



**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 DÚPLICA AL ESCRITO
DE THUNDERBIRD DEL
5 DE NOVIEMBRE DE 2004**

CONSULTOR JURÍDICO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS:
Hugo Perezcano Díaz

ASISTIDO POR:
Secretaría de Economía
Alejandra Galaxia Treviño Solís

Shaw Pittman LLP
Stephan E. Becker
Sanjay Mullick

Thomas & Partners
J. Christopher Thomas, Q.C.
J. Cameron Mowatt
Alejandro Barragán

1. El gobierno de México responde al escrito de *International Thunderbird Gaming Corporation* (Thunderbird) del 5 de noviembre de 2004.

2. Thunderbird manifiesta que el gobierno mexicano ha modificado su postura y adoptado posiciones incongruentes. México, sin embargo, debe señalar que Thunderbird, al no poder dar una respuesta a los argumentos de México a la luz de los numerosos hechos que no le favorecen, recurre a la táctica, desafortunadamente ya común en este procedimiento, de tergiversar los alegatos claros de México o ignorarlos por completo. México remite al Tribunal a los argumentos escritos y orales que ha hecho en el curso del arbitraje, los cuales reitera en todos sus términos, y adicionalmente ofrece la siguiente respuesta al último escrito de la demandante.

A. Thunderbird pretende que este Tribunal tome acciones que serían contrarias al orden público

3. El Tribunal advertirá que ninguno de los siguientes hechos está en disputa:

- La SEGOB ha determinado que la operación de máquinas idénticas o similares a las que operaban los establecimientos EDM (en los sucesivos “EDM”) constituyen juegos prohibidos por la Ley Federal de Juegos y Sorteos.
- La SEGOB ha clausurado todos los establecimientos de este tipo de que ha tenido conocimiento.
- Los operadores de los establecimientos clausurados, incluido EDM, han resistido las acciones de la SEGOB mediante el recurso a los tribunales mexicanos. La SEGOB ha defendido su determinación sobre la ilegalidad de los juegos en todos los casos.
- En el curso de tales juicios, algunos tribunales han otorgado una suspensión temporal del acto de clausura mientras los procesos jurisdiccionales concluyen y en dos casos han concedido el amparo para efectos. Ello les ha permitido operar temporalmente, no obstante la orden de clausura de la SEGOB.
- Ningún tribunal ha contradicho o siquiera rectificado la determinación de la SEGOB sobre la ilicitud de las los juegos en cuestión.
- EDM recurrió a los tribunales mexicanos, tanto por la vía del juicio de nulidad ante el Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa, como por la vía de amparo. En todos los casos los tribunales resolvieron en su contra y desecharon sus demandas: en un caso tras haber agotado todas las instancias y en los demás porque se desistió.
- Por consiguiente, las resoluciones de la SEGOB sobre la ilicitud de las actividades que desempeñaba están firmes y son definitivas, como lo son las consecuentes órdenes de clausura.
- Thunderbird no ha presentado una reclamación ante este Tribunal por los actos de los tribunales mexicanos.

4. En tal virtud, el Tribunal debe apreciar el argumento de Thunderbird en su debida dimensión. En esencia, lo que Thunderbird reclama es el pago de una indemnización por que se impidió a EDM realizar una actividad ilegal. Su caso gira en torno de cuatro establecimientos que han podido operar, no porque, ya la SEGOB, ya las cortes mexicanas hayan determinado que

las actividades que desarrollan son lícitas, sino porque, por cuestiones meramente de procedimiento, las resoluciones de la SEGOB han sido suspendidas temporalmente.

5. Ningún sistema jurídico y ningún tratado en el mundo puede entenderse en el sentido de imponer a un Estado la obligación de permitir que inversionistas extranjeros lleven a cabo actos ilícitos, aún si pudiese demostrarse que se ha permitido inversionistas nacionales realizarlos. Sin embargo, ese ni siquiera es el caso que nos ocupa. Thunderbird no ha demostrado que las autoridades mexicanas permiten que inversionistas nacionales realicen actividades ilícitas mientras. En ninguna circunstancia puede concluirse que el Estado permite la realización de una actividad ilícita porque, en algún caso particular, los tribunales han concedido una suspensión mientras la situación jurídica se resuelve en definitiva, o porque se detectaron vicios de procedimiento en la actuación de la autoridad, de modo que debe reponerse el acto.

