

ARBITRAL AWARD

In the matter of a NAFTA arbitration under the
UNCITRAL Arbitration Rules
between:

International Thunderbird Gaming Corporation
Claimant

and

The United Mexican States
Respondent

Before the Arbitral Tribunal constituted under Chapter Eleven of
the North American Free Trade Agreement, and comprised of:

Lic. Agustín Portal Ariosa
Professor Thomas W. Wälde
Professor Dr. Albert Jan van den Berg (President)

Washington D.C., January 26, 2006

TABLE OF CONTENTS

I.	THE PARTIES.....	3
II.	PROCEDURAL HISTORY.....	4
III.	SUMMARY OF FACTS.....	10
IV.	ISSUES TO BE DETERMINED BY THE ARBITRAL TRIBUNAL	21
V.	ANALYSIS OF ISSUES FOR DECISION	30
	A. <u>General</u>	30
	B. <u>Jurisdiction and/or Admissibility</u>	33
	C. <u>Merits – General</u>	41
	D. <u>Merits – Articles 1102, 1105 and 1110 of the NAFTA</u>	56
	E. <u>Merits – Damages</u>	68
VI.	COSTS	68
VII.	DECISIONS	73

I. THE PARTIES

1. Claimant:

INTERNATIONAL THUNDERBIRD GAMING CORPORATION
Thunderbird Greeley Inc.
11545 West Bernardo Court Suite 307
San Diego, CA 92127
United States of America

hereinafter: “Thunderbird” or “Claimant.”

2. Thunderbird is a publicly held Canadian Corporation, with its principal offices in San Diego, California, U.S.A.
3. In these proceedings, Thunderbird is represented by its duly authorised attorney James D. Crosby, California, U.S.A, and by Professor Todd Weiler, Ontario, Canada.

4. Respondent:

THE UNITED MEXICAN STATES
General Directorate of Legal Consulting of Negotiations
Ministry of Economy
Mexico, DF, Mexico

hereinafter: “Mexico” or “Respondent.”

5. In these proceedings, the government of Mexico is represented by Mr. Hugo Perezcano Díaz, *Director General de Consultoría Jurídica de Negociaciones, Secretaría de Economía*.

II. PROCEDURAL HISTORY

6. On 21 March 2002, Thunderbird submitted a “Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration Under Section B of Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement,” alleging that Mexico had breached its obligations under the North American Free Trade Agreement (“NAFTA”), more specifically under Article 1102 (National Treatment), Article 1103 (Most-Favoured Nation Treatment), Article 1105 (Minimum Standard of Treatment) and Article 1110 (Expropriation and Compensation) of the NAFTA.
7. On 1 August 2002 (and received by Mexico on 22 August 2002), Thunderbird submitted a Notice of Arbitration and Statement of Claim against Mexico pursuant to the provisions of Chapter Eleven of the NAFTA and under the UNCITRAL Rules of Arbitration (the “Notice of Arbitration”).
8. In the Notice of Arbitration at ¶34, Thunderbird sought the following relief: “i. Damages of not less than USD\$100,000,000; ii. Costs associated with these proceedings, including all professional fees and disbursements; iii. Pre-award and post-award interest at a rate to be fixed by the Tribunal; iv. Tax consequences of the award to maintain the integrity of the award; v. Such other and further relief that counsel may advise and that this Tribunal may deem appropriate.”
9. By letter dated 4 September 2002, Mexico raised objections regarding the language of the proceedings and alleged further that the Notice of Intent did not fully satisfy the NAFTA requirements. Correspondence was subsequently exchanged between the Parties regarding Mexico’s objections.
10. On 14 March 2003, the Arbitral Tribunal was constituted. The Tribunal is composed of Professor Dr. Albert Jan van den Berg (appointed as President of the Tribunal by the Secretary-General of ICSID), of Dutch nationality, residing in Tervuren, Belgium; Professor Thomas W. Wälde (appointed by Thunderbird), of German nationality, residing in Dundee, Scotland, United Kingdom and Mr.

Agustín Portal Ariosa (appointed by Mexico), of Mexican nationality, residing in Mexico DF, Mexico. Mr. Gonzalo Flores of ICSID was designated to serve as Secretary of the Tribunal.

11. The first session of the Tribunal was held, with the Parties' agreement, in Washington D.C. on 29 April 2003. During that session, after having heard the Parties' arguments, the Tribunal informed the Parties that the arbitration would be conducted in the English and Spanish language; that the place of arbitration in the legal sense would be Washington, D.C.; and that Mexico was invited to inform Thunderbird and the Tribunal whether it pursued objections based on lack of jurisdiction and/or inadmissibility (the "Preliminary Question"), following which the Tribunal would issue a ruling on the question of bifurcation of the proceedings with respect to the Preliminary Question. It was agreed further that the Secretariat of ICSID would render administrative services in relation to the arbitral proceedings similar to those rendered in arbitrations under the ICSID Additional Facility Rules.
12. Order No. 1 (by Consent) was issued by the Arbitral Tribunal on 27 June 2003, in which the sequence of the proceedings and a number of procedural matters were set out.
13. On 29 May 2003, Thunderbird submitted a Request for Production of Documents; Mexico filed objections to said request on 27 June 2003. By Order No. 2 dated 31 July 2003, the Tribunal ruled on the Request for Production of Documents and offered Thunderbird the possibility to submit timely a renewed request that comported with Order No. 2.
14. On 27 June 2003, Thunderbird filed a Motion to Obtain an Interim Measure under Article 1134 of the NAFTA. Mexico filed observations on Thunderbird's motion on 17 July 2003. A telephone conference was held between the Tribunal and the Parties on 15 August 2003 to discuss Thunderbird's motion. During the telephone conference, a number of practical aspects relating to Thunderbird's motion were agreed, and in particular that the Parties would carry out a joint

visit of the sites. The joint visit took place on 5-7 November 2003. By letter of 26 November 2003, the Tribunal accordingly informed the Parties that it considered Thunderbird's motion to have become moot.

15. On 15 August 2003, Thunderbird filed a Particularized Statement of Claim.
16. On 27 August 2003, Thunderbird filed a Supplemental Request for Production of Documents, pursuant to Order No. 2; Mexico filed observations in response on 15 October 2003. By letter of 26 November 2003, the Tribunal informed the Parties that, in the absence of any reaction from Thunderbird, it inferred that the matter required no further action from the Tribunal.
17. On 29 August 2003, Mexico filed a Supplementary Request for Production of Documents; Thunderbird responded thereto on 22 September 2003. Subsequent correspondence was exchanged between the Parties. On 11 December 2003, the Tribunal ruled on Mexico's Supplementary Request (*see* Order No. 3).
18. On 18 December 2003, Mexico filed an "*Escrito de Contestación*" (Statement of Defence), including "*Excepciones de Incompetencia y Admisibilidad* [Exceptions of Jurisdiction and Admissibility]."
19. On 22 December 2003, Thunderbird filed a Submission on Whether to Bifurcate the Proceedings.
20. Pursuant to Order No. 4 dated 24 December 2003, the Tribunal ruled that the Preliminary Question was joined to the merits and it invited the Parties to address the Preliminary Question in their forthcoming submissions.
21. On 9 February 2004, Thunderbird filed a Statement of Reply.
22. On 24 February 2004, Mexico submitted a further Request for Production of Documents. Thunderbird filed objections thereto on 3 March 2004. The Tribunal ruled on Mexico's Request in Order No. 5 dated 12 March 2004.

23. On 7 April 2004, Mexico filed a Statement of Rejoinder.
24. On 9 April 2004, Thunderbird filed a Motion to Strike the Witness Statement of Professor Nelson Rose (submitted by Mexico); Mexico objected thereto on 14 April 2004. Thunderbird's Motion to Strike was denied pursuant to Order No. 6 dated 19 April 2004.
25. On 20 April 2004, a pre-hearing telephone conference was held between the Parties and the President of the Tribunal to discuss procedural matters relating to the Hearing; those matters were recorded in Order No. 7 dated 22 April 2004 (which was further supplemented by Order No. 8 dated 25 June 2004).
26. On 26 through 29 April 2004, a hearing for oral argument and witness testimony took place at the offices of ICSID, Washington D.C. (the "Hearing"). For Thunderbird appeared: Mr. James D. Crosby, Professor Todd Weiler, and Mr. Carlos Gomez. For Mexico appeared: Mr. Hugo Perezcano Díaz, Ms. Alejandra Treviño and Mr. Luis Marin of Secretaría de Economía; Mr. Stephan E. Becker, Mr. Sanjay Mullik, Ms. Suzanne Wilkinson and Ms. Zuraya Tapia Alfaro of Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP; and Mr. Christopher J. Thomas and Mr. J. Cameron Mowatt of Thomas & Partners.
27. At the Hearing, testimony was heard from Mr. Jorge Montaño; Mr. Albert Atallah; Mr. Jack Mitchell; Mr. Peter Watson; Mr. Kevin McDonald; Mr. Luis Ruiz de Velasco; Mr. Steven M. Rittvo; and Mr. Carlos Gomez for Thunderbird. Testimony was heard from Professor I. Nelson Rose; Mr. Alberto Alcántara Martínez; and Mr. Luis Martínez for Mexico.
28. The Government of Canada was represented at the Hearing by Mr. Roland Legault. The Government of the United States of America was represented at the Hearing by Mr. Mark S. McNeill.

29. During the Hearing, the Tribunal circulated a draft tentative list of issues, which was subsequently revised pursuant to the Parties' comments on the draft. The Parties addressed the list of issues in their Post-Hearing Memorials.
30. On 28 April 2004, the Parties filed a *Dramatis Personae*.
31. On 21 May 2004, the Governments of the United States of America and Canada each filed a Submission pursuant to Article 1128 of the NAFTA.
32. On 2 August 2004, the Parties filed Post-Hearing Briefs.
33. On 3 August 2004, the Parties filed a jointly prepared chronology of events.
34. By letter of 3 August 2004, Thunderbird applied to the Tribunal to consider and admit new evidence regarding a complaint filed on 30 November 2001 with the Office of Internal Control of the Secretary of State of Mexico, and the latter's response thereto on 20 July 2004. By letter of 6 August 2004, Mexico objected to Thunderbird's request. By letter of 10 August 2004, Thunderbird applied to the Tribunal to consider and admit new evidence regarding the Bella Vista Entertainment Centre in Monterrey and the Reflejos facilities in Rio Bravo and Reynosa. By letter of 13 August 2004, further to its letter of 3 August 2004, Thunderbird requested the Tribunal to admit into evidence a copy of the Office of Internal Control file pertaining to the complaint. By letter of 17 August 2004, Mexico objected to the requests made by Thunderbird in its letters of 3, 10, and 13 August 2004.
35. Mexico filed a cost submission on 12 August 2004. Thunderbird filed a cost submission on 26 August 2004.
36. Pursuant to Order No. 9 dated 13 September 2004, the evidence submitted by Thunderbird in its letters of 3, 10, and 13 August 2004 was admitted into the record, without prejudice to the relevance, materiality and weight of the evidence in question.

37. On 22 October 2004, Mexico filed further observations regarding the new evidence submitted by Thunderbird. On 5 November 2004, Thunderbird filed reply observations.
38. On 19 November 2004, Mexico submitted a “Duplicata al escrito de réplica de la demandante”; On 22 November 2004, Thunderbird filed a Motion to strike Mexico’s submission. Pursuant to Order No. 10 dated 30 November 2004, Thunderbird’s motion to strike was denied and Thunderbird was afforded the possibility to submit a response to the “Duplicata”; said response was filed by Thunderbird on 8 December 2004.
39. The Tribunal deliberated on various occasions before issuing the Award.
40. In this Award, the Tribunal shall use the following method of citation:
 - “Notice of Intent” refers to Thunderbird’s 21 March 2002 Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration;
 - “Notice of Arbitration” refers to Thunderbird’s 1 August 2002 Notice of Arbitration and Statement of Claim;
 - “PSoC” refers to Thunderbird’s 15 August 2003 Particularized Statement of Claim;
 - “SoD” refers to Mexico’s 18 December 2003 Statement of Defence;
 - “SoR” refers to Thunderbird’s 9 February 2004 Statement of Reply;
 - “SoRej” refers to Mexico’s 7 April 2004 Statement of Rejoinder;
 - “Tr.” refers to the Transcript made of the 26-29 April 2004 Hearing;

- “C-PHB” and “R-PHB” refer to the Post-Hearing Briefs filed by Thunderbird and Mexico on 2 August 2004.

III. SUMMARY OF FACTS

41. Thunderbird is engaged in the business of operating gaming facilities.
42. In the period late 1999 to early 2000, according to Thunderbird, Mr. Jack Mitchell, president and CEO of Thunderbird, with the assistance of Mr. Peter Watson, an American attorney, initiated investigations concerning potential “skill machine” opportunities in Mexico. Meetings were held with Messrs. Doug Oien and Ivy Ong (of A-1 Financial Ltd), both involved in gaming activities, and with Messrs. Julio Aspe and Oscar Arroyo, two Mexican attorneys who had allegedly represented a Mexican national, Mr. Jose Guardia, with respect to his gaming operations in Mexico.
43. In the period April through June 2000, according to Thunderbird, Mr. Luis Ruiz de Velasco of Baker & McKenzie, Mexican counsel of Thunderbird, met with Messrs. Aspe and Arroyo to discuss procedures utilized by Mr. Guardia to defend his gaming operations against actions by the Mexican government, such as “*amparo*” proceedings (temporary injunctive relief), but concluded that such procedures would not provide Thunderbird with the certainty necessary to proceed with its proposed operations in Mexico.
44. On 5 April 2000, Entertainmens de México S.A. de C.V. (“EDM”) was formed by Messrs. Juan Jose Menendez Tlacetelpa and Alejandro Rodriguez Velazquez.
45. On 1 May 2000, EDM entered into a lease for a location in Matamoros (which was revised and extended for 5 years on 20 July 2000).
46. On 26 May 2000, Thunderbird and Messrs. Oien and Ong entered into a “Letter of Intent” regarding the operation of gaming facilities in Mexico.

47. On 22 June 2000, Juegos de México Inc. (“JDMI”) and A-1 Financial Ltd. entered into a “Revenue Share and Consulting Agreement” regarding the operation of gaming facilities in Mexico.
48. In July 2000, according to Thunderbird, following contacts between Messrs. Aspe and Arroyo and the Mexican government, Thunderbird decided to request an official opinion concerning the legality of its proposed gaming operations and if the response were favourable, Thunderbird would proceed with the opening and operation of its “skill machine” facilities in Mexico.
49. On 31 July 2000, EDM imported 50 Bestco Model MTL19U-8L video gaming machines.
50. On 3 August 2000, EDM presented a written request to the Director General de Gobierno de la *Secretaría de Gobernación* (“SEGOB”) concerning its proposed gaming operations in Mexico (the “*Solicitud*”). The full text of the *Solicitud* (English Translation submitted by Thunderbird) provides as follows (numbering between square brackets added):

JUÁN JOSÉ MENÉNDEZ TLACATELPA, legal representative of ENTERTAINMENS DE MÉXICO, S.A DE C.V. which accredits his personality by a certified copy of a notarized document attached hereby, and who has as conventional address, for receiving and hearing any type of communication and documents, Plaza Inverlat piso 12, Blvd. M. Avila Camacho n/ 1, C.P. 1 1009, Mexico D.F., authorizes, for this purpose, Mr. Luis Ruiz de Velasco y P. and with all respects I appear before you to say:

By the means of these writings, I come to request from you that this *Dirección General* give an opinion about the activities that the party I represent is carrying out and which consist in the commercial exploitation of video game machines for games of skills and ability in accordance with the following:

1. - Entertainmens de México, S.A. de C.V., is a legal entity incorporated in accordance with the Laws of the Republic of Mexico with the public deed 38,765, which was issued and granted by the Public Notary Number 53, Mr. Rodrigo Orozco Perez, in Mexico D.F. as is proven by the attached notarial affidavit; and which is also registered in the Federal Registry of Taxpayers under the symbol EME-000405 -LQ7.

2. - The entity which I represent opened a business, at Av. de las Rosas N° 70-A, Colonia Jardin in the city of Matamoros, Tamaulipas, under the commercial name “La Mina de Oro”, which operates video game machines for games of skills and ability, and complies with all Municipal requirements.

3. - The video game machines for games of skills and ability, which the entity I represent commercially exploits, are devices for recreation which have been designed for the enjoyment and entertainment of its users. In these games, chance and wagering or betting is not involved, but the skills and abilities of the user who has to align different symbols on the machine screen by touching the screen or pushing buttons in order to stop the wanted symbol from several other symbols which spin in a sequential manner in each of the lanes or squares of each video game. The user has to align symbols in an optimum combination to receive a ticket with points which can be traded for goods or services; as this is already done at different locations in the country.

4.- The video game machines for games of skills and ability which we operate, at this present time at the place indicated above on this writings, are trademark Bestco, model MTL19U-8L and S.C.I. model 17"UR; and the entity I represent is trying to place about 2,000 (two thousand) more machines at other locations in the Republic of Mexico and these machines are of the same identical mechanical nature and functioning as those described in point 3, above.

[5] For all I have declared above, I come to this *Dirección General* requesting your opinion about the commercial activities which hereby I have detailed, and, therefore, you can express your opinion about the video game machines for games of skills and ability, which we have referred hereby, in order to

determine if these games are regulated by the *Ley Federal de Juegos y Sorteos*.

[6] We are requesting an opinion from this *Direccion General* so the entity I represent has the certainty that the commercial exploitation of video game machines for games of skills and ability is legal; after an analysis of the nature of our machines, and the legal dispositions, we have concluded that our machines are not bound by *Ley Federal de Juegos y Sorteos* and, therefore, are not regulated by *Secretaria de Gobernación* or any other federal authority since the activity which this company is engaged in is not found within the faculties foreseen in Article 73, of Constitution General de la República and which in its Fraction X clearly indicates that the Congress of the Union has exclusive authority to legislate, in the whole of the Republic, about games with bets, wagers and drawings, and that the Executive Federal has the authority to regulate these activities; but in entertainment where skills and ability is involved, it is logical that these are not under federal authority since La *Constitución General de la República* doesn't indicate that the Congress of the Union can exclusively legislate in such matters. Consequently, the authority to regulate this type of entertainment is not granted exclusively to the Federation, and, therefore, this is excluded from *la Ley Federal de Juegos y Sorteos*.

[7] The nature of video game machines for games of skills and ability is not games of chance or games with bets, wagers or drawings, since, in the operation of these machines, the player seeks entertainment and is playing with our machines assuming an active position where his intelligence, his willpower, his experience and his skills to optimally answer to specific stimulus with the object of finding a combination, effect or boast on the machine, intervene; which can only be possible with ability, experience and control over the machine, and all of this is for the purpose of entertainment and enjoyment, and at the time, the player can receive points that he can trade for a prize as a reward for the skills achieved and in no way as the result of chance.

[8] For this, it is clear to us, that is the skills and ability of the person who produces the effect over the videogame machine, and it is not the chance, the possibility, the fortune, or bet since the determinant to get results is the skills and ability of players; something very different from games of bets and wagers where there is a previous pact or covenant between the company and the user and, therefore, there is an agreement to handle an amount of money or any other thing, and all of this depends on a chance, on the unforeseen, or is not subject to the willpower or control of the user.

[9] For that declared above, we have concluded that our operation is not of the type prohibited by *la Ley Federal de Juegos y Sorteos* since our video game machines do not use chance, bets or wagers, and these video games are only for the purpose of entertainment in which the users can obtain prizes for their skills and abilities, and I'm requesting from this *Dirección General* your opinion about this.

51. On 4 August 2000, EDM bought 30 SCI model 17" U R “*máquinas de video para juegos de habilidad y destreza*,” which were imported on 14 August 2000.
52. On 10/11 August 2000, JDMI acquired all EDM shares from Messrs. Tlacaltelpa and Velasquez. Mr. Mitchell was designated president of EDM’s board of directors.
53. On 10 August 2000, EDM filed an “Aviso de Apertura,” whereby it gave notice to local authorities of its intended operations in its Matamoros facility, called “La Mina de Oro.”
54. According to a draft letter dated 10 August 2000, Mr. Watson wrote to Messrs. Aspe and Arroyo to confirm payment of a “success fee” of US\$300,000 upon delivery of a letter from SEGOB “which indicates that, according to the applicable laws of Mexico, there is no opposition or limitation to operate our skill machine venture in the Republic of Mexico.” Thunderbird confirmed payment of US\$300,000 in a signed letter dated 15 August 2000 to Messrs. Aspe and Arroyo.

55. By letter dated 15 August 2000, SEGOB issued a formal response to Thunderbird's *Solicitud* (the “*Oficio*”). The *Oficio* was signed by Rafael de Antuñano Sandoval, *Director de Juegos y Sorteos*, in the name and on behalf of, Mr. Sergio Orozco Aceves, Director General of Government of SEGOB. The *Oficio* was copied to Messrs. Roberto Pedro Martinez Ortiz, Director General of Legal Affairs of SEGOB, and Sergio Orozco Aceves, Director General of Government of SEGOB. The full text of the *Oficio* (English translation provided by Thunderbird) provides as follows (numbering between square brackets added):

[1] Regarding your letter dated August 3, 2000, received on August 8, 2000 by the Directorate of Games and Sweepstakes, entity that depends from this Directorate, whereby you request this entity to issue a response regarding your representative’s exploitation of machines that operate under the concept of ability and skilfulness of its users, please be advised as follows:

[2] As you may be aware, the Federal Law of Games and Sweepstakes, establishes with precision diverse dispositions that prohibit gambling and luck related games within the Mexican territory. Article I of such law establishes that “... - All gambling and luck related games are prohibited within the Mexican territory, under the disposition of this law.”

[3] Likewise, Article 3 of such law establishes that, “The federal executive branch, by means of the Ministry of State, shall supervise the regulation, authorization, control and vigilance of all games when such games contact gambling of any kind; as well as the sweepstakes, with the exception of the National Lottery, which shall be governed by its own law.”

[4] In the same light, Article 4 of such law establishes that “in order to establish or operate any open or closed place, in which gambling games or sweepstakes take place, the Ministry of State shall authorize such establishments or operations, specifying the corresponding requirements and conditions to be fulfilled in every case.”

[5] According to the above mentioned, the provisions established under the Federal Law of Games and Sweepstakes are enforceable legal dispositions that specifically prohibit gambling and luck related games within the Mexican territory; notwithstanding the above mentioned, according to your statement, the machines that your representative operates are recreational video game devices for purposes of enjoyment and entertainment of its users, with the possibility of obtaining a prize, without the intervention of luck or gambling, but rather the user's ability and skilfulness.

[6] In this light, it is important to clarify that, if the machines that your representative exploits operate in the form and conditions stated by you, this governmental entity is not able to prohibit its use, in the understanding that the use of machines known as "coins-swallowers", "token-swallowers" or "slot machines", in which the principal factor of the operation is luck or gambling and not the user's ability of skilfulness as you stated, could constitute any of the hypothesis described under the Federal Law of Games and Sweepstakes, with the corresponding legal consequences that may be derived therefrom, under article 8 of such law.

[7] In that view, and based on articles 27, section XXI of the Organic Law of the Federal Government; 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8 and other articles related and applicable to the Federal Law of Games and Sweepstakes; as well as articles 8 and 14, Section XVII of the Interior Regulations of the Ministry of State, thus Directorate, in accordance with the faculties previously conferred for such effect; warns you that in the machines that your representative operates there shall be no intervention of luck or gambling; warning that will not be in effect if the machines to be operated are video game devices that operate under the concept of ability and skilfulness.

[8] Please be advised that, even though the machines of your representative operate under the concept of the user's ability and skilfulness, it is necessary that the obligations and requirements set by the laws and regulations of each state and/or municipality be met.

56. On 16 August 2000, Thunderbird Greely, Inc., wired US\$300,000 to an entity called “Consultoria Internacional Casa de Cambio, S.A. de C.V.,” a Mexican Currency Exchange entity, for further credit to Rafael Ramos Velasco.
57. On 17 August 2000, Thunderbird announced that it had entered into an agreement with JDMI to operate a business of “*máquinas de destreza*” of games and video in Matamoros.
58. On 18 August 2000, according to Thunderbird, EDM-Matamoros opened “*La Mina de Oro*.”
59. On 25 August 2000, Mr. Ruiz de Velasco of Baker & McKenzie addressed a legal opinion to Mr. Mitchell of Thunderbird with respect to the 15 August 2000 *Oficio*, which provides as follows:

As requested, we hereby give you our opinion with respect to the official letter dated August 15, 2000, (the “Official Letter”) issued by the Mexican Ministry of Interior (“*Secretaría de Gobernación*”) in favour of Entertainmens de México, S.A. de C.V. (“EDM”), and which refers to the operation in Mexico of video game skill machines. Copy if the Official Letter and the English translation thereof is attached hereto.

Based on the principal terms of the Official Letter, the Ministry of Interior states that it does not have any jurisdiction over the operation of said machines, since in accordance with the representations made by EDM in its application, the video games skill machines to be operated by EDM do not fall into the classification of “slot machines”, which are forbidden in Mexico pursuant to the applicable laws, in view of the fact that they are considered to be gaming and/or betting machines.

Furthermore, under the Official Letter the Ministry of Interior emphasizes that EDM can operate the video games skill machines as long as they do not become, in any manner whatsoever, as gaming or betting machines; provided; however,

that EDM complies with the states and/or municipal laws or regulations in Mexico.

Based upon the foregoing, we are of the opinion that EDM is allowed to operate in Mexico the video game skill machines as long as EDM complies with the administrative requirements set forth by the state or municipal laws and regulations in Mexico.

Evenmore, in the event the Ministry of Interior intends to close down EDM's operations, EDM will be able to appeal; in the understanding, that EDM must comply at all times with each and everyone of the requirements set forth by the competent authorities where the machines are operating.

Should you have any questions, please do not hesitate to contact us.

60. In October 2000, Thunderbird formed Entertainmens de Mexico-Monterrey S. De R.L. de C.V. (“EDM-Monterrey”). Thunderbird’s intended Monterrey gaming facility never opened.
61. In November 2000, JDMI and Thunderbird Brazil formed Entertainmens de Mexico Laredo S. de R. L. de C.V. (“EDM-Laredo”).
62. In December 2000, Mr. Vicente Fox’s administration came into office in Mexico. Mr. Jose Guadalupe Vargas Barrera was appointed the new “*Director de Juegos y Sorteos*.”
63. On 21 December 2000, Mr. Albert Atallah wrote to Messrs. Oien and Ong “to confirm that A-1 Financial and its principals are no longer authorized to represent International Thunderbird Gaming Corporation, its affiliates and subsidiaries (including Entertainmens de Mexico) with respect to the Mexico Skill Game Operation” and stating, “Thunderbird does not believe that A-1 Financial met its obligations contemplated by the original agreement.”

64. On 21 January 2001, EDM-Laredo opened a gaming facility in Nuevo Laredo.
65. On 25 February 2001, SEGOB proceeded to an official closure of the Nuevo Laredo facility.
66. On 16 March 2001, because of administrative irregularities affecting SEGOB's order for official closure of Nuevo Laredo, SEGOB lifted the seals of the Nuevo Laredo facility. Thunderbird reopened the facility on 20 March 2001.
67. On 12 April 2001, Thunderbird, Messrs. Oien, Ong and A-1 Financial entered into a Termination Settlement and Release Agreement.
68. On 5 June 2001, JDMI & Thunderbird Brazil formed Entertainmens de Mexico-Reynosa S. de R. L. de C.V. ("EDM-Reynosa").
69. On 20 June 2001, Thunderbird formed Entertainmens de Mexico-Puebla S. de R.L. de C.V. ("EDM-Puebla"). Thunderbird's intended Puebla gaming facility never opened.
70. On 10 July 2001, an administrative hearing was held at the offices of the *Director de Juegos y Sorteos* in Mexico City (the "Administrative Hearing"). Thunderbird was represented at the Administrative Hearing by Messrs. Watson, Jorge Montaño, Mauricio Girault, Carlos Gomez and Mr. Ruiz de Velasco. Thunderbird submitted documentary evidence and witness testimony, and Mr. Kevin McDonald of SCI appeared and provided a briefcase-sized machine for demonstration. On SEGOB's side, Mr. Guadalupe Vargas and Mr. Alcántara were present.
71. On 13 July 2001, Thunderbird formed Entertainmens de Mexico-Juarez S. de R.L. de C.V. ("EDM-Juarez"). Thunderbird's intended Juarez gaming facility never opened.
72. In August 2001, EDM-Reynosa opened a gaming facility in Nuevo Laredo.

73. On 10 October 2001, SEGOB issued a “*Resolución Administrativa*,” declaring that the EDM machines were prohibited gambling equipment under the *Ley Federal de Juegos y Sorteos* and ordering the official closure of the EDM-Matamoros and EDM-Laredo facilities (the “Administrative Order”). The Administrative Order was signed by Mr. Humberto Aguilar Coronado, Director General of Government of SEGOB.
74. On 11 October 2001, SEGOB proceeded to an official closure of the EDM-Matamoros and EDM-Laredo facilities.
75. On 15 October 2001, EDM filed a “*juicio de amparo*” before the “Juez de Distrito en Turno” seeking injunctive relief with respect to the official closure of the EDM-Laredo facility, which was denied by the court on 18 October 2001.
76. On 23 October 2001, EDM filed a “*juicio de amparo*” before the Mexican District Court seeking injunctive relief with respect to the official closure of the EDM-Matamoros facility, which was denied on 21 January 2002.
77. On 5 December 2001, EDM filed a “*juicio de nulidad*” for the annulment of the Administrative Order before the “*Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*.”
78. On 21 January 2002, SEGOB proceeded to the official closure of the Reynosa facility. EDM-Reynosa filed a “*juicio de amparo*” for temporary injunctive relief.
79. On 21 March 2002, Thunderbird initiated the present arbitration proceedings.
80. On 10 May 2002, EDM’s “*juicio de nulidad*” was denied by the *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*.

81. On 30 May 2002, a “*Tribunal Colegiado*” denied EDM’s “*amparo*” with respect to the official closure of the EDM-Laredo facility. EDM-Laredo was subsequently closed down.
82. On 10 June 2002, the judge ratified the decision denying EDM’s “*amparo*” for Matamoros.
83. On 17 July 2002, EDM discontinued the “*juicio de amparo*” with respect to the official closure of the EDM-Reynosa facility.
84. On 21 August 2002, EDM discontinued the “*juicio de amparo*” with respect to the official closure of the EDM-Matamoros facility.

IV. ISSUES TO BE DETERMINED BY THE ARBITRAL TRIBUNAL

85. In resolving this dispute, the Tribunal shall determine the main issues by reference to the draft Tentative List of Issues referred to in ¶ 29 above:

A. General

1. What is the applicable law for resolving each of the Issues mentioned below?
2. Which of the Parties has the burden of proof for each of the Issues mentioned below?

