



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

**LEGACY VULCAN, LLC
(DEMANDANTE)**

C.

**ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
(DEMANDADA)**

(CASO CIADI No. ARB/19/1)

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN

POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS:

Orlando Pérez Gárate

Director General de Consultoría Jurídica de Comercio Internacional

Secretaría de Economía

ASISTIDO POR:

Secretaría de Economía

Cindy Rayo Zapata

Pamela Hernández Mendoza

Rafael Rodríguez Maldonado

Miguel Ángel Galindo Vega

Francisco Diego Pacheco Román

Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP

Stephan E. Becker

David Stute

Tereposky & De Rose

J. Cameron Mowatt

Greg Tereposky

Alejandro Barragán

23 de noviembre de 2020

Índice

Glosario.....	viii
Lista de anexos documentales.....	ix
Lista de autoridades legales	xiii
Lista de testimoniales.....	xvii
Lista de informes periciales	xvii
I. INTRODUCCIÓN	1
II. HECHOS.....	4
A. La legislación aplicable a los predios de El Corchalito y La Adelita	5
B. Las Autorizaciones de Impacto Ambiental	6
1. La Autorización de Impacto Ambiental Estatal.....	7
2. La Autorización de Impacto Ambiental Federal.....	8
C. El Procedimiento Administrativo de Inspección en Materia Ambiental de la PROFEPA	10
1. La visita de inspección ordinaria a CALICA.....	11
2. Las verificaciones de la PROFEPA pueden centrarse en revisar el cumplimiento de todas y cada una de las condicionantes de la AIA Federal sin limitación.....	16
3. La designación de expertos por parte de la PROFEPA es común.....	18
4. La realización de inspecciones complementarias es común y legal al estar prevista en la ley	19
5. El acuerdo de emplazamiento y el cierre de El Corchalito por incumplimientos a AIA Federal.....	21
a. Notificación del Acuerdo de Emplazamiento	22
b. Incumplimientos de CALICA a la AIA Federal que dieron lugar a la clausura parcial y temporal de El Corchalito.....	23
c. El exceso en la superficie de extracción y la imposición de la clausura como medida de seguridad	24
a. La Clausura como medida de seguridad	29
b. El Estudio Batimétrico	30

6.	La inexistencia de una situación paradójica para poder renovar la AIA Federal.....	31
7.	██████████ derivado de una visita de inspección es una obligación prevista en la ley	33
8.	La resolución final de la PROFEPA se emitió conforme a derecho	34
9.	Los procedimientos judiciales abiertos relacionados con la clausura de El Corchalito	38
D.	Los Programas de Ordenamiento Ecológico en México.....	39
1.	Procedimiento para la formulación o modificación de Programas de Ordenamiento Ecológico.....	42
a.	Fases que involucra la formulación/modificación de un POE	43
(1)	Fase de formulación de un POE.....	43
(2)	Fase de expedición.....	48
(3)	Fase de ejecución	49
(4)	Fase de evaluación	50
b.	Ejemplos de procesos de formulación y modificación de POEL.....	52
(1)	El POEL del Municipio de Tijuana, Baja California	53
(2)	El POEL del Municipio de Colón, Querétaro	54
2.	El Programa de Ordenamiento Ecológico de la Región denominada Corredor Cancún Tulum 1994.....	55
3.	Modificaciones al Programa de Ordenamiento Ecológico de la Región Corredor Cancún Tulum 2001.....	57
4.	El Programa de Ordenamiento Ecológico del Municipio de Solidaridad de 2009	60
a.	El artículo quinto transitorio del Decreto Estatal por el que se establece el POELMS 2009: irretroactividad respecto de los derechos adquiridos	64
b.	La interpretación del artículo quinto transitorio del POEL 2009 por tribunales nacionales.....	64
E.	La Autorización de Cambio de Uso de Suelo Forestal	66

F.	Los Acuerdos de 2014	67
1.	El Esquema de Regularización Total	69
a.	La modificación de la concesión portuaria por la SCT	71
b.	La supuesta renuncia de CALICA a los derechos de la terminal portuaria de uso público.....	72
c.	Las impugnaciones de CALICA y los procesos judiciales relacionados con el INDAABIN.....	73
2.	El Memorándum de Entendimiento de 2014	74
3.	El Addendum de 2015 al MoU	76
a.	La falta de pago del impuesto predial del 2014 por CALICA.....	77
b.	La modificación de la AIA Estatal de CALICA	78
4.	El Proceso de Modificación del POELMS 2009	79
a.	La suspensión de la modificación del POELMS 2009 es una situación típica de este tipo de procesos	80
b.	La oposición de los grupos ambientalistas pertenecientes al sector conservación	82
G.	La decisión de los tribunales nacionales relativas a la tarifa de puerto	83
1.	La decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no establece que la APIQROO debía reembolsar a CALICA	84
2.	Vulica fue quien presuntamente pagó la tarifa de puerto y no es parte de algún procedimiento en contra de esos pagos.....	84
3.	Las concesiones portuarias de CALICA no le otorgan derecho alguno sobre el cobro de la tarifa de puerto fuera del recinto portuario concesionado	85
4.	CALICA no tiene ningún derecho de acción en contra de la APIQROO.....	88
5.	Antecedentes de la decisión de la SCJN: los procedimientos administrativos promovidos por CALICA.....	89
6.	Las autoridades mexicanas han cumplido con las determinaciones de sus tribunales judiciales y administrativos.....	90
7.	CALICA perdió cualquier derecho a las tarifas de puerto como consecuencia de su renuncia a la terminal portuaria pública	91

8.	El procedimiento de cobro iniciado por CALICA no le confiere derecho alguno sobre las tarifas de puerto.....	92
III.	ARGUMENTO LEGAL	92
A.	Jurisdicción	92
1.	Jurisdicción <i>ratione temporis</i> : El Tribunal no tiene jurisdicción para analizar reclamaciones basadas en hechos anteriores a diciembre de 2015	93
2.	Jurisdicción <i>ratione materiae</i> : El Tribunal no tiene Jurisdicción respecto de Inversiones hechas en las Bahamas y los Estados Unidos de América	96
3.	El Tribunal no tiene Jurisdicción sobre Medidas Fiscales.....	98
B.	La Demandante no ha Establecido una Violación al amparo del TLCAN	99
1.	México otorgó Trato Justo y Equitativo a las Inversiones de Legacy Vulcan	99
a.	No ha habido infracción basada en “expectativas legítimas”	102
(1)	La Inspección y la Orden de Clausura Fueron Previsibles y Justificadas	109
(2)	El hecho de que el POEL no haya sido modificado no puede considerarse una Negación de Trato Justo y Equitativo	119
(3)	México ha Cumplido con Todas las Decisiones de sus Tribunales relativas a la Tarifa de Puerto.....	128
b.	La presunta violación del MOU no puede ser una negación de un trato justo y equitativo	133
(1)	No Existió Incumplimiento Alguno a un Contrato.....	133
(2)	Incluso si hubiera un incumplimiento del contrato, no sería una violación del artículo 1105.....	141
2.	No existe una “cláusula paraguas” en el TLCAN.....	144
a.	Las cláusulas NMF son específicas de los tratados individuales.....	146

b.	El artículo 1103 del TLCAN no permite la importación de disposiciones sustantivas de otros tratados, y mucho menos cláusulas generales.....	148
c.	La jurisprudencia del TLCAN y práctica subsecuente no apoyan la importación de disposiciones sustantivas	153
IV.	DAÑOS.....	158
A.	Carga y estándar de prueba	159
B.	Estándar de compensación.....	161
1.	Causalidad.....	161
2.	Certeza razonable.....	163
C.	Problemas con la reclamación de daños de la Demandante en su conjunto.....	164
1.	La “Red CALICA” no es una inversión protegida	164
2.	La Demandante erróneamente ha combinado las reclamaciones por daños presentadas bajo los artículos 1116 (1) y 1117 (1) del TLCAN y no ha logrado probar su caso bajo ninguno de ellos	167
a.	Las reclamaciones presentadas bajo el artículo 1116	167
b.	Reclamaciones presentadas bajo el artículo 1117.....	168
3.	Deficiencias probatorias.....	170
a.	El Informe Brattle no se basa en documentos corporativos contemporáneos y cuando se apoya en otros documentos no los compara con los registros contables	170
b.	El Informe Brattle se basa en información <i>ex post</i> para apoyar un análisis <i>ex ante</i>	170
c.	El supuesto clave sobre de la pérdida de ventas de la Demandante no está respaldado por las pruebas.....	171
d.	No hay evidencia de las tarifas portuarias pagadas por CALICA	172
e.	Nada indica que las medidas que dieron lugar a la Violación 1 y a la Violación 2 sean permanentes	173

4.	El marco para la estimación de daños del Informe Brattle no es congruente con las prácticas de precios de transferencia aprobadas por la empresa matriz de la Demandante.....	173
D.	Distorsiones que introduce la Demandante al centrarse en la “Red CALICA” en vez de en CALICA	174
1.	Utilización errónea de los precios promedio de venta a clientes en Estados Unidos en vez de los precios de venta de CALICA a VMC.....	175
2.	Inclusión inapropiada de los costos directos y los gastos generales relacionados con Vulica y los “U.S. Yards”	175
3.	Inclusión inapropiada de los gastos de capital (CAPEX) relacionados con Vulica y los “U.S. Yards”	175
4.	Impacto de eliminar los ingresos, los costos y el CAPEX de Vulica y los “U.S. Yards”	176
5.	Tasa de descuento	176
6.	El Grupo Brattle subestima los gastos fiscales	177
7.	Proyección errónea del capital de trabajo requerido.....	178
E.	Aún si el Tribunal aceptara la reclamación por pérdidas de la Red CALICA, la valoración de los daños de la Demandante no es confiable y debe ser rechazada	179
1.	El Sr. Chodorow no contabilizó los costos de flete y subestimó otros elementos de los costos.....	179
2.	El Grupo Brattle se basa en proyecciones de volumen de ventas defectuosas.....	180
F.	El enfoque de mercado del Grupo Brattleno confirma sus resultados	181
G.	Corrección de errores y la cuantificación adecuada de daños por las presuntas violaciones	182
1.	Escenario 1 - Cuantificación adecuada de los daños a la inversión protegida (CALICA).....	182
2.	Escenario 2 - Cuantificación de los daños con respecto a la Red CALICA.....	183
a.	Base apropiada para la cuantificación de daños	183
b.	La valuación de Credibility de los daños a la “Red CALICA”.....	184
H.	Intereses	184
I.	Impuestos	186

V.	SOLICITUD	187
VI.	CONCLUSIÓN.....	187

GLOSARIO

Memorial de Contestación	
Nombre corto	Nombre largo
Addendum al MoU	Addendum al Memorándum de Entendimiento 2015.
AIA	Autorización en Materia de Impacto Ambiental.
API	Administraciones Portuarias Integrales.
APIQROO	Administración Portuaria Integral de Quintana Roo, S.A de C.V.
CALICA	Calizas Industriales del Carmen, S.A. de C.V.
CUSTF	Cambio de Uso del Suelo en Terrenos Forestales.
COE	Comité de Ordenamiento Ecológico.
ERT	Esquema de Regularización Total 2014.
GPS	Sistema de Posicionamiento Global.
INDAABIN	Instituto de Administración y Avalúos de Bienes Nacionales.
LGEEPA	Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.
MIA	Manifestación de Impacto Ambiental.
MOE	Modelo de Ordenamiento Ecológico.
MoU	Memorándum de Entendimiento 2014.
POEGT	Programa de Ordenamiento Ecológico General del Territorio.
POEL	Programa de Ordenamiento Ecológico Local.
POELMS 2009	Programa de Ordenamiento Ecológico Local del Municipio de Solidaridad del 2009.
POEM	Programa de Ordenamiento Ecológico Marino.
POER	Programa de Ordenamiento Ecológico Regional.
POER Corredor Cancún-Tulum 1994	Programa de Ordenamiento Ecológico de la Región denominada Corredor Cancún- Tulum 1994.
POER Corredor Cancún-Tulum del 2001	Programa de Ordenamiento Ecológico Territorial de la Región Denominada Corredor Cancún-Tulum 2001.
PROFEPA	Procuraduría Federal de Protección al Ambiente.
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación.
SCT	Secretaría de Comunicaciones y Transportes.
SEDUMA	Secretaría de Desarrollo Urbano y Medio Ambiente del Estado de Quintana Roo.
SEMA	Secretaría de Ecología y Medio Ambiente.
SEMAR	Secretaría de Marina.
SEMARNAT	Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales.
TJE	Trato Justo y Equitativo.
TLCAN	Tratado de libre Comercio de América del Norte.

Memorial de Contestación	
Nombre corto	Nombre largo
UGA	Unidad de Gestión Ambiental.

LISTA DE ANEXOS DOCUMENTALES

Memorial de Contestación	
Anexo	Descripción
R-0001-ESP	Ley de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente del Estado de Quintana Roo, Periódico Oficial de Quintana Roo, Quintana Roo, 29 de junio de 2001
R-0002-ESP	Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Evaluación de Impacto Ambiental, DOF, México, 30 de mayo de 2000.
R-0003-ESP	Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA), DOF, México, 4 de agosto de 1994.
R-0004-ESP	Manual de Procedimientos para el cumplimiento de todas las Condicionantes”, “Procedimiento PROC-TER-003”, 10 de junio de 2001.
R-0005-ESP	PROFEPA, Expediente PFPA/4.1/2C.27.5/00028-17, Resolución, 30 de octubre de 2020
R-0006-ESP	PROFEPA, Expediente PFPA/4.1/2C.27.5/00028-17, Dictamen pericial del Ing. Tomás de la Cruz Hernández, 26 octubre de 2017.
R-0007-ESP	PROFEPA, Expediente PFPA/4.1/2C.27.5/00028-17, Cédula de notificación, 24 de enero de 2018.
R-0008-ESP	Juzgado Segundo de Distrito del Estado de Quintana Roo, Amparo Indirecto No. 300/2018, Escrito Inicial, 2018.
R-0009-ESP	PROFEPA, Criterios para la Aplicación Administrativa del Régimen de Responsabilidad Ambiental previsto por el artículo 4º párrafo quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley General de Vida Silvestre, la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, la Ley General de Bienes Nacionales, la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos y la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, agosto 2016.
R-0010-ESP	Código Nacional de Procedimientos Penales, DOF, Ciudad de México, D.F., 5 de marzo de 2014.
R-0011-ESP	SEMARNAT, Constancia de Recepción 09/DG-0398/08/20, 27 de agosto de 2020.
R-0012-ESP	Juzgado Segundo de Distrito del Estado de Quintana Roo, Amparo Indirecto 1841-2017-I, Sentencia, 26 de febrero de 2019.
R-0013-ESP	Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. <i>Curso de Ordenamiento Ecológico</i> . Disponible en: https://proyectos.cuaed.unam.mx/educacion_continua/ordenamiento_ecologico/Nivel03/index.html
R-0014-ESP	H. Ayuntamiento de Pachuca Soto Hidalgo, Bitácora Ambiental del Programa de Ordenamiento Ecológico Local del Municipio de Pachuca de Soto, Hidalgo.

Memorial de Contestación	
Anexo	Descripción
R-0015-ESP	Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003
R-0016-ESP	Reglamento Del Equilibrio Ecológico y Protección Ambiental Del Municipio De Solidaridad, Periódico Oficial de Quintana Roo, Quintana Roo, 26 de septiembre de 2008
R-0017-ESP	SEMARNAT, oficio DGPAIRS/2019/2020, 15 de septiembre de 2020.
R-0018-ESP	<i>Programa de Ordenamiento Ecológico Local del Municipio de Tijuana, Baja California</i> , Periódico Oficial del Estado de Baja California, Tomo CXXVI, Mexicali, Baja California, 11 de octubre de 2019.
R-0019-ESP	<i>Programa de Ordenamiento Ecológico Local del Municipio de Colón, Querétaro</i> , Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Querétaro, Tomo CLI, Santiago de Querétaro, 13 de febrero de 2018.
R-0020-ESP	<i>Acuerdo por el que la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, con la participación de la Secretaría de Turismo, procederá a planear el ordenamiento ecológico para el desarrollo turístico de la región denominada corredor Cancún Tulum</i> , DOF, Ciudad de México, D.F., 31 mayo de 1991.
R-0021-ESP	Decreto No.19, Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo, 28 de julio de 1993.
R-0022-ESP	Decreto por el que se abroga el diverso por el que se declara veda total e indefinida, del aprovechamiento forestal y de la flora silvestre, así como la caza y captura de la fauna silvestre en diversas zonas del Estado de Quintana Roo, DOF, Ciudad de México, D.F., 9 de noviembre de 2000.
R-0023-ESP	Modelo Cartográfico del Programa de Ordenamiento Ecológico Territorial de la Región denominada Corredor Cancún-Tulum, Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo, Quintana Roo, 16 de noviembre de 2001.
R-0024-ESP	<i>Convenio de Coordinación que establece las bases para la instrumentación del proceso tendiente a la formulación, la aprobación, expedición, ejecución, evaluación, seguimiento y en su caso, la modificación del Programa de Ordenamiento Ecológico Local del Municipio de Solidaridad en el Estado de Quintana Roo</i> , Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo, Tomo III, Chetumal, Quintana Roo, 16 de diciembre de 2005.
R-0025-ESP	Modelo Cartográfico del Programa de Ordenamiento Ecológico Local del Municipio de Solidaridad, Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo, Quintana Roo, 25 de mayo de 2009.
R-0026-ESP	Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, DOF, Ciudad de México, D.F., 5 de junio de 2018.
R-0027-ESP	Municipio de Solidaridad, Oficio No. SJYC/1166-10/2020, 19 de octubre de 2020.
R-0028-ESP	Mosso, Rubén. “Denuncian en PGR a tres directores de la Coordinación de Puertos.” Milenio, 29 de noviembre de 2018.
R-0029-ESP	L. Rock, Roberto. “Manzanillo y el Manotazo de la DEA”, El Universal, 10 de noviembre de 2020