6. El argumento de la demandante es que la SEGOB debía haber permitido a EDM operar ilícitamente, simplemente porque algunos operadores han logrado mantenerse abiertos temporalmente al amparo de una orden judicial que EDM ni siquiera tenía. El argumento no tiene sentido. La SEGOB abiertamente tendría que permitir que todos los establecimientos que ha clausurado exitosamente —y que constituyen la gran mayoría de los casos— operen mientras exista uno solo que tenga una suspensión temporal. Ello socavaría por completo la capacidad del Estado para ejecutar la ley.

7. El argumento de la demandante se reduce a que la SEGOB debía haber permitido a EDM realizar actividades ilícitas, y que, como no se lo permitió, este Tribunal debe otorgar el pago de daños a la demandante. La demandante propone, pues, que este Tribunal tome una acción que atenta contra los principios fundamentales del orden público mexicano e internacional.

B. Thunderbird confunde los actos de la SEGOB y los de los tribunales para evitar establecer una comparación adecuada

8. La demandante incorrectamente afirma: “*Mexico has not disputed that these domestic operations [Club 21, Reflejos y Bellavista] were appropriate comparators for an Article 1102 analysis*”¹. Continúa de forma igualmente incorrecta: “*Respondent’s initial reply argument was that all such competitors had been closed down. This argument was proven false by the Claimant through its evidentiary showing*”².

9. En primer término, México ha señalado que el hecho de que las máquinas en cuestión sean iguales o similares no es suficiente para establecer una comparación adecuada³. Thunderbird ignora la distinción precisa que México hizo entre el acto jurídico de la clausura y el hecho de que algún establecimiento no esté físicamente cerrado⁴; de los distintos ámbitos de competencia de la SEGOB como autoridad administrativa y de los tribunales; así como de las distintas consecuencias jurídicas de los actos de una y otros.

10. Deliberadamente confunde los actos de la SEGOB con los actos de los tribunales mexicanos. Las razones le parecen obvias a la demandada: Thunderbird reclama que “México”

1. Escrito de Thunderbird del 5 de noviembre de 2004, p.2:16-17.

2. Escrito de Thunderbird del 5 de noviembre de 2004, p.2:3-4.

3. Escrito de Contestación a la Demanda, ¶¶ 197- 200; Escrito de Dúplica, ¶¶ 123-134; Escrito Posterior a la audiencia, ¶¶ 188- 190.

4. Escrito del gobierno de México del 22 de octubre de 2004, ¶¶ 9 al 11.

ha otorgado un trato discriminatorio a EDM respecto de a ciertos otros operadores, pero ha reconocido expresamente que no reclama violaciones al TLCAN por actos de los tribunales mexicanos. En consecuencia, se ve impedida de responder a los alegatos de México y de abordar abiertamente el trato que la SEGOB ha otorgado a los distintos operadores y el que les han otorgado los tribunales.

11. Thunderbird manifiesta: “*Contrary to what it claimed at the hearing and in its post-hearing brief, Mexico now concedes that both of these skill machine facilities are open and operating.*”⁵ Las afirmaciones que México ha hecho en el curso del procedimiento son correctas.

12. Esta aseveración de la demandante ignora que México, desde su Escrito de Contestación a la Demanda, reconoció la situación jurídica de los establecimientos Reflejos y Club 21⁶. Ignora también que México ha manifestado que todos los establecimientos de este tipo, incluso aquellos que gozan de una suspensión judicial o un amparo para efectos, operan en la clandestinidad⁷. Recuérdese que, según testificó el Lic. Alcántara, cuando la autoridad realizó una visita a los establecimientos Reflejos, los encontró cerrados “voluntariamente”⁸. Igualmente lo ilustra la forma como EDM realizó la solicitud del 3 de agosto de 2000. México ya se refirió a esta cuestión con detalle⁹.