B. Jurisdiction and/or admissibility

3. Does Thunderbird “own or control directly or indirectly” at the relevant times any of the companies listed below (the “EDM Companies”) that would entitle it to submit to arbitration a claim on behalf of them under Article 1117 NAFTA? If not, what are the consequences thereof?

- (a) Entertainmens de Mexico S. de R. L. de C.V.
("EDM-Matamoros")
- (b) Entertainmens de Mexico Laredo S. de R. L. de C.V. ("EDM-Laredo")
- (c) Entertainmens de Mexico Reynosa S. de R. L. de C.V. ("EDM-Reynosa")
- (d) Entertainmens de Mexico Puebla S. de R. L. de C.V. ("EDM-Puebla")
- (e) Entertainmens de Mexico Monterrey S. de R. L. de C.V. ("EDM-Monterrey")
- (f) Entertainmens de Mexico Juarez S. de R. L. de C.V. ("EDM-Juarez").

4. Does the filing by Thunderbird of waivers on behalf of EDM-Puebla, EDM-Monterrey and EDM-Juarez on 15 August 2003 comply with the requirements of Article 1121 NAFTA? If not, what are the consequences thereof?

Subject to the answers to Issues 3 and 4, the Issues regarding the merits are:

C. Merits – General

5. What is the role, if any, of Chapter Eleven of the NAFTA in the present case? Specifically:

5.1 Does Chapter Eleven of the NAFTA recognize and protect the right of a Contracting Party to regulate a certain conduct that it considers illegal?

5.2 If so, does the *Ley Federal de Juegos y Sorteos* of 31 December 1947 form part of Mexico's law to regulate a certain

conduct that it considers illegal, and what are the consequences thereof?

5.3 What is the role and jurisdiction of the Tribunal in relation to the Mexican judicial system regarding the subject matter of Thunderbird's claims in the present case?

5.4 If and to what extent do administrative proceedings of SEGOB form part of Issue 5.3?

6. Is the functionality of the machines, technically or otherwise, operated by the EDM Companies relevant in the present case?

6.1 If so, is that question to be determined under the *Ley Federal de Juegos y Sorteos* of 31 December 1947 and/or on some other basis?

6.2 If so, by whom should that question be determined? In particular, is the Tribunal to defer to the determination by SEGOB? And if so, was that opinion relevant for the dispute?

(a) before 15 August 2000;

(b) between 15 August 2000 and 10 October 2001;
and/or

(c) after 10 October 2001?

6.3 Assuming that the question is to be determined by the Tribunal, what are the relevant criteria for such a determination? Specifically:

(a) Were the machines in question skill machines or slot machines?

(b) Is there a “uniqueness for Mexico,” as is contended by Thunderbird, and if so, is it relevant for such determination?

6.4 Assuming that the question is to be determined by the Tribunal and in light of the answer to Issue 6.3, did the machines in question meet the applicable criteria?

7. Was a legitimate expectation created by SEGOB’s letter of 15 August 2000 to the effect that it brings Thunderbird’s claims in the present case under Article 1102, 1105 and/or 1110 NAFTA? Specifically:

7.1 If and to what extent is a legitimate expectation legally relevant under Article 1102, 1105 and/or 1110 NAFTA?

7.2 What are the standards for a legitimate expectation in that respect?

7.3 What is the meaning and legal status of the SEGOB letter of 15 August 2000, and what is the relevance thereof?

7.4 Did EDM fail to disclose relevant facts, in particular in its *solicitud* of 3 August 2000, as it is alleged by Respondent, and if so, what is the relevance thereof?

7.5 What are the consequences of the answers to the foregoing Issues 7.1 -7.4?

D. Merits – Articles 1102, 1105 and 1110 NAFTA

8. Did Respondent breach the “National Treatment” standard under Article 1102 NAFTA?

8.1 Which of the following tests as postulated by the disputing parties is the test to be applied under Article 1102 NAFTA? Specifically:

(a) As it is contended by Thunderbird, is the Tribunal to apply a three-part test, being:

(i) identification of the relevant subjects of the national treatment comparison (the basis being the likeliness of comparators);

(ii) consideration of the relative treatment received by each comparator (the basis being the best level of treatment available to any other domestic investor operating in like circumstances); and

(iii) consideration whether factors exist which could justify any difference in treatment so found (to be construed narrowly and the burden of proof shifting to Respondent)?

(b) Or, as it is contended by Respondent, is the Tribunal to apply Article 1102 in the sense that it is directed only to nationality-based discrimination and proscribes only demonstrable and significant indications of bias and prejudice on the basis on nationality, which are to be proven by Thunderbird, “the like circumstances” of Article 1102 requiring an adequate comparison on the basis of the facts, thereby taking into account, in particular, compliance with local law relating to illegal conduct?

8.2 On the basis of the test to be applied, did Respondent actually breach Article 1102? Specifically, and to the extent relevant under the test to be applied:

(a) Does the fact that *Guardia* and *de la Torre* are allegedly operating machines essentially identical to the machines operated by the closed EDM Companies mean that Respondent has not accorded to the EDM Companies treatment no less favourable than that it accords, in the like circumstances, to its own investors under Article 1102?

(b) Are other “skill game” operators that have resorted to local remedies and that have obtained injunctive relief pending a final disposition of the legality of *Gobernación*’s closure order against them ‘in like circumstances’ to the EDM companies, as contended by Thunderbird?

(c) Did SEGOB take action against facilities of the kind of the EDM Companies, including those owned by *Guardia* and *de la Torre*, as it is alleged by Respondent, and if so, what is the relevance thereof?

(d) What is the relevance, if any, of the fact that EDM abandoned judicial redress in Mexico against the closure of its facilities?

9. Did Respondent breach the “Minimum Standard of Treatment” under Article 1105 NAFTA?

9.1 What does the “Minimum Standard of Treatment” under Article 1105 NAFTA mean and how is it to be applied by a NAFTA arbitral tribunal?

9.2 Subject to the answer to Issue 7 and 9.1 above, was there a detrimental reliance by Thunderbird on SEGOB’s letter of 15 August 2000, also in light of Thunderbird’s *solicitud* of 3 August 2000, and if so, did it constitute a breach of Article 1105 NAFTA?

9.3 Subject to the answer to Issue 9.1 above, was there a failure to provide due process, constituting an administrative denial of justice, in the proceedings relating to the ruling of 10 October 2001, and if so, did it constitute a breach of Article 1105 NAFTA?

9.4 Subject to the answer to Issue 9.1 above, was there manifest arbitrariness in administration, constituting proof of an abuse of right, in the proceedings before SEGOB, and if so, did it constitute a breach of Article 1105 NAFTA?

10. Did Respondent engage in an expropriation in violation of Article 1110 NAFTA?

10.1 Does the fact that Thunderbird did not submit to arbitration a claim on its own behalf under Article 1116 NAFTA, but rather on behalf of the EDM Companies under Article 1117 NAFTA, preclude it from obtaining compensation under Article 1110?

(a) In this connection, should, as it is requested by Thunderbird at pages 69-70 of its SoR, leave be granted to Thunderbird to amend its PSoC to include, in the further alternative, a claim for 100% of the damages caused to the businesses of each EDM Company as a result of Respondent's alleged breach of Article 1110, using Article 1116 NAFTA?

(b) Does a breach of Article 1110 NAFTA also constitute a breach of Article 1105 NAFTA, as it is contended by Thunderbird?

(i) In this connection, what is the relevance, if any, of Section B.3 of the Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions by the NAFTA Free Trade Commission of 31 July 2001 ("A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1)")?

(c) Does Article 1110 NAFTA impose an obligation of Respondent vis-à-vis the EDM Companies?

10.2 Subject to the answer to Issue 10.1 above, and having also regard to Issue 10.3 below, is it relevant to determine which is or are the expropriation standard or standards to be applied under Article 1110 NAFTA? If so, which is that standard or are those standards?

10.3 Subject to the answers to Issues 7, 10.1 and 10.2 above, did any rights legitimately acquired by the EDM Companies exist in the businesses conducted by them? Specifically:

- (a) Did the EDM Companies operate on the basis of a business undertaking that is unlawful under Mexican law?
- (b) Did the EDM Companies operate on the basis of a legitimate expectation, being similar to the detrimental reliance as alleged by Thunderbird under Article 1105?
- (c) Assuming that the answers to Issues (a) and (b) of the present Issue 10 are in the affirmative, do the actions of SEGOB amount to expropriation within the meaning of Article 1110 NAFTA?

E. Merits – Damage

11. If the answer to Issues 8 and/or 9 and/or 10 above is in the affirmative, is Thunderbird entitled to damages, and if so for what amount?

11.1 What are the compensation principles to be applied to damages in the present case?

- (a) Are these principles different with respect to breaches of Articles 1102, 1105 and 1110 NAFTA, and if so, what are the differences?
- (b) Does a distinction arise from whether the act complained of is lawful or unlawful?
- (c) At which date are the damages to be determined?

11.2 Is there a sufficient causal link between the breach and the damages claimed by Thunderbird?

11.3 Are the damages claimed by Thunderbird a reasonably foreseeable consequence of the act that constituted the breach by Respondent?

11.4 Subject to the answers to Issues 11.1 – 11.3 above, should the damages be valued on the basis of a fair market value of the EDM Companies calculated for anticipated future profits by a discounted cash flow (“DCF”) method, as contended by Thunderbird?

11.5 To the extent that it is not addressed under Issues 11.1 - 11.4 above, has Thunderbird proven the damages as claimed by it?

11.6 Subject to the answers to the foregoing Issues 11.1-11.5, what is the amount of damages?

11.7 As regards interest with respect to the damages:

- (a) What is the rate of interest to be applied, and which is the currency to be taken into account in that respect?
- (b) Is interest to be compounded?
- (c) For which period of time is interest to be applied?

F. Costs

12. What are the costs of the arbitration and which party shall bear those costs or in which proportion shall those costs be allocated between the parties?

V. ANALYSIS OF ISSUES FOR DECISION

86. The Tribunal shall now proceed to evaluate the issues *seriatim*. In this regard, the Tribunal has considered all arguments, documents, and testimony that form part of the record in this case, and shall address the contentions made by the Parties to the extent relevant to the Tribunal's decisions. The Tribunal's decisions are based on the entire record in this case.

A. General

Issue 1. What is the applicable law for resolving each of the Issues mentioned below?

(i) Thunderbird's position

87. Thunderbird contends that the applicable law for resolving all issues presented in this arbitration consists of the claimed provisions of Section A of Chapter Eleven of the NAFTA and the applicable rules of international law. Further, according to Thunderbird, the Chapter Eleven of the NAFTA provisions should be interpreted in accordance with the customary international law rules of treaty interpretation and in light of the objectives of the NAFTA and its governing principles specified in Article 102.

(ii) Mexico's position

88. Mexico refers to Article 1131(1) of the NAFTA and contends that the Tribunal must decide the issues in dispute by reference to the relevant provisions of Chapter Eleven of the NAFTA and the applicable rules of international law. MEXICO adds that the jurisdiction of a NAFTA Tribunal is more limited in contrast with other tribunals such as those constituted under ICSID rules since NAFTA tribunals may not decide a dispute by reference to the internal law of a NAFTA Party.

(iii)The Tribunal's findings

89. Pursuant to Article 1131(1) of the NAFTA (captioned “Governing Law”), the Tribunal shall decide the issues in this arbitration “in accordance with this Agreement and applicable rules of international law.”
90. In particular, the Tribunal has regard to the sources of law listed in Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice, which provides as follows:

The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- (a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
 - (b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
 - (c) the general principles of law recognized by civilized nations;
 - (d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.
91. The Tribunal shall construe the terms of Chapter Eleven of the NAFTA “in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose” (*see Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties; see also ¶¶ 125-126 below*).

Issue 2. Which of the Parties has the burden of proof for each of the Issues mentioned below?

(i) Thunderbird's position

92. Thunderbird contends that it has the legal “burden of proof” upon its claims under the applicable rules of international law and that, conversely, Mexico has the legal burden of proof upon any affirmative defences raised. According to Thunderbird, the “burden of producing evidence” shifts upon a sufficient evidentiary showing. Thunderbird alleges further that it has made its *prima facie* showing of the NAFTA violations and that Mexico has failed to meet its burden of producing evidence to rebut such showing.

(ii) Mexico's position

93. Mexico refers to Article 24 of the UNCITRAL Rules and international case law, arguing that a party asserting a fact or a claim is responsible for providing proof of all the elements thereof, and that the burden of proof may shift to the other Party on the basis of *prima facie* evidence.

(iii) The Tribunal's findings

94. The present arbitration is governed by the UNCITRAL Rules. Article 24(1) of the UNCITRAL Rules provides:

Each party shall have the burden of proving the facts relied on to support his claim or defence.

95. The Tribunal notes that the Parties do not seem to diverge on the principles governing the burden of proof. The Tribunal shall apply the well-established principle that the party alleging a violation of international law giving rise to

international responsibility has the burden of proving its assertion¹. If said Party adduces evidence that *prima facie* supports its allegation, the burden of proof may be shifted to the other Party, if the circumstances so justify.²

B. Jurisdiction and/or Admissibility

Issue 3. Does Thunderbird “own or control directly or indirectly” at the relevant times the EDM Companies that would entitle it to submit to arbitration a claim on behalf of them under Article 1117 of the NAFTA? If not, what are the consequences thereof?

96. Article 1117 of the NAFTA provides:

1. An investor of a Party, on behalf of an enterprise of another Party that is a juridical person that the investor owns or controls directly or indirectly, may submit to arbitration under this Section a claim that the other Party has breached an obligation under:

¹ See Bin Cheng, GENERAL PRINCIPLES OF LAW APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS, at p. 302 *et seq.* (1987)

² See in this regard *Feldman v. Mexico*, Interim Decision on Preliminary Jurisdictional Issues, 6 December 2000, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, http://www.worldbank.org/icsid/cases/feldman_mexico_interim-en.PDF, which quotes *United States – Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, 23 May 1997, WT/DS33/AB/R p. 14, in which the Appellate Body of the WTO stated:

[...] various international tribunals, including the International Court of Justice, have generally and consistently accepted and applied the rule that the party who asserts a fact, whether the claimant or respondent, is responsible for providing proof thereof. Also, it is a generally accepted canon of evidence in civil law, common law and, in fact, most jurisdictions, that the burden of proof rests upon the party, whether complaining or defending, who asserts the affirmative of a claim or defence. If that party adduces evidence sufficient to raise a presumption that what is claimed is true, the burden then shifts to the other party, who will fail unless it adduces sufficient evidence to rebut the presumption.

- (a) Section A or Article 1503(2) (State Enterprises), or
 - (b) Article 1502(3)(a) (Monopolies and State Enterprises) where the monopoly has acted in a manner inconsistent with the Party's obligations under Section A, and that the enterprise has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach.
2. An investor may not make a claim on behalf of an enterprise described in paragraph 1 if more than three years have elapsed from the date on which the enterprise first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the enterprise has incurred loss or damage.
3. Where an investor makes a claim under this Article and the investor or a non-controlling investor in the enterprise makes a claim under Article 1116 arising out of the same events that gave rise to the claim under this Article, and two or more of the claims are submitted to arbitration under Article 1120, the claims should be heard together by a Tribunal established under Article 1126, unless the Tribunal finds that the interests of a disputing party would be prejudiced thereby.
4. An investment may not make a claim under this Section.

(i) Mexico's position

97. Mexico objects to the jurisdiction of the Tribunal to hear Thunderbird's claim under Chapter Eleven of the NAFTA. According to Mexico, Thunderbird did not own or control any of the EDM companies that would entitle it to present a claim on behalf of them under Article 1117 of the NAFTA, namely, Thunderbird did not demonstrate that it owned Juegos de Mexico and Thunderbird Brazil; that these companies acquired the EDM companies; or that Juegos de Mexico and Thunderbird Brazil were the owners of the EDM companies.
98. As to control, Mexico maintains that the NAFTA requires that legal control be demonstrated, and that Thunderbird did not have legal control of EDM-

Matamoros, EDM-Laredo or EDM-Reynosa. Mexico argues further that Thunderbird has also not demonstrated that it had factual control of the companies in question.

(ii) Thunderbird's position

99. Thunderbird contends that it may properly proceed under Article 1117 of the NAFTA because it “owns or controls” the EDM entities. According to Thunderbird, it directly owned, and still owns, at all relevant times all outstanding shares of EDM-Puebla, EDM-Monterrey, and EDM-Juarez.
100. As to EDM-Matamoros, EDM-Laredo, and EDM-Reynosa, Thunderbird argues that, while it at all relevant times owned, and still owns, significant interests in those EDMs, it has never claimed full ownership thereof. Rather, Thunderbird maintains that it has at all times possessed, and still possesses, control of EDM-Matamoros, EDM-Laredo and EDM-Reynosa, directly or indirectly, at all relevant times, thus enabling Thunderbird to proceed under Article 1117 of the NAFTA. Thunderbird refers to case law of the Iran-US Claims Tribunal and to NAFTA case law (such as *S.D. Myers Inc.*) in support of its proposition that factual control may suffice to bring a NAFTA claim, and argues that it has brought a claim supported by substantial evidence that Thunderbird, as a matter of fact, controlled all of the EDM investments involved in its claim.

(iii)The Tribunal's findings

101. Mexico has objected to the jurisdiction of the Tribunal to hear Thunderbird's claim under Chapter Eleven of the NAFTA, because of an alleged lack of ownership or control by Thunderbird over the EDM Entities for the purposes of Article 1117.
102. Article 1117 of the NAFTA requires that the investor bringing a claim on behalf of an enterprise “own or control” the enterprise. Thunderbird must therefore establish that it owned or controlled the EDM entities. The Tribunal is satisfied

that Thunderbird has met the requirements of Article 1117 of the NAFTA, for the following reasons.

103. It is not disputed that Thunderbird owned the majority of the shares of EDM-Puebla, EDM-Monterrey, and EDM-Juarez. None of these entities effectively engaged in operations or business activities in Mexico.
104. On the other hand, Thunderbird had acknowledged that it had only a partial ownership of EDM-Matamoros (36.67%), EDM-Laredo (33.3%), and EDM-Reynosa (40.1%) (jointly the “Minority EDM Entities”).
105. Therefore, the present discussion turns on whether Thunderbird exercised control over the Minority EDM Entities. The question arises whether “control” must be established in the legal sense, or whether *de facto* control can suffice for the purposes of Chapter Eleven of the NAFTA. According to Mexico, to determine what constitutes “control” of a corporation, the Tribunal must turn to the corporate law of the Party under whose laws the enterprise was incorporated, and Article 1117 of the NAFTA therefore requires that legal control be demonstrated under Mexican corporate law.
106. The Tribunal does not follow Mexico’s proposition that Article 1117 of the NAFTA requires a showing of legal control. The term “control” is not defined in the NAFTA. Interpreted in accordance with its ordinary meaning, control can be exercised in various manners. Therefore, a showing of effective or “*de facto*” control is, in the Tribunal’s view, sufficient for the purposes of Article 1117 of the NAFTA³. In the absence of legal control however, the Tribunal is of the opinion that *de facto* control must be established beyond any reasonable doubt.

³

See in this regard the definition of control provided in an “Understanding” with respect to Article 1(6) of the Energy Charter Treaty (which is virtually identical in language to Article 1117 NAFTA): “For greater clarity as to whether an Investment made in the Area of one Contracting Party is controlled, directly or indirectly, by an Investor of any other Contracting Party, control of an

107. Despite Thunderbird having less than 50% ownership of the Minority EDM Entities, the Tribunal has found sufficient evidence on the record establishing an unquestionable pattern of *de facto* control exercised by Thunderbird over the EDM entities. Thunderbird had the ability to exercise a significant influence on the decision-making of EDM and was, through its actions, officers, resources, and expertise, the consistent driving force behind EDM's business endeavour in Mexico.
108. It is quite common in the international corporate world to control a business activity without owning the majority voting rights in shareholders meetings. Control can also be achieved by the power to effectively decide and implement the key decisions of the business activity of an enterprise and, under certain circumstances, control can be achieved by the existence of one or more factors such as technology, access to supplies, access to markets, access to capital, know how, and authoritative reputation. Ownership and legal control may assure that the owner or legally controlling party has the ultimate right to determine key decisions. However, if in practice a person exercises that position with an expectation to receive an economic return for its efforts and eventually be held responsible for improper decisions, one can conceive the existence of a genuine link yielding the control of the enterprise to that person.
109. In the present case, having regard to the record as a whole, the Tribunal finds that without Thunderbird's key involvement and decision-making during the relevant time frame, i.e., during the planning of the business activities in Mexico, the initial expenditures and capital, the hiring of the machine suppliers, the consultations with SEGOB, and the official closure of the EDM facilities,

Investment means control in fact, determined after such an examination of the actual circumstances in each situation. In any such examination, all relevant factors should be considered, including the Investor's (a) financial interest, including equity interest, in the Investment; (b) ability to exercise substantial influence over the management and operation of the Investment; and (c) ability to exercise substantial influence over the selection of members of the board of directors or any other managing body. [...]" (emphasis added).

EDM's business affairs in Mexico could not have been pursued. Namely, the key officers of Thunderbird and the Minority EDM Entities were one and the same (*see Dramatis Personae* of 26 April 2004: Mr. Jack Mitchell was President and CEO of Thunderbird and the EDM entities; Mr. Peter Watson, counsel to Thunderbird, was shareholder in Thunderbird and the EDM entities). The initial expenditures, the know-how of the machines, the selection of the suppliers, and the expected return on the investment were provided or determined by Thunderbird. Likewise, legal advice regarding the operation of the EDM machines in Mexico was addressed to Thunderbird (*see* Mr. de Ruiz de Velasco's legal opinion of 25 August 2000 at Exh. R-112).

110. In the Tribunal's view, it is clear from the record that without the consistent and significant initiative, driving force and decision-making of Thunderbird, the investment in Mexico could not have materialized. Accordingly, the Tribunal finds that Thunderbird exercised control over the Minority EDM Entities for the purpose of Article 1117 of the NAFTA, in a manner sufficient to entitle it to bring a claim on behalf of those entities under said provision.

Issue 4. Does the filing by Thunderbird of waivers on behalf of EDM-Puebla, EDM-Monterrey and EDM-Juarez on 15 August 2003 comply with the requirements of Article 1121 of the NAFTA? If not, what are the consequences thereof?

111. Article 1121 of the NAFTA, captioned "Conditions Precedent to Submission of a Claim to Arbitration", provides:

[...]

2. A disputing investor may submit a claim under Article 1117 to arbitration only if both the investor and the enterprise:

(a) consent to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement; and

(b) waive their right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach referred to in Article 1117, except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party.

3. A consent and waiver required by this Article shall be in writing, shall be delivered to the disputing Party and shall be included in the submission of a claim to arbitration.

[...]

(i) Mexico's position

112. Mexico submits that Thunderbird did not file waivers on behalf of EDM-Puebla, EDM-Monterrey, and EDM-Juarez in accordance with the requirements under the NAFTA. Specifically, Mexico contends that, pursuant to Article 1121 of the NAFTA, Thunderbird should have presented written waivers of the right to initiate or continue any actions in local courts or other fora at the time of submitting the claim to arbitration, i.e., at the time of presenting the Notice of Arbitration. As a result, Mexico argues, the claims of those three EDM entities are not admissible under the NAFTA.

(ii) Thunderbird's position

113. Thunderbird alleges that it satisfied all the requirements of Articles 1121(2) and (3) of the NAFTA with its delivery on 15 August 2003 (concurrent with the PSoC) of waivers for EDM-Puebla, EDM-Monterrey and EDM-Juarez, which had been inadvertently missing from earlier filings. Thunderbird argues in any event that even if it were assumed that the waiver letters were submitted after delivery of the “claim to arbitration,” previous NAFTA tribunals have found that such minor procedural defects cannot be used to defeat an otherwise meritorious

claim. Thunderbird adds that none of the EDM entities have commenced actions in breach of the Article 1121 waiver.

(iii)The Tribunal's findings

114. Mexico has argued that with respect to EDM-Puebla, EDM-Monterrey, and EDM-Juarez, Thunderbird failed to submit a claim to arbitration in compliance with the requirements of Article 1121 of the NAFTA.
115. Article 1121 of the NAFTA is concerned with conditions precedent to the submission of a claim to arbitration. One cannot therefore treat lightly the failure by a party to comply with those conditions. The Tribunal finds however that the waivers filed for EDM-Puebla, EDM-Monterrey, and EDM-Juarez were valid within the meaning of Article 1121 of the NAFTA, for the following reasons.
116. Thunderbird submitted a claim to arbitration by means of a Notice of Arbitration dated 1 August 2002 (and received by Mexico on 22 August 2002). Pursuant to Article 1121 of the NAFTA, Thunderbird would have been required to file the appropriate waivers under Article 1121 of the NAFTA at the time of the submission of its claim to arbitration, which was, pursuant to Article 1137(1) of the NAFTA, at the time of receipt by Mexico of the Notice of Arbitration under the UNCITRAL Rules. However, Thunderbird only filed written waivers for EDM-Puebla, EDM-Monterrey, and EDM-Juarez with its Particularised Statement of Claim of 15 August 2003. The issue at hand is therefore not an actual failure to file waivers for EDM-Puebla, EDM-Monterrey, and EDM-Juarez, but rather the (un-)timeliness of the filings in question.
117. Although Thunderbird failed to submit the relevant waivers with the Notice of Arbitration, Thunderbird did proceed to remedy that failure by filing those waivers with the PSoC. The Tribunal does not wish to disregard the subsequent filing of those waivers, as to reason otherwise would amount, in the Tribunal's view, to an over-formalistic reading of Article 1121 of the NAFTA. The Tribunal considers indeed that the requirement to include the waivers in the submission of

the claim is purely formal,⁴ and that a failure to meet such requirement cannot suffice to invalidate the submission of a claim if the so-called failure is remedied at a later stage of the proceedings. The Tribunal joins the view of other NAFTA Tribunals that have found that Chapter Eleven provisions should not be construed in an excessively technical manner⁵.

118. In construing Article 1121 of the NAFTA, one must also take into account the rationale and purpose of that article. The consent and waiver requirements set forth in Article 1121 serve a specific purpose, namely to prevent a party from pursuing concurrent domestic and international remedies, which could either give rise to conflicting outcomes (and thus legal uncertainty) or lead to double redress for the same conduct or measure. In the present proceedings, the Tribunal notes that the EDM entities did not initiate or continue any remedies in Mexico while taking part in the present arbitral proceedings. Therefore, the Tribunal considers that Thunderbird has effectively complied with the requirements of Article 1121 of the NAFTA.

C. Merits – General

Issue 5. What is the role, if any, of Chapter Eleven of the NAFTA in the present case?

- (i) Thunderbird's position
-

⁴ See in this regard the distinction made by the majority of the tribunal in *Waste Management, Inc. v. Mexico*, Arbitral Award, 2 June 2000, ICSID Case No. ARB(AF)98/2, http://www.worldbank.org/icsid/cases/waste_award.pdf, between “formal” and “material” requirements under 1121 of the NAFTA.

⁵ See *Mondev International Ltd. v. USA*, Award, 11 October 2002, ICSID Case No. ARB(AF)99/2, <http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf>. “Chapter 11 should not be construed in an excessively technical way, so as to require the commencement of multiple proceedings in order to reach a dispute which is in substance within its scope.” (¶44)

119. Thunderbird accepts that Article 1114 NAFTA allows governments to label and regulate conduct they choose as being “illegal” for domestic purposes. A NAFTA tribunal may determine, Thunderbird contends, whether the NAFTA party has carried out its regulatory activities in a manner that does not violate its Chapter Eleven obligations. Thunderbird considers that the *Ley Federal de Juegos y Sorteos* of 31 December 1947 constitutes a “measure” under Chapter Eleven of the NAFTA, as do the various forms of enforcement activity arising from it.
120. Thunderbird accepts further that the Tribunal has no role in relation to the Mexican judicial system regarding the subject matter of this case – it does not stand as a domestic court of appeal or review – the Tribunal must simply determine whether Mexico has developed and executed the measures in question in a manner consistent with Mexico’s obligations under Chapter Eleven of the NAFTA. In this regard, Thunderbird characterises the SEGOB administrative proceedings as administrative fact-finding or quasi-judicial proceedings, to be adjudged against the standards of due process and procedural fairness applicable to administrative officials, rather than judicial officials.

(ii) Mexico’s position

121. Mexico contends that Chapter Eleven of the NAFTA recognises and protects the right of a Contracting Party to regulate certain conduct that it considers illegal, and that the *Ley Federal de Juegos y Sorteos* forms part of Mexico’s law to regulate such conduct that it considers illegal.
122. With respect to the role and jurisdiction of the Tribunal in relation to the Mexican judicial system regarding the subject matter of Thunderbird’s claims, Mexico argues that the Tribunal may not act as a court of appeal with authority to review the decisions of the domestic Mexican courts. According to Mexico, the Tribunal may only assess whether the conduct of the Mexican administration in enforcing domestic law was compatible with the three NAFTA provisions relied upon by Thunderbird. As to the administrative proceedings of SEGOB, Mexico points out that they were subject, at all stages, to Mexican judicial

review, and that the Tribunal may not review those proceedings in the manner of an appellate court.

(iii) The Tribunal's findings

123. The Parties do not dispute that Chapter Eleven of the NAFTA recognizes in principle the right of a Contracting Party to regulate conduct that it considers illegal.
124. The Tribunal notes that under Mexican law, specifically the *Ley Federal de Juegos y Sorteos* of 31 December 1947, gambling is an illegal activity.
125. The Tribunal's role in this arbitration is not to determine whether the EDM machines were prohibited gambling equipment under the *Ley Federal de Juegos y Sorteos*, as acknowledged by both Parties. It is not the Tribunal's function to act as a court of appeal or review in relation to the Mexican judicial system regarding the subject matter of the present claims, or in relation to the SEGOB administrative proceedings for that matter.
126. Rather, the Tribunal shall examine whether the conduct of Mexico and the measures employed by SEGOB in relation to the EDM entities were consistent with Mexico's obligations under Chapter Eleven of the NAFTA.
127. The role of Chapter Eleven in this case is therefore to measure the conduct of Mexico towards Thunderbird against the international law standards set up by Chapter Eleven of the NAFTA. Mexico has in this context a wide regulatory "space" for regulation; in the regulation of the gambling industry, governments have a particularly wide scope of regulation reflecting national views on public morals. Mexico can permit or prohibit any forms of gambling as far as the NAFTA is concerned. It can change its regulatory policy and it has a wide discretion with respect to how it carries out such policies by regulation and administrative conduct. The international law disciplines of Articles 1102, 1105 and 1110 in particular only assess whether Mexican regulatory and

administrative conduct breach these specific disciplines. The perspective is of an international law obligation examining national conduct as a “fact.”

