector bancario y 4 como consultor privado.

361. El gobierno de México solicitó a FinBridge Consulting S.C. estimar el valor justo de mercado de las tres empresas EDM existentes, así como de las empresas que Thunderbird consideraba abrir en México. También se le solicitó emitir una opinión sobre el dictamen de valuación presentado por *The Innovation Group*.

362. A solicitud del Gobierno de México, FinBridge utilizó tres metodologías distintas para determinar el valor justo de mercado de las tres empresas EDM existentes en este caso: Valor de Reemplazo de Activos (valor en libros), Valor de Liquidación y flujos de caja descontados. Todas ellas cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 1110(2) del TLCAN.

363. Los resultados obtenidos fueron:

- a) menos 14.19 millones de pesos (menos \$1.48 millones de dólares)³¹⁷ conforme al método DCF;

316. Acuerdo de Representación, p. 10. Anexo C-28 del Escrito de Demanda.

- b) 17.67 millones de pesos (1.84 millones de dólares) conforme al valor en libros; y
- c) 13.25 millones de pesos (1.38 millones de dólares) conforme valor de liquidación

364. Las cifras anteriores reflejan el valor de las tres empresas existentes previo a la fecha de clausura en octubre de 2001.

F. Conclusiones

365. Los criterios de valuación que se podrían considerar apropiados en este caso son: (1) cantidad invertida por la demandante, (2) valor en libros de los activos, y (3) valor de liquidación.

Participación de la demandante en la Cantidad Invertida

366. El tribunal en el caso *Metalclad*, ante la ausencia de un historial suficiente de operaciones rentables, determinó el valor justo de mercado sobre la base de la cantidad invertida por la demandante, menos algunas deducciones. En este caso, la presunta contribución de capital de los accionistas de las empresas EDM fue de US\$3,950,000 en efectivo. Existió una cantidad adicional —US\$896,000, de acuerdo con los auditores de Thunderbird— por concepto de anticipos a las tres empresas relativos a “*services and/or other expenses and deposits related to the development and/or operating costs*” – aun por pagar al momento del cierre de los establecimientos. La demandante no ha establecido que esta deuda haya sido, de hecho, una cantidad pagada para adquirir una participación en las empresas EDM, o que pueda calificar como “inversión” conforme al artículo 1139.

367. La participación de la demandante en el monto total de capital invertido sería el siguiente:

	Participación %	Monto invertido USD	Atribuible a Thunderbird USD
Matamoros	37.20%	1,500,000	558,000
Nuevo Laredo	33.30%	1,450,000	482,850
Reynosa	40.00%	1,000,000	400,000
Total		3,950,000	1,440,850

Participación de la demandante en el Valor en Libros

368. Determinar el valor de la participación de la demandada en las empresas EDM, a partir del valor en libros de los activos, es un asunto de pura aritmética:

317. Tipo de cambio para solventar obligaciones denominadas en moneda extranjera (FIX) al 10 de octubre de 2001 (\$9.566 pesos / dólar). Fuente: Banxico.

	Participación %	Valor en libros de los activos	Atribuible a Thunderbird	
			Pesos	USD ¹
Matamoros	37.20%	5,228,317	1,944,934	203,305
Nuevo Laredo	33.30%	8,420,054	2,803,878	293,090
Reynosa	40.00%	4,031,290	1,612,516	168,557
Total		17,679,661	6,361,328	664,952

1. Tipo de cambio FIX del 10 de octubre de 2001. (\$9.566 pesos / dólar). Banxico

Participación de la demandante en el Valor de Liquidación

369. El valor de la participación de la demandante en las empresas EDM, determinado a partir del valor de liquidación de los activos, es igualmente un asunto de simple aritmética:

	Participación %	Valor de liquidación de los activos	Atribuible a Thunderbird	
			Pesos	USD ¹
Matamoros	37.20%	3,921,238	1,458,701	152,478
Nuevo Laredo	33.30%	6,315,041	2,102,909	219,818
Reynosa	40.00%	3,023,468	1,209,387	126,418
Total		13,259,747	4,770,996	498,714

1. Tipo de cambio FIX del 10 de octubre de 2001. (\$9.566 pesos / dólar). Banxico

Interés

370. La demandante pretende un pago en dólares de Estados Unidos pero solicita que los intereses se calculen considerando la tasa preferencial en México (“*Mexican prime rate*”) compuesta trimestralmente. El artículo 1110 del TLCAN prevé que el pago de intereses como sigue:

4. En caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de expropiación hasta la fecha de pago.

5. Si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha de pago.

371. La demandada observa que el pago, en su caso, deberá hacerse de acuerdo con los criterios establecidos en el TLCAN, considerando intereses a una tasa razonable para esa moneda, o en pesos, desde la fecha de expropiación hasta el día del pago. La demandada considera que la tasa de interés simple del *U.S. Treasury Bill* a un año es una tasa razonable para el dólar de los Estados Unidos.

X. PETICIÓN

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

Todo lo cual se somete respetuosamente a su
consideración:

[firmado en el original]

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

18 de diciembre de 2003

APÉNDICE
Admisiones y Negaciones

373. A continuación la demandada proporciona sus admisiones y negaciones de los hechos aseverados por la demandante. México ha reproducido textualmente los párrafos pertinentes del Escrito de Demanda (omitiendo las notas al pie de página, a menos que se indique lo contrario) y proporciona su respuesta, cuando se requiere, inmediatamente después. La demandada sigue el orden y la estructura del Escrito de Demanda. Para facilidad de referencia, la demandada reproduce en esta sección todos los títulos y subtítulos de la parte correspondiente del Escrito de Demanda.

I. STATEMENT OF FACTS

A. International Thunderbird Gaming Corporation

Escrito de Demanda, p. 3, líneas 3-8

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Claimant International Thunderbird Gaming Corporation (hereinafter “Thunderbird”) is a publicly held Canadian corporation. Thunderbird has approximately twenty-four million outstanding shares; approximately eight million of which are held each by Canadian residents, United States residents, and European residents. Thunderbird’s Chief Executive Officer and President of its board is Jack Mitchell. Its general counsel is Albert Atallah. [Atallah, paras. 5, 6, 7; Ex. 1; Mitchell, para. 1]</i> <i>[se omite nota al pie de página]</i>	Se admite.

Escrito de Demanda, p. 3, líneas 9-12

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Thunderbird is an owner and operator of international gaming facilities. In the early 1990’s, Thunderbird was involved in Indian gaming activities in California. In the late 1990’s, Thunderbird shifted its activities to exclusive involvement in Latin American gaming and entertainment operations. [Atallah, para. 9; Mitchell, [paras. 4-7]</i>	Se admite.

Respuesta:

374. Según ya se explicó, Thunderbird tuvo que abandonar sus operaciones en las reservas indias de Estados Unidos por cuestiones relativas a la legalidad de sus máquinas.

Escrito de Demanda, p. 3, líneas 13-16

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Thunderbird presently owns and operates gaming facilities in Guatemala, Panama, Nicaragua, and Venezuela. From 2000 to 2001, it owned,</i>	Primera oración: se admite. Segunda oración: se niega

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>controlled and operated “skilled machine” facilities in the Mexico cities of Matamoros, Nuevo Laredo, and Reynosa. The wrongful seizure of those facilities by Mexico is the subject of this claim. [Atallah, paras.10, 11; Mitchell, para. 7]</i>	que haya sido la propietaria o que controlara las instalaciones y que se tratara de “máquinas de habilidad y destreza”. Tercera oración: se admite con excepción del calificativo “wrongful”.

B. Initiation of Thunderbird’s Investments in Mexico

Escrito de Demanda, p. 3, líneas 18-24

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Beginning in late 1999 and early 2000, Peter Watson, a lawyer from Minnesota, U.S.A., initiated discussions with Jack Mitchell, President and CEO of Thunderbird. Those discussions concerned potential gaming opportunities in Mexico. Watson had previously represented a U.S. investor in a Mexican gaming operation. Through that effort, he had gained considerable expertise and experience with respect to investments in Mexico and with respect to its gaming laws. Mitchell had significant knowledge concerning gaming activities throughout Latin America. [Watson para. 3; Mitchell, paras. 4-7]</i>	Ni se admite ni se niega por no ser un hecho propio.

Respuesta:

375. En su respuesta a la primera solicitud de documentos de la demandante, Thunderbird se proporcionó una carta de fecha 8 de diciembre de 1999, de Peter Watson al Jack Mitchell³¹⁸. En dicha comunicación el Sr. Watson confirma su propuesta de servicios en la preparación de la apertura de “pequeños o grandes casinos” en México³¹⁹. De la carta se desprende que Thunderbird inicialmente tenía proyectado iniciar operaciones en Monterrey.

376. En este documento se describe un proyecto de establecimiento en Monterrey, en el cual operarían “slot machines”. El Sr. Watson reconoce que el juego con apuesta es ilegal en México: “...wining money is still illegal...”.

Escrito de Demanda, p. 4, líneas 1-6

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Mitchell and Watson looked at a number of investment possibilities, partnership arrangements and prospects for Thunderbird to establish gaming operations in Mexico. Thunderbird initially considered acquisition of a horse track facility and sports book operation in Nuevo Laredo.</i>	Ni se admite ni se niega por no ser un hecho propio.

318. Anexo R-043

319. La carta dice textualmente “[i]f the goals are ultimately met of establishing major or minos casino venues in Mexico”. Véase Anexo R-043.

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Thunderbird's lawyer in Mexico, Luis Ruiz de Velasco of Baker & McKenzie in Mexico City, reviewed proposed acquisition documents. Thunderbird ultimately decided not to pursue that investment. [Watson para.5, Mitchell, paras. 8, 9, 10; Velasco, paras. 1, 2, 3]</i>	

Escrito de Demanda, p. 4, líneas 7-10

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Mitchell and Watson were contacted by Doug Oien and Ivy Ong ("Oien/Ong"). Oien/Ong were involved in various gaming activities inside and outside of Mexico. They represented to Watson and Mitchell that they had made an investment in a sports book and skill game facility operated by Jose Guardia in Juarez, Mexico. [Watson para. 6; Mitchell, para. 8, 9, 10]</i>	Ni se admite, ni se niega por no ser hechos propios.