13. Por consiguiente, Thunderbird se limita a señalar que unos establecimientos están en operación, mientras que los de EDM no, eludiendo así hechos básicos que no le favorecen, por ejemplo:

- que la SEGOB ha clausurado todos los establecimientos, incluidos Bellavista, Club 21 y todos los establecimientos Reflejos, pero éstos han podido continuar operando debido a la forma como se desarrollan los procesos judiciales y la manera como funcionan los tribunales y el sistema de administración de justicia en general, no porque se haya establecido que existe un derecho a desarrollar tales actividades ni porque la SEGOB tolere y menos aún autorice la realización de actividades ilícitas;
- que EDM recurrió a los tribunales, pero no prevaleció y, de hecho, voluntariamente abandonó su derecho de acción por desistimiento voluntario;
- que en el caso particular de EDM, existe una determinación firme de la ilegalidad de las actividades que desempeñaba, confirmada por los tribunales mexicanos.

14. Adicionalmente, es especioso y simplista el argumento de la demandante de que es suficiente poder demostrar que un sitio está abierto para establecer una violación de trato nacional. Sería incorrecto e inapropiado que el Tribunal tomara un hecho aislado de otras circunstancias pertinentes para fincar responsabilidad al Estado, como lo pretende Thunderbird.

5. Escrito de Thunderbird del 5 de noviembre de 2004, p.3:24-25.

6. Escrito de contestación a la demanda, ¶¶ 171-181.

7. Lo ilustra perfectamente los videos y el testimonio del Lic. Gómez ofrecidos como prueba. Los videos fueron tomados con una cámara escondida, porque los operadores no habrían permitido que se videograban los establecimientos y las operaciones que en ellos se realizan, para exhibir como prueba ante un Tribunal internacional en un procedimiento que involucra a la autoridad reguladora, la SEGOB (por ejemplo, el Sr. Gómez manifestó: “*I was only able to take 5 seconds of video at the front door of the facility because of the presence of guards*”).

8. Véase anexo R-139.

9. Escrito del gobierno de México del 22 de octubre de 2004, ¶¶ 15-30.

El Tribunal está obligado a considerar la totalidad de las circunstancias, en el contexto de los actos del Estado, que se integra de manera compleja por órganos ejecutivos y de administración de justicia, entre otros, los cuales interactúan en un sistema de derecho. El Tribunal no puede ignorar la interacción entre unos y otros ni las limitantes que el propio sistema jurídico impone a los órganos del Estado para el correcto desempeño de sus funciones.

C. EDM no puede beneficiarse de la situación jurídica particular de otros establecimientos

15. Thunderbird ofrece un nuevo argumento en los siguientes términos: “[U]nder Mexico’s Law on Gaming[,] officials always had the ability to allow the EDMs to remain open, pending some final resolution of these allegedly ongoing pieces of litigation concerning use of the same machines”¹⁰.

16. En primer término, el Tribunal apreciará que esta afirmación sobre el contenido de la legislación mexicana no está sustentada en prueba alguna. La demandante no ha presentado pruebas de que la SEGOB tuviera la discreción conforme a la ley para mantener establecimientos abiertos “mientras estuviesen pendientes partes de litigios relativos a las mismas máquinas”. México niega que la tenga. De hecho, la ley es categórica al determinar que se clausurará todo local en el que se desarrollen juegos prohibidos¹¹.

17. El argumento también es falaz por dos razones:

- a) La demandante intenta presentar la cuestión de la legalidad de las máquinas tragamonedas como un asunto pendiente, pero no lo es. El que algunos operadores cuenten con una suspensión judicial o incluso un amparo para efectos se debe a cuestiones procesales. Esas decisiones judiciales no alteran la determinación de la SEGOB sobre la ilegalidad de las máquinas. No confieren a los operadores un derecho firme, definitivo para desempeñar la actividad, que sigue siendo ilícita. Thunderbird no ha demostrado lo contrario.
- b) En el caso concreto de EDM existe una determinación definitiva, confirmada por los tribunales mexicanos competentes, sobre la ilicitud de sus operaciones, al no haber ésta logrado combatir con éxito los actos de la SEGOB. No hay ya procedimientos (“partes de litigios”) en curso que involucren a EDM. De tal forma, aun suponiendo que la SEGOB tuviese la discreción que Thunderbird señala —lo cual no se concede— no podría aplicarla en el caso concreto de EDM, en el que la ilegalidad de las operaciones ha sido determinada de manera firme.