Issue 6. Is the functionality of the machines, technically or otherwise, operated by the EDM Companies relevant in the present case?

(i) Thunderbird's position

128. Thunderbird contends that the functionality of the machines is relevant in assessing Mexico's justification (or lack thereof) for seizing Thunderbird's investment enterprises; to the issue of detrimental reliance under Article 1105 in that use of similar equipment was already familiar to Mexican officials – prior to 15 August 2000 – due to their use in facilities already being regulated by Mexico (e.g. the Guardia facilities); and for Article 1102 to the extent that similar equipment has been, and remains, in use in other facilities while the EDMs remain closed.
129. Thunderbird contends further that the manner in which the functionality of the machines is relevant in the present case does not involve a determination by the Tribunal as to the legality of the EDM machines under Mexican law.
130. Thunderbird also argues that the determination of SEGOB concerning the functionality of the machines, at any given time, is only relevant to the issue of whether any actions taken on the basis of these determinations violates the relevant NAFTA provisions.
131. According to Thunderbird, the only criteria relevant for the Tribunal to determine the functionality of the machines is the standard set forth in the *Oficio* i.e., whether “the principal factor of the operation is luck or gambling and not the user's ability of skilfulness.” Thunderbird contends that the machines in question met the applicable criteria and were as a matter fact established by the evidence before the Tribunal, to be “skill machines” operated in accordance with the *Oficio*. Thunderbird

refers in this regard to the briefcase version demonstration carried out by Mr. McDonald at the Hearing.

(ii) Mexico's position

132. According to Mexico, the functionality of the machines is relevant to the issues of whether SEGOB could be deemed to have acted arbitrarily at international law in finding that such machines were prohibited equipment under Mexican law; and whether Thunderbird could have had a reasonable expectation that SEGOB would agree that the machines operated by EDM were not illegal gaming machines.
133. Mexico recalls that the Tribunal does not have jurisdiction to determine whether the gaming operations of EDM were legal, or whether the machines in question were prohibited under Mexican law. Mexico disputes however Thunderbird's characterisation of the machines as "skill" machines, arguing instead that the evidence produced by Mexico establishes that the EDM machines are no more than "video poker" or "slot" machines, similar or identical to machines that were held to be gambling equipment in U.S. legal proceedings, and previously described as gambling equipment by Thunderbird itself. Mexico refers in this regard to the expert testimony of Prof. Rose and Mr. McDonald's demonstration at the Hearing.

(iii) The Tribunal's findings

134. Both Parties have argued that the functionality of the EDM machines is relevant to certain issues pending before the Tribunal. Thus, Thunderbird has submitted evidence in support of its contention that the EDM machines are "skill" machines, whereas Mexico has provided evidence establishing, according to Mexico, that the machines in question are "*tragamonedas*" [slot machines] prohibited under Mexican law.

135. The Tribunal agrees that the nature and functionality of the machines may be relevant in considering certain issues in this arbitration. However, the Tribunal does not need to enter into a detailed technical discussion as to the precise nature and functionality of the machines, since both Parties acknowledge that it is not up to the Tribunal to determine the legality of the machines under the *Ley Federal de Juegos y Sorteos*.
136. The Tribunal notes that the machines operated by EDM are equipped with computerised random number generators and that it is possible to set the level of payouts, and thus the odds for winning. For example, the Bestco “Fantasy 5 Game Manual” that was found at the EDM-Laredo Facility provides that the default base pay rate “is set to 75%. This can be changed to a value within the range of 50%-95%.” (Ex. R-15, p. 13) The Tribunal notes further that the machine’s percentage of payout is not visible or otherwise known to the player (*see* McDonald at Tr. 498-502). The Tribunal infers that the operation of these video game machines with a built-in and modifiable random number generator involves a considerable degree of chance, and that by adjusting the payout rate, the machine operator can manipulate the odds for winning regardless of the skill of the player.

Issue 7. Was a legitimate expectation created by SEGOB’s letter of 15 August 2000 to the effect that it brings Thunderbird’s claims in the present case under Article 1102, 1105 and/or 1110 of the NAFTA?

(i) Thunderbird’s position

137. Thunderbird contends that this issue is relevant to the application of Articles 1105, 1110, and 1102 of the NAFTA.
138. As to the standard of protection for legitimate expectations, Thunderbird argues that if an investor or investment reasonably relies on the representations of government officials and suffers damages because of such reliance, the responsibility of the State is engaged under international law. Thunderbird cites

a number of cases in this regard⁶, arguing that detrimental reliance arises from the general international law principle of good faith and the customary international standard of fair and equitable treatment. Through its ratification of the NAFTA, Thunderbird contends, Mexico authored a set of legitimate expectations upon which an investor or investment could reasonably rely.

- 139. Thunderbird contends that, seeking certainty as to the legality and propriety of its intended operations in Mexico, Thunderbird and EDM solicited the Mexican government for an official opinion. According to Thunderbird, SEGOB's response to the *Solicitud* provided the EDMs with written assurance or "negative clearance" to operate the specific machines identified in the *Solicitud*; and defined a standard in accordance with which Thunderbird could operate skill machines without regulation by SEGOB, the standard being that the machines had to be ones in which the "principal factor" of operation was the user's skill and ability. Thunderbird does not assert that it had thus obtained a government permit or licence to operate. Rather, SEGOB generated, according to Thunderbird, a legitimate expectation upon which the EDMs should have been able to rely reasonably.

- 140. Thunderbird denies having failed to disclose relevant facts in the *Solicitud*. According to Thunderbird, the SEGOB officials who issued the letter must have been familiar with the skill machines whose operation was proposed by the EDMs, since, amongst others, Mexico had been involved in litigation with Guardia over similar machines and SEGOB did not request any additional information in relation to the EDM machines.

⁶

In particular, *Metalclad Corp. v. Mexico*, Award, 30 August 2000, ICSID Case ARB(AF)/97/1, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/mm-award-e.pdf>; *ADF Group Inc. v. USA*, Award, 9 January 2003, ICSID Case ARB(AF)/00/1, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ADF-award.pdf>; *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Final Award, 1 July 2004, LCIA Case No. UN3467, http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf.

(ii) Mexico's position

141. Mexico denies that the *Oficio* created a legitimate expectation for Thunderbird with respect to its investments in Mexico. According to Mexico, the *Oficio* was an advisory opinion, not an approval or permit, based on the information provided by EDM in the *Solicitud*, stating that if the machines operated by EDM were as described in the *Solicitud*, then they fell outside SEGOB's jurisdiction. Mexico asserts that it clearly and expressly made known to EDM the nature of the machines that were prohibited by law and that the *Oficio* was a clear warning that the operations EDM was conducting could be illegal.
142. However, Mexico argues, EDM did not operate the machines in the form or manner described in the *Solicitud*, neither with respect to the element of "ability and skill" nor with respect to "betting," and EDM did not present any evidence on the operation of the machines. Mexico adds that the *Solicitud* did not allude to the fact that the EDM machines were similar or identical to those operated by Guardia.
143. Further, Mexico contends, EDM did not treat the *Oficio* as a permit or authorisation at the time it was issued by SEGOB, as evidenced by Mr. Ruiz de Velasco's legal opinion, which concurred with the *Oficio* (quoted at ¶ 59 above).
144. Mexico denies in any event that Thunderbird relied on the *Oficio* as the basis for its investments in Mexico, arguing that Thunderbird undertook actions before the *Oficio*'s issuance; that Thunderbird expressly advised investors in EDM that the *Oficio* was no specific entitlement for EDM's operations; that Thunderbird reported to its shareholders that it relied on private sector advisors in making the investment; and that it asserted in U.S. court proceedings that it was fraudulently induced to enter this business by Messrs. Oien en Ong.

(iii) The Tribunal's findings

145. EDM's *Solicitud* dated 3 August 2000 is quoted at ¶50 above. SEGOB's *Oficio* dated 15 August 2000 is quoted at ¶55 above.
146. Thunderbird has argued that it reasonably relied, to its detriment, upon the assurances provided by SEGOB in the *Oficio*. Mexico, on the other hand, denies that the *Oficio* gave rise to any legitimate expectations for Thunderbird to operate the EDM machines in Mexico.
147. Having considered recent investment case law and the good faith principle of international customary law⁷, the concept of “legitimate expectations” relates, within the context of the NAFTA framework, to a situation where a Contracting Party’s conduct creates reasonable and justifiable expectations on the part of an investor (or investment) to act in reliance on said conduct, such that a failure by the NAFTA Party to honour those expectations could cause the investor (or investment) to suffer damages.
148. The threshold for legitimate expectations may vary depending on the nature of the violation alleged under the NAFTA and the circumstances of the case. Whatever standard is applied in the present case however – be it the broadest or the narrowest – the Tribunal does not find that the *Oficio* generated a legitimate expectation upon which EDM could reasonably rely in operating its machines in Mexico.

⁷

Bin Cheng, General Principles of Law applied by International Courts and Tribunals, at p. 123 *et seq.* (1987); Joerg Mueller, Vertrauensschutz im Voelkerrrecht (1971); E. Zoller, La bonne foi en droit international public (1977); F. Orrego Vicuña, Regulatory Authority and Legitimate Expectations, 5 Intl Law Forum, 188m 193 (2003); Nuclear Test Case, ICJ Reports 1974, 253 at p. 268.

149. The Tribunal considers that the point of departure in assessing whether Thunderbird could reasonably rely to its detriment on SEGOB's response to the *Solicitud* is to ascertain what was requested by Thunderbird in the *Solicitud*.
150. Given the lack of contemporaneous evidence on the record regarding the background of the *Solicitud* (such as witness evidence from Messrs. Aspe and Arroyo or from SEGOB officials in office when the *Solicitud* was submitted), the Tribunal cannot rely on presumptions or inferences, let alone speculation concerning that background. For instance, the Tribunal has noted the existence of a “success fee” arrangement between Thunderbird and Messrs. Aspe and Arroyo (who, according to Thunderbird, had numerous contacts with SEGOB officials in relation to Thunderbird’s proposed operations). Thunderbird offered the two Mexican lawyers US\$ 300,000 to secure a letter from SEGOB authorising Thunderbird’s gaming operations in Mexico (*see* correspondence at Exs. R-106, R-107, and R-121). According to Mr. Watson’s draft letter of 10 August 2000, Thunderbird was prepared to pay Messrs. Aspe and Arroyo an additional US\$ 700,000 if the letter was “granted exclusively for Thunderbird [...] and that no other such permission would be granted to other potential competing parties; otherwise, no additional fees would be owed.” (Ex. R-121) In the absence of any evidence on the record in relation to the “success fee” arrangement and the nature of the dealings between Messrs. Aspe and Arroyo and SEGOB, these facts do not have a bearing on the Tribunal’s analysis below. Under those circumstances, the Tribunal can only interpret the 3 August 2000 *Solicitud* on its face value.
151. In the Tribunal’s view, the information presented by EDM in the *Solicitud* is incomplete and, in particular, inaccurate in two regards.
152. First, it is asserted in the *Solicitud* that the machines operated by EDM do not involve luck or betting (*see* ¶3: “*In these games, chance and wagering or betting is not involved [...]*”). The Tribunal notes in ¶7 the use of the explicit terms “in no way”: “*The nature of video game machines for games of skills and ability is not games of chance or games with bets, wagers or drawings [...] the player can*

receive points that he can trade for a prize as a reward for the skills achieved and in no way as the result of chance” (“de ninguna manera” in the original Spanish version). To represent that luck does not affect the outcome of the game in any manner whatsoever contradicts the evidence on the record (*see* the Tribunal’s findings at ¶136 above).

153. Second, it is asserted in the *Solicitud* that the machines in question are “*devices for recreation which have been designed for the enjoyment and entertainment of its users*” (¶3), “*only for the purpose of entertainment in which the users can obtain prizes for their skills and abilities*” (*Solicitud* at ¶9; *see also* ¶8 “[...] the determinant to get results is the skills and ability of players; something very different from games of bets and wagers where there is a previous pact or covenant between the company and the user and, therefore, there is an agreement to handle an amount of money or any other thing.”). It is thus suggested that the machines operated by EDM do not involve any “agreement to handle an amount of money,” attributing instead prizes to the players. Such a representation is not accurate since the player must insert dollar bills to begin the game and any winning ticket is redeemable for cash.
154. In this regard, Mr. Ruiz de Velasco testified that had he known when he rendered his legal opinion on 20 August 2000 that the winning tickets were redeemable for cash, he would have most likely revised his opinion “because it probably could have bid in [sic] as gambling or betting.” (Ruiz de Velasco at Tr. 649-650)
155. The Tribunal is therefore of the opinion that the *Solicitud* is not a proper disclosure and that it puts the reader on the wrong track. The *Solicitud* creates the appearance that the machines described are video arcade games, designed solely for entertainment purposes.
156. Thunderbird has argued that SEGOB was well aware of the nature of the EDM machines since it had attempted to proceed with the closure of similar gaming facilities of Mr. Guardia. The Tribunal notes, however, that there is no

disclosure in the *Solicitud* that the machines operated by EDM were similar or identical to those of Mr. Guardia.

157. Likewise, Thunderbird's identification in the *Solicitud* of the trademark and model number of the machines ("Bestco, model MTL19U-8L and S.C.I. model 17"UR") cannot be deemed sufficient to establish the functionality of the machines. According to the evidence, the model references used in the *Solicitud* were not proper model numbers but rather a description of the size of the computer monitor used to display the video game (*see* Tr. 125-126 and Exs. C-36 and C-87; *see also* Tr. 1163-1165). The model numbers did not therefore elucidate the nature of the machines and furthermore appeared to be inaccurate or incomplete. For instance, in the Bestco invoice, the machines sold were identified under the model reference "7100 Fantasy 5" (Ex. C-87; *see also* operating manual captioned "Fantasy 5 Game Manual" at Ex. R-15), whereas in the *Solicitud* a random combination of abbreviations and numbers was used to identify the same machines ("MTL19U-8L"), without any reference to the name "Fantasy 5." In this respect, Mr. McDonald testified that he was not familiar with the Bestco model numbers (Tr. 445-446). Mr. Ruiz de Velasco also testified that he was not familiar with the meaning of the Bestco and SCI model numbers (Tr. 583-585). No operating manuals, catalogues, or photos of the machines were presented with the *Solicitud*.
158. The Tribunal finds no evidence on the record establishing that SEGOB was indeed familiar with the nature and operation of the EDM machines.
159. Thunderbird has also argued that in the event of doubt, SEGOB should have made a request for additional information regarding the operation of the machines, or for an inspection of the machines. Yet Thunderbird was the moving party presenting a "*Solicitud*" to the Mexican administration; one would therefore expect that the moving party supply adequate information and make a proper disclosure. In the Tribunal's view, the *Solicitud* did not give the full picture, even for an informed reader.

160. The Tribunal turns to the contents of the *Oficio*. Again, in the absence of any contemporaneous evidence surrounding the issuance of the *Oficio* (namely, the lack of witness testimony from SEGOB officials involved in the issuance of the *Oficio*, as well as that of Messrs Aspe and Arroyo; *see also* ¶150 above), the Tribunal cannot rely on presumptions or inferences, let alone speculation, regarding its issuance and can only analyse the letter on its face value. In addition, it is not up to the Tribunal to determine how SEGOB should have interpreted or responded to the *Solicitud*, as by doing so, the Tribunal would interfere with issues of purely domestic law and the manner in which governments should resolve administrative matters (which may vary from country to country). Rather, the Tribunal can only assess whether the contents of the *Solicitud* gave rise to legitimate expectations for Thunderbird within the context of Mexico's obligations under Chapter Eleven of the NAFTA.
161. SEGOB, in ¶¶ 2-4 of the *Oficio*, recalls the legal provisions applicable in relation to “gambling and luck related games.” In ¶5, SEGOB states: “[...] notwithstanding the above mentioned, according to your statement, the machines that your representative operates are recreational video game devices for purposes of enjoyment and entertainment of its users, with the possibility of obtaining a prize, without the intervention of luck or gambling, but rather the user’s ability and skilfulness”. In ¶6, SEGOB adds: “if the machines that your representative exploits operate in the form and conditions stated by you, this governmental entity is not able to prohibit its use, in the understanding that the use of machines known as “coins-swallowers”, “token-swallowers” or “slot machines,” in which the principal factor of the operation is luck or gambling and not the user’s ability of skilfulness as you stated, could constitute any of the hypothesis described under the Federal Law of Games and Sweepstake [...].” The Tribunal understands the message conveyed by SEGOB in the *Oficio* to be that if the machines operate in accordance with EDM’s representations in the *Solicitud*, SEGOB does not have jurisdiction over said machines.
162. Thunderbird has argued that the *Oficio* defined a standard according to which machines that involved as “principal factor” the user’s skill and ability do not

fall within SEGOB's jurisdiction. The Tribunal does not follow Thunderbird's interpretation. In ¶ 6, SEGOB refers to slot machines (or "coin-swallowers" or "token-swallowers"). According to SEGOB, such machines are devices in which the "principal factor" ("factor *preponderante*" in the original Spanish text) of the operation is luck or gambling. SEGOB's description of slot machines cannot be interpreted *a contrario* as describing a standard for skill machines, according to which machines in which skill is the "factor preponderante" cannot be treated as gambling equipment. SEGOB's use of the term "preponderante" in reference to luck or gambling is not unusual. Prof. Rose testified, "gambling means that it is predominantly chance. Probably the easiest way to understand that is that if chance determines the outcome at any point, then it's gambling. So skill has to determine the outcome at every point in the game." (Tr. 729) Furthermore, Thunderbird was clearly cautioned in ¶ 7 of the *Oficio*, "in the machines that your representative operates there shall be no intervention of luck or gambling."

163. As to Mr. Ruiz de Velasco's legal opinion of 20 August 2004 (quoted at ¶ 59 above), the contents thereof reinforce the Tribunal's view that Thunderbird could not have reasonably relied to its detriment upon the *Oficio* to operate its gaming facilities in Mexico. In his letter to Thunderbird, Mr. Ruiz de Velasco made clear that (i) the *Oficio* was based upon the EDM's representations in the *Solicitud* ("[...] the Ministry of Interior states that it does not have any jurisdiction over the operation of said machines, since in accordance with the representations made by EDM in its application, the video games skill machines to be operated by EDM do not fall into the classification of 'slot machines' [...]" at R-112); and (ii) that EDM was prohibited from operating gaming or betting machines ("[...] EDM can operate the video games skill machines as long as they do not become, in any manner whatsoever, as gaming or betting machines" at R-112 (emphasis added)).
164. It cannot be disputed that Thunderbird knew when it chose to invest in gaming activities in Mexico that gambling was an illegal activity under Mexican law. By Thunderbird's own admission, it also knew that operators of similar machines (Guardia) had encountered legal resistance from SEGOB. Hence, Thunderbird

must be deemed to have been aware of the potential risk of closure of its own gaming facilities and it should have exercised particular caution in pursuing its business venture in Mexico. At the time EDM requested an official opinion from SEGOB on the legality of its machines, EDM must also be deemed to have been aware that its machines involved some degree of luck, and that dollar bill acceptors coupled with winning tickets redeemable for cash could be reasonably viewed as elements of betting. Yet EDM chose not to disclose those critical aspects in the *Solicitud*.

165. Further, the fact that SEGOB took action against Thunderbird's gaming facilities in February 2001, i.e., approximately six months after the issuance of the *Oficio*, is insufficient to establish that prior to that date, SEGOB had authorised (or was intentionally tolerating) Thunderbird's operations. Six months under the circumstances is by any standard a reasonable period for a government to seek enforcement of local gambling legislation.
166. Considering the foregoing, the Tribunal finds that there was no legitimate expectation created by the *Oficio* to the effect of bringing Thunderbird's claims in the present case under Article 1102, 1105 and/or 1110 of the NAFTA.
167. Finally, the Tribunal questions to what extent Thunderbird invested in Mexico in reliance on the *Oficio*, considering the non-negligible steps that Thunderbird had completed for the operation of its gaming machines prior to the issuance of the *Oficio* on 15 August 2000. The record shows that before 15 August 2000: EDM had been incorporated; JDMI had entered into a detailed Revenue Sharing Agreement with Messrs. Ong and Oien regarding the operation of the gaming facilities in Mexico (Exh. R-98); EDM had opened bank accounts (C-6); EDM had obtained land use permits (Ex. C-7); EDM had entered into a lease for a gaming facility location in Matamoros (Exs. C-3 to C-5); EDM had imported 50 Bestco machines and 30 SCI machines (Exs. C-9, C-87 and C-15); EDM had filed an “Aviso de Apertura” for the establishment of “La Mina de Oro” (Ex. C-10); and by Thunderbird's own admission in ¶2 of the *Solicitud*, EDM had already “opened a business [...] in the city of Matamoros, Tamaulipas, under the

commercial name ‘La Mina de Oro’, which operates video game machines for games of skills and ability, and complies with all Municipal requirements.” (*see also* the *Solicitud* at ¶4)

D. Merits – Articles 1102, 1105 and 1110 of the NAFTA

Issue 8. Did Respondent breach the “National Treatment” standard under Article 1102 of the NAFTA?

168. Articles 1102 (1) and (2) of the NAFTA provide as follows:

1. Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.
2. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

(i) Thunderbird’s position

169. Thunderbird contends that Mexico has breached Article 1102 of the NAFTA by according different treatment to EDM and its investments than that what has been provided to domestic investors and investments operating in like circumstances.
170. According to Thunderbird, the Tribunal is to apply a three-part test under Article 1102 of the NAFTA, being identification of the relevant subjects of the national treatment comparison (the basis being the likeliness of comparators); consideration of the relative treatment received by each comparator (the basis being the best level of treatment available to any other domestic investor

operating in like circumstances); and consideration whether factors exist which could justify any difference in treatment so found (to be construed narrowly and the burden of proof shifting to Mexico). Thunderbird cites NAFTA and BIT case law in support of this three-part test⁸.

- 171. Thunderbird's EDM enterprises were seized and closed by Mexico because the skill machines operated at those facilities were deemed illegal, Thunderbird argues, whereas domestic investors, operating skill machines under essentially identical circumstances, remain open and operating. Thunderbird cites Guardia's "Club 21," de la Torres's Reflejos facility, and the Bella Vista Entertainment centre in Monterrey as appropriate comparators. Thunderbird disputes Mexico's argument that the EDM entities were not in "like circumstances," arguing instead that Mexico has not provided a sufficient evidentiary basis upon which to make the argument.
- 172. Finally, Thunderbird maintains that its decision to abandon recourse to judicial proceedings for relief in Mexico is irrelevant to the issue of whether Mexico breached its NAFTA obligations under Chapter Eleven of the NAFTA.

(ii) Mexico's position

- 173. Mexico denies having accorded less favourable treatment to EDM than that accorded to Mexican companies in like circumstances. SEGOB has acted consistently, Mexico argues, in enforcing the law against all operators (including

⁸ *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, Award on the Merits of Phase 2, 10 April 2001, UNCITRAL (NAFTA), <http://ita.law.uvic.ca/documents/PopeandTalbot-Merit.pdf>; *S.D. Myers Inc. v. Canada*, First Partial Award, 13 November 2000, UNCITRAL (NAFTA), <http://ita.law.uvic.ca/documents/SDMeyers-1stPartialAward.pdf>; *ADF Group Inc. v. USA*, Award, 9 January 2003, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ADF-award.pdf>; *Feldman v. Mexico*, Award, 16 December 2002, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, http://www.worldbank.org/icsid/cases/feldman_mexico-award-en.PDF; *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Final Award, 1 July 2004, LCIA Case No. UN3467, http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf.

Mexican nationals) who have attempted to operate facilities with so-called “skill” machines, and it has proceeded with the closure of every similar facility of which it became aware of and defended its actions in every court of appeal initiated by the operators of machines similar or identical to those of EDM.

174. Mexico contends that Thunderbird has not succeeded in proving any discrimination against EDM, whether based on nationality or otherwise. In this regard, Mexico disputes Thunderbird’s three-part test Article 1102. According to Mexico, Article 1102 is directed only to nationality-based discrimination and proscribes only demonstrable and significant indications of bias and prejudice on the basis on nationality, which are to be proven by Thunderbird, “the like circumstances” of Article 1102 requiring an adequate comparison on the basis of the facts, thereby taking into account, in particular, compliance with local law relating to illegal conduct. Mexico adds that EDM is not “in like circumstances” with the operators of facilities that have been able to continue operating under temporary injunctive relief while their legal challenges were pending, as even if EDM filed “*juicio de amparo*” proceedings, it was not granted injunctive relief and moreover withdrew its appeals.

(iii)The Tribunal’s findings

175. In construing Article 1102 of the NAFTA, the Tribunal gives effect to the plain wording of the text. The obligation of the host NAFTA Party under Article 1102 of the NAFTA is to accord non-discriminatory treatment towards the investment or investor of other NAFTA Parties. It must therefore be established that discriminatory treatment was accorded to the foreign investment or investor.
176. The burden of proof lies with Thunderbird, pursuant to Article 24(1) of the UNCITRAL Rules. In this respect, Thunderbird must show that its investment received treatment less favourable than Mexico has accorded, in like circumstances, to investments of Mexican nationals.

177. It is not expected from Thunderbird that it show separately that the less favourable treatment was motivated because of nationality. The text of Article 1102 of the NAFTA does not require such showing. Rather, the text contemplates the case where a foreign investor is treated less favourably than a national investor. That case is to be proven by a foreign investor, and, additionally, the reason why there was a less favourable treatment.⁹
178. In the Tribunal's view, Thunderbird has not sufficiently established – not even on a *prima facie* basis – that the EDM investments were treated, in like circumstances, worse than those of Mexican nationals (or any other nationals for that matter).
179. The record shows that SEGOB has sought to enforce Mexican legislation on gambling by pursuing the closure of numerous gambling facilities (most of which have been closed definitely), and that the official closure of Mexican gambling facilities was in fact pursued at the very same time SEGOB proceeded to the official closure of the EDM facilities in Nuevo Laredo and Matamoros (*see* Exh. R-9). The Tribunal notes that SEGOB met resistance from the gaming facilities in question, including those of EDM, before the Mexican courts. As a result, it appears that some of the facilities closed by SEGOB were able to continue to operate under temporary injunctive relief, but the record also shows that SEGOB legally challenged the court decisions granting injunctive relief in connection with SEGOB's official closure orders and that appeals are pending.

⁹

See S.D. Myers Inc. v. Canada, First Partial Award, 13 November 2000, UNCITRAL (NAFTA), <http://ita.law.uvic.ca/documents/SDMeyers-1stPartialAward.pdf>; *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, Award on the Merits of Phase 2, 10 April 2001, UNCITRAL (NAFTA), <http://ita.law.uvic.ca/documents/PopeandTalbot-Merit.pdf>; *Feldman v. Mexico*, Award, 16 December 2002, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, http://www.worldbank.org/icsid/cases/feldman_mexico-award-en.PDF; *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Final Award, 1 July 2004, LCIA Case No. UN3467, http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf.

180. As to the gambling facilities that apparently continue to operate without having obtained temporary injunctive relief, the Tribunal finds insufficient evidence on the record establishing that Mexico had knowledge of the existence of those facilities and deliberately allowed them to remain open. In this regard, it should be noted that some of the gambling facilities appeared to operate in a clandestine manner (*see* the videos submitted by Thunderbird).
181. With respect to the Guardia facilities, the Tribunal notes that this is a particular case where SEGOB has experienced long-standing legal altercations with Mr. Guardia. The Tribunal infers that even if any of the facilities operated by Mr. Guardia remain open today, one cannot talk of discrimination towards EDM since the record shows that SEGOB has repeatedly taken action to close Mr. Guardia's facilities, but has met fierce legal and other resistance in the process (*see* Exs. R-97; R-114; R-31, R-32).
182. It thus appears from the facts of the case that SEGOB's policy and actions in enforcing the *Ley Federal de Juegos y Sorteos* were directed at both Mexican and non-Mexican gambling operations and that they were overall consistent. Accordingly, the Tribunal finds that Thunderbird has not established a breach the “National Treatment” standard under Article 1102 of the NAFTA.
183. In any event, even if Thunderbird had established without doubt that Mexico's line of conduct with respect to gambling operations was not uniform and consistent, one cannot overlook the fact that gambling is illegal in Mexico. In the Tribunal's view, it would be inappropriate for a NAFTA tribunal to allow a party to rely on Article 1102 of the NAFTA to vindicate equality of non-enforcement within the sphere of an activity that a Contracting Party deems illicit.

Issue 9. Did Respondent breach the “Minimum Standard of Treatment” under Article 1105 of the NAFTA?

184. Article 1105(1) of the NAFTA provides as follows:

Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

(i) Thunderbird's position

185. With respect to the meaning of the “Minimum Standard of Treatment” under Article 1105 of the NAFTA and its application by a NAFTA tribunal, Thunderbird cites various NAFTA awards, alleging that the conduct of SEGOB officials in this case reflects exactly the kind and level of arbitrariness that the *Waste Management II* tribunal would conclude violates the minimum standard under Article 1105.
186. According to Thunderbird, three international law doctrines – detrimental reliance, denial of justice, and abuse of rights – can be used to inform the Tribunal’s interpretation of how “fair and equitable treatment” was not provided to Thunderbird or its investments. Hence, Thunderbird contends that the detrimental reliance by Thunderbird and the EDMs on the *Oficio* in pursuing their investments in Mexico and Mexico’s subsequent actions against Thunderbird and its EDM entities, in contravention to the content of the *Oficio*, establish a breach of Article 1105 of the NAFTA, adding that the EDMs were not only entitled to rely upon the SEGOB letter because of its contents, but also because of the expectations generated by Mexico’s ratification of the NAFTA. Thunderbird alleges further a failure by Mexico to provide due process, constituting an administrative denial of justice, in the proceedings relating to the ruling of 10 October 2001, which constituted a breach of Article 1105 of the NAFTA; and manifest arbitrariness in administration, constituting proof of an abuse of right, in the proceedings before SEGOB, in breach of Article 1105 of the NAFTA.