Memorial de Contestación	
Anexo	Descripción
R-0030-ESP	Cruz Serrano, Noe. “Se halla en Puerto de Manzanillo Red de Corrupción: SFP”. El Universal, 22 de enero de 2020.
R-0031-ESP	Reglamento Interior de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, DOF, Ciudad de México, D.F., 8 de enero de 2009
R-0032-ESP	Segunda Sala Regional Metropolitana del TFJFA, Expediente 17643/13-17-01-5, Sentencia, 2 de mayo de 2014.
R-0033-ESP	Pleno de la Sala Superior del TFJFA, Expediente 20699/10-17-08-9/1230/12-PL-0504, Sentencia, 10 de febrero de 2016.
R-0034-ESP	TFJFA, Expediente 20699/10-17-08-9/1230/12-PL-05-04, Auto por el que se señala domicilio, designan autorizados y se declara firmeza de sentencia definitiva, 31 de mayo de 2017.
R-0035-ESP	TFJFA, Expediente 20699/10-17-08-9/1230/12-PL-05-04, Resolución de Instancia de Queja, 13 de noviembre de 2019.
R-0036-ESP	INDAABIN, Avalúo G-40071-B-ZND, 20 de septiembre de 2018.
R-0037-ESP	Décimo Cuarta Sala Regional Metropolitana del TJFA, Expediente 923/19-17-14-4, Escrito Inicial de Demanda, 10 de enero de 2019.
R-0038-ESP	Décimo Cuarta Sala Regional Metropolitana del TJFA, Expediente 923/19-17-14-4, Sentencia, 21 de octubre de 2020.
R-0039-ESP	Redacción FM, “Mauricio Góngora sin posibilidades de salir libre”, Al Momento, 27 de enero de 2020.
R-0040-ESP	S/A, “Juan Pablo Guillermo, invisible para la Fiscalía de Quintana Roo”, El Sol de Quintana Roo, 18 de julio de 2020.
R-0041-ESP	Click Noticias, “Continuará Próxima Legislatura Juicio Político contra Guillermo Molina”, Clic Noticias, 31 de julio de 2019.
R-0042-ESP	Rodríguez, Yazmin, “Cae en Yucatán extesorero de Roberto Borge, Alejandro Marrufo”. El Universal, 11 de agosto de 2020.
R-0043-ESP	Redacción, “Detienen a Alejandro Marrufo”, El Sol de Yucatán, 11 de agosto de 2020.
R-0044-ESP	Ley de Hacienda del Municipio de Solidaridad, Quintana Roo, Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo, Chetumal, Quintana Roo, 8 de octubre de 2014.
R-0045-ESP	Municipio de Solidaridad, Oficio No.SJYC/1165-10/2020, 19 de octubre de 2020.
R-0046-ESP	SEMA, Bitácora Ambiental, Sesiones POEL Tulum, disponible en: http://sema.qroo.gob.mx/bitacora/index.php/procesos/municipio-de-tulum/sesiones-comite-tulum .
R-0047-ESP	SEMA, Bitácora Ambiental, Sesiones POEL Bacalar, disponible en: http://sema.qroo.gob.mx/bitacora/index.php/procesos/municipio-de-bacalar/sesiones-comite-bacalar .
R-0048-ESP	SEMA, Bitácora Ambiental, Sesiones POEL Felipe Carrillo Puerto, disponible en:

Memorial de Contestación	
Anexo	Descripción
	http://sema.qroo.gob.mx/bitacora/index.php/procesos/municipio-de-felipe-carrillo-puerto/sesione-comite-de-felipe-carrillo-puerto .
R-0049-ESP	Daltabuit Godás, M., & Meade de la Cueva, C. A., <i>El Movimiento Ambientalista de Quintana Roo</i> . UNAM, CRIM, 8 de junio de 2012.
R-0050-ESP	Underwood, Carlos. “Calica: La minera que arrasa con todo el playa del Carmen”, Revés, 15 de febrero de 2017.
R-0051-ESP	Pacheco, Daniel. “Solo pedimos que se respete el uso de suelo previo Calica”. Novedades Quintana Roo, 27 de marzo de 2017.
R-0052-ESP	Carta de organizaciones ambientalistas, 3 de febrero de 2016.
R-0053-ESP	Ley de Puertos, DOF, Ciudad de México, D.F., 19 de julio de 1993.
R-0054-ESP	Ley Federal de Derechos, DOF, Ciudad de México, D.F., 31 de diciembre de 1981.
R-0055-ESP	Juzgado Segundo de Distrito del Estado de Quintana Roo, Amparo Indirecto 829/2018, 7 de diciembre de 2018..
R-0056-ESP	TFJFA, Expediente 26098/07-17-10-3, auto por el que se declara firmeza de sentencia definitiva y se archiva carpeta como totalmente concluida, 8 de junio de 2017.
R-0057-ESP	SCT, Oficio 05963, 24 de julio de 2007.
R-0058-ESP	Ley de Navegación y Comercio Marítimos, DOF, Ciudad de México, D.F., 1 de junio de 2006.
R-0059-ESP	Tercera Sala Regional Metropolitana del TFJFA, Exp. 3067/18-17-03-6, <i>auto admisorio y escrito inicial de demanda</i> , 6 de febrero de 2018
R-0060-ESP	Código de Procedimientos Civiles para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo, 10 de diciembre de 2012.
R-0061-ESP	Código Fiscal de la Federación, DOF, Ciudad de México D.F., 31 de diciembre de 1981, Artículo 2 fracción IV.
R-0062-ENG	KHTS, “Decades-Long Battle Against CEMEX Soledad Canyon ‘Mega Mine’ Could Be Over,” (July 28, 2020)
R-0063-ENG	Complaint, <i>CEMEX, Inc. City of Santa Clarita et al.</i> , Cal. Superior Court, Case No. BC688074 (Dec. 22, 2017)
R-0064-ENG	CEMEX’s Reply in Support of its Motion for Summary Judgment and Opposition to Defendants’ Cross-Motion for Summary Judgment, <i>CEMEX v. Dept. of Interior et al.</i> , U.S. District Court for the District of Columbia, Case No. 1:19-cv-01265 (October 30, 2020)
R-0065-ENG	Detroit News, “Mine bid pits Michigan town against Boy Scouts,” (Feb. 16, 2016).
R-0066-ENG	Complaint, <i>American Aggregates of Michigan and Great Lakes Council v. Township of Metamora, et al.</i> , Case No. 2:20-cv-10553 (March 2, 2020)
R-0067-ENG	Notice of Motion Hearing, Case No. 2:20-cv-10553 (October 16, 2020)
R-0068-ENG	<i>Vulcan Materials Co. v. Greenville County Bd. of Zoning Appeals</i> , 536 S.E.2d 892 (Ct. App. S.C. 2000)

Memorial de Contestación	
Anexo	Descripción
R-0069-ENG	Memorandum Opinion and Orders, <i>M&N Materials, Inc. v. Town of Gurley, et al.</i> , U.S. District Court for Northern District of Alabama, Civ. No. 5:14-CV-00184 (November 15, 2015).
R-0070-ESP	Pablo Vargas González, “La Cementera Del Grupo Carso-Elementia Contra Pueblos Indígenas del Estado de Hidalgo, México,” en <i>Megaproyectos en México Una Lectura Critica</i> (Itaca 2016).
R-0071-ENG	Mikati, et al, “Disparities in Distribution of Particulate Matter Emission Sources by Race and Poverty Status,” en <i>American Journal of Public Health</i> , Vol. 108, No. 4 (April 2018).
R-0072-ENG	Sampson & Winter, “The Racial Ecology of Lead Poisoning,” en <i>Du Bois Review</i> , Vol. 13, Issue 2 (Fall 2016).
R-0073-ESP	TFJFA, Exp. 26098/07-17-10.2, Sentencia, 5 de junio de 2013.
R-0074-ESP	Juzgado Segundo de Distrito del Estado de Quintana Roo, Amparo Indirecto 300/2018, 10 de diciembre de 2018.
R-0075-ESP	Primer Tribunal Colegiado del Estado de Quintana Roo, Amparo en revisión 63/2019, 3 de noviembre de 2020.

LISTA DE AUTORIDADES LEGALES

Memorial de Contestación	
Anexo	Descripción
RL-001-ENG	Borzu Sabahi, Noah Rubins, Don Wallace, Jr., <i>Investor-State Arbitration</i> (OUP, 2nd ed 2019.).
RL-002-ENG	<i>Merrill & Ring Forestry L.P. v. Government of Canada</i> , ICSID Case No. UNCT/07/1, ICSID Administered, Opinion of W. Michael Reisman With Respect to the Effect of NAFTA Article 1116(2), April 22, 2008.
RL-003-ENG	<i>Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela</i> , ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award, Aug. 22, 2016.
RL-004-ENG	<i>Corona Materials LLC c. República Dominicana</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo, 31 de mayo de 2016.
RL-005-ENG	<i>Resolute Forest Products Inc. v. Government of Canada</i> , PCA Case No. 2016-13, Decision on Jurisdiction and Admissibility, Jan. 30, 2018..
RL-006-ENG	<i>Eli Lilly and Company v. The Government of Canada</i> , UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, NAFTA Article 1128 Submission of United States of America, Mar. 18, 2016.
RL-007-ENG	Rocio I. Digon, <i>Jurisdiction Ratione Temporis Under NAFTA Article 1116(2)</i> , 2008 Student Scholarship Papers.
RL-008-ESP	<i>Marvin Feldman c. Mexico</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002.
RL-009-ESP	<i>Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009.

Memorial de Contestación	
Anexo	Descripción
RL-010-ENG	<i>ADF Group Inc. v. United States</i> , ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, Jan. 9, 2003.
RL-011-ENG	<i>Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America</i> , UNCITRAL, Award, June 8, 2009.
RL-012-ENG	Charles Chernor Jalloh, <i>Statement of the Chair of the Drafting Committee on Identification of Customary International Law</i> , International Law Commission, May 25, 2018.
RL-013-ENG	Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening) I (Judgment of 3 February 2012), I.C.J..
RL-014-ESP	<i>Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004.
RL-015-ESP	<i>MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile</i> , Caso CIADI No. ARB/01/7, Decisión de Anulación, 21 de marzo de 2007.
RL-016-ENG	Peter Muchlinski, 'Caveat Investor'? The Relevance of the Conduct of the Investor Under the Fair and Equitable Treatment Standard, 55 Int'l & Comp. L. Q., 542 (2006).
RL-017-ENG	Michele Potesta, <i>Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept</i> , 28 Foreign Inv. L.J. 88 (2013).
RL-018-ENG	<i>Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania</i> , ICSID Case No. ARB/05/8, Award, Sept. 11, 2007.
RL-019-ENG	<i>MTD Equity Sdn. and MTD Chile, S.A. v. República de Chile</i> , ICSID Case No. ARB/01/7, Award, May 25, 2004.
RL-020-ENG	<i>Methanex v. United States</i> , UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and Merits, Aug. 3, 2005, Part IV.
RL-021-ESP	<i>International Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos</i> , CNUDMI, Laudo, 26 de enero de 2006.
RL-022-ESP	<i>International Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos</i> , CNUDMI, Opinión independiente Thomas Wälde, 1 de diciembre de 2005.
RL-023-ENG	<i>Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America</i> , UNCITRAL, Award, Jan. 12, 2011.
RL-024-ENG	McLachlan, Shore & Weiniger, <i>International Investment Arbitration: Substantive Principles</i> (Oxford 2 nd ed. 2017).
RL-025-ENG	<i>Mondev International Ltd. v. United States of America</i> , ICSID No. ARB(AF)/99/2, Award, Oct. 11, 2002.
RL-026-ENG	<i>S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada</i> , UNCITRAL, Partial Award, Nov. 13, 2000.
RL-027-ENG	<i>Chemtura v. Canada</i> , UNCITRAL, Award, August 2, 2010.
RL-028-ENG	<i>Apotex v. United States</i> , ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award, Aug. 24, 2014.
RL-029-ENG	<i>UPS v. Canada</i> , ICSID Case No. UNCT/02/1, Separate Statement of Dean Ronald A. Cass, May 24, 2007.

Memorial de Contestación	
Anexo	Descripción
RL-030-ENG	Rudolph Dolzer & Christoph Schreuer, <i>Principles of International Investment Law</i> (Oxford 2012).
RL-031-ENG	<i>Impregilo v. Pakistan</i> , ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, Apr. 22, 2005.
RL-032-ESP	<i>Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca c. Estados Unidos Mexicanos</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo, 1 de noviembre de 1999.
RL-033-ENG	United Nations Conference on Trade and Development, <i>Fair and Equitable Treatment</i> , UNCTAD/DIAE/IA/2011/5 (2012).
RL-034-ESP	<i>Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España</i> , Caso CIADI No. ARB/97/7, Laudo, 13 de noviembre de 2000.
RL-035-ENG	<i>Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana</i> , ICSID Case No. ARB/07/24, Award, June 18, 2010.
RL-036-ENG	Facundo Perez-Aznar, <i>The Use of Most-Favoured-Nation Clauses to Import Substantive Treaty Provisions in International Investment Agreements</i> , 20 J. Int'l Econ. L. 777 (2017).
RL-037-ENG	<i>EDF v. Argentina</i> , ICSID Case No. ARB/03/23, Final Award, June 11, 2012.
RL-038-ENG	<i>Arif v Moldova</i> , ICSID Case No. ARB/11/23, Award, Apr. 8, 2013.
RL-039-ENG	Tarcisio Gazzinia & Attila Tanzib, <i>Handle With Care: Umbrella Clauses and MFN Treatment in Investment Arbitration</i> , 14 J. World Investment & Trade 978 (2013).
RL-040-ENG	Simon Batifort & J. Benton Heath, <i>The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization</i> , 111 Am. J. Int'l L. 873 (2017).
RL-041-ENG	<i>Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic</i> , ICSID Case No. ARB/05/1, Award, Aug. 22, 2012.
RL-042-ESP	Comisión de Derecho Internacional, <i>Clausula de la Nación más Favorecida</i> , UN Doc. A/CN.4/L.719, 20 de julio de 2007.
RL-043-ENG	<i>Krederi Ltd. v. Ukraine</i> , ICSID Case No. ARB/14/17, Extractos del Laudo, July 2, 2018.
RL-044-ESP	Comisión de Derecho Internacional, <i>Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 30. Periodo de sesiones</i> , UN Doc. A/33/10 (1978), 11(2).
RL-045-ENG	Sundaresh Menon, <i>The Transnational Protection of Private Rights: Issues, Challenges, and Possible Solutions</i> , 108 ASIL Proc. 219 (2015).
RL-046-ENG	<i>Ambatielos Case</i> (Greece v. U.K.), 12 Rep. Int'l Arb. Awards 83 (Mar. 6, 1956).
RL-047-ESP	Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Volumen II, Segunda parte (1978).
RL-048-ESP	Comisión de Derecho Internacional, <i>Clausula de la Nación Mas Favorecida</i> , UN Doc. A/CN.4/L.127 (1968).
RL-049-ENG	Joshua P. Meltzer, <i>Investment, in Bilateral and Regional Trade Agreements</i> 215 (Simon Lester & Bryan Mercurio eds. 2009):

Memorial de Contestación	
Anexo	Descripción
RL-050-ENG	<i>İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan</i> , ICSID Case No. ARB/10/24, Award, Mar. 8, 2016.
RL-051-ESP	<i>Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/09/1, Laudo, 21 de julio de 2017.
RL-052-ENG	<i>Pope & Talbot Inc v. Canada</i> , UNCITRAL, Award and Merits of Phase 2, April 10, 2001, ¶¶ 111, 117.
RL-053-ENG	<i>Pope & Talbot Inc v. Canada</i> , UNCITRAL, Award in Respect of Damages, May 31, 2002.
RL-054-ENG	<i>Methanex Corporation v. United States of America</i> , UNCITRAL, Response of Respondent United States of America to Methanex's Submission Concerning the NAFTA Free Trade Commission's July 31, 2001 Interpretation, Oct. 26, 2001.
RL-055-ENG	<i>Methanex Corporation v. United States of America</i> , UNCITRAL, Third-Party Submission of Canada Pursuant to NAFTA Article 1128, Feb. 8, 2002.
RL-056-ENG	<i>Mesa v. Canada</i> , UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Award, Mar. 24, 2016.
RL-057-ENG	<i>Chemtura v. Canada</i> , UNCITRAL, Respondent's Counter-Memorial, Oct. 20, 2008.
RL-058-ENG	<i>Chemtura v. Canada</i> , UNCITRAL, Respondent's Rejoinder, July 10, 2009.
RL-059-ENG	<i>Chemtura v. Canada</i> , UNCITRAL, Submission of the United States of America Pursuant to Article 1128 of NAFTA, July 31, 2009.
RL-060-ENG	<i>Chemtura v. Canada</i> , UNCITRAL, Submission of Mexico Pursuant to Article 1128 of NAFTA, July 31, 2009.
RL-061-ENG	<i>Bilcon v. Canada</i> , UNCITRAL, PCA Case No. 2009-04, Respondent's Counter-Memorial, Dec. 9, 2011.
RL-062-ENG	<i>Apotex v. United States</i> , ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Counter-Memorial on Merits and Objections to Jurisdiction of Respondent United States of America, Dec. 14, 2012.
RL-063-ENG	<i>Mesa v. Canada</i> , UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Canada's Rejoinder on the Merits, July 2, 2014.
RL-064-ENG	<i>Mesa v. Canada</i> , UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Submission of Mexico Pursuant to NAFTA Article 1128, July 25, 2014.
RL-065-ENG	Sergey Ripinsky y Kevin Williams, <i>Damages in International Investment Law</i> , British Institute of International and Comparative Law, 2008
RL-066-ENG	Appellate Body Report, United States – Anti Dumping Measures on Certain Hot Rolled Steel Products from Japan, WT/DS184/AB/R, adoptado el 23 de Agosto de 2001, DSR 2001:X, 4697
RL-067-ENG	Appellate Body Report, Mexico – Definitive Anti-Dumping Measures on Beef and Rice, Complaint with Respect to Rice, WT/DS295/AB/R, adoptado el 20 de diciembre de 2005, DSR 2005: XXII, 10853.
RL-068-ENG	Borzu-Sabahi, <i>Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration</i> .
RL-069-ENG	Patrick W. Pearsall & J. Benton Heath, "Causation and Injury in Investor- State Arbitration", in Christina L. Beharry eds. <i>Contemporary and Emerging Issues on</i>

Memorial de Contestación	
Anexo	Descripción
	the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration, Brill Nijhoff, 2018.
RL-070-ENG	Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, “Partial Award (Preliminary Award on Jurisdiction and Admissibility”, August 7, 2002.
RL-071-ENG	Amoco v. Iran, Partial Award Concurrent Opinion of Judge Brower, Part Two, 14 July 1987.
RL-072-ENG	Gemplus, S.A., SLP, S.A. and Gemplus Industrial, S.A. de C.V. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/04/3 and ARB(AF)/04/4, Award, 16 June 2010, Part XII.
RL-073-ENG	BG Group Plc. v. Republic of Argentina, UNCITRAL, Award, 24 December 2007.
RL-074-ENG	Asian Agricultural Products LTD (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3 , Final Award, 27 June 1990.
RL-075-ENG	S.D. Myers Inc. v. Government of Canada, UNCITRAL, Second Partial Award, 21 October 2002.

LISTA DE TESTIMONIALES

Memorial de Contestación	
Anexo	Descripción
RW-001	Declaración testimonial de la Sra. Margarita Yolanda Balcázar Mendoza.
RW-002	Declaración testimonial de la Sra. Silvia Rodríguez Rosas.
RW-003	Declaración testimonial del Sr. Roberto-Pérez Marín.
RW-004	Declaración testimonial del Sr. Salomón Díaz Mondragón.
RW-005	Declaración testimonial del Sr. José Juan Hernández Chávez.
RW-006	Declaración testimonial del Sr. José Alberto Atempa Lobato.

LISTA DE INFORMES PERICIALES

Memorial de Contestación	
Anexo	Descripción
RE-001	Informe de Experto legal de los Sres. Gustavo Carvajal, Gustavo Alanis, Juan Pedro Machado y Carlos del Razo Ochoa.
RE-002	Informe de Experto en valuación de daños de los Sres. Timothy Hart y Rebecca Vélez.