Escrito de Demanda, p. 4, líneas 11-17

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>"Skill games" or "skill machines" are commonly understood in the international gaming industry as differing from slot machines in that the skill machine player is able to start and stop the activity at play, to make decisions about which games and which symbols to hold, and to effect, through his skill and dexterity, the outcome of the game. None of these elements are present in a "slot machine". There, the player simply pulls the handle and waits to see if he has won anything. Further, in the international arena of gaming activities, there is a clear distinction between traditional "casinos" and video gaming parlors. [Atallah, para. 14; McDonald, para. 10, 11; Ex 69, Maida Dec.]</i>	Se niega.

Escrito de Demanda, página 4, líneas 18-25, y 5 línea 1

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>Mitchell and Watson met with Oien/Ong in the Nuevo Laredo to discuss potential skill machine operations in Mexico. Present at that meeting were two Mexican lawyers, Julio Aspe and Oscar Arroyo. Aspe and Arroyo had represented Jose Guardia with respect to his skill machine operations in Mexico. Aspe and Arroyo stated that Guardia had a significant legal altercation with Gobernacion concerning his skill machine operations. Gobernacion is Mexico's Department of the Interior. It regulates and controls all gaming activities. Aspe and Arroyo stated that Gobernacion had entered Guardia's facility and sealed off the skill machines. Aspe and Arroyo, representing Guardia, had obtained an "amparo" (judicial injunctive relief) allowing use of the machines and had recently won the underlying court case establishing the legality of skill machine operations in Mexico*. [Watson, para. 7; Mitchell, para. 11]</i></p> <p>* En la nota al pie de página No. 3, añade: <i>Guardia subsequently obtained a favourable higher court ruling</i></p>	<p>Se admiten la quinta y sexta oraciones. Por lo demás, ni se admite ni se niega por no ser hechos propios.</p>

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>establishing the legality of his skill machine operations. Guardia's skill machine facilities are open and operating in Mexico today. [Watson, para. 57; Velasco, para. 25]</i>	

Respuesta:

377. La demandada no está en posición de admitir o negar si ocurrió la reunión, quiénes estuvieron presentes y qué fue lo que dijeron. Sin embargo, hace las siguientes observaciones:

378. La demandada no cuenta con pruebas de que los señores Aspe y Arroyo hayan representaron al Sr. Guardia en los juicios de amparo que promovió³²⁰.

379. Según se explicó en el apartado VI.D.3.a de este escrito, se concedió la suspensión definitiva a CPD en un caso, pero las sentencias emitidas en primera instancia le son adversas (la sentencia del Tribunal Colegiado en el caso del establecimiento ubicado en el Estado de México no resuelve sobre amparo solicitado, sino que ordenó reponer el procedimiento). CPD ha recurrido estas sentencias. Los procedimientos aún están en curso.

380. Los tribunales mexicanos no han establecido “la legalidad de las operaciones con máquinas de habilidad y destreza en México”.

381. Es notorio que Thunderbird admite que los señores Aspe y Arroyo advirtieron sobre un “altercado legal significativo” que tuvo el Sr. Guardia con la SEGOB sobre la legalidad de las máquinas que operaba. El Tribunal también advertirá que las sentencias en los juicios de amparo promovidos por CPD son todas a partir de 2001, no de 1999 y 2000, como lo sugiere la demandante.

Escrito de Demanda, p. 5, líneas 2-7

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Oien/Ong were looking for investors to open and operate a skill machine facility similar to Guardia's. They proposed a revenue-sharing arrangement under which Thunderbird would back financially and operate one or more skill machine parlors in Mexico. Aspe and Arroyo would be utilized to obtain necessary local permits and deal with Gobernacion. During these meetings, Watson and Mitchell developed the idea that Thunderbird would raise capital to create, own and control a Mexican entity or a series of entities to operate skill machine parlors in Mexico. [Watson, para. 8]</i>	Ni se admite, ni se niega por no ser hechos propio.

C. Gaming Activities in Mexico

Escrito de Demanda, página 5, líneas 9-16

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
--------------------	-------------------------

320. De acuerdo con la sentencia rendida por el Juez de Distrito en el juicio de amparo correspondiente al establecimiento de Huixquilucan, Estado de México, quien compareció en representación de la CPD fue Jesús Quintana López, el Administrador Único de la sociedad. Anexo R-31/2.

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>When Watson and Mitchell commenced their discussions concerning operation of skill machines in Mexico, they understood that even though Mexican law prohibited games of chance, it did not, and still does not, prohibit other related activities. In Mexico, there are bingo parlors, sports book operations where customers wager on sporting events and horse and dog racing operations with betting on race outcomes, jai lai with wagering, and various other gaming-related activities. There are skill machine operations at various location in Mexico, the most prominent of which are Guardia's facilities in Mexico City and Juarez. [Watson, para. 4, 7, 57; Velasco, para. 25; Montano, para.19; Luz A. Armas Sawin, para. 4,5, 6, 7; Sawin, para. 8; Dec. Of Cepeda y Torres; Gomez, paras. 27-29; Exs. 82-85]</i></p>	<p>Primera oración: ni se admite, ni se niega. La demandada no puede admitir o negar cual fue el entendido de los señores Watson y Mitchell sobre la Ley Federal de Juegos y Sorteos.</p> <p>Segunda oración: se admite según se elabora a continuación.</p> <p>Tercera oración: admite que CPD mantiene un establecimiento en operación.</p>

Respuesta:

382. La Ley Federal de Juegos y Sorteos prohíbe los juegos de azar y los juegos con apuesta, aunque admite excepciones limitadas que están expresamente previstas y respecto de las cuales se requiere contar con permiso emitido por la SEGOB (véase el apartado III.A.2 de este escrito).

383. La SEGOB clausuró los establecimientos de CPD por las mismas razones que clausuró los de EDM. CPD impugnó los actos de la SEGOB por la vía judicial. En un caso se le concedió la suspensión definitiva. Esos procedimientos aún están en curso.

384. Además, el Tribunal debe apreciar que uno de los testigos de la demandante, el Sr. Sawin, declara que las máquinas que opera el Sr. Guardia no son “de habilidad y destreza”, sino máquinas tragamonedas o “slot machines”.

D. Initiation of Government Contacts Concerning Thunderbird's Proposed Skill Machine Operations.

Escrito de Demanda, página 5, líneas 19-23, y página 6, líneas 1 a 6

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>Thunderbird, through Watson and Mitchell, sought assistance from Thunderbird's Baker & McKenzie attorneys in Mexico. In April and May, 2000, Baker & McKenzie lawyer Luis Ruiz de Velasco, Mitchell, Watson and Mauricio Girault met several times with Aspe and Arroyo. Girault was a long-time friend of Watson. He became an investor in Thunderbird's skill machine enterprises and a director of Thunderbird. Aspe and Arroyo generally explained the process used by Guardia to fend off Gobernacion with respect to his skill machine operations in Juarez and Mexico City. De Velasco analyzed the procedures utilized by Aspe and Arroyo; i.e., to simply open a skill machine facility and, if Gobernacion took action as it had with Guardia, defend by amparo proceedings. Velasco concluded that while this procedure had been</i></p>	<p>Primera oración: se admite.</p> <p>El resto ni se admite ni se niega por no ser hechos propios.</p>

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>effective for Guardia, it would not provide Thunderbird with the certainty necessary to proceed with the significant investment. [Watson, paras. 9, 10, 11, 12; Mitchell, para. 12; Velasco, paras. 3, 4]</i>	

Respuesta:

385. El Tribunal debe apreciar que la demandante admite otra vez que fue prevenida sobre las acciones de la SEGOB en contra de establecimientos que operaban “máquinas de habilidad y destreza” y aparentemente los señores Aspe y Arroyo recomendaron la estrategia de simplemente abrir los establecimientos y litigar contra la Secretaría si ésta los clausuraba.

Escrito de Demanda, página 6, líneas 7-14

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>In July 2000, Velasco, Girault, Aspe and Watson met in Mexico City. Aspe advised that he had several conversations with the Director of Juegos y Sorteos within Gobernacion. He stated that he had described to the director what Thunderbird intended to do. Aspe indicated that he felt it might be possible to obtain an opinion letter from Gobernacion attesting to the legality of the skill machines. Thunderbird decided to request the official opinion from Gobernacion concerning the legality of its skill machines and proposed operations. If the response was favorable, Thunderbird would proceed with the opening and operation of its skill machine facilities in Mexico. [Watson, paras. 11, 12; Mitchell, para. 12; Velasco, para. 5]</i>	Se niegan la quinta y sexta oraciones. El resto, ni se admite, ni se niega por no ser hechos propios.

Respuesta:

386. La demandante afirma que los señores Aspe y Arroyo sostuvieron reuniones con el entonces Director de Juegos y Sorteos; sin embargo, no existe en los expedientes de la SEGOB constancia alguna de tales reuniones. En su solicitud de documentos adicionales, la demandada requirió a Thunderbird que le proporcionara copia de las minutas, apuntes y notas de las reuniones sostenidas por los señores Aspe y Arroyo con funcionarios de la SEGOB, relativas a la autorización de las máquinas de “habilidad y destreza”³²¹. Thunderbird se negó a proporcionarlos.

387. Thunderbird no solicitó una opinión a la SEGOB. El Sr. Menéndez Tlascaltepa, entonces socio y Administrador Único de la sociedad, dirigió el escrito del 3 de agosto de 2000 a la SEGOB. Este escrito precede al contrato de compraventa de las acciones de EDM a Juegos de México³²².

388. EDM ya había procedido a abrir el establecimiento de Matamoros antes de solicitar la opinión de la SEGOB el 3 de agosto de 2000.