(ii) Mexico’s position

187. Mexico denies having violated the “Minimum Standard of Treatment” of Article 1105 of the NAFTA.

188. According to Mexico, Thunderbird's complaints about the SEGOB administrative proceedings are factually incorrect and in any event pertain to issues of pure domestic law; and Thunderbird has not presented any evidence of failures of the Mexican judicial system that it argues prejudiced it and constituted the principal reason why it withdrew its judicial appeals.
189. Mexico contends that it has adopted a uniform and consistent line of conduct with respect to illegal gaming operations. In particular, Mexico argues that it has, to its knowledge, closed down all facilities where so-called slot machines were operating and has legally challenged all court decisions granting injunctive relief regarding SEGOB official closure orders.
190. With respect to any alleged detrimental reliance on the *Oficio*, Mexico contends that SEGOB's determination that it would consider the machines to be prohibited games cannot be considered arbitrary, given that Thunderbird itself knew the nature of the machines and knew of the existing risk that they would be inspected by SEGOB and it would reach that conclusion.
191. As to the SEGOB administrative proceedings, Mexico denies that they were illegal, arbitrary or unfair, arguing that the decision itself indicates that EDM's evidence was taken into account even when not in strict accordance with the applicable domestic legal requirements and the decision set out a reasoned basis for its conclusions; that the procedure was transparent and in compliance with Mexican laws, validated by EDM's lawyers who were experts in Mexican law; and that if there had been a violation during the proceedings, there were appropriate judicial remedies available to challenge it.

(iii) The Tribunal's findings

192. The Tribunal shall interpret Article 1105(1) of the NAFTA in accordance with the NAFTA Free Trade Commission's Notes of Interpretation of certain Chapter

Eleven Provisions (“Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law”) dated 31 July 2001¹⁰, which provides as follows:

1. Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party.
 2. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.
 3. A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1).
193. The Tribunal shall accordingly measure the Article 1105(1) of the NAFTA minimum standard of treatment against the customary international law minimum standard, according to which foreign investors are entitled to a certain level of treatment, failing which the host State’s international responsibility may be engaged.
194. The content of the minimum standard should not be rigidly interpreted and it should reflect evolving international customary law.¹¹ Notwithstanding the

¹⁰ <http://www.dfaid-maeci.gc.ca/tna-nac/Nafta-interpr-en.asp>.

¹¹ See in particular *Mondev International Ltd. v. USA*, Award, 11 October 2002, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, <http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf>; *ADF Group Inc. v. USA*, Award, 9 January 2003, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ADF-award.pdf>; *Waste Management Inc. v. Mexico*, Arbitral Award, 2 June 2002, ICSID Case No. ARB(AF)/98/2, http://www.worldbank.org/icsid/cases/waste_award.pdf; Final Award, 30 April 2004, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, http://ita.law.uvic.ca/documents/laudo_ingles.pdf.

evolution of customary law since decisions such as *Neer Claim* in 1926¹², the threshold for finding a violation of the minimum standard of treatment still remains high, as illustrated by recent international jurisprudence¹³. For the purposes of the present case, the Tribunal views acts that would give rise to a breach of the minimum standard of treatment prescribed by the NAFTA and customary international law as those that, weighed against the given factual context, amount to a gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards¹⁴.

- 195. In the present case, the Tribunal is not convinced that Thunderbird has demonstrated that Mexico's conduct violated the minimum standard of treatment, for the following reasons.
 - 196. The Tribunal has already found that Thunderbird could not reasonably rely on the *Oficio* to its detriment (*see* the Tribunal's findings under Issue 7 above).
 - 197. As to the alleged failure to provide due process (constituting an administrative denial of justice) and the alleged manifest arbitrariness in administration (constituting proof of an abuse of right) in the SEGOB proceedings, the Tribunal
-

¹² *USA (L.F. Neer) v. Mexico* (1926), 4 R.I.A.A. 60 (Gen. Cl. Comm'n 1926).

¹³ See in this regard *Alex Genin et al. v. Estonia*, Award, 25 June 2001, ICSID Case No. ARB/99/2, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/genin.pdf>; *Waste Management Inc. v. Mexico*, Final Award, 30 April 2004, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, http://ita.law.uvic.ca/documents/laudo_ingles.pdf.

¹⁴ See in this regard *Alex Genin et al. v. Estonia*, Award, 25 June 2001, ICSID Case No. ARB/99/2, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/genin.pdf>; *S.D. Myers Inc. v. Canada*, First Partial Award, 13 November 2000, UNCITRAL (NAFTA), <http://ita.law.uvic.ca/documents/SDMeyers-1stPartialAward.pdf>; *Mondev International Ltd. v. USA*, Award, 11 October 2002, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, <http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf>; *ADF Group Inc. v. USA*, Award, 9 January 2003, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ADF-award.pdf>; *Azinian v. Mexico*, Arbitral Award, 1 November 1999; ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, http://www.worldbank.org/icsid/cases/robert_award.pdf; *Loewen v. USA*, Award, 26 June 2003, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, <http://ita.law.uvic.ca/documents/Loewen-Award-2.pdf>; *Case concerning Elettronica Sicula SpA (ELSI) (United States v. Italy)*, 20 July 1989, 1989 I.C.J. 15.

cannot find sufficient evidence on the record establishing that the SEGOB proceedings were arbitrary or unfair, let alone so manifestly arbitrary or unfair as to violate the minimum standard of treatment.

198. In particular, the Tribunal notes that Thunderbird was given a full opportunity to be heard and to present evidence at the Administrative Hearing, and that it made use of this opportunity. The Tribunal does not find anything reproachable about the Administrative Order. The 31-page document appears, in the Tribunal's view, to be adequately detailed and reasoned; it reviews the evidence presented by Thunderbird at the hearing; and discusses at length the legal grounds on which SEGOB based its determination that the EDM machines were prohibited gambling equipment (*see* Exh. R-93).
199. As to the official closures of the EDM facilities, the Tribunal does not find that the manner in which SEGOB proceeded for the official closure was arbitrary. In fact, the record shows that on one occasion, SEGOB itself recognized that the official closure order for Nuevo Laredo was irregular and accordingly rectified its error by lifting the seals of the Nuevo Laredo facility.
200. The Tribunal does not exclude that the SEGOB proceedings may have been affected by certain irregularities. Rather, the Tribunal cannot find on the record any administrative irregularities that were grave enough to shock a sense of judicial propriety and thus give rise to a breach of the minimum standard of treatment. As acknowledged by Thunderbird, the SEGOB proceedings should be tested against the standards of due process and procedural fairness applicable to administrative officials. The administrative due process requirement is lower than that of a judicial process. Hence, for instance, even if one views the absence of Lic. Aguilar Coronado (who signed the Administrative Order) at the 10 July hearing as an administrative irregularity, it does not attain the minimum level of gravity required under Article 1105 of the NAFTA under the circumstances.
201. Finally, the SEGOB proceedings (including the Administrative Resolution) were subject to judicial review before the Mexican courts. The Tribunal notes in this

regard that EDM filed a nullification (*juicio de nulidad*) of the 10 October Ruling before the federal tax and administrative court (in which it did not raise any complaint about Lic. Aguilar Coronado's absence at the Administrative Hearing). EDM went on to appeal the court's decision on the nullification (*juicio de amparo*), but subsequently withdrew from the proceedings, which decision cannot be attributed to Mexico.

Issue 10. Did Respondent engage in an expropriation in violation of Article 1110 of the NAFTA?

202. Article 1110 (1) of the NAFTA provides as follows:

No Party may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment ("expropriation"), except:

- (a) for a public purpose;
- (b) on a non-discriminatory basis;
- (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and
- (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6.
 - (i) Thunderbird's position

203. With respect to Mexico's jurisdictional objections, Thunderbird contends that the purposes of the NAFTA would be completely frustrated if investors were not entitled to bring claims under Article 1110, on behalf of their investment enterprises established in the territory of another NAFTA Party. Thunderbird requests that leave be granted to Thunderbird to amend its PSOC to include, in the further alternative, a

claim for 100% of the damages caused to the businesses of each EDM Company as a result of Respondent's alleged breach of Article 1110, using Article 1116 of the NAFTA.

204. Thunderbird contends that Article 1110 of the NAFTA, which requires the payment of full, prompt, and effective compensation for the taking of an “investment,” imposes an obligation upon Mexico vis-à-vis the EDMs. The standard for determining whether a taking has occurred is whether government action has resulted in substantial interference with the investment.
205. According to Thunderbird, the EDM Companies had legitimately acquired rights in the businesses they conducted. The actions of SEGOB amounted to expropriation within the meaning of Article 1110 of the NAFTA, Thunderbird argues, because the EDMs established their investments in Mexico on the general promise of fair and equitable treatment and with the added security of the “negative clearance” contained within the *Oficio*, and the official closure of these facilities destroyed the EDMs’ businesses, requiring the payment of fair market value for these investments so taken.

(ii) Mexico’s position

206. Mexico raises a jurisdictional objection to the effect that Thunderbird cannot succeed in its claim of expropriation because it failed to bring a claim on its own behalf as an investor of a Party under Article 1116 of the NAFTA. Thunderbird’s request in the SoR to amend its claim should be denied according to Mexico.
207. Mexico contends that SEGOB determined that EDM was operating prohibited gambling equipment and that, therefore, bona fide law enforcement actions by SEGOB, such as the closure of illegal gambling operations, do not amount to an expropriation. Further, Mexico argues, EDM filed appeals in the national courts that it subsequently withdrew.

(iii)The Tribunal’s findings

208. The Tribunal does not need to decide on Mexico's jurisdictional objection regarding Thunderbird's failure to present its claim under Article 1116 of the NAFTA, since the Tribunal has already found that the EDM Companies could not have operated based on a legitimate expectation in Mexico. Accordingly, as acknowledged by Thunderbird, compensation is not owed for regulatory takings where it can be established that the investor or investment never enjoyed a vested right in the business activity that was subsequently prohibited.

E. Merits – Damages

209. The Tribunal has found that Mexico did not violate any of the NAFTA provisions relied upon by Thunderbird (*see* the Tribunal's findings on Issues 8, 9 and 10 above). Accordingly, Thunderbird is not entitled to damages and the Tribunal does not need to address Issue 11.

VI. COSTS

210. In Thunderbird's Cost Submission of 26 August 2004, Thunderbird claimed US\$ 995,934.50 for its legal fees and expenses. In Thunderbird's Supplementary Statement of Costs of 31 March 2005, Thunderbird claims US\$ 1,163,375.20 (including previous sums claimed).
211. In Mexico's Cost Submission of 12 August 2004, Mexico claimed US\$ 1,310,943.78 for its legal fees and expenses. In Mexico's Supplementary Statement of Costs of 31 March 2005, Mexico claimed an additional US\$ 191,122.06.
212. Pursuant to Article 1135 of the NAFTA, a tribunal may "award costs in accordance with the applicable Arbitral Rules," i.e., the UNCITRAL Rules. Pursuant to Article 38 of the UNCITRAL Rules, the "arbitral tribunal shall fix the costs of arbitration in its award." Article 38 (e) includes within the scope of the definition of the "costs of arbitration" the "costs for legal representation and assistance of the successful party if such costs were claimed during the arbitral proceedings, and only to the

extent that the arbitral tribunal determines that the amount of such costs is reasonable”. Articles 40 (1) and (2) of the UNCITRAL Rules provide as follows:

1. Except as provided in paragraph 2, the costs of arbitration shall in principle be borne by the unsuccessful party. However, the arbitral tribunal may apportion each of such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case.
 2. With respect to the costs of legal representation and assistance referred to in article 38, paragraph (e), the arbitral tribunal, taking into account the circumstances of the case, shall be free to determine which party shall bear such costs or may apportion such costs between the parties if it determines that apportionment is reasonable.
213. The majority view in *S.D. Myers v. Canada* believed that there is a “subtle distinction” between these two paragraphs, the first emphasizing “success,” and the second “the circumstances of the case.”¹⁵ The present Arbitral Tribunal does not see the distinction between the two paragraphs in that way. The first paragraph too refers to “the circumstances of the case” whilst the second, as conceded by the majority view in *S.D. Myers*, also implies success. Rather, the difference between the two paragraphs is that the first paragraph sets forth a rule with an exception to that rule, whereas the second paragraph gives an arbitral tribunal unfettered discretion. According to the first paragraph, the costs of the arbitration “shall in principle be borne by the unsuccessful party,” whilst according to the second paragraph, an arbitral tribunal “shall be free” to determine which party bears the costs of legal representation (or may apportion such costs). In the present case, the Arbitral Tribunal does not see a reason to rely on that distinction, as the more objective benchmark for both types of costs is the rate of success of a party.

¹⁵

S.D. Myers v. Canada, Final Award, 30 December 2002, UNCITRAL (NAFTA), <http://ita.law.uvic.ca/documents/SDMyersFinalAward.pdf>

214. It is also debated whether “the loser pays” (or “costs follow the event”) rule should be applied in international investment arbitration. It is indeed true that in many cases, notwithstanding the fact that the investor is not the prevailing party, the investor is not condemned to pay the costs of the government. The Tribunal fails to grasp the rationale of this view, except in the case of an investor with limited financial resources where considerations of access to justice may play a role. Barring that, it appears to the Tribunal that the same rules should apply to international investment arbitration as apply in other international arbitration proceedings.
215. It may be added that Article 1135 of the NAFTA explicitly contemplates the possibility for a tribunal to award costs: “[a] tribunal may also award costs in accordance with the applicable arbitration rules.” The treaty does not contain any limitation in regard of the award of costs.
216. The parties to the present case have themselves each claimed an award of costs (*see* Notice of Arbitration at ¶34 and SoD at ¶372). Although Thunderbird has contended that it is rarely appropriate for costs to be awarded to an unsuccessful NAFTA claimant, it has at the same time recognized: “[n]o Nafta provisions exist which would modify the application of [Articles 38 and 40 of the UNCITRAL] arbitration rules. Accordingly, it lies within the discretion of this Tribunal to award costs in the manner it determines to be the most appropriate and reasonable in the circumstances.” (*see* PSoC at p.121)
217. The Tribunal is mindful of other NAFTA awards such as the decision in *Azinian v. Mexico*,¹⁶ in which the tribunal considered four factors for deciding that the losing investor need not pay the costs of the respondent (state party):

¹⁶

Azinian v. Mexico, Arbitral Award, 1 November 1999; ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, http://www.worldbank.org/icsid/cases/robert_award.pdf

The claim has failed in its entirety. The Respondent has been put to considerable inconvenience. In ordinary circumstances it is common in international arbitral proceedings that a losing claimant is ordered to bear the costs of the arbitration, as well as to contribute to the prevailing respondent's reasonable costs of representation. This practice serves the dual function of reparation and dissuasion.

In this case, however, four factors militate against an award of costs. First, this is a new and novel mechanism for the resolution of international investment disputes. Although the Claimants have failed to make their case under the NAFTA, the Arbitral Tribunal accepts, by way of limitation, that the legal constraints on such causes of action were unfamiliar. Secondly, the Claimants presented their case in an efficient and professional manner. Thirdly, the Arbitral Tribunal considers that by raising issues of defective performance (as opposed to voidness *ab initio*) without regard to the notice provisions of the Concession Contract, the Naucalpan Ayuntamiento may be said to some extent to have invited litigation. Fourthly, it appears that the persons most accountable for the Claimants' wrongful behaviour would be the least likely to be affected by an award of costs; Mr. Goldenstein is beyond this Arbitral Tribunal's jurisdiction, while Ms. Baca – who might as a practical matter be the most solvent of the Claimants – had no active role at any stage.

218. With respect to the first factor, investment arbitration in general and NAFTA arbitration in particular have become so well known and established as to diminish their novelty as dispute resolution mechanisms. Thus, this factor is no longer applicable when considering apportionment of costs in international investment disputes. As for the second factor, although it may be said that the Parties here presented their case in an efficient and professional manner, the Tribunal does not find it a decisive factor for awarding costs in deviation of the general principle. Finally, the third and fourth *Azinián* factors are not applicable in the present case.
219. In the present case, the Tribunal has found that Mexico is the successful party, except on issues of jurisdiction and/or admissibility.

220. Accordingly, the Tribunal finds that Mexico may in principle recover an appropriate portion of the costs of its legal representation and assistance. In this regard, the amount of US\$ 1,502,065.84 claimed by Mexico appears to be reasonable in light of the scope and length of the present arbitral proceedings. Mexico did not however prevail on all issues. In consideration of this fact, the Tribunal shall exercise its discretion and allocate the costs on a $\frac{3}{4}$ - $\frac{1}{4}$ basis. Accordingly, the Tribunal hereby determines that Thunderbird shall reimburse Mexico in the amount of US\$ 1,126,549.38 in respect of the costs of legal representation for this arbitration.
221. As regards the fees of the arbitrators, the Arbitral Tribunal has determined the fees of the Arbitrators to be US\$405,620. The disbursements of the arbitration, including rent of hearing rooms, travel, hotel accommodation and court reporters amount to US\$99,632.08. Consequently, the costs of the arbitration amount to US\$505,252.08 and will be paid out of the deposits made by the Parties. For the same reasons as expressed in the preceding paragraph, the costs referred to in this paragraph shall be allocated between Thunderbird and Mexico on a $\frac{3}{4}$ - $\frac{1}{4}$ basis. Accordingly, the Arbitral Tribunal hereby determines that Thunderbird shall reimburse Mexico in the amount of US\$126,313.02 in respect of the aforementioned deposits made by Mexico.

VII. DECISIONS

222. FOR THE FOREGOING REASONS, the Arbitral Tribunal renders the following decisions:

- 1) FINDS that Mexico did not breach Articles 1102, 1105 or 1110 of the NAFTA or otherwise;
- 2) DISMISSES Thunderbird's claims in their entirety;
- 3) DETERMINES the costs of the arbitration referred to in ¶ 221 above at US\$505,252.08, and further DETERMINES that these costs are to be shared by the Thunderbird and Mexico on a 3/4-1/4 basis, and are to be paid out of the deposits made by the Parties;
- 4) DETERMINES that Thunderbird shall reimburse Mexico in the amount of US\$ 1,126,549.38 in respect of the costs of legal representation and US\$126,313.02 in respect of the deposits made by Mexico for the fees and disbursements of the Arbitral Tribunal.

Made in Washington D.C., U.S.A., being the place of arbitration, on January 26, 2006,

Lic. Agustín Portal Ariosa,
Arbitrator

Professor Thomas W. Wälde,
Arbitrator
(see separate opinion)

Professor Dr. Albert Jan van den Berg,
President

LAUDO ARBITRAL

Dictado en un caso del TLCAN conforme a las
Reglas de Arbitraje de la CNUDMI
entre:

International Thunderbird Gaming Corporation

Demandante

y

los Estados Unidos Mexicanos

Demandado

Ante el tribunal arbitral constituido conforme de las disposiciones del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, e integrado por las siguientes personas:

Lic. Agustín Portal Ariosa

Profesor Thomas W. Wälde

Profesor Dr. Albert Jan van den Berg (Presidente)

Washington, D.C., 26 de enero de 2006

ÍNDICE

I.	LAS PARTES	3
II.	HISTORIA PROCESAL	4
III.	RESUMEN DE LOS HECHOS	10
IV.	CUESTIONES SOBRE LAS QUE DEBE PRONUNCIARSE EL TRIBUNAL ARBITRAL	22
V.	ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES SOBRE LAS QUE DEBE PRONUNCIARSE EL TRIBUNAL	31
	A. <u>Generalidades</u>	32
	B. <u>Competencia y/o admisibilidad</u>	35
	C. <u>Fondo del asunto: Generalidades</u>	44
	D. <u>Fondo del asunto: Artículos 1102, 1105 y 1110 del TLCAN</u>	60
	E. <u>Fondo del asunto: Daños y perjuicios</u>	73
VI.	COSTAS.....	74
VII.	DECISIONES ARBITRALES.....	79

I. LAS PARTES

1. Demandante:

INTERNATIONAL THUNDERBIRD GAMING CORPORATION
Thunderbird Greeley Inc.
11545 West Bernardo Court Suite 307
San Diego, CA 92127
Estados Unidos de América

en lo sucesivo “Thunderbird” o la “Demandante.”

2. Thunderbird es una sociedad anónima pública canadiense, cuyas principales oficinas se encuentran en San Diego, California, Estados Unidos.
3. Representan a Thunderbird en el presente procedimiento su abogado debidamente autorizado James D. Crosby, de California, Estados Unidos, y el Profesor Todd Weiler, de Ontario, Canadá.

4. Demandado:

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
Dirección General de Consultoría Jurídica de Negociaciones
Secretaría de Economía
México, D.F., México

en lo sucesivo: “Méjico” o el “Demandado.”

5. Representa al gobierno de México en el presente procedimiento el Sr. Hugo Perezcano Díaz, *Director General de Consultoría Jurídica de Negociaciones, Secretaría de Economía*.

II. HISTORIA PROCESAL

6. El 21 de marzo de 2002, Thunderbird presentó un “Aviso de Intención de Someter una Reclamación a Arbitraje en los términos de la Sección B del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, en la que sostiene que México incumplió sus obligaciones bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”), más específicamente las previstas en los Artículos 1102 (Trato Nacional), 1103 (Trato de Nación Más Favorecida), 1105 (Nivel Mínimo de Trato) y 1110 (Expropiación e Indemnización) de ese tratado.
7. El 1 de agosto de 2002, Thunderbird presentó una Notificación de Arbitraje y Escrito de Demanda contra México (que México recibió el 22 de agosto de 2002) conforme a lo previsto en el Capítulo XI del TLCAN y a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (“la Notificación de Arbitraje”).
8. En el párrafo 34 de la Notificación de Arbitraje, Thunderbird solicitó la reparación de: “i. Daños y perjuicios por un monto no inferior a US\$100.000.000; ii. Costos vinculados con el presente procedimiento, incluidos todos los honorarios profesionales y gastos; iii. Intereses anteriores y posteriores al laudo, a una tasa que fijará el Tribunal; iv. Consecuencias fiscales del laudo, para mantener su integridad; v. Aquellas otras reparaciones adicionales que solicite el abogado patrono y que este Tribunal estime como procedentes.
9. Por carta fechada el 4 de septiembre de 2002, México opuso objeciones referentes al idioma del procedimiento y sostuvo que el Aviso de Intención no cumplía cabalmente los requisitos del TLCAN. Posteriormente, las Partes intercambiaron correspondencia con respecto a las objeciones de México.
10. El 14 de marzo de 2003 se constituyó el Tribunal Arbitral, que quedó formado por el profesor Dr. Albert Jan van den Berg (designado presidente del Tribunal por el Secretario General del CIADI), de nacionalidad holandesa, quien reside en Tervuren, Bélgica; el profesor Thomas W. Wälde (designado por Thunderbird),

de nacionalidad alemana, quien reside en Dundee, Escocia, Reino Unido, y el Sr. Agustín Portal Ariosa (designado por México), de nacionalidad mexicana, quien reside en México D.F., México. Se designó secretario del Tribunal al Sr. Gonzalo Flores, del CIADI.

11. Con el acuerdo de las Partes, la primera sesión del Tribunal se celebró en Washington, D.C. el 29 de abril de 2003. En la misma, tras haber escuchado los argumentos de las Partes, el Tribunal informó a éstas que el arbitraje se realizaría en idioma inglés y en idioma español; que el lugar del arbitraje, en la acepción jurídica del término, sería Washington, D.C., y que se invitaba a México a hacer saber a Thunderbird y al Tribunal si oponía excepciones de incompetencia y/o admisibilidad (“la Cuestión Preliminar”), tras lo cual el Tribunal se pronunciaría sobre el asunto de la bifurcación del procedimiento en relación con la Cuestión Preliminar. Se acordó asimismo que la Secretaría del CIADI prestara servicios administrativos en relación con el procedimiento arbitral, similares a los que se dispensan en los arbitrajes realizados en el marco de las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI.
12. El 27 de junio de 2003, el Tribunal dictó (con el consenso de las Partes) la Orden No. 1, en virtud de la cual se inició la secuencia del procedimiento y se resolvieron determinadas cuestiones procesales.
13. El 29 de mayo de 2003, Thunderbird presentó una Solicitud de Presentación de Documentos, a la que México opuso objeciones el 27 de junio de 2003. Conforme a la Orden No. 2, fechada el 31 de julio de 2003, el Tribunal se pronunció sobre la Solicitud de Presentación de Documentos y ofreció a Thunderbird la posibilidad de presentar oportunamente una nueva solicitud compatible con la Orden No. 2.
14. El 27 de junio de 2003, Thunderbird presentó una Petición de Medidas Provisionales conforme al Artículo 1134 del TLCAN. El 17 de julio de 2003, México formuló observaciones a esa Petición. El 15 de agosto de 2003 el Tribunal y las Partes sostuvieron una conferencia telefónica para analizar la

Petición. En el curso de esa conferencia se acordaron ciertos aspectos prácticos relativos a la Petición, y en especial se acordó que las Partes realizaran una visita conjunta a los sitios, la cual tuvo lugar entre el 5 y el 7 de noviembre de 2003. En consecuencia, por carta del 26 de noviembre de 2003 el Tribunal informó a las Partes que consideraba innecesario pronunciarse sobre la petición de Thunderbird.

15. El 15 de agosto de 2003, Thunderbird presentó una Demanda Pormenorizada.
16. El 27 de agosto de 2003, Thunderbird presentó una Solicitud Complementaria de Presentación de Documentos, conforme a la Orden No. 2; el 15 de octubre de 2003 México respondió formulando observaciones. Por carta del 26 de noviembre de 2003, el Tribunal informó a las Partes que dada la falta de reacción por parte de Thunderbird, cabía inferir que no era necesario que el Tribunal adoptara ninguna otra medida.
17. El 29 de agosto de 2003, México presentó una Solicitud Complementaria de Presentación de Documentos, a la que respondió Thunderbird el 22 de septiembre de 2003. Las Partes intercambiaron más correspondencia con posterioridad. El 11 de diciembre de 2003, el Tribunal se pronunció sobre dicha Solicitud Complementaria de México (véase la Orden No. 3).
18. El 18 de diciembre de 2003, México presentó un Escrito de Contestación, en que opuso Excepciones de Incompetencia y Admisibilidad.
19. El 22 de diciembre de 2003 Thunderbird presentó un Escrito respecto a la Bifurcación del Procedimiento.
20. En los términos de la Orden No. 4, fechada el 24 de diciembre de 2003, el Tribunal resolvió que la Cuestión Preliminar se uniera al estudio del fondo del asunto, e invitó a las Partes a referirse a la Cuestión Preliminar en sus escritos venideros.

21. El 9 de febrero de 2004, Thunderbird presentó un Escrito de Réplica.
22. El 24 de febrero de 2004, México presentó una nueva Solicitud de Presentación de Documentos, a la que Thunderbird opuso objeciones el 3 de marzo de 2004. El Tribunal resolvió la solicitud de México a través de la Orden No. 5, fechada el 12 de marzo de 2004.
23. El 7 de abril de 2004, México presentó su Escrito de Dúplica.
24. El 9 de abril de 2004, Thunderbird presentó una Solicitud de Exclusión de Autos de la Declaración Testimonial del Profesor Nelson Rose (presentada por México); México opuso objeciones a esa Solicitud el 14 de abril de 2004. La Solicitud de Thunderbird fue rechazada en virtud de la Orden No. 6, fechada el 19 de abril de 2004.
25. El 20 de abril de 2004, las Partes y el Presidente del Tribunal sostuvieron una conferencia telefónica previa a la audiencia, para analizar cuestiones procesales referentes a la Audiencia; de los temas tratados se dejó constancia en la Orden No. 7, fechada el 22 de abril de 2004 (ulteriormente complementada por la Orden No. 8, fechada el 25 de junio de 2004).
26. Entre el 26 y el 29 de abril de 2004 tuvo lugar en las oficinas del CIADI, en Washington, D.C., una audiencia para escuchar argumentos orales y recibir declaraciones testimoniales (“la Audiencia”). Comparecieron por Thunderbird el Sr. James D. Crosby, el profesor Todd Weiler y el Sr. Carlos Gómez, y por México el Sr. Hugo Perezcano Díaz, la Sra. Alejandra Treviño y el Sr. Luis Marín, de la Secretaría de Economía; el Sr. Stephan E. Becker, el Sr. Sanjay Mullik, la Sra. Suzanne Wilkinson y la Sra. Zuraya Tapia Alfaro, de Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP, y los Sres. Christopher J. Thomas y J. Cameron Mowatt, de Thomas & Partners.
27. En la Audiencia se escucharon declaraciones testimoniales de los Sres. Jorge Montaño, Albert Atallah, Jack Mitchell, Peter Watson, Kevin McDonald, Luis

Ruiz de Velasco, Steven M. Rittvo y Carlos Gómez, presentados por Thunderbird, y del profesor I. Nelson Rose y los Sres. Alberto Alcántara Martínez y Luis Martínez, presentados por México.

28. En la Audiencia a los gobiernos de Canadá y de los Estados Unidos de América estuvieron representados por el Sr. Roland Legault y el Sr. Mark S. McNeill, respectivamente.
29. Durante la Audiencia, el Tribunal hizo circular una lista provisional de cuestiones sobre la que debe pronunciarse el Tribunal, que luego fue revisada a la luz de los comentarios formulados al respecto por las Partes. Éstas se refirieron a dicha lista en sus Memoriales Posteriores a la Audiencia.
30. El 28 de abril de 2004, las Partes presentaron una reseña de *Dramatis Personae*.
31. El 21 de mayo de 2004, los gobiernos de los Estados Unidos de América y de Canadá presentaron sendos escritos conforme a lo previsto en el Artículo 1128 del TLCAN.
32. El 2 de agosto de 2004, las Partes presentaron sus Escritos Posteriores a la Audiencia.
33. El 3 de agosto de 2004, las Partes presentaron una relación cronológica de hechos, preparada conjuntamente.
34. Por carta del 3 de agosto de 2004, Thunderbird solicitó al Tribunal que considerara y admitiera nuevas pruebas referentes a una denuncia presentada el 30 de noviembre de 2001 ante el Órgano Interno de Control de la Secretaría de Gobernación de México, y la respuesta de este último, de fecha 20 de julio de 2004. Por carta del 6 de agosto de 2004, México opuso objeciones a la solicitud de Thunderbird. Por carta del 10 de agosto de 2004, Thunderbird solicitó al Tribunal que considerara y admitiera nuevas pruebas referentes al Centro de Entretenimiento Bella Vista, establecido en Monterrey, y a los establecimientos

Reflejos, establecidos en Río Bravo y Reynosa. Por carta del 13 de agosto de 2004, en seguimiento de su carta del 3 de agosto de 2004, Thunderbird solicitó al Tribunal que admitiera como prueba una copia del expediente del Órgano Interno de Control referente a la reclamación. Por carta del 17 de agosto de 2004, México opuso objeciones a las solicitudes formuladas por Thunderbird en sus cartas de 3, 10 y 13 de agosto de 2004.