D. La SEGOB ha actuado de manera uniforme

18. La demandante asevera que México presenta un “nuevo alegato de que carece de recursos para actuar de manera uniforme”¹². Otra vez, la demandante caracteriza incorrectamente los argumentos de México. La demandada no hizo tal alegato. Por el contrario, ha afirmado, y sostiene, que la SEGOB ha aplicado la ley de manera uniforme en todos los casos de que ha tenido conocimiento.

10. Escrito de Thunderbird del 05 de noviembre del 2004, p. 3:8-10.

11. Artículo 8 de la Ley Federal de Juegos y Sorteos.

12. Escrito de Thunderbird del 5 de noviembre de 2004, p. 6:15-16.

19. Sin embargo, es una realidad que las autoridades tienen recursos limitados y deben establecer prioridades. En el caso específico, la función de la SEGOB no es perseguir ilícitos en esta materia. Sus funciones ordinarias son de regulación y supervisión, pero ha tenido que responder a un fenómeno reciente y creciente, sin desatender sus funciones aquellas.

20. Por otro lado, cualquiera que conozca medianamente cómo se estructuran y cómo operan los gobiernos en cualquier parte del mundo puede apreciar que los gobiernos son entes complejos cuyas estructuras y recursos están organizados de forma tal que les permitan responder a las múltiples necesidades de la ciudadanía. Es una completa falacia que, porque el gobierno tiene asignados ciertos recursos para desempeñar una función, puede simplemente desviarlos para atender cualquier otro asunto. Los gobiernos tienen recursos limitados para atender un sinnúmero de necesidades en todo el territorio nacional.

21. No obstante, México ha demostrado que no sólo ha clausurado los establecimientos Bellavista y Reflejos, entre muchos otros, sino que subsecuentemente las autoridades han llevado a cabo operativos tendientes a mantener esa situación jurídica; pero se han enfrentado a situaciones que se lo han impedido. México explicó con detalle la situación jurídica del establecimiento Bellavista, que actualizó en función de los hechos ocurridos con posterioridad a la audiencia. En particular, a raíz de la información obtenida en el curso de este procedimiento, la SEGOB ha llevado a cabo diligencias tendientes a hacer efectiva la orden de clausura que existe. En una primera ocasión, cuando acudieron los inspectores de la SEGOB el sitio estaba clausurado y los sellos de clausura estaban colocados, según se aprecia en las fotografías presentadas en la audiencia, de acuerdo con el testimonio del Lic. Alcántara¹³. Subsecuentemente, en seguimiento a la información obtenida en la audiencia, se dio instrucciones a dos inspectores para acudir al sitio para verificar si estaba abierto y operando, y, en su caso, proceder a restablecer el estado de clausura, toda vez que, según se les precisó, existía una orden de clausura vigente¹⁴. No fue posible porque los operadores exhibieron una suspensión judicial que estaban obligados a acatar.

22. De forma similar, el día que acudieron inspectores a realizar una visita a los establecimientos Reflejos, éstos habían cerrado voluntariamente (no obstante estar ubicados en tres ciudades distintas). Es fácil especular que en los operativos que se han realizado ha habido fugas de información que han permitido a los operadores anticiparse a acciones del gobierno. Además de los recursos que involucra realizar este tipo de operativos, se requiere volver a planearlos y llevarlos a cabo.

23. Este *modus operandi*, al que México ya se ha referido, es típico de las actividades ilícitas y corrobora, precisamente, que no se trata de operaciones que se lleven a cabo abiertamente, que

13 Véase anexo R- 132. Véase también p. 80:5-15 de la transcripción en español de la audiencia del 28 de abril de 2004.

14 El oficio de comisión advierte:

Cabe señalar que el domicilio sobre el que se ordena la inspección, fue clausurado con anterioridad por violaciones a la Ley Federal de juegos y Sorteos, siendo que dicha clausura debe subsistir. Por lo tanto, en caso de encontrarlo abierto y/o operación de juegos prohibidos, deberá restablecer de manera inmediata, en su caso, el estado de clausura.