321. Véase oficio No. DGCJN.511.13.949.03 de fecha 29 de agosto de 2003.

322. Véase el párrafo 275 de este escrito.

Escrito de Demanda, p. 6, líneas 15-21

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>Over the next few weeks, Aspe and Arroyo continued to speak with their contacts in Gobernacion. There were numerous contacts between the Thunderbird group and Gobernacion by and through Aspe and Arroyo. Those contacts concerned the nature and operation of the skill machines, Thunderbird's proposed operation and the text of a formal application to be presented to Gobernacion for consideration. Drafts of the proposed application were exchanged and discussed. Ultimately, Aspe indicated that Gobernacion was willing to consider and issue the opinion letter attesting to the legality of the skill machines. [Watson, para. 11, 12, 13, 14; Mitchell, para. 12; Velasco, para. 5]</i></p>	<p>Se niegan las oraciones 2 a la 4. La quinta oración ni se admite, ni se niega por no ser hechos propios.</p>

Respuesta:

389. La SEGOB ha confirmado que no existen constancias de estas reuniones, ni de los borradores que señala la demandante que fueron intercambiados. En su solicitud de documentos adicionales, la demandada requirió a Thunderbird que le proporcionara copia de los borradores elaborados³²³. Thunderbird se negó a proporcionarlos.

Escrito de Demanda, página 6, líneas 23-24

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>During this same period, and in anticipation of Gobernacion's approval of its intended operations, Thunderbird proceeded with preparations to open its first skill machine facility.</i></p>	<p>Se niega.</p>

Respuesta:

390. Según ya se mencionó, EDM ya había iniciado operaciones en Matamoros antes de solicitar la opinión de la SEGOB.

391. Por lo que se refiere a la “aprobación” de la SEGOB, véase el apartado VI.D.1 de este escrito, en relación con el apartado II.E del Escrito de Demanda, p. 7, líneas 1-6

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>In April, the Oien/Ong had incorporated an entity known as Entertainmens de Mexico S.A. de C.V. (hereinafter “EDM”). In May, EDM had entered into a lease for a location in Matamoros. In June, 2000, discussions began for acquisition of EDM by subsidiaries of Thunderbird. On June 20, 2000, EDM executed a modification of the Matamoros lease. Under that modification, EDM secured a voluntary five year extension of the lease through 2006. [Watson, para. 18; Atallah, para. 15, 25; Gomez, para. 47; Exs. 2, 3, 4, 5].</i></p>	<p>Se niega, con excepción de que EDM celebró un contrato de arrendamiento que posteriormente fue modificado³²⁴.</p>

323. Íd.

324. La fecha del convenio modificatorio es 20 de julio de 2000.

Respuesta:

392. EDM fue constituida por los señores Juan José Menéndez Tlalcatepa, y Alejandro Rodríguez Velázquez, no por los señores Oien y Ong, quienes nunca fueron socios³²⁵.

Escrito de Demanda, p. 7, líneas 7-10

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>On June 27, 2000, EDM opened bank accounts for both U.S. dollars and pesos. On June 30, 2000, EDM secured a license for land use which specifically referred to the intended use as “video games of skill and dexterity”. On June 29, 2000, EDM noticed its intended business operations to local authorities. [Gomez, paras. 48-50; Exs. 6, 7, 8].</i></p>	<p>Se admite con las siguientes precisiones.</p>

Respuesta:

393. EDM caracterizó su negocio como la operación de “máquinas de habilidad y destreza” ante las autoridades locales. Las autoridades locales contestaron sobre la base de la declaración hecha por EDM no hicieron un análisis del tipo de máquinas de que se trata ni una investigación sobre la veracidad de las afirmaciones de EDM. Su competencia se limita a cuestiones de zonificación, consumo de bebidas alcohólicas, etc.

394. Las autorizaciones emitidas por las autoridades locales normalmente se otorgan en los términos solicitados por los particulares, si se cumplen los requisitos legales que son de la competencia de éstas³²⁶. El que el permiso otorgado reproduzca el uso solicitado no implica una certificación por la autoridad del tipo de operaciones ni de la naturaleza de las máquinas y mucho menos le otorga legalidad conforme a la Ley Federal de Juegos y Sorteos, que es de la competencia exclusiva de la SEGOB a nivel nacional.

Escrito de Demanda, p. 7, líneas 11-12

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>On July 27, 2000, EDM imported 50 Bestco Model MTL19U-8L video gaming machines. [Gomez, para. 51; McDonald, paras. 4, 7, 9, 10, 12; Exs. 9, 36].</i></p>	<p>Se admite³²⁷</p>

Respuesta:

395. Debe advertirse que estas eran las mismas máquinas que Thunderbird había operado anteriormente en California.

Escrito de Demanda, p. 7, líneas 13-15

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones

325. Anexo C-2. Escritura constitutiva de Entertainmens de México, S.A. de C.V.

326. Véase los formatos del Gobierno del Estado de Tamaulipas. Anexo R-044

327. La fecha del permiso de importación ofrecido en el Anexo C-9 es 31 de julio de 2000

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>On August 10, 2000, EDM provided notice of its intended operations to local authorities. That notice specified the following activities: "restaurant, bar, and video games were skill and abilities". [Gomez, para. 52; Ex. 10].</i>	Se acepta con la siguiente precisión.

Respuesta:

396. EDM presentó ante la Coordinación de Regulación y Fomento Sanitario del Ayuntamiento de Matamoros un aviso de apertura que cualquier establecimiento comercial que expendía alimentos está obligado a presentar. La autoridad sanitaria local únicamente tiene competencia respecto del expendio de alimentos.

Escrito de Demanda, p. 7, líneas 16-18

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>On August 10, 2000, Thunderbird, through two wholly-owned subsidiaries, Juegos de Mexico, Inc. and International Thunderbird Brazil, acquired all outstanding shares of EDM. Mitchell, Watson, and Atallah were designated as the board of directors of EDM. [Atallah, para. 26; Exs. 11, 12, 13].</i>	Se niega.

Respuesta:

397. Véase el apartado VIII.C de este escrito.

Escrito de Demanda Escrito de Demanda, p. 7, líneas 19-22

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>On August 11, 2000, Thunderbird acquired the EDM shares of International Thunderbird Brazil. Thunderbird, through its direct ownership and that of its subsidiaries, Juegos de Mexico, Inc., held the majority of EDM shares. Mitchell, Thunderbird's president and CEO, was designated president of EDM's board of directors.</i>	Se niega.

Respuesta:

398. Véase el apartado VIII.C de este escrito.

Escrito de Demanda, p. 7, líneas 23-24

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>On August 14, 2000, EDM imported 30 SCI model 17" UR video game machines.</i>	Se admite.

Escrito de Demanda, p. 7, líneas 25-28

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Thunderbird obtained NOMS (Mexican consumer protection registration required for all imported products) for the imported machines. The</i>	Se niega.

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>machines had to be tested, analyzed and verified in order to obtain the NOMs. The NOMs specifically identified the imported machines as skill machines.</i>	

Respuesta:

399. Una norma oficial mexicana (NOM) es una disposición general de carácter administrativo expedida por la autoridad competente que establece características que determinados bienes deben satisfacer³²⁸. Las NOMs no se “obtienen” para un producto individual.

400. Todos los aparatos electrónicos alimentados por electricidad deben cumplir con los requisitos de seguridad establecidos en la NOM-001-SCFI-1993 “Aparatos electrónicos. Aparatos de uso doméstico alimentados por diferentes fuentes de energía eléctrica. Requisitos de seguridad y métodos de prueba para la aprobación de tipo”³²⁹. Existen organismos de certificación que prueban los aparatos para certificar su cumplimiento con la NOM previo a que puedan importarse o comercializarse.

401. EDM (no Thunderbird) obtuvo de Normalización y Certificación Electrónica, A.C. (NYCE), un organismo privado de normalización y evaluación de conformidad de productos con ciertas normas oficiales mexicanas³³⁰, un “Certificado de Equipo Nuevo de conformidad con la Norma Oficial Mexicana”³³¹. NYCE únicamente certificó la conformidad de las máquinas con los requisitos de la NOM-001-SCFI-1993, en tanto que aparato electrónico alimentado por corriente eléctrica.

Escrito de Demanda, p. 8, líneas 1-2

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Thunderbird and EDM were prepared to open the Matamoros “skill machine” facility upon expected issuance of formal Mexican government approval.</i>	Ni se admite, ni se niega por no ser un hecho propio.

F. Mexico’s Approval of Thunderbird’s Proposed Skill Machine Operations

328. La Ley Federal de Metrología y Normalización define “norma oficial mexicana” como la regulación técnica de observancia obligatoria expedida por las dependencias competentes, conforme a las finalidades establecidas en el artículo 40, que establece reglas, especificaciones, atributos, directrices, características o prescripciones aplicables a un producto, proceso, instalación, sistema, actividad, servicio o método de producción u operación, así como aquellas relativas a terminología, simbología, embalaje, marcado o etiquetado y las que se refieran a su cumplimiento o aplicación. El artículo 915 del TLCAN, por su parte, define “reglamento técnico” como “un documento en el que se establecen las características de los bienes o procesos y métodos de producción conexos, o las características de servicios o sus métodos de operación conexos, incluidas las disposiciones administrativas aplicables y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir requisitos en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado, aplicables a un bien, proceso, o método de producción u operación o tratar exclusivamente de ellas”.

329. NOM-001-SCFI-1993. Anexo R-045.

330. Véase www.nyce.org.mx

331. Véase Anexo C-16.

Escrito de Demanda, p. 8, líneas 4-13

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>On August 3, 2000, and after extensive discussions between the Thunderbird representatives and Gobernacion, EDM presented a formal request, or “solicitud” to Gobernacion concerning the proposed skill machine operation. The application notified Gobernacion of EDM’s intention to operate 2,000 machines at various locations in Mexico. The application contained a detailed description of the machines, their method of operation, and the manner by which prizes were obtained by the players. The application identified the precise make and model number of the machines to be used. The application clearly and directly stated its purpose:</i></p> <p>[se omiten los extractos de la solicitud]</p>	<p>Primera oración: se admite que EDM presentó una solicitud a la SEGO relativa a operaciones con máquinas que describió como de habilidad y destreza.</p> <p>Segunda oración: se admite.</p> <p>Tercera oración se niega.</p> <p>Cuarta oraciones: se admite</p> <p>Quinta oración: se niega.</p>

Respuesta:

402. Véase el apartado VI.D.1 de este escrito.

Escrito de Demanda, pp. 8, líneas 14-18, a la 10, línea 7.