35. México presentó una liquidación de costos el 12 de agosto de 2004. Thunderbird hizo lo propio el 26 de agosto de 2004.
36. Conforme a la Orden No. 9, fechada el 13 de septiembre de 2004, se ordenó la inclusión al expediente de las pruebas presentadas por Thunderbird con sus cartas de 3, 10 y 13 de agosto de 2004, sin perjuicio de la pertinencia, importancia y del peso de esas pruebas.
37. El 22 de octubre de 2004, México presentó observaciones adicionales referentes a las nuevas pruebas presentadas por Thunderbird. El 5 de noviembre de 2004, Thunderbird presentó observaciones como réplica.
38. El 19 de noviembre de 2004, México presentó una “Duplicata al escrito de réplica de la Demandante”. El 22 de noviembre de 2004, Thunderbird presentó una Solicitud de Exclusión de Autos del escrito de México, que fue rechazada mediante la Orden No. 10, fechada el 30 de noviembre de 2004, y se concedió a Thunderbird la posibilidad de presentar una respuesta a la Duplicata, la que Thunderbird presentó el 8 de diciembre de 2004.
39. El Tribunal deliberó en diversas ocasiones antes de emitir el Laudo.
40. En el presente Laudo, el Tribunal citará los documentos en los términos siguientes:

- Por “Aviso de Intención” se entiende el aviso de intención de someter una reclamación a arbitraje presentada por Thunderbird, del 21 de marzo de 2002.
- Por “Notificación de Arbitraje” se entiende la notificación de arbitraje y escrito de demanda de Thunderbird, del 1 de agosto de 2002.
- Por “EdDP” se entiende el escrito de demanda pormenorizado de Thunderbird, del 15 de agosto de 2003.
- Por “EdC” se entiende el escrito de contestación de México, del 18 de diciembre de 2003;
- Por “EdR” se entiende el escrito de réplica de Thunderbird, del 9 de febrero de 2004.
- Por “EdD” se entiende el escrito de duplicata de México, del 7 de abril de 2004.
- Por “Tr.” se entiende la transcripción de la Audiencia de los días 26 a 29 de abril de 2004.
- Por “C-EPA” y “R-EPA” se entiende los escritos posteriores a la Audiencia presentados por Thunderbird y México, respectivamente, el 2 de agosto de 2004.

III. RESUMEN DE LOS HECHOS

41. Thunderbird desarrolla el negocio de operación de centros de juegos de apuestas.
42. Según Thunderbird, en el período comprendido entre fines de 1999 y principios de 2000, el Sr. Jack Mitchell, presidente y principal funcionario de Thunderbird,

con la asistencia del Sr. Peter Watson, abogado estadounidense, comenzó a estudiar la posibilidad de explotar “máquinas de destreza” en México. Se realizaron reuniones con los Sres. Doug Oien e Ivy Ong (de A-1 Financial Ltd), ambos involucrados en actividades referentes a juegos, y los Sres. Julio Aspe y Oscar Arroyo, dos abogados mexicanos quienes decían haber patrocinado a una persona de nacionalidad mexicana, el Sr. José Guardia, en relación con las operaciones de juegos que éste realizaba en México.

43. Según Thunderbird, en el período comprendido entre abril y junio de 2000, el Sr. Luis Ruiz de Velasco, de Baker & McKenzie, abogado mexicano de Thunderbird, se reunió con los Sres. Aspe y Arroyo para analizar los procedimientos utilizados por el Sr. Guardia para defender sus operaciones de juegos frente a medidas adoptadas por el gobierno mexicano, por ejemplo promover la suspensión de actos mediante juicios de amparo, pero llegó a la conclusión de que esos procedimientos no brindarían a Thunderbird la certidumbre necesaria para llevar a cabo las operaciones que se proponía realizar en México.
44. El 5 de abril de 2000, los Sres. Juan José Menéndez Tlacatelpa y Alejandro Rodríguez Velázquez constituyeron Entertainmens de México S.A. de C.V. (“EDM”).
45. El 1 de mayo de 2000, EDM celebró un contrato de arrendamiento sobre un local en Matamoros (contrato que el 20 de julio de 2000 fue corregido y prorrogado por cinco años).
46. El 26 de mayo de 2000, Thunderbird y los Sres. Oien y Ong celebraron una “carta de intención” referente a la operación de centros de juego en México.
47. El 22 de junio de 2000, Juegos de México Inc. (“JDMI”) y A-1 Financial Ltd. celebraron mutuamente un “Convenio de Reparto de Ingresos y Consultoría” referente a la operación de centros de juego en México.

48. En julio de 2000, según Thunderbird, tras contactos entre los Sres. Aspe y Arroyo y el gobierno mexicano, Thunderbird decidió solicitar una opinión oficial respecto a la legalidad de las operaciones de juegos que se proponía realizar y en caso de que la respuesta gubernamental fuese favorable, Thunderbird abriría y comenzaría a explotar en México sus establecimientos de “máquinas de destreza”.
49. El 31 de julio de 2000, EDM importó 50 máquinas de videojuegos marca Bestco modelo MTL19U-8L.
50. El 3 de agosto de 2000, EDM presentó al Director General de Gobierno de la Secretaría de Gobernación (“SEGOB”) una solicitud escrita referente a las operaciones de juegos que se proponía realizar en México (“la Solicitud”). El texto completo de la Solicitud establece lo siguiente (se agregaron los números que figuran entre corchetes):

JUAN JOSÉ MENÉNDEZ TLACATELPA, representante legal de ENTERTAINMENS DE MÉXICO, S.A. DE C.V., personalidad que acrediتو en términos de la copia certificada del instrumento notarial que adjunto a la presente, señalando como domicilio convencional para oír y recibir todo tipo de notificaciones y documentos el ubicado en Plaza Inverlat piso 12, Blvd. M. Ávila Camacho no. 1, C.P. 11009, en México Distrito Federal, autorizando para tales efectos al señor Licenciado Luis Ruiz de Velasco y P. con el debido respeto comparezco y expongo:

Que por medio del presente escrito vengo a solicitar que esa H. Dirección General emita su opinión respecto a la actividad que realiza mi mandante consistente en la explotación comercial de máquinas de video para juegos de habilidad y destreza, conforme a lo siguiente:

1. - Entertainmens de México, S.A. de C.V. es una persona moral constituida de conformidad a las leyes de la República Mexicana, mediante escritura pública 38.765, de fecha cinco de abril del año dos mil, otorgada ante la fe del Notario Público

número 53 del Distrito Federal, Licenciado Rodrigo Orozco Pérez, como se acredita con el testimonio notarial que se acompaña, y que está inscrita en el Registro Federal de Contribuyentes bajo la clave EME-000405 -LQ7.

2. – Mi representada estableció en Av. de las Rosas núm. 70 “A”, Colonia Jardín, en Matamoros, Tamps.; el negocio con el nombre comercial de “La Mina de Oro”, relativo a máquinas de video para juegos de habilidad y destreza, contando con todos los requisitos municipales para ello.

3. - Las máquinas de video para juegos de habilidad y destreza que explota comercialmente mi mandante, son aparatos de recreación cuya finalidad es la diversión y entretenimiento de las personas que tienen acceso a ellas. En esos video juegos no interviene ni el azar ni la apuesta, sino la destreza y habilidad del operador quien tiene que buscar alinear diversos símbolos en la pantalla del juego a través de tocar la misma u oprimir botones con objeto de detener el símbolo deseado respecto de los distintos de ellos que giran de manera secuencial en cada una de las líneas o cuadrantes del video juego. Todo ello a fin de que el operador consiga ordenar signos en una combinación óptima y que le otorgue un ticket con puntos canjeables por bienes o servicios, como diversas que ya operan en distintos puntos del país.

4.- Las máquinas de video para juegos de habilidad y destreza que operamos actualmente en el local mencionado en este escrito son marcas Bestco, modelo MTL19U-8L y S.C.I., modelo 17”UR; pero es intención de mi mandante colocar alrededor de 2,000 (dos mil) máquinas más en algunos otros locales de la República con idéntico funcionamiento y naturaleza de la mecánica descrita en el punto inmediato anterior.

[5] Es por todo lo anterior que acudo a esa H. Dirección General con el fin de consultar su opinión respecto a la actividad comercial que realizamos y que aquí ha quedado detallada, esto es, para que emitan su criterio sobre las máquinas de video para juegos de habilidad y destreza a que nos referimos con objeto de determinar si son juegos regulados por la Ley Federal de Juegos y Sorteos.

[6] Solicitamos la opinión de esa H. Dirección a fin de que mi mandante cuente con la certeza de la legalidad de la explotación comercial de las máquinas de video para juegos de habilidad y destreza, ello en virtud de que a raíz de un análisis de la naturaleza de nuestras máquinas y las disposiciones legales, hemos concluido que no están dentro del ámbito de aplicación de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, y por ende no se encuentran bajo la regulación de la Secretaría de Gobernación o de alguna otra autoridad federal, puesto que la actividad que se explota no encuadra dentro de las facultades previstas por el artículo 73 de la Constitución General de la República en su fracción X, la cual señala claramente que el Congreso de la Unión tiene facultad exclusiva para legislar en toda la República sobre juegos con apuestas y sorteos, quedando la reglamentación de dichas actividades bajo el Ejecutivo Federal; pero, en cuanto a las diversiones donde media la destreza y habilidad es lógico que éstas no quedan bajo la hegemonía federal puesto que en la Constitución General de la República no se señala que el Congreso de la Unión pueda legislar de forma exclusiva en tal materia. Consecuentemente, la facultad para regular este tipo de diversiones no se otorgó exclusivamente a la Federación, por lo que queda excluida del ámbito de la Ley Federal de Juegos y Sorteos.

[7] La naturaleza de las máquinas de video para juegos de habilidad y destreza no es de juegos de azar, ni de juegos con apuestas ni de sorteos, ya que en la operación de las mismas la persona que decide entretenerte y jugar con nuestras máquinas asume respecto de ellas una posición activa donde interviene su inteligencia, su voluntad, su experiencia y su capacidad de responder óptimamente a determinados estímulos con objeto de encontrar una combinación, efecto o proeza sobre la máquina, lo cual únicamente es posible a través de la habilidad, experiencia y control que se ejerza sobre ella, todo esto con el fin de entretenimiento y diversión, pudiendo conseguir determinados puntos canjeables por un premio como recompensa a la destreza lograda y de ninguna manera del azar.

[8] De tal manera, quede claro que es la destreza y habilidad de la persona la que produce el efecto sobre la máquina de video juego y no el azar, el acaso, la fortuna o la apuesta, puesto que lo

que cuenta para lograr un resultado es la destreza o habilidad de los jugadores; cosa diferente a lo que acontece en los juegos con apuesta en donde existe un pacto o convenio previo entre la empresa y el usuario por el cual se acuerda la entrega de una cantidad de dinero o de otra cosa, dependiendo ello de la realización de un evento fortuito, imprevisto, o no sujeto a la voluntad o control del usuario.

[9] Por lo anteriormente expuesto concluimos que nuestra operación no encuadra dentro de los juegos prohibidos por la Ley Federal de Juegos y Sorteos, por desprenderse que en el funcionamiento de nuestras máquinas de video juegos no se involucran los conceptos de azar o apuestas, debiendo estimarse que estos video juegos son simples diversiones en las cuales los usuarios pueden obtener premios en razón de su habilidad o destreza; solicitando atentamente a esa H. Dirección General, emita su opinión al respecto.

51. El 4 de agosto de 2000, EDM compró 30 máquinas de videojuegos para juegos de habilidad y destreza marca SCI modelo 17" UR, que se importaron el 14 de agosto de 2000.
52. Entre el 10 y 11 de agosto de 2000, JDMI adquirió todas las acciones de EDM de los Sres. Tlacetelpa y Velásquez. El Sr. Mitchell fue designado presidente del consejo de EDM.
53. El 10 de agosto de 2000, EDM presentó un aviso de apertura, en el que hizo del conocimiento de las autoridades locales las operaciones que se proponía realizar en su establecimiento de Matamoros, llamado “La Mina de Oro”.
54. Según el borrador de una carta fechada el 10 de agosto de 2000, el Sr. Watson confirmó a los Sres. Aspe y Arroyo el pago de una “cuota de éxito” de US\$300,000 contra la entrega de una carta de SEGOB “que establezca que conforme a la legislación aplicable en México, no existe oposición o limitación para operar nuestro negocio de máquinas de habilidad en la República Mexicana”. Thunderbird confirmó el pago de US\$300.000 mediante una carta firmada, de fecha 15 de agosto de 2000, dirigida a los Sres. Aspe y Arroyo.

55. Mediante comunicación del 15 de agosto de 2000, SEGOB respondió oficialmente a la Solicitud de Thunderbird (“el Oficio”). Suscribió el Oficio el Sr. Rafael de Antuñano Sandoval, Director de Juegos y Sorteos, en nombre y representación del Sr. Sergio Orozco Aceves, Director General de Gobierno de SEGOB, con copia a este último y al Sr. Roberto Pedro Martínez Ortiz, Director General de Asuntos Jurídicos de SEGOB. El texto completo del Oficio establece lo siguiente (se agregan los números que figuran entre corchetes):

[1] Me refiero a su atento escrito de fecha 3 de agosto del año en curso recibido el día 08 de los corrientes en la oficialía de partes de la Dirección de Juegos y Sorteos. Dependiente de esta Dirección General a mi cargo, ocurso por medio del cual solicita que esta autoridad administrativa emita su criterio respecto de la explotación que su representada realiza de máquinas que operan bajo el concepto de habilidad y destreza de los usuarios y no con base en los elementos del azar y la apuesta. Sobre el particular resulta oportuno hacer las precisiones siguientes

[2] Como es de su apreciable conocimiento en el cuerpo normativo de la Ley Federal de Juegos y Sorteos se establecen con puntualidad diversas disposiciones que con todo rigor prohíben en todo el territorio nacional los juegos con azar y los juegos con apuestas. Así lo determina el artículo 1º. de la citada Ley al concluir que: “1.- Quedan prohibidos en todo el territorio nacional, en términos de esta ley, los juegos de azar y los juegos con apuestas”:

[3] Asimismo el artículo 3º. de la ley de la materia afirma: “Corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Gobernación, la reglamentación, autorización, control y vigilancia de los juegos cuando en ellos medien apuestas de cualquier clase, así como los sorteos, con excepción del de la Lotería Nacional, que se regirá por su propia ley.

[4] En el mismo tenor el artículo 4º de la propia ley es contundente al prevenir. “No podrá establecerse ni funcionar ninguna casa, o lugar abierto o cerrado, en que se practiquen juegos con apuestas o sorteos, de ninguna clase, sin permiso de

la Secretaría de Gobernación. Esta fijará en cada caso los requisitos y condiciones que deberán cumplirse.

[5] Según se desprende de lo antes transscrito, las prohibiciones expresas enunciadas en la ley Federal de Juegos y Sorteos son disposiciones normativas vigentes que prohíben determinantemente, en todo el territorio nacional, los juegos con azar y los juegos con apuestas: no obstante lo expuesto, según se desprende de lo expresado por usted en su escrito de mérito las máquinas con que opera su representada son aparatos de video juego para recreación cuya finalidad es la diversión y el entretenimiento de las personas que tienen acceso a ellas, con la posibilidad de obtener un premio, en donde no interviene ni el azar ni las apuestas sino la destreza y habilidad del operador.

[6] En este orden de ideas es importante aclarar que si las máquinas que explota comercialmente su representada operan en forma y términos expresados por usted, esta autoridad administrativa no tiene competencia para su provisión, en la inteligencia que de tratarse de máquinas de las conocidas como “tragamonedas”, “tragafichas” o “slot machines”, en donde el factor preponderante de operación es el azar y la apuesta y no la habilidad y destreza como usted asegura, podría incurrir en alguna de las hipótesis normativas que establece la Ley Federal de la materia con las consecuencias jurídicas que de ello pudieran derivar, en términos de lo dispuesto por el artículo 8º de la ley en cita.

[7] En Mérito de lo antes expuesto y con fundamento en lo previsto por los artículos 27 fracción XXI de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal: 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º y demás relativos y aplicables de la Ley Federal de Juegos y Sorteos, así como 8º y 14 fracción XVII Reglamento Interno de la Secretaría de Gobernación, esta Dirección General de Gobierno, de conformidad con las atribuciones previamente conferidas para tal efecto, le previene para que en las máquinas que opere no intervengan los ingredientes del azar y la apuesta: prevención que queda si efecto si se tratase de máquinas de video juego que operen bajo el concepto de habilidad y destreza.

[8] No omito manifestarle que aún en el supuesto de que su representada opere máquinas bajo el concepto de la habilidad y la destreza de los participantes, será necesario que cumpla en sus términos con los requisitos administrativos que al efecto establezcan las leyes y reglamentos de los estados y/o municipios correspondientes.

56. El 16 de agosto de 2000, Thunderbird Greely, Inc. transfirió US\$300,000 a “Consultoría Internacional Casa de Cambio, S.A. de C.V.”, una casa de cambio mexicana para que los acreditara a Rafael Ramos Velasco.
57. El 17 de agosto de 2000, Thunderbird anunció que había celebrado un convenio con JDMI para operar un negocio de “máquinas de destreza” de juegos y videos en Matamoros.
58. Según Thunderbird, el 18 de agosto de 2000 EDM-Matamoros abrió “La Mina de Oro”.
59. El 25 de agosto de 2000, el Lic. Ruiz de Velasco, de Baker & McKenzie, dirigió una opinión legal al Sr. Mitchell, de Thunderbird, con respecto al Oficio del 15 de agosto de 2000, en la que se establece lo siguiente:

Conforme a lo solicitado, por la presente expresamos nuestra opinión en relación al oficio fechado el 15 de agosto de 2000 (“el Oficio”) emitido por la Secretaría de Gobernación de México a favor de Entertainmens de México, S.A. de C.V. (“EDM”), referente a la operación en México de máquinas de videojuego de destreza. Se adjuntan al presente copias del Oficio y su traducción al inglés.

Sobre la base de los términos principales del Oficio, la Secretaría de Gobernación declara no tener competencia sobre la operación de las referidas máquinas, ya que según las manifestaciones de EDM contenidas en su solicitud, las máquinas de videojuego de destreza que ha de operar EDM no están comprendidas en la clasificación de “máquinas

tragamonedas”, las que están prohibidas en México conforme a las leyes aplicables, dado que se consideran máquinas de juegos de azar y/o con apuestas.

Además, en su Oficio, la Secretaría de Gobernación subraya que EDM puede operar las máquinas de videojuego de destreza en la medida en que las mismas no lleguen a ser, en modo alguno, máquinas de juego de azar o con apuestas, en la inteligencia, sin embargo, que EDM deberá cumplir con las leyes o reglamentos estatales y/o municipales vigentes en México.

En virtud de lo anterior, somos de la opinión que EDM podrá operar en México las máquinas de videojuego de destreza en la medida en que cumpla los requisitos administrativos establecidos en las leyes y reglamentos estatales y municipales vigentes en México.

Además, en el supuesto de que la Secretaría de Gobernación pretenda clausurar las operaciones de EDM, ésta podrá recurrir tal resolución, en el entendido de que EDM debe cumplir en todo momento con todos y cada uno de los requisitos establecidos por las autoridades competentes de las jurisdicciones en las que operen las máquinas.

No dude ponerse en contacto con nosotros en caso de tener alguna pregunta.

60. En octubre de 2000, Thunderbird creó Entertainmens de México-Monterrey S. de R.L. de C.V. (“EDM-Monterrey”). El establecimiento de juegos que Thunderbird pretendía establecer en Monterrey nunca abrió.
61. En noviembre de 2000, JDMI y Thunderbird Brasil crearon Entertainmens de México Laredo S. de R.L. de C.V. (“EDM-Laredo”).
62. En diciembre de 2000 tomó posesión en México el gobierno del Sr. Vicente Fox. Se designó al Sr. José Guadalupe Vargas Barrera como nuevo Director de Juegos y Sorteos.

63. El 21 de diciembre de 2000, el Sr. Albert Atallah escribió a los Sres. Oien y Ong “para confirmar que A-1 Financial y sus representantes ya no están facultados para representar a International Thunderbird Gaming Corporation, sus filiales y subsidiarias (incluida Entertainmens de México) respecto de la Operación de Juegos de Destreza de México”, y manifestó que “Thunderbird no cree que A-1 Financial cumplió con sus obligaciones previstas bajo el convenio original”.
64. El 21 de enero de 2001, EDM-Laredo abrió un centro de juegos en Nuevo Laredo.
65. El 25 de febrero de 2001, SEGOB procedió a la clausura del establecimiento de Nuevo Laredo.
66. El 16 de marzo de 2001, en virtud de irregularidades administrativas que afectaban el oficio de clausura del establecimiento de Nuevo Laredo ordenado por SEGOB, ésta levantó los sellos de clausura de dicho establecimiento, el cual Thunderbird reabrió el 20 de marzo de 2001.
67. El 12 de abril de 2001, Thunderbird, los Sres. Oien y Ong y A-1 Financial celebraron un convenio de terminación, transacción y liberación.
68. El 5 de junio de 2001, JDML y Thunderbird Brasil crearon Entertainmens de México-Reynosa S. de R.L. de C.V. (“EDM-Reynosa”).
69. El 20 de junio de 2001, Thunderbird creó Entertainmens de México-Puebla S. de R.L. de C.V. (“EDM-Puebla”). El establecimiento de juegos que Thunderbird pretendía establecer en Puebla nunca abrió.
70. El 10 de julio de 2001 se celebró en la Ciudad de México una audiencia administrativa en las oficinas del Director de Juegos y Sorteos (“la Audiencia Administrativa”). En ella representaron a Thunderbird los Sres. Watson, Jorge Montaño, Mauricio Girault, Carlos Gómez, y el Sr. Ruiz de Velasco. Thunderbird presentó prueba documental y testimonial, y el Sr. Kevin

McDonald, de SCI, compareció y presentó una máquina portátil para realizar una demostración. En representación de SEGOB estuvieron presentes el Sr. Guadalupe Vargas y el Sr. Alcántara.

71. El 13 de julio de 2001, Thunderbird creó Entertainmens de México-Juárez S. de R.L. de C.V. (“EDM-Juárez”). El establecimiento de juegos que Thunderbird pretendía establecer en Juárez nunca abrió.
72. En agosto de 2001, EDM-Reynosa abrió un centro de juegos en Nuevo Laredo.
73. El 10 de octubre de 2001, SEGOB dictó una resolución administrativa (“la Resolución Administrativa”), estableciendo que las máquinas de EDM eran equipo de juegos de azar prohibidos por la Ley Federal de Juegos y Sorteos, y ordenó la clausura de los establecimientos de EDM-Matamoros y EDM-Laredo. Suscribió la resolución el Sr. Humberto Aguilar Coronado, Director General de Gobierno de SEGOB.
74. El 11 de octubre de 2001, SEGOB procedió a la clausura de los establecimientos de EDM-Matamoros y EDM-Laredo.
75. El 15 de octubre de 2001, EDM entabló juicio de amparo ante el juez de distrito de turno, solicitando la suspensión de la clausura del establecimiento de EDM-Laredo. El 18 de octubre de 2001 fue negado el amparo.
76. El 23 de octubre de 2001, EDM entabló juicio de amparo ante un juzgado de distrito en México, solicitando la suspensión de la clausura del establecimiento de EDM-Matamoros. El 21 de enero de 2002 fue negado el amparo.
77. El 5 de diciembre de 2001, EDM interpuso ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa un recurso de nulidad solicitando la nulidad de la Resolución Administrativa.

78. El 21 de enero de 2002, SEGOB clausuró el establecimiento de Reynosa. EDM-Reynosa entabló juicio de amparo solicitando una suspensión temporal.
79. El 21 de marzo de 2002, Thunderbird inició el presente procedimiento arbitral.
80. El 10 de mayo de 2002, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa rechazó el recurso de nulidad interpuesto por EDM.
81. El 30 de mayo de 2002, un Tribunal Colegiado negó el amparo solicitado por EDM en relación con la clausura del establecimiento de EDM-Laredo. Dicho centro fue definitivamente clausurado.
82. El 10 de junio de 2002, el juez ratificó la sentencia negando el amparo interpuesto por EDM en relación con el establecimiento de Matamoros.
83. El 17 de julio de 2002, EDM se desistió del juicio de amparo referente a la clausura del establecimiento de EDM-Reynosa.
84. El 21 de agosto de 2002, EDM se desistió del juicio de amparo referente a la clausura del establecimiento de EDM-Matamoros.

IV. CUESTIONES SOBRE LAS QUE DEBE PRONUNCIARSE EL TRIBUNAL ARBITRAL

85. A los efectos de resolver esta controversia, el Tribunal debe pronunciarse sobre las principales cuestiones a las que se hace referencia en la lista provisional de cuestiones que se menciona en el párrafo 29, *supra*:

A. Cuestiones Generales

1. ¿Cuál es la legislación aplicable para resolver cada una de las cuestiones que más abajo se mencionan?

2. ¿Sobre cuál de las Partes recae la carga de la prueba en relación con cada una de las cuestiones que más abajo se mencionan?

B. Competencia y/o admisibilidad

3. ¿Alguna de las compañías que más abajo se mencionan (“Compañías de EDM”) era “propiedad o estaba bajo el control directo o indirecto” de Thunderbird en los períodos pertinentes permitiéndole someter a arbitraje una reclamación en nombre de las Compañías EDM, en los términos del Artículo 1117 del TLCAN? De no ser así, ¿cuáles son las consecuencias?

- a) Entertainmens de México S. de R.L. de C.V. (“EDM-Matamoros”)
- b) Entertainmens de México Laredo S. de R.L. de C.V. (“EDM-Laredo”)
- c) Entertainmens de México Reynosa S. de R.L. de C.V. (“EDM-Reynosa”)
- d) Entertainmens de México Puebla S. de R.L. de C.V. (“EDM-Puebla”)
- e) Entertainmens de México Monterrey S. de R.L. de C.V. (“EDM-Monterrey”)
- f) Entertainmens de México Juárez S. de R.L. de C.V. (“EDM-Juárez”).

4. ¿Cumplen los requisitos del Artículo 1121 del TLCAN las renuncias presentadas el 15 de agosto de 2003 por Thunderbird en nombre de EDM-Puebla, EDM-Monterrey y EDM-Juárez? De no ser así, ¿cuáles son las consecuencias?

Según las respuestas que reciban las cuestiones 3 y 4, las cuestiones en cuanto al fondo del asunto son las siguientes:

C. Fondo del Asunto: Generalidades

5. ¿Qué función cumple, si es que alguna, el Capítulo XI del TLCAN en el presente caso? Específicamente:

5.1 ¿Está regulado y protegido por el Capítulo XI del TLCAN el derecho de una Parte Contratante de reglamentar una determinada conducta que considere ilegal?

5.2 De ser así, ¿la Ley Federal de Juegos y Sorteos del 31 de diciembre de 1947 forma parte de la legislación de México que reglamenta determinada conducta que considera ilegal, y qué consecuencias emanan de ello?

5.3 ¿Qué función y competencia tiene el Tribunal en relación con el sistema judicial mexicano en cuanto al contenido de las reclamaciones de Thunderbird en el presente caso?

5.4 ¿Están los procedimientos administrativos de SEGOB comprendidos en la cuestión 5.3? ¿En qué medida?

6. ¿Es pertinente, a los efectos del presente caso, considerar desde el punto de vista técnico u otro punto de vista la forma de funcionamiento de las máquinas operadas por las Compañías de EDM?

6.1 De ser así, ¿la cuestión debe resolverse en el marco de la Ley Federal de Juegos y Sorteos del 31 de diciembre de 1947 y/o sobre otra base?

6.2 De ser así, ¿quién debe dar respuesta a esa pregunta? En especial, ¿corresponde al Tribunal aceptar la determinación de SEGOB? De ser así, ¿es esa determinación pertinente para los efectos de la presente controversia?:

- a) Antes del 15 de agosto de 2000?;

b) ¿Entre el 15 de agosto de 2000 y el 10 de octubre de 2001?, y/o

c) ¿Después del 10 de octubre de 2001?

6.3 Suponiendo que sea el Tribunal el encargado de dar respuesta a esa pregunta, ¿qué criterios debe aplicar para ello? Específicamente:

a) ¿Eran las máquinas en cuestión de destreza o eran máquinas tragamonedas?

b) ¿Tienen las máquinas un atributo de “singularidad para México”, según lo sostiene Thunderbird, y de ser así, ¿es pertinente para la resolución del caso?

6.4 Suponiendo que sea el Tribunal el encargado de decidir la cuestión y a la luz de la respuesta dada a la cuestión 6.3, ¿cumplían dichas máquinas con los criterios aplicables?

7. ¿Creó el oficio de SEGOB del 15 de agosto de 2000 una expectativa legítima, a efecto de que Thunderbird pueda interponer una reclamación en el presente caso, bajo los Artículos 1102, 1105 y/o 1110 del TLCAN? Específicamente:

7.1 ¿Es una expectativa legítima jurídicamente relevante conforme a los Artículos 1102, 1105 y/o 1110 del TLCAN? ¿En qué medida?

7.2 ¿Qué criterios deben cumplirse en ese sentido para que exista una expectativa legítima?

7.3 ¿Qué significado y jerarquía jurídica tiene el oficio de SEGOB del 15 de agosto de 2000, y en qué medida es relevante?

7.4 ¿Hubo omisión por parte de EDM en el divulgar hechos relevantes, en especial en su solicitud del 3 de agosto de 2000,

como lo alega el Demandado? De ser así, ¿en qué medida es esa omisión relevante en el presente caso?

7.5 ¿Qué consecuencias resultan de las respuestas a las cuestiones 7.1 a 7.4, anteriores?

D. Fondo del Asunto: Artículos 1102, 1105 y 1110 del TLCAN

8. ¿Violó el demandado el principio de “trato nacional” previsto en el Artículo 1102 del TLCAN?

8.1 ¿Cuál de las siguientes pruebas, propuestas por las Partes en la controversia, es la que debe aplicarse conforme al Artículo 1102 del TLCAN? Específicamente:

a) Tal como lo sostiene Thunderbird, ¿debe el Tribunal aplicar una prueba tripartita, consistente en:

i) Identificar los sujetos relevantes de la comparación de trato nacional (tomando como base la similitud de los sujetos a comparar);

ii) Considerar el trato relativo recibido por cada uno de los sujetos a comparar (tomando como base el mejor nivel de trato disponible para cualquier otro inversionista local operando en circunstancias similares), y

iii) Considerar si existen factores que puedan justificar cualquier diferencia de trato así detectada (cuestión que debe interpretarse en sentido estricto y haciendo recaer sobre el Demandado la carga de la prueba)?

b) O bien, según lo sostiene el Demandado, ¿corresponde al Tribunal el aplicar el Artículo 1102 en el sentido de que éste aplica exclusivamente a una

discriminación basada en la nacionalidad y que prohíbe sólo manifestaciones demostrables y significativas de sesgos y prejuicios basados en la nacionalidad, que deberá probar Thunderbird, requiriendo las “circunstancias similares” del Artículo 1102 una adecuada comparación basada en los hechos, teniendo en cuenta, por lo tanto, el cumplimiento de la legislación local aplicable a una conducta ilegal?