I. INTRODUCCIÓN

1. Como será analizado en este Memorial de Contestación, la presente reclamación carece de méritos dado que se basa en hechos que de ninguna manera pueden dar lugar a una violación de las obligaciones que México asumió en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). En su Memorial de Demanda, la Demandante refiere supuestas acciones del Estado que involucran a diferentes autoridades de distintos niveles de gobierno, y basa sus reclamaciones en tres grupos de medidas, las cuales no necesariamente están directamente relacionadas entre sí, y no generan, ya sea de manera individual o colectiva, responsabilidad para el Estado mexicano. Por el contrario, la situación actual de las medidas aludidas por la Demandante responde directamente a las decisiones y acciones adoptadas por la propia empresa, Calizas Industriales del Carmen, S.A. de C.V. (CALICA). En particular, la Demandante señala como base de su reclamación las siguientes tres medidas principales:

- (i) el supuesto incumplimiento de un Memorándum de Entendimiento (MoU) de 2014, por el cual CALICA aparentemente se ha visto impedida para iniciar operaciones en uno de sus predios (La Adelita);
- (ii) la presunta falta de un supuesto reembolso que deriva de una decisión del Poder Judicial relacionada con la legalidad de las tarifas portuarias por el uso de la terminal pública y privada (Punta Venado); y
- (iii) la supuesta clausura ilegal de operaciones de CALICA en El Corchalito, como consecuencia de un procedimiento realizado por la autoridad encargada de procurar y defender el derecho humano a un ambiente sano y el cumplimiento de la legislación en materia del medio ambiente.

2. Como se abordará en el presente Memorial de Contestación, ninguno de estos hechos constituye una violación a alguna obligación internacional por parte del Estado mexicano. En efecto, no es casual que la Demandante pretenda armar un caso a la medida, invocando la aplicación de un estándar autónomo de Trato Justo y Equitativo (TJE) –en vez del estándar de Nivel Mínimo de Trato–; recurriendo al uso de la impopular fórmula *Mafezzini*; y alegando la aplicación y violación de la llamada cláusula paraguas cuando el TLCAN simplemente no recoge

ninguno de estos estándares y, de hecho, ningún tribunal en el marco del propio Tratado ha confirmado que alguna de esas teorías legales resulten aplicables.

3. Con relación a la primera de las reclamaciones de la Demandante, ésta se basa en el supuesto incumplimiento de un memorándum de entendimiento y un *addendum* que, como el propio nombre lo indica, carece de obligatoriedad alguna y no forma parte del marco jurídico mexicano. Esta situación es bien sabida por la Demandante y por ello no sorprende que intente traducir y referirse a dichos documentos como “*binding*” MoU. Lo cierto es que el término “*binding*” (vinculante) no se encuentra reflejado en esos documentos, ni mucho menos se desprende ese carácter de su contenido. Tal como lo prevé el derecho anglosajón, y al tratarse de una figura jurídica que tiene sus raíces en la tradición jurídica del *common law*, dicho MoU es simplemente un documento que expresa una mera concurrencia de intenciones o deseos entre las partes, con el objetivo de delinear un plan de acción conjunta. De hecho, el objeto mismo de la celebración de este tipo de acuerdos es evitar generar un compromiso legal o un acuerdo jurídicamente obligatorio. Al respecto, resulta notorio que la propia Demandante no haya cumplido con lo establecido en el MoU, lo cual pone de manifiesto el carácter no vinculante de ese documento.

4. Lo que en el fondo solicita la Demandante bajo la apariencia de la reclamación del supuesto incumplimiento del MoU, es que el Tribunal remedie una situación negligente, *i.e.*, su omisión de no haber solicitado, en su debido momento –en 2001–, la Autorización de Cambio de Uso de Suelo en Terrenos Forestales (ACUSTF). Lo anterior, para efectos de poder remover la vegetación de La Adelita y realizar operaciones de extracción en dicho predio conforme a lo establecido en su Autorización de Impacto Ambiental (AIA) Federal del 2000. Aunque el POEL de 2009 modificó el uso de suelo, la Demandante tergiversa los hechos al pretender hacer creer al Tribunal que, conforme a la teoría de derechos adquiridos, México está obligado a remediar la omisión de CALICA, *i.e.*, el no haber tramitado la ACUSTF desde el 2000 –cuando se autorizó su proyecto– y hasta antes de la entrada en vigor del Programa de Ordenamiento Ecológico Local del Municipio de Solidaridad del 2009 (POELMS 2009).

5. Por lo que hace a la segunda medida, la Demandante no ha presentado evidencia de que alguna de las entidades que conforman la Red CALICA haya pagado los derechos de puerto o, en su caso, la tarifa de puerto que reclama. Sus peritos de daños (The Brattle Group) tampoco han

presentado evidencia de que Vulica haya realizado estos pagos. Por otro lado, con respecto a la aparente omisión de reembolsar el pago de la tarifa de puerto supuestamente ordenado por un tribunal nacional, la Demandante basa su reclamación en una interpretación tendenciosa y errónea de las decisiones emitidas por diversos tribunales mexicanos. De hecho, la Demandante utiliza de manera confusa figuras como contraprestación, tarifa o derechos de puerto y tarifas portuarias, cuando éstas tienen una naturaleza distinta. La realidad es que la Demandante no tiene prerrogativa alguna a que se le devuelva el pago por concepto de la tarifa o derecho de puerto, ni mucho menos un derecho de acción para hacer valer ese cobro porque sencillamente no le corresponde pago alguno. En cualquier caso, tampoco le corresponde la devolución de monto alguno cualquiera que sea su designación. Como se señaló anteriormente, la Demandante no ha presentado evidencia que demuestre que su inversión, *i.e.*, CALICA, haya pagado los derechos de puerto o, en su caso, las tarifas de puerto. El experto en daños de la Demandante ha afirmado sin sustento alguno que dichos pagos fueron realizados por una subsidiaria de las Bahamas –Vulica–, la cual no es una inversión de la Demandante en México. No es casual que en el Memorial de Demanda únicamente destine seis párrafos al tema, mezcle conceptos con una naturaleza distinta, refiera de forma genérica y en notas al pie a la legislación civil federal, ni tampoco lo es el hecho de que no haya recurrido a ejecutar el supuesto derecho ante tribunales nacionales. Por lo tanto, no se trata de una cuestión que busque evitar un doble remedio y contravenir la renuncia del artículo 1117 del TLCAN, sino que la Demandante simple y llanamente carece de derecho alguno. Además, los derechos o tarifa de puerto que la Demandante reclama se consideran contribuciones, es decir, tienen un carácter fiscal de acuerdo a la legislación nacional. Por lo tanto, la reclamación de nivel mínimo de trato relativa a los derechos de puerto está excluida del alcance de del TLCAN de conformidad con el artículo 2103.

6. Finalmente, respecto de la tercera medida relativa a los procedimientos de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA) que conllevaron a la clausura de El Corchalito, resulta notorio –y el Tribunal debe tenerlo en consideración–, que la Demandante pretende relitigar cuestiones que fueron y/o son objeto de impugnaciones domésticas. Es decir, son meras cuestiones de legalidad conforme al derecho administrativo mexicano.

7. Contrario a lo que argumenta la Demandante, la explotación de CALICA no constituye una afectación menor al medio ambiente por solo haber excedido en 1% la extracción de roca caliza, por el contrario, son múltiples afectaciones que constituyen daño grave al medio ambiente.

Adicionalmente, la PROFEPA realizó todas sus actuaciones procesales en apego al marco jurídico mexicano, salvaguardando el derecho humano al medio ambiente mediante la imposición de medidas de seguridad, correctivas y de sanción.

8. Durante el proceso administrativo relacionado con la Clausura de El Corchalito y las diversas medidas impuestas, CALICA tuvo el derecho de desvirtuar los hechos y hallazgos de la PROFEPA, derecho que fue efectivamente ejercido por la Demandante, sin embargo, no pudo demostrar el cumplimiento con las obligaciones establecidas en la AIA Federal y cuyo incumplimiento son constitutivas de daño ambiental.

9. Las supuestas acciones que se pretenden atribuir al Estado y en las que la Demandante fundan sus pretensiones dejan ver que las únicas responsables de las medidas correctivas que se han aplicado a CALICA, son las decisiones propias de dicha empresa. Además, la Demandante continúa litigando ante tribunales nacionales diversas conductas que refiere en su Memorial y que también impugna ante este Tribunal, con el claro propósito de buscar beneficiarse de aquellas decisiones que mejor le favorezcan a sus intereses o busca utilizar este mecanismo de arbitraje como vía de apelación para decisiones que le pudieran ser adversas.

10. Como observará el Tribunal Arbitral, la descripción de los hechos por parte de la Demandante no es congruente con la realidad de las actuaciones de diversas dependencias a nivel federal, estatal o municipal.

II. HECHOS

11. A continuación, la Demandada abordará las medidas a las que alude la Demandante a efecto de aclarar el verdadero contexto en el que éstas se adoptaron y poner en una perspectiva correcta al Tribunal sobre la legalidad de dichas medidas.

12. Para ello, en primer lugar, se abordará la supuesta clausura ilegal de El Corchalito por parte de la PROFEPA; en segundo lugar, el pretendido incumplimiento del MoU; y finalmente, la presunta falta de reembolso a CALICA por concepto del pago de tarifas portuarias. De este modo, el orden en que se presentan los hechos aclararán y desmentirán las afirmaciones en las que la Demandante basa sus reclamaciones.

13. México no pretende abordar punto por punto los hechos presentados por la Demandante. Lo anterior, de ninguna manera debe interpretarse como una aceptación tácita de sus argumentos.

Por el contrario, en aras de eficiencia, la Demandada únicamente se centrará en los puntos que considera que son determinantes para contribuir con el Tribunal Arbitral en la resolución del caso.

A. La legislación aplicable a los predios de El Corchalito y La Adelita

14. En 1996, CALICA adquirió los predios de El Corchalito y La Adelita.¹ La actividad extractiva que realiza CALICA en ambos predios se sujeta a distintas normas y regulaciones de índole municipal, estatal y federal.

15. En el ámbito municipal, El Corchalito y La Adelita se sujetan a la aplicación del Programa de Ordenamiento Local del Municipio de Solidaridad (POELMS),² el cual tiene por objeto, *inter alia*, inducir y regular el uso del suelo y las actividades productivas. Por ello, CALICA debe observar el uso del suelo aplicable a sus predios, en tanto que las autoridades de los tres órdenes de gobierno, deben cumplir, al otorgar concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, con lo que establece ese instrumento jurídico,³

16. Por lo que hace a la regulación estatal, la Ley del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente del Estado de Quintana Roo (LEEPAEQR)⁴ resulta aplicable a la actividad de explotación, extracción y procesamiento de materiales pétreos por encima del manto freático en La Adelita y El Corchalito. Particularmente, y tal como se explica en la siguiente sección, en materia de impacto ambiental⁵ la referida actividad se sujeta a una Autorización de Impacto Ambiental (AIA) Estatal.

17. A nivel federal, El Corchalito y La Adelita se sujetan, *inter alia*, a la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA),⁶ así como al Reglamento de la LGEEPA en Materia de Evaluación del Impacto Ambiental. Específicamente, en materia de

¹ Memorial, ¶ 73. Ver C-0034 y C-0035.

² Cabe precisar que la aplicación del POELMS 2009 también es competencia del Estado de Quintana Roo. Ver C-0080, Artículo 2, p. 18.

³ C-0080, Artículo 4, p.18.

⁴ En la LEEPAEQR también se establecen las competencias y atribuciones que tienen los municipios en materia ambiental. Ver Ley de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente del Estado de Quintana Roo, Periódico Oficial de Quintana Roo, Quintana Roo, 29 de junio de 2001, Artículos 1, fracción II y 6. **R-0001**.

⁵ Ver, por ejemplo, Ley de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente del Estado de Quintana Roo, Periódico Oficial de Quintana Roo, Quintana Roo, 29 de junio de 2001, Sección III, Evaluación del Impacto Ambiental, Artículos 24-40. **R-0001**.

⁶ C-0127.

impacto ambiental⁷ la extracción de material pétreo por debajo del manto freático se sujeta a una AIA Federal, tal como se detalla en la siguiente sección.

18. Tal como se desprende de los párrafos anteriores, existe una interacción de leyes a nivel de los tres órdenes de Gobierno que son aplicables a los predios de El Corchalito y La Adelita. Al respecto, debe tenerse presente que la LGEEPA, como instrumento normativo de carácter general, tiene por objeto establecer las bases para el ejercicio de las atribuciones que en materia ambiental corresponde a los tres órdenes de Gobierno, a saber, federal, estatal y municipal.⁸

19. Por lo tanto, las leyes locales (estatales y municipales) deben sujetarse y ser acordes con el contenido de la LGEEPA. Sin embargo, esto no significa que la LGEEPA tenga un carácter jerárquico normativo superior, sino más bien, que las autoridades estatales y municipales deben realizar el ejercicio de sus atribuciones en materia ambiental, de conformidad con la distribución de competencias y coordinación que se prevé en la LGEEPA.⁹

20. Debido a la importancia que tiene para el caso, a continuación, se explica de manera más detallada el funcionamiento de las AIA a nivel estatal y federal. Asimismo, se aclaran las obligaciones específicas que derivan de dichas AIA, particularmente las condicionantes establecidas por las autoridades, así como el cumplimiento de lo estipulado en la Manifestación de Impacto Ambiental de acuerdo con lo manifestado por el propio solicitante. Para fácil referencia, y salvo que se indique de otra manera, los temas subsecuentes son aplicables para los predios de El Corchalito y La Adelita.

B. Las Autorizaciones de Impacto Ambiental

21. Las actividades u obras que pueden causar desequilibrio ecológico o rebasar los límites y condiciones que prevén las leyes para proteger el ambiente y restaurar los ecosistemas, se sujetan a una AIA. Quienes pretendan realizar este tipo de actividades deben someter a la autoridad ambiental competente (federal o estatal) una manifestación de impacto ambiental (MIA). La MIA es el documento mediante el cual se da a conocer, con base en estudios, el impacto ambiental,

⁷ Ver, por ejemplo, Ley de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente del Estado de Quintana Roo, Periódico Oficial de Quintana Roo, Quintana Roo, 29 de junio de 200, Sección III, Evaluación del Impacto Ambiental, artículos 24-40. **R-0001**.

⁸ C-0127, Artículo 1º, fracción VIII.

⁹ C-0127, Artículo 4º, fracción VIII.

significativo y potencial que generaría una obra o actividad, así como la forma de evitarlo o atenuarlo en caso de que sea negativo.¹⁰

22. Con base en la MIA, las autoridades realizan la evaluación del impacto ambiental, es decir, un procedimiento a través del cual se determina si la obra o actividad que se evalúa es ambientalmente viable y, de ser así, se establecen las condiciones en la resolución denominada Autorización de Impacto Ambiental, a que se sujetará la realización de las obras y actividades que pueden causar desequilibrio ecológico.¹¹

23. La actividad que realiza CALICA, *i.e.*, la explotación, extracción y procesamiento de roca y materiales pétreos, está sujeta a dos tipos de autorizaciones de impacto ambiental, una de carácter estatal y otra federal.

1. La Autorización de Impacto Ambiental Estatal

24. La AIA Estatal autoriza a CALICA la explotación industrial de arena, grava y derivados de rocas y suelos no minerales, canteras y materiales pétreos por encima del manto freático, sin realizar la explotación por debajo de éste.¹²

25. CALICA cuenta con la AIA Estatal para los predios de El Corchalito y La Adelita desde 1996.¹³ La vigencia de la AIA Estatal ha sido renovada en tres ocasiones.¹⁴ La última renovación se realizó en marzo de 2016 e implicó su modificación en los siguientes términos:

- La ampliación del plazo de operación pasando de 5 a 20 años;
- El incremento de la superficie anual de explotación pasando de 25 hectáreas anuales a 50 hectáreas anuales;
- La modificación de los polígonos a explotar por cada año; y

¹⁰ Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA). Ver C-0127, Artículo 1, fracción XXI. El propósito de la MIA era crear un marco de referencia que permitiera a la autoridad tener un entendimiento preciso del aprovechamiento de roca caliza por debajo del manto freático en los predios de CALICA que se buscaba explotar. Lo cual permitiría identificar los efectos del proyecto de Aprovechamiento sobre el medio ambiente para poder prevenir, mitigar y restaurar los daños al ambiente, así como la regulación del proyecto para evitar o reducir los efectos negativos.

¹¹ C-0127, Artículo 28.

¹² C-0018, p. 9.

¹³ C-0018.

¹⁴ Ver C-0019, p. 2.

- La modificación de las áreas de reforestación

26. La modificación de la AIA Estatal en 2016 quedó sujeta al cumplimiento de diez (10) condicionantes, cuyo incumplimiento individual es motivo suficiente para su revocación.

2. La Autorización de Impacto Ambiental Federal

27. La AIA Federal autoriza a CALICA la explotación de roca caliza por debajo del manto freático en ambos predios, a saber, “El Corchalito” y “La Adelita”.¹⁵ La Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) otorgó la AIA Federal el 30 de noviembre del 2000 con una vigencia de 20 años y prorrogable a juicio de la SEMARNAT.¹⁶ Sin embargo, condicionó la autorización del proyecto denominado “Aprovechamiento de Roca Caliza por Debajo del Manto Freático en los Predios El Corchalito y La Adelita”, a diversos términos y condicionantes, *inter alia*:

TÉRMINOS

PRIMERO.- La presente resolución [...], permite a la empresa Calizas Industriales del Carmen, S.A. de C.V. realizar la operación y mantenimiento del proyecto "Aprovechamiento de Roca Caliza por Debajo del Manto Freático en los Predios El Corchalito y La Adelita en Solidaridad, Quintana Roo", en una superficie total de 1,251.43 ha dividido en dos predios La Adelita de 882.13 ha y El Corchalito de 369.30 ha [...].

SEGUNDO.- La presente autorización tendrá una vigencia de **veinte años** [...] prorrogable a juicio de esta Secretaría, [...]. Dicha solicitud deberá presentarse con la validación de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA), al último informe del cumplimiento de condicionantes.

[...]

CUARTO. - La empresa **Calizas Industriales del Carmen, S.A. de C.V.** deberá hacer del conocimiento de esta Dirección General, de manera previa, cualquier eventual modificación [al proyecto después de emitida la autorización en materia de impacto ambiental para que la SEMARNAT] para que con toda oportunidad se determine lo procedente. [A saber: (i) si es necesaria la presentación de una nueva MIA; (ii) si las modificaciones propuestas no afectan el contenido de la autorización otorgada, o (iii) si la autorización otorgada requiere ser modificada con objeto de imponer nuevas condiciones a la realización de la obra o actividad de que se trata].¹⁷

¹⁵ C-0017, Término Primero, p. 31.

¹⁶ C-0017, Término Segundo, p. 35.

¹⁷ Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Evaluación de Impacto Ambiental, DOF, México, 30 de mayo de 2000, Artículo 28. **R-0002.**

QUINTO. – [...], la presente autorización sólo se refiere a los aspectos ambientales de las obras y actividades descritas en el Termino **PRIMERO** [...], por lo que es obligación de la empresa **Calizas Industriales del Carmen, S.A. de C.V.** tramitar y obtener otras autorizaciones, concesiones, licencias, permisos y similares que sean requisito para la realización de las mismas y su operación motivo de la presente. [...]

SEXTO. - La operación y mantenimiento del proyecto "Aprovechamiento de Roca Caliza por Debajo del Manto Freático en los Predios El Corchalito y La Adelita en Solidaridad, Quintana Roo", se deberán sujetar a la descripción contenida en la Manifestación de Impacto Ambiental, modalidad Regional, y en los planos incluidos en esta, así como en lo dispuesto en la presente resolución, conforme a las siguientes condicionantes [...]