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>The application was a direct request to the Director General of Gobernacion for an official opinion that the identified machines were not prohibited by Mexican law.</i></p> <p>[se omiten los extractos de la solicitud]</p>	<p>Se admite.</p>

Escrito de Demanda, pp. 10, líneas 8-15, a la 11, línea 25.

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
--------------------	-------------------------

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>On August 15, 2000, Gobernacion issued the official letter. The letter was signed by Rafael de Antunano Sandoval, Director de Juegos y Sorteos in the name of, and on behalf of, Mr. Sergio Orozco Arceves, Director General of Gobernacion. These are the officials in charge at the highest levels of the Mexican government with direct authority over all games in which betting is involved, including games of chance. Gobernacion's official letter stated that the machines identified in EDM's August 3, 2000 solicitud are:</i></p> <p>[se omiten los extractos de la solicitud]</p>	<p>Se admiten la primera, segunda y tercera oraciones con as siguientes precisiones. Se niega la cuarta oración.</p>

Respuesta:

403. La SEGOB no establece la naturaleza de las máquinas referidas en la solicitud. El oficio de la SEGOB de fecha 15 de agosto de 2000 simplemente alude a la descripción ofrecida por EDM.

404. De acuerdo con la normatividad aplicable, el entonces Director General de Gobernación y el Director de Juegos y Sorteos son los funcionarios competentes en materia de juegos y sorteos. El calificativo que Thunderbird emplea para describir sus cargos responde a una simple apreciación subjetiva, y por lo mismo demandada no vierte opinión sobre ella.

Escrito de Demanda, p. 11, líneas 26-28

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>Based upon Gobernacion's official opinion letter, Thunderbird and its counsel concluded that Thunderbird could proceed with skill machine operations in Mexico.</i></p>	<p><i>Ni se admite, ni se niega, La demandada no cuenta con elementos para evaluar lo que Thunderbird y sus abogados concluyeron.</i></p>

Escrito de Demanda, p. 12, líneas 1-2

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>In reliance upon Gobernacion's stated official opinion, Thunderbird moved forward with its plans to operate skill machine facilities in Mexico. Two days after Gobernacion issued its opinion, EDM opened at Matamoros.</i></p>	<p>Se niega.</p>

Respuesta:

405. EDM había iniciado operaciones en Matamoros antes de solicitar la opinión a la SEGOB. Según se explica en el V, Thunderbird procedió sobre la base de las opiniones de sus socios y abogados.

G. Thunderbird's EDM Skill Operations

1. EDM-Matamoros

Escrito de Demanda, p. 12, líneas 5-11

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>The Matamoros facility ("La Mina de Oro") opened with approximately 80 machines. It was an immediate success. Thunderbird and EDM quickly brought the facility up to full operation. On August 21, 2000, EDM provided notice to the municipality of added activities specifying "video game machines for skills and dexterity". On September 8, 2000, EDM registered with the Federal Registry of Taxpayers. EDM paid local municipality machine fees. On September 19, 2000, EDM filed employer registration documents. On September 19, 2000 EDM applied for workers' insurance.</i>	Ni se admiten, ni se niega por no ser hechos propios.

Respuesta:

406. Los anexos a los que la demandante remite no contienen documentos relacionados con estos hechos:

- El anexo 20 contiene una serie de formularios presentados por EDM a la Administración Local de Recaudación del Norte del D.F. La demandada no ha logrado identificar entre éstos el trámite del 8 de septiembre de 2000 al que hace referencia la demandante.
- El anexo 21 contiene una copia de los recibos No. 292 y 293 de la Tesorería Municipal de Matamoros por veinte pesos por concepto de cooperación municipal. Sin embargo, estos recibos no tienen ningún sello de caja.
- Los anexos 22 y 23 contienen formatos de trámites realizados por la empresa Servicios de Destreza, S.A. de C.V., a la cual la demandante no ha hecho referencia.

Escrito de Demanda, p. 12, líneas 12-14

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>In January, 2000, "La Mina de Oro" underwent inspections by the health department. In February, 2001, it received compliance certifications from the fire and hazard department. In March, 2001, EDM secured a liquor license.</i>	Se admite ³³² .

Escrito de Demanda, p. 12, líneas 15-18

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>On December 14, 2000, EDM was renamed "Entertainmens de Mexico, S.</i>	Se niega.

332. La inspección de las autoridades de salud fue en enero de 2001, y no en enero de 2000.

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>de R. L. De C. V.” and converted it to an “SRL”. Thunderbird, through its direct ownership and that of its subsidiary, maintained majority ownership. Mitchell maintained his position as President of the Board of Directors of EDM.</i>	

Respuesta:

407. Véase la nota al pie de 239 de este escrito.

Escrito de Demanda, p. 12, líneas 19-28

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>Thunderbird secured new investors into EDM. Those investors were uniformly advised of and relied upon Gobernacion’s August 15 official opinion. In June 2001, EDM and investors executed a “Subscription and Investment Representation Agreement” and a “Members Quota Agreement” under which the investors secured various percentage interests in EDM. Membership certificates were issued to each of the investors indicating their share or quota percentages. Thunderbird maintained its significant ownership interest in EDM. Further, pursuant to the agreements, Thunderbird retained complete control over EDM’s operations. The subscription agreement reflected and acknowledged Thunderbird’s control of the investment:</i></p> <p><i>“Thunderbird, through its key executives and management including Messrs. Watson and Girault will manage all aspects of the development and ongoing operation of the company.</i></p>	<p>Primera, tercera y cuarta oraciones, se admiten. Segunda oración: ni se admite, ni se niega. Por no ser un hecho propio. Quinta y sexta oraciones: se niegan.</p>

Respuesta:

408. Véase el apartado VIII.C.2 de este escrito.

409. Por lo que a la certidumbre de los inversionistas se refiere, el Tribunal podrá apreciar que los Acuerdos de Suscripción y los Acuerdos de Participación de Miembros contienen declaraciones sobre el oficio del 15 de agosto de 2000 de la SEGOB. Aparentemente procedieron con base en éstas y no con base en el oficio mismo.

Escrito de Demanda, p. 13, líneas 1-4

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>The non-Thunderbird investors in EDM were “passive”. They exercised no control whatsoever over EDM or its operations. Thunderbird secured additional investors and acted to open new skill machine facilities. Those investors were uniformly advised of and relied upon Gobernacion’s August 15 official opinion.</i></p>	<p>Se niega.</p>

Respuesta:

410. Véase el apartado VIII.C.2 de este escrito.

2. EDM-Laredo

Escrito de Demanda, p. 13, líneas 6-12

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>In November, 2000, Thunderbird formed Entertainmens de Mexico Laredo S. de R. L. De C. V. (“EDM-Laredo”). Thunderbird directly and through subsidiaries held a significant percentage interest in the entity. On November 17, 2000, EDM Nuevo Laredo entered into a lease for a location in the city of Nuevo Laredo, Mexico. That one year lease granted EDM-Laredo voluntary extensions for a total lease term of nine years. On November 17, 2000, EDM-Laredo registered with the Federal Registry of Taxpayers. EDM-Laredo secure necessary permits and licenses.</i>	Se niegan la primera y segunda oraciones Las tercera, cuarta y sexta oraciones no se afirman ni se niegan por no contar la demandada con los elementos para ello. Se admite la quinta oración.

Respuesta:

411. Véase el apartado VIII.C.3.a(i) de este escrito.

Escrito de Demanda, p. 13, líneas 14-19

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>EDM-Laredo and various investors executed a “Subscription and Investment Representation Agreement” and a “Members Quota Agreement” under which the investors held their various percentage interests in EDM-Laredo. Membership certificates were issued to each of the investors indicating their share or quota percentages. Thunderbird maintained its significant ownership interest in EDM-Laredo. Thunderbird retained complete control over EDM- Laredo’s operations. The “Subscription and Investment Representation Agreement” acknowledged Thunderbird’s control of the investment. (se omite cita)</i>	Primera oración: se admite. La segunda oración no se afirman ni se niegan por no contar la demandada con los elementos para ello. El resto se niega.

Respuesta:

412. Véase el apartado VIII.C.3.a(i) de este escrito.

Escrito de Demanda, p. 13, líneas 22-25

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Further, Thunderbird maintained control over EDM-Laredo and its operations through a “Management Agreement”. Under that agreement, Thunderbird had direct control, through a managing director, of the development and operations of EDM-Laredo. The non-Thunderbird investors in EDM-Laredo were “passive”. They exercised no control whatsoever over EDM-Laredo or its operations.</i>	Se niega.

Respuesta:

413. Véase el apartado VIII.C.3.a(i) de este escrito.

Escrito de Demanda, p. 14, líneas 2-3

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>On February 9, 2001, EDM-Laredo opened its skill game facility in Nuevo Laredo.</i>	Existe una contradicción ya que más adelante se la demandante señala que el establecimiento abrió el 21 de enero de 2001.

3. EDM-Reynosa

Escrito de Demanda, p. 14, líneas 5-10

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>In June 5, 2001, Thunderbird formed Entertainmens de Mexico-Reynosa S. De R.L. de C.V.. (“EDM-Reynosa”). Thunderbird directly and through subsidiaries held a significant percentage interest in the entity. EDM-Reynosa secured a location with a two year lease. The lease had two voluntary extensions for a total lease term of fifteen years. EDM- Reynosa secured various permits and licenses.</i>	Primera, segunda y tercera oraciones: se niegan. La cuarta oración se admite. La quinta oración no se admite ni se niega por no ser un hecho propio.

Respuesta:

414. Véase el VIII.C.3.a(ii) de este escrito.

Escrito de Demanda, p. 14, líneas 11-18

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>EDM-Reynosa and various investors executed a “Subscription and Investment Representation Agreement” and a “Members Quota Agreement” under which the investors held their various percentage interests in EDM-Reynosa. Membership certificates were issued to each of the investors indicating their share or quota percentages. Thunderbird maintained its significant ownership interest in EDM-Reynosa. Thunderbird retained complete control over EDM-Reynosa’s operations. The “Subscription and Investment Representation Agreement” acknowledged Thunderbird’s control of the investment. “Thunderbird, through its key executives and management including Messrs. Watson and Girault will manage all aspects of the development and ongoing operation of the company.”</i>	Primera oración: se admite. El resto no se afirma ni se niega por no contar la demandada con los elementos para ello. El resto se niega.

