



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

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

C.

**LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
(DEMANDADA)**

CASO CIADI NO. ARB(AF)/16/3

MEMORIAL SOBRE EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN

Por los Estados Unidos Mexicanos:

Secretaría de Economía

Samantha Atayde Arellano
Leticia M. Ramírez Aguilar
Geovanni Hernández Salvador

J. Cameron Mowatt, Law Corporation

J. Cameron Mowatt
Alejandro Barragán
Ximena Iturriaga

Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP

Stephan E. Becker

30 de mayo de 2017

Índice

Glosario.....	1
I. Introducción	1
II. Historia procesal relevante.....	6
III. Disposiciones relevantes del TLCAN y principios de interpretación de tratados.....	11
A. Disposiciones relevantes.....	11
B. Interpretación del Capítulo XI del TLCAN	14
IV. Objeciones específicas	18
A. Incumplimiento del Artículo 1119.....	18
B. Incumplimiento del Artículo 1121.....	28
C. Excepciones a la jurisdicción <i>ratione personae</i> derivados del incumplimiento de cada Demandante de explicar quién tiene la propiedad o control de las Empresas Mexicanas.....	33
1. Las Demandantes no han demostrado tener legitimidad procesal para presentar una reclamación bajo el artículo 1116 del TLCAN	41
2. Las Demandantes no han demostrado tener legitimidad procesal para presentar una reclamación bajo el Artículo 1117 a nombre de cualquiera de las Empresas Mexicanas	43
3. Las Demandantes no han establecido la validez legal de los supuestos consentimientos y renunciaciones presentados tardíamente a nombre de las Empresas Mexicanas.....	45
V. Conclusiones y petitorios.....	48

GLOSARIO

- Empresas Mexicanas** Se refiere a:
- Juegos de Video y Entretenimiento de México, S. de R.L.;
 - Juegos de Video y Entretenimiento del Sureste, S. de R.L.,
 - Juegos de Video y Entretenimiento del Centro, S. de R.L. de C.V.;
 - Juegos de Video y Entretenimiento del D.F., S. de R.L. de C.V.;
 - Juegos y Video de México, S. de R.L. de C.V.;
 - Exciting Games, S. de R.L. de C.V. (llamada también EGames);
 - Operadora Pesa, S. de R.L. de C.V.;
 - Metrojuegos, S. de R.L. de C.V.; y
 - Merca Gaming, S. de R.L. de C.V.
- Empresas Mexicanas Adicionales** Se refiere a las empresas mexicanas que no se mencionan en el NOI, a decir:
- Operadora Pesa, S. de R.L. de C.V.;
 - Metrojuegos, S. de R.L. de C.V.; y
 - Merca Gaming, S. de R.L. de C.V.
- Empresas Juegos** Se refiere a:
- Juegos de Video y Entretenimiento de México, S. de R.L. de C.V.;
 - Juegos de Video y Entretenimiento del Sureste, S. de R.L. de C.V.;
 - Juegos de Video y Entretenimiento del Centro, S. de R.L. de C.V.;
 - Juegos de Video y Entretenimiento del D.F., S. de R.L. de C.V.; y
 - Juegos y Videos de México, S. de R.L. de C.V.
- Demandantes Originales** Se refiere a las ocho demandantes originales que presentaron el NOI de fecha 23 de mayo de 2014:
- B-Mex, LLC;
 - B-Mex II, LLC;
 - Palmas South, LLC;
 - Oaxaca Investments, LLC;
 - Santa Fe Mexico Investments, LLC;
 - Gordon Burr;
 - Erin Burr; y
 - John Conley.
- Demandantes Adicionales** Se refiere a las 31 Demandantes cuyo nombre no aparece en el NOI:

- Deana Anthone,
- Neil Ayervais,
- Douglas Black,
- Howard Burns,
- Mark Burr,
- David Figueiredo,
- Louis Fohn,
- Deborah Lombardi,
- P. Scott Lowery,
- Thomas Malley,
- Ralph Pittman,
- Dan Rudden,
- Marjorie "Peg" Rudden,
- Robert E. Sawdon,
- Randall Taylor,
- James H. Watson, Jr.,
- B-Cabo, LLC,
- Colorado Cancun, LLC,
- Caddis Capital, LLC,
- Diamond Financial Group, Inc.,
- EMI Consulting, LLC,
- Family Vacation Spending, LLC,
- Financial Visions, Inc.,
- J. Johnson Consulting, LLC,
- J. Paul Consulting,
- Las KDL, LLC,
- Mathis Family Partners, Ltd.,
- Palmas Holdings, Inc.,
- Trude Fund II, LLC,
- Trude Fund III, LLC, y
- Victory Fund, LLC.

NOI o NOI Original	Se refiere a la Notificación de la intención de someter una reclamación a arbitraje del 23 de mayo de 2014.
Cuestionario NOI	Se refiere a la comunicación de la Sra. Martínez, entonces “Directora General Adjunta de Consultoría Jurídica de Comercio Internacional B” de la Secretaría de Economía, a la Sra. Menaker de fecha 24 de julio de 2014 mediante la cual se solicitan aclaraciones al NOI.
RFA	Se refiere a la Solicitud de Arbitraje del 15 de junio de 2016.
Reclamación RICO	Demanda civil iniciada ante el Tribunal de Distrito para el Distrito de Colorado en los Estados Unidos por las Demandantes (excepto por B-Cabo y Colorado Cancun) en contra de Jose Benjamin Chow del Campo, Luc Pelchat and Alfonso Rendon Abud, por supuestas violaciones <i>Federal Racketeering Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO)</i> y <i>Colorado Organized Crime Control Act (COCCA)</i> , <i>common</i>

law fraud, civil theft, y conversion, en relación con la presunta privación fraudulenta de las Empresas Juegos.

NOI Enmendado

Se refiere a la notificación de intención enmendada de fecha 2 de septiembre de 2016 (recibida el 5 de septiembre de 2016).

Carta de White & Case

Se refiere a la comunicación del 16 de enero de 2013 de la Sra. Menaker de White & Case.

I. Introducción

1. La Demandada tiene cinco objeciones respecto a la competencia del Tribunal para decidir sobre el fondo de esta reclamación, las cuales se prestan para su determinación como objeciones preliminares de conformidad con el Artículo 45(2) de las Reglas de Arbitraje (Mecanismo Complementario) del CIADI y del párrafo 14.2 de la Orden Procesal No. 1 (“OP-1”).¹
2. Las primeras dos objeciones se refieren a la falta de cumplimiento de las Demandantes con los Artículos 1119 y 1121 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”), lo cual a su vez motivó la objeción de México con respecto al registro de la reclamación ante el CIADI. Estas objeciones se fundamentan en la interpretación y aplicación de las disposiciones relevantes del Capítulo XI del TLCAN a la luz de las acciones y omisiones de las Demandantes en su intento por someter esta reclamación a arbitraje.
3. Las otras tres objeciones surgen del hecho de que las Demandantes no demostraron en la notificación de intención de someter la reclamación a arbitraje (“NOI Original”) ni en la Solicitud de arbitraje (“RFA”, por sus siglas en inglés): (i) que alguna de las 39 Demandantes tenga legitimidad procesal para someter una reclamación a arbitraje conforme al Artículo 1116 del TLCAN; (ii) que alguna o algunas de las Demandantes tenga legitimidad procesal para presentar una reclamación a nombre de alguna de las Empresas Mexicanas² conforme al Artículo 1117; y (iii) que los presuntos consentimientos y las renunciaciones (“*waivers*”), presentados de manera tardía a nombre de las Empresas Mexicanas, son legalmente válidos.

Incumplimientos con los Artículos 1119 y 1121 del TLCAN

4. Tras haber leído los escritos de las partes sobre la objeción de la Demandada al registro de la reclamación, el Tribunal estará familiarizado con la naturaleza de la objeción de la Demandada a la jurisdicción del Tribunal basada en el incumplimiento de los Artículos 1119 y 1121 del TLCAN. La Demandada sostiene que, conforme al claro significado del texto relevante del Tratado, ambos requisitos son obligatorios para cualquier parte demandante que busque someter una reclamación a arbitraje al amparo de la Sección B (Solución de controversias entre una Parte

¹ En respuesta a la presentación de la presunta “Notificación de Intención Enmendada” después del registro de la reclamación ante el CIADI, la Demandada hizo las siguientes reservas de derechos, las cuales reitera y se apoya en su totalidad en el presente escrito:

“El uso por parte de la Demandada de los términos “Demandantes” y “Demandada” y/o la designación de un árbitro y/o la toma de medidas necesarias para defender esta reclamación no debe entenderse como que ha otorgado su consentimiento a arbitrar esta controversia, o como su aprobación al incumplimiento de las Demandantes con el Artículo 1119 y/o el Artículo 1121 del TLCAN, o como su aceptación de que el periodo de prescripción ha sido suspendido (“tolled”), extendido o pospuesto.

El Gobierno de México se reserva todos sus derechos y remedios, incluido (sin limitación) el derecho a impugnar la validez de un sometimiento a arbitraje de una reclamación en masa (“mass claim”) o una reclamación única por múltiples demandantes en las circunstancias de este caso, así como la validez de los presuntos consentimientos y desistimientos presentados tardíamente a nombre de las empresas mexicanas.”

² Remitirse al glosario para la definición del término “Empresas Mexicanas”.

y un inversionista de otra Parte) del Capítulo XI del TLCAN. La Demandada ha explicado ya en detalle – y profundizará en este escrito – por qué el incumplimiento de las Demandantes implica la ausencia del consentimiento al arbitraje por parte de la Demandada e invalida la solicitud de arbitraje (“*void ab initio*”) y, por lo tanto, priva al Tribunal de jurisdicción para resolver sobre el fondo de la reclamación.

5. No obstante la inmediata y explícita objeción de la Demandada a los incumplimientos de las Demandantes, éstas han resuelto seguir adelante alegando con estridencia, *inter alia*, que los Artículos 1119 y 1121 del TLCAN establecen requisitos meramente procedimentales que no requieren estricta observancia en circunstancias bajo las cuales, en el caso del Artículo 1119, se puede demostrar que habría sido “fútil” para las Demandantes Adicionales intentar entablar consultas, y en el caso del Artículo 1121 del TLCAN, que el “Poder Notarial” (“*power of attorney*”) presentado por cada una de las Demandantes es suficiente para satisfacer el requisito que establece el Artículo 1121(1) o que la presentación de la RFA a nombre de las Demandantes es suficiente para cumplir con lo dispuesto en el Artículo 1121(1).³

6. El incumplimiento de las Demandantes con los Artículos 1119 y 1121 no tiene precedente. A saber de la Demandada, en ninguna de las 59 reclamaciones bajo el Capítulo XI del TLCAN que han sido sometidas a arbitraje desde la entrada en vigor del Tratado en 1994⁴, la demandante o grupo de demandantes ha omitido notificar a la Parte contendiente del TLCAN el nombre y los domicilios de las partes demandantes, como lo exige el Artículo 1119 del TLCAN, ni ha incumplido con la obligación de presentar su consentimiento al arbitraje en los términos dispuestos en el Artículo 1121 TLCAN. La razón, sin duda, es que el texto de las disposiciones referidas es claro y se complementa con la “Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre notificaciones de intención de someter reclamaciones a arbitraje”.⁵ Éste no es un proceso difícil de entender o implementar.

7. Sin embargo, no obstante que las Demandantes tuvieron dos años para perfeccionar su reclamación tras la presentación de la NOI Original, pretenden que este Tribunal las libere de las consecuencias de no haber cumplido con la presentación de una notificación de intención que incluya los nombres y direcciones de todas las Demandantes, y de la omisión de cada una de ellas y de las Empresas Mexicanas de firmar y entregar a la Demandada un simple documento que señale “consiente a someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte”. La posición de las Demandantes dejaría inoperante el texto expreso de los Artículos 1119 y 1121 del TLCAN, convirtiéndolos en procedimientos optativos en lugar de requisitos obligatorios.

³ Véase Claimant’s Response to the United Mexican States’ Objection to Claimants’ Request for Approval to Access the ICSID Additional Facility and Request for Arbitration in the matter of BMex, LLC et al. v. United Mexican States, and Response to ICSID’s Questionnaire dated July 6, 2016, 21 de julio de 2016, p. 12.

⁴ Véase <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByApplicablelia>

⁵ Anexo RL-001, Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre Notificaciones de Intención (“*Statement of the Free Trade Commission on Notices of Intent to Submit a Claim to Arbitration*”), de fecha 7 de octubre de 2003.

8. La Demandada en este escrito dará respuesta a los argumentos principales expuestos por las Demandantes en sus escritos anteriores.⁶ Por ejemplo:

- La Demandada rechaza la reiterada afirmación de las Demandantes en el sentido de que México se rehusó a entablar consultas tras la presentación de la NOI Original. El expediente demostrará que la Demandada solicitó información sobre la reclamación en repetidas ocasiones sin obtener respuesta por varios meses, lo cual eventualmente condujo a la abogada de las Demandantes Originales a comunicar que se pondría en contacto con la Demandada en caso de que sus clientes decidieran proceder con la reclamación. La Demandada no supo nada más de las Demandantes Originales o sus abogados hasta la presentación de la RFA –que incluyó a 31 partes demandantes adicionales– 18 meses después.
- La Demandada controvierte el argumento de las Demandantes en el sentido de que la jurisprudencia y comentarios del TLCAN apoyen la idea de que los Artículos 1119 al 1121 establecen requisitos meramente procedurales, o que el incumplimiento de estas disposiciones pueda ser subsanado posteriormente. Las decisiones y laudos *contemporáneos*, así como las reiteradas posiciones de las tres Partes al TLCAN, firmemente apoyan la posición de la Demandada, *i.e.*, que se trata de requisitos obligatorios que deben ser observados para someter *válidamente* una reclamación a arbitraje al amparo de la Sección B del Capítulo XI y para entablar el consentimiento de la Parte al TLCAN al arbitraje.

Las Demandantes no han demostrado tener legitimidad procesal conforme a los Artículos 1116 y 1117 del TLCAN y la validez legal de los supuestos consentimientos y renunciaciones de las Empresas Mexicanas

9. Es imposible determinar a partir de la información proporcionada en la NOI Original y la RFA – incluso sobre una base *prima facie* – si alguna de las Demandantes tiene legitimidad procesal (*i.e.*, *standing*) para presentar una reclamación al amparo del Artículo 1116 del TLCAN, o si alguna o algunas de las Demandantes tienen legitimidad procesal para presentar una reclamación a nombre de alguna de las Empresas Mexicanas al amparo del Artículo 1117 del TLCAN. En efecto, ambas cuestiones se abordan en la “Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre notificaciones de intención de someter reclamaciones a arbitraje” (*Free Trade Commission’s statement on notices of intent to submit a claim to arbitration*) y en las solicitudes de información de la Demandada sobre la NOI Original (*i.e.*, el Cuestionario NOI⁷) que no recibieron respuesta.

⁶ La omisión de la Demandada de responder a algún alegato de las Demandantes no debe ser interpretado como una admisión de la Demandada. La Demandada se reserva el derecho a responder a cualquier argumento o alegato que las Demandantes presenten en su escrito de contestación sobre jurisdicción.

⁷ Favor de referirse al glosario para la definición del término “Cuestionario NOI”.

10. Sin embargo, a pesar de haber recibido la Carta de White & Case⁸, dos escritos (la NOI Original y la RFA) y dos escritos a la Secretaria General del CIADI en respuesta a la objeción de México al registro de la reclamación, la Demandada sigue sin saber “quién tiene la propiedad de qué” y no cuenta con información básica y necesaria para determinar si el Tribunal tiene jurisdicción *ratione personae*. Lo anterior lleva a la Demandada a concluir que las Demandantes intencionalmente han tratado de ocultar información para evitar revelar defectos fundamentales en su reclamación.

11. Finalmente, durante el proceso de solicitud de registro de la reclamación, las Demandantes pusieron en duda la validez legal de los supuestos consentimientos y renunciaciones (*waivers*) presentados a nombre de las Empresas Juegos.⁹ Las Demandantes primero aseguraron al CIADI que no podían proporcionar las renunciaciones y consentimientos de dichas empresas, debido a que las acciones del Estado Mexicano las habían forzado a mitigar sus daños y, al hacerlo, perdieron el control de las Empresas Juegos a manos de individuos sin escrúpulos.¹⁰ Las Demandantes afirmaron que continuarían sus esfuerzos por recuperar el control de las Empresas Juegos, y estimaron que estarían en condiciones de presentar los documentos en tres o cuatro semanas.¹¹ Dos semanas más tarde, tras la advertencia de la Secretaria General Interina del CIADI (*i.e.*, *Acting Secretary General*) en el sentido de que no podía brindar acceso al Mecanismo Complementario o registrar la reclamación tal y como fue presentada, las Demandantes pretendieron presentar los consentimientos y renunciaciones firmados por Gordon Burr (uno de los Demandantes Originales) y un individuo de nombre Luc Pelchat, quien no se encuentra entre las 39 partes Demandantes y quien ha sido nombrado como parte demandada en la Reclamación RICO.¹²

12. Como se explicará más adelante, las Demandantes deben identificar con precisión y ofrecer pruebas de sus inversiones individuales, conforme a la definición del Artículo 1139 del TLCAN, e identificar y demostrar con pruebas cuáles de ellas son propietarias o tienen “control directo o indirecto” de cada una de las Empresas Mexicanas en cuyo nombre se presentó una reclamación al amparo del Artículo 1117. Las Demandantes tienen además la carga de probar la validez legal de los presuntos consentimientos y renunciaciones que presentaron a nombre de las Empresas Mexicanas.