Véase anexo R- 133.

se hagan del conocimiento de la autoridad y, por tanto, que se realicen con su consentimiento. Todo lo contrario. Se trata de actividades que buscan evadir a la autoridad a toda costa¹⁵.

24. Los esfuerzos de las autoridades por aplicar la ley efectivamente en el combate a actividades ilegales no siempre son exitosos y no siempre es posible llevar a cabo operativos de inmediato. México no tiene recursos ilimitados para perseguir ilícitos, como tampoco los tienen Estados Unidos y Canadá, y al igual que estos países, tiene un Poder Judicial independiente, que no siempre falla a favor del gobierno (aunque en esta materia, no ha fallado en contra, por lo que al fondo de la misma se refiere). México remite al Tribunal a los argumentos relativos al juego ilegal en reservas indias de California, que se mantuvo durante años, pese a los esfuerzos del gobierno estadounidense por impedirlo. En efecto, la situación jurídica de los casinos no quedó resuelta sino hasta que se modificó la constitución estatal en 2000 para permitir expresamente el juego en tierras de las tribus indias¹⁶. Ninguna de estas circunstancias constituye una violación al TLCAN.

E. El procedimiento ante el Órgano Interno de Control

25. La demandante simplemente insiste que “cree” que el Lic. Aguilar Coronado utilizó la resolución administrativa del 10 de octubre de 2001 para “descarrilar” una investigación sobre sus acciones y no ofrece ninguna prueba para sustentar esa “creencia”. México reitera que el argumento carece de sentido y le parece no requiere mayor explicación: es simplemente absurdo sugerir que el Lic. Aguilar Coronado emitió una resolución administrativa para “descarrilar”, es decir para socavar, una investigación que no había iniciado porque EDM no había presentado todavía la queja. La resolución antecede la queja de EDM por casi dos meses. De hecho, la resolución administrativa y las clausuras subsiguientes fueron las que motivaron la queja.

26. Ahora, si Thunderbird pretende que el Lic. Aguilar Coronado intentó “descarrilar” la investigación posteriormente a la presentación de la queja, es una afirmación que carece de cualquier sustento. Es un principio general que el que afirma tiene la carga de probar, carga que la demandante no ha satisfecho.

27. Primero, su argumento no se basa siquiera en una afirmación de los hechos, sino en una simple “creencia”. No sólo no relaciona prueba alguna con el supuesto intento por “descarrilar” la investigación, ni siquiera explica con qué base sostiene esa creencia. Segundo, del expediente administrativo el Tribunal podrá apreciar que, en respuesta al requerimiento del OIC, el Lic. Aguilar Coronado envió un oficio al OIC, con el que remitió el expediente relativo a la resolución del 10 de octubre y las clausuras subsecuentes; es decir, se limitó a responder un requerimiento relativo a la resolución que emitió, en relación con una queja sobre su conducta al

15. En su escrito del 22 de octubre de 2004, México señaló la forma como el Lic. Carlos Gómez había obtenido los videos que la demandante presentó como prueba en esta nueva etapa del procedimiento. En concreto manifestó que, además de haberlos tomado con una cámara escondida (el silencio de la demandante al respecto lo corrobora), había omitido entrevistar a los operadores, sus gerentes o administradores, solicitarles los permisos, autorizaciones o el documento en el que se sustentara su derecho a funcionar, etc. (Véase Escrito del gobierno de México del 22 de octubre de 2004, ¶¶ 39 y 40.) La demandada sostiene que fue una omisión consciente porque, de haberlo hecho, habría dejado manifiesta la igualdad en el trato de la SEGOB, al igual que la diferencia fundamental entre la situación jurídica de EDM —determinada en forma definitiva por los tribunales— frente a la de tales otros establecimientos. Thunderbird entonces optó por confundir el papel que desempeñan la autoridad administrativa y las judiciales, y tergiversar o ignorar, por lo demás, los argumentos de México.