Respuesta:

415. Véase el apartado VIII.C.3.a(ii) de este escrito.

Escrito de Demanda, p. 14, líneas 19-23

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Further, Thunderbird maintained control over EDM-Reynosa and its operations through a “Management Agreement”. Under that agreement, Thunderbird had direct control, through a managing director, of the development and operations of EDM-Reynosa. The non-Thunderbird investors in EDM-Reynosa were “passive”. They exercised no control whatsoever over EDM-Reynosa or its operations.</i>	Se niega.

Respuesta:

416. Véase el apartado VIII.C.3.a(ii) de este escrito.

Escrito de Demanda, p. 14, líneas 24-25

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>In August, 2001, EDM-Reynosa opened its skill game facility in Nuevo Laredo.</i>	Se niega.

Respuesta:

417. EDM-Reynosa operaba el establecimiento de Reynosa.

La demandada no abordará los hechos planteados en las páginas 15, 16 y 17 del Escrito de Demanda, referentes a los establecimientos de EDM-Puebla, EDM-Monterrey, EDM-Juárez, y la descripción de los proyectos potenciales, en virtud de que, como se ha señalado en el apartado VIII.C.3.b de este escrito, el Tribunal no debe considerarlos. En este contexto, los niega.

H. Mexico’s Destruction of Thunderbird’s EDM Investment in Mexico

Escrito de Demanda, p. 17, líneas 6-11

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Mexico held general elections in July, 2000. Vicente Fox’s administration came into office in December, 2000. J. Guadalupe Vargas Barrera (“Guadalupe Vargas”) was appointed the new Director de Juegos y Sorteos. That position had been held by Antunano Sandoval. He had signed, on behalf of Juegos y Sorteros and Gobernacion the August 15 official letter approving EDM’s operation of skill machines. Through Guadalupe Vargas, Mexico began aggressive efforts to disrupt Thunderbird’s skill machine operations.</i>	Se admiten la primera, segunda, tercera y cuarta oraciones. Se niegan la quinta y sexta oraciones.

Respuesta:

418. El oficio del 15 de agosto de 2000, firmado por el Sr. Antuñano Sandoval, Director de Juegos y Sorteos, en ausencia de Sergio Orozco Aceves, Director General de Gobierno, no aprueba las operaciones de EDM. Véase el apartado VI.D.1 de este escrito.

Escrito de Demanda, p. 17, líneas 12-14

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Nuevo Laredo opened on January 21, 2001. Two weeks later, on February 9, 2001, Guadalupe Vargas closed the facility. He did so after conducting a personal “visual inspection” of the operation.</i>	Se admite con las siguientes precisiones.

Respuesta:

419. La clausura del establecimiento de Nuevo Laredo se llevó a cabo el 25 de febrero de 2001³³³.

420. El Sr. Guadalupe Vargas fue comisionado por el entonces Director General de Gobierno para acudir al establecimiento de Nuevo Laredo, y proceder a la clausura del mismo si en él se realizaban juegos prohibidos³³⁴ (según se indicó, la SEGOB no ha emitido permisos para este tipo de operaciones; la ley no lo permite).

Escrito de Demanda, p. 17, líneas 15-26

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Peter Watson was at home in Minnesota when Nuevo Laredo was closed. Watson received a telephone call from Steve Sawin, a manager at the facility. Sawin advised Watson that the new Director de Juegos y Sorteos, Guadalupe Vargas, had arrived at Nuevo Laredo with local police and was closing down the facility. Watson spoke directly with Guadalupe Vargas over the phone. Guadalupe Vargas stated that he was closing down the facility because “lo que veo aqui son tragamonedas.” (“What I see before me are slot machines”). Watson described the August 15 official letter from Gobernacion. He explained the difference between skill machines and slot machines. Finally, Guadalupe Vargas simply said, “Look, I would like to help you but I am just following orders from my boss and I have an order here to close you down and that is that.” [Watson, para. 26]. Another employee of the Nuevo Laredo facility specifically advised Guadalupe Vargas and the local authorities that Director General of Gobernacion Sergio Orozco Eschevez had granted permission for operation of the skill machine facility. That statement is expressed in the closure documents.</i>	Ni se admiten ni se niega, con excepción de las últimas dos oraciones, que se admiten con las siguientes precisiones.

Respuesta:

421. En el acta de clausura consta que el encargado del establecimiento, Francisco Javier Ortiz Arroyo, manifestó lo siguiente: “Estamos en contra de lo manifestado en esta acta ya que nuestras maquinas no son de juegos de azar y apuesta sino maquinas de habilidad y destreza,

333. Véase Anexo C-72.

334. Oficio de comisión que forma parte del Anexo C-72. Véase también Anexo R-042.

interactivas con quien las opera. Asimismo estamos en contra de la confiscación de bienes que aquí mismo se mencionan. Operamos al amparo [se omite nota] y bajo el criterio emitido por la Dirección General de Gobierno, Dirección de Juegos y Sorteos, según Oficio Numero DGG/SP/1057/2000 de fecha 15 de agosto del 2000...”

Escrito de Demanda, p. 18, líneas 1-11

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>Thunderbird’s representatives flew to Mexico City the next day and with their lawyers from Baker & McKenzie. The lawyers filed for an amparo. Thunderbird they secured a meeting with Orozco Aceves. He was now the outgoing Director General of Gobernacion. At that meeting for Thunderbird and the EDM entities were Girault, de Velasco, Mitchell and Jorge Montano. Orozco Aceves stated that he was aware of the August 15 letter granting permission to operate the skill machines. He agreed with the Thunderbird representatives that Guadalupe Vargas had not followed proper procedure. He stated that he had given Guadalupe Vargas complete freedom to operate as the new director. Orozco Aceves said it was clear the order of closure had been signed prior to any inspection. He conceded there were many irregularities in the closure of the Nuevo Laredo facility. Orozco Aceves arranged an immediate meeting with a Mr. Alcantaro, head of the Amparo Division of Gobernacion. Alacantro and Orozco Aceves both expressed great concern about the closing and about the procedures used. They agreed to review the matter on an expedited basis.</i></p>	<p>Primera oración: ni se afirma ni se niega por no ser hechos propios. Segunda y novena oraciones: se admite. Tercera, cuarta, quinta, décima, undécima y duodécima oraciones: ni se afirma ni se niega. Sexta, séptima octava oraciones: se niega.</p>

Respuesta:

422. El Sr. Guadalupe Vargas no actuó “con completa libertad”. Sus funciones están establecidas en el Reglamento Interior de la SEGOB. El Director General de Gobierno lo comisionó mediante oficio del 20 de febrero de 2001 para practicar una visita de inspección en el establecimiento de Nuevo Laredo, con órdenes de clausurarlo si en éste se llevaban a cabo juegos prohibidos por la Ley Federal de Juegos y Sorteos. El Sr. Vargas llevó a cabo la diligencia con base en ese oficio.

423. EDM promovió juicio de amparo contra el acto de clausura del inmueble. Subsecuentemente, EDM se desistió del juicio de amparo. La SEGOB revocó la orden de clausura. Manifestó que la clausura obedeció a la duda que generó la operación de las máquinas que se encontraron en el establecimiento, pero que no se contaba con los elementos jurídicos y técnicos para determinar la legalidad o ilegalidad de las máquinas con precisión. En tal virtud, revocó la orden de clausura e inició un procedimiento administrativo para analizar en forma previa las cuestiones formales y materiales que permitieran resolver el asunto³³⁵.

Escrito de Demanda, p. 18, líneas 12-19

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>As a result of these meetings and other contacts, an agreement was reached. EDM would dismiss the Amparo proceeding. Gobernacion would</i></p>	<p>Primera, segunda y tercera oraciones: se admite en los</p>

335. Anexo C-68.

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>lift the seals and allow operation of the Nuevo Laredo facility provided Thunderbird would enter into an administrative review proceeding to determine whether the machines did in fact comply with or violate Mexican law. In reaching that agreement, Thunderbird believed it would get fair treatment from the government. The Nuevo Laredo and Matamoros skill machines were being operated exactly as represented to Gobernacion in the August 3 solicitud. Gobernacion had approved operation of the skill machines in response to that solicitud.</i>	términos expresados en el párrafo 423. Cuarta oración: ni se admite, ni se niega. La demandada no puede pronunciarse sobre lo que Thunderbird pensó. Quinta y sexta oraciones: se niegan.

Respuesta:

424. Véase los apartados IV y VI.D de este escrito.

Escrito de Demanda, p. 18, líneas 20-21

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Thunderbird withdrew the amparo claim. Gobernacion lifted the seals. Laredo reopened on March 20, 2001.</i>	Se admite con la siguiente precisión.

Respuesta:

425. De acuerdo con el Estado de Resultados de EDM-Laredo correspondiente al mes de marzo de 2001, el establecimiento reinició operaciones a partir del 17 de marzo de 2001³³⁶.

Escrito de Demanda, p. 18, líneas 22-25

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Evidence indicates outright misrepresentation the part of Guadalupe Vargas as to the closure of Nuevo Laredo. In a March 9, 2001 letter to Daniel F. Cabeza de Vaca, Director General Asuntos Juridicos, the legal department of Gobernacion, Guadalupe Vargas explained his reasons for closing Nuevo Laredo.</i>	Se niega

Respuesta:

426. El oficio DJS/NC/1306/2001 del 9 de marzo de 2001 es un informe al titular del área jurídica de la SEGOB sobre la clausura. Señala que EDM había instaurado un juicio de amparo y remitió copia del expediente respectivo.

Escrito de Demanda, p. 19, líneas 1-11

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>In doing so, he misrepresented the August 15 official letter. He explained that he closed the Nuevo Laredo facility because he had found 120 "slot machines" operating without authorization or permit. He identified the</i>	Primera oración: se niega. Segunda y tercera oraciones: se admite.