Resumen

⁸ Favor de referirse al glosario para la definición del término “Carta de White & Case”. Esta carta se presenta como Anexo R-001 a este escrito.

⁹ Favor de referirse al glosario para la definición del término “Empresas Juegos”.

¹⁰ Véase “Claimants’ Response to the United Mexican States’ Objection to Claimants’ Request for Approval to Access the ICSID Additional Facility and Request for Arbitration in the matter of *BMex, LLC et al. v. United Mexican States*, and Response to ICSID’s Questionnaire dated July 6, 2016”, pp. 8-10.

¹¹ *Id.*, pp. 10-11.

¹² Anexo R-002, escrito de demanda en la Reclamación RICO, ¶4. Véase también “Rejoinder to the United Mexican States’ Unauthorized Submission Replying to Claimants’ July 21, 2016 Response in Support of their Request for Approval to Access the ICSID Additional Facility and Request for Arbitration in the matter of *B-Mex, LLC et al. v. United Mexican States*, and Response to ICSID’s Questionnaire dated July 6, 2016”, p. 2 y Anexo A al escrito referido.

13. En suma, la Demandada demostrará que el sometimiento de la reclamación a arbitraje de las Demandantes es nulo *ab initio* (i.e., *void ab initio*) debido al incumplimiento de las Demandantes con requisitos claros y obligatorios estipulados en los Artículos 1119 y 1121 del TLCAN y a que no se puede considerar que la Demandada haya otorgado su consentimiento al arbitraje. Corresponderá a las Demandantes probar: (i) que cada una de ellas tiene al menos una “inversión” en territorio mexicano para hacer valer su legitimidad procesal conforme al Artículo 1116 del TLCAN; (ii) que una o más de las Demandantes tienen legitimidad procesal para presentar una reclamación bajo el Artículo 1117 del TLCAN a nombre de las Empresas Mexicanas; y (iii) que las renunciaciones y consentimientos que presentaron a nombre de las Empresas Mexicanas son legalmente válidos.

14. Por cuestiones de economía procesal, el Tribunal debe primero decidir si hubo cumplimiento con el Artículo 1121 del TLCAN. Lo anterior se reduce a determinar: (i) si los poderes notariales, con idéntica redacción, presentados por cada una de las Demandantes y a nombre de cada una de las Empresas Mexicanas, constituye un consentimiento a someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en el TLCAN, y (ii) si las pretensiones de las Demandantes en el sentido de que la presentación del RFA por parte de sus abogados, conforme a la autorización otorgada bajo cada uno de los poderes notariales, es suficiente para considerar que se cumplió con el requisito establecido en el Artículo 1121(3). Si la respuesta a cualquiera de estas preguntas es “no” –como la Demandada sostiene – la reclamación debe ser desechada en su totalidad sin necesidad de resolver el resto de las objeciones.

II. Historia procesal relevante

15. El 16 de enero de 2013, la Dirección General de Inversión Extranjera de la Secretaría de Economía, recibió una comunicación de la Sra. Andrea J. Menaker de la firma White & Case en representación de un grupo de cuatro empresas (B-Mex, LLC, B-Mex II, LLC, Palmas South, LLC, Oaxaca Investments, LLC) y tres individuos (Gordon Burr, Erin Burr, and John Conley) quienes afirmaban ser “inversionistas estadounidenses” (“*U.S. Investors*”) adversamente afectados por ciertas medidas tomadas por el gobierno (la Carta de White & Case).¹³

16. Este grupo de presuntos inversionistas afirmó tener una participación (*i.e.*, “*inteterest*”) en cinco empresas mexicanas (las Empresas Juegos) las cuales “construyeron y son propietarias, respectivamente, de los casinos en Naucalpan, Estado de México; Villahermosa, Tabasco; Puebla, Puebla; Ciudad de México, Distrito Federal; y Cuernavaca, Morelos” (“*constructed and own, respectively, the gaming Facilities in Naucalpan, State of Mexico; Villahermosa, State of Tabasco; Puebla, State of Puebla; Mexico City, Federal District; and Cuernavaca, State of Morelos.*”).¹⁴ El grupo también afirmó tener un “interés” en otra empresa mexicana, Exciting Games S. de R.L. de C.V. (“EGames”) la cual, de acuerdo con la carta, administraba las operaciones de los cinco casinos.

17. El 30 de enero de 2013, representantes de los presuntos inversionistas se reunieron con funcionarios de la Secretaría de Economía (“SE”) para discutir sus preocupaciones, incluyendo los asuntos identificados en la Carta de White & Case. El 28 de febrero de 2013, se llevó a cabo una segunda reunión con funcionarios de la SE y la Secretaría de Gobernación (“SEGOB”), dependencia encargada de regular la operación de casinos en México.

18. El 28 de agosto de 2013, SEGOB dejó insubsistente el permiso otorgado a EGames, sin embargo, los casinos en cuestión aparentemente continuaron operando hasta el 24 de abril de 2014, cuando SEGOB los clausuró, en definitiva.

19. El 23 de mayo de 2014, el mismo grupo de presuntos inversionistas y una empresa estadounidense más (Santa Fe Mexico Investments, LLC) (en adelante las “Demandantes Originales”) presentaron una notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje (“NOI Original”). En la NOI Original se alegan violaciones al Artículo 1102 del TLCAN (Trato nacional), el Artículo 1103 (Trato de nación más favorecida), el Artículo 1105 (Nivel mínimo de trato) y el Artículo 1110 (Expropiación). La NOI Original identifica también a seis empresas

¹³ Anexo R-001, Carta de White & Case. La carta identifica las siguientes medidas: (i) “redadas a gran escala” (“*large-scale raids*”) llevadas a cabo desde agosto de 2011 y la clausura que llevó a cabo el Servicio de Administración Tributaria (SAT), y (ii) medidas administrativas y judiciales presuntamente discriminatorias en contra de las Demandantes, incluidas demoras injustificadas en el trámite de su solicitud de permiso y los procedimientos legales instaurados para impugnar e invalidar el permiso de EGames.

¹⁴ De acuerdo con la NOI Original: Juegos de Video y Entretenimiento de México, S. de R.L. de C.V. era la dueña del casino de Naucalpan; Juegos de Video y Entretenimiento del Sureste, S. de R.L. de C.V. era dueña del casino de Villahermosa; Juegos de Video y Entretenimiento del Centro, S. de R.L. de C.V. era la dueña del casino de Puebla; Juegos de Video y Entretenimiento del D.F., S. de R.L. de C.V. era la dueña del casino de la Ciudad de México; y Juegos y Videos de México, S. de R.L. de C.V. era la dueña del casino situado en Cuernavaca. Véase NOI, nota al pie 2.

mexicanas en las cuales los presuntos inversionistas alegaron tener un “interés propietario” (“*ownership interest*”) y afirmaron, en términos simples, que las Demandantes tenían la intención de someter una reclamación “a nombre propio y a nombre de varias empresas” (“*on their own behalf and on behalf of several enterprises*”) sin especificar cuáles empresas serían incluidas en la reclamación o cuáles de las Demandantes Originales tenían legitimidad procesal (*standing*) para presentar una reclamación por cuenta de esas empresas bajo el Artículo 1117 del TLCAN. La NOI Original no incluyó ningún anexo.

20. El 24 de julio de 2014, la entonces Directora General Adjunta de Comercio Internacional B de la SE, la Sra. Ana Carla Martínez, envió una comunicación a la Sra. Andrea Menaker, entonces abogada de las Demandantes Originales, mediante la cual solicitó aclaraciones sobre ciertos aspectos de la NOI Original a través de un cuestionario (el “Cuestionario NOI”).¹⁵ Las preguntas iban dirigidas a determinar de una manera más precisa el alcance y la naturaleza de las reclamaciones, así como la legitimidad procesal de los presuntos inversionistas estadounidenses para presentar una reclamación. Las preguntas incluyeron, *inter alia*, cuáles inversionistas habían invertido en las Empresas Juegos y el tamaño de su participación, cuáles inversionistas habían invertido en EGames y en qué porcentaje, cuáles de las Empresas Mexicanas eran dueñas de los casinos y qué tipo de arreglo existía entre las Empresas Juegos y EGames.

21. Al no haber recibido respuesta de los abogados de los presuntos inversionistas estadounidenses, el 6 de agosto de 2014, la Sra. Martínez dio seguimiento a su comunicación con la Sra. Menaker, quien respondió seis días después reconociendo la recepción del Cuestionario NOI y señalando que consultaría con sus clientes y respondería pronto a la Sra. Martínez.¹⁶

22. El 24 de octubre de 2014, la SE recibió una comunicación firmada por el Sr. José Luis Segura Cárdenas mediante la cual EGames supuestamente se desistía de la NOI Original presentada a su nombre. La comunicación venía acompañada de un poder notarial que reconocía al Sr. Segura como apoderado legal de EGames.¹⁷

23. A más de dos meses sin saber de los abogados de los presuntos inversionistas estadounidenses, el 5 de noviembre de 2014, la Sra. Martínez contactó nuevamente a la Sra. Menaker para inquirir sobre el Cuestionario NOI. Aproximadamente dos semanas más tarde, el 18 de noviembre de 2014, la Sra. Menaker contestó “no tengo información adicional que ofrecer en este momento. Si el cliente decide perseguir la reclamación, me pondré en contacto con usted” (“*I don’t have any additional information to provide right now. If the client decides to pursue the claim, I will get in touch with you.*”)¹⁸

24. La Demandada no volvió a tener contacto con la Sra. Menaker o con el grupo de presuntos inversionistas estadounidenses hasta el 15 de junio de 2016 (*i.e.*, más de 18 meses después del último contacto con la Sra. Menaker) cuando el grupo original de presuntos inversionistas, más 31 inversionistas adicionales, ahora representados por la firma Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan

¹⁵ Anexo R-003, Cuestionario NOI enviado el 24 de julio de 2014 (de fecha 21 de julio de 2014).

¹⁶ Anexo R-004. Correspondencia electrónica entre la Sra. Martínez y la Sra. Menaker.

¹⁷ Anexo R-005. Comunicación firmada por el Sr. José Luis Segura Cárdenas desistiéndose de la Notificación de Intención presentada a nombre de EGames (Desistimiento).

¹⁸ Anexo R-004. Correspondencia electrónica entre la Sra. Martínez y la Sra. Menaker.

LLP, presentaron una Solicitud de Arbitraje (“RFA”) ante el CIADI bajo las Reglas del Mecanismo Complementario.

25. El 27 de junio de 2016, la Demandada presentó una objeción al registro de la reclamación. La objeción estaba fundamentada (*inter alia*) en: el incumplimiento por parte de la vasta mayoría de las Demandantes con la obligación de presentar una notificación de intención al menos 90 días antes del sometimiento de la reclamación a arbitraje; el no haber identificado en la NOI Original a tres de las empresas mexicanas en cuyo nombre se sometió la reclamación a arbitraje bajo el Artículo 1117 del TLCAN (las Empresas Mexicanas Adicionales); y el no haber consentido al sometimiento de la reclamación a arbitraje de conformidad con el Artículo 1121 del TLCAN.¹⁹

26. El 6 de julio de 2016, el CIADI envió a las Demandantes un cuestionario mediante el cual solicitó información adicional sobre los consentimientos y renunciaciones de las Demandantes.²⁰

27. El 21 de julio de 2016, las Demandantes presentaron una respuesta por escrito a la objeción de México y al cuestionario del CIADI. Adjunto a su escrito se presentaron tres anexos etiquetados “A” a “C” con: (i) resoluciones firmadas del consejo de administración (*board of managers*) de B-Mex, B-Mex II y Palmas South que se habían “omitido inadvertidamente”²¹; (ii) poderes notariales y renunciaciones de cuatro de las nueve Empresas Mexicanas que también habían sido “omitidas inadvertidamente”²²; y (iii) declaraciones de las Demandantes Adicionales pretendiendo adoptar la NOI Original.²³

28. En el escrito del 21 de julio, las Demandantes intentaron justificar el no haber identificado a las Demandantes Adicionales en la NOI Original, argumentando (*inter alia*) que: (i) habría sido fútil hacerlo, ya que México consistentemente se había rehusado a llevar a cabo consultas con las Demandantes Originales; y (ii) los abogados de las Demandantes – quienes caracterizaron a las Demandantes Adicionales como “inversionistas minoritarios” – afirmaron que no habría tenido ningún caso nombrarlas y exponerlas a “medidas de represalia” (“*retaliatory measures*”) y “acoso” (“*harassment*”) por parte del Gobierno de México. En su escrito, las Demandantes intentaron además argumentar que habían cumplido con la obligación establecida en el Artículo 1121 del TLCAN de presentar consentimiento al arbitraje porque: (i) los poderes notariales (*powers of attorney*) firmados por cada una de las Demandantes eran en realidad consentimientos al

¹⁹ Objeción de la Demandada al registro de la reclamación, Oficio No. DGCJCI.511.36.331.2016 del 27 de junio de 2016.

²⁰ Cuestionario del CIADI del 6 de julio de 2016.

²¹ Véase “Claimants’ Response to United Mexican States’ Objection to Claimants’ Request for Approval to Access the ICSID Additional Facility Rules and Request for Arbitration in the matter of BMex, LLC et al. v. United Mexican States, and Response to ICSID’s questionnaire, dated July 6, 2016”, de fecha 21 de julio de 2016, p. 6. Véase también el Anexo A al mismo.

²² *Id.*, p. 8. Véase también el Anexo B al mismo.

²³ *Id.*, p. 11. Véase también el Anexo C al mismo.

arbitraje;²⁴ y (ii) la presentación de la RFA por parte de los abogados a nombre de las Demandantes era equivalente a un consentimiento al arbitraje.²⁵

29. Con respecto a los consentimientos y las renunciaciones faltantes de las Empresas Juegos, las Demandantes argumentaron que aplicaba la excepción contemplada en el Artículo 1121(4) porque habían perdido el control del consejo de las Empresas Juegos y México tenía la culpa de ello.²⁶

30. El 26 de julio de 2016, la Demandada envió una comunicación adicional al CIADI con algunas observaciones sobre la respuesta de las Demandantes al cuestionario que el CIADI les había enviado (las demandantes posteriormente se refirieron a esta comunicación como el “*Unauthorized Submission*”).²⁷

31. El 2 de agosto de 2016, el CIADI informó a las Demandantes que no podía brindar acceso al Mecanismo Complementario ni registrar la reclamación tal y como había sido presentada porque las Empresas Juegos no habían proporcionado su consentimiento al arbitraje de conformidad con el Artículo 1121(2)(a) del TLCAN. El CIADI ofreció a las Demandantes dos opciones: (i) suspender el proceso de registro de la reclamación hasta que la solicitud pudiera ser suplementada con los consentimientos, o (ii) retirar la reclamación presentada a nombre de las Empresas Juegos bajo el Artículo 1117.

32. Tres días más tarde, el 5 de agosto de 2016, las Demandantes respondieron a la comunicación de México del 26 de julio, anexando los presuntos consentimientos (*i.e.* poderes notariales) y renunciaciones de las Empresas Juegos. En su respuesta, las Demandantes reiteraron su justificación de la omisión de nombrar a 31 Demandantes en la NOI Original y sus argumentos en el sentido de que los poderes notariales de las Demandantes constituían su consentimiento por escrito para fines del Artículo 1121 del TLCAN.

33. El 11 de agosto de 2016, el CIADI registró la reclamación, y recordó a las partes que “el registro de la Solicitud de Arbitraje era sin perjuicio a los poderes y funciones del Tribunal en relación con la competencia y el fondo” (“*the registration of the Request for Arbitration is without prejudice to the powers and functions of the Tribunal in regard to competence and the merits.*”).²⁸

34. El 2 de septiembre de 2016, los abogados de las Demandantes entregaron a la Demandada una “Enmienda a la Notificación de Intención de Someter una Reclamación a Arbitraje bajo el Capítulo Once del Tratado de Libre Comercio de América del Norte” (“NOI Enmendada”) a

²⁴ *Id.*, p. 12. “Indeed, Mexico does not explain exactly how or why Claimants' written powers of attorney fail to comply with the text of NAFTA Article 1121, which only requires that a disputing investor's consent be: (1) made in writing; (2) delivered to the State Party; and (3) included in the submission of a claim to arbitration.”

²⁵ *Id.*, “All Claimants, as disputing investors, have consented to arbitrate this dispute with Mexico pursuant to Article 1122(2) by virtue of their submission of the RFA to the Centre...”