16. Véase los párrafos 116 al 118 del Escrito de Contestación a la Demanda. Anexos R-50 a R-52.

respecto. Es simplemente incomprensible cómo puede ello considerarse un acto tendiente a “descarrilar” la investigación: Es simplemente absurdo que, al responder la autoridad investigada a una queja que se formula en su contra, tiene el propósito de “descarrilar” la investigación.

28. Resulta revelador que Thunderbird no se refiera a la resolución del OIC del 7 de octubre de 2004, en la cual se notifica a EDM que, por falta de elementos que permitan suponer la existencia de irregularidades de los funcionarios en cuestión, se procedió al archivo del expediente¹⁷.

29. El Tribunal debe rechazar el argumento sin más.

30. La afirmación de la demandante de que el OIC ha sido escéptico respecto de la propiedad de las acciones de los señores Aguilar Coronado y Vargas Barrera también carece de cualquier sustento. Thunderbird tampoco ha satisfecho la carga de probar esa afirmación.

31. La finalidad es un principio esencial de todo proceso. Según indicó México, una vez que el OIC inicia el procedimiento, éste continúa de oficio y la autoridad debe concluirlo¹⁸. Ahora bien, el impulso procesal corresponde a las partes (en la queja, al ser un procedimiento administrativo, sólo hay una parte, el particular que la interpone y es a éste al que corresponde).

32. En el caso en cuestión, el Tribunal podrá apreciar que EDM abandonó la queja por completo, según México ya apuntó. Después de enero de 2002, EDM no hizo promoción alguna en el expediente del procedimiento que inició. Es bien conocido el principio de la caducidad por inactividad procesal de las partes (*abandonment of actions*). No obstante, el OIC requería poner fin al procedimiento a pesar a la inactividad procesal de EDM. Es incorrecto, pues, que el OIC haya “reabierto” el procedimiento, según afirma la demandante; el OIC requería ponerle fin, antes de concluir el plazo (tres años) que marca la ley para la prescripción de acciones. Previo a resolver sobre la presunta responsabilidad de los funcionarios señalados o archivar el caso, el OIC dio a EDM la oportunidad de que presentara información y elementos adicionales para sustentar su denuncia.

33. EDM simplemente ignoró el ofrecimiento del OIC. México así lo señaló en su escrito del 22 de octubre de 2004¹⁹. Thunderbird no ofreció ningún comentario al respecto.

34. Las pruebas también demuestran la desconexión absoluta que existe entre las reclamaciones y los argumentos que Thunderbird ha hecho ante este Tribunal, en representación de EDM al amparo del artículo 1117, y los argumentos y actos de EDM ante las autoridades administrativas y judiciales mexicanas. En particular, es incomprensible que una empresa que pretende tener el “control” de otra desconozca completamente una reclamación hecha por ésta particularmente cuando, alega, se refiere a hechos centrales a la que presenta en este arbitraje.

17 Véase anexo R-143, Acuerdo de Conclusión, Órgano Interno de Control en la Secretaría de Gobernación, Área de Quejas, Expediente Num. DE-012/2004, del 7 de octubre de 2004, p. 29. De hecho, México ya abordó este argumento en su escrito de fecha 22 de octubre de 2004 (véase ¶¶ 48 – 66).

18. Escrito del gobierno de México del 22 de octubre de 2004, ¶ 47.

19. Escrito del gobierno de México del 22 de octubre de 2004, ¶ 62.

35. Thunderbird simplemente no ofrece contestación a los argumentos que México hizo en su escrito del 22 de octubre de 2004 en los párrafos 41-50, 53-55 y 57. Eso debe ser suficiente para que el Tribunal deseche los argumentos por extemporáneos.

36. Por las razones expresadas en éste y sus escritos y argumentos orales anteriores, el gobierno de México reitera que el Tribunal debe desechar la reclamación en su totalidad y condenar a la demandante al pago de costos. La demandada está preparada para presentar su escrito adicional de costos.

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
19 de noviembre de 2004