OCTAVO. - La empresa **Calizas Industriales del Carmen, S.A. de C.V.** deberá elaborar y presentar para su análisis y validación a la Delegación de la [PROFEPA] del estado de Quintana Roo, la información del cumplimiento de los términos y las condicionantes aquí señalados en forma cuatrimestral a partir del día siguiente a la recepción del presente. Los informes deberán ser complementados con anexos fotográficos y/o videocintas, y enviar con copia del acuse de recibo correspondiente a esta Dirección General y a la Delegación de la [SEMARNAT] en el Estado de Quintana Roo.

[...]

DECIMOTERCERO. - La [SEMARNAT] podrá evaluar nuevamente la [MIA], de considerarlo necesario, con el fin de revalidar la autorización otorgada, modificarla, suspenderla, anular o revocarla si estuviera en riesgo el equilibrio ecológico o se produjeran afectaciones negativas imprevistas en el ambiente, [...].

DECIMOQUINTO. - El incumplimiento de cualquiera de los Términos resolutivos y/o la modificación del proyecto en las condiciones en que fue expresado en la documentación presentada, podrá invalidar la presente resolución, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones previstas en la [LGEEPA] y demás ordenamientos que resulten aplicables.

DECIMOSEXTO. - La [SEMARNAT], a través de la [PROFEPA], vigilara el cumplimiento de los términos establecidos en el presente instrumento, así como los ordenamientos aplicables en materia de Impacto Ambiental. Para ello ejercitara, entre otras, las facultades que le confiere los Artículo 55, 59 y 61 del Reglamento de la LGEEPA en Materia de Impacto Ambiental.

[...]. (Énfasis añadido)

28. Conforme a los términos antes referidos, contenidos en la AIA otorgada a CALICA, ésta se encuentra obligada a cumplir con lo descrito en su MIA en lo que sea coincidente con dicha autorización, por lo tanto, CALICA tenía la obligación de realizar la explotación de roca caliza – por debajo del manto freático–, en sus dos predios: “El Corchalito” y “La Adelita”. De hecho, la propia AIA Federal autoriza la realización del proyecto en los dos predios. En caso de que CALICA decidiera modificar su proyecto, i.e., explotar la roca caliza únicamente en un predio,

debía informarlo prontamente y someterlo a consideración de la SEMARNAT, tal como lo prevé la propia AIA Federal. Lo anterior, a fin de que se determinara si: (i) sería necesaria la presentación de una nueva MIA; (ii) la modificación no afectaba el contenido de la AIA Federal otorgada; o (iii) se requería la imposición de nuevas condiciones a la realización del proyecto.

29. La AIA Federal establece que el incumplimiento de cualquiera de los Términos y/o la modificación del proyecto en las condiciones en que fue expresado, es motivo suficiente para invalidarla.¹⁸

30. En este sentido, la SEMARNAT, a través de la PROFEPA, son las autoridades encargadas de vigilar el cumplimiento de la AIA Federal, así como de las disposiciones legales en materia de impacto ambiental. Conforme a lo anterior, la PROFEPA tiene atribuciones para inspeccionar, vigilar e imponer medidas de seguridad, *i.e.*, clausuras temporales, parciales o totales, que sean procedentes. Lo anterior, independientemente de las medidas correctivas y sanciones que resulten aplicables, tal como aconteció en el procedimiento administrativo de inspección de CALICA.

C. El Procedimiento Administrativo de Inspección en Materia Ambiental de la PROFEPA

31. La PROFEPA es un órgano administrativo desconcentrado de la SEMARNAT que tiene como tarea principal de vigilar la observancia efectiva de la normatividad ambiental y hacer cumplir las leyes ambientales. Dentro de sus atribuciones están vigilar y evaluar el cumplimiento a las disposiciones jurídicas aplicables, así como establecer mecanismos, instancias y procedimientos administrativos.¹⁹

32. La PROFEPA se considera como una “policía administrativa” especializada en temas ambientales, ya que se encarga únicamente de vigilar y sancionar la normatividad ambiental en México.²⁰

33. Para el cumplimiento de sus atribuciones, la PROFEPA realiza diligencias de inspección y vigilancia en cumplimiento de la legislación ambiental. Existen diversas modalidades de diligencias, las cuales están definidas por su objeto. Estas pueden ser:

¹⁸ C-0017, Término Decimoquinto, p. 44.

¹⁹ -0015, Artículo 45.

²⁰ Ver RE-001, ¶¶ 53 y 124.

- Visitas de inspección, para verificar el cumplimiento de obligaciones en materia ambiental que no deviene de un acuerdo o resolución administrativa;²¹
- Visita para ejecutar en el sitio inspeccionado la medida de seguridad como lo es la clausura (temporal parcial o total) ordenada en Acuerdos de Emplazamiento o Acuerdo de Trámite; y
- Visitas complementarias para la obtención de información para mejor proveer.²²

34. Durante las visitas de inspección se verifican los proyectos, obras y documentación que se relacionan con el cumplimiento de la autorización, permiso, licencia, concesión o algún otro instrumento en materia ambiental. Estas visitas se ejecutan con base en una orden de inspección en la que se designan a los inspectores determinados por la autoridad,²³ los cuales tienen la obligación de identificarse frente al sujeto obligado para proceder con la visita de inspección.

1. La visita de inspección ordinaria a CALICA

35. En el caso de CALICA, la visita de inspección ordinaria tuvo por objeto verificar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la AIA Federal, a fin de constatar que el proyecto cumplía con los Términos y Condicionantes contenidos en dicha autorización federal.²⁴ En particular, se verificó el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

- Explotar a partir del 2001 únicamente un área de extracción de 140 hectáreas (ha) por debajo del manto freático por 20 años, es decir, 7 ha de extracción anual;
- Realizar la extracción en los polígonos autorizados para los dos predios El Corchalito y La Adelita;²⁵
- Acreditar con documentación soporte el volumen de extracción autorizado;
- Corroborar la existencia de solicitudes de modificación, y su correspondiente autorización, respecto de cualquier modificación a las obligaciones contenidas en la AIA Federal;²⁶

²¹ C-0127, Artículos 161, 162, 163, 164, 165 y 166.

²² Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA), DOF, México, 4 de agosto de 1994, Artículo 50. **R-0003**; RE-001, ¶¶ 124-129 y RW-002, ¶¶ 29-34.

²³ Funcionarios públicos identificables que son designados para una diligencia específica. RW-001, ¶¶ 9-10 11.

²⁴ C-0114, p. 3.

²⁵ C-0017, Término Primero, pp. 31-32 y C-0077, pp. 9, 16, 18, 29.30.

²⁶ C-0017, Término Cuarto, p.35.

- Tramitar y obtener otras autorizaciones, concesiones, licitaciones, permisos y algún otro requisito para la realización y operación de la AIA Federal de CALICA;²⁷
- Comprobar que la operación del proyecto autorizado en los predios La Adelita y El Corchalito cumple con los términos establecidos en la MIA en lo que concuerde con la AIA;²⁸

36. La visita de inspección quedó registrada en el acta de inspección No. PFFPA/4.1/2C.27.5/028/17 levantada del 15 al 19 de mayo de 2017.²⁹

37. Derivado de la visita de inspección, se detectaron los siguientes hallazgos:³⁰

- La extracción de roca caliza sólo se realizó en el predio El Corchalito;
- En la Adelita no se realizó ninguna extracción, este predio sigue en estado natural con vegetación de flora y fauna específica de la zona;
- Se concluyó que la extracción de roca caliza en el área de extracción era de 140.25 hectáreas en los polígonos de tres (3) cuerpos de agua por debajo del manto freático, observados únicamente en el predio El Corchalito.³¹ (Ver Figura 1).

Figura 1. Cuerpos de agua visualizados durante la inspección de PROFEPA



²⁷ C-0017, Término Quinto, p. 35.

²⁸ C-0017, Término Sexto, p. 36.

²⁹ C-0115.

³⁰ C-0115, pp.3-4.

³¹ RW-001, ¶ 27.



Fuente: C-0115, pp. 39 y 40.

38. Adicionalmente, y conforme a las obligaciones que CALICA tiene,³² se verificó la documentación que presentó y se concluyó que:

- No entregó la documentación necesaria que acreditara la cantidad de roca caliza extraída con motivo de la operación del proyecto al año 17 de la vigencia de la AIA Federal y, por consiguiente, de la obtenida por debajo del manto freático. CALICA estaba obligada a entregar la documentación que probara el cumplimiento de obligaciones conforme a lo establecido en la AIA Federal.³³

39. Independientemente de la obligación de presentar documentación comprobatoria de la superficie de aprovechamiento de roca caliza, establecida en la AIA Federal, CALICA estaba obligada a mantener el registro del avance de la superficie aprovechada por la extracción de roca caliza mediante las bitácoras, con pasos y acciones muy específicas para asegurar el registro de la información y que este fuera acorde a la MIA y a comprobar los términos y condicionantes de la AIA.³⁴

40. Tras ser concluida y notificada el acta de la visita de inspección, se otorgó a CALICA un plazo de cinco (5) días para que se manifestara respecto de los hechos asentados en el acta de inspección y aportar las pruebas que considerara convenientes para que acreditara el cumplimiento

³² C-0017, Sección de Términos y Condicionantes, pp. 31-45.

³³ C-0017, pp. 284-287.

³⁴ Manual de Procedimientos para el cumplimiento de todas las Condicionantes”, “Procedimiento PROC-TER-003”, 10 de junio de 2001, p. 7. **R-0004.**

de las obligaciones contenidas en la AIA Federal que se verificaron en la visita de inspección. En este sentido, CALICA aportó pruebas y manifestó diversas objeciones. Particularmente, objetó que la PROFEPA:

- (i) no estableció un protocolo de inspección;
- (ii) reconoció que sus medidas eran “estimaciones” y “aproximaciones”; y
- (iii) utilizó instrumentos inadecuados y calibrados incorrectamente para la tarea, específicamente el GPS.³⁵

41. Las objeciones de CALICA resultaban infundadas debido a las siguientes razones. *Primero*, una de las formalidades que se debe observar en las visitas de inspección es que los funcionarios públicos de la PROFEPA, deben estar debidamente identificados y designados para realizar la visita de inspección. Contrario a lo que argumenta CALICA, respecto del incumplimiento de los protocolos de inspección, específicamente respecto de la supuesta falta de vigencia en las credenciales con las que se identificaron los inspectores de la PROFEPA que atendieron la diligencia, esto únicamente fue un error mecanográfico en el acta de inspección, el cual quedó demostrado con las credenciales vigentes con las que se identificaron los inspectores.³⁶

42. Por lo que respecta a la objeción de CALICA relativa a la descalificación de las mediciones por considerarlas “estimaciones” y “aproximaciones”, específicamente el levantamiento georreferenciado mediante GPS (GPS por sus siglas en inglés), la PROFEPA siempre fue clara con CALICA en que este y cualquier otro tipo de medición no son exactas. No obstante, es una referencia adecuada que apoya la labor y objeto para el cual lo emplea la autoridad. De hecho, esta situación quedó asentada en el acta de inspección de mayo de 2017, de la cual CALICA formó parte y conoció.³⁷

43. Estos levantamientos se realizaron en los polígonos de área de extracción por debajo del manto freático mediante un levantamiento georreferenciado directo en campo³⁸ con un GPS³⁹ para

³⁵ Memorial, ¶ 140.

³⁶ RW-001, ¶¶ 34-36.

³⁷ Variación en la posición de +/- 1 a 4 metros en la toma de coordenadas.

³⁸ RW-003, ¶¶ 29 y 30.

³⁹ “receptor GPS marca Garmin modelo 76CSx número de serie 1QF022421, los datos espaciales representados se encuentran en coordenadas UTM Zona 16N, Datum WGS84”. RW-001, ¶ 28.

la lectura de las coordenadas de los vértices que integran los polígonos visualizados. La medición se realizó de acuerdo con las formalidades plasmadas en el acta de inspección y sobre las cuales CALICA acompañó a los inspectores durante toda la visita.⁴⁰ Para claridad del Tribunal, la medición que se realizó en los polígonos de los tres cuerpos de agua detectados durante las visitas de inspección solo fue para determinar la superficie explotada, la cual nunca buscó determinar el volumen de extracción en los predios.

44. La medición con GPS se realizó mediante un levantamiento directo en campo. Esta tecnología considera diversos aspectos como las condiciones físicas como el terreno y atmosféricas para la obtención de sus lecturas, las cuales siempre se obtendrán con un margen de error.⁴¹ Una vez realizada la medición en los 3 espejos de agua se identificó una superficie de aprovechamiento de 140.25 hectáreas.⁴²

45. Es importante resaltar que científicamente no existe un método de medición o tecnología que asegure una efectividad absoluta, considerando que existen aspectos tecnológicos, físicos, y atmosféricos que influyen en cada levantamiento.⁴³

46. Adicionalmente, es cuestionable el argumento de la Demandante al tratar de desacreditar las mediciones georreferenciadas mediante GPS, ya que esta medición fue utilizada tanto por la PROFEPA como por CALICA. Específicamente CALICA utilizó la medición GPS para presentar información particular referida en su MIA. Como lo señaló el Sr. Roberto Pérez en su declaración testimonial:

Con respecto a la calibración de los equipos (receptores satelitales – GPS) que fueron utilizados por PROFEPA, en todo momento se atendieron y se cumplió con los requerimientos establecidos por INEGI, con ello se tiene certeza de la toma de lecturas de las coordenadas del sitio inspeccionado.

[...]

- Es de mencionar que en la MIA-R, específicamente en el Capítulo IV relativo a la Descripción del sistema ambiental regional y señalamiento de tendencias del desarrollo y deterioro de la región, en el rubro de profundidad y dirección del nivel freático, se hace referencia a que se georreferenciaron puntos de monitoreo

⁴⁰ C-0115, pp. 3 y 33.

⁴¹ RW-003, ¶ 33.

⁴² RW-001, ¶¶ 27 y 32 y C-0115.

⁴³ RW-001, ¶ 43.

de los niveles del acuífero, lo cual **se realizó con GPS Garmin modelo 12, indicando un margen de error de alrededor de 15 metros, con lo que se evidencia que CALICA en la MIA acudió a la georreferenciación de puntos de interés, con lo cual reconoce la validez de la georreferenciación y favoreció su utilización.**⁴⁴ (Énfasis original)

47. Independiente de los aspectos técnicos sobre las mediciones, desde la primera visita de inspección se puede concluir que CALICA:

- (i) solamente explotó el predio de El Corchalito;
- (ii) no respetó el ritmo de extracción determinado en la AIA Federal (*i.e.*, 7 ha por año);
- (iii) mantiene el predio La Adelita en estado natural, con la vegetación y fauna nativas; y
- (iv) nunca gestionó la totalidad de permisos, autorizaciones o concesiones necesarias para explotar el predio La Adelita.

2. Las verificaciones de la PROFEPA pueden centrarse en revisar el cumplimiento de todas y cada una de las condicionantes de la AIA Federal sin limitación

48. La Demandante argumenta que las visitas de inspección fueron más allá del alcance y objeto determinado en la orden de inspección.⁴⁵ Al respecto, es de señalarse que esta afirmación es errónea, ya que las visitas de inspección estuvieron fundadas en las órdenes de inspección, mismas que establecen su fundamento legal, objetivo y alcance de inspección sobre todos los términos y condicionantes de la AIA Federal.

49. El término Primero de la AIA Federal, abarca todo el proyecto que ejecuta CALICA en los predios La Adelita y El Corchalito. Por su parte el término Sexto vincula la AIA Federal con las descripciones y manifestaciones contenidas en la MIA y sus planos –formuladas *motu proprio* por CALICA.⁴⁶ Específicamente, el término sexto de la AIA Federal⁴⁷ señala que se debe ejecutar el proyecto autorizado en ésta, con base en los términos establecidos en la MIA.

⁴⁴ RW-003, ¶ 85.

⁴⁵ Memorial, ¶ 148.

⁴⁶ C-0017, pp. 10-14.

⁴⁷ **SEXTO.-** La operación y mantenimiento del proyecto "**Aprovechamiento de Roca Caliza por Debajo del Manto Freático en los Predios El Corchalito y La Adelita en Solidaridad, Quintana Roo**", se deberán sujetar a la descripción contenida en la Manifestación de impacto Ambiental, modalidad Regional, y en los planos incluidos en esta, así como en lo dispuesto en la presente resolución, conforme a las siguientes [...]. C-0017, p. 14.

50. El punto principal que buscaron abordar las visitas de inspección fue la verificación de la superficie de extracción que está determinada en 28 ha anuales, de las cuales 7 ha estarán por debajo del nivel freático.⁴⁸ Lo anterior, resulta en una superficie total de 140 ha por debajo del nivel freático a explotar en los dos predios durante 20 años.

51. Adicionalmente la AIA Federal especifica la superficie que se explotará en cada predio, en los términos que se especifican en la Tabla 1.⁴⁹

Tabla 1. Superficie de explotación en El Corchalito y La Adelita manifestada por CALICA

Concepto	Predio La Adelita	Predio El Corchalito
Superficie total del predio.	882.13 ha	369.30 ha
Superficie a desmontar con respecto al área arbolada	749.81 ha	313.91 ha
Superficie correspondiente a áreas verdes	132.32 ha (15%)	55.40 ha (15%)
Material de despalme (árboles y vegetación secundaria)	14'996,200 m ³	6'278,200 m ³

Fuente: C-0017, p. 32.

52. Las superficies antes referidas no fueron respetadas por CALICA, ya que aun sabiendo que tenía la obligación de ampliar sus operaciones en los dos predios conforme a la AIA Federal,⁵⁰ decidió, unilateralmente y sin notificación previa a la SEMARNAT, centrar la totalidad de sus operaciones exclusivamente en el predio El Corchalito. Es decir, las operaciones de extracción autorizadas en una superficie total que incluía dos predios, fueron realizadas únicamente en uno, lo cual evidentemente altera el equilibrio ecológico y la lógica conforme a la cual se autorizó su proyecto.

53. Otro aspecto que regula la AIA Federal es el volumen permitido para extraer (*e.g.*, peso en toneladas) roca caliza, lo cual quedó establecido en dicha AIA y cuyo cumplimiento fue requerido en la visita de inspección de mayo de 2017, a través del soporte documental para acreditar el

⁴⁸ C-0117, p. 10.

⁴⁹ C-0117, p. 10.