²⁶ *Id.*, pp. 9-11.

²⁷ Véase la Réplica de la Demandada a la contestación de las Demandantes a la objeción de registro, Oficio No. DGCJCL.511.36.365.2016, de fecha 26 de julio de 2016.

²⁸ Notificación de registro del CIADI del 11 de agosto de 2016.

nombre de los inversionistas que se adhirieron a la RFA, pero no habían sido nombrados en la NOI Original. En la NOI Enmendada se incorporaron además reclamaciones adicionales a nombre de tres empresas mexicanas (las Empresas Mexicanas Adicionales) que no fueron notificadas en la NOI Original.

35. El 19 de septiembre de 2016, la Demandada escribió a la Secretaria General para informarle de la presentación de la NOI Enmendada. En su comunicación, la Demandada rechazó que la presentación de dicho documento de alguna manera satisfaría el requisito del Artículo 1119 del TLCAN, de cada presunto Demandante de notificar al menos 90 días antes su intención de someter a arbitraje su reclamación.²⁹

36. El 14 de febrero de 2017, el CIADI notificó a las partes contendientes que el Tribunal había sido constituido.

²⁹ Anexo R-006, Oficio No. DGCJCI.511.36.427.2016 del 19 de septiembre de 2016.

III. Disposiciones relevantes del TLCAN y principios de interpretación de tratados

A. Disposiciones relevantes

37. Esta sección reproduce ciertas disposiciones del TLCAN que la Demandada considera relevantes para esta objeción a la jurisdicción del Tribunal. Se han enfatizado los pasajes clave.

Artículo 1115: Objetivo

Sin perjuicio de los derechos y obligaciones de las Partes establecidos en el Capítulo XX, "Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias", esta sección establece un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión que asegura, tanto trato igual entre inversionistas de las Partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como debido proceso legal ante un tribunal imparcial.

Artículo 1116: Reclamación del inversionista de una Parte, por cuenta propia

1. De conformidad con esta sección el inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida en:

- (a) la Sección A o el Artículo 1503 (2), "Empresas del estado"; o
- (b) el párrafo 3(a) del Artículo 1502, "Monopolios y empresas del Estado", cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A; y que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella.

2. El inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños.

Artículo 1117: Reclamación del inversionista de una Parte, en representación de una empresa

1. El inversionista de una Parte, en representación de una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta sección, una reclamación en el sentido de que la otra Parte ha violado una obligación establecida en:

- (a) la Sección A; o el Artículo 1503(2) "Empresas del estado" o
- (b) el Artículo 1502(3)(a) "Monopolios y empresas del Estado", cuando el monopolio haya actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A, y que la empresa haya sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella.

2. Un inversionista no podrá presentar una reclamación en representación de la empresa a la que se refiere el párrafo 1, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual la empresa tuvo conocimiento por primera vez, o debió tener conocimiento de la presunta violación y de que sufrió pérdidas o daños.

3. Cuando un inversionista presente una reclamación de conformidad con este artículo y de manera paralela el inversionista o un inversionista que no tenga el control de una empresa, presente una reclamación en los términos del Artículo 1116 como consecuencia de los mismos actos que dieron lugar a la presentación de una reclamación de acuerdo con este artículo, y dos o más demandas se sometan a arbitraje en los términos del Artículo 1120, el tribunal establecido conforme al Artículo 1126, examinará conjuntamente dichas demandas, salvo que el tribunal determine que los intereses de una parte contendiente se verían perjudicados.

4. Una inversión no podrá presentar una reclamación conforme a esta sección.

Artículo 1118: Solución de controversias mediante consulta y negociación

Las partes contendientes intentarán primero dirimir la controversia por vía de consulta o negociación.

Artículo 1119: Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje

1. El inversionista contendiente notificará por escrito a la Parte contendiente su intención de someter una reclamación a arbitraje, cuando menos 90 días antes de que se presente formalmente la reclamación, y la notificación señalará lo siguiente:

- (a) el nombre y domicilio del inversionista contendiente y cuando la reclamación se haya realizado conforme el Artículo 1117, incluirá el nombre y la dirección de la empresa;
- (b) las disposiciones de este Tratado presuntamente incumplidas y cualquier otra disposición aplicable;
- (c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamación; y
- (d) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados.

Artículo 1120: Sometimiento de la reclamación al arbitraje

1. Salvo lo dispuesto en el Anexo 1120.1 y siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:

- (a) el Convenio de CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo;
- (b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI; o
- (c) las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.

2. Las reglas aplicables al procedimiento arbitral seguirán ese procedimiento salvo en la medida de lo modificado en esta sección.

Artículo 1121: Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral

1. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, sólo si:

- (a) consiente someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado; y
- (b) el inversionista y, cuando la reclamación se refiera a pérdida o daño de una participación en una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, la empresa renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el Artículo 1116, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente.

2. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1117, sólo si tanto el inversionista como la empresa:

- (a) consienten en someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado; y
- (b) renuncian a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento con respecto a la medida de la Parte contendiente que presuntamente sea una de las violaciones a las que se refiere el Artículo 1117 ante cualquier tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme al derecho de la Parte contendiente

3. El consentimiento y la renuncia requeridos por este Artículo se manifestarán por escrito, se entregarán a la Parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje.

4. Sólo en el caso que la Parte contendiente haya privado al inversionista contendiente del control en una empresa:

- (a) no se requerirá la renuncia de la empresa conforme al párrafo 1(b) o 2(b); y
- (b) no será aplicable el párrafo (b) del Anexo 1120.1.

Artículo 1122: Consentimiento al arbitraje

1. Cada una de las Partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado.

2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversionista contendiente cumplirá con los requisitos señalados en:

- (a) el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario que exigen el consentimiento por escrito de las partes;
- (b) el Artículo II de la Convención de Nueva York, que exige un acuerdo por escrito; y
- (c) el Artículo I de la Convención Interamericana, que requiere un acuerdo.

B. Interpretación del Capítulo XI del TLCAN

38. Conforme a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la regla general de interpretación exige que un tratado sea interpretado “*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*”.³⁰

39. El TLCAN es un tratado integral que gobierna una amplia gama de actividades económicas, incluyendo disciplinas relacionadas con “inversión”, y sus procedimientos relativos a la solución de controversias están íntimamente relacionados con otras disposiciones en el Tratado, incluyendo las relacionadas con el comercio de servicios, servicios financieros, monopolios, empresas estatales e impuestos.³¹ Como parte integral de este tratado trilateral de libre comercio, el Capítulo XI debe ser interpretado en el contexto de su relación con el resto del Tratado.

³⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, United Nations Treaty Series, Vol. 1155, p. 451 (23 de mayo de 1969), artículo 31.

³¹ Algunos ejemplos de la interrelación entre el Capítulo XI y otros capítulos del TLCAN son los siguientes:

- el Artículo 1101 (Ámbito de aplicación) expresamente excluye medidas cubiertas por el Capítulo XIV (Servicios Financieros);
- el Artículo 1112 es una cláusula de anulación (under-ride clause) que prevé que en caso de inconsistencias entre el Capítulo XI y algún otro Capítulo, el otro Capítulo prevalecerá en la medida en que exista inconsistencia;
- los Artículos 1116 y 1117 prevén la posibilidad de presentar una reclamación a arbitraje basada en la violación de alguna disposición de la Sección A del Capítulo XI o dos obligaciones sustantivas del Capítulo XV (Política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado);
- el Artículo 1110 expresamente excluye reclamaciones basadas en ciertos derechos de propiedad consistentes con el Capítulo XVII (Propiedad Intelectual);

40. El TLCAN está cuidadosamente estructurado y sus términos se aplican congruentemente en todo el acuerdo. La versión en inglés del tratado utiliza el verbo “*shall*” para indicar un requisito obligatorio. En español, los mismos requisitos obligatorios se establecen utilizando el verbo correspondiente en tiempo futuro.

41. Por ejemplo, las obligaciones sustantivas de las Partes del TLCAN se expresan de la siguiente manera en ambos idiomas:

Inglés	Español
Each Party <i>shall accord</i> to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors... ³²	Cada una de las Partes <i>otorgará</i> a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas ...
Each Party <i>shall accord</i> to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investors of any other Party ... ³³	Cada una de las Partes <i>otorgará</i> a los inversionistas de otra Parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte...
Each Party <i>shall accord</i> to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law... ³⁴	Cada una de las Partes <i>otorgará</i> a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional ...
Each Party <i>shall permit</i> all transfers relating to an investment of an investor of another Party in the territory of the Party to be made freely and without delay. ³⁵	Cada una de las Partes <i>permitirá</i> que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las Partes en territorio de la Parte, se hagan libremente y sin demora.

42. La Sección B del Capítulo XI, utiliza un lenguaje similar para establecer los requisitos que los inversionistas de las Partes del TLCAN deben cumplir para poder someter una reclamación a arbitraje:

Inglés	Español
--------	---------

- el Artículo 1138 expresamente excluye reclamaciones surgidas de medidas tomadas por una parte de conformidad con el Artículo 2102 (Seguridad nacional); y
- el Artículo 1139 (Definiciones) expresamente incorpora la definición de “empresa” en el Artículo 210 (Definiciones y aplicación general), la cual también aplica al término “nacional” y “empresas estatales” tal y como se utiliza en la definición de “inversionista de una Parte” en el Artículo 1139.

³² Artículo 1102

³³ Artículo 1103

³⁴ Artículo 1105

³⁵ Artículo 1109

<p>The disputing investor <i>shall</i> deliver to the disputing Party written notice of its intention to submit a claim to arbitration at least 90 days before the claim is submitted, which notice <i>shall</i> specify ...³⁶</p>	<p>El inversionista contendiente <i>notificará</i> por escrito a la Parte contendiente su intención de someter una reclamación a arbitraje, cuando menos 90 días antes de que se presente formalmente la reclamación, y la notificación <i>señalará</i> lo siguiente: ...</p>
<p>1. <u>A disputing investor may submit a claim under Article 1116 to arbitration <i>only if</i>:</u></p> <p>(a) the investor consents to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement; and</p> <p>[...]</p> <p>3. A consent and waiver required by this Article <i>shall</i> be in writing, <i>shall</i> be delivered to the disputing Party and <i>shall</i> be included in the submission of a claim to arbitration.³⁷</p>	<p>1. <u>Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, <i>sólo si</i>:</u></p> <p>a) <u>consiente someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado;</u> y</p> <p>[...]</p> <p>3. El consentimiento y la renuncia requeridos por este Artículo <i>se manifestarán</i> por escrito, <i>se entregarán</i> a la Parte contendiente y <i>se incluirán</i> en el sometimiento de la reclamación a arbitraje.</p>

43. El uso de la palabra “*shall*” en la versión en inglés del TLCAN es congruente con el significado ordinario del término cuando “se utiliza en leyes, reglamentos, o directivas para expresar lo que es obligatorio” (“*used in laws, regulations, or directives to express what is mandatory*”) o para indicar que “tiene la obligación a; más ampliamente, se le exige.” (“*has a duty to; more broadly, is required to*”).³⁸ Es “el sentido obligatorio que quienes redactan intencionalmente usan y que las cortes típicamente mantienen” (“*the mandatory sense that drafters typically intend and that courts typically uphold*”).³⁹ El texto en español tiene la misma interpretación.

44. En suma, la interpretación del lenguaje utilizado en los Artículos 1119 y 1121 debe ser que la entrega de la notificación de intención y el consentimiento a someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en el TLCAN son requisitos obligatorios para cualquier inversionista que pretenda someter una reclamación a arbitraje que no pueden minimizarse, pasarse por alto o excusarse por razón alguna. Hacer lo contrario vaciaría de

³⁶ Artículo 1119(1)

³⁷ Artículo 1121(3)

³⁸ Véase, por ejemplo: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/shall> verbo auxiliar. Véase también, Black’s Law Dictionary, 10th edición, definición del término “shall”.

³⁹ Black’s Law Dictionary, 10th edición, definición del término “shall”.

significado a los términos "*debe*" (shall en la versión en inglés) y "*sólo si*" y violaría el principio fundamental de *effet utile*, el cual establece que quien interpreta un tratado no es libre de adoptar una interpretación que reduzca partes de un tratado a la redundancia o inutilidad.⁴⁰ Una interpretación así pasaría por alto el claro significado del texto del Tratado y las obvias intenciones de las Partes del TLCAN.

45. Por último, debe observarse que esta interpretación es congruente con los propósitos y objetivos del TLCAN, en la medida en que éstos aplican al mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.

46. El Artículo 102 (Objetivos) dispone que “[l]os objetivos del presente Tratado, expresados en sus principios y reglas, principalmente los de trato nacional, trato de nación más favorecida y transparencia, son los siguientes: [...] e. crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias”. Para establecer procedimientos efectivos para la solución de controversias, la Sección B del Capítulo XI establece requisitos procedurales claros para la notificación y sometimiento de reclamaciones a arbitraje. Estos procedimientos serían *ineficaces* si se invalidan o ignoran estos requisitos.

47. Asimismo, el Artículo 1115 (Objetivo) señala que “[...] señala que establece un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión que asegura, tanto trato igual entre inversionistas de las Partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como debido proceso legal ante un tribunal imparcial.” Para poder otorgar a las partes contendientes reciprocidad internacional y debido proceso en un caso dado, estos requisitos procedurales deben ser respetados y aplicados tal y como fueron redactados. Nuevamente, invalidar o ignorar estos requisitos sería equivalente a denegar debido proceso a la Parte del TLCAN.

⁴⁰ Véase por ejemplo: Anexo RL-002, *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/08/15, “Decision on Jurisdiction”, 30 de diciembre de 2010, ¶ 107 (“As stated by the tribunal in the *Eureka v. Poland* case, ‘[i]t is a cardinal rule of interpretation of treaties that each and every clause of a treaty is to be interpreted as meaningful rather than meaningless.’ *The International Court of Justice and ICSID Tribunals have applied that principle in a number of treaty cases*”); Anexo RL-003, *Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela [I]*, Caso CIADI No. ARB/11/26, “Award”, 29 de enero de 2016, ¶¶ 151-152; Anexo RL-004, *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, Caso CIADI No. ARB/11/20, “Dissenting Opinion of Laurence Boisson de Chazournes”, 3 de julio de 2013, ¶ 27; Anexo RL-005, *Oxus Gold plc v. Republic of Uzbekistan*, CNUDMI, “Final Award”, 17 de diciembre de 2015, ¶ 354. El principio de *effet utile* ha sido consistentemente citado y aplicado por el Órgano de Apelación de la OMC al interpretar disposiciones de los Acuerdos de la OMC, empezando por *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R*, adoptado el 20 de mayo de 1996, DSR 1996:I, 3, pp. 23 (Anexo RL-006), en donde se cita: *Corfu Channel Case (1949) I.C.J. Reports*, p.24 (International Court of Justice); *Territorial Dispute Case (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad) (1994) I.C.J. Reports*, p. 23 (International Court of Justice); 1966 Yearbook of the International Law Commission, Vol. II at 219; *Oppenheim's International Law (9th ed., Jennings and Watts eds., 1992)*, Volume 1, 1280-1281; P. Dalliér and A. Pellet, *Droit International Public*, 5è ed. (1994) para. 17.2); D. Carreau, *Droit International*, (1994) ¶ 369.

IV. Objeciones específicas

A. Incumplimiento del Artículo 1119

48. La Demandada sostiene que la omisión de las Demandantes Adicionales de notificar su intención de someter una reclamación a arbitraje, junto con el incumplimiento de las Demandantes Originales de identificar a tres de las nueve Empresas Mexicanas a nombre de las cuales supuestamente se presentó la reclamación, invalida el sometimiento de la reclamación a arbitraje y no se puede considerar que la Demandada haya consentido a someterse al arbitraje conforme al Artículo 1122(1); al menos con respecto a las Demandantes Adicionales y a las Empresas Mexicanas Adicionales.

49. El requisito de presentar una notificación de intención por escrito, y la información que la notificación debe contener, se establece con claridad en el Artículo 1119:

Artículo 1119: Notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje

El inversionista contendiente notificará por escrito a la Parte contendiente su intención de someter una reclamación a arbitraje, cuando menos 90 días antes de que se presente formalmente la reclamación, y la notificación señalará lo siguiente:

- (a) el nombre y domicilio del inversionista contendiente y cuando la reclamación se haya realizado conforme el Artículo 1117, incluirá el nombre y la dirección de la empresa;
- (b) las disposiciones de este Tratado presuntamente incumplidas y cualquier otra disposición aplicable;
- (c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamación; y
- (d) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados.

50. El texto del Artículo 1119 del TLCAN expresamente señala que un inversionista contendiente *notificará* su intención de someter una reclamación al menos 90 días antes de presentar la reclamación a arbitraje. El texto también establece en términos claros que el inversionista contendiente *señalará* en la notificación de intención la información en los subpárrafos (a) al (d). Lo anterior incluye el nombre y dirección del inversionista contendiente e, importantemente, el nombre y dirección de la empresa “*cuando la reclamación se haya realizado conforme al Artículo 1117*”. En virtud del principio fundamental de *effet utile*, se debe dar sentido a estos términos del tratado.