8.2 En base a la prueba que ha de aplicarse, ¿violó de hecho el Demandado el Artículo 1102? Específicamente, y en la medida en que sea pertinente para la prueba que ha de aplicarse:

- a) ¿El hecho de que Guardia y de la Torre estén supuestamente operando máquinas esencialmente idénticas a las máquinas clausuradas, operadas por las Compañías de EDM significa que el Demandado no ha otorgado a las Compañías de EDM un trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas, conforme al Artículo 1102?
- b) ¿Se encuentran “en circunstancias similares” otros operadores de juegos de destreza que han interpuesto recursos locales y obtenido órdenes judiciales de suspensión aplicables hasta que recaiga un pronunciamiento definitivo sobre la legalidad de una orden de clausura dictada contra ellas por la Secretaría de Gobernación, respecto a las circunstancias de las Compañías de EDM, según lo sostenido por Thunderbird?
- c) ¿Tomó SEGOB alguna medida contra establecimientos del tipo del de las Compañías de EDM, incluidos los de propiedad de Guardia y de la Torre, según lo alega el Demandado? De ser así, ¿en qué medida es pertinente ese hecho?
- d) ¿Es importante en alguna medida, el hecho de que EDM se haya desistido de las acciones judiciales que había promovido en México para obtener reparación por la clausura de sus establecimientos?

9. ¿Violó el Demandado la regla de “Nivel Mínimo de Trato” prevista en el Artículo 1105 del TLCAN?

9.1 ¿Qué significa el “Nivel Mínimo de Trato” previsto en el Artículo 1105 del TLCAN y cómo debe aplicarlo un tribunal arbitral del TLCAN?

9.2 En base a la respuesta dada a las cuestiones 7 y 9.1, que anteceden, ¿Existió dependencia perjudicial para Thunderbird respecto a la carta de SEGOB del 15 de agosto de 2000, también a la luz de la solicitud de Thunderbird del 3 de agosto de 2000? De ser así, ¿es esto una violación del Artículo 1105 del TLCAN?

9.3 En base a la respuesta dada a la cuestión 9.1, que antecede, ¿existió omisión del debido proceso, configurándose la denegación administrativa de justicia, durante los procedimientos relativos a la resolución del 10 de octubre de 2001? De ser así, ¿sevioló el Artículo 1105 del TLCAN?

9.4 En base a la respuesta dada a la cuestión 9.1, que antecede, ¿existió una arbitrariedad manifiesta de naturaleza administrativa, que constituya prueba de abuso de derecho, en los procedimientos seguidos ante SEGOB? De ser así, ¿sevioló el Artículo 1105 del TLCAN?

10. ¿Realizó el Demandado una expropiación en violación a lo dispuesto por el Artículo 1110 del TLCAN?

10.1 ¿El hecho de que Thunderbird no haya sometido a arbitraje una reclamación en nombre propio en los términos del Artículo 1116 del TLCAN, sino en nombre de las Compañías de EDM en los términos del Artículo 1117 del TLCAN, le impide obtener indemnización en los términos del Artículo 1110?

a) En ese sentido, ¿debe permitirse a Thunderbird, como ésta lo solicita en las páginas 69 y 70 de su EdR, a modificar su EdDP para incluir en tal caso, una reclamación por el 100% de los daños y perjuicios infligidos a los negocios de cada una de las Compañías de EDM debido a

la supuesta violación, por parte del Demandado, del Artículo 1110, mediante la utilización del Artículo 1116 del TLCAN?

b) ¿Constituye una violación del Artículo 1110 del TLCAN también una violación del Artículo 1105, como lo sostiene Thunderbird?

i) En ese sentido, ¿en qué medida es pertinente para el presente caso la Sección B.3 de las Notas Interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo XI, elaboradas por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, del 31 de julio de 2001 (“Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no implica que se haya violado el Artículo 1105(1)”)?

c) ¿Impone el Artículo 1110 del TLCAN una obligación al Demandado frente a las Compañías de EDM?

10.2 A la luz de la respuesta dada a la cuestión 10.1, que antecede, y teniendo en cuenta también la cuestión 10.3 *infra*, ¿es pertinente establecer cuáles son los estándares de expropiación que han de aplicarse conforme al Artículo 1110 del TLCAN? De ser así, ¿cuáles son esos estándares?

10.3 A la luz de las respuestas dadas a las cuestiones 7, 10.1 y 10.2, que anteceden, ¿poseen las Compañías de EDM derechos legítimamente adquiridos en los negocios que realizan? Específicamente:

a) ¿Las Compañías de EDM operaban sus negocios como actividades consideradas ilícitas bajo la legislación mexicana?

b) ¿Operaban las Compañías de EDM basándose en una expectativa legítima que se asemeja a una dependencia perjudicial, como lo sostiene Thunderbird, en los términos del Artículo 1105?

c) Suponiendo que las respuestas a las cuestiones a) y b) de la presente cuestión 10 sean afirmativas, ¿equivalenten los actos de SEGOB a una expropiación en los términos de lo dispuesto en el Artículo 1110 del TLCAN?

E. Fondo del Asunto: Daños y perjuicios

11. Si las respuestas a las cuestiones 8 y/o 9 y/o 10, que anteceden, son afirmativas, ¿Tiene Thunderbird derecho a que se le indemnice por daños y perjuicios? De ser así, ¿En qué monto?

11.1 ¿Cuáles son los principios de indemnización que deben aplicarse a los daños y perjuicios en el presente caso?

a) ¿Son diferentes estos principios de los aplicables a la violación de los Artículos 1102, 1105 y 1110 del TLCAN? De ser así, ¿cuáles son las diferencias?

b) ¿Da lugar a alguna distinción el hecho de que el acto que origina la reclamación sea legal o ilegal?

c) ¿A qué fecha han de determinarse los daños y perjuicios?

11.2 ¿Existe un nexo causal suficiente entre la violación y los daños y perjuicios reclamados por Thunderbird?

11.3 ¿Son los daños reclamados por Thunderbird una consecuencia razonablemente previsible del acto que haya configurado la violación cometida por el Demandado?

11.4 A la luz de las respuestas dadas a las cuestiones 11.1 a 11.3, que anteceden, ¿Cómo sostiene Thunderbird, deben valuar los daños y perjuicios en base al valor de mercado de las Compañías de EDM calculado sobre las utilidades futuras previstas mediante un método de descuento de los flujos de efectivo?

11.5 En la medida en que el tema no se considere en las respuestas a las cuestiones 11.1 a 11.4, que anteceden, ¿Ha probado Thunderbird los daños y perjuicios, tal como lo sostiene?

11.6 A la luz de las respuestas dadas a las cuestiones 11.1-11.5, que anteceden, ¿cuál es el monto de los daños y perjuicios?

11.7 En relación a los intereses sobre los daños y perjuicios:

a) ¿Qué tasa de interés ha de aplicarse y qué moneda debe tenerse en cuenta a tales efectos?

b) ¿Debe ser compuesto el interés?

c) ¿Durante qué período de tiempo se deben aplicar los intereses?

F. Costos

12. ¿Cuáles son los costos del arbitraje y cuál de las partes debe soportarlos, o en qué proporciones deben distribuirse esos costos entre las partes?.

V. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES SOBRE LAS QUE DEBE PRONUNCIARSE EL TRIBUNAL

86. El Tribunal procederá ahora a evaluar las cuestiones en su orden. Para ello, ha considerado todos los argumentos, documentos y declaraciones testimoniales que integran el expediente del presente caso y tratará los argumentos formulados por las partes en la medida en que sean pertinentes para las decisiones adoptadas. Las decisiones del Tribunal se basan en la totalidad del expediente del presente caso.

A. Generalidades

Cuestión 1. ¿Cuál es la legislación aplicable para resolver cada una de las cuestiones que más abajo se mencionan?

i) Posición de Thunderbird

87. Thunderbird sostiene que la ley aplicable para resolver todas las cuestiones que se presentan en este arbitraje son las disposiciones invocadas de la Sección A del Capítulo XI del TLCAN y las normas aplicables del derecho internacional. Además, según Thunderbird, las disposiciones del Capítulo XI del TLCAN deben interpretarse conforme a las normas de derecho internacional consuetudinario sobre interpretación de los tratados y a la luz de los objetivos y principios rectores del TLCAN, especificados en el Artículo 102.

ii) Posición de México

88. México hace referencia al Artículo 1131(1) del TLCAN y sostiene que el Tribunal debe decidir las cuestiones sobre la base de las disposiciones pertinentes del Capítulo XI del TLCAN y de las reglas aplicables del derecho internacional. Agrega que la competencia de un tribunal del TLCAN es más limitada que la de otros tribunales, como los constituidos en el marco de las reglas del CIADI, pues no está facultado para resolver una controversia haciendo referencia al derecho interno de una Parte del TLCAN.

iii) Conclusiones del Tribunal

89. Conforme a lo dispuesto en el Artículo 1131(1) del TLCAN (titulado “Derecho Aplicable”), el Tribunal decidirá las controversias planteadas en este arbitraje “de conformidad con este Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional”.

90. En especial, el Tribunal acude a las fuentes de derecho mencionadas en el Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que dispone lo siguiente:

La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.
91. El Tribunal deberá interpretar las disposiciones del Capítulo XI del TLCAN “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” (*véase* el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; *véanse también* los párrafos 125-126 más adelante).

Cuestión 2. ¿Sobre cuál de las Partes recae la carga de la prueba en relación con cada una de las cuestiones que más abajo se mencionan?

i) Posición de Thunderbird

92. Thunderbird sostiene que conforme a las normas aplicables de derecho internacional, sobre ella recae la carga de probar sus manifestaciones y que, a la inversa, sobre México recae la carga jurídica de probar todas las excepciones afirmativas que oponga. Sostiene que “la carga de la prueba” se desplaza cuando se han presentado pruebas suficientes. Thunderbird alega además, que ha demostrado *prima facie* las violaciones del TLCAN y que México no ha cumplido su carga de presentar pruebas que refuten esa demostración.

ii) Posición de México

93. México hace referencia al Artículo 24 de las Reglas de la CNUDMI y a la jurisprudencia internacional, sosteniendo que la parte que aduce un hecho o una reclamación tiene la carga de probar todos los elementos de la misma, y que la carga de la prueba puede desplazarse a la otra Parte cuando se han probado *prima facie* los hechos.

iii) Conclusiones del Tribunal

94. El presente arbitraje se rige por las Reglas de la CNUDMI, cuyo Artículo 24(1) establece :

Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas.

95. El Tribunal hace notar de que las Partes no parecen discrepar en cuanto a los principios que rigen la carga de la prueba. El Tribunal aplicará el principio, firmemente establecido, de que la parte que argumenta una violación del derecho

internacional que genera responsabilidad internacional tiene la carga de probar sus afirmaciones¹. Si esa Parte ofrece pruebas que *prima facie* respalden sus alegatos, la carga de la prueba puede desplazarse a la otra Parte, si las circunstancias así lo justifican².

B. Competencia y/o admisibilidad

Cuestión 3. ¿Alguna de las compañías que más abajo se mencionan (“Compañías de EDM”) era “ propiedad o estaba bajo el control directo o indirecto” de Thunderbird en los períodos pertinentes permitiéndole someter a arbitraje una reclamación en nombre de las Compañías EDM, en los términos del Artículo 1117 del TLCAN? De no ser así, ¿cuáles son las consecuencias?

96. El Artículo 1117 del TLCAN establece:
-

¹ Véase Bin Cheng, GENERAL PRINCIPLES OF LAW APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS, pág. 302 y siguientes. (1987)

² Véase, al respecto, *Feldman c. México*, Decisión provisional acerca de cuestiones jurisdiccionales, 6 de diciembre de 2000, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, http://www.worldbank.org/icsid/cases/feldman_mexico_interim-sp.PDF, en que se cita *Estados Unidos – Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*, 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R, pág. 14, en que el Órgano de Apelación de la OMC declaró:

[...] diversos tribunales internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia, [han] aceptado y aplicado de forma general y concordante la norma según la cual la parte que alega un hecho -sea el demandante o el demandado- debe aportar la prueba correspondiente. Además, es una regla de prueba generalmente aceptada en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista, en el *common law* y, de hecho, en la mayor parte de las jurisdicciones, que la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa. Si esa parte presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción.

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 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.

i) Posición de México

97. México objeta la competencia del Tribunal para conocer de la reclamación de Thunderbird conforme al Capítulo XI del TLCAN y alega que Thunderbird no era propietaria ni controlaba ninguna de las compañías de EDM y que, por lo tanto, conforme a lo dispuesto por el Artículo 1117 del TLCAN, no está legitimada para presentar una reclamación en nombre de ellas; específicamente, que Thunderbird no probó que fuera la propietaria de Juegos de México ni de Thunderbird Brasil; que esas compañías hubieran adquirido compañías de EDM, ni que Juegos de México y Thunderbird Brasil fueran las propietarias de las compañías de EDM.
98. En cuanto al control, México sostiene que conforme al TLCAN debe probarse el control jurídico y que Thunderbird no lo ejercía con respecto a EDM-Matamoros, EDM-Laredo ni EDM-Reynosa. México sostiene además que Thunderbird tampoco demostró que tuviera un control de hecho de las compañías en cuestión.

ii) Posición de Thunderbird

99. Thunderbird sostiene que posee legitimación conforme al Artículo 1117 del TLCAN porque las entidades EDM son de su “propiedad o están bajo su control”. Afirma haber sido el propietario durante los períodos pertinentes y seguir manteniendo la propiedad directa de la totalidad de las acciones en circulación de EDM-Puebla, EDM-Monterrey y EDM-Juárez.
100. En cuanto a EDM-Matamoros, EDM-Laredo y EDM-Reynosa, Thunderbird alega que si bien en todos los períodos pertinentes mantuvo, y mantiene, intereses significativos en esas EDM, nunca adujo ser la propietaria absoluta de las mismas. Sostiene, en cambio, que en todo momento mantuvo, y aún mantiene, directa e indirectamente, en todos los períodos pertinentes, un control de EDM-Matamoros, EDM-Laredo y EDM-Reynosa, que le confiere legitimación procesal conforme al Artículo 1117 del TLCAN. Thunderbird invoca la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos y la

jurisprudencia del TLCAN (por ejemplo, en el caso *S.D. Myers Inc.*), que apoyan su afirmación de que para iniciar una reclamación conforme al TLCAN basta poseer control de hecho, y sostiene que ha presentado una reclamación respaldada por pruebas sustanciales de que, en los hechos, controlaba de todas las inversiones de EDM a las que se refiere su reclamación.

iii) Conclusiones del Tribunal

101. México opuso excepciones a la competencia del Tribunal para conocer de la reclamación de Thunderbird invocando el Capítulo XI del TLCAN, por supuesta inexistencia de propiedad o control de Thunderbird sobre las Compañías de EDM a los efectos del Artículo 1117.
102. El Artículo 1117 del TLCAN exige, para que el inversionista pueda plantear una reclamación en nombre de una empresa, que ésta sea “propiedad del inversionista o que esté bajo su control”. Por lo tanto, Thunderbird debe probar que era propietaria de las Compañías de EDM o las controlaba. Por las razones que a continuación se expresan, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que Thunderbird ha satisfecho los requisitos del Artículo 1117 del TLCAN.
103. No está en disputa la cuestión de que Thunderbird era la propietaria de la mayoría de las acciones de EDM-Puebla, EDM-Monterrey y EDM-Juárez. Ninguna de esas entidades realizó efectivamente operaciones o actividades empresariales en México.
104. Por otra parte, Thunderbird ha reconocido de que sólo mantenía una propiedad parcial de EDM-Matamoros (36.67%), EDM-Laredo (33.3%) y EDM-Reynosa (40.1%) (conjuntamente, “las EDM Minoritarias”).
105. Por lo tanto, el presente debate gira en torno a la cuestión de si Thunderbird ejercía el control de las EDM Minoritarias. Cabe preguntarse si el término “control” debe entenderse en sentido jurídico, o si a los efectos del Capítulo XI del TLCAN puede bastar un control *de hecho*. Según México, para establecer en

qué consiste el “control” de una compañía, el Tribunal debe acudir a la legislación sobre sociedades de la Parte en el marco de cuya legislación se haya constituido la empresa, por lo cual, conforme al Artículo 1117 del TLCAN, correspondería probar el control jurídico, según lo dispone la legislación societaria mexicana.

106. El Tribunal no comparte la postura de México de que el Artículo 1117 del TLCAN obliga a probar el control jurídico. El TLCAN no define el término “control”. En la acepción ordinaria del término, puede ejercerse control de diversas maneras. Por lo tanto, el Tribunal entiende que a los efectos del Artículo 1117 del TLCAN basta la prueba de control efectivo o “*de hecho*”³, aunque opina que cuando no existe control jurídico, debe determinarse el control *de hecho* más allá de toda duda razonable.
107. A pesar de que Thunderbird poseía menos del 50% de la propiedad de las EDM Minoritarias, el Tribunal encuentra en el expediente pruebas suficientes de que Thunderbird ejercía un incuestionable y sistemático control *de hecho* sobre esas entidades. Thunderbird estuvo en condiciones de influir significativamente sobre el proceso de adopción de decisiones de EDM y, a través de las actividades, funcionarios, recursos y experiencia técnica de Thunderbird, fue impulso constante de las actividades empresariales de EDM en México.

³ Véase, al respecto, la definición de control que aparece en una “Interpretación” del apartado 6 del Artículo 1 del Tratado de la Carta de la Energía (cuyo texto es prácticamente idéntico al del Artículo 1117 del TLCAN): “En aras de una mayor claridad en cuanto a si una inversión realizada en el territorio de una de las Partes contratantes está controlada directa o indirectamente por un inversionista de otra de las Partes contratantes, control de una inversión significa control de hecho, determinado tras un análisis de las circunstancias reales de cada situación. En dicho análisis se tendrán en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos los siguientes aspectos relativos al inversionista: (a) su participación financiera, incluida su participación en el capital, en la Inversión; (b) su capacidad para ejercer una influencia sustancial en la administración y el funcionamiento de la Inversión, y (c) su capacidad para ejercer una influencia sustancial en la selección de los integrantes del consejo de administración o de cualquier otro órgano de administración [...]” (énfasis añadido).

108. En el mundo corporativo internacional es muy común controlar una actividad empresarial sin ser propietario de la mayoría de los derechos de voto en las asambleas de accionistas. También puede obtenerse el control a través de la facultad de decidir y ejecutar, en los hechos, las decisiones clave de las actividades de negocios de una empresa y, bajo ciertas circunstancias, a través de uno o más factores, como tecnología, acceso a suministros, acceso a mercados, acceso al capital, conocimientos técnicos, y de un prestigio que confiera autoridad. La propiedad y el control jurídico pueden garantizar que el propietario o la entidad que ejerce ese control, tenga en última instancia el derecho de adoptar decisiones clave. No obstante, si en la práctica una persona ejerce decisiones con la expectativa de recibir un retorno económico por su esfuerzo y puede eventualmente ser responsable por las decisiones impropias que adopte, cabe concebir la existencia de un vínculo genuino en virtud del cual esa persona ejerce el control de la empresa.
109. En el presente caso, habiendo examinado íntegramente el expediente, el Tribunal concluye que, de no haber sido por la participación y adopción de decisiones clave por parte de Thunderbird durante los períodos más significativos, es decir durante la plantación de las actividades empresariales en México, sus gastos y capital iniciales, su contratación de los proveedores de máquinas, consultas con SEGOB y durante la clausura de los establecimientos de EDM, los negocios de EDM en México no podrían haberse realizado. En efecto, los funcionarios clave de Thunderbird y de las EDM Minoritarias eran las mismas personas (*véase Dramatis Personae*, del 26 de abril de 2004: el Sr. Jack Mitchell era el Presidente y principal funcionario de Thunderbird y de las Compañías de EDM; el Sr. Peter Watson, asesor jurídico de Thunderbird, era accionista de Thunderbird y de las Compañías de EDM). El financiamiento de los gastos iniciales, los conocimientos técnicos de las máquinas, la selección de los proveedores y la rentabilidad prevista de la inversión fueron proporcionados o determinados por Thunderbird. Igualmente, la asesoría legal, el referente a la explotación de las máquinas de EDM en México estaba dirigida a Thunderbird (*véase*, en el Anexo R-112, el dictamen jurídico del Sr. Ruiz de Velasco del 25 de agosto de 2000).

110. A juicio del Tribunal, del expediente se desprende claramente que sin la iniciativa, el impulso y la adopción de decisiones en forma sistemática y significativa por parte de Thunderbird, la inversión en México no se hubiera materializado. En consecuencia el Tribunal concluye que Thunderbird ejerció el control de las EDM Minoritarias en los términos del Artículo 1117 del TLCAN, en medida suficiente como para quedar legitimada para plantear una reclamación en nombre de esas entidades conforme a la referida disposición.

Cuestión 4. ¿Cumplen los requisitos del Artículo 1121 del TLCAN las renuncias presentadas el 15 de agosto de 2003 por Thunderbird en nombre de EDM-Puebla, EDM-Monterrey y EDM-Juárez? De no ser así, ¿cuáles son las consecuencias?

111. El Artículo 1121 del TLCAN, titulado “Condiciones previas al sometimiento de una reclamación al procedimiento arbitral”, dispone:

[...]

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.

[...]

i) Posición de México

112. México señala que Thunderbird no presentó renuncias en nombre de EDM-Puebla, EDM-Monterrey y EDM-Juárez según lo preceptuado por el TLCAN. Sostiene, específicamente, que conforme al Artículo 1121 del TLCAN Thunderbird debió haber renunciado por escrito a su derecho a iniciar o continuar cualquier acción ante tribunales de justicia locales u otros foros a la fecha en que sometió a arbitraje su reclamación, es decir, a la fecha en que presentó la Notificación de Arbitraje. En consecuencia, según México, las reclamaciones de esas tres Compañías de EDM son inadmisibles en el contexto del TLCAN.

ii) Posición de Thunderbird

113. Thunderbird sostiene que cumplió todos los requisitos de los Artículos 1121(2) y (3) del TLCAN a través de la presentación, el 15 de agosto de 2003 (en forma concurrente con su EdDP), de renuncias correspondientes a EDM-Puebla, EDM-Monterrey y EDM-Juárez, que había omitido por inadvertencia en sus escritos anteriores. Thunderbird alega que, de todas maneras, aun suponiendo que las cartas de renuncia se hayan presentado después de “someter la reclamación a arbitraje”, tribunales anteriores del TLCAN concluyeron que esos defectos procesales menores no pueden invocarse para frustrar una reclamación por lo demás fundada. Thunderbird agrega que ninguna de las Compañías de EDM ha iniciado acciones en infracción de la renuncia prevista en el Artículo 1121.

iii) Conclusiones del Tribunal

114. México ha sostenido que, con respecto a EDM-Puebla, EDM-Monterrey y EDM-Juárez, Thunderbird no sometió a arbitraje una reclamación en cumplimiento de los requisitos del Artículo 1121 del TLCAN.
115. El Artículo 1121 del TLCAN se refiere a las condiciones previas a someter una reclamación a arbitraje. Por lo tanto, no se puede tratar con ligereza el incumplimiento de esas condiciones por una de las partes. No obstante, el Tribunal concluye por las razones que siguen, que las renuncias presentadas en relación con EDM-Puebla, EDM-Monterrey y EDM-Juárez fueron válidas en el sentido del Artículo 1121 del TLCAN.
116. Thunderbird sometió una reclamación a arbitraje mediante una Notificación de Arbitraje fechada el 1 de agosto de 2002 (y recibida por México el 22 de agosto de 2002). Conforme al Artículo 1121 del TLCAN, Thunderbird habría estado obligada a presentar las renuncias pertinentes, previstas en el Artículo 1121 del TLCAN, a la fecha en que sometió a arbitraje su reclamación, la cual, conforme al Artículo 1137(1) del TLCAN, era la fecha en que México recibió la Notificación de Arbitraje prevista en las Reglas de la CNUDMI. No obstante, Thunderbird sólo presentó renuncias escritas con respecto a EDM-Puebla, EDM-Monterrey y EDM-Juárez, junto con su escrito de demanda pormenorizado, el 15 de agosto de 2003. La cuestión de que se trata no consiste, por lo tanto, en la existencia de una omisión real de presentar renuncias con respecto a EDM-Puebla, EDM-Monterrey y EDM-Juárez, sino más bien en la extemporaneidad de dicha presentación.
117. Thunderbird no presentó las renuncias pertinentes con la Notificación de Arbitraje, pero subsanó esa omisión adjuntándolas al EdDP. El Tribunal no desea pasar por alto la presentación posterior de esas renuncias, ya que de no hacerlo, estaría, a juicio del Tribunal, dando una lectura excesivamente formalista al Artículo 1121 del TLCAN. De hecho, el Tribunal considera que el requisito de incluir renuncias en la documentación presentada con la demanda es

mera formalidad⁴, y que la omisión de cumplir esos requisitos no puede bastar para declarar nula la presentación de una demanda si la supuesta omisión se corrige en una etapa posterior del procedimiento. El Tribunal comparte la opinión de otros tribunales del TLCAN de que las disposiciones del Capítulo XI no pueden interpretarse en forma excesivamente técnica⁵.

118. Al interpretar el Artículo 1121 del TLCAN es preciso tener en cuenta el fundamento y la finalidad de ese artículo. Los requisitos sobre consentimiento y renuncia en él estipulados cumplen una finalidad específica, consistente en impedir que una parte promueva recursos internos e internacionales concurrentes que den lugar a resultados encontrados (y, por lo tanto, a incertidumbre jurídica) o a una doble reparación por idéntica conducta o medida. En el presente procedimiento, el Tribunal hace notar de que las Compañías de EDM no iniciaron ni continuaron ningún recurso en México mientras participaban en este procedimiento arbitral, por lo cual, considera que Thunderbird ha cumplido efectivamente los requisitos del Artículo 1121 del TLCAN.

C. Fondo del Asunto: Generalidades

Cuestión 5. ¿Qué función cumple, si es que alguna, el Capítulo XI del TLCAN en el presente caso?

⁴ Véase, al respecto, la distinción efectuada por la mayoría del tribunal en *Waste Management, Inc. c. Mexico*, Laudo Arbitral, 2 de junio de 2000, Caso CIADI No. ARB(AF)98/2, http://www.worldbank.org/icsid/cases/waste_laudo.pdf, entre requisitos “formales” y “materiales” conforme al Artículo 1121 del TLCAN.

⁵ Véase *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos*, Laudo, 11 de octubre de 2002, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, <http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf>. “El capítulo XI no debe ser interpretado de una forma excesivamente técnica en el sentido de requerir el inicio de múltiples procedimientos a fin de lograr una controversia que está en esencia dentro de su propio alcance”. (44).

i) Posición de Thunderbird

119. Thunderbird admite que el Artículo 1114 del TLCAN permite a los gobiernos describir y regular las conductas que deseen como “ilegal” para sus propósitos internos. Sostiene que un tribunal del TLCAN puede pronunciarse acerca de si una parte al Tratado ha llevado a cabo o no sus actividades reglamentarias sin violar las obligaciones que le impone el Capítulo XI. Considera que la Ley Federal de Juegos y Sorteos del 31 de diciembre de 1947 constituye una “medida” de las previstas en el Capítulo XI del TLCAN, al igual que lo son las diversas formas de las actividades tendientes a hacer cumplir dichas disposiciones.
120. Thunderbird admite asimismo que el Tribunal no tiene función alguna que cumplir en relación con el sistema judicial mexicano en lo relativo a la materia del presente caso, por no ser un tribunal de apelación o revisión, sino que debe limitarse a establecer si México ha desarrollado y ejecutado las medidas en cuestión en forma compatible con las obligaciones que le impone el Capítulo XI del TLCAN. En este sentido, Thunderbird caracteriza los procedimientos administrativos de SEGOB como una labor de investigación de hechos en la esfera administrativa, o un procedimiento quasi judicial, que debe resolverse a la luz de las normas del debido proceso y la equidad procesal aplicables a autoridades administrativas, más que a autoridades judiciales.

ii) Posición de México

121. México sostiene que el Capítulo IX del TLCAN reconoce y protege el derecho de una Parte Contratante de regular determinada conducta que considere ilegal, y que la Ley Federal de Juegos y Sorteos forma parte de la legislación mexicana que regula las conductas que México considera ilegales.
122. Con respecto al cometido y la competencia del Tribunal en relación con el sistema judicial mexicano en cuanto a la materia de las reclamaciones de Thunderbird, México sostiene que el Tribunal no puede actuar como tribunal de

apelación facultado para revisar las sentencias de los tribunales internos mexicanos. Según México, el Tribunal sólo puede establecer si la conducta de la administración mexicana, al hacer cumplir la legislación interna, era compatible con las tres disposiciones del TLCAN que invoca Thunderbird. En cuanto a los procedimientos administrativos seguidos por SEGOB, México señala que los mismos estuvieron sujetos, en todas sus etapas, a revisión judicial en México y que el Tribunal no está facultado para revisarlos como lo haría un tribunal de apelación.

iii) Conclusiones del Tribunal

123. Las Partes no discrepan en cuanto a que el Capítulo XI del TLCAN reconoce en principio el derecho de una Parte Contratante de regular las conductas que considere ilegales.
124. El Tribunal hace notar de que, conforme a la legislación mexicana, específicamente la Ley Federal de Juegos y Sorteos del 31 de diciembre de 1947, los juegos de azar constituyen una actividad ilegal.
125. Como lo admiten ambas Partes, el propósito del Tribunal en el presente arbitraje no consiste en establecer si las máquinas de EDM eran equipos de juegos de azar prohibidos conforme a la Ley Federal de Juegos y Sorteos. No es función del Tribunal actuar como tribunal de apelación o de revisión de lo decidido por el sistema judicial mexicano en relación con el objeto de las presentes reclamaciones, ni tampoco en relación con los procedimientos administrativos seguidos por SEGOB.
126. El Tribunal examinará, en cambio, la cuestión de si la conducta de México y las medidas dispuestas por SEGOB en relación con las Compañías de EDM eran compatibles con las obligaciones que impone a México el Capítulo XI del TLCAN.