336. Anexo R-046. Véase también el Anexo C-90.

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>August 3 solicitude and the August 15 official letter as the origin of the matter. But, in describing the August 15 letter to his superior, Guadalupe Vargas misrepresented it as denying authorization to Thunderbird's EDM entity to operate skill machines. He stated as follows:</i> [extracto del oficio].	Cuarta oración: se niega

Respuesta:

427. El Sr. Vargas explicó que procedió a clausurar el establecimiento por haber encontrado 120 maquinas con apuestas “de las conocidas como ‘Tragafichas’, ‘Tragamonedas’ o ‘Slot machines’” que operaban sin autorización de la SEGOB. Señaló que el origen del problema estaba en la solicitud de EDM a la SEGOB de fecha 3 d agosto de 2000, a la que había recaído la respuesta del 15 de agosto del mismo año, que no autorizó la operación máquinas de juegos de azar o con apuesta. Según ya se explicó, la SEGOB, en efecto, no emitió una autorización ni dio su aprobación a las actividades de EDM.

428. Tras la conclusión del procedimiento administrativo, la SEGOB nuevamente clausuró el establecimiento de Nuevo Laredo, así como los de Matamoros y Reynosa. EDM acudió a los tribunales mexicanos, pero no tuvo éxito en su demanda.

Escrito de Demanda, p. 19, líneas 12-14

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>This an outright misrepresentation. In fact, the August 15 letter specifically stated that the identified machines were not games of chance and were not prohibited by Mexican law.</i>	Se niega.

Respuesta:

429. Véase el apartado VI.D.1 y el párrafo 403 de este escrito.

Escrito de Demanda, p. 19, líneas 15-21

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Gobernacion, by means of an official letter, requested the presence of EDM's legal representatives at a hearing on July 10, 2001. The official notice, executed by Aguilar Coronado, the new Director General of Gobernacion, requested the company's legal representative to present all necessary proof and evidence concerning the machines installed in the facilities at Matamoros and Nuevo Laredo. The notice specifically stated that Guadalupe Vargas would be present at the meeting assisting Gobernacion in the process. In fact, he presided over the meeting.</i>	Primera y segunda oración: se admite. Tercera oración: se acepta con la siguiente precisión. Cuarta oración, se niega t

Respuesta:

430. El Sr. Vargas tuvo una participación muy limitada. En efecto clausuró el establecimiento de EDM en Nuevo Laredo el 25 de febrero de 2001 por instrucciones del entonces Director General de Gobierno. Tras la clausura, remitió el expediente al área de asuntos jurídicos de la

SEGOB. Asistió a la audiencia celebrada el 10 de julio del mismo año, pero no tuvo una intervención. La audiencia fue presidida por el Sr. Aguilar Coronado³³⁷.

Escrito de Demanda, p. 20, líneas 1-11

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>At about the same time, representatives of Thunderbird and its EDM entity were noticed by the Attorney General (“PRG”) in Matamoros to appear and address a pending criminal investigation resulting from an earlier inspection of the Matamoros site. Carlos Gomez, a lawyer retained by Thunderbird, together with a Baker & McKenzie lawyer, met with the prosecutors. The prosecutors proposed to select an expert who would inspect the Matamoros machines and determine if there was an element of skill in their operation. The prosecutors selected an expert who analyzed the machines in Matamoros. That expert made a sworn report to the PGR that the Matamoros machines were indeed skill machines and not games of chance. The criminal investigation was concluded. Thunderbird felt the expert report and the investigation would have precedential effect in the upcoming administrative proceeding. Thunderbird and EDM prepared for the July 10 administrative hearing.</i></p>	<p>Primera oración se acepta. El resto ni se admiten ni se niegan por no ser hechos propios.</p>

Respuesta:

431. Thunderbird ha argumentado que este peritaje fue realizado a solicitud de la PGR, e incluso lo presento en la audiencia del 10 de julio como un peritaje oficial³³⁸.

Escrito de Demanda, p. 20, líneas 12-20

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>Shortly before that hearing, Thunderbird representatives met with the new Director General Gobernacion, Umberto Aguilar Coronado. He had replaced Orozco Aceves. Aguilar Coronado received the Thunderbird representatives in the same office where they had previously met with Orozco Aceves. The Thunderbird representatives explained who they were and the nature of their operations. Aguilar Coronado stated that Thunderbird and its Mexican entities were “the good guys”, the only ones who had sought permission for their skill machine activities. Aguilar Coronado promised to set up a procedure to get the problems out in the open and resolved. After that meeting, the Thunderbird representatives felt confident that somebody was in charge who clearly understood the situation.</i></p>	<p>Se niega con la siguiente precisión.</p>

337. Anexo R-047.

338. Nótese que las opiniones de clasificación de la Comisión, *National Indian Gaming Commission*, se concentran fuertemente sobre estos factores, como también en la cuestión sobre si existe un patrón discernible al movimiento de los rieles, de tal suerte que es razonable pensar que el jugador puede aprenderse dicho patrón. En algunos casos, la Comisión encontró que el patrón cambiaba. En otros casos, la Comisión encontró que entre más tiempo esperaba el jugador para oprimir los botones, más rápido giraban los rieles. El reporte NetComm no analiza ninguno de estos factores.

Respuesta:

432. Las reuniones que se pudieron haber llevado a cabo entre Thunderbird y la SEGOB, se realizaron a solicitud de la demandante. En ésta La SEGOB no asumió ningún compromiso.

Escrito de Demanda, p. 20, líneas 21-22

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>Thunderbird prepared for the administrative hearing. It obtained and prepared the following evidence in booklet form for presentation to Gobernacion.</i></p> <p>[se omiten citas]</p> <p>[continues until PSOC Página 24, line 24]</p>	<p>Ni se admite, ni se niega por no ser un hecho propio.</p>

Escrito de Demanda, p. 24, líneas 25-28

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>In addition to these materials, Kevin McDonald, agreed to appear and provide a laptop-sized machine for demonstration. Francisco Ortiz, the manager of Nuevo Laredo, agreed to appear and demonstrate the machine.</i></p>	<p>Ni se afirma, ni se niega por no ser un hecho propio.</p>

Escrito de Demanda, p. 25, líneas 1-8

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>The hearing took place on July 10, 2001 at the offices of Director de Juegos y Sorteos in Mexico City. Gobernacion was represented by Guadalupe Vargas and Mr. Alcantara, one of the general counsels of Gobernacion in charge of the Ampara proceedings. No other representatives of Gobernacion were present. A stenographer was present. Thunderbird was represented by Peter Watson, Jorge Montoyo, Mauricio Gauralt, Carlos Gomez and Luis de Ruiz Velasco of Baker & McKenzie. The meeting was presided over by Guadalupe Vargas, the same individual who had previously closed down the Nuevo Laredo.</i></p>	<p>Primera y quinta oración se admiten.</p> <p>Segunda oración se admite con la siguiente precisión.</p> <p>Tercera , cuarta y sexta oración se niegan.</p>

Respuesta:

433. El Sr. Humberto Aguilar Coronado presidió la audiencia³³⁹.

Escrito de Demanda, p. 25, líneas 9-21

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>Guadalupe Vargas looked at the materials for a matter of seconds. He threw the booklet off to the corner of the desk and said "this is just a thesis, and means nothing". Throughout the hearing, Guadalupe Vargas exhibited a prejudice towards the foreign investment. He was "nasty and</i></p>	<p>Se niega.</p>

339. Véase Anexo R-047.

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>disrespectful” of the Thunderbird representatives. Although the Thunderbird representatives explained and demonstrated everything possible to Guadalupe Vargas, he, from the beginning of the hearing until the end, steadfastly represented that the machines were “slot machines” and nothing else. Guadalupe Vargas had clearly made up his mind long before the hearing and nothing Thunderbird could say would change his personal opinion regarding the operation of the machines. Gobernacion presented no evidence at the hearing relating to the operation of the machines, no evidence that the machines were being operated in a manner different than as represented in the August 3 solicitud, and no evidence establishing in any respect that the machines were anything other than legally-operating skill machines. More simply stated, Gobernacion presented no evidence.</i></p>	

Respuesta:

434. Según ya se explicó, el Sr. Vargas tuvo un papel muy limitado. No intervino durante la audiencia.

435. La Ley Federal de Procedimiento Administrativo y el Código Federal de Procedimientos Civiles, establecen las reglas para la correcta valoración de las pruebas presentadas por un particular en cualquier procedimiento administrativo. Por tratarse de un procedimiento administrativo en el que la autoridad administrativa es la que lo conduce, no le compete a ésta presentar argumentos y pruebas, sino tiene el deber de recibir, evaluar, estudiar y dictaminar los argumentos y pruebas ofrecidas por el particular

Escrito de Demanda, p. 25, líneas 22-26

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>Sometime after the hearing, Thunderbird representatives sought and obtained another meeting with Aguilar Coronado . Aguilar Coronado stated that he felt the administrative hearing would turn out well. But, he did imply that Guadalupe Vargas had direct connections to the highest levels of the Mexican government and to President Fox himself. Otherwise, Aguilar Coronado said little about the way that the matters were being handled by Guadalupe Vargas.</i></p>	<p>Se niega.</p>

Escrito de Demanda, p. 26, líneas 1-4

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>Thunderbird representatives also had a meeting with Mr. Cabeza de Vaca, head of the legal department for Gobernacion. de Vaca said that Thunderbird and its entities had done things right, that they were working through the system, that the administrative decision was his and not that of the Director de Juegos y Sorteos. de Vaca assured them the decision would be made on a strictly legal basis, but it was also clear that de Vaca had a very limited understanding of the situation.</i></p>	<p>Ni se admite, ni se niega por no constarle a la demandada.</p>

Escrito de Demanda, p. 26, líneas 5-9

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>The summer of 2001 ended with Thunderbird and its entities not knowing exactly where they stood. They did not know when they would hear anything from the government or whether it would be favorable. Thunderbird pushed slowly ahead with its plans. It opened Reynosa in August, 2001 and moved forward with the Puebla and Monterey sites, but slowed down with the other projects.</i></p>	<p>Se admite la primera parte de la cuarta oración. El resto ni admite ni se niega, por no ser un hecho propio.</p>

Escrito de Demanda, p. 26, líneas 10-20

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>On October 11, 2001, without prior notice, the Mexican government closed down and seized the Thunderbird/EDM skill machine operations at Matamoros and Nuevo Laredo. Mr. Alcantaro on behalf of Gobernacion, appeared at Luis de Ruiz Velasco's office in Mexico City and personally served him with administrative findings and an order for the closure at Matamoros and Nuevo Laredo. While the administrative findings and order specifically represented that an appeal could be taken, Gobernacion acted immediately to shut down and seize the facilities. Within an hour of service of the administrative findings and order in Mexico City, Guadalupe Vargas, with the assistance of federal and local police, seized and sealed the Matamoros and Nuevo Laredo facilities. The event was carefully designed for high publicity. Members of the press were present. The federal and local police who closed the facilities were armed. Employees of the facilities were arrested and taken away.</i></p>	<p>Se admite con las siguientes precisiones:</p>

Respuesta:

436. La SEGOB finalizó la revisión del expediente y emitió una resolución en la que concluyó que la operación de las máquinas de EDM transgredió las disposiciones de la Ley Federal de Juegos y Sorteos por tratarse de juegos prohibidos. Notificó la resolución personalmente al representante legal de EDM de acuerdo con las disposiciones de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, y procedió a clausurar los sitios inmediatamente según lo requiere la Ley Federal de Juegos y Sorteos³⁴⁰.