⁵⁰ [...] **PROYECTO debía realizarse en una superficie total de 1,251.43 hectáreas, dividido en dos predios “La Adelita” de 882.13 ha y “El Corchalito” de 369.30 hectáreas, es indudable que al haberse hecho tal explotación, únicamente debajo del manto freático del predio “El Corchalito”, [...]. Ver PROFEPA, Expediente PFPA/4.1/2C.27.5/00028-17, Resolución, 30 de octubre de 2020, p. 50. R-0005.**

volumen efectivamente extraído por CALICA, carga que era obligación de CALICA acreditar, en cumplimiento del término Primero de la AIA Federal.⁵¹ Así como todas las condicionantes técnicas y procedimentales que la empresa debía realizar para el debido cumplimiento del proyecto.⁵²

54. El volumen de extracción establecido en la AIA es de 5,922,746.66 toneladas anuales de grava y de 2,879,950.21 toneladas anuales de base.⁵³

55. La verificación del volumen de extracción fue un aspecto independiente de la verificación de la superficie explotada. Como se detallará más adelante, y contrario a la confusión que la Demandante pretende plantear, el volumen de extracción no fue objeto de la Clausura parcial y temporal, sino objeto de las medidas correctivas en función del requerimiento del estudio batimétrico, como se abordará más adelante.⁵⁴

3. La designación de expertos por parte de la PROFEPA es común

56. CALICA tuvo el derecho de aportar pruebas y realizar manifestaciones dentro de los cinco (5) días siguientes al levantamiento del acta de inspección, motivo por el cual presentó pruebas y alegatos.⁵⁵ Dentro de las pruebas aportadas por CALICA, se presentó una prueba pericial en materia de Ingeniería Civil relacionada únicamente, según su dicho, al levantamiento topográfico referido en la primera acta de inspección. Es necesario precisar que el acta de inspección de mayo de 2017 contiene un levantamiento georreferenciado y no topográfico.

57. La prueba pericial aportada por CALICA fue admitida,⁵⁶ motivo por el cual la PROFEPA nombró a un perito independiente para rendir un dictamen pericial, específicamente, para clarificar que los trabajos de inspección no realizaron levantamientos topográficos y simplemente se realizaron trabajos de georreferencia para representaciones espaciales.⁵⁷

⁵¹ C-0117, pp.10 -22 y RE-001, ¶¶ 201.

⁵² C-0017, página 14-20.

⁵³ C-0017, página 14-20.

⁵⁴ C-0117, página 285 a 287 y RE-001, ¶¶ 201, 203 y 204.

⁵⁵ RW-001, ¶ 44.

⁵⁶ Ver PROFEPA, Expediente PFPA/4.1/2C.27.5/00028-17, Dictamen pericial del Ing. Tomás de la Cruz Hernández, 26 octubre de 2017. **R-0006**.

⁵⁷ RW-001, ¶ 47.

58. Derivado de los dictámenes periciales rendidos por los peritos de las partes, se evidenció que ambos análisis eran coincidentes al determinar que existían diferencias en las representaciones espaciales de los espejos de agua resultantes de los dictámenes y el acta de inspección.⁵⁸ Solo se concluyó que los datos eran imprecisos, pero en ningún momento se concluyó que los levantamientos realizados por GPS fueran inapropiados, así lo refiere la Bióloga Margarita Balcázar en su declaración testimonial:

Una vez rendidos los dictámenes de los dos peritos, de su análisis se evidenció que ambos eran coincidentes en el sentido que existían diferencia entre las representaciones espaciales resultantes de los dictámenes periciales y el Acta de Inspección, respecto de algunas de las obras e instalaciones del proyecto, principalmente en uno de los espejos de agua que resultan de la explotación del material pétreo por debajo del manto freático.⁵⁹

59. La designación de un perito por parte de la PROFEPA fue realizada para obtener mayores elementos para un mejor entender de la autoridad. Lo cual se realizó con la intención de tener dos (2) dictámenes independientes dentro del expediente, lo cual es una práctica previamente empleada por la PROFEPA.⁶⁰

60. El punto principal de ambos peritajes es que son coincidentes en que existen imprecisiones en el levantamiento de la primera visita de inspección, lo cual originó la necesidad de confirmar los datos obtenidos mediante una visita de inspección complementaria.

4. La realización de inspecciones complementarias es común y legal al estar prevista en la ley

61. Considerando que CALICA ejerció su derecho a presentar manifestaciones y aportar pruebas respecto del Acta de la primera visita de inspección, dentro de las cuales se presentó la prueba pericial ofrecida por CALICA y la presentada por PROFEPA, se determinó que la autoridad debía obtener mayores elementos de prueba respecto de la inspección realizada en mayo de 2017, para tener certidumbre de los aspectos técnicos y evitar afectar la esfera jurídica de CALICA con una determinación errónea o insuficiente (*e.g.*, sanciones o medidas de seguridad insuficientemente razonadas o justificadas).

⁵⁸ RW-001, ¶¶ 48 y 53.

⁵⁹ RW-001, ¶ 48.

⁶⁰ RW-001, ¶ 89.

62. La visita de inspección complementaria está fundamentada en el artículo 50 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA).⁶¹

63. Así, contrario a lo que argumenta la Demandante relacionado con las visitas de inspección complementaria, en el que afirma que la legislación mexicana obligaba a la PROFEPA a cerrar el procedimiento administrativo y ordenar una nueva inspección independiente, la PROFEPA tiene plena atribución y libertad administrativa para realizar una, dos o más inspecciones consecutivas en el mismo expediente, así como la adopción de uno o más dictámenes periciales para un mejor entendimiento de los hechos y aspectos técnicos disputados; considerando que puede ser que los actos investigados posteriores o complementarios pueden actualizar o dar claridad a los hallazgos previos.⁶²

64. En este caso, la visita de inspección forma parte de un único procedimiento administrativo y su validez quedó fundada en la orden de visita de inspección complementaria realizada del 24 al 27 de noviembre de 2017 y es práctica común como lo establece la Guía sobre Visitas de Inspección.⁶³

65. Otro aspecto a resaltar es que las visitas de inspección inicial y complementaria nunca afectaron la esfera jurídica de CALICA –al tratarse de un acto intraprocesal–, ni tampoco implicó que la visita complementaria invalidaría la primera visita de inspección. Se aclara que, con la visita complementaria, la autoridad simplemente buscó, con base en sus facultades, contar con mayores elementos de convicción que le permitieran realizar un mejor análisis para emitir su determinación

⁶¹ Ley Federal de Procedimiento Administrativo (LFPA), DOF, México, 4 de agosto de 1994, Artículo 50. **R-0003.** “Artículo 50.- En los procedimientos administrativos se admitirán toda clase de pruebas, excepto la confesional de las autoridades. No se considerará comprendida en esta prohibición la petición de informes a las autoridades administrativas, respecto de hechos que consten en sus expedientes o de documentos agregados a ellos. La autoridad podrá allegarse de los medios de prueba que considere necesarios, sin más limitación que las establecidas en la ley.” El órgano o autoridad de la Administración Pública Federal ante quien se tramite un procedimiento administrativo acordará sobre la admisibilidad de las pruebas ofrecidas. Sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando no fuesen ofrecidas conforme a derecho, no tengan relación con el fondo del asunto, sean improcedentes e innecesarias o contrarias a la moral y al derecho. Tal resolución deberá estar debidamente fundada y motivada.”

⁶² RE-001, ¶¶ 140-144.

⁶³ C-0121, pp.2-3 y [REDACTED]-0027, p.2.

en el Acuerdo de Emplazamiento y, posteriormente, en la Resolución del procedimiento administrativo.⁶⁴

66. La visita de inspección complementaria tuvo como objeto el verificar el término primero de la AIA Federal, específicamente con relación a la superficie y ubicaciones georreferenciadas verificadas en la primera visita de inspección.⁶⁵

67. Contrario a lo que afirma el experto legal de la Demandante, las visitas de inspección complementarias no son visitas de inspección nuevas o independientes, simplemente son visitas que forman parte del mismo procedimiento⁶⁶ y existen diversas visitas complementarias por parte de la PROFEPA, tal y como lo acreditan los expertos legales de la Demandada⁶⁷ y la Sra. Margarita Balcázar.⁶⁸

68. Por lo tanto, las visitas de inspección complementarias no son una figura jurídica nueva o exclusivamente ejecutadas a CALICA, sino que existen diversas visitas complementarias por parte de la PROFEPA.⁶⁹

5. El acuerdo de emplazamiento y el cierre de El Corchalito por incumplimientos a AIA Federal

69. Mediante el Acuerdo de emplazamiento de 22 de enero de 2018,⁷⁰ la PROFEPA notificó a CALICA dos diferentes medidas:

- (i) la clausura temporal y parcial, como una medida de seguridad,⁷¹ y
- (ii) la imposición de medidas correctivas.⁷²

70. Al respecto, abordaremos los aspectos más relevantes derivados del Acuerdo de Emplazamiento.

⁶⁴ RE-001, ¶¶ 128-133.

⁶⁵ RW-001, ¶¶ 50-51.

⁶⁶ RE-001, ¶¶ 149, 150 y 152.

⁶⁷ RE-001, ¶151.

⁶⁸ RW-001, ¶¶ 65-66.

⁶⁹ RE-001, ¶ 151 y RW-001, ¶ 65-66.

⁷⁰ C-0117.

⁷¹ C-0127, Artículo 170.

⁷² C-0127, Artículo 167.

a. Notificación del Acuerdo de Emplazamiento

71. La notificación de la Clausura del predio El Corchalito, fue realizada con las formalidades necesarias, ya que ésta se realizó con personas autorizadas para recibir y oír notificaciones,⁷³ por lo que, es falso el argumento de CALICA en el sentido de que la notificación del Acuerdo de Emplazamiento fue ilegal.⁷⁴

72. Contrario a lo que señala el experto legal de la Demandante, donde erróneamente señala que la notificación debe realizarse con fundamento en los artículos 170 y 3° de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA). Esta notificación solo tiene soporte en los artículos 167 BIS fracción I y 167 BIS 1 de la LGEEPA, ya que el artículo 3° de la LGEEPA solo es una norma de carácter descriptivo que únicamente incluye las definiciones aplicables a la LGEEPA y el artículo 170 configura las hipótesis en las que se impondrá una medida de seguridad como lo es la clausura, sin establecer ninguna formalidad o requisito, ni mucho menos algún elemento para la notificación⁷⁵ como falsamente pretende hacerlo creer la Demandante. Esto lo explica la Bióloga Margarita Balcázar en su declaración testimonial:

En dicha cédula, el servidor público de la PROFEPA en funciones de notificador señaló que el mencionado Acuerdo fue notificado de manera personal el 24 de enero de 2018 a la C. Lorena Aziel Bárcenas Vilchis, en su carácter de persona autorizada por el apoderado legal de Calizas Industriales del Carmen, S.A. de C.V., la cual se identificó plenamente.⁷⁶

73. Adicionalmente, esta es una medida que fue disputada en Tribunales mexicanos, sin que CALICA haya obtenido un resolución favorable, la cual será abordada más adelante.⁷⁷

⁷³ C-0117; PROFEPA, Expediente PFPA/4.1/2C.27.5/00028-I 7, Cédula de notificación, 24 de enero de 2018. **R-0007.**

⁷⁴ RW-001, ¶¶ 80-82 y RE-001, ¶¶ 174-179.

⁷⁵ RE-001, ¶¶ 180-182.

⁷⁶ RW-001, ¶ 81.

⁷⁷ Juzgado Segundo de Distrito del Estado de Quintana Roo, Amparo Indirecto No. 300/2018, Escrito Inicial, 2018. **R-0008.**

b. Incumplimientos de CALICA a la AIA Federal que dieron lugar a la clausura parcial y temporal de El Corchalito

74. El principal motivo por el cual la PROFEPA emitió la clausura temporal y parcial sobre el predio El Corchalito, fue para impedir daños ambientales adicionales, ocasionados por la extracción de roca caliza sobre una superficie mayor y a un ritmo mucho mayor que al autorizado.

75. Independiente de la violación principal, descrita en el párrafo anterior, CALICA fue emplazada por los siguientes presuntos incumplimientos a las obligaciones de su AIA Federal:

- (i) Incumplimiento al término Primero y Cuarto de la AIA Federal, por el área excedida en la superficie autorizada de extracción de 140 hectáreas.⁷⁸ Al respecto, se detectó que se extrajeron 2.15 hectáreas más de las permitidas, y esto se agrava, ya que el área de explotación autorizada del proyecto presentado por CALICA debía realizarse y distribuirse en los dos predios y no exclusivamente en El Corchalito tal como aconteció.⁷⁹
- (ii) Incumplimiento al término Sexto de la AIA, derivado de las siguientes conductas, por no acreditar:
 - La implementación de medidas para mitigar el componente de *aire*.
 - El mantenimiento preventivo a la maquinaria utilizada en proceso de extracción.
 - La verificación de la empresa encargada de la recolección de los residuos peligrosos y su debida autorización para realizar esas actividades.
 - La operación por debajo de los límites máximos permitidos de la NOM-080-ECOL-1994.
 - Contar con sistemas de señalización informativa y restrictiva para evitar accidentes durante el proceso de extracción.
 - La implementación de silenciadores a los transportes de carga utilizados en el proceso de extracción.

⁷⁸ RE-001, ¶¶ 183, 184, 191 y 251 y C-0117, pp. 275-283.

⁷⁹ RW-001, ¶¶ 27 y 55 y RE-001, ¶¶ 59, 199 y 251.

- La contratación de un seguro de daños de responsabilidad civil general.
 - La disponibilidad y entrega de documentación que compruebe los resultados de la evaluación de impacto por la extracción de roca caliza.
 - La disponibilidad y entrega de documentación que comprueba los resultados semestrales del Programa de Restauración del Área Reforestada del proyecto de CALICA.⁸⁰
- (iii) Incumplimiento al término Décimo Primero de la AIA Federal, por la inobservancia a la propia AIA, incumplimiento que CALICA no desvirtuó durante las visitas de inspección y el periodo para aportar pruebas.⁸¹
- (iv) Incumplimiento al término Décimo Segundo de la AIA Federal, el cual CALICA no pudo acreditar o desvirtuar, lo que implica la responsabilidad de reparar, mitigar y compensar los daños ambientales.⁸²
- (v) Incumplimiento al término Décimo Quinto de la AIA Federal, misma que CALICA no pudo acreditar o desvirtuar, lo que implica que la autoridad decrete la nulidad de la AIA Federal.⁸³

c. El exceso en la superficie de extracción y la imposición de la clausura como medida de seguridad

76. La clausura tuvo como objeto principal la verificación de la superficie de extracción, específicamente sobre los polígonos de los tres cuerpos de agua detectados en las visitas de inspección. La superficie de aprovechamiento se vio incrementada desde la primera visita de inspección (i.e., 3 cuerpos de agua independientes) en El Corchalito, a un solo cuerpo de agua unificado en la visita de inspección complementaria de noviembre de 2017, tal como fue plasmado en las actas de las visitas de inspección y lo explica la Bióloga Margarita Balcázar en su declaración testimonial:

⁸⁰ RE-001, ¶ 186; RW-001, ¶¶ 27 y 86 y C-0117, pp. 284-287.

⁸¹ RE-001, ¶ 186.

⁸² RE-001, ¶ 187. Por la falta de acreditación al cumplimiento de las medidas que implica la participación de terceros en la ejecución del proyecto y el cumplimiento de la legislación aplicable.

⁸³ RE-001, ¶ 188.

Como resultado de la inspección practicada en los predios El Corchalito y La Adelita de CALICA en noviembre de 2017, se detectaron los siguientes hallazgos:

- La extracción de material pétreo (roca caliza) por debajo del manto freático sólo se realizaba en el predio El Corchalito.

- Se observó **un sólo cuerpo de agua** en donde se habían extraído roca caliza por debajo del manto freático hasta ese momento, lo cual evidenció que CALICA, de mayo a noviembre de 2017, continuó la explotación por debajo del manto freático, de tal forma que los tres cuerpos de agua observados en la inspección de mayo de 2017 conformaron un sólo cuerpo de agua.

[...] ⁸⁴ (Énfasis en el original)

77. Lo anterior se muestra en la Figura 2.

Figura 2. Cuerpo de agua unificado visualizado durante la inspección complementaria de PROFEPA



Fuente: C-0118, p. 9.

78. Derivado de la visita de inspección complementaria se concluyó que CALICA había extraído una superficie total de 142.15 hectáreas. ⁸⁵

79. Un aspecto técnico que es importante clarificar, es que la violación que motivó la Clausura no versó sobre el volumen de roca caliza efectivamente extraído por CALICA. Por lo que toda referencia relacionada con el volumen de extracción autorizado que sea argumentada por la

⁸⁴ RW-001, ¶ 55.

⁸⁵ RW-001, ¶ 55 y C-0118, p. 9.

Demandante o su experto legal es irrelevante para efectos de la clausura parcial y temporal, ya que el daño que buscó proteger la PROFEPA fue el derivado de la superficie excedida y el ritmo acelerado de extracción.⁸⁶

80. La superficie de extracción estaba sujeta a dos (2) condicionantes, las cuales derivan de la AIA Federal y la MIA. Estas condiciones son:

- (i) La superficie de extracción debía realizarse en el predio El Corchalito y La Adelita, con sus respectivos polígonos de explotación.
- (ii) El ritmo de extracción debía ser de 28 ha anuales, de las cuales 7 ha estarían debajo del nivel freático.

81. Considerando estas dos (2) condiciones, la PROFEPA concluyó que:

- (i) La explotación se realizó únicamente en el predio El Corchalito, sin respetar la delimitación de extracción de cada predio, ya que existía una obligación de realizar la extracción en los dos predios del proyecto, es decir, tanto en El Corchalito como en La Adelita.
- (ii) Existió una explotación acelerada, ya que en 17 años se explotó (en un solo predio) la totalidad de superficie autorizada para 2 predios que debía ser en 20 años.
- (iii) Existió exceso en la superficie explotación en 2.15 hectáreas respecto del total de superficie autorizada en la AIA⁸⁷

82. Por las consideraciones anteriores, el argumento de la Demandante respecto a que la superficie excedida es de un poco más de 1 % es poco sincero e inquietante,⁸⁸ ya que fue la misma empresa quien no se apegó a los términos y condicionantes a los que ella misma se obligó con base en los términos de la AIA Federal y su propia MIA.⁸⁹ Al respecto, la Bióloga Margarita Balcázar especifica en su declaración testimonial lo siguiente.

Además, que CALICA rebasó las 119 hectáreas por debajo del manto freático a las que estaba autorizada a aprovechar al año 17 de la vigencia de la AIA, considerando que de

⁸⁶ RE-001, ¶¶ 189-190 y RW-001, ¶¶ 90-101.

⁸⁷ RW-001, ¶¶ 62-64.

⁸⁸ Memorial, ¶¶ 147 y 151.

⁸⁹ RE-001, ¶ 60.

manera anual aprovecharía 7 hectáreas bajo el nivel freático. Esto evidencia que CALICA no respetó llevar a cabo el aprovechamiento anual como le fue autorizado, sino por el contrario, lo realizó a un ritmo acelerado de tal forma que al año 17 de su vida útil se rebasaron las 119 hectáreas que tenía derecho aprovechar.⁹⁰

83. El hecho de que la Demandante pretenda justificar su incumplimiento al señalar que su conducta implicó tan solo rebasar el 1 % adicional de la superficie de extracción, es equivalente a justificar que una persona infrinja la ley “solo un poquito” e implica evadir su responsabilidad ambiental al adoptar una posición que minimiza los daños ambientales ocasionados y las obligaciones a las que se sujetó su proyecto conforme a la AIA Federal. Al señalar que se excedió en la superficie de explotación que se había obligado, CALICA acepta su incumplimiento. Lo anterior, es abordado por los expertos legales de la Demandada al considerar lo siguiente:

Contrario a lo sostenido por la empresa, el exceso en la superficie de extracción no fue un asunto menor y pendiente de comprobación. La AIA Federal de CALICA le permitía extraer por debajo del manto freático hasta 7 hectáreas de superficie de material por año. Es decir que, al momento de las Visitas de Inspección, CALICA no debía haber rebasado la superficie de 119 hectáreas. En cambio, se constató una superficie afectada de 142.15 hectáreas, 23.15 hectáreas más de lo autorizado, con el consiguiente daño ambiental. Aunado a lo anterior, a pesar de que la AIA Federal versaba sobre dos predios, CALICA limitó su extracción a uno solo, ocasionando un impacto ambiental desproporcionado y fuera de lo establecido en su autorización.⁹¹

84. Ahora bien, la extracción realizada de manera anticipada a la establecida en la AIA Federal, perjudica de manera drástica el medio ambiente, ya que no se realiza considerando las medidas de restauración específicas. Al respecto, la AIA Federal establece que la restauración de la tierra se debe dar de manera simultánea al proceso de explotación y ejecutada mediante un Plan de Restauración,⁹² acciones que no fueron valoradas y ejecutadas por CALICA, las cuales pueden tener afectación real en el medio ambiente como la reanudación de la captura de carbono en los predios afectados o impedir la recuperación de la vida silvestre en esa zona.