51. Si las Demandantes alegan, como deben hacerlo, que el Artículo 1119 debe interpretarse en el sentido de incluir el plural de “inversionista”— lo cual permitiría la presentación de reclamaciones por dos o más demandantes— entonces el término “inversionista” debe interpretarse como “inversionistas” dondequiera que aparezca. En tal caso, “*los inversionistas* contendientes notificarán por escrito a la Parte contendiente *su* intención de someter una reclamación a arbitraje ... y la notificación señalará... *los nombres y direcciones* de los *inversionistas* contendientes”. Es

un hecho incontrovertido que 31 de las 39 Demandantes que pretenden presentar una reclamación a arbitraje no cumplieron con este requisito.⁴¹

52. Asimismo, si las Demandantes argumentan, como deben hacerlo, que el Artículo 1119 debe ser interpretado en el sentido de incluir el plural de “empresa”, y que permite la presentación de reclamaciones a nombre de dos o más empresas, se sigue que estarían obligadas a indicar los *nombres* y las *direcciones* de todas las *empresas* en cuyo nombre se presentan la reclamación. Es también un hecho incontrovertido que la NOI Original no identifica a tres de las nueve Empresas Mexicanas en cuyo nombre presuntamente se sometió la reclamación a arbitraje conforme al Artículo 1117.⁴² En consecuencia, la reclamación presentada a nombre de estas tres empresas no fue notificada.

53. El incumplimiento de las Demandantes con el Artículo 1119 del TLCAN tiene dos consecuencias importantes: (i) hace que el sometimiento de la reclamación a arbitraje sea nulo *ab initio* (*void ab initio*), y (ii) priva al Tribunal de jurisdicción *ratione voluntatis*, al menos con respecto a las Demandantes Adicionales y las Empresas Mexicanas Adicionales.

54. El primer punto es obvio. El Artículo 1119 del TLCAN es obligatorio, sin embargo, 31 de las Demandantes (las Demandantes Adicionales) lo incumplieron por completo. No tenían ningún derecho legal o legitimidad procesal (*standing*) para someter una reclamación a arbitraje y, por consiguiente, su sometimiento es inválido, al menos con lo que respecta a las Demandantes Adicionales. No pueden alegar estar cubiertas por la NOI Original presentado por las Demandantes Originales, ni apoyarse en excusas para no haber presentado una notificación, ni pueden exigir a la Demandada que demuestre que ha sufrido un perjuicio como resultado de su falta de cumplimiento. Dichos argumentos vuelven inútiles los términos antes mencionados y, por lo tanto, deben ser rechazados por el Tribunal. En términos simples, las Partes del TLCAN *tienen derecho* a exigir a todo aquel que pretenda convertirse en demandante que notifique su intención en los términos prescritos por el Artículo 1119 (y México lo exige aquí). Lo anterior aplica tanto a las Demandantes Adicionales como con respecto a las Empresas Mexicanas Adicionales. El Tribunal carece de jurisdicción *ratione personae* en relación con todas estas partes.

55. El segundo punto puede exponerse de manera sucinta. El Artículo 1122 del TLCAN dispone que cada una de las Partes del TLCAN “consiente en someter reclamaciones a arbitraje *con apego a los procedimientos establecidos en este Tratado*”. En este caso, las Demandantes no siguieron los procedimientos establecidos en el Artículo 1119 del TLCAN (o el Artículo 1121, como se explica más adelante). Por el contrario, incumplieron con el procedimiento más elemental – notificar la intención de someter una reclamación a arbitraje de todo aquel que pretenda convertirse en demandante. En consecuencia, no puede considerarse que la Demandada ha consentido al arbitraje y, por lo tanto, este Tribunal carece de competencia *ratione voluntatis* con respecto a las Demandantes Adicionales y las Empresas Mexicanas Adicionales.

⁴¹ Para la lista completa de los 31 Demandantes que incumplieron con la obligación de presentaron una notificación de intención, favor refiérase a la definición del término “Demandantes Adicionales” del glosario ubicado al principio de este escrito.

⁴² El término “Empresas Mexicanas Adicionales” está definido en el glosario. La Demandada observa además que la NOI Original no incluye las direcciones de seis de las empresas que ahí se mencionan.

56. La jurisprudencia contemporánea del TLCAN apoya plenamente la posición de la Demandada. Los tribunales arbitrales del TLCAN han sostenido reiteradamente que el cumplimiento de las condiciones y procedimientos establecidos en el Capítulo XI son necesarios para obtener el consentimiento de la Parte demandada bajo el Artículo 1121(1). El ejemplo más citado es *Methanex Corporation v. United States of America*:

In order to establish the necessary consent to arbitration, it is sufficient to show (i) that Chapter 11 applies in the first place, i.e. that the requirements of Article 1101 are met, and (ii) that a claim has been brought by a claimant investor in accordance with Articles 1116 or 1117 (and that all pre-conditions and formalities required under Articles 1118-1121 are satisfied). Where these requirements are met by a claimant, Article 1122 is satisfied; and the NAFTA Party's consent to arbitration is established.⁴³

57. En *Merrill & Ring Forestry L. P. v. Government of Canada*, el tribunal debía decidir si permitía la inclusión de otra parte reclamante en el procedimiento que, como en el presente caso, incumplió con los requisitos procesales del TLCAN. El tribunal rechazó la moción de la demandante y determinó que las salvaguardas del Capítulo XI desempeñan una función sustantiva y “no pueden considerarse meras sutilezas procesales”:

28. In the specific context of NAFTA, as argued by the Claimant, both *Ethyl (cit., paras. 85, 95)* and *Mondev (cit., para. 44)* have followed the first approach - considering that minor technical failures to comply with such requirements can be corrected for the sake of efficiency and the avoidance of multiple proceedings to decide a dispute which is, in substance, within the scope of Chapter 11. The *Methanex* tribunal, however, as the Respondent pointed out, was of the view that consent to arbitration under NAFTA requires a claimant to satisfy not only Articles 1101 and 1116 or 1117, but also that “all pre-conditions and formalities required under Articles 1118-1121 are satisfied” (*cit., para. 120*). Only then will the consent to arbitration under Article 1122 be perfected.

29. The Tribunal has no doubt about the importance of the safeguards noted and finds that they cannot be regarded as merely procedural niceties. They perform a substantial function which, if not complied with, would deprive the Respondent of the right to be informed beforehand of the grievances against its measures and from pursuing any attempt to defuse the claim announced. This would be hardly compatible with the requirements of good faith under international law and might even have an adverse effect on the right of the Respondent to a proper defence.⁴⁴

[Énfasis añadido por la Demandada]

58. Las conclusiones del tribunal del caso *Canfor Corporation v. United States of America* también apoyan la posición de México:

171. The above decisions make clear four points that a Chapter Eleven tribunal needs to address if and to the extent that a respondent State Party raises an objection to jurisdiction under the NAFTA:

⁴³ Anexo RL-007, *Methanex Corporation v. United States of America*, Partial Award, 7 agosto 2002, ¶ 120.

⁴⁴ Anexo RL-008, *Merrill & Ring Forestry L. P. v. Government of Canada*, CNUDMI, Administrado por CIADI, “Decision on a Motion to Add a New Party”, 31 enero 2008, ¶¶ 28-29.

– First, a mere assertion by a claimant that a tribunal has jurisdiction does not in and of itself establish jurisdiction. It is the tribunal that must decide whether the requirements for jurisdiction are met.

– Second, in making that determination, the tribunal is required to interpret and apply the jurisdictional provisions, including procedural provisions of the NAFTA relating thereto, i.e., whether the requirements of Article 1101 are met; whether a claim has been brought by a claimant investor in accordance with Article 1116 or 1117; and whether all pre-conditions and formalities under Articles 1118-1121 are satisfied.

– Third, the facts as alleged by a claimant must be accepted as true pro tempore for purposes of determining jurisdiction.

– Fourth, the tribunal must determine whether the facts as alleged by the claimant, if eventually proven, are prima facie capable of constituting a violation of the relevant substantive obligations of the respondent State Party under the NAFTA.⁴⁵

[Énfasis añadido por la Demandada]

59. Asimismo, el tribunal de *Bilcon et al v. Government of Canada* sostuvo:

V. THE JURISDICTION OF THE TRIBUNAL

228. In international arbitration, it is for the applicant to establish that a tribunal has jurisdiction to hear and decide a matter. A Chapter Eleven tribunal only has authority to the extent that is provided by Chapter Eleven itself.

229. In Chapter Eleven, the NAFTA Parties, in the interest of ensuring “a predictable commercial framework for business planning and investment” established protections for investors. They also enabled investors to bring a host state directly to arbitration for a legally binding decision. These remedial mechanisms mean that investors possessing the nationality of another NAFTA Party do not have to depend on their home state to espouse their grievances, as would be the case in general international law. Instead, investors can proceed directly to arbitration on their own. General international law also provides that a state is not automatically subject to the jurisdiction of international adjudicatory bodies to decide in a legally binding way on complaints concerning its treatment of a foreign investor, but must give its consent to that means of dispute resolution. The heightened protection given to investors from other NAFTA Parties under Chapter Eleven of the Agreement must be interpreted and applied in a manner that respects the limits that the NAFTA Parties put in place as integral aspects of their consent, in Chapter Eleven, to an overall enhancement of their exposure to remedial actions by investors. The Parties to NAFTA chose to go as far, but only as far, as they stipulate in Chapter Eleven towards enhancing the international legal rights of investors.⁴⁶

⁴⁵ Anexo RL-009, *Canfor Corporation v. United States of America, Tembec Inc. et. al. v. United States of America and Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, CNUDMI, “Decision of Preliminary Question, 6 junio 2006”, ¶ 171.

⁴⁶ Anexo RL-010, *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware, Inc. v. Canada*, CNUDMI, “Award on Jurisdiction and Liability”, 17 marzo 2015, ¶¶ 228- 229.

[Énfasis añadido por la Demandada]

60. La posición de la Demandada también cuenta con el apoyo de las otras dos Partes del TLCAN, quienes han expresado reiteradamente la opinión de que el cumplimiento de las condiciones y formalidades que se establecen en el Capítulo XI son necesarias para considerar que la Parte demandada ha otorgado su consentimiento de conformidad con el Artículo 1122(1). México hizo este argumento en su objeción al registro de la presente reclamación, citando los escritos presentados por Estados Unidos y Canadá al amparo del Artículo 1128 en *KBR Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*.

61. El escrito de los Estados Unidos, describió el requisito de proporcionar una renuncia en los términos exigidos por el Artículo 1121 como “una de las condiciones previas al consentimiento de las Partes del TLCAN.”⁴⁷ El escrito de Canadá hace la observación de que se requiere cumplir con los Artículos 1116 al 1121 para obtener el consentimiento de las Partes del TLCAN:

3. The jurisdiction of any arbitral tribunal rests upon the consent of the parties before it to arbitrate a particular dispute. Under Article 1122(1), the NAFTA Parties have offered consent to arbitrate with investors provided that certain conditions are met at the time the claim is submitted to arbitration. Compliance with Articles 1116 to 1121 is necessary to perfect the consent of a NAFTA Party to arbitrate and establish the jurisdiction of the tribunal.

[...]

5. There is no consent to arbitration under Article 1122(1), and hence no jurisdiction for a NAFTA tribunal, unless a claimant complies with the conditions precedent to the submission of a claim to arbitration set out in Article 1121.⁴⁸

[Énfasis añadido por la Demandada]

62. En *Mesa Power Group LLC v Government of Canada*, la demandada objetó la jurisdicción del tribunal sobre la base de que la demandante incumplió con el requisito de esperar el periodo de seis meses establecido por el Artículo 1120(1).⁴⁹ En su escrito 1128, Estados Unidos señaló que:

2. NAFTA Article 1121, entitled “Conditions Precedent to Submission of a Claim to Arbitration,” provides in part that “[a] disputing investor may submit a claim under Article 1116 to arbitration only if: (a) the investor consents to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement” NAFTA Article 1122, entitled “Consent to Arbitration,” further provides in part that “[e]ach Party consents to the submission of a claim to arbitration in accordance with the procedures set out in this

⁴⁷ Anexo RL-011, *KBR Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/14/1, “United States Article 1128 Submission”, 30 julio 2014.

⁴⁸ Anexo RL-012, *KBR Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/14/1, “Canada Article 1128 Submission”, 30 julio 2014.

⁴⁹ Anexo RL-013, *Mesa Power Group LLC v Government of Canada*, Caso CPA No. 2012-17, “Award”, 24 marzo 2016, ¶ 239.

Agreement.” No Chapter Eleven claim may be submitted unless these procedures have been satisfied.

3. NAFTA Article 1120, entitled “Submission of a Claim to Arbitration,” contains one such procedure. Article 1120(1) states that a disputing investor may submit a claim to arbitration “provided that six months have elapsed since the events giving rise to a claim.” Together with the notice requirement in Article 1119, the “cooling-off” requirement in Article 1120(1) affords a NAFTA Party time to identify and assess potential disputes, coordinate among relevant national and subnational officials, and consider amicable settlement or other courses of action prior to arbitration. As such, any claim for which a claimant has not waited six months from the events giving rise to the claim is not submitted in accordance with Article 1120(1),¹ and thus does not satisfy the requirements of consent contained in Articles 1121 and 1122.²

[Footnote 1] Indeed, it is the United States’ general practice to refuse to move forward with an arbitration if the notice of arbitration contains such defects. The United States, therefore, would not accept as valid a notice of arbitration if a claimant failed to respect the six-month cooling-period in Article 1120(1).

[Footnote 2 cites to *Methanex Corp. v. United States of America*, NAFTA/UNCITRAL, First Partial Award of the Tribunal on Jurisdiction ¶ 120 (Aug. 7, 2002) citado anteriormente en este escrito (ver *supra* ¶ 56).]⁵⁰

[Énfasis añadido por la Demandada]

63. Por lo tanto, puede verse que la jurisprudencia contemporánea del TLCAN y los escritos presentados por las Partes del TLCAN – incluidos los escritos del propio gobierno de las demandantes en contra de los intereses de otros inversionistas estadounidenses – respaldan la posición de México en el sentido de que el cumplimiento de los Artículos 1119 al 1121 es una condición previa obligatoria para obtener el consentimiento de una Parte del TLCAN a arbitrar una reclamación de conformidad con el Artículo 1122.

64. En sus escritos en respuesta a la objeción de México al registro de la reclamación, las Demandantes ofrecieron varias excusas y/o racionalizaciones con respecto al incumplimiento del Artículo 1119 del TLCAN por parte de las Demandantes Adicionales, incluidos (entre otros) los siguientes argumentos:

- que la incorporación de “inversionistas minoritarios” en la RFA para “perfeccionar la reclamación” (*perfect the claim*) no ocasiona perjuicio a México;⁵¹
- que México sabía desde el principio que las Demandantes pretendían que sus reclamaciones abarcaran la totalidad de las inversiones en cuestión y, por lo tanto,

⁵⁰ Anexo RL-014, *Mesa Power Group LLC v Government of Canada*, Caso CPA No. 2012-17, “Submission of the United States of America”, 25 julio 2014.

⁵¹ Véase “Claimants’ Response to the United Mexican States’ Objection to Claimants’ Request for Approval to Access the ICSID Additional Facility and Request for Arbitration in the matter of *BMex, LLC et al. v. United Mexican States*, and Response to ICSID’s Questionnaire dated July 6, 2016”, de fecha 21 julio 2016, p. 15.

incluyen todos los daños a esas entidades y a todos los inversionistas relevantes en los proyectos en cuestión;⁵²

- que la inclusión de las Demandantes Adicionales en la NOI Original no habría hecho ninguna diferencia en el resultado de las consultas y negociaciones amistosas “inexistentes”, ya que México en todo momento se negó a entablar consultas y negociaciones de buena fe;⁵³
- que la incorporación de las Demandantes Adicionales en la NOI Original no habría tenido ningún propósito práctico que no fuera exponerlas a las represalias y el acoso de México.⁵⁴

65. La Demandada desconoce si las Demandantes van a reafirmar estas excusas o racionalizaciones en su Escrito de Contestación, o en qué medida serán modificadas, expandidas o corregidas. La Demandada, por consiguiente, se reserva el derecho de responder plenamente a cada una de estas afirmaciones si se plantean nuevamente en su forma actual o en alguna otra forma.

66. Las observaciones que la Demandada hace más adelante sobre las diversas excusas y racionalizaciones de las Demandantes son sin perjuicio de su argumento central que es, simplemente, que la reclamación no puede ser sometida a arbitraje bajo el Artículo 1116 del TLCAN por alguien que no haya sido debidamente identificado en una notificación de intención. Una reclamación tampoco puede ser sometida a arbitraje bajo el Artículo 1117 a nombre de una empresa que no haya sido debidamente identificada en una notificación de intención.