437. El Sr. Vargas intervino en las clausuras. En las respectivas actas de clausura consta el nombre de los inspectores que llevaron a cabo las diligencias³⁴¹.

438. La Ley Federal de Juegos y Sorteos dispone que la SEGOB podrá auxiliarse de la fuerza pública en ejercicio de sus facultades (artículo 10). La ley también tipifica como delito la violación a diversas de sus disposiciones, por lo que puso a disposición del Ministerio Público Federal a las personas que se encontraban en los establecimientos para que éste resolviera lo conducente.

340. Estudio jurídico. Anexo R-054

341. Actas de clausuras de los establecimientos de Nuevo Laredo y Matamoros. Anexos C 72 y C 73.

Escrito de Demanda, p. 26, líneas 21-27

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>Thunderbird closed the Reynosa facility for a period of time but then re-opened because the October 10, 2001 administrative order only affected Matamoros and Nuevo Laredo. On January 21, 2002, the Mexican government seized and sealed the Reynosa facility. A video taken at the time of the closure indicates the public fashion in which the Mexican government acted against the Reynosa facility and Thunderbird's investments. More than 100 state and local law police appeared at Reynosa. At gun point, they closed the facility and arrested and arrested many employees.</i></p>	<p>Primera y segunda oraciones: se admite parcialmente. Tercera cuarta y quinta oración: ni se admite, ni se niega por no ser hechos propios.</p>

Respuesta:

439. El establecimiento de Reynosa inició operaciones en agosto de 2001, antes de que la SEGOB resolviera concluyera el procedimiento administrativo.

440. La SEGOB no es responsable de la publicidad que se le haya hecho a las clausuras. La SEGOB no controla a los medios informativos.

Escrito de Demanda, p. 27, líneas 1-10

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>The Matamoros, Nuevo Laredo and Reynosa have remained closed. As of the date of these closures, Mexico had not sought, obtained or provided a single expert or other evidence to establish that the machines were not, in fact, skill machines. In fact, the only expert evidence obtained on that point by Mexico was the analysis obtained by the PGR attesting that the machines were in fact skill machines and not games of chance. Further, Mexico had not and, to date, has not provided any evidence that the machines were operating in any manner different than that described in the August 3, 2002 solicitud. All of the actions taken by Gobernacion resulting in seizure of the three facilities were the result of Guadalupe Vargas' "visual inspection" and subjective opinion. There is no evidence that Guadalupe Vargas had or has any experience with, or clear understanding of, the operation of skill machines.</i></p>	<p>Primera oración: se admite. El resto se niega.</p>

Respuesta:

441. La SEGOB es la autoridad facultada por ley en materia de juegos y sorteos y sólo a ella le compete determinar si las operaciones con este tipo de máquinas son o no legales. En este caso determinó que no lo eran. El Tribunal podrá apreciar, además, que Thunderbird se concentra en que las máquinas supuestamente eran “de habilidad y destreza”. Omite informar al Tribunal que la SEGOB también clausuró los establecimientos porque en ellos se cruzaban apuestas.

442. El procedimiento administrativo no se desarrolla como una disputa entre dos partes en la que cada una debe aportar las pruebas que sustenten sus respectivos argumentos. Se desarrolla ante la autoridad competente y es el particular el que tiene que probar a esa autoridad que le

asiste un derecho. La autoridad está obligada a recibir pruebas, valorarlas y resolver³⁴². Así lo hizo la SEGOB. Si el particular no está conforme con la resolución, tiene medios de defensa de carácter judicial a su alcance para impugnarla. EDM los hizo valer, pero sin éxito.

Escrito de Demanda, p. 27, líneas 12-17

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>The administrative findings and order issued on October 10, 2001 under which Mexico seized the Thunderbird /EDM operations was issued and signed by Umberto Aguilar Coronado, Director General Secretary of Gobernacion. While Aguilar Coronado signed findings and order, he was not present at the hearing. The findings and order were based entirely on the personal subjective beliefs and understandings of Guadalupe Vargas.</i>	Primera oración: se admite. Segunda oración: se admite parcialmente. Tercera oración: Se niega.

Respuesta:

443. El Sr. Humberto Aguilar Coronado estuvo presente en la audiencia y, de hecho la presidió³⁴³. La demandada ya se refirió al limitado papel que tuvo el Sr. Vargas³⁴⁴.

Escrito de Demanda, p. 27, líneas 18-21

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>A significant portion of the administrative findings dealt with exclusion of all of the evidence provided by Thunderbird/EDM at the July 10 administrative hearing. At the outset of the findings, all of the evidence was excluded because it was allegedly provided in photostatic copy form as opposed to original documents.</i>	Se admite.

Respuesta:

444. La resolución del 10 de octubre establece con detalle el razonamiento de la SEGOB y sus conclusiones³⁴⁵. EDM la impugnó subsecuentemente sin éxito.

Escrito de Demanda, p. 27, líneas 22-26

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Declarations provided by Thunderbird/EDM were rejected and excluded because they were offered in English and because they were offered by employees of Thunderbird. Thunderbird representatives had supplied the report obtained by the Attorney General of Mexico attesting that the machines operated at Matamoros were skill machines. The administrative findings addressed this report by stating it was not exactly the expert testimony of the Attorney General of the Republic but rather an expert opinion requested by the Attorney General. It was therefore a private document and not a public document. The findings concluded that because</i>	Se admite parcialmente.

342. Véase Anexo R-054

343. Véase Anexo R-047.

344. Véase Anexo R-042

345. Véase anexo C-70

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>it was a private document and not a public document, it had no value as evidence.</i>	

Respuesta:

445. El Código Federal de Procedimientos Civiles es de aplicación supletoria en materia de valoración de pruebas en el procedimiento administrativo. Este ordenamiento da facultades amplias al juzgador para valorar las pruebas. Si la normatividad no da a cierta prueba el valor de prueba plena, su valor depende del prudente arbitrio del juzgador. El Código establece la distinción entre los documentos públicos y privados, y dispone que estos últimos deben ser presentados en original, quedando el valor probatorio de éstos al prudente arbitrio.

Escrito de Demanda, p. 28, líneas 4-13

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>As to the declaration testimony of experts James Maida and Carlos Lozano, the findings and order simply noted their expert opinions contained subjective personal evaluations and therefore had no value.</i>	Se admite.

Respuesta:

446. La resolución del 10 de octubre establece con detalle el razonamiento de la SEGOB y sus conclusiones. EDM la impugnó subsecuentemente sin éxito.

Escrito de Demanda, p. 29, líneas 19-21

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Further, there is no evidence cited in the administrative findings and order that the machines were any different than those specifically identified in, or operated in any manner different from that described in, the original August 3 solicitud in response to which the August 15 official opinion letter was issued.</i>	

Respuesta:

447. Véase el apartado VI.D.1 de este escrito.

Escrito de Demanda, p. 29, líneas 23-28

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Thunderbird, through its Mexican EDM entities, appealed the closure of the facilities as well as the order issued by Gobernacion through “amparos” in the courts of Reynosa and Matamoros and an appeal before the tax courts in Mexico City. The amparos were successful at the courts of first instance, but were denied at the “Colegiado” level. During the amparo process in Matamoros and Reynosa, government lawyers had lengthy ex-parte sessions with judges in charge of the cases without the presence of Thunderbird lawyers. The tax court appeal of the administrative order was also unsuccessful.</i>	Se niega con excepción de la primera oración.

Respuesta:

448. Véase el apartado VI.C de este escrito.

Escrito de Demanda, p. 30, líneas 2-9

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>While the various legal claims were in process, Thunderbird's representatives had several meetings with Cabeza de Vaca, the head of the legal department of Gobernacion, Umberto Aguilar the new Director General of Gobernacion and Arturo Chavez Chavez, the Internal Controller of Gobernacion. In those meetings, Thunderbird representatives were advised that Gobernacion would reconsider its position with respect to the closures but nothing ever occurred. Thunderbird representatives were repeatedly told that Mexico would agree to submit the machines to independent analysis and that if they were determined to be skill machines, the facilities could be re-opened. That analysis never took place.</i>	Se niega.

Escrito de Demanda, p. 30, líneas 10-17

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Thunderbird representatives met with Guillermo Flores, the individual in charge of creating a new gaming law in Mexico. He was a private citizen but Thunderbird understood he was a very good friend and the former campaign manager of Martin Huerta, the second in command at Gobernacion (Aguilar is third). Flores acknowledged Gobernacion's opinion letter. He proposed that he would act as liaison, or conciliator, between Thunderbird and Gobernacion. He said he didn't see a reason why it could not be worked out amicably. Thunderbird/EDM were not, after all, "fly by night money launderers". Thunderbird was "a public company and very transparent". Nothing happened.</i>	Ni se admite, ni se niega por no ser un hecho propio.