85. Lo anterior, se sustenta en los Estudios Técnicos Justificativos y sus cronogramas para la recuperación de vegetación durante la aplicación de medidas de recuperación y reforestación.⁹³ Por lo tanto, la cifra de 7 ha anuales de explotación de roca caliza por abajo del manto freático

⁹⁰ RW-001, ¶ 99.

⁹¹ RE-001, ¶ 59.

⁹² C-0017, condicionantes 29-31, p. 41 y RE-001, ¶¶ 195-198.

⁹³ RE-001, ¶¶ 197-198.

determinada en la AIA Federal, no está condicionada ni sujeta a la demanda del mercado tal como lo sugiere la Demandante. El exceder la cifra autorizada tiene una repercusión mayor en el ambiente de imposible reparación.⁹⁴

86. También es importante resaltar que en el supuesto de que CALICA hubiera considerado realizar la extracción de las 140 ha autorizadas únicamente en el predio de El Corchalito, requería de manera previa solicitar y someter ese ajuste a consideración de la SEMARNAT,⁹⁵ acción que nunca se realizó. Como lo menciona la Bióloga Margarita Balcázar en su declaración testimonial:

Lo que se determinó y confirmó en ambas visitas es que CALICA llevó a cabo la extracción de roca caliza por debajo del manto freático sólo en el predio “El Corchalito”, cuando la autorización de impacto ambiental condicionó la ejecución del proyecto en dos predios “El Corchalito” y “La Adelita”.⁹⁶

87. Considerando la obligación que tenía CALICA en el párrafo anterior, es errónea la interpretación del experto legal de la Demandante, al afirmar que CALICA tenía asegurada *a priori* la renovación de su AIA por parte de la SEMARNAT, respecto de la superficie excedida, ya que esta renovación está sujeta a autorización por parte de la SEMARNAT y en apego al cumplimiento de los términos y condiciones establecidos en la AIA.⁹⁷ Por lo tanto, contrario a lo que sugiere la Demandante, la renovación de la AIA Federal nunca estuvo asegurada dado que ésta se sujeta a la valoración y cumplimiento de las condicionantes y obligaciones derivadas de la propia AIA Federal. Es decir, la SEMARNAT tiene plena facultad para decidir sobre la renovación.

88. Adicionalmente, es necesario resaltar que el [REDACTED] fue designado por la Demandante como experto en derecho administrativo y derecho ambiental mexicano. El experto de la Demandante carece de conocimiento sobre las tecnologías que se utilizan para medir el impacto ambiental de proyectos extractivos como para poder llegar a conclusiones sin una base científica sólida o juicios de valor sobre la metodología utilizada para calcular la superficie de extracción, por lo que, cualquier análisis u opinión por parte de un experto en procedimientos legales en materia ambiental carecería de valor probatorio.⁹⁸

⁹⁴ RW-001, ¶¶ 90- 96.

⁹⁵ C-0017, Término Cuarto, p. 13.

⁹⁶ RW-001, ¶ 98.

⁹⁷ RE-001, ¶¶ 193-194.

⁹⁸ RE-001, ¶ 189.

a. La Clausura como medida de seguridad

89. La Clausura es una medida de seguridad impuesta mediante el Acuerdo de Emplazamiento para controlar el deterioro ambiental, la cual derivó por haber rebasado en 2.15 hectáreas el área autorizada para la extracción de roca caliza por debajo del manto freático, además que se realizó de manera anticipada el aprovechamiento total de la superficie de dicha extracción que fue autorizado en anualidades hasta el 2020 de conformidad con la AIA Federal.⁹⁹

90. Esta medida es una consecuencia de las actuaciones durante y con posterioridad a las visitas de inspección, ya que las visitas de inspección no tienen previsto en el marco jurídico mexicano un mecanismo de impugnación durante su tramitación, pero sí se les reconocen derechos de defensa en favor del inspeccionado.

91. Estos derechos de defensa del inspeccionado son la posibilidad de aportar pruebas y realizar observaciones acerca de los hechos u omisiones que son asentados en las actas de inspección. Las actas de inspección y los actos que se realicen dentro del procedimiento de inspección no constituyen en sí una resolución o medida definitiva, la cual puede ser desvirtuada por las pruebas y argumentos de los inspeccionados.¹⁰⁰

92. Con el ofrecimiento de pruebas o la formulación de alegatos u observaciones respecto de la tramitación del procedimiento de inspección, para desvirtuar los hechos y omisiones que obren en el acta de inspección realizada durante una visita de inspección, se salvaguardan los derechos del inspeccionado para así desvirtuar las presuntas violaciones. Pero no se trata formalmente de una etapa de impugnación de inspecciones.

93. Una vez aportadas las pruebas o formuladas las observaciones, la información es analizada para determinar si se desvirtúan los hallazgos detectados, y una vez concluido este análisis, la autoridad podrá emplazar a procedimiento para confirmar los hallazgos durante las visitas de inspección que constituyen probables incumplimientos o, en su caso, descartar los hallazgos y no formalizar ninguna medida de seguridad o correctiva.¹⁰¹

⁹⁹ RE-001, ¶¶ 229 y 248.

¹⁰⁰ RE-001, ¶¶ 225-228.

¹⁰¹ RE-001, ¶¶ 225-228.

94. A diferencia de las visitas de inspección, el acuerdo de emplazamiento sí puede ser impugnado, al ser el documento que recoge la determinación con respecto a las omisiones o incumplimientos en los que el inspeccionado incurrió en violación a sus obligaciones establecidas en la AIA y respecto de las cuales se aplican sanciones de no desvirtuarse los probables incumplimientos.¹⁰²

95. En el caso de CALICA, ésta ejerció su derecho de aportar pruebas y formular observaciones, sin poder acreditar el cumplimiento de sus obligaciones a la luz de los hallazgos realizados durante las visitas de inspección y los hechos plasmados en las actas de inspección. Ante ello, la PROFEPA, con fundamento en los artículos 167 y 170 de la LGEEPA, emitió el Acuerdo de Emplazamiento y la imposición de medidas correctivas y seguridad (*i.e.*, Clausura temporal y parcial).

96. Estas formalidades relacionadas con los medios de impugnación dentro del procedimiento de inspección no deberán ser entendidas como limitantes en el derecho de CALICA, ya que en todo momento tuvo salvaguardados sus derechos para defensa del inspeccionado y pudo aportar las pruebas o formular las observaciones pertinentes.¹⁰³

b. El Estudio Batimétrico

97. En su Memorial, la Demandante argumenta que en la Orden de Clausura se le instruyó a presentar un estudio batimétrico para determinar el cumplimiento con el límite permitido en la superficie de extracción determinado en la AIA Federal. Según la Demandante la referida Orden de Clausura es una determinación supuestamente prejuiciosa y carente de fundamento porque, bajo su perspectiva, ordenó la clausura de El Corchalito sin conocer los resultados del estudio batimétrico para validar si efectivamente se había excedido en el área de extracción.¹⁰⁴

98. Contrario a lo que argumenta de la Demandante, la presentación del Estudio Batimétrico no estaba relacionada con la razón de la clausura (*i.e.*, la superficie excedida por CALICA), así como tampoco buscaba subsanar deficiencias en las visitas de inspección o de la propia Clausura.

¹⁰² RE-001, ¶¶ 225-228.

¹⁰³ C-0127, Artículos 164 y 167.

¹⁰⁴ Memorial, ¶¶ 154 y 209.

99. El Estudio Batimétrico específicamente buscaba acreditar que CALICA cumplió con el término Primero de la AIA y sus límites en el volumen permitido a extraer. Por lo que, la obligación de probar el volumen de extracción es una obligación derivada de la AIA Federal,¹⁰⁵ misma que solo está a cargo del obligado y no a cargo de la autoridad.

100. En consecuencia, la determinación de presentar un Estudio Batimétrico fue establecida como una medida correctiva, la cual busca obtener información sobre el volumen extraído y no respecto de la superficie explotada.¹⁰⁶ Es decir, no se trató de una sanción ni mucho menos de una medida para subsanar alguna deficiencia en la Clausura. En contrapartida, la Clausura fue una medida de seguridad. Lo anterior, es explicado por el Sr. Roberto Pérez en su declaración testimonial:

Una de las medidas correctivas ordenada a CALICA a través del Acuerdo de Emplazamiento fue la presentación de Estudio Batimétrico en 3 dimensiones (*i.e.*, X,Y,Z) del espejo de agua existente al interior del predio "El Corchalito", el cual es producto del aprovechamiento extractivo para determinar el cumplimiento del Término Primero de la AIA en lo relativo al volumen de extracción autorizado, medida que la empresa citada estaba obligada a cumplir.¹⁰⁷

101. El Estudio Batimétrico presentado por CALICA, inicialmente no fue concluyente,¹⁰⁸ ya que requería de información adicional para ser analizado. Una vez presentada la información adicional, con el apoyo de la Secretaría de Marina (SEMAR) se consideró que CALICA había extraído un volumen por debajo del nivel freático de 13,407,979.09 m³.¹⁰⁹ La diferencia de datos entre las dos diferentes estimaciones, solo generó la imposibilidad de ser concluyentes en la determinación del volumen de roca caliza extraído en El Corchalito.

6. La inexistencia de una situación paradójica para poder renovar la AIA Federal

102. El experto legal de la Demandante hace referencia a una situación en la que CALICA está legalmente impedido para renovar su AIA Federal por tener un procedimiento administrativo abierto con PROFEPA.

¹⁰⁵ C-0017, Término Primero y Sexto, p. 9-22.

¹⁰⁶ RW-001, ¶ 86.

¹⁰⁷ RW-003, ¶ 71.

¹⁰⁸ C-0126.

¹⁰⁹ PROFEPA, Expediente PFPA/4.1/2C.27.5/00028-17, Resolución, 30 de octubre de 2020, p. 83-84. **R-0005.**

103. Al respecto el experto legal de la Demandante hace referencia a unos lineamientos de la PROFEPA,¹¹⁰ mediante los cuales supuestamente puede acceder a solicitar la renovación de la AIA Federal por parte de la SEMARNAT a pesar del procedimiento abierto ante PROFEPA.

104. Los Lineamientos previamente mencionados no son normatividad vigente y aplicable, ya que fueron sustituidos desde agosto de 2016 por los “Criterios para la Aplicación Administrativa del Régimen de Responsabilidad Ambiental previsto por el artículo 4º párrafo quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley General de Vida Silvestre, la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, la Ley General de Bienes Nacionales, la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos y la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental”.¹¹¹

105. Es necesario aclarar que la SEMARNAT no se encuentra impedida para conocer y, en su caso, otorgar la renovación de la AIA Federal.¹¹² Por el contrario, la SEMARNAT no tiene ningún impedimento para ello, ya que la renovación de la AIA Federal se encuentra sujeta al término Segundo de la misma, el cual señala como requisito que CALICA presente la validación de la PROFEPA del último informe de cumplimiento de condicionantes y no depende de un procedimiento abierto.¹¹³

106. Esto no exime a CALICA del cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la AIA Federal, las cuales son verificadas por la PROFEPA y en su caso, serán valoradas por la SEMARNAT al momento de realizar la valoración de la renovación de la AIA.

107. Asimismo, el que exista un procedimiento iniciado por la PROFEPA, no limita los escenarios en que CALICA podría acceder a una solución alterna a la imposición de sanciones mediante una resolución final. La vía para poder resolver los incumplimientos y solicitar la

¹¹⁰ [REDACTED]-0036.

¹¹¹ PROFEPA, *Criterios para la Aplicación Administrativa del Régimen de Responsabilidad Ambiental previsto por el artículo 4º párrafo quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley General de Vida Silvestre, la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, la Ley General de Bienes Nacionales, la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos y la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental*, agosto 2016. **R-0009.**

¹¹² Memorial, ¶ 156.

¹¹³ PROFEPA, *Criterios para la Aplicación Administrativa del Régimen de Responsabilidad Ambiental previsto por el artículo 4º párrafo quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley General de Vida Silvestre, la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, la Ley General de Bienes Nacionales, la Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos y la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental*, agosto 2016. **R-0009.**

renovación de su AIA Federal requeriría la celebración de un Convenio al que se refiere el artículo 168 de la LGEEPA, en el que se establecerían acciones de restauración o compensación de daños sobre las irregularidades detectadas, antes de la resolución del Procedimiento. De hecho, CALICA contó con un periodo de más de 2 años para buscar esta vía.

108. Independiente de las atribuciones de la SEMARNAT para renovar la AIA y de las acciones judiciales de CALICA para asegurar sus derechos en el sistema judicial mexicano, la emisión de la Resolución final por parte de la PROFEPA, otorga certidumbre jurídica a CALICA para cumplir con las sanciones impuestas o en su caso, interponer los recursos judiciales necesarios para salvaguardar sus derechos. Esto significa que CALICA tiene en su poder las acciones para ejercer sus derechos y no se encuentra en un estado de indefensión frente a las autoridades mexicanas.

109. Una última consideración que es relevante resaltar, es que la duración de los procedimientos ambientales de la que se queja la Demandante –supuesto impedimento para renovar la AIA Federal por los procedimientos abiertos con PROFEPA–, fue propiciada por actos atribuibles a CALICA, como fueron solicitudes de prórroga presentadas por la empresa y las demandas de amparo presentadas por la misma, las cuales han continuado en curso debido a impugnaciones presentadas por ella misma. Las medidas que generaron el retraso en la determinación final de la PROFEPA serán abordadas a detalle más adelante.

7. [REDACTED] derivado de una visita de inspección es una obligación prevista en la ley

110. Derivado de las presuntas violaciones detectadas en el procedimiento administrativo de CALICA, formalmente se presentó denuncia penal ante la Fiscalía General de la República mediante una denuncia penal en contra de CALICA por el aprovechamiento excesivo de recursos naturales y las afectaciones ambientales.¹¹⁴

111. La denuncia ambiental es una obligación para el servidor público que en ejercicio de sus funciones conoce del supuesto hecho delictivo, mismo que debe dar aviso inmediato al Ministerio Público Federal.¹¹⁵

¹¹⁴ RW-002, ¶ 63.

¹¹⁵ Código Nacional de Procedimientos Penales, DOF, Ciudad de México, D.F., 5 de marzo de 2014, Artículo 222, segundo párrafo. **R-0010**.

112. La denuncia penal se encuentra en etapa de investigación inicial, por lo que CALICA tendrá la oportunidad de defenderse, aportar pruebas y presentar alegatos.¹¹⁶

8. La resolución final de la PROFEPA se emitió conforme a derecho

113. El 6 de noviembre de 2020, la PROFEPA notificó a CALICA la Resolución Administrativa No. PFPA/4.1/2C.27.5/00028-17/012/2020 de fecha 30 de octubre de 2020,¹¹⁷ a través de la cual la PROFEPA concluyó con el análisis de las medidas correctivas y de seguridad impuestas en el Acuerdo de Emplazamiento de enero de 2018.

114. Las medidas correctivas y de sanción impuestas a CALICA en la Resolución, derivaron principalmente por el daño al medio ambiente generado por extracción de roca caliza de manera excesiva y acelerada a lo autorizado en la AIA Federal, principalmente por la explotación de un recurso no renovable, que tiene efectos de imposible reparación por ser permanentes e irreversibles. Considerando que es imposible la restauración de las 2.15 hectáreas, ya que esta explotación excedida generando una modificación en la geomorfología del subsuelo, que no podría regresar a las condiciones naturales del predio.¹¹⁸

115. La Resolución determinó imponer las siguientes sanciones, medidas correctivas y compensación de los daños:

- (i) La imposición de diversas sanciones económicas por los incumplimientos y afectaciones ambientales, por un total de \$7,985,053.92 (Siete millones novecientos ochenta y cinco mil cincuenta y tres pesos 92/100 M.N.),¹¹⁹ las cuales podrán ser reducidas si se acredita en tiempo y forma el cumplimiento de las medidas correctivas;¹²⁰
- (ii) La imposición como sanción, de la Clausura Temporal Parcial en el predio El Corchalito, exclusivamente, por lo que se refiere a una superficie de 2.15 hectáreas en

¹¹⁶ RW-002, ¶¶ 63- 65.

¹¹⁷ PROFEPA, Expediente PFPA/4.1/2C.27.5/00028-17, Resolución, 30 de octubre de 2020. **R-0005**.

¹¹⁸ PROFEPA, Expediente PFPA/4.1/2C.27.5/00028-17, Resolución final, 30 de octubre de 2020, Considerando Vigésimo Sexto y Trigésimo Primero y Resolutivo Tercero, pp. 198 a 200 y 231 a 232. **R-0005** y RE-001, ¶ 258.

¹¹⁹ PROFEPA, Expediente PFPA/4.1/2C.27.5/00028-17, Resolución final, 30 de octubre de 2020, Considerando Trigésimo y Resolutivo Primero, pp. 223-230 y 234. **R-0005**.