127. El papel del Capítulo XI en el presente caso consiste, por lo tanto, en contrastar la conducta de México con respecto a Thunderbird en relación con las normas de derecho internacional estipuladas por el Capítulo XI del TLCAN. En este contexto, México dispone de un “espacio” particularmente amplio para reglamentar. En la reglamentación del sector de los juegos de azar los gobiernos poseen potestades especialmente amplias, que reflejan las opiniones nacionales sobre moral pública. En lo que se refiere al TLCAN, México puede permitir o prohibir toda forma de juego de azar. Puede modificar su política regulatoria y tiene amplia discrecionalidad en cuanto a la manera de aplicarla mediante reglamentos y actos administrativos. Conforme a las disciplinas de derecho internacional, previstas en especial en los Artículos 1102, 1105 y 1110, sólo corresponde establecer si los reglamentos y actos administrativos de México violan esas disciplinas específicas. La perspectiva es la de una obligación de derecho internacional en que se examina la conducta nacional como un “hecho”.

Cuestión 6. ¿Es pertinente, a los efectos del presente caso, considerar desde el punto de vista técnico u otro punto de vista la forma de funcionamiento de las máquinas operadas por las Compañías de EDM?

i) Posición de Thunderbird

128. Thunderbird sostiene que el funcionamiento de las máquinas es pertinente para evaluar la justificación (o falta de justificación) de México para haber incautado las empresas e inversión de Thunderbird en cuanto a la cuestión de la dependencia perjudicial conforme al Artículo 1105; puesto que las autoridades mexicanas sabían -antes del 15 de agosto de 2000- de la utilización de equipos similares en establecimientos que ellas regulaban (por ejemplo, los de Guardia); y en cuanto al Artículo 1102 en la medida en que equipos similares han sido y siguen siendo utilizados en otros establecimientos, mientras que los de las EDM siguen clausurados.
129. Thunderbird argumenta, además, que la manera en que el funcionamiento de las máquinas reviste importancia a los efectos del presente caso no requiere de una

decisión del Tribunal en cuanto a la legalidad de las máquinas de EDM a la luz de la legislación mexicana.

130. Thunderbird sostiene asimismo que la decisión de SEGOB, en el momento que fuere referente al funcionamiento de las máquinas, sólo reviste importancia en cuanto a la cuestión de si algún acto sancionado sobre la base de esas decisiones viola las disposiciones aplicables del TLCAN.
131. Según Thunderbird, el único criterio de importancia para que el Tribunal determine la forma de funcionamiento de las máquinas es el establecido en el Oficio, es decir, si “el factor preponderante de operación es el azar y la apuesta, y no la habilidad y destreza” del usuario. Thunderbird sostiene que las máquinas en cuestión cumplían los criterios aplicables y que, de hecho, según las pruebas que tiene ante sí el Tribunal, constituyen “máquinas de destreza” operadas conforme a lo previsto en el Oficio. Thunderbird hace referencia, en ese sentido, a la demostración realizada con la versión portátil por el Sr. McDonald en la Audiencia.

ii) Posición de México

132. Según México, el funcionamiento de las máquinas resulta pertinente para resolver las cuestiones de si SEGOB actuó arbitrariamente, desde el punto de vista del derecho internacional, al concluir que esas máquinas eran equipos prohibidos conforme a la legislación mexicana y si Thunderbird pudo haber tenido una expectativa razonable de que SEGOB convendría en que las máquinas operadas por EDM no eran máquinas de azar ilegales.
133. México señala que el Tribunal carece de competencia para establecer si las operaciones de juegos de azar de EDM eran legales o si las máquinas en cuestión estaban prohibidas por la legislación mexicana. No obstante, objeta la caracterización de las máquinas, por parte de Thunderbird, como máquinas “de destreza”, sosteniendo, en cambio, que de las pruebas ofrecidas por México se establece que las máquinas de EDM son, simplemente, máquinas de “video póquer” o “tragamonedas”, similares o idénticas a máquinas que fueron

declaradas como equipos de juegos de azar en procedimientos judiciales de los Estados Unidos y anteriormente descritas como tales por la propia Thunderbird. México hace referencia, en ese sentido, al dictamen pericial del profesor Rose y a la demostración llevada a cabo en la Audiencia por el Sr. McDonald.

iii) Conclusiones del Tribunal

134. Ambas Partes han sostenido que el funcionamiento de las máquinas de EDM tiene relevancia en relación con determinadas cuestiones que tiene ante sí el Tribunal. Así, Thunderbird ha ofrecido pruebas que respaldan su afirmación de que las máquinas de EDM son máquinas “de destreza”, en tanto que México ha ofrecido pruebas de se trata de máquinas “tragamonedas”, que la legislación mexicana prohíbe.
135. El Tribunal está de acuerdo en que la naturaleza y funcionamiento de las máquinas puede ser un factor de importancia para considerar determinados temas en el presente arbitraje, pero no es preciso que incursione en un detallado debate técnico sobre las características y el funcionamiento precisos de las máquinas, pues ambas Partes reconocen que el Tribunal no está llamado a determinar la legalidad de las máquinas conforme a la Ley Federal de Juegos y Sorteos.
136. El Tribunal deja constancia de que las máquinas operadas por EDM están equipadas con generadores computarizados de números aleatorios, y que es posible establecer el nivel de premios y, por lo tanto, la probabilidad de ganar. Por ejemplo, el Manual del Juego “Fantasy 5” de Bestco encontrado en las instalaciones de EDM Laredo establece que la base de pago está establecida “al 75%. Esta base de pago puede ser cambiada a un valor dentro de un rango de entre 50% y 95%.” (Anexo R-15, Pág. 13). El Tribunal deja constancia, además, de que el porcentaje de pago no está a la vista del jugador ni éste tiene alguna otra forma de conocerlo (véase McDonald en Tr. 498-502). El tribunal infiere que la operación de éstas máquinas de video juego con generadores incorporados y modificables involucran un grado de azar considerable y que mediante el

ajuste de la base de pago, el operador de la máquina puede manipular la probabilidad de ganar, independientemente de la destreza del jugador.

Cuestión 7. ¿Creó el oficio de SEGOB del 15 de agosto de 2000 una expectativa legítima, a efecto de que Thunderbird pueda interponer una reclamación en el presente caso, bajo los Artículos 1102, 1105 y/o 1110 del TLCAN?

i) Posición de Thunderbird

137. Thunderbird sostiene que esta cuestión es pertinente a los efectos de la aplicación de los Artículos 1105, 1110 y 1102 del TLCAN.
138. En cuanto al nivel de protección de las expectativas legítimas, Thunderbird aduce que, si un inversionista o una inversión se basa, razonablemente, en las manifestaciones de autoridades públicas y en virtud de ello sufren perjuicios, el Estado incurre en responsabilidad conforme al derecho internacional. Thunderbird menciona varios casos al respecto⁶, sosteniendo que el principio de que deben repararse los perjuicios experimentados por quien se basa en manifestaciones de autoridades públicas es una expresión del principio general de derecho internacional referente a la buena fe y de la norma de derecho internacional consuetudinario de trato justo y equitativo. Según Thunderbird, al ratificar el TLCAN México creó un conjunto de expectativas legítimas en las que podían basarse razonablemente un inversionista o una inversión.
139. Thunderbird sostiene que, tratando de lograr certeza en cuanto a la legalidad y legitimidad de las operaciones que se proponía realizar en México, dicha

⁶

En especial, *Metalclad Corp. c. México*, Laudo, 30 de agosto de 2000, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/mm-award-s.pdf>; *ADF Group Inc. c. Estados Unidos*, Laudo, 9 de enero de 2003, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ADF-award.pdf>; *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, Laudo Definitivo, 1 de julio de 2004, Caso LCIA No. UN3467, http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf.

compañía y EDM solicitaron al gobierno mexicano un dictamen oficial. Según Thunderbird, la respuesta dada por SEGOB dio a las Compañías de EDM seguridades escritas o una “autorización por omisión” para operar las máquinas específicamente mencionadas en la Solicitud, y definió un criterio conforme al cual Thunderbird podría operar máquinas de destreza sin estar sujeta a la regulación de SEGOB, siendo el criterio que las máquinas debían ser tales que el “factor preponderante” de la operación fuera la destreza y habilidad del usuario. Thunderbird no afirma que esto le haya conferido un permiso o licencia gubernamental para operar, sino que SEGOB generó una expectativa legítima en que las Compañías de EDM debieron haber razonablemente podido basarse.

140. Thunderbird niega haber omitido divulgar hechos de importancia en la Solicitud. Señala que las autoridades de SEGOB que emitieron la circular necesariamente conocían las máquinas de destreza que se proponían operar las Compañías de EDM, puesto que, entre otras cosas, México había venido litigando contra Guardia en relación a máquinas similares, y por que SEGOB no solicitó información adicional sobre las máquinas de EDM.

ii) Posición de México

141. México niega que el Oficio creara una expectativa legítima para Thunderbird con respecto a sus inversiones en México. Según México, el Oficio no consistió en un acto de aprobación o permiso, sino una opinión consultiva basada en la información proporcionada por EDM en la Solicitud, y establecía que, si las máquinas operadas por EDM eran como las descritas en la Solicitud, SEGOB carecía de competencia al respecto. México sostiene que dio a conocer clara y expresamente a EDM las características de las máquinas prohibidas por la ley, y que el Oficio contenía una clara advertencia de que las operaciones que estaba realizando EDM podían ser ilegales.
142. No obstante, según México, EDM no operó las máquinas en la forma o manera descrita en la Solicitud, ni en cuanto al elemento de “habilidad y destreza” ni en lo que respecta al elemento “apuesta”. EDM tampoco presentó prueba alguna

sobre el funcionamiento de las máquinas. México agrega que en la Solicitud no se mencionó que las máquinas de EDM fueran similares o idénticas a las operadas por Guardia.

143. Además, según México, EDM no trató el Oficio como un permiso o autorización cuando lo emitió SEGOB, como lo prueba el dictamen jurídico del Sr. Ruiz de Velasco, que coincide con el Oficio (citado en el párrafo 59 *más* atrás).
144. México niega que Thunderbird se haya basado de cualquier forma en el Oficio para realizar sus inversiones en México, pues argumenta que realizó actividades antes de la emisión del Oficio; que hizo saber expresamente a los inversionistas en EDM que el Oficio no confería a EDM el derecho específico de realizar operaciones; que hizo saber a sus accionistas que se había basado en asesores del sector privado para realizar la inversión, y que en procedimientos judiciales seguidos en los Estados Unidos sostuvo que los Sres. Oien y Ong la habían inducido fraudulentamente a realizar el negocio.

iii) Conclusiones del Tribunal

145. La Solicitud de EDM fechada el 3 de agosto de 2000 se cita en el párrafo 50 *más* atrás. El Oficio de SEGOB del 15 de agosto de 2000 se cita en el párrafo 55 *más* atrás.
146. Thunderbird ha sostenido que se basó razonablemente y en su perjuicio, en las seguridades dadas por SEGOB en el Oficio. México, por otra parte, niega que el Oficio haya dado lugar a una expectativa legítima para que Thunderbird operara las máquinas de EDM en México.

147. A la luz de jurisprudencia reciente sobre inversiones y del principio de buena fe del derecho internacional consuetudinario⁷, el concepto de “expectativas legítimas” guarda relación, en el contexto del TLCAN, con una situación en que la conducta de la Parte Contratante crea expectativas razonables y justificables para que un inversionista (o una inversión) actúe basándose en esa conducta, por lo cual el hecho de que una Parte del TLCAN no cumpla esas expectativas puede causar perjuicios al inversionista (o a la inversión).
148. El umbral de las expectativas legítimas puede variar en función de las características de la violación alegada al TLCAN y de las circunstancias del caso. Sea cual fuere el criterio que se aplique en el presente caso -trátese del más amplio o del más restringido-, el Tribunal no cree, sin embargo, que el Oficio haya generado una expectativa legítima en la que EDM pueda haberse basado razonablemente para operar su máquinas en México.
149. El Tribunal considera que el punto de partida para establecer si Thunderbird pudo basarse razonablemente, en su perjuicio, en la respuesta de SEGOB a la Solicitud consiste en determinar que fue lo solicitado en esta última.
150. Como en el expediente no existen pruebas contemporáneas referentes a los antecedentes de la Solicitud (por ejemplo, prueba testimonial de los Sres. Aspe y Arroyo, o de autoridades de SEGOB que estuvieran en el ejercicio de sus funciones cuando se presentó la Solicitud), el Tribunal no puede basarse en presunciones o inferencias, mucho menos especulaciones, respecto a los antecedentes. Por ejemplo, el Tribunal ha dejado constancia de la existencia de un “bono de éxito” acordado entre Thunderbird y los Sres. Aspe y Arroyo (quienes, según Thunderbird, tuvieron diversos contactos con funcionarios de

⁷

Bin Cheng, GENERAL PRINCIPLES OF LAW APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS, pág. 123 y siguientes (1987); Joerg Mueller, VERTRAUENSSCHUTZ IM VOELKERRECHT (1971); E. Zoller, LA BONNE FOI EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC (1977). F. Orrego Vicuna, Regulatory Authority and Legitimate Expectations, 5 Intl Law Forum, 188m 193 (2003); Nuclear Test Case, ICIJ Reports 1974, 253 pág. 268.

SEGOB en relación a las operaciones que llevaría a cabo Thunderbird). Thunderbird ofreció \$300,000 Dólares por obtener una carta de SEGOB autorizando las operaciones de juego de Thunderbird en México (véase correspondencia en Anexos R-106, R107 y R-121). De conformidad con el borrador de carta del Sr. Watson de fecha 10 de agosto de 2000, Thundirbird estaba dispuesta a pagar a los Sres. Aspe y Arroyo \$700,000 dólares adicionales si la carta era otorgada exclusivamente a Thunderbird [...] y que no se otorgara ningún otro de dichos permisos a competidores potenciales; de lo contrario no se pagarían sumas adicionales” (Anexo R-121). En ausencia de prueba alguna en el expediente en relación con el acuerdo sobre el “bono de éxito” y la naturaleza de los tratos entre los Sres. Aspe y Arroyo y SEGOB, éstos hechos no tienen peso sobre el análisis posterior del Tribunal. Bajo éstas circunstancias, el Tribunal sólo puede interpretar la Solicitud del 3 de agosto de 2000 según su tenor literal.

151. A juicio del Tribunal, la información presentada por EDM en la Solicitud es incompleta y, en especial, inexacta en dos aspectos.
152. Primero, en ella se sostiene que en las máquinas operadas por EDM no intervienen la suerte ni apuestas (véase el párrafo 3: “En estos videojuegos no interviene ni el azar ni la apuesta [...]”). El Tribunal hace nota de la utilización, en el párrafo 7, de los términos explícitos “de ninguna manera”: “La naturaleza de las máquinas de video para juegos de habilidad y destreza, no es de juegos de azar, ni de juegos con apuestas, ni de sorteos [...] pudiendo conseguir determinados puntos, canjeables por un premio como recompensa a la destreza lograda y de ninguna manera del azar”. Señalar que la suerte no afecta de ninguna manera al resultado del juego es lo contrario de lo que resulta de la prueba que obra en el expediente (véanse las conclusiones del Tribunal, en el párrafo 136 más atrás).
153. Segundo, en la Solicitud se sostiene que las máquinas en cuestión “son aparatos de recreación cuya finalidad es la diversión y entretenimiento de las personas que tienen acceso a ellas” (párrafo 3), y “son simples diversiones en las cuales

los usuarios pueden obtener premios en razón de su habilidad o destreza” (Solicitud, párrafo 9; véase también el párrafo 8: “[...] puesto que lo que cuenta para lograr un resultado es la destreza o habilidad de los jugadores, caso diferente de lo que acontece en los juegos de apuesta, en que existe un pacto o convenio previo entre la compañía y el usuario, por el cual se acuerda la entrega de una cantidad de dinero de otra cosa”). Se sugiere así que las máquinas operadas por EDM no implican ningún “acuerdo para la entrega de una cantidad de dinero o de otra cosa”, concediéndose a cambio premios a los jugadores. Esta manifestación es inexacta, ya que el jugador debe insertar billetes de dólares para iniciar el juego y cualquiera de los boletos ganadores puede canjearse por dinero en efectivo.

154. Al respecto, el Sr. Ruiz de Velasco declaró que si hubiera sabido, cuando emitió su opinión legal, el 20 de agosto de 2000, que los boletos ganadores podían canjearse por efectivo, probablemente habría revisado su opinión “porque a lo mejor se podría haber considerado apuesta” (Ruiz de Velasco, Tr. 649-650).
155. Por lo tanto, el Tribunal opina que la Solicitud no revela adecuadamente la información e induce a error al lector. La Solicitud crea la apariencia de que las máquinas descritas son máquinas de locales de videojuegos, destinadas exclusivamente a esparcimiento.
156. Thunderbird sostuvo que SEGOB conocía bien las características de las máquinas de EDM, ya que había tratado de clausurar establecimientos de juegos similares del Sr. Guardia. El Tribunal nota, sin embargo, que en la Solicitud no se expresa que las máquinas operadas por EDM fueran similares o idénticas a las del Sr. Guardia.
157. Asimismo, el hecho de que en la Solicitud Thunderbird identificara la marca comercial y el número de modelo de las máquinas (“Bestco, modelo MTL 19U-8L y SCI modelo 17 “UR”) no puede considerarse suficiente para determinar el funcionamiento de las máquinas. De conformidad con las pruebas, la referencia a modelos utilizada en la Solicitud no era respecto a los números del modelo

sino respecto a la descripción del tamaño del monitor de la computadora utilizada para mostrar el videojuego (*véase* Tr. 125-126 y Anexos C-36 y c-87; *véase además* Tr. 1163-1165). Por lo tanto los números de modelo no sirven para aclarar la naturaleza de las máquinas además de que parecen haber sido inexactos o incompletos. Por ejemplo, en la factura de Bestco, las máquinas vendidas se identificaron bajo el modelo “7100 Fantasy 5” (Anexo C-87; *véase además* el manual de operaciones titulado “Manual de Juego Fantasy 5” en Anexo R-15), mientras que en la Solicitud se utilizó una combinación aleatoria de abreviaciones y números para identificar las citadas máquinas (“MTL19U-8L”), sin referencia alguna a la denominación “Fantasy 5”. En este sentido el Sr. McDonald atestiguó que no estaba familiarizado con el significado de los números de modelo Bestco y SCI (Tr.583-585). No se presentaron manuales, catálogos o fotografías de las máquinas junto con la Solicitud.

158. El Tribunal no encuentra en el expediente prueba alguna que establezca efectivamente que SEGOB estuviera familiarizada con la naturaleza y el funcionamiento de las máquinas de EDM.
159. Thunderbird sostuvo también que en caso de duda SEGOB debió haber solicitado información adicional referente a la operación de las máquinas, o una inspección de las mismas. No obstante, Thunderbird era la parte accionante, que presentaba una Solicitud a la administración mexicana, por lo que cabía esperar que fuera ella la que presentara información y diera a conocer los datos pertinentes de forma adecuada. A juicio del Tribunal, la Solicitud no brindaba la película completa, ni siquiera a un lector informado.
160. El Tribunal procede a analizar el contenido del Oficio. De nueva cuenta, a falta de pruebas contemporánea a los hechos circundantes a la emisión de ese documento (a saber, la falta de declaraciones testimoniales de funcionarios de SEGOB involucrados en la emisión del Oficio así como de los Sres. Aspe y Arroyo; *véase además* el párrafo 150), el Tribunal no puede basarse en presunciones o inferencias, mucho menos especulación, en relación a su emisión y sólo puede analizar dicho documento literalmente. Además, no corresponde a

este Tribunal a determinar cómo SEGOB debió haber interpretado la Solicitud o respondido a ella, ya que si lo hiciera estaría interfiriendo en cuestiones de exclusivo derecho interno y en la manera en que los gobiernos deben resolver cuestiones administrativas (que puede variar de un país a otro). Por el contrario el Tribunal sólo puede establecer, si el contenido de la Solicitud generó expectativas legítimas para Thunderbird en el contexto de las obligaciones asumidas por México conforme al Capítulo XI del TLCAN.

161. En los párrafos 2 a 4 del Oficio, SEGOB recuerda las disposiciones legales aplicables en relación con “los juegos de azar y los juegos con apuestas”. En el párrafo 5, SEGOB señala: “[...] no obstante lo expuesto, según se desprende de lo expresado por usted en su escrito de mérito, las máquinas con que opera su representada son aparatos de video juego para recreación cuya finalidad es la diversión y el entretenimiento de las personas que tienen acceso a ellas y entretenimiento de sus usuarios, con la posibilidad de obtener un premio, en donde no interviene ni el azar ni las apuestas, sino la destreza y habilidad del operador”. En el párrafo 6, SEGOB agrega: “si las máquinas que explota comercialmente su representada operan en la forma y términos expresados por usted, esta autoridad administrativa no tiene competencia para su prohibición, en la inteligencia que de tratarse, de máquinas de las conocidas como “tragamonedas”, “tragafichas” o “slot machines” en donde el factor preponderante de operación es el azar y la apuesta y no la habilidad y destreza como usted asegura, podría incurrir en alguna de las hipótesis normativas que establece la Ley Federal de Juegos y Sorteos [...].” El Tribunal entiende que el mensaje que da a conocer SEGOB en el Oficio es que si las máquinas operan según lo expresado por las EDM en su Solicitud, SEGOB carece de competencia sobre esas máquinas.
162. Thunderbird ha sostenido que en el Oficio se definió un estándar según el cual las máquinas cuyo “factor preponderante” sea la destreza y habilidad del usuario no están comprendidas en la esfera de competencia de SEGOB. El Tribunal no comparte esa interpretación. En el párrafo 6, SEGOB se refiere a máquinas “tragamonedas” o “tragafichas”, en las cuales el “factor preponderante” de

operación, según SEGOB, es el azar o la apuesta. La descripción de las máquinas tragamonedas hecha por SEGOB no puede interpretarse *a contrario sensu* como descriptiva de un atributo característico de las máquinas de destreza, según el cual las máquinas en que la destreza sea el “factor preponderante” no puedan tratarse como equipos de juegos de azar. El uso del término “preponderante” por parte de SEGOB, en relación con el azar o la apuesta, no es inusual. Según la declaración del Prof. Rose, “juego de apuesta quiere decir que hay una predominancia del azar. Quizás la forma más fácil de establecer esto es que si el azar determina el resultado en algún punto, entonces en ese caso se habla de una apuesta. Por lo tanto la destreza tiene que determinar el resultado en todos los puntos del juego.” (Tr. 729). Además, en el párrafo 7 del Oficio se advierte claramente a Thunderbird que “en las máquinas que opere no intervengan los ingredientes del azar y la apuesta”.

163. En cuanto al dictamen jurídico del Sr. Ruiz de Velasco del 20 de agosto de 2004 (citado en el párrafo 59 *más* atrás), su contenido refuerza la opinión del Tribunal de que Thunderbird no podía haber dependido razonablemente del Oficio, en su perjuicio, para operar sus establecimientos de juegos en México. En la carta que dirigió a Thunderbird, el Sr. Ruiz de Velasco expresó claramente: i) que el Oficio se basaba en lo manifestado por EDM en la Solicitud (“[...] la Secretaría de Gobernación se declara carente de competencia con respecto a la operación de las referidas máquinas, ya que, según las manifestaciones efectuadas por EDM en su solicitud, las máquinas de videojuegos para juegos de destreza que ha de operar EDM no están comprendidas en la clasificación de ‘máquinas tragamonedas’ [...]”, R-112), y ii) que a EDM le estaba prohibido operar máquinas de juegos de azar o de apuesta (“[...] EDM puede operar las máquinas de videojuegos para juegos de destreza en la medida en que las mismas no lleguen a ser, en modo alguno, máquinas de juegos de azar o de apuestas”, R-112 (énfasis añadido)).
164. Es incuestionable que Thunderbird sabía, cuando decidió invertir en actividades de juego en México, que los juegos de azar y apuesta constituyen una actividad ilegal conforme a la legislación mexicana. Tal como Thunderbird lo admite,

también sabía que operadores de máquinas similares (Guardia) habían encontrado resistencia jurídica de parte de SEGOB. Por lo tanto, debe concluirse que Thunderbird conocía el riesgo potencial de clausura de sus propios establecimientos de juegos de azar y apuesta y debió haber sido especialmente prudente en la realización de sus negocios en México. Cuando solicitó una opinión oficial de SEGOB sobre la legalidad de sus máquinas, EDM también debió saber, que el azar intervenía en cierta medida en la operación de sus máquinas y que los dispositivos de aceptación de billetes de un dólar, así como el hecho de que los boletos ganadores pudieran canjearse por dinero en efectivo, podían considerarse razonablemente como elementos constitutivos de apuestas. Sin embargo, EDM optó por no dar a conocer esos aspectos esenciales previstos en su Solicitud.

165. Además, el hecho de que SEGOB haya tomado acciones en contra de las instalaciones de juego de Thundirbird en febrero de 2001, Vg. aproximadamente seis meses después de la emisión del Oficio, no es suficiente para establecer que antes de dicha fecha, SEGOB haya autorizado (o hubiese intencionalmente estado tolerando) las operaciones de Thundirbird. Seis meses es, bajo las circunstancias y bajo cualquier norma, un período razonable para que un gobierno pretenda hacer cumplir la legislación doméstica sobre juegos y apuestas.
166. En virtud de lo anterior, el Tribunal concluye que el Oficio no creó una expectativa legítima que haga que Thunderbird pueda presentar reclamaciones en el presente caso, en los términos de lo dispuesto por los Artículos 1102, 1105 y/o 1110 del TLCAN.
167. Finalmente, el Tribunal pone en tela de juicio la medida en que Thunderbird haya invertido en México basándose en el Oficio, al considerar los pasos nada insignificantes que Thunderbird había finalizado para la operación de sus máquinas de videojuegos antes de que se emitiera el Oficio, el 15 de agosto de 2000. El expediente muestra que EDM se constituyó antes del 15 de agosto de 2000; que JDMI había celebrado un pormenorizado Convenio de Reparto de

Ingresos con los Sres. Ong y Oien en relación con la operación de los centros de juego en México (Anexo R-98), que EDM había abierto cuentas bancarias (Anexo C-6), que había obtenido permisos de uso del suelo (Anexo C-7), había celebrado un contrato de arrendamiento de un local para juegos en Matamoros (Anexos C-3 a C-5), que había importado 50 máquinas Bestco y 30 máquinas SCI (Anexos C-9, C-87 y C-15), que había presentado un “aviso de apertura” en relación con el establecimiento de “La Mina Oro” (Anexo C-10), y que, según lo admitido por la propia Thunderbird en el párrafo 2 de la Solicitud, ya había “estableci[do] un negocio [...] en la Ciudad de Matamoros, Tamaulipas, con el nombre comercial “La Mina de Oro”, relativo a máquinas de video para juegos de habilidad y destreza y [contaba] con todos los requisitos municipales para ello” (*véase también* el párrafo 4 de la Solicitud).

D. Fondo del asunto: Artículos 1102, 1105 y 1110 del TLCAN

Cuestión 8. ¿Violó el demandado el principio de “trato nacional” previsto en el Artículo 1102 del TLCAN?

168. El Artículo 1102(1) y (2) del TLCAN dispone lo siguiente:

1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

i) Posición de Thunderbird

169. Thunderbird sostiene que México violó el Artículo 1102 del TLCAN al acordar a EDM y a sus inversiones un tratamiento diferente del acordado a inversionistas e inversiones nacionales que operaban en circunstancias similares.
170. Según Thunderbird, conforme al Artículo 1102 del TLCAN, el Tribunal debe aplicar una prueba tripartita, consistente en identificar los sujetos relevantes de la comparación del trato nacional (tomando como base la similitud de los sujetos); considerar el trato relativo recibido por cada uno de los sujetos a comparar (tomando como base el mejor nivel de trato disponible para cualquier otro inversionista local que opere en circunstancias similares), y considerar si existen factores que puedan justificar cualquier diferencia de trato así detectada (cuestión que debe interpretarse en sentido estricto y haciendo que la carga de la prueba recaiga en México). Thunderbird invoca el TLCAN y jurisprudencia bajo los TBIs para respaldar el argumento de la prueba tripartita⁸.
171. Thunderbird sostiene que las Compañías de EDM fueron incautadas y clausuradas por México debido a que las máquinas de destreza operadas en los respectivos establecimientos eran consideradas ilegales, en tanto que los establecimientos de los inversionistas nacionales, que operan máquinas de destreza en circunstancias esencialmente idénticas, siguen abiertos y en funcionamiento. Thunderbird cita como sujetos a comparar apropiados el “Club 21”, de Guardia; el establecimiento Reflejos, de la Torre, y el centro de

⁸

Pope & Talbot Inc. c. Canadá, Laudo sobre el Fondo de la Fase 2, 10 de abril de 2001, CNUDMI (TLCAN), <http://ita.law.uvic.ca/documents/PopeandTalbot-Merit.pdf>; *S.D. Myers Inc. c. Canadá*, Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, CNUDMI (TLCAN), <http://ita.law.uvic.ca/documents/SDMeyers-1stPartialAward.pdf>; *ADF Group Inc. c. Estados Unidos*, Laudo, 9 de enero de 2003, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ADF-award.pdf>; *Feldman c. México*, Laudo, 16 de diciembre de 2002, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ADF-award.pdf>; *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, Laudo Definitivo, 1 de julio de 2004, Caso LCIA No. UN3467, http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf.

entretenimiento Bella Vista, en Monterrey. Thunderbird cuestiona el argumento de México de que las Compañías de EDM no se encontraban en “circunstancias similares” y sostiene que, por el contrario, México no ha aportado pruebas suficientes que respalden su argumento.