67. Todos los argumentos de las Demandantes hacen que los términos expresos del tratado se vuelvan inútiles o carezcan de sentido, violando con ello el principio fundamental de *effet utile* de interpretación de tratados. En este sentido, el Tribunal debe rechazar los argumentos de las Demandantes.

68. México además quisiera señalar que en primer lugar que nada salvo una renuncia expresa de la Parte contendiente del TLCAN (*i.e.* el Estado demandado) puede excusar o justificar el incumplimiento de una demandante de proporcionar la notificación que exige el Artículo 1119. Una parte demandante no puede argumentar que hubiera sido “inútil” intentar participar en consultas, o que la Demandada no ha sufrido un perjuicio como resultado del incumplimiento.

69. La Demandada también desea pronunciarse sobre un argumento en el cual las Demandantes se han apoyado fuertemente – el argumento de que México decididamente se rehusó a participar en consultas o negociaciones. Este argumento no es congruente con la historia procesal de esta reclamación, tal y como se describió anteriormente.

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.*, p. 17.

70. En sus escritos dirigidos a la Secretaria General, las Demandantes argumentaron en al menos siete ocasiones que México se negó a sostener consultas y negociaciones de buena fe con las Demandantes. En el primer escrito dirigido a la Secretaria General:

[...] including the additional Claimants in the Notice of Intent would have made no difference in the outcome of the non-existent amicable consultations and negotiations, as Mexico at all times refused to engage in good faith consultations and negotiations with the Claimants identified in the Notice of Intent and in fact engaged in retaliatory acts and measures against them [...] ⁵⁵

– o –

Additionally, requiring the Claimants who were not specifically named in the Notice of Intent to have served a separate notice of intent (or to have been specifically referenced in the Notice of Intent) would have been futile in light of Mexico’s outright refusal to engage in meaningful consultations and negotiations, as envisaged in Articles 1118 and 1119 of the NAFTA. ⁵⁶

– o –

Moreover, the Ministry of Economy informed Claimants’ Mexican local counsel of SEGOB’s outright unwillingness to negotiate with Claimants over the NAFTA claims that had been noticed in the Article 1119 Notice. Even worse, as described in detail in Claimants’ RFA, following Claimants’ Notice of Intent, Mexico engaged in a series of retaliatory acts and measures aimed at the Claimants identified in the Notice of Intent. ⁵⁷

– o –

What purpose would their inclusion in the Article 1119 have served given that Mexico ignored the Notice, refused to engage in consultations or negotiations and only saw fit to retaliate against those leading investors who did notify them of the claims? ⁵⁸

71. En el segundo escrito dirigido a la Secretaria General se señala:

This claim is particularly specious given that, over a nearly two-year period, Mexico made no attempt to negotiate in good faith with the Claimants specifically named in the notice of intent and instead specifically told Claimants’ representatives that it was not interested in attempting to negotiate an amicable resolution. ⁵⁹

⁵⁵ *Id.*, p. 15.

⁵⁶ *Id.*, p. 17.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ Véase “Claimants’ Rejoinder to the United Mexican States’ Unauthorized Submission Replying to Claimants’ July 21, 2016 Response in Support of their Request for Approval to Access the ICSID Additional Facility and Request for Arbitration in the matter of *B-Mex, LLC et al. v. United Mexican States*, and Response to ICSID’s Questionnaire dated July 6, 2016; Response to ICSID’s Letter of August 2, 2016”, del 5 de agosto de 2016, p. 7.

– o –

“Requiring the Claimants who were not specifically named in the Notice of Intent to serve a separate notice of intent (or to have been specifically referenced in the Notice of Intent) would have been an exercise in futility in light of Mexico’s undisputed, retaliatory acts and unflinching refusal to engage in any negotiations and, thus, would have served no purpose other than to expose the Claimants not specifically named in the Notice of Intent to the same sorts of retaliation and harassment that Mexico launched against some of the entities and persons that were referenced in the Notice.”⁶⁰

– o –

The weakness of Mexico’s position is further underscored by the fact that, to this day, it has not made a single effort to engage any of the Claimants (including those who were mentioned in the Notice of Intent and those who were not) in any kind of consultations or negotiations [...]⁶¹

72. En la llamada NOI Enmendada:

While Mexico has raised objections to the registration of the RFA, arguing, in part, that certain of the U.S. investors were not named or identified in the 2014 Notice of Intent, requiring separate notice from these U.S. investors would be futile given Mexico’s refusal to engage in consultations or negotiations with respect to the claims and investments at issue.⁶²

– o –

While the U.S. investors who submit this Amended Notice of Intent maintain that there is no need for them to issue a further notice of intent to Mexico, given that Mexico has been on notice of their claims since May 2014 and that issuing a further notice would in any event be futile, they nonetheless do so in an abundance of caution and with the clear understanding that neither the submission of this Amended Notice of Intent nor anything contained herein affects the limitation period [...].⁶³

– o –

Thus, Mexico was on notice as of May 2014 that the eventual arbitration would encompass and include all damages to these entities and all relevant investors in the projects at issue. Mexico, however, refused to engage in good faith negotiations with the majority U.S. investors who submitted the 2014 Notice of Intent.⁶⁴

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *Id.*

⁶² Anexo R-007, NOI Enmendado, pp. 2-3.

⁶³ *Id.*, p. 3.

⁶⁴ *Id.*, p. 2. Ver también pp. 8, 10.

– 0 –

As mentioned above, the U.S. investors who submitted the 2014 Notice of Intent intended at all times to submit a claim to arbitration for the entirety of the investments at issue, including the claims related to the Additional Mexican Enterprises, which would have encompassed damages for those U.S. investors who were not specifically named in the 2014 Notice of Intent. Mexico, however, never gave these U.S. investors, or any of the others, the opportunity to discuss these claims, as it refused to engage in good faith consultations or negotiations with them.⁶⁵

– 0 –

As explained in the statements recently provided to Mexico by the U.S. investors who were not named in the 2014 Notice of Intent, the U.S. investors who submit this Amended Notice of Intent understood that all of the U.S. investors and Mexican companies (including the U.S. investors who submit this Amended Notice of Intent and the enterprises on whose behalf they have submitted claims pursuant to NAFTA Article 1117) would have been identified to Mexico in the context of any consultations or negotiations that would have followed the submission of the 2014 Notice of Intent, had there been any, and eventually would have participated in a NAFTA arbitration against Mexico. Yet, as explained above, Mexico refused to engage in good faith consultations and negotiations with any of the U.S. investors.⁶⁶

73. Parece que los abogados actuales de las Demandantes no fueron informados que México reiteradamente intentó obtener información del anterior representante legal de las Demandantes con respecto a las reclamaciones notificadas en la NOI Original. El intercambio de correos electrónicos entre la Sra. Martínez y la Sra. Menaker claramente demuestra que México contactó en tres ocasiones consecutivas a las Demandantes para intentar obtener la información solicitada en el Cuestionario NOI, pero los intentos fueron en vano.⁶⁷ La última comunicación de la Sra. Menaker, en respuesta a la última comunicación de México, se recibió el 18 de noviembre de 2014 y afirmó “No tengo ninguna información adicional que proporcionar por el momento. Si el cliente decide seguir con el reclamo, me pondré en contacto con usted (*“I don’t have any additional information to provide right now. If the client decides to pursue the claim, I will get in touch with you”*)”.⁶⁸

74. Bajo estas circunstancias, no es propio que las Demandantes Adicionales aleguen que se les deba exentar del requisito de presentar una notificación de intención porque cualquier consulta hubiese sido inútil. Las Demandantes Originales claramente se negaron a entablar consultas con los funcionarios gubernamentales responsables de México.

75. Por último, la Demandada está forzada a argumentar lo obvio – una notificación de intención presentada después del sometimiento de una reclamación a arbitraje, no es notificación alguna. La

⁶⁵ *Id.*, p. 8.

⁶⁶ *Id.*, p. 10.

⁶⁷ Anexo R-004. Correspondencia electrónica entre la Sra. Martínez y la Sra. Menaker. El primer intento se hizo el 24 de julio de 2014, el segundo el 6 de agosto de 2014 y el tercero y último el 5 de noviembre de 2014.

⁶⁸ *Id.*, p. 1.

Demandada rechazó prontamente la implicación que la presentación de la NOI Enmendada, 79 días después de la presentación de la RFA a la Secretaria General y 22 después del registro de la reclamación, pudiera rectificar cualquier deficiencia de la RFA derivada del hecho de que la NOI Original omitió nombrar a todas las 39 Demandantes.

76. Además del absurdo de pretender dar notificación previa de algo que ya sucedió, una nulidad no puede validarse legalmente *ex post facto*. Tal es el caso de la RFA. Era nula *ab initio*, al menos con respecto a las Demandantes Adicionales y a las Empresas Adicionales, y la NOI Enmendada no puede revertir este hecho jurídico.

77. Como se explicará en la siguiente sección, la RFA también es nula *ab initio* con respecto a todos los 39 Demandantes debido al incumplimiento de cada uno de ellos y cada una de las Empresas Mexicanas de proporcionar su consentimiento por escrito al arbitraje en los términos y forma requeridos por el Artículo 1121 del TLCAN.

B. Incumplimiento del Artículo 1121

78. El incumplimiento de las Demandantes de una las “condiciones previas” al sometimiento de una reclamación a arbitraje – el incumplimiento de cada una de ellas y cada una de las Empresas Mexicanas de presentar a la Demandada un documento por escrito que expresamente mencione su consentimiento al arbitraje en cumplimiento con los procedimientos establecidos en el TLCAN e incluir dicho consentimiento junto con su solicitud de arbitraje – invalida su pretendida solicitud a arbitraje y no se puede considerar que México ha consentido al arbitraje “con apego a los procedimientos establecidos en [el TLCAN].”

79. El Artículo 1121 establece:

Artículo 1121: Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral

1. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1116, sólo si:

(a) consiente someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado; y

(b) el inversionista y, cuando la reclamación se refiera a pérdida o daño de una participación en una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, la empresa renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto a la medida presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el Artículo 1116, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente.

2. Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral de conformidad con el Artículo 1117, sólo si tanto el inversionista como la empresa:

(a) consienten en someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en este Tratado; y

(b) renuncian a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento con respecto a la medida de la Parte contendiente que presuntamente sea una de las violaciones a las que se refiere el Artículo 1117 ante cualquier tribunal administrativo o judicial conforme al derecho de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme al derecho de la Parte contendiente

3. El consentimiento y la renuncia requeridos por este Artículo se manifestarán por escrito, se entregarán a la Parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje.

4. Sólo en el caso que la Parte contendiente haya privado al inversionista contendiente del control en una empresa:

(a) no se requerirá la renuncia de la empresa conforme al párrafo 1(b) o 2(b); y

(b) no será aplicable el párrafo (b) del Anexo 1120.1.

[Énfasis añadido por la Demandada]

80. Del sentido corriente del texto se desprende claramente que, para presentar una reclamación conforme al Artículo 1116, el inversionista debe otorgar su consentimiento conforme a los procedimientos establecidos en el TLCAN, y dicho consentimiento debe ser por escrito, debe ser entregado a la Parte contendiente y debe ser incluido en la solicitud de arbitraje. Cuando la reclamación se presenta de conformidad con el Artículo 1117, el requisito del consentimiento y sus respectivas formalidades se aplican a *tanto al inversionista como a* la empresa a nombre de la cual se presenta la reclamación (Artículo 1121(2)).

81. La Demandada sostiene que (i) el título del artículo (“Condiciones Previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral”), el cual forma parte del contexto inmediato de los términos de la disposición conforme al Artículo 31 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, (ii) el uso del término “sólo si” y, (iii) el sentido obligatorio del texto (*i.e.* manifestarán, entregarán, incluirán – en inglés *shall*), deja claro que se trata de requisitos estrictos que deben cumplirse para que un inversionista de una Parte válidamente presente una reclamación a arbitraje de conformidad con la sección B del Capítulo XI de TLCAN. En otras palabras, establece condiciones *sine qua non* para el sometimiento de una reclamación a arbitraje y para obtener el consentimiento de una Parte del TLCAN conforme el Artículo 1122(1). Interpretar esta disposición de otro modo haría que estos términos carezcan de sentido y violen el principio fundamental de interpretación de tratados de *effet utile*.

82. Los tribunales de TLCAN y las tres Partes han apoyado sistemáticamente esta interpretación del Artículo 1121. En el caso *Detroit International Bridge Company v. Government of Canada*, Canadá objetó la jurisdicción del tribunal alegando que el incumplimiento por el inversionista del Artículo 1121 “*deja sin efecto el consentimiento de Canadá al arbitraje conforme al artículo*

1122(1)” y “*priva de jurisdicción al tribunal*”.⁶⁹ El tribunal estuvo de acuerdo con Canadá y concluyó que el tribunal carecía de jurisdicción para conocer la reclamación:

A. PRELIMINARY CONSIDERATIONS

291. NAFTA Article 1121, entitled “Conditions Precedent to Submission of a Claim to Arbitration” stipulates the conditions that a claimant must meet in order to submit a claim under NAFTA Chapter Eleven. A claimant’s failure to meet these conditions renders the NAFTA Party’s consent to arbitrate without effect.

[...]

337. Accordingly, the Tribunal does not have jurisdiction in this case, because of DIBC’s failure to comply with NAFTA Article 1121.⁷⁰

83. En *Cargill Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, el tribunal observó que el consentimiento de la demandada bajo el Artículo 1122 debe probarse (*must be established*) y está sujeto al cumplimiento de la obligación de notificación previa, consentimiento y renuncia:

¶ 160. A claimant must also provide preliminary notice pursuant to Article 1119 and satisfy the conditions precedent via consent and, where appropriate, waiver, under Article 1121. Consent of the respondent must be established pursuant to Article 1122.

[...]

¶ 183. The Tribunal must finally consider any challenges to the presence of consent by either of the Parties. Consent by the investor pursuant to Article 1121 is not disputed. Respondent, however, has challenged one element of the claim procedurally with respect to the import permit measure. As noted above, Respondent asserts that it was not validly notified pursuant to Article 1119. Because Claimant’s capacity to initiate arbitration under Article 1122 is limited to claims “to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement,” the question is then whether Claimant has failed to comply with a procedural requirement with respect to the import permit measure and if so, whether this negates consent by Respondent in respect of such a claim.⁷¹

[Énfasis añadido por la Demandada]

84. En el *Amicus* presentado por Estados Unidos en el caso *BG Group Plc. v. Argentine Republic*:

For example, the United States has taken the position under the North American Free Trade Agreement (NAFTA) that unless a claimant investor complies with the

⁶⁹ Anexo RL-015, *Detroit International Bridge Company v. Government of Canada*, Caso CPA No. 2012-25, “Award on Jurisdiction”, 2 abril 2015, ¶ 147.

⁷⁰ *Id.*, ¶ 291. El tribunal concluyó que ninguna de las renunciaciones (*waivers*) presentadas por DIBC cumplía con los requisitos del Artículo 1121, debido a que DIBC no renunció sus derechos de continuar con los procedimientos judiciales ante tribunales en Estados Unidos (ver ¶¶ 320 y 336 del lado).

⁷¹ Anexo RL-016, *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 septiembre 2009, ¶ 160 y 183. Ver también, Anexo RL-017 *M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, “Award”, 31 julio 2007, ¶ 323.

requirements enumerated in Article 1121 (“Conditions Precedent to Submission of a Claim to Arbitration”), no binding agreement to arbitrate arises with the respondent State. See e.g., *Tembec Inc. v. United States*, Objection to Jurisdiction of Respondent United States of America, at 35-38, UNCITRAL (Feb. 4, 2005); *Methanex Corp. v. United States*, Memorial on Jurisdiction and admissibility of Respondent United States of America, at 70-78, UNCITRAL (Nov.13,200); NAFTA Art. 1121, Dec. 17, 1992, 107 Stat. 2057, 32 I.L.M. 289 (1993). The other two State parties to the NAFTA, Canada and Mexico, have similarly stated that Article 1121 imposes mandatory prerequisites. See *Mondev Int’l Ltd. V. United States*, Case No. ARB(AF)/99/2, Rejoinder on Competence and Liability of Respondent United States of America, at 61-62, ICSID (Oct. 1, 2001) (citing Canada’s and Mexico’s position).⁷²

[Énfasis añadido por la Demandada]

85. En *KBR Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Estados Unidos similarmente señaló:

2. One of the preconditions to the NAFTA Parties' consent to arbitrate claims under Chapter Eleven is the waiver required by Article 1121, which is entitled "Conditions Precedent to Submission of a Claim to Arbitration. As a condition precedent to submission of a claim to arbitration, a claimant must submit an effective waiver together with its Notice of Arbitration.⁷³

86. El mismo razonamiento aplica por igual al consentimiento específico por escrito al arbitraje exigido por el Artículo 1121(1)(a) y 1121(2)(a).