Escrito de Demanda, p. 30, líneas 18-23

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Simultaneously with these proceedings, Guardia obtained a federal decision upholding his right to operate skill machines. Thunderbird/EDM representatives met again with de Vaca to obtain an explanation of the disparate, discriminatory treatment received by the Thunderbird/EDM operations. de Vaca's response was that Gobernacion believed the legal resolutions in favor of Guardia were wrong and that he would take a closer look at the matter. Nothing happened. Guardia's skill machine facilities remain open and in operation.</i>	Se niega

Respuesta:

449. Véase el apartado VI.D.3 de este escrito.

Escrito de Demanda, p. 30, líneas 24-27

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>In one meeting, de Vaca also stated that Gobernacion had interviewed Antunano, the former director of Juegos y Sorteos who had signed the opinion letter on behalf of Gobernacion. de Vaca stated that Antunano had provided them with a written statement indicating that what he had intended by the letter was not what Thunderbird had “inferred” from it. Thunderbird representatives were not allowed to see the claimed statement. It has never been produced.</i></p>	<p>Se niega.</p>

Respuesta:

450. Los términos del oficio del 15 de agosto de 2000 son claros. Véase el apartado VI.D.1 de este escrito

Escrito de Demanda, p. 31, líneas 2-6

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>Jorge Montano, a career diplomat, served as Mexico’s Ambassador to both the United Nations and the United States. In both capacities, he served on Mexico’s NAFTA negotiating team. Concerning Mexico’s treatment of Thunderbird’s investment enterprises, Mr. Montano states that Mexico government acted “in “bad faith, clearly discriminating against foreign investment” and “completely disregarded NAFTA obligations”.</i></p>	<p>Primera oración: se admite. Segunda oración: se niega Tercera oración ni se admite, ni se niega por no ser un hecho propio.</p>

Escrito de Demanda, p. 31, líneas 7-9

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>On March 21, 2002, Thunderbird initiated the present proceedings by serving Mexico with its “Notice of Intent to Submit Claim to Arbitration Under Section B of Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement”.</i></p>	<p>Se admite con la siguiente precisión.</p>

Respuesta:

451. La demandada objetó la presentación del aviso de intención puesto que no cumplió con los requisitos del TLCAN. A la fecha no ha demostrado que es propietaria o que controla EDM. Véase el apartado VIII de este escrito.

Escrito de Demanda, p. 31, líneas 11-15

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>At the time of seizure and closure on October 11, 2001, Matamoros was operating 80 video skill gaming machines. Those machines had been generating significant revenues. Net wins (drops into the machines less prizes paid in U.S. dollars) for its initial months of operation were as follows:</i></p> <p>[se omite cuadro]</p>	<p>Se niega</p>

Respuesta:

452. Según consta el acta de clausura del establecimiento, en el establecimiento de Matamoros había 75 máquinas tragamonedas en operación. De acuerdo a los estados financieros auditados del 31 de diciembre de 2001, los tres establecimientos sufrieron pérdidas. El establecimiento de Matamoros, en particular, sufrió pérdidas operativas por 2,241,057 pesos (aproximadamente 244,403 dólares) en 2001.

453. La demandante no ha facilitado ninguna fuente de información confiable para verificar las cifras de ingresos que se reportan en el escrito de demanda. También existe una diferencia importante entre las cifras de los estados de cuenta de 2001 que fueron auditados, y los registros de operación diaria. Por ejemplo, de acuerdo al estado de cuenta de los estados financieros auditados, el establecimiento de Matamoros tenía ventas netas de 31.3 millones de pesos (aproximadamente 3.4 millones de dólares) en 2001, mientras que la suma de ganancias en los registros de operación para ese año es de 13.4 millones de pesos (aproximadamente 1.4 millones de dólares), una diferencia de aproximadamente 2 millones de dólares.

454. De acuerdo al registro diario de operación y el acta de clausura, en ese momento el establecimiento de Nuevo Laredo se encontraba operando 126 máquinas.

455. Los estados financieros auditados para 2001 demuestran que el establecimiento de Nuevo Laredo tuvo pérdidas operativas por 7,636,625 pesos (aproximadamente 832,828 dólares).

456. De hecho, los estados de cuenta mensuales al de 30 de noviembre de 2001 demuestran que los ingresos por juegos fueron 1,497,448 dólares menores a las proyecciones iniciales.

Escrito de Demanda, p. 32, líneas 9-12

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Matamoros has been closed and purportedly sealed since October 11, 2001 with Thunderbird/EDM's 80 machines skill machines inside. Thunderbird has sought and been denied access to the facilities. Mexico divulged in these proceedings that Matamoros has apparently been looted. The facility now sits "without seals of closure and largely empty."</i>	Se niega.

Respuesta:

457. Al momento de la clausura del establecimiento se encontraban en él 75 máquinas. La demandada informó al Tribunal sobre la actuación de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje de Matamoros³⁴⁶. Actualmente el establecimiento se encuentra prácticamente vacío como lo pudieron constatar las partes en la visita conjunta realizada el 6 de noviembre de 2003³⁴⁷.

Escrito de Demanda, p. 33, líneas 4-8

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
---------------------------	--------------------------------

346 Véase Oficio No. DGCJN.511.13.756.03 de fecha 17 de julio de 2003. Véase también oficio No. DGCJN.511.13.886.03 de fecha 8 de agosto de 2003.

347 Véase Anexo R-033

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>Nuevo Laredo has been closed and purportedly sealed since October 11, 2001 with Thunderbird/EDM's 128 machines skill machines inside. Thunderbird has sought and been denied access to the facilities. Mexico divulged in these proceedings that Nuevo Laredo has also been looted. The facility now also sits "without seals of closure and largely empty."</i></p>	<p>Primera oración: Se admite. Segunda oración: Se niega Tercera oración: Se niega</p>

Respuesta:

458. En su oficio No. DGCJN.511.13.886.03 de fecha 8 de agosto de 2003, la demandada aclaró al tribunal el estado en que se encontraba el establecimiento de Nuevo Laredo. Las partes pudieron constatar en su visita del 5 de noviembre de 2003, que el establecimiento se encuentra en las mismas condiciones que en el momento de la clausura. En este establecimiento hay 125 máquinas tragamonedas clausuradas.

Escrito de Demanda, p. 33, líneas 10-13

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>Reynosa</i> <i>At the time of seizure and closure on January 28, 2002, Nuevo Laredo was operating 80 video skill gaming machines. [Atallah, para.; Copeland, para. 12; Ex. 88 (Section II)] Those machines had been generating significant revenues. Net wins (drops into the machines less prizes paid in U.S. dollars) for its months of operation were as follows:</i></p>	<p>Primera oración, Se niega. Segunda oración: Se niega Tercera oración: Se niega</p>

Respuesta:

459. De acuerdo al registro diario de operación y el acta de clausura, el establecimiento de Reynosa se encontraba operando 89 máquinas. Sin embargo, en la fecha que se indica se clausuraron 125 máquinas.

460. De acuerdo con los estados financieros auditados para 2001 Reynosa tuvo pérdidas de operación por 6,447,381 pesos (aproximadamente 703,133 dólares).

Escrito de Demanda, p. 33, líneas 21-24

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<p><i>Reynosa has been closed and purportedly sealed since January 28, 2002 with Thunderbird/EDM's 80 machines skill machines inside. Thunderbird has sought and been denied access to the facilities. The Reynosa apparently remains closed with seals intact.</i></p>	<p>Primera y segunda oración se niegan. Tercera oración se admite.</p>

Respuesta:

461. La clausura se efectuó el 18 de enero de 2002. Según se informó en su oportunidad al Tribunal, el establecimiento de Reynosa fue entregado a su propietario, y las máquinas tragamonedas y demás bienes que se encontraban en éste fueron trasladados a una bodega que se

encuentran bajo custodia de la PGR³⁴⁸. Las partes pudieron constatar lo anterior en la visita conjunta realizada el 7 de noviembre de 2003³⁴⁹.

Escrito de Demanda, p. 33, líneas 26-28

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Puebla, Monterey and Juarez.</i>	
<i>Thunderbird had formed EDM entities for proposed facilities in each of these location and had made considerable progress towards opening operations. Due to Mexico's seizure and closure of three operating facilities, Puebla, Monterey and Juarez never opened.</i>	Primera oración: Se admiteen parte . Segunda oración: se niega.

Respuesta:

462. Según ya se explicó, se trata de operaciones prohibidas por la ley mexicana.

Escrito de Demanda, p. 34, líneas 2-7

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Guardia and Other Skill Machine Operators Presently Operating in Mexico Thunderbird was originally attracted to skill game operations in Mexico due to the success of Guardia's skill machine facilities. Guardia was operating skill machine facilities at several locations in Mexico. These operations had withheld legal challenge by Gobernacion and were legally operating under existing Mexican law.</i>	Primera y segunda operación: ni se admite, ni se niega por no ser hechos propios. Tercera oración: se niega.

Respuesta:

463. Véase el apartado VI.D.3 de este escrito.

Escrito de Demanda, p. 34, líneas 8-16

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>Throughout Thunderbird's initial development and operation of its EDM Enterprises, throughout the period of seizures and legal challenges; throughout the present NAFTA proceedings, and up to the present, Guardia continued, and still continues, to operate his skill machine facilities in Mexico. He has done so in a very public fashion. Thunderbird witnesses played skill machines that Guardia facilities several years ago, several months ago, and several weeks ago. Several weeks before this filing, a Thunderbird witness also observed the operation of skill machines at a facility operated by another Mexican national in Rio Bravo, Tamaulipas, Mexico.</i>	Se niega.

Respuesta:

464. Véase el apartado VI.D.3 de este escrito.

348 Véase oficio No. DGCJN.511.13.1168.03 de fecha 21 de octubre de 2003.

349 Véase Anexo R-033

Escrito de Demanda	Admisiones y Negaciones
<i>In post-seizure discussions with Cabeza de Vaca, Thunderbird's representatives pointed out that Guardia had obtained a favorable court decision allowing the operation of skill machines. A demand and an explanation as to the discriminatory treatment being accorded to Thunderbird's investment enterprises in light of Guardia's open and legally operating skill machine facilities. DeVaca stated Gobernacion felt the legal resolutions in favor of Guardia were against the law and that they would take "a closer look at this matter". Guardia's skill machine facilities remain open and operating to date.</i>	Se niega

Respuesta:

465. Véase el apartado VI.D.3 de este escrito.