172. Finalmente, Thunderbird sostiene que su decisión de desistir de los procedimientos judiciales tendientes a obtener reparación en México carece de relevancia en relación con el tema de si México violó las obligaciones que le imponía el Capítulo XI del TLCAN.

ii) Posición de México

173. México niega haber dado a EDM un trato menos favorable que el otorgado a compañías mexicanas en circunstancias similares. SEGOB, según México, ha aplicado uniformemente la ley a todos los operadores (incluidos los de nacionalidad mexicana) que han intentado operar establecimientos con supuestas máquinas “de destreza” y ha clausurado todos los establecimientos similares de los que tuvo conocimiento y ha defendido sus decisiones ante todos los tribunales de apelación frente a impugnaciones formuladas por los operadores de máquinas similares o idénticas a las de EDM.
174. México sostiene que Thunderbird no ha logrado probar que EDM haya sido objeto de discriminación basada en la nacionalidad o por cualquier otra causa. Al respecto, cuestiona el argumento de Thunderbird sobre una prueba tripartita basada en el Artículo 1102. Según México, ese artículo se refiere exclusivamente a la discriminación basada en la nacionalidad y sólo prohíbe manifestaciones demostrables y significativas de sesgos y prejuicios basados en la nacionalidad, las que Thunderbird debe probar; argumentando que “las circunstancias similares” del Artículo 1102 requieren una comparación adecuada basada en los hechos, por lo cual ha de tenerse en cuenta, en especial, el cumplimiento de la legislación local referente a una conducta ilegal. México agrega que EDM no se encuentra “en circunstancias similares” a las de los operadores de establecimientos que han logrado seguir operando bajo la

suspensión de amparos que ha sido concedidos en tanto se tramitaban sus recursos judiciales, y que, si bien EDM inició un “juicio de amparo”, no le fue concedida la suspensión referida, además de haberse desistido de los recursos intentados.

iii) Conclusiones del Tribunal

175. Al interpretar el Artículo 1102 del TLCAN, el Tribunal se atiene al texto de esa disposición. La obligación de la Parte anfitriona del TLCAN conforme a ese artículo consiste en otorgar un trato no discriminatorio a inversionistas o inversiones de otras Partes del TLCAN. Por lo tanto, debe probarse que la inversión o el inversionista extranjero fueron objeto de un trato discriminatorio.
176. La carga de la prueba recae sobre Thunderbird, conforme al Artículo 24(1) del Reglamento de la CNUDMI. En este sentido, Thunderbird debe probar que su inversión fue objeto de un trato menos favorable que el otorgado por México, en circunstancias similares, a inversiones de nacionales de México.
177. Thunderbird no tiene la carga de probar separadamente que el trato menos favorable haya obedecido a la nacionalidad. El texto del Artículo 1102 del TLCAN no requiere esa prueba, sino que prevé el caso en que un inversionista extranjero recibe un trato menos favorable que un inversionista nacional. Esas circunstancias deben ser probadas por el inversionista extranjero, quien debe además probar a qué se debió el trato menos favorable⁹.

⁹

Véase *S.D. Myers Inc. c. Canadá*, Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, CNUDMI (TLCAN), <http://ita.law.uvic.ca/documents/SDMeyers-1stPartialAward.pdf>; *Pope & Talbot Inc c. Canadá*, Laudo sobre el Fondo de la Fase 2, 10 de abril de 2001, CNUDMI (TLCAN), <http://ita.law.uvic.ca/documents/PopeandTalbot-Merit.pdf>; *Feldman c. México*, Laudo, 16 de diciembre de 2002, Caso No. CIADI ARB(AF)/99/1, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ADF-award.pdf>; *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, Laudo Definitivo, 1 de julio de 2004, Caso LCIA No. UN3467, http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf.

178. A juicio del Tribunal, Thunderbird no ha probado suficientemente -ni siquiera *prima facie*- que las inversiones de EDM recibieran, en circunstancias similares, un trato peor que el recibido por nacionales de México (o, para el caso, de cualquier otro país).
179. Del expediente se desprende que SEGOB ha procurado hacer cumplir la legislación mexicana en materia de juegos de apuestas promoviendo la clausura de numerosos establecimientos de ese género (la mayor parte de los cuales fueron clausurados definitivamente), y que la clausura de los establecimientos de juegos de apuestas propiedad de mexicanos en realidad tuvo lugar exactamente en el mismo período en que SEGOB ordenó la clausura de los establecimientos de EDM en Nuevo Laredo y Matamoros (*véase* el Anexo R-9). El Tribunal hace notar de que las medidas de SEGOB fueron impugnadas ante los tribunales mexicanos por los establecimientos de juego en cuestión, incluidos los de EDM. Esto hizo, al parecer, que algunos de los establecimientos clausurados por SEGOB pudieran seguir operando en virtud de órdenes judiciales de suspensión temporal, sin embargo también se desprende del expediente que SEGOB recurrió las órdenes judiciales otorgando suspensiones temporales relacionadas con la clausura por parte de esa Secretaría y que esos recursos están pendientes de resolución
180. En cuanto a los establecimientos de juegos que al parecer siguen operando sin haber obtenido órdenes judiciales de suspensión temporal, el Tribunal no encuentra suficientes pruebas en el expediente de que México conociera de la existencia de esos establecimientos y que les haya permitido deliberadamente seguir funcionando. Al respecto, debe hacerse notar que algunos de los establecimientos de ese género parecen haber operado en forma clandestina (*véanse* los videos presentados por Thunderbird).
181. Con respecto a los establecimientos de Guardia, el Tribunal señala que se trata de un caso especial en que SEGOB mantuvo litigios judiciales muy prolongados con el Sr. Guardia. El Tribunal infiere que aunque algunos de los establecimientos operados por esa persona siguen abiertos a la fecha, no puede

hablarse de discriminación contra EDM, pues del expediente se desprende que SEGOB se ha esforzado repetidamente en clausurar los establecimientos del Sr. Guardia, pero al hacerlo ha tropezado con una activa resistencia judicial y de otro tipo (*véanse* los Anexos R-97; R-114; R-31, R-32).

182. De los hechos del caso se desprende, por lo tanto, que la política y las medidas de SEGOB tendientes a hacer cumplir la Ley Federal de Juegos y Sorteos se dirigieron tanto a operaciones de juegos de azar de mexicanos como de no mexicanos y fueron, en su conjunto, consistentes. En consecuencia, el Tribunal concluye que Thunderbird no ha probado la violación del principio de “trato nacional” prevista en el Artículo 1102 del TLCAN.
183. De todos modos, aunque Thunderbird hubiera probado en forma indubitable que la línea de conducta de México con respecto a las operaciones de juegos de apuestas no fue uniforme y consistente, no puede soslayarse el hecho de que los juegos de apuestas son ilegales en México. A juicio del Tribunal, no sería apropiado que un tribunal del TLCAN permitiera a una parte fundándose en el Artículo 1102 de ese Tratado tratar de reivindicar igualdad en cuanto a la no aplicación de la ley en el contexto de una actividad que una Parte Contratante considera ilícita.

Cuestión 9. ¿Violó el Demandado la regla de “Nivel Mínimo de Trato” prevista en el Artículo 1105 del TLCAN?

184. El Artículo 1105(1) del TLCAN establece lo siguiente:

Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

i) Posición de Thunderbird

185. Con respecto al significado de la expresión “Nivel Mínimo de Trato” prevista en el Artículo 1105 del TLCAN y su aplicación por un tribunal del TLCAN, Thunderbird menciona diferentes laudos bajo el TLCAN, alegando que la conducta de los funcionarios de SEGOB en el presente caso refleja exactamente el tipo y grado de arbitrariedad que el tribunal que conoció del caso *Waste Management II* consideraría violatorio del nivel mínimo previsto en el Artículo 1105.
186. Según Thunderbird, puede acudirse a tres doctrinas de derecho internacional -dependencia perjudicial, denegación de justicia, y abuso de derecho- para informar la interpretación que ha de dar el Tribunal sobre como Thunderbird o sus inversiones no recibieron un “trato justo y equitativo”. Así, Thunderbird sostiene que el hecho de que Thunderbird y las EDM se hayan basado, en su perjuicio, en el Oficio para realizar sus inversiones en México, y las subsiguientes medidas adoptadas por ese país contra Thunderbird y las Compañías de EDM, en contravención del contenido del Oficio, constituyen una violación del Artículo 1105 del TLCAN, y agrega que las Compañías de EDM no sólo tenían derecho a basarse en el Oficio de SEGOB en virtud de su contenido, sino también en virtud de las expectativas generadas por México al ratificar el TLCAN. Thunderbird alega asimismo la omisión, por parte de México, de su obligación de conceder las garantías del debido proceso, lo que constituiría una denegación administrativa de justicia, en los procedimientos relacionados con la resolución del 10 de octubre de 2001, que constituye una violación del Artículo 1105 del TLCAN; así como la manifiesta arbitrariedad de parte de la administración mexicana, lo que constituye prueba de un abuso de derecho, en los procedimientos seguidos ante SEGOB, en violación del Artículo 1105 del TLCAN.

ii) Posición de México

187. México niega haber violado el “nivel mínimo de trato” del Artículo 1105 del TLCAN.

188. Según México, las quejas de Thunderbird con respecto a los procedimientos administrativos ante SEGOB son incorrectas en los hechos y en todo caso representan cuestiones exclusivamente de derecho local, además, Thunderbird no presentó ninguna prueba de las irregularidades del sistema judicial mexicano que, según había sostenido, la perjudicaron y fueron la principal de las razones que la llevaron a desistirse de los recursos judiciales que había interpuesto.
189. México sostiene que adoptó una línea de conducta uniforme y consistente respecto a las operaciones de juegos ilegales. En especial, alega que, según sabe, clausuró todos los establecimientos en que operaban máquinas denominadas tragamonedas e impugnó todas las decisiones judiciales que concedían suspensiones temporales respecto a las órdenes de clausura dictadas por SEGOB.
190. Con respecto al argumento de dependencia perjudicial en el Oficio, México sostiene que la decisión de SEGOB de que consideraba las máquinas como dispositivos de juegos prohibidos no puede considerarse arbitraria, ya que la propia Thunderbird conocía las características de las máquinas y el riesgo de que fueran inspeccionadas por SEGOB y que ésta llegara a esa conclusión.
191. En cuanto a los procedimientos administrativos ante SEGOB, México niega que fueran ilegales, arbitrarios o injustos y sostienen que la propia resolución indica que las pruebas ofrecidos por EDM fueron tomadas en cuenta aún cuando no cumplían estrictamente con los requisitos aplicables de la legislación interna, y que la resolución contiene los razonamientos necesarios para sus conclusiones; que el procedimiento fue transparente y dio cumplimiento a la legislación mexicana y fue validado por los abogados de EDM, que eran expertos en derecho mexicano, y que si durante los procedimientos se incurrió en alguna infracción, había recursos disponibles apropiados para impugnarla.

iii) Conclusiones del Tribunal

192. El Tribunal interpretará el Artículo 1105(1) del TLCAN conforme a las Notas Interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo XI (“Nivel mínimo de trato conforme al Derecho Internacional”), de fecha 31 de julio de 2001, elaboradas por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN¹⁰, que establece lo siguiente:
1. El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte.
 2. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridades plenas” no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste.
 3. Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN, o de un acuerdo internacional distinto, no establece que se haya violado el artículo 1105(1).
193. En consecuencia, el Tribunal medirá el nivel mínimo de trato previsto en el Artículo 1105(1) del TLCAN en relación con el nivel mínimo de derecho internacional consuetudinario, según el cual los inversionistas extranjeros tienen derecho a cierto nivel de trato y, si el mismo no se alcanza, el Estado anfitrión puede incurrir en responsabilidad internacional.
194. El contenido del nivel mínimo no debe interpretarse rígidamente, sino que debe reflejar el estado de la evolución del derecho internacional consuetudinario¹¹.

¹⁰ <http://www.dfaid-maeci.gc.ca/tna-nac/Nafta-interpr-en.asp>.

¹¹ Véase, en especial, *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos*, Laudo, 11 de octubre de 2002, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, <http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf>; *ADF Group Inc. c. Estados Unidos*, Laudo, 9 de enero de 2003, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ADF-award.pdf>; *Waste Management Inc. c. México*,

Pese a la evolución experimentada por ese derecho desde sentencias como la recaída en el caso *Neer Claim* (1926)¹², el umbral para considerar que se ha cometido una violación del nivel mínimo de trato sigue siendo elevado, como lo ilustra la jurisprudencia internacional reciente¹³. A los efectos del presente caso, el Tribunal considera que son actos que darían lugar a una violación del nivel mínimo de trato preceptuado por el TLCAN y el derecho consuetudinario internacional aquellos que, sopesados en relación con el contexto de los hechos de que se trate, representan una repugnante denegación de justicia o una arbitrariedad manifiesta, que caigan por debajo de los niveles internacionalmente aceptables¹⁴.

195. En el presente caso, el Tribunal, por las razones que a continuación menciona, no tiene la convicción de que Thunderbird haya demostrado que la conducta de México haya violado el nivel mínimo de trato.
-

Laudo Arbitral, 2 de junio de 2002, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, http://www.worldbank.org/icsid/cases/waste_laudio.pdf; Laudo Definitivo, 30 de abril de 2004, Caso No. ARB(AF)/00/3, http://ita.law.uvic.ca/documents/laudo_ingles.pdf.

¹² *Estados Unidos (L. F. Neer) c. México* (1926), 4 R.I.A.A. 60 (Gen. Cl. Comm'n 1926).

¹³ Véase al respecto, *Alex Genin y otros c. Estonia*, Laudo, 25 de junio de 2001, Caso CIADI No. ARB/99/2, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/genin.pdf>; *Waste Management Inc. c. México*, Laudo Definitivo, 30 de abril de 2004, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, http://ita.law.uvic.ca/documents/laudo_ingles.pdf.

¹⁴ Véase, al respecto, *Alex Genin y otros c. Estonia*, Laudo, 25 de junio de 2001, Caso No. ARB/99/2, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/genin.pdf>; *S.D. Myers Inc. c. Canadá*, Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, CNUDMI (TLCAN), <http://ita.law.uvic.ca/documents/SDMeyers-1stPartialAward.pdf>; *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos*, Laudo, 11 de octubre de 2002, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, <http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf>; *ADF Group Inc. c. Estados Unidos*, Laudo, 9 de enero de 2003, Caso No. ARB(AF)/00/1, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/ADF-award.pdf>; *Azinian c. México*, Laudo Arbitral, 1 de noviembre de 1999; Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, http://www.worldbank.org/icsid/cases/robert_award.pdf; *Loewen c. Estados Unidos*, Laudo, 26 de junio de 2003, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, <http://www.state.gov/documents/organization/22094.pdf>; *Case concerning Elettronica Sicula SpA (ELSI) (Estados Unidos c. Italia)*, 20 de julio de 1989, 1989 I.C.J. 15.

196. El Tribunal ya ha llegado a la conclusión de que Thunderbird no pudo razonablemente haber dependido en el Oficio en su perjuicio (*véanse* las conclusiones del Tribunal, expresadas en relación con la cuestión 7, *supra*).
197. En cuanto a la supuesta omisión de otorgar garantías de debido proceso (que configuraría denegación administrativa de justicia) y la supuesta arbitrariedad manifiesta de la administración (que constituiría prueba de abuso de derecho) en los procedimientos de SEGOB, el Tribunal no encuentra en el expediente pruebas suficientes para concluir que los procedimientos de SEGOB hayan sido arbitrarios o injustos, ni mucho menos que lo fueran en forma tan manifiesta como para violar el nivel mínimo de trato.
198. El Tribunal hace notar, en especial, que a Thunderbird se le otorgó plena posibilidad de ser oída y de presentar pruebas en la Audiencia Administrativa, y que las aprovechó. El Tribunal no encuentra nada objetable en la Resolución Administrativa. El documento, de 31 páginas de extensión, parece adecuadamente detallado y razonado; en este se desahogan las pruebas presentadas por Thunderbird en la Audiencia y se analizan detenidamente los fundamentos jurídicos en que SEGOB fundó su resolución de que las máquinas de EDM constituían equipo de juego prohibido (*véase* el Anexo R-93).
199. En cuanto a la clausura de los establecimientos de EDM, el Tribunal no concluye que la manera en que SEGOB la llevó a cabo haya sido arbitraria. De hecho, del expediente se desprende que en una ocasión la propia SEGOB reconoció que la orden de clausura del establecimiento de Nuevo Laredo fue irregular y, en consecuencia, corrigió su error removiendo los sellos de clausura de ese establecimiento.
200. El Tribunal no descarta la posibilidad de que los procedimientos de SEGOB puedan haberse visto afectados por ciertas irregularidades, sin embargo del expediente no se desprende ninguna irregularidad administrativa de tal gravedad que commueva el sentido de corrección judicial y, por lo tanto, dé lugar a la violación del principio del nivel mínimo de trato. Tal como lo reconoció

Thunderbird, los procedimientos de SEGOB deben compararse con los estándares de debido proceso y de equidad procesal aplicables a las autoridades administrativas. Los requisitos del debido proceso administrativo son menos severos que los de un proceso judicial. Por lo tanto, aunque, por ejemplo, se considere como irregularidad administrativa la ausencia del Lic. Aguilar Coronado (quien suscribió la Resolución Administrativa) en la Audiencia del 10 de julio, ella no alcanza, en las circunstancias del caso, el nivel mínimo de gravedad previsto por el Artículo 1105 del TLCAN.

201. Finalmente, los procedimientos de SEGOB (incluida la Resolución Administrativa) estuvieron sujetos a revisión judicial ante los tribunales mexicanos. El Tribunal hace notar, al respecto, que EDM promovió ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa un juicio de nulidad con respecto a la decisión del 10 de octubre (sin formular ninguna queja con respecto al hecho de que el Lic. Aguilar Coronado no hubiera comparecido a la Audiencia Administrativa). EDM interpuso recurso de amparo en contra de la sentencia dictada por el tribunal, pero se desistió con posterioridad del recurso, decisión que no puede imputarse a México.

Cuestión 10. ¿Realizó el Demandado una expropiación en violación a lo dispuesto por el Artículo 1110 del TLCAN?

202. El Artículo 1110(1) del TLCAN establece lo siguiente:

Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:

- (a) por causa de utilidad pública;
- (b) sobre bases no discriminatorias;

(c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y

(d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.

i) Posición de Thunderbird

203. Con respecto a las excepciones planteadas por México en materia de competencia, Thunderbird sostiene que se frustraría por completo la finalidad del TLCAN si los inversionistas no tuvieran derecho de formular reclamaciones al amparo del Artículo 1110 en nombre de inversiones en empresas establecidas en el territorio de otra Parte del TLCAN. Thunderbird solicita autorización para modificar su EdDP mediante la inclusión, en la alternativa más amplia, de una reclamación por el 100% de los perjuicios causados en sus negocios a cada una de las compañías de EDM en virtud de la supuesta violación del Artículo 1110, invocando el Artículo 1116 del TLCAN.
204. Thunderbird sostiene que el Artículo 1110 del TLCAN, que requiere el pago de una indemnización completa, sin demora y efectiva por la expropiación de una “inversión” impone a México una obligación frente a las EDM. El estándar para establecer si se ha producido una expropiación es que el acto gubernamental haya obstaculizado sustancialmente la inversión.
205. Según Thunderbird, las Compañías de EDM habían adquirido legítimamente derechos a los negocios que realizaban. Los actos de SEGOB, según Thunderbird, representaron una expropiación en el sentido del Artículo 1110 del TLCAN, porque las EDM establecieron sus inversiones en México basándose en la promesa general de un trato justo y equitativo y con la seguridad adicional de la “autorización por omisión” contenida en el Oficio, y la clausura de esos establecimientos aniquiló los negocios de las EDM, por lo que corresponde el pago del valor de mercado de las inversiones así expropiadas.

ii) Posición de México

206. México opone una excepción de legitimación procesal activa, según la cual la reclamación de pago de una expropiación formulada por Thunderbird no puede prosperar porque esa compañía no planteó una reclamación por derecho propio como inversionista de una Parte conforme al Artículo 1116 del TLCAN. Según México, debe rechazarse la Solicitud formulada por Thunderbird en el EdR tendiente a modificar su reclamación.
207. México sostiene que SEGOB llegó a la conclusión de que EDM operaba equipos de juegos de apuestas prohibidos, por lo cual las actividades de aplicación de la ley llevadas a cabo de buena fe por SEGOB, tales como la clausura de las operaciones ilegales, no son equivalentes a una expropiación. México alega asimismo que EDM interpuso ante los tribunales nacionales recursos de los que ulteriormente se desistió.

iii) Conclusiones del Tribunal

208. El Tribunal no tiene por qué pronunciarse sobre la excepción de falta de legitimación procesal formulada por México ante el hecho de que Thunderbird no planteó su reclamación conforme al Artículo 1116 del TLCAN, pues ya concluyó que las Compañías de EDM no podían operar en México sobre la base de una expectativa legítima. Como lo reconoció Thunderbird, no es procedente indemnización alguna en caso de expropiaciones reglamentarias cuando puede demostrarse que el inversionista o la inversión nunca gozaron de un derecho adquirido en la actividad económica ulteriormente prohibida.

E. Fondo del Asunto: Daños y perjuicios

209. El Tribunal ha concluido que México no violó ninguna de las disposiciones del TLCAN invocadas por Thunderbird (*véanse* las conclusiones del Tribunal en relación con las cuestiones 8, 9 y 10, *supra*). En consecuencia, Thunderbird no

tiene derecho a una reparación de daños y perjuicios, ni el Tribunal tiene por qué abordar la cuestión 11.

VI. COSTAS

210. En la liquidación de costos presentada por Thunderbird del 26 de agosto de 2004, reclama US\$995.934,50 por concepto de honorarios y gastos legales. En su liquidación adicional de costos, del 31 de marzo de 2005, Thunderbird reclama US\$1.163.375,20 (incluidas las sumas anteriormente reclamadas).
211. En la liquidación de costos presentada por México del 12 de agosto de 2004, México reclama US\$1.310.943,78 por concepto de honorarios y gastos legales. En su liquidación adicional de costos, del 31 de marzo de 2005, México reclama una suma adicional de US\$191.122,06.
212. Conforme al Artículo 1135 del TLCAN, un tribunal puede “otorgar el pago de costas de acuerdo con las reglas de arbitraje aplicables”, es decir, las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. Conforme al Artículo 38 de las Reglas de la CNUDMI, “el tribunal arbitral fijará en el laudo las costas del arbitraje”. El Artículo 38(e) incluye en el ámbito de la definición de “costas del arbitraje” el “costo de representación y de asistencia de letrados de la parte vencedora si se hubiera reclamado dicho costo durante el procedimiento arbitral y sólo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto de ese costo es razonable”. Los Artículos 40(1) y (2) de las Reglas de la CNUDMI establecen lo siguiente:
 1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2, en principio, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
 2. Respecto del costo de representación y de asistencia de letrados a que se refiere el inciso e) del artículo 38, el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso,

qué parte deberá pagar dicho costo o podrá prorrtearlo entre las partes si decide que el prorrato es razonable.

213. Según la opinión mayoritaria en el caso *S.D. Myers c. Canadá* existe “una distinción sutil” entre esos dos párrafos; en el primero se hace hincapié en el “éxito” y en el segundo en “las circunstancias del caso”¹⁵. Este Tribunal Arbitral no percibe de ese modo la distinción entre los dos párrafos. El primero también se refiere a “las circunstancias del caso”, en tanto que el segundo, según lo admite la opinión mayoritaria en el caso *S.D. Myers*, también implica éxito. La diferencia entre los dos párrafos reside más bien en que el primer párrafo establece una regla con una excepción a dicha regla, mientras que el segundo párrafo otorga a un tribunal arbitral discrecionalidad ilimitada. Conforme al primer párrafo, los costos del arbitraje “en principio, [...] serán a cargo de la parte vencida”, en tanto que de acuerdo con el segundo párrafo, el tribunal arbitral “decidirá” qué parte deberá soportar los costos de representación legal (o podrá distribuirlos). En el presente caso, el Tribunal Arbitral no percibe razón alguna para basarse en esa distinción, ya que el parámetro más objetivo para ambos tipos de costos es el éxito logrado por una parte.
214. También se debate si la regla de que “el perdedor paga” (o de que “los costos siguen al resultado”) debe aplicarse en los arbitrajes sobre inversiones internacionales. Ciertamente, es verdad que en muchos casos el inversionista, aunque no sea la parte ganadora, no es condenado a pagar los costos del gobierno. El Tribunal no alcanza a comprender el fundamento de esa opinión, a menos que se refiera a un inversionista con escasos recursos financieros, caso en el que las consideraciones referentes al acceso a la justicia pueden en cierta medida influir. Salvo en ese caso, el Tribunal cree que deben aplicarse a los arbitrajes sobre inversiones internacionales reglas idénticas a las aplicables a otros procedimientos de arbitraje internacional.

¹⁵

S.D. Myers c. Canadá, Laudo Definitivo, 30 de diciembre de 2002, CNUDMI (TLCAN), <http://ita.law.uvic.ca/documents/SDMyersFinalAward.pdf>

215. Se pude adicionar que el artículo 1135 del TLCAN contempla de formá explícita el que un tribunal pueda determinar a quien compete pagar las costas: “[un] tribunal podrá también otorgar el pago de costas de acuerdo con las reglas de arbitraje aplicables”. El tratado no contiene limitación alguna en relación al otorgamiento de costas.
216. Las partes al presente caso han demandado, cada una, la condena al pago de costas (véase Notificación de Arbitraje en los párrafos 34 y el EdC en el párrafo 372). No obstante que Thundirbird ha argumentado que es raramente apropiado el que se condene al pago de costas a la parte vencida en un procedimiento TLCAN, ha también reconocido que: “no existe disposición alguna del TLCAN que pudiera modificar la aplicación de los artículos [38 y 40] de las reglas de arbitraje del CNUDMI. De conformidad con lo cual, cae dentro de la discreción de este Tribunal el otorgar costas en la forma que considere más apropiada y razonable a las circunstancias” (véase EdDP en la Pág. 121)
217. El Tribunal, toma en cuenta otros laudos bajo el TLCAN tales como el dictado en el caso *Azinian v. México*¹⁶, en que el tribunal consideró cuatro factores para concluir que el inversionista perdedor no tenía que pagar los costos del demandado (el Estado parte):

La reclamación ha sido completamente desestimada. El demandado ha padecido considerables incomodidades. En circunstancias ordinarias, es habitual en el arbitraje internacional que se impongan al demandante vencido las costas del arbitraje, así como las costas razonables de representación del demandado. Esta práctica tiene la doble función de reparación y disuasión.

Sin embargo, en este caso hay cuatro razones desaconsejan una imposición de costas. En primer lugar, el presente mecanismo es

¹⁶ *Azinian c. México*, Laudo Arbitral, 1 de noviembre de 1999; Caso No. <http://ita.law.uvic.ca/documents/Azinian-Spanish.pdf>, ARB(AF)/97/2

un nuevo medio para la resolución de controversias internacionales de inversiones. Aunque los demandantes no han conseguido hacer valer su postura con base en el TLCAN, el Tribunal Arbitral acepta que no estaban familiarizados con las restricciones jurídicas a tal acción procesal, lo que constituye una limitante. En segundo lugar, han presentado su caso de forma eficiente y profesional. En tercer lugar, el Tribunal Arbitral considera que, al haberse planteado cuestiones de cumplimiento defectuoso (y no tan sólo de nulidad *ab initio*) sin respetar las disposiciones del Contrato de concesión acerca de notificación, se puede decir que en alguna medida el Ayuntamiento de Naucalpan provocó el litigio. En cuarto lugar, se puede observar que las personas más responsables por la conducta ilícita de los demandantes serían las que con menor probabilidad resultarían afectadas por la condena de costas; el Sr. Goldenstein se encuentra fuera de la jurisdicción de este Tribunal Arbitral, mientras que la Sra. Baca -que en términos prácticos quizá sea la más solvente de los demandantes-no tuvo un papel activo en ninguna de las etapas.

218. Con respecto al primer factor, el arbitraje referente a inversiones, en general y el arbitraje del TLCAN, en particular, han llegado a ser tan conocidos y firmemente establecidos como para que no resulten tan novedosos como mecanismos de solución de controversias. Por lo tanto, este factor ha dejado de ser aplicable al considerar la distribución de costos en las controversias sobre inversiones internacionales. En cuanto al segundo factor, aunque pueda decirse que las Partes del presente caso expusieron sus argumentos en forma eficiente y profesional, el Tribunal no encuentra razones decisivas para la condena de costos apartándose del principio general. Finalmente, el tercero y el cuarto de los factores mencionados en el caso *Azinian* no son aplicables al presente caso.
219. En el presente caso, el Tribunal ha concluido que México es la parte vencedora, salvo en las cuestiones de competencia y/o admisibilidad.
220. En consecuencia, el Tribunal concluye que en principio México tiene derecho a recuperar una proporción apropiada de los costos y gastos de representación legal y en que incurrió. Al respecto, la suma de US \$1.502.065,84 reclamada por

México parece razonable, dado el alcance y la duración del presente procedimiento arbitral. No obstante, México no prevaleció en todos los asuntos, por lo que el Tribunal, en ejercicio de sus facultades discrecionales, distribuirá los costos en proporciones de tres cuartos y un cuarto. Por lo tanto, el Tribunal dispone por el presente que Thunderbird reembolse a México la suma de US\$1.126.549,38 por concepto de costos de representación legal correspondientes a este arbitraje.

221. En cuanto a los honorarios de los árbitros, el Tribunal Arbitral ha determinado su monto en US\$405.620 Los desembolsos del arbitraje, incluidos los correspondientes a arrendamientos de salas de audiencias, viajes, alojamiento en hoteles y honorarios de relatores del tribunal, ascienden a US\$99.632,08. Por consiguiente, el monto de las costas del arbitraje totaliza US\$505.252,08, suma que se pagará con los depósitos efectuados por las Partes. Por razones idénticas a las expresadas en el párrafo precedente, las costas que se mencionan en este párrafo se distribuirán entre Thunderbird y México en proporciones de tres cuartos y un cuarto. En consecuencia, el Tribunal Arbitral dispone por el presente que Thunderbird reembolse a México la suma de US\$126.313,02 en relación con los depósitos arriba mencionados efectuados por México.

VII. DECISIONES ARBITRALES

222. POR LAS RAZONES QUE ANTECEDEN, el Tribunal Arbitral adopta las siguientes decisiones:

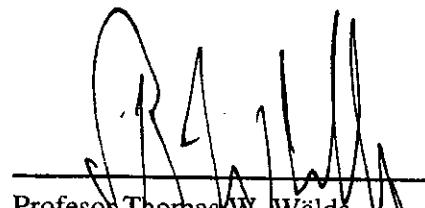
- 1) RESUELVE que México no violó los Artículos 1102, 1105 o 1110 del TLCAN u otras disposiciones;
- 2) RECHAZA en su totalidad las reclamaciones de Thunderbird;
- 3) ESTABLECE en US\$505.252,08 los costos del arbitraje a los que se hace referencia en el párrafo 221 *más* atrás, y asimismo RESUELVE que esos costos deben repartirse entre Thunderbird y México en proporciones de tres cuartos y un cuarto, y pagarse con los depósitos efectuados por las Partes;
- 4) ESTABLECE que Thunderbird deberá rembolsar a México la suma de US\$1.126.549,38 por concepto de costos de representación legal y US\$126.313,02 por concepto de los depósitos efectuados por México para cubrir los honorarios y desembolsos del Tribunal Arbitral.

THUNDERBIRD C. MÉXICO – LAUDO

Hecho en Washington, D.C., Estados Unidos de América, lugar del arbitraje, el 26 de
JANERO de 2006.



Lic. Agustín Portal Ariosa,
Árbitro



Profesor Thomas W. Walde,
Árbitro (véase opinión por separado)



Profesor Dr. Albert Jan van den Berg,
Presidente