87. Las Demandantes han adoptado dos posturas distintas respecto a su presunto cumplimiento con el requisito de proporcionar un consentimiento. *Primero*, parecen argumentar que cumplieron mediante la presentación de ciertos poderes notariales (*powers of attorney*). En efecto, el párrafo 119 de la RFA establece:

119. *Fourth*, and lastly, Claimants and the Mexican Companies have provided the requisite consent to arbitration under the Additional Facility and waiver in the form contemplated by Article 1121 of the NAFTA. [Footnote 43]⁷⁴

[Énfasis añadido por la Demandada]

88. La nota al pie de página 43 ubicada al final de la cita anterior remite al lector al Anexo C-004 (denominado “*Consent Waivers*”), que contiene poderes notariales otorgados por cada una de las 39 Demandantes a los Sres. Orta Urquhart, Salinas y Bennett de la firma Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan LLP (Quinn Emanuel), en términos idénticos o muy similares a los siguientes:

⁷² Anexo RL-018, *BG Group Plc. v. Argentine Republic*, CNUDMI, “United States Brief as Amicus Curiae”, 10 mayo 2013, pp. 27-28 (del documento pdf). Ver también, Anexo RL-014, *Mesa Power Group LLC v Canada*, Caso CPA No. 2012-17, “Submission of the United States of America”, 25 julio 2014 (citado supra, ¶ 62).

⁷³ Anexo RL-011, *KBR Inc. v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/14/1, “United States Article 1128 Submission”, 30 julio 2014, ¶ 2. Ver también, Anexo RL-019, *Waste Management Inc. v. Estados Unidos Mexicanos* [I], Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, “Laudo Arbitral”, 2 junio 2000, §§22-23.

⁷⁴ RFA, ¶ 109.

THIS POWER OF ATTORNEY is given on the 19th day of May 2016 by Gordon Burr, whose residence is at 2630 W. Belleview Ave., Suite 220, Littleton, CO 80123, U.S.A. (“Mr. Burr”).

THIS POWER OF ATTORNEY is given to David M. Orta, A. William Urquhart, Daniel Salinas-Serrano, and Fred G. Bennett of Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan LLP, located at 777 6th NW, Washington, D.C., U.S.A. 20001, and to any lawyer working with them to take any steps required for the initiation of, and to represent Mr. Burr and act on his behalf against the United Mexican States in arbitration proceedings under the North American Free Trade Agreement (“NAFTA”), as well as any ancillary settlement negotiations that may derive from Mr. Burr’s intent to initiate arbitration proceedings against the United Mexican States.⁷⁵

[Énfasis añadido por la Demandada]

89. Los poderes notariales incluidos en el Anexo C-004 demuestran que “las Demandantes están representadas en este procedimiento por Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, LLP” (“*Claimants are represented in these proceedings by Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, LLP*”), como se menciona en el párrafo 5 de la RFA, que alude también al Anexo C-004. Son evidencia del otorgamiento de una autorización específica a Quinn Emmanuel y nada más.

90. Estos poderes notariales no pueden equipararse al consentimiento expreso por escrito al arbitraje que exige el Artículo 1121. El hecho de que a ciertos abogados de Quinn Emanuel se les haya otorgado facultades para “*tomar las medidas necesarias para iniciar [...] un procedimiento arbitral de conformidad con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*” (“*take any steps required for the initiation of [...] arbitral proceedings under the North American Free Trade Agreement*”), no es equivalente a que cada Demandante proporcione a la Demandada su consentimiento por escrito a someterse al arbitraje en los términos establecidos en el TLCAN, de conformidad con el Artículo 1121.

91. *Segundo*, las Demandantes sostienen que consintieron el arbitraje mediante la simple presentación de la RFA por sus representantes autorizados:

[...] Here, Claimants have complied with that simple requirement by submitting a copy of the NAFTA, which records Respondent’s consent to arbitrate under the Additional Facility, and which Claimants accepted with the filing of their Request for arbitration pursuant to NAFTA Article 1122.5 Those two acts—Mexico’s offer to arbitrate investment disputes under the Additional Facility in NAFTA and Claimants’ acceptance of that offer by submission of their RFA—make the agreement to arbitrate complete.⁷⁶

[...]

⁷⁵ Anexo C-004, “Consent Waivers”, p. 1.

⁷⁶ Véase “Claimants’ Response to the United Mexican States’ Objection to Claimants’ Request for Approval to Access the ICSID Additional Facility and Request for Arbitration in the matter of *BMex, LLC et al. v. United Mexican States*, and Response to ICSID’s Questionnaire dated July 6, 2016, de fecha 21 de julio de 2016”, p. 3.

All Claimants, as disputing investors, have consented to arbitrate this dispute with Mexico pursuant to Article 1122(2) by virtue of their submission of the RFA to the Centre through their authorized representatives at Quinn Emanuel, and they expressly granted Quinn Emanuel the authority to prepare and submit the RFA in the Article 1121 consents and powers of attorney. Mexico fails to point to a single reason why the RFA fails to record Claimants' consent to submit their dispute with Mexico to arbitration under the NAFTA as provided in NAFTA Article 1122(2).⁷⁷

[Énfasis añadido por la Demandada]

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

93. Por último, la Demandada observa que, en sus escritos relacionados a la objeción de México al registro de la reclamación, las Demandantes se basaron en varias decisiones y laudos arbitrales para alegar que los requisitos del Artículo 1121 son meramente procesales y pueden ser subsanados en una etapa posterior del procedimiento. México tiene respuestas para cada una de estas decisiones, pero no profundizará en ellas a menos que las Demandantes insistan en apoyarse en ellas en su Escrito de Contestación sobre excepciones a la jurisdicción. Simplemente, cabe mencionar que dichos argumentos deben ser rechazados por violar el principio de *effet utile*, y, asimismo, porque la jurisprudencia contemporánea del TLCAN y los escritos de las Partes del TLCAN en su conjunto establecen de forma concluyente que el Artículo 1121 debe aplicarse tal como está escrito.

C. Excepciones a la jurisdicción *ratione personae* derivados del incumplimiento de cada Demandante de explicar quién tiene la propiedad o control de las Empresas Mexicanas

94. Las Demandantes han omitido, en cinco ocasiones distintas, explicar con precisión cómo es que alguna de las 39 Demandantes tiene una “inversión” conforme a la definición del Artículo 1139 del TLCAN que le otorgue legitimidad procesal para presentar una reclamación conforme el Artículo 1116 (*i.e. standing*), y como es que alguna o algunas tienen la “propiedad” o “el control directo o indirecto” de una o más de las Empresas Mexicanas que le otorgue legitimidad procesal para presentar una reclamación conforme el Artículo 1117. Estos hechos deben ser probados para que el Tribunal tenga jurisdicción para resolver la presente reclamación.

⁷⁷ *Id.*, p. 12.

95. *Primero*, la Carta de White & Case (en nombre de las Demandantes Originales, excepto por Santa Fe Investments, Inc.) no revela “quién tiene la propiedad de qué”:

White & Case LLP represents U.S. nationals Gordon Burr, Erin Burr, and John Conley, and U.S. companies B-Mex, LLC, B-Mex II, LLC, Palmas South, LLC, and Oaxaca Investments, LLC (together, the “U.S. Investors”). The U.S. Investors have invested, directly and indirectly, tens of millions of dollars in the United Mexican States, including through the construction and operation of five gaming facilities in Mexico (“Facility” or “Facilities”). [...]

A. Investment Structure And Operations

The U.S. Investors hold an interest in five Mexican companies (“The Mexican Enterprises”): (1) Juegos de Video y Entretenimiento de México, S de RL de CV; (2) Juegos de Video y Entretenimiento del Sureste, S de RL de CV; (3) Juegos de Video y Entretenimiento del Centro, S de RL de CV; (4) Juegos de Video y Entretenimiento del DF, S de RL de CV; and (5) Juegos y Videos de México, S de RL de CV. The Mexican Enterprises constructed and own, respectively, the gaming Facilities in (1) Naucalpan, State of Mexico; (2) Villahermosa, State of Tabasco; (3) Puebla, State of Puebla; (4) Mexico City, Federal District; and (5) Cuernavaca, State of Morelos. The U.S. Investors also hold an interest in Exciting Games, S de RL de CV (“Exciting Games”), a Mexican company that manages operations and compliance with regulatory and tax obligations at the five Facilities.⁷⁸

[Énfasis añadido por la Demandada]

96. Como se puede observar la Carta de White & Case no indica con precisión (ni proporciona evidencia alguna) cómo es que las Demandantes Originales individualmente califican como inversionistas bajo el Artículo 1139 del TLCAN, o cómo alguna o algunas de ellas tienen la propiedad o el control directo o indirecto de las Empresas Mexicanas. Se describen simplemente como “inversionistas estadounidenses” (*U.S. Investors*) que “tienen una participación” (*hold an interest*) en las compañías de Juegos y en EGames. Asimismo, no hay ninguna sugerencia de que existan otros inversionistas en las Empresas Mexicanas que pudieran ser incluidos como Demandantes más adelante.

97. *Segundo*, la NOI Original (presentada por las Demandantes Originales) es similarmente ambigua:

B-Mex, LLC, B-Mex II, LLC, Palmas South, LLC, Oaxaca Investments, LLC, Santa Fe Mexico Investments, LLC, Gordon Burr, Erin Burr, and John Conley (together, the “U.S. Investors”) provide the United Mexican States (“Mexico” or the “State”) with this written notice of their intention to submit a claim to arbitration under Chapter Eleven of the NAFTA, on their own behalf and on behalf of several enterprises.

I. IDENTIFICATION OF THE DISPUTING INVESTORS

1. This Notice is submitted by the U.S. Investors. B-Mex, LLC, B-Mex II, LLC, Palmas South, LLC, Oaxaca Investments, LLC, and Santa Fe Mexico Investments, LLC are

⁷⁸ Anexo R-001, Carta de White & Case de la Sra. Menaker, de fecha 16 de enero de 2013, p. 1.

limited liability companies incorporated under the laws of the State of Colorado, United States of America. Gordon Burr, Erin Burr, and John Conley are nationals of the United States of America. Each of the U.S. Investors is an investor of a Party under Article 1139 of the NAFTA.

[...]

5. Through their ownership interest in five Mexican companies (the “Mexican Enterprises”),[Footnote 2] the U.S. Investors own and/or have invested in gaming facilities in the following cities in Mexico: (1) Naucalpan, State of Mexico; (2) Villahermosa, State of Tabasco; (3) Puebla, State of Puebla; (4) Mexico City, Federal District; and (5) Cuernavaca, State of Morelos (each a “Facility,” and together, the “Facilities”). In addition, the U.S. Investors are assisted in the management of their investment in the Facilities through their ownership interest in Mexican company Exciting Games, S. de R.L. de C.V. (“Exciting Games”).

[Footnote 2]: The Mexican Enterprises include Juegos de Video y Entretenimiento de México, S. de R.L. de C.V. (owner of the Naucalpan Facility); Juegos de Video y Entretenimiento del Sureste, S. de R.L. de C.V. (owner of the Villahermosa Facility); Juegos de Video y Entretenimiento del Centro, S. de R.L. de C.V. (owner of the Puebla Facility); Juegos de Video y Entretenimiento del D.F., S. de R.L. de C.V. (owner of the Mexico City Facility); and Juegos y Videos de México, S. de R.L. de C.V. (owner of the Cuernavaca Facility).

[...]

7. Each of the Facilities and Mexican Enterprises, as well as Exciting Games, constitutes an investment of an investor of a Party under Article 1139 of the NAFTA.⁷⁹

[Énfasis añadido por la Demandada]

98. Se observa que la NOI Original no indica (ni aporta ninguna prueba) cómo es que alguna de las Demandantes Originales califica individualmente como inversionistas bajo el Artículo 1139, o cómo es que alguna o algunas de ellas tienen la propiedad o el control directo o indirecto de cada una de las empresas mexicanas en cuyo nombre se presentaría una reclamación. Simplemente se describen como “inversionistas estadounidenses” (*U.S. Investors*) que pretenden presentar una reclamación a nombre propio y a “nombre de varias empresas”. Además, se alega, en términos generales, que tienen una “participación” (*i.e. ownership interest*) en cinco empresas mexicanas que “poseen y/o han invertido en casinos en cinco ciudades mexicanas” y tienen una “participación” (*i.e. ownership interest*) en EGames. Nuevamente, no hay ninguna sugerencia de que haya otros inversionistas en las diversas empresas mexicanas relacionadas con la operación de casinos que pudieran ser incluidas más adelante como Demandantes.

99. *Tercero*, la RFA (presentada dos años después por 39 presuntos inversionistas) continúa evadiendo la cuestión de “quién tiene la propiedad de qué”, a pesar de casi quintuplicar el número de Demandantes y de ampliar la naturaleza de sus reclamaciones para incluir (*inter alia*)

⁷⁹ NOI Original, ¶¶ 1, 5 y 7.

préstamos, derechos de participación en los ingresos y/o utilidades, ingresos por contratos de servicios, aportaciones de “*sweat equity*”, y aportaciones de bienes y derechos bajo contratos.

4. Claimants therefore are considered investors of a Party, the United States of America, for purposes of Articles 1139 of the NAFTA and have made investments in the Mexican Companies, all of which they own and control, directly or indirectly.

[...]

8. Claimants' investment in the Mexican gaming industry began in 2005 when Claimants started to make substantial investments, as defined by NAFTA A, in the construction, development and operation of what eventually came to be five (5) dual-function gaming facilities in Mexico, each with remote gambling centers and lottery number rooms. Claimants also had the legally-secured expectation of opening at least four (4) more. Claimants also obtained a substantial ownership interest in and control over the five (5) Mexican companies that were utilized to establish each of the dual-function casinos. The five initial casinos were located in the following Mexican cities: (1) Naucalpan, State of Mexico; (2) Villahermosa, State of Tabasco; (3) Puebla, State of Puebla; (4) Mexico City; and (5) Cuernavaca, State of Morelos (collectively the Casinos). Additionally, certain of the Claimants established, had a majority interests in, and directly and indirectly controlled the operations of, another Mexican company, Exciting Games, S. de R.L. de C.V. (E-Games), which was organized to act as the operator of and to manage the Claimants' investments in the Casinos. Claimants also formed B-Cabo, LLC to pursue the opening of a gaming and hotel facility in Cabo San Lucas, Mexico, and Colorado Cancun, LLC to pursue the opening of a gaming and hotel facility in Cancun, Mexico. Lastly, certain of the Claimants directly and indirectly controlled three other Mexican companies, namely Operadora Pesa, S. de R.L. de C.V., Metrojuegos, S. de R.L. de C.V., and Merca Gaming, S. de R.L. de C.V., all of which provided indispensable services to the Casinos.

[...]

17. From May 2005 and well into the beginning of 2006, Mr. Burr and his daughter, Ms. Erin Burr, through counsel and with the involvement of accounting and other professionals and individuals, carried out all the necessary steps to incorporate B-MEX, B-MEX II, and Las Palmas South 10 as U.S. LLCs (the B-Mex Companies) in the United States as well as the Mexican Companies in Mexico. Once the B-Mex Companies and the Mexican Companies were duly incorporated and operational, the B-Mex Companies were able to secure approximately US\$42.5 million in funds, of which approximately US\$35 million were invested by US investors in the Mexican Companies and the Casinos.

18. The B-Mex Companies were formed, in part, to form, capitalize and control the Mexican Companies. Once formed and capitalized, these companies transferred the funds raised by them to the Mexican Companies for the construction and operation of the Casinos. The investments were used to, among other things: (i) lease facilities (none of which had previously been used for gaming), and then construct the physical plant of the casino facilities and completely refurbish the leased premises; (ii) purchase the machines to be installed in the Casinos; (iii) purchase ownership interests in the Mexican Companies to be used for their capital and operational needs; (iv) pay Monterrey a fee for the authority the Mexican Companies used to operate their businesses under the Monterrey Resolution (while retaining certain portions of that

authority to be used for future entities or maintained as an asset of the Mexican Companies); (v) retain and compensate legal and other advisors to assure the legality and most tax-effective formation and operation of the Mexican Companies; and (vi) invest in the authorizations and permits necessary for the operation of the Casinos, as well as additional permits for the development of new casino projects.

19. As a result, Claimants collectively own majority ownership interests in, and directly and/or indirectly control the Mexican Companies and E-Games. The value of Claimants' ownership interest/investments in the Mexican Companies was tied to and partially dependent on the profitability of the Casinos. As such, Claimants stood to benefit from the capital gains generated by the successful operation of the Casinos. Moreover, Claimants had a valid 25-year permit that provided them the legally secured expectation of operating the 5 dual-function Casinos and opening at least four more gaming facilities (2 remote gambling centers and 2 lottery room numbers) and operating them for the life of the permit.