¹²⁰ RE-001, ¶ 257.

el aprovechamiento por debajo del manto freático de dicho predio, por la afectación causada al medioambiente por la extracción excesiva y acelerada de roca caliza, mismo que supone una afectación de imposible reparación por ser permanente e irreversible sobre un recurso no renovable;¹²¹ y

(iii) El cumplimiento de las medidas correctivas¹²² que a continuación se detallan:

- Limitar las obras y actividades exclusivamente a lo autorizado en la AIA Federal del 2000.
- Presentar a la PROFEPA la Autorización de Impacto Ambiental expedida por la SEMARNAT que acredite la superficie de extracción excedida en 2.15 hectáreas dentro del predio el Corchalito o en su caso, la modificación a la AIA Federal del 2000 donde se acredite la ampliación a la superficie total autorizada por debajo del manto freático, así como la modificación que autorice la extracción de roca caliza exclusivamente en el Corchalito.
- Presentar a la PROFEPA dentro del Programa de Compensación Ambiental requiriendo a CALICA en la Resolución Administrativa que incluya las acciones para la recuperación de la recarga de acuíferos en el Estado de Quintana Roo, el cual deberá contemplar acciones de reforestación con requerimientos técnicos y metodológicos específicos.¹²³
- Presentar a la PROFEPA la siguiente documentación: (i) bitácora que acrediten la superficie aprovechada de forma anual,¹²⁴ (ii) póliza vigente del seguro de daños de responsabilidad civil, y (iii) acuse de recibido de la SEMARNAT de los resultados obtenidos durante la implementación del Programa de Restauración del área de explotación.¹²⁵

116. La Resolución confirma los hallazgos detectados en el Acuerdo de Emplazamiento de enero de 2018, respecto de las violaciones de CALICA a los Términos y Condicionantes de la AIA Federal. Principalmente a los Términos Primero y Cuarto, por una superficie de extracción excedida en 2.15 hectáreas a la autorizada para la totalidad del proyecto. No debe considerarse

¹²¹ PROFEPA, Expediente PFPA/4.1/2C.27.5/00028-17, Resolución final, 30 de octubre de 2020, Considerandos Vigésimo Quinto y Vigésimo Noveno y Resolutivo Segundo, pp. 169-198, 219-223 y 234. **R-0005.**

¹²² PROFEPA, Expediente PFPA/4.1/2C.27.5/00028-17, Resolución final, 30 de octubre de 2020, Considerandos Trigésimo Primero y Resolutivo Tercero, pp. 230 y 234. **R-0005.**

¹²³ PROFEPA, Expediente PFPA/4.1/2C.27.5/00028-17, Resolución final, 30 de octubre de 2020, Considerando Trigésimo Primero y Resolutivo Tercero, pp. 230-234. **R-0005.**

¹²⁴ Manual de Procedimientos para el cumplimiento de todas las Condicionantes”, “Procedimiento PROC-TER-003”, 10 de junio de 2001, p. 13. **R-0004.**

¹²⁵ PROFEPA, Expediente PFPA/4.1/2C.27.5/00028-17, Resolución final, 30 de octubre de 2020, Considerandos Trigésimo Primero, pp. 230-233. **R-0005.**

como una superficie excedida en 2.15 hectáreas exclusivamente, ya que esta superficie debía realizarse en El Corchalito y La Adelita, la cual sólo fue realizada en un solo predio.¹²⁶ Adicionalmente, tiene como agravante y daño ambiental, el hecho de haber explotado de manera acelerada, sin respetar la extracción de la superficie autorizada de 7 hectáreas anuales; entre otros incumplimientos.¹²⁷

117. La Resolución también confirma el incumplimiento de las medidas correctivas ordenadas en el Acuerdo de Emplazamiento, ya que CALICA no entregó la documentación con la que acreditaba las medidas correctivas relacionadas con la superficie, volúmenes y ritmo de explotación, así como las medidas para prevenir y mitigar el daño ambiental.¹²⁸ Además, en la Resolución se confirma que CALICA no cumplió con la acción ordenada para el levantamiento de la clausura que le fue impuesta en el Acuerdo de Emplazamiento.

118. La Resolución de la PROFEPA reconoce que la AIA Federal se encuentra próxima a vencer, motivo por el cual, CALICA puede obtener una Autorización de Impacto Ambiental que revalide o modifique la AIA obtenida en el 2000, ya que conforme a lo establecido en la propia AIA Federal, deberá someter a consideración de la SEMARNAT, la evaluación nuevamente de la Manifestación de Impacto Ambiental del proyecto ya que se ocasionaron afectaciones negativas al medio ambiente por: (i) explotación anticipada de roca caliza por no haber respetado el ritmo anual de explotación autorizado (i.e., 7 ha anuales); (ii) incumplir la obligación de explotar los dos predios y solo explotar El Corchalito; y (iii) haber excedido el límite máximo de explotación de la totalidad del proyecto en 2.15 hectáreas.¹²⁹

119. En la Resolución, la PROFEPA señala la vía a través de la cual CALICA deberá presentar la solicitud para obtener la revalidación o modificación de su AIA Federal, lo que le permitirá continuar con la explotación de su proyecto. Esta vía ya fue ejercida por CALICA, pero no incluyó las formalidades mencionadas por la PROFEPA, ya que no sometió a consideración de la SEMARNAT evaluar nuevamente la Manifestación de Impacto Ambiental en virtud de las

¹²⁶ C-0017, Considerando XX, p. 7.

¹²⁷ RE-001, ¶¶ 258-263.

¹²⁸ RE-001, ¶¶ 239-246.

¹²⁹ PROFEPA, Expediente PFPA/4.1/2C.27.5/00028-17, Resolución final, 30 de octubre de 2020, Considerandos Trigésimo Primero, p. 231. **R-0005** y RE-001, ¶¶ 262-265.

afectaciones negativas ocasionadas al medio ambiente por las violaciones realizadas por CALICA.¹³⁰

120. El cumplimiento en la exhibición de la AIA que contemple el área excedida, tiene efecto inmediato en el levantamiento de la Clausura Parcial Temporal impuesta como sanción.¹³¹

121. En caso de que CALICA no dé cumplimiento a las medidas sancionatorias y correctivas determinadas en la resolución, la PROFEPA tendría la obligación de iniciar el procedimiento correspondiente, con base en la práctica de una nueva visita, procedimiento que podría concluir con la aplicación de una sanción, o si fuera el caso, informar a las autoridades correspondientes acerca de los presuntos agravios en materia penal.

122. Cabe resaltar que, a través de esta Resolución, la PROFEPA no sancionó respecto del volumen de extracción, pero ordenó como medida correctiva a la empresa CALICA, la presentación de documentación (i.e., bitácoras de extracción) que acredite el volumen efectivamente extraído por la empresa.

123. Por lo que respecta a la Clausura Parcial Temporal impuesta en la Resolución, tiene un carácter sancionatorio, el cual tiene una naturaleza diferente a la clausura como medida de seguridad impuesta en el Acuerdo de Emplazamiento impuesto en enero de 2018, la cual quedó sin efecto y fue levantada para así imponer la Clausura impuesta en la Resolución.¹³² Lo que es abordado por los expertos legales de la Demandada en su Informe de Experto, con la siguiente consideración:

Es importante mencionar que, con motivo de la imposición de la nueva Clausura, se levanta la Clausura ordenada por el Acuerdo de Emplazamiento. Es decir que, congruente con lo arriba manifestado, la Clausura ordenada mediante el Acuerdo de Emplazamiento tuvo el carácter de una medida de seguridad, tendiente a evitar la generación de daños ambientales. Dicha medida de seguridad pierde su razón de ser, a la luz de la conclusión del Procedimiento Administrativo, sin embargo, bajo estándares de comprobación más estrictos, la PROFEPA encontró que CALICA omitió dar cumplimiento a las medidas correctivas ordenadas, motivo por el cual, conforme al artículo 171 fracción II de la LGEEPA, es procedente imponer la Clausura como sanción.¹³³

¹³⁰ Solicitud de Renovación de la AIA Federal de 30 de noviembre de 2000, presentada por CALICA el 27 de agosto de 2020; SEMARNAT, Constancia de Recepción 09/DG-0398/08/20, 27 de agosto de 2020. **R-0011**.

¹³¹ RE-001, ¶¶ 248-249.

¹³² RE-001, ¶¶ 247-248.

¹³³ RE-001, ¶ 248.

124. La Resolución de la PROFEPA permite y orienta a la empresa sobre las acciones y medidas correctivas que deberá adoptar para remediar el daño ambiental, o en caso que así lo decida, CALICA tiene acceso a mecanismos de impugnación interna a través del recurso de revisión, el cual deberá presentar dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que surtió efectos la notificación.¹³⁴ Con lo que se respeta el derecho procesal de CALICA a impugnar e inconformarse respecto de la Resolución de la PROFEPA. Asimismo, CALICA puede impugnar la resolución en la vía jurisdiccional ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA) dentro de un plazo de 30 días.

125. Independiente a las acciones y derechos procesales que puede ejercer CALICA en contra de la Resolución, ésta puede presentar la documentación con la que acredite el cumplimiento de las sanciones y medidas impuestas para levantar la clausura en el periodo de tiempo otorgado o en su caso, solicitar las prórrogas que considere para su cumplimiento.

9. Los procedimientos judiciales abiertos relacionados con la clausura de El Corchalito

126. La Demandante ha sido omisa en mencionar que CALICA continúa litigando diversas medidas reclamadas en tribunales mexicanos mediante juicios de amparo indirecto y recursos de revisión, dentro de los cuales se encuentra abierta la *litis* de diversas medidas que aún no son definitivas.

127. A continuación, se detallan los procedimientos judiciales relacionados con las medidas de la PROFEPA.

(i) Juicio de Amparo Indirecto No. 1841/2017

- Juicio de amparo promovido por CALICA en el Juzgado Segundo de Distrito en Quintana Roo, en contra de la Visita de Inspección Complementaria. Se emitió sentencia sobreseyendo el juicio.¹³⁵
- En contra de la sentencia, CALICA presentó Recurso de Revisión No. 168/2019. Este Recurso de Revisión se encuentra pendiente de resolución.

¹³⁴ PROFEPA, Expediente PFPA/4.1/2C.27.5/00028-17, Resolución final, 30 de octubre de 2020, Resolutivo Cuarto, p. 234. **R-0005.**

¹³⁵ Juzgado Segundo de Distrito del Estado de Quintana Roo, Amparo Indirecto 1841-2017-I, Sentencia, 26 de febrero de 2019. **R-0012.**

(ii) Juicio de Amparo Indirecto No. 300/2018

- Juicio de amparo promovido por CALICA en el Juzgado Segundo de Distrito en Quintana Roo, en contra del Acuerdo de Emplazamiento y Clausura de 27 de noviembre de 2017. Se emitió sentencia sobreseyendo el juicio.¹³⁶
- En contra de esa sentencia, CALICA presentó Recurso de Revisión No. 63/2019. Este Recurso de Revisión confirmó la sentencia del juicio de amparo de origen, por lo que la autoridad judicial confirmó que las actuaciones de PROFEPA fueron apegadas a su marco normativo y el sobreseimiento del Recurso de Revisión.¹³⁷

(iii) Juicio de Amparo Indirecto No. 829/2018

- Juicio de amparo promovido por CALICA en el Juzgado Segundo de Distrito en Quintana Roo, en contra del Acuerdo de trámite del 15 de mayo de 2018 y la omisión de aceptar las periciales ofrecidas por CALICA. Se emitió sentencia sobreseyendo el juicio.¹³⁸
- En contra de esa sentencia, CALICA presentó Recurso de Revisión No. 73/2019. El 13 de junio de 2019, se confirmó la sentencia del juicio de amparo de origen.

128. Con lo anterior, se acredita que CALICA no ha agotado los medios de defensa disponibles conforme a la legislación mexicana, pues entre los que ha interpuesto, existe pendiente de resolver el Recurso de Revisión No. 168/2019, y busca litigar de forma paralela las mismas medidas en el presente arbitraje internacional. Como se describirá más adelante en el presente Memorial, en la medida que CALICA no ha agotado medios de defensa conforme a derecho interno no puede reclamar en este arbitraje violaciones a la obligación de México de otorgar trato justo y equitativo al inversionista conforme al artículo 1105 de TLCAN.

D. Los Programas de Ordenamiento Ecológico en México

129. A efectos de contextualizar la reclamación de la Demandante con relación al supuesto incumplimiento del MoU, *i.e.*, por no haber modificado el POELMS, es necesario explicar el marco jurídico aplicable a estos instrumentos regulatorios de carácter ambiental. Asimismo, resulta pertinente precisar los antecedentes legales y fácticos que condujeron a la formulación, adopción y aplicación del POELMS del 2009.

¹³⁶ Juzgado Segundo de Distrito del Estado de Quintana Roo, Amparo Indirecto 300/2018, Sentencia, 10 de diciembre de 2018. **R-0074**.

¹³⁷ Sentencia del Amparo en Revisión No. 63/2019, publicada el 3 de noviembre de 2020. **R-0075**.

¹³⁸ Juzgado Segundo de Distrito de Quintana Roo, Amparo Indirecto 829/2018, sentencia de 7 de diciembre de 2018. **R-0055**.

130. En México, el ordenamiento ecológico es el instrumento de política ambiental cuyo objeto es regular o inducir el uso del suelo y las actividades productivas, con el fin de lograr la protección del medio ambiente y la preservación y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales, a partir del análisis de las tendencias de deterioro y las potencialidades de aprovechamiento de los mismos.¹³⁹ El ordenamiento ecológico se considera de utilidad pública¹⁴⁰ y por ello se lleva a cabo a través de programas de ordenamiento ecológico (POE). Los POE son el resultado de procesos que involucran espacios de diálogo y negociación para la construcción de acuerdos entre el gobierno y la sociedad, a fin de armonizar las actividades de todos los sectores entre sí y con el medio ambiente.¹⁴¹ Existen cuatro tipos de POE:

- General del Territorio (POEGT);
- Marinos (POEM).
- Regionales (POER); y
- Locales (POEL);¹⁴²

131. Los POEGT son formulados por la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT),¹⁴³ aunque las entidades federativas y los municipios pueden participar en las consultas y emitir recomendaciones.¹⁴⁴ Los POEGT tienen por objeto determinar la regionalización ecológica del territorio nacional y los lineamientos y estrategias ecológicas para la preservación, protección, restauración y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales, así como para la localización de actividades productivas.¹⁴⁵

¹³⁹ C-0127, Artículo 3, fracción XXIV; RW-004, ¶ 9 y RE-001, ¶ 68.

¹⁴⁰ C-0127, Artículo 2, fracción I.

¹⁴¹ Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. Curso de Ordenamiento Ecológico. Disponible en: https://proyectos.cuaed.unam.mx/educacion_continua/ordenamiento_ecologico/Nivel03/index.html. **R-0013.** Los POE son un instrumento de planeación territorial de primordial importancia para identificar, prevenir y revertir los procesos de deterioro ambiental, como la escasez y contaminación del agua, la afectación y pérdida de especies de flora y fauna, la degradación del suelo y la pérdida de la cobertura vegetal, entre otros, además de disminuir la vulnerabilidad de las poblaciones humanas ante eventuales desastres naturales. Ver H. Ayuntamiento de Pachuca Soto Hidalgo, Bitácora Ambiental del Programa de Ordenamiento Ecológico Local del Municipio de Pachuca de Soto, Hidalgo. **R-0014** y RE-001, ¶ 47, 68 y 87.

¹⁴² C-0127, Artículo 19 BIS; RW-004, ¶10-11 y RE-001, ¶ 69.

¹⁴³ C-0127, Artículo 20.

¹⁴⁴ C-0127 Artículo 20 BIS 1 ¶ 2.

¹⁴⁵ C-0127, Artículo 20.

132. Los POEM también son formulados por la SEMARNAT y su objeto es el establecer los lineamientos y previsiones a que deberá sujetarse la preservación, restauración, protección y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales existentes en áreas o superficies específicas ubicadas en zonas marinas mexicanas.¹⁴⁶

133. Los POER pueden ser formulados y expedidos por los gobiernos de las entidades federativas, sin embargo, cuando éstos incluyan un área natural protegida, competencia de la Federación, el POER debe ser elaborado y aprobado en forma conjunta por la SEMARNAT y los gobiernos de las entidades federativas y Municipios en que se ubique.¹⁴⁷

134. Los POEL deben ser expedidos por las autoridades municipales de conformidad con las leyes locales en materia ambiental.¹⁴⁸ Por ello, los POEL también se considera de utilidad e interés público.¹⁴⁹ Los POEL tienen por objeto, *inter alia*, regular los usos del suelo con el propósito de proteger el ambiente y preservar, restaurar y aprovechar de manera sustentable los recursos naturales fundamentalmente en la realización de actividades productivas.¹⁵⁰ De hecho, los Municipios tienen la facultad de controlar y vigilar el uso y cambio del uso del suelo establecido en los POEL.¹⁵¹ Sin embargo, al igual que con los POER, cuando un POEL incluye un área natural protegida competencia de la Federación, éste debe ser elaborado y aprobado en forma conjunta por la SEMARNAT, los Gobiernos de las entidades federativas y los Municipios.¹⁵²

135. No existe una jerarquía entre los diferentes tipos de POE, sino que cada uno aborda aspectos diferentes de acuerdo a las facultades y competencias de las autoridades que expiden cada uno.¹⁵³

¹⁴⁶ C-0127, Artículo 20 BIS 6.

¹⁴⁷ C-0127 Artículo 20 BIS 2.

¹⁴⁸ C-0127 Artículo 20 BIS 4, ¶ 1.

¹⁴⁹ Ley de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente del Estado de Quintana Roo, Periódico Oficial de Quintana Roo, Quintana Roo, 29 de junio de 2001, Artículo 1, fracción I. **R-0001.**

¹⁵⁰ C-0127, Artículo 20 BIS 4, fracción II y RE-001, ¶ 70

¹⁵¹ C-0127, Artículo 8, fracción VIII.

¹⁵² C-0127, Artículo 20 BIS 5, fracción V.

¹⁵³ Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. *Curso de Ordenamiento Ecológico*. Disponible en: https://proyectos.cuaed.unam.mx/educacion_continua/ordenamiento_ecologico/Nivel03/index.html. **R-0013.**

136. Los procedimientos conforme a los cuales se formulan, aprueban, expiden, evalúan y modifican los POEL se determinan en las leyes de las entidades federativas.¹⁵⁴ Sin embargo, dichos procedimientos y leyes deben ser acordes con la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente,¹⁵⁵ la cual no prevé una limitación en cuanto al plazo para su expedición ni mucho menos la concertación de acuerdos con particulares para promover por sus intereses, tal como se aborda a continuación.¹⁵⁶

1. Procedimiento para la formulación o modificación de Programas de Ordenamiento Ecológico

137. El ordenamiento ecológico es un proceso adaptativo y continuo que involucra las siguientes fases:

- 1) Fase de formulación;
- 2) Fase de expedición;
- 3) Fase de ejecución;
- 4) Fase de evaluación; y
- 5) Fase de modificación¹⁵⁷

138. La naturaleza adaptativa de un POE significa que éste puede ser objeto de revisión y, en su caso, ajustarse por no funcionar correctamente. Se caracteriza como un proceso continuo porque su evaluación se lleva a cabo precisamente de esa manera, lo cual permite la retroalimentación y la corrección de fallas.¹⁵⁸

¹⁵⁴ C-0127, Artículo 20 BIS 5.

¹⁵⁵ Ley de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente del Estado de Quintana Roo, Periódico Oficial de Quintana Roo, Quintana Roo, 29 de junio de 2001, Artículo 1, fracción VI. **R-0001**.

¹⁵⁶ RW-004, ¶¶ 35-36; RW-005, ¶¶ 18-20 y RE-001, ¶¶ 86 y 88.

¹⁵⁷ C-0127, Artículo 20 bis 5; Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, artículo 3, fracción XIX, artículo 7, fracción I, artículo 8 y artículo 10. **R-0015**; Ley de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente del Estado de Quintana Roo, Periódico Oficial de Quintana Roo, Quintana Roo, 29 de junio de 2001, artículo 4 ter., fracción V, artículo 7, fracciones I y III, artículo 8, fracción VI, artículo 17. **R-0001**; Reglamento Del Equilibrio Ecológico y Protección Ambiental Del Municipio De Solidaridad, Periódico Oficial de Quintana Roo, Quintana Roo, 26 de septiembre de 2008, Artículo 24. **R-0016** y RW-004, ¶¶ 12-13.