20. Claimants, collectively, also directly and/or indirectly control other Mexican Companies, namely Operadora Pesa, Metrojuegos, and Merca Gaming, which provided indispensable services for the successful operation of the Casinos and in which Claimants invested resources. Additionally, in carrying out their investments into the Casinos and casino business, certain of the Claimants (i) purchased personal property in Mexico related to the Casino operations; (ii) made investments in the form of loans to the Mexican Companies; (iii) invested in the provision of resources in the development and operation of the Casinos; (iv) invested considerable time and sweat equity in managing the casino project; and, (v) executed contracts and other agreements to allow them to operate the Casinos for which they gave valuable consideration. For example, Claimants entered into different types of agreements, including, but not limited to, joint-venture agreements, concession agreements, machine lease agreements, software licensing and services agreements, all of which entitled them to share in the income or profits of the Mexican Companies and the Casinos. Certain of the Claimants also made investments, including, but not limited to, loans to Medano Beach, S. de R.L. C.V. as well as other resources including time and sweat equity to develop the B-Cabo casino Project, including through the formation of B-Cabo, LLC and investment of funds into the B-Cabo in Cabo San Lucas Project through that entity, and formed Colorado Cancun LLC for purposes of exploring the development of a casino in Cancun.

21. Claimants also made additional capital investments in the Mexican Companies and the Casinos to improve the Casino facilities and expanding the scope of their operations. This additional capital was invested, among other things, in remodeling, enhancing and expanding the Casinos' facilities, and updating and purchasing new gaming machines, as well as the development of new opportunities, including internet gaming and new gaming and hospitality facilities in Los Cabos and Cancun. By way of example, Claimants constructed new rooms/areas for gaming activities; enhanced/constructed stages for live music and entertainment; enhanced/purchased/constructed buffets and other concession (food/beverage) areas; and, built exclusive VIP areas in the Casinos.

22. Overall, Claimants' (sic) made, *inter alia*, various types of investments encompassed within the definition of "investments" in Article 1139 of the NAFTA, including, without limitation, [investments as defined in items (a) through (g), excluding only (h)

investments involving the commitment of capital or other resources in the territory of a party [...] ⁸⁰

[Énfasis añadido por la Demandada]

100. Como se puede apreciar, el uso indiscriminado del término “Demandantes” en la RFA da la impresión de que cada una de las personas físicas y empresas nombradas como Demandantes invirtió en cada una de las Empresas Mexicanas (incluyendo las tres Empresas Mexicanas Adicionales) y los casinos relacionados con ellas. Asimismo, da la impresión de que las Demandantes “conjuntamente tienen una participación mayoritaria en, y directa y/o indirectamente controlan” (*collectively own majority interests in, and directly and/or indirectly control*) al menos cinco de las Empresas Mexicanas, si no es que en todas ellas. En términos simples, el lector no puede saber con precisión quién de las Demandantes, si es que alguna, realmente es propietaria o controla a las Empresas Mexicanas, y de qué manera

101. *Cuarto*, la respuesta de las Demandantes a la Objeción de México al registro de la reclamación no es congruente con los argumentos de la RFA con respecto a quién de las 39 Demandantes es propietaria o tiene el control de las Empresas Mexicanas, y de qué manera. Las Demandantes parecen alegar que las personas nombradas en la NOI Original tienen la propiedad o el control de las Empresas Mexicanas y que las 31 Demandantes Adicionales son meramente “inversionistas minoritarios” cuya presencia es irrelevante para la pregunta de si la Demandada fue debidamente notificada de la reclamación:

Mexico’s objections regarding the Notice of Intent are meritless and should ring entirely hollow because: (i) the Claimants identified in the Notice of Intent are either the majority owners of the Mexican Companies or are the ones who directly and indirectly control all of the Mexican Companies, and the addition of minority investors in the RFA in order to perfect the claims does not prejudice Mexico in any way;

[...]

The Claimants identified in the Notice of Intent represent the majority owners of most of the Mexican Companies, as well as of B-Cabo, LLC and Colorado Cancún, LLC. As the majority owners, these Claimants notified Mexico of the investments at issue, the claims on their own behalf pursuant to Article 1116 of the NAFTA and on behalf of the Mexican Companies pursuant to Article 1117 of the NAFTA. It follows, then, that Mexico knew, from the moment it received the Notice of Intent, the identity of the principal U.S. investors, the nature of the “investments that were at issue, the gravamen of the disputes at issue and the basis of their claims. These Claimants are the ones that directly and indirectly control B-Cabo, LLC, Colorado Cancún, LLC as well as the three additional Mexican Companies that were included in Claimants’ RFA. The addition of B-Cabo, LLC, Colorado Cancún, LLC, the three Mexican Companies, and a group of minority investors, all of whom were identically affected by Mexico’s illegal actions, does not change anything and certainly does not affect Claimants’ ability to access the Additional Facility or the Secretariat’s duty to register their RFA. [...] Adding

⁸⁰ RFA, ¶¶ 4, 8 y 17-22.

individual, minority investors, BCabo, LLC, Colorado Cancún, LLC, and three additional Mexican Companies in Claimants' RFA does not affect the sufficiency of that notice or prejudice Mexico in any way. This is particularly so as Mexico was fully aware at all times that Claimants intended their claims under NAFTA to encompass the entirety of the investments at issue and, thus, that the eventual arbitration would encompass and include all relevant investors in the casino projects at issue. [...] ⁸¹

[Énfasis añadido por la Demandada]

102. El hecho de que las Demandantes hayan caracterizado a las Demandantes Adicionales como “inversionistas minoritarios” contribuye a la ambigüedad en los hechos. Tal parece que esto sólo fue un pretexto calculado para persuadir a la Secretaria General que la inclusión de estas nuevas demandantes era inconsecuente en las cinco de las Empresas Mexicanas que presuntamente son dueñas y operan los casinos.

103. En la dúplica de la objeción de México al registro de la reclamación, las Demandantes mantienen el pretexto de que la adición de 31 demandantes es irrelevante para la pregunta de si hubo cumplimiento del artículo 1119 del TLCAN:

As explained in Claimants' Response, the Claimants identified in the Notice of Intent constitute and represent the majority owners of most of the Mexican Companies, as well as of B-Cabo, LLC and Colorado Cancún, LLC. These Claimants, in turn, notified Mexico of the investments at issue and of the potential NAFTA claims in dispute on their own behalf pursuant to Article 1116 of the NAFTA and on behalf of the Mexican Companies pursuant to Article 1117 of the NAFTA. In so doing, the Notice of Intent clearly informed Mexico of the identity of the principal U.S. investors, the nature of the investments that were at issue, the gravamen of the disputes at issue and the factual and legal bases for their claims. The only information referenced under Article 1119—which only requires disclosure of the name and address of a claimant, the provisions of the NAFTA that have been breached, the basis of the claims against the state and the amount of damages—that was not included in Claimants' Notice of Intent was the name and addresses of a circumscribed group of minority investors. That minor omission, however, was unnecessary given that the majority owners sent the Notice of Intent and did not deprive Mexico of notice of the Claimants' claims. On the contrary, the Notice of Intent gave Mexico proper and sufficient notice of the nature and scope of the investors and of the claims asserted against it in connection with the investments at issue and, thus, more than adequately satisfied the purpose of Article 1119, which was to “serve as the basis for consultations or negotiations between the disputing investor and the competent authorities of a Party.”⁸²

⁸¹ Véase “Claimants' Response to the United Mexican States' Objection to Claimants' Request for Approval to Access the ICSID Additional Facility and Request for Arbitration in the matter of *BMex, LLC et al. v. United Mexican States*, and Response to ICSID's Questionnaire dated July 6, 2016, de fecha 21 de julio de 2016”, pp. 15-16.

⁸² Véase “Rejoinder to the United Mexican States' Unauthorized Submission Replying to Claimants' July 21, 2016 Response in Support of their Request for Approval to Access the ICSID Additional Facility and Request for Arbitration in the matter of *B-Mex, LLC et al. v. United Mexican States*, and Response to ICSID's Questionnaire dated July 6, 2016; Response to ICSID's Letter of August 2, 2016, de fecha 5 de agosto de 2016”, pp. 5-6.

[Énfasis añadido por la Demandada]

104. En contraste, en la acción civil presentada por las Demandantes (excepto por B-Cabo y Colorado Cancun) el 6 de junio de 2016 contra los Sres. José Benjamín Chow, Luc Pelchat y Alfonso Rendon (*i.e.* Reclamación RICO) las Demandantes parecen indicar que todas ellas colectivamente tienen el control de voto de las Empresas Juegos que tienen la propiedad de los casinos:

1. Plaintiffs collectively own a majority of the controlling Series B shares in five Mexican companies (Juego Companies), each of which owns a Mexican casino (collectively, the Casinos). Series B is the only series of shares that carries expansive voting rights to control most resolutions at shareholder meetings, including naming the majority of each Juego Company's board of managers.

[...]

54. Initially, the Burrs and Conley used Plaintiff B-Mex to establish the framework and foundation for their operations and to construct the Naucalpan casino through Juegos de Video y Entretenimiento de Mexico. Then in 2006, the Burrs and Conley used Plaintiffs B-Mex II, LLC and Palmas South, LLC to capitalize and control the operation of the four Affected Juego Companies and to begin establishing the other four Casinos. More Coloradans joined the effort, becoming investors and participants in management.

55. Series B shares of the Juego Companies, unlike Series A shares, carry broad voting rights. The B-Mex Companies own the majority of Series A and A2 shares in each Company. Plaintiffs other than the B-Mex Companies collectively own voting control of each Juego Company by holding a majority of Series B shares.⁸³

[Énfasis añadido por la Demandada]

105. Esto difiere de las descripciones sobre cuestiones de propiedad ofrecidas anteriormente en la Carta de White & Case, la NOI Original, la RFA y los dos escritos de las Demandantes en respuesta a las objeciones de México al registro de la reclamación. Las partes demandantes en la Reclamación RICO (excepto por las empresas B-Mex) sostuvieron sin reservas que “conjuntamente tenían el control de voto...” en las Empresas Juegos ya que detentaban las acciones de la Serie B (las acciones que tienen derecho a voto⁸⁴) y solicitaron a las cortes de Colorado una declaración en el sentido de que dichas acciones no habían sido transferidas a terceros.⁸⁵

106. En otras palabras, al tratar de justificar la omisión de presentar una notificación de intención, las 31 Demandantes Adicionales se describen como inversionistas minoritarios sin importancia, sin embargo, en la Reclamación RICO, en donde buscan establecer su control de voto en las juntas de accionistas de las Empresas Juegos, se presentan como actores indispensables. No obsta señalar que el control de las Empresas Juegos también está en duda en este arbitraje – las demandantes de

⁸³ Anexo R-002, escrito de demanda en la Reclamación RICO, ¶¶ 1, 54-55. Es preciso mencionar que la Reclamación RICO se presentó después de la RFA.

⁸⁴ *Id.*, ¶ 55.

⁸⁵ *Id.*, p. 50.

la Reclamación RICO serían las mismas partes que colectivamente tendrían control de voto de las Empresas Juegos para fines de determinar la legitimidad procesal (*standing*) para presentar una reclamación conforme al Artículo 1117 del TLCAN.

107. A continuación, la Demandada profundizará sobre lo que se requiere para probar que las Demandantes directa o indirectamente tienen la propiedad o el control de las Empresas Mexicanas, en las siguientes secciones.

1. Las Demandantes no han demostrado tener legitimidad procesal para presentar una reclamación bajo el artículo 1116 del TLCAN

108. El Artículo 1116 establece lo siguiente:

Artículo 1116: Reclamación del inversionista de una Parte, por cuenta propia

1. De conformidad con esta sección el inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una reclamación en el sentido de que otra Parte ha violado una obligación establecida en:

- (a) la Sección A o el Artículo 1503 (2), "Empresas del estado"; o
- (b) el párrafo 3(a) del Artículo 1502, "Monopolios y empresas del Estado", cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A; y que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella.

2. El inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños.

109. Cada una de las Demandantes debe probar que es un "inversionista de una Parte" para poder presentar una reclamación al amparo del Capítulo XI en contra de otra Parte del TLCAN. El término "inversionista de una Parte" se define como: "una Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretende realizar, realiza o ha realizado una inversión". El término "inversión" se define en el Artículo 1139 mediante una lista amplia pero cerrada de activos y derechos legales.

110. Cada Demandante debe señalar con precisión qué activos o derechos legales comprende su inversión (o inversiones) para propósitos de este arbitraje y, posteriormente, probar esos hechos con evidencia. Debido a que estos hechos deben ser probados para establecer la jurisdicción del Tribunal *ratione personae* con respecto a cada Demandante, cada una tiene la carga de ofrecer las pruebas pertinentes en la etapa de jurisdicción. Lo anterior está bien establecido en la jurisprudencia aplicable.

111. Por ejemplo, en *Emmis International Holding et al v. Hungary*, el Tribunal sostuvo:

171. The Tribunal must [decide the question of whether the Claimants owned an investment capable of expropriation] finally at the jurisdictional stage on the balance of probabilities. The Claimants bear the burden of proof. If the Claimants' burden of

proving ownership of the claim is not met, the Respondent has no burden to establish the validity of its jurisdictional defences. As the tribunal held in *Saipem v Bangladesh*:

"In accordance with accepted international practice (and generally also with national practice), a party bears the burden of proving the facts it asserts. For instance, an ICSID tribunal held that the Claimant had to satisfy the burden of proof required at the jurisdictional phase and make a prima facie showing of Treaty breaches".

172. This passage touches upon two types of jurisdictional proof. The first relates to questions of fact that must be definitively determined at the jurisdictional stage. The second involves questions of fact that go to the merits, which the Tribunal must ordinarily not prejudge, unless they are plainly without foundation. This latter question necessarily involves assessing whether the alleged conduct of the Respondent is capable of constituting a breach of the substantive protections of the investment treaty so as to fall within the jurisdiction of the Tribunal *ratione materiae* but this has to be determined on a *prima facie* basis only.

173. In the context of the present case, the Claimants bear the burden of proving that they owned an investment capable of expropriation. This task lies fully within the ambit of the jurisdictional phase. This burden is to be contrasted with the need to establish on a *prima facie* basis at the jurisdictional phase that the Respondent breached the treaty. This question is based on whether the alleged unlawful conduct giving rise to the treaty breach—if it can be established in the merits phase—is capable of falling within the treaty provisions invoked.⁸⁶

[Se omiten las notas al pie.]

112. Asimismo, el Tribunal en el caso *Philip Morris v. Uruguay* observó lo siguiente:

29. Regarding burden of proof, it is commonly accepted that at the jurisdictional stage the facts as alleged by the claimant have to be accepted when, if proven, they would constitute a breach of the relevant treaty. However, if jurisdiction rests on the satisfaction of certain conditions, such as the existence of an “investment” and of the parties’ consent, the Tribunal must apply the standard rule of onus of proof *actori incumbit probatio*, except that any party asserting a fact shall have to prove it.⁸⁷

⁸⁶ Anexo RL-020, *Emmis International Holding, B.V., Emmis Radio Operating, B.V., and MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. v. Hungary*, Caso Ciadi No. ARB/12/2, “Award”, 16 de abril 2014, ¶¶ 171-173.

⁸⁷ Anexo RL-021, *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, “Decision on Jurisdiction”, 2 de julio de 2013, ¶ 29, en donde se cita, en la nota al pie 4: “*Feldman v. Mexico*, Award, 16 December 2002, para. 117; *Soufraki v. UAE*, Award, 7 July 2004, paras 58,81; *Thunderbird v. Mexico* Award, 26 January 2006, para. 95; *Saipem v. Bangladesh*, Decision on Jurisdiction, 21 March 2007, para 83. See also the ICJ in: *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, 26 November 1984, ICJ Reports 1984, p. 437, para. 101; Case concerning *Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States)*, Judgment, 31 March 2004, ICJ Reports 2004, p. 41, paras 55-57. See also Article 27(1) of the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules.” Véase también, Anexo RL-017, *Francisco Hernando*

[Se omiten las notas al pie.]

113. Por consiguiente, la Demandada sostiene que como mínimo las Demandantes deben señalar con precisión y probar:

- los activos que cada una supuestamente adquirió de manera individual – sea en forma de acciones en las empresas o mediante préstamos o contribuciones de bienes muebles o inmuebles o capital;
- la fecha (o fechas) en la que fueron supuestamente adquiridos esos activos o derechos y la fecha en la que se perdieron;
- en el caso de acciones, el número y tipo de acciones supuestamente adquiridas, y cualquier derecho particular asociado a dichas acciones;
- en el caso de préstamos, el monto supuestamente otorgado, la identidad del acreditado y los términos de los préstamos, incluyendo el plazo original del préstamo y la fecha de vencimiento;
- los detalles particulares de cualquier otra contribución que presuntamente constituya una inversión; y
- cualquier acuerdo o arreglo que supuestamente le brinde a cualquiera de las Demandantes el derecho de participar en el ingreso o en las utilidades de las Empresas Mexicanas y/o casinos.

114. La Demandada no está en posición de hacer comentarios adicionales sobre esta objeción con base en los escritos que las Demandantes han presentado a la fecha, y se reserva el derecho a profundizar en este tema una vez que las Demandantes hayan presentado su respuesta y pruebas en apoyo a su presunta legitimidad procesal bajo el Artículo 1116 del TLCAN.

2. Las Demandantes no han demostrado tener legitimidad procesal para presentar una reclamación bajo el Artículo 1117 a nombre de cualquiera de las Empresas Mexicanas

115. El Artículo 1117 del TLCAN dispone lo siguiente:

Artículo 1117: Reclamación del inversionista de una Parte, en representación de una empresa

1. El inversionista de una Parte, en representación de una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta sección, una reclamación en el sentido de que la otra Parte ha violado una obligación establecida en:

- (a) la Sección A; o el Artículo 1503(2) "Empresas del estado" o

Contreras S.L. v. Republic of Equatorial Guinea, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/2, Laudo sobre Jurisdicción, 5 de diciembre de 2015, ¶ 94.

(b) el Artículo 1502(3)(a) "Monopolios y empresas del Estado", cuando el monopolio haya actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A, y que la empresa haya sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella.

2. Un inversionista no podrá presentar una reclamación en representación de la empresa a la que se refiere el párrafo 1, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual la empresa tuvo conocimiento por primera vez, o debió tener conocimiento de la presunta violación y de que sufrió pérdidas o daños.

3. Cuando un inversionista presente una reclamación de conformidad con este artículo y de manera paralela el inversionista o un inversionista que no tenga el control de una empresa, presente una reclamación en los términos del Artículo 1116 como consecuencia de los mismos actos que dieron lugar a la presentación de una reclamación de acuerdo con este artículo, y dos o más demandas se sometan a arbitraje en los términos del Artículo 1120, el tribunal establecido conforme al Artículo 1126, examinará conjuntamente dichas demandas, salvo que el tribunal determine que los intereses de una parte contendiente se verían perjudicados.

4. Una inversión no podrá presentar una reclamación conforme a esta sección.

116. Cualquier Demandante que pretenda presentar una reclamación a nombre de alguna de las Empresas Mexicanas debe probar que es un "inversionista de una Parte" y que la empresa en particular es de su "propiedad o está bajo su control directo o indirecto". Al igual que en el caso de las reclamaciones presentadas bajo el Artículo 1116, las Demandantes tienen la carga de probar que tienen legitimidad procesal para presentar una reclamación al amparo del artículo 1117 y esa carga tiene que ser satisfecha en la etapa de jurisdicción. La jurisprudencia citada en párrafos anteriores es igualmente aplicable a esta sección.

117. Como se explicó anteriormente, los escritos y alegatos de las Demandantes sobre este punto son ambiguos, confusos y contradictorios. Las Demandantes deben precisar quiénes de ellas presuntamente tienen la propiedad y/o el control directo o indirecto de cada una de las Empresas Mexicanas, cómo es que dicha propiedad o control presuntamente existe y demostrar su dicho con pruebas.

118. La Demandada, por consiguiente, sostiene que las Demandantes deben, como mínimo, precisar y aportar pruebas sobre:

- La identidad de la Demandante o grupo de Demandantes que presuntamente tiene legitimidad procesal para presentar una reclamación a nombre de cada una de las Empresas Mexicanas;
- el número de acciones que cada una de las Demandantes tiene en cada una de las Empresas Mexicanas, el porcentaje que dichas acciones representa del total de las acciones emitidas en la clase correspondiente y qué derechos se encuentran asociados a dicha clase de acciones;
- las fechas en que dichas acciones fueron adquiridas y la fecha en que se enajenaron o perdieron;
- la manera en que las Demandantes presuntamente afirmaron ejercer el control directo o indirecto de cada una de las Empresas Mexicanas; y

- los términos de cualquier acuerdo de accionistas, *proxy* o cualquier otro instrumento que presuntamente confiera a otros Demandantes o terceros algún derecho del accionista.

119. La Demandada no puede hacer observaciones adicionales sobre la base de lo alegado por las Demandantes a la fecha, y se reserva el derecho de abordar y responder plenamente a los alegatos que se espera hagan las Demandantes sobre este punto.⁸⁸

3. Las Demandantes no han establecido la validez legal de los supuestos consentimientos y renunciaciones presentados tardíamente a nombre de las Empresas Mexicanas

120. En su objeción al registro de la reclamación, la Demandada señaló, *inter alia*, que no se anexaron a la RFA poderes notariales (los cuales las Demandantes refieren como consentimientos) o renunciaciones para nombre cualquiera de las Empresas Juegos.⁸⁹

121. El 6 de julio de 2016, el CIADI envió una comunicación a las Demandantes solicitando aclaraciones de ciertos aspectos de su RFA. La sección “b” de la comunicación específicamente solicitaba “copias de las renunciaciones expedidas por las Empresas Mexicanas de conformidad con el Artículo 1121 del TLCAN” (“*copies of the waivers issued by the Mexican Companies in accordance with NAFTA Article 1121*”).⁹⁰

122. En su respuesta a las objeciones de México y a las preguntas del CIADI, las Demandantes presentaron un escrito en el que afirmanque:

[...] Mexico’s measures forced Claimants to mitigate damages by all available means, including through various attempts to sell the Casinos’ assets. These attempts to mitigate damages led to negotiations with third parties, who took advantage of the precarious position that Mexico had placed Claimants in to illegally place themselves and their cronies on the boards of directors, and in control, of some of the Mexican Companies, namely [the Juegos Companies]. [...] While Claimants attempted to remedy this predicament before filing the RFA, Messrs. Chow and Pelchat would not agree to do so. Claimants therefore have taken other steps to remedy it and regain board control so that they may provide the consents and waivers provided for by Article 1121. [...]⁹¹

123. Las Demandantes, asimismo, argumentaron que la excepción del Artículo 1121(4) del TLCAN les era aplicable y, por lo tanto, estaban exentas de proporcionar las renunciaciones. Explicaron

⁸⁸ La Demandada no admite que una reclamación pueda ser presentada al amparo del artículo 1117 por un grupo de Demandantes que afirman controlar colectivamente a una empresa.

⁸⁹ Objeción de la Demandada al registro de la reclamación, Oficio No. DGCJCI.511.36.331.2016 del 27 de junio de 2016, ¶¶ 19-21.

⁹⁰ Cuestionario del CIADI, de fecha 6 de julio de 2016, p. 2.

⁹¹ Véase Claimants’ Response to the United Mexican States’ Objection to Claimants’ Request for Approval to Access the ICSID Additional Facility and Request for Arbitration in the matter of *BMex, LLC et al. v. United Mexican States*, and Response to ICSID’s Questionnaire dated July 6, 2016, de fecha 21 de julio de 2016, pp. 9-10.

además que esperaban recuperar el control de las Empresas Juegos en las próximas tres a cuatro semanas, momento en el cual estarían en condiciones de proporcionar las renunciaciones necesarias.

The above notwithstanding, Claimants will continue in their efforts to regain board control of the Juegos Companies and will provide the waivers for the Juegos Companies once it has done so. This is without prejudice to their argument that they are excused from meeting this requirement per the provisions of NAFTA Article 1121(4). ICSID may want to wait to grant Claimants access to the Additional Facility and to register the RFA until Claimants finalize their current efforts to obtain these documents from the Juegos Companies' boards and existing managers. Claimants anticipate that they will be in a position to provide these waivers over the next three to four weeks. [...]⁹²

124. En cuanto a los consentimientos faltantes de las Empresas Juegos, las Demandantes asimismo sostuvieron que:

[...] for the same reasons explained in the context of the Article 1121 waivers, Mexico is responsible for Claimants' loss of board control of the Juegos Companies. This notwithstanding, just as with the Article 1121 waivers, Claimants will continue in their efforts to regain board control of the Juegos Companies and will provide the consents for the Juegos Companies once it has done so. [...] Claimants anticipate that they will be in a position to provide these consents over the next three to four weeks. [...]⁹³

125. El 2 de agosto de 2016, el CIADI escribió una segunda comunicación a las Demandantes señalando que no podía proceder con la aprobación y el registro de la reclamación tal y como había presentada porque las Empresas Juegos no habían proporcionado su consentimiento para el arbitraje de conformidad con el Artículo 1121(2) del TLCAN. El CIADI ofreció entonces dos alternativas a las Demandantes: (i) suspender el proceso de aprobación y registro hasta que se proporcionaran los consentimientos requeridos, o (ii) retirar las reclamaciones formuladas a nombre de dichas empresas.⁹⁴

126. El 5 de agosto de 2016, las Demandantes informaron al CIADI que “la Secretaria no necesitaba suspender el proceso de aprobación y registro, ya que las Demandantes habían obtenido el consentimiento de las empresas mencionadas en el artículo 1121(2)(a) del TLCAN. Dichos consentimientos se adjuntan como Anexo A. Las Demandantes también han obtenido las renunciaciones bajo el artículo 1121(1)(b), que acompañan el consentimiento de cada empresa adjunto como Anexo A” (“*the Secretariat need not suspend the approval and registration process, as Claimants have obtained the consents of the above-listed enterprises under NAFTA Article 1121(2)(a). Those consents are attached herewith as Annex A. Claimants also have obtained waivers under Article 1121(1)(b), which accompany the consent of each enterprise attached herewith as Annex A*”).⁹⁵

⁹² *Id.*, p. 10.

⁹³ *Id.*, p. 11.

⁹⁴ Comunicación del CIADI de fecha 2 de agosto de 2016.

⁹⁵ Véase Claimants' Rejoinder to the United Mexican States' Unauthorized Submission Replying to Claimants' July 21, 2016 Response in Support of their Request for Approval to Access the ICSID Additional Facility and Request

Estos consentimientos y renunciaciones fueron firmados por los Sres. Luc Pelchat, quien se identifica como “Miembro del consejo de administración” de las Empresas Juegos y el Sr. Gordon G. Burr, quien se identifica como “Presidente del consejo”.⁹⁶

127. La Demandada desea hacer notar que el Sr. Luc Pelchat no es parte del grupo de 39 Demandantes y es uno de los individuos que, de acuerdo con las Demandantes, “aprovecharon la precaria situación en la que México había puesto a las demandantes para posicionarse ilegalmente y a sus compinches en los consejos de administración” (“*took advantage of the precarious position that Mexico had placed Claimants in to illegally place themselves and their cronies on the boards of directors*”).⁹⁷ El Sr. Pelchat, junto con los Sres. Chow y Rendon, fueron demandados posteriormente por las Demandantes en los Estados Unidos por presuntas violaciones a la ley “*Federal Racketeering Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO)*”, la “*Colorado Organized Crime Control Act (COCCA)*”, fraude (*common law fraud*), robo (*civil theft*), y conversión (*conversion*) (*i.e.*, la Reclamación RICO).

128. Las Demandantes no han ofrecido ninguna explicación sobre las circunstancias en las que pudieron obtener la cooperación del Sr. Pelchat ni ninguna prueba en cuanto a la autoridad del Sr. Pelchat para otorgar los consentimientos y renunciaciones correspondientes a nombre de las Empresas Juegos.

129. Dada la falta de información sobre la propiedad y control de las Empresas Mexicanas, y la pugna de los Demandantes con los Sres. Pelchat y Chow por el control de las Empresas Juegos, la Demandada respetuosamente sostiene que las Demandantes debe probar que los presuntos consentimientos y las renunciaciones otorgadas a nombre de las Empresas Mexicanas fueron suscritas por un representante debidamente autorizado y que son legalmente válidas.

130. Las Demandantes deben también explicar y probar con evidencia que el desistimiento presentado por EGames el 24 de octubre de 2014⁹⁸ no tuvo el efecto de retirar a EGames como una de las empresas a nombre de las cuales se presentaría una reclamación bajo el NOI Original. Asimismo, deben explicar y probar con evidencia cómo es que el Sr. Burr puede legalmente firmar un consentimiento y una renuncia a nombre de EGames, siendo que quien aparentemente era representante legal de EGames supuestamente se desistiera a nombre de la empresa cinco meses después de que se presentara la NOI Original.

131. Asumiendo que el Tribunal encuentre que los consentimientos y renunciaciones de las Empresas Juegos son legalmente válidos, la Demandada sostiene que la fecha efectiva de sometimiento a

for Arbitration in the matter of *B-Mex, LLC et al. v. United Mexican States*, and Response to ICSID’s Questionnaire dated July 6, 2016; Response to ICSID’s Letter of August 2, 2016, de fecha 5 de agosto de 2016, p. 2.

⁹⁶ *Id.*, Anexo A.

⁹⁷ Véase Claimants’ Response to the United Mexican States’ Objection to Claimants’ Request for Approval to Access the ICSID Additional Facility and Request for Arbitration in the matter of *BMex, LLC et al. v. United Mexican States*, and Response to ICSID’s Questionnaire dated July 6, 2016, de fecha 21 de julio de 2016, p. 9.

⁹⁸ Anexo R-005. Comunicación firmada por el Sr. José Luis Segura Cárdenas desistiendo de la Notificación de Intención presentada a nombre de EGames (Desistimiento).

arbitraje de las reclamaciones a nombre de las Empresas Juegos debe ser el 5 de agosto de 2016, siendo ésta la fecha en que los presuntos consentimientos y las renunciaciones se presentaron ante el CIADI, completando con ello los requisitos para la presentación de la RFA a nombre de dichas entidades.⁹⁹ Lo anterior, por supuesto, es sin perjuicio al argumento central de la Demandada en el sentido de que los supuestos consentimientos, que son en realidad poderes notariales, no satisfacen los requisitos establecidos en el Artículo 1121 del TLCAN

V. Conclusiones y petitorios

132. Tras recibir la RFA, la Demandada inmediatamente alertó a las Demandantes de que sus incumplimientos con los Artículos 1119 y 1121 del TLCAN eran evidentes y serios y que la Demandada sostendría sus objeciones a la validez del intento por someter la reclamación a arbitraje. Las Demandantes, sin embargo, decidieron seguir adelante con el registro de su reclamación intentando remediar su problema con la presentación de la NOI Enmendada, 25 días después de que la Secretaria General del CIADI registrara su reclamación.

133. La Demandada ha demostrado que inferir la existencia de una excepción o emplear algún artificio legal para evitar la aplicación del Tratado en la forma en que fue escrito atentaría contra el sentido ordinario del texto de los Artículos 1119 y 1121, el principio fundamental de interpretación de tratados de *effet utile*, la jurisprudencia aplicable del TLCAN y las claras intenciones de las Partes del TLCAN – mismas que han sido reforzadas consistentemente en escritos que se pronuncian sobre la naturaleza obligatoria de dichas disposiciones.

134. Como se subrayó en la sección introductoria, por cuestiones de economía procesal, el Tribunal debería primero considerar la objeción de la Demandada basada en el incumplimiento de cada una de las Demandantes y las Empresas Mexicanas con lo dispuesto en el Artículo 1121, ya que dicha objeción, en caso de prosperar, llevaría a desechar por completo la reclamación.

135. Por consiguiente, la Demandada firmemente mantiene la posición de que el Tribunal debe concluir que no tiene jurisdicción sobre la reclamación y ha estructurado su petitorio como sigue:

- concluir que no tiene jurisdicción sobre la reclamación en su totalidad y emitir un laudo en el que se desechen las reclamaciones de cada una de las Demandantes y las reclamaciones hechas a nombre de las Empresas Mexicanas por incumplir con lo dispuesto en el Artículo 1121 del TLCAN;
- alternativamente, concluir que no tiene jurisdicción sobre la reclamación en su totalidad y emitir un laudo en el que se desechen las reclamaciones de cada una de las Demandantes (incluyendo las reclamaciones presentadas a nombre de las Empresas Mexicanas) por no haber podido probar que alguna de ellas tiene legitimidad procesal

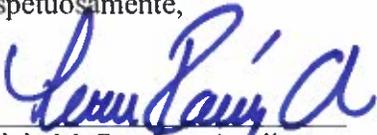
⁹⁹ El Artículo 1137: (Disposiciones generales) dispone que “[u]na reclamación se considera sometida a arbitraje en los términos de esta sección cuando: [...] (b) la notificación de arbitraje de conformidad con el Artículo 2 de la Parte C de las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI ha sido recibida por el Secretario General”. Sin embargo, en virtud de que el artículo 1121(3) dispone que el consentimiento y renunciaciones que exige el artículo 1121 deben ser incluidas en la solicitud de arbitraje, se seguiría que la solicitud de arbitraje no puede considerarse como completa hasta que las renunciaciones y consentimientos sean entregados al CIADI.

como “inversionista de una Parte” conforme a la definición del Artículo 1139 del TLCAN y/o una o más de ellas tienen la propiedad o el control directo o indirecto de alguna de las Empresas Mexicanas;

- alternativamente, concluir que no tiene jurisdicción sobre las reclamaciones de las Demandantes Adicionales y las Empresas Mexicanas Adicionales y emitir un laudo en el que se desechen las sus reclamaciones por incumplir con lo dispuesto en el Artículo 1119 del TLCAN;
- condenar a las Demandantes a cubrir los costos totales del arbitraje e indemnizar a la Demandante sus costas legales.

30 de mayo de 2017

Respetuosamente,



Leticia M. Ramirez Aguilar
Directora General Adjunta
Consultoría Jurídica de Comercio Internacional
Estados Unidos Mexicanos