¹⁵⁸ Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. *Curso de Ordenamiento Ecológico*. Disponible en: https://proyectos.cuaed.unam.mx/educacion_continua/ordenamiento_ecologico/Nivel03/index.html. **R-0013**.

a. Fases que involucra la formulación/modificación de un POE

(1) Fase de formulación de un POE

139. El inicio formal del proceso de un POE ocurre con la suscripción de un convenio de coordinación entre las autoridades gubernamentales.

(a) Los convenios de coordinación

140. Los convenios de coordinación pueden suscribirse por instancias del gobierno federal, estatal y municipal, según el tipo de POE de que se trate.¹⁵⁹ Los convenios de coordinación tienen por objeto determinar las acciones, plazos y compromisos que integran la agenda del proceso de ordenamiento ecológico. Un convenio de coordinación debe contener, *inter alia*, los siguientes elementos básicos:

- Las bases para precisar el área que abarcará el POE;
- Los lineamientos para instrumentar el proceso;
- La participación y la responsabilidad que corresponda a cada una de las autoridades e instituciones en la conducción e instrumentación del POE;
- La integración del órgano que instrumentará y dará seguimiento al proceso;
- Las acciones iniciales que deba realizar cada parte para garantizar el inicio y desarrollo eficaz del proceso;
- La determinación de los productos que deberán obtenerse como resultado del proceso; y
- Las sanciones y responsabilidades que se generarán para las partes en caso de incumplimiento.¹⁶⁰

141. Con el objetivo de asegurar el interés general y garantizar su ejecución en tiempo y forma, los convenios que se suscriben dentro del proceso de ordenamiento ecológico se consideran instrumentos jurídicos de derecho público, cuyo cumplimiento es de carácter obligatorio para las partes que lo celebran.¹⁶¹ El hecho de que un convenio involucre a los tres órdenes de gobierno –

¹⁵⁹ Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 4, fracción V. **R-0015.**

¹⁶⁰ Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 8. **R-0015.**

¹⁶¹ Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 10. **R-0015.**

federal, estatal y municipal–, no afecta las facultades o atribuciones que cada autoridad tiene dentro de su ámbito jurídico. Por ello, la autoridad que emite el POE no podrá regular materias que no le corresponden o no forman parte de sus atribuciones.

(b) El Comité de Ordenamiento Ecológico

142. En los convenios de coordinación también se establece el Comité de Ordenamiento Ecológico (COE). El COE es el órgano permanente que se encarga de la conducción del proceso de acuerdo a lo que establece el propio convenio. El COE está integrado por representantes de las dependencias gubernamentales que suscribieron el convenio, así como por representantes de los sectores sociales que llevan a cabo actividades en el área de ordenamiento, es decir, el COE funciona como una instancia de seguimiento representativa y plural. Esta situación, permite fortalecer el carácter participativo y transparente del proceso.¹⁶² El COE establece las bases para su operación –mediante la elaboración de un reglamento interior–,¹⁶³ las acciones para la formulación del POE, las estrategias ecológicas y la integración de la bitácora ambiental.¹⁶⁴

143. El COE cuenta con dos órganos:

- **Órgano Ejecutivo.** Está integrado por las autoridades firmantes del convenio de coordinación y un representante de la sociedad civil. Es el responsable de la toma de decisiones para la instrumentación de las acciones, procedimientos, estrategias y programas del proceso de ordenamiento ecológico.
- **Órgano Técnico.** Se conforma por las áreas técnicas de instituciones gubernamentales firmantes del convenio de coordinación, así como representantes de los sectores sociales, productivos y de las instituciones académicas. Es el encargado de la realización de los estudios y análisis técnicos necesarios para la instrumentación de las acciones, procedimientos, estrategias y programas del proceso de ordenamiento ecológico.¹⁶⁵

144. El COE cuenta, *inter alia*, con las siguientes atribuciones:

¹⁶² Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. *Curso de Ordenamiento Ecológico*. Disponible en: https://proyectos.cuaed.unam.mx/educacion_continua/ordenamiento_ecologico/Nivel03/index.html. **R-0013**.

¹⁶³ Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 71. **R-0015**.

¹⁶⁴ Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 11. **R-0015**.

¹⁶⁵ Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 70. **R-0015**: RE-001, ¶¶ 72 y 77 y RW-004, ¶ 15.

- Fomentar la articulación de POE;
- Verificar que se observen las formalidades del proceso;
- Verificar que los resultados del proceso se inscriban en la bitácora ambiental; y
- Sugerir la modificación de los planes, los programas y las acciones sectoriales en el área de estudio y la suscripción de los convenios necesarios.

(c) Bitácora ambiental

145. La bitácora ambiental es el registro de los avances del proceso de un POE,¹⁶⁶ cuya elaboración y actualización estará a cargo de la SEMARNAT, los Estados o los Municipios, según el tipo de POE de que se trate. La bitácora ambiental es una herramienta que tiene por finalidad: (i) proporcionar e integrar información actualizada sobre el proceso de ordenamiento ecológico; (ii) constituir un instrumento para la evaluación del cumplimiento de los acuerdos asumidos y la efectividad de los lineamientos y estrategias ecológicas; (iii) fomentar el acceso a la información sobre el proceso; y (iv) promover la participación social en la vigilancia del proceso.¹⁶⁷

146. Dado que la bitácora ambiental cubre todo el proceso del POE, éste incluye el registro de todas las actuaciones dentro de cada una de las fases que se desarrollan *infra*, incluidos: (i) el convenio de coordinación y sus anexos; (ii) el acta de instalación del COE; (iii) el reglamento del COE; (iv) la agenda ambiental, i.e., una visión preliminar de los sectores respecto de los problemas socioambientales derivados del uso del territorio; (v) las listas de asistencias, actas y fotos de las sesiones del comité; (vi) informes del estudio técnico; (vii) el proceso y resultados de la consulta pública; (viii) el decreto del POE; (ix) las acciones establecidas en el POE para su ejecución; (x) los indicadores ambientales para evaluar la efectividad y el cumplimiento de los lineamientos (metas) y estrategias ecológicas; y (xi) los reportes de la evaluación y seguimiento de los compromisos asumidos en el POE.¹⁶⁸

(d) El estudio técnico

¹⁶⁶ Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 3º, fracción VIII. **R-0015.**

¹⁶⁷ Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 13. **R-0015.**

¹⁶⁸ Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 14. **R-0015.**

147. Todo POE se basa en un estudio técnico que es elaborado por expertos en el tema, es decir, por el órgano técnico. De hecho, la información que se requiere es aportada directamente por los sectores involucrados, i.e., necesidades respecto al uso del territorio. Además, los diversos sectores tienen la oportunidad de opinar y contribuir en la construcción del modelo de ocupación del territorio, el establecimiento de regulaciones que aseguren la continuidad de sus actividades, la disminución de los conflictos, así como el mantenimiento de los recursos naturales:¹⁶⁹

148. El estudio técnico consta de cuatro etapas:

- i) Caracterización;
- ii) Diagnóstico;
- iii) Pronóstico; y
- iv) Propuesta.¹⁷⁰

149. A continuación, se aborda cada una de las etapas antes referidas.

i) Etapa de Caracterización

150. La etapa de caracterización tiene por finalidad describir el estado de los componentes natural, social y económico del área de estudio. El producto final de esta etapa debe presentarse en información medible e instrumentos cartográficos, considerando, *inter alia*, las siguientes acciones:

- Delimitar el área de estudio, teniendo en cuenta:
 - las actividades sectoriales;
 - las cuencas, los ecosistemas, las unidades geomorfológicas;
 - los límites político-administrativos;
 - las áreas de atención prioritaria; y
 - las áreas de desarrollo de la industria de hidrocarburos.

¹⁶⁹ Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. *Curso de Ordenamiento Ecológico*. Disponible en: https://proyectos.cuaed.unam.mx/educacion_continua/ordenamiento_ecologico/Nivel03/index.html. **R-0013**.

¹⁷⁰ Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 41. **R-0015; 0015**; RE-001, ¶ 76 y RW-004, ¶ 17.

- Identificar y describir el conjunto de atributos ambientales que reflejen los intereses sectoriales en el área de estudio;
- Identificar los intereses sectoriales mediante mecanismos de participación social corresponsable; y
- Establecer criterios para identificar prioridades entre los atributos ambientales y los intereses sectoriales en las áreas de estudio.¹⁷¹

ii) Etapa de Diagnóstico

151. La etapa de diagnóstico tiene por finalidad identificar y analizar los conflictos ambientales en el área de estudio, a través de las siguientes acciones:

- Elaborar un análisis de aptitud para los sectores involucrados en las actividades de:
 - aprovechamiento de los recursos naturales;
 - conservación de los ecosistemas y la biodiversidad; y
 - mantenimiento de los bienes y servicios ambientales en el área de estudio,
- Producir el mapa de aptitud del territorio con base en el análisis de aptitud;
- Identificar los conflictos ambientales a partir del análisis de la concurrencia espacial de actividades sectoriales incompatibles; y
- Delimitar las áreas que:
 - deben preservarse, conservarse, protegerse o restaurarse; y
 - requieran el establecimiento de medidas de mitigación para atenuar o compensar impactos ambientales adversos.¹⁷²

iii) Etapa de Pronóstico

152. La etapa de pronóstico tiene como finalidad examinar la evolución de los conflictos ambientales, a partir de la previsión de las variables naturales, sociales y económicas. Para tales efectos, se consideran, *inter alia*, los siguientes factores:

- El deterioro de los bienes y servicios ambientales;

¹⁷¹ Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 42. **R-0015.**

¹⁷² Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 43. **R-0015.**

- Los procesos de pérdida de cobertura vegetal, degradación de ecosistemas y de especies sujetas a protección;
- Los efectos del cambio climático;
- Las tendencias de crecimiento poblacional y las demandas de infraestructura urbana, equipamiento y servicios urbanos;
- Los impactos ambientales acumulativos considerando sus causas y efectos en tiempo y lugar; y
- Las tendencias de degradación de los recursos naturales y de cambio de los atributos ambientales que determinan la aptitud del territorio para el desarrollo de las actividades sectoriales.¹⁷³

iv) Etapa de Propuesta

153. La etapa de propuesta tiene por objeto generar el modelo de ordenamiento ecológico (MOE).¹⁷⁴ El MOE es la representación, en un sistema de información geográfica, de las unidades de gestión ambiental (UGA) y sus respectivos lineamientos ecológicos,¹⁷⁵ *i.e.*, la meta o enunciado general que refleja el estado deseable de la UGA en cuestión;¹⁷⁶ y

(e) El programa de ordenamiento ecológico

154. Un POE se compone del MOE –representación de las UGA con sus lineamientos o metas– y las estrategias ecológicas aplicables,¹⁷⁷ es decir, la integración de los objetivos específicos, las acciones, los proyectos, los programas y los responsables de su realización para el logro de los lineamientos ecológicos.¹⁷⁸ Las propuestas de POE son validadas por el COE.

(2) Fase de expedición

¹⁷³ Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 44. **R-0015.**

¹⁷⁴ Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 45. **R-0015.**

¹⁷⁵ Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 3º, fracción XVII. **R-0015.**

¹⁷⁶ Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 3º, fracción XVI. **R-0015.** “La propuesta del Programa de Ordenamiento Ecológico debe someterse a un proceso de consulta pública a través de mecanismos de consulta con representantes de los grupos y sectores público, privado y social”. RW-004, ¶ 19.

¹⁷⁷ Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 3º, fracción XXI. **R-0015.**

¹⁷⁸ Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 3º, fracción XII. **R-0015.**

155. La fase de expedición se refiere al procedimiento legal para decretar el POE, es decir, transformarlo en un documento oficial con validez jurídica. Esta fase involucra a su vez dos cursos de acción, a saber, un proceso de consultas públicas y la publicación del decreto por el cual se expide el POE.

(a) Consultas públicas

156. Con el objetivo de difundir la propuesta de POE a la sociedad y solicitar su opinión, la propuesta debe someterse un proceso de consulta pública, la cual involucra (i) la realización de talleres o foros informativos; (ii) la publicación de un aviso en el que se indique dónde puede consultarse la información, el plazo y procedimientos para recibir las propuestas; y (iii) la convocatoria a una reunión pública de información.

157. Las consultas públicas pueden variar según el tipo de POE. En los POE de competencia federal, las consultas tienen una duración de 60 días hábiles, mientras que en los POER y POEL varía de acuerdo con lo que establezcan las propias leyes locales o, en su caso, la duración acordada por el COE.¹⁷⁹

(b) Publicación

158. Según el tipo de POE de que se trate, éste debe publicarse mediante Decreto en el Diario Oficial de la Federación o el Periódico o Gaceta Oficial de la entidad federativa. Con la publicación del Decreto, que incluye al POE, dichos instrumentos y disposiciones que ahí se establecen, se vuelven de observancia obligatoria.

(3) Fase de ejecución

159. Una vez decretado el POE, se inicia la etapa de ejecución. Esta fase involucra aplicar el POE, es decir, instrumentar las estrategias ecológicas para cumplir con los lineamientos (metas) ecológicos establecidos. Además, como instrumento normativo, las autoridades están obligadas a cumplir y apegarse a lo que establece el POE al evaluar y emitir solicitudes de autorizaciones para obras o proyectos relacionados con el uso del territorio.

160. En la etapa de ejecución también se contemplan acciones de inspección y vigilancia para verificar el cumplimiento del POE. En el caso de los POE de competencia federal, la PROFEPA

¹⁷⁹ Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. *Curso de Ordenamiento Ecológico*. Disponible en: https://proyectos.cuaed.unam.mx/educacion_continua/ordenamiento_ecologico/Nivel03/index.html. **R-0013**.

es la autoridad responsable de realizar las acciones tendientes a la inspección y vigilancia. Por lo que hace a los POER y POELS, la responsabilidad está a cargo de las autoridades locales.

161. El COE debe seguir reuniéndose periódicamente con el fin de dar continuidad al proceso, mantenerlo activo y fomentar la participación social para la ejecución y vigilancia del POE.¹⁸⁰ Para tales propósitos, las autoridades responsables –federales, estatales o municipales –, deben asegurar la disponibilidad de recursos para la operación del COE, la ejecución y seguimiento del POE.

(4) Fase de evaluación

162. La efectividad y cumplimiento de un POE debe ser evaluada de forma continua por las autoridades. Por ello, los propios POE prevén el establecimiento de sistemas de monitoreo¹⁸¹ mediante la generación de indicadores ambientales que permitan realizar una evaluación continua del proceso.¹⁸² Un indicador ambiental es una variable que permite evaluar la efectividad de los lineamientos y estrategias ecológicas establecidas en el POE.¹⁸³ Para hacerlo, se debe determinar el cumplimiento de (i) los acuerdos y responsabilidades establecidas en la fase de ejecución o implementación; y (ii) la efectividad de estrategias ecológicas para lograr cumplir con las metas que se plantean en los lineamientos ecológicos.¹⁸⁴

163. Los resultados de la evaluación del cumplimiento y de la efectividad del POE, permiten determinar la permanencia o modificación de los lineamientos y estrategias ecológicas.¹⁸⁵ Este proceso de evaluación también puede realizarse por la sociedad de diversas maneras, a saber, a través de la bitácora ambiental, verificando que se cumplen los compromisos; corroborando que

¹⁸⁰ Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. *Curso de Ordenamiento Ecológico*. Disponible en: https://proyectos.cuaed.unam.mx/educacion_continua/ordenamiento_ecologico/Nivel03/index.html. **R-0013**.

¹⁸¹ Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 6º, fracción VIII. **R-0015**.

¹⁸² Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 6º, fracción VI. **R-0015**.

¹⁸³ Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 3º. **R-0015**.

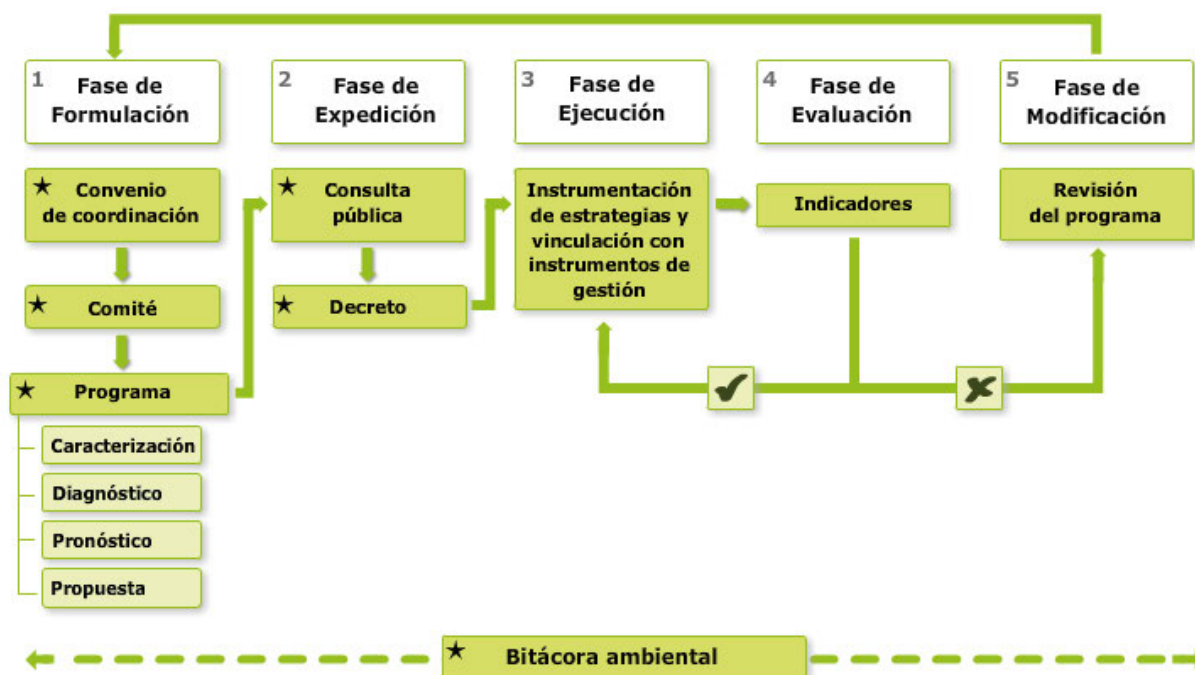
¹⁸⁴ Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículos 13-14. **R-0015**; Ver también Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. *Curso de Ordenamiento Ecológico*. Disponible en: https://proyectos.cuaed.unam.mx/educacion_continua/ordenamiento_ecologico/Nivel03/index.html. **R-0013**

¹⁸⁵ Reglamento de la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Ordenamiento Ecológico, DOF, México, 8 de agosto de 2003, Artículo 6º, fracción IX. **R-0015**.

las autorizaciones que se emiten para el uso del territorio son acordes a lo previsto en el POE; y mediante la observación directa de la evolución de los conflictos ambientales.¹⁸⁶

164. En la Figura 3, se presenta un diagrama de flujo que ilustra de forma sumaria el proceso que involucra un POE.

Figura 3. Proceso de los POE



Fuente: Curso de Ordenamiento Ecológico. Anexo R-0013.

165. Conforme al procedimiento antes descrito, se desprende que no existe un plazo específico para concluir un POE,¹⁸⁷ es decir, la legislación en la materia no prevé un plazo estricto o periodo de tiempo específico¹⁸⁸ para la formulación de un POE, mucho menos respecto de las diferentes etapas que involucra el proceso, *i.e.* expedición, ejecución, evaluación y, en su caso, modificación. De hecho, la propia práctica administrativa seguida en el marco de la formulación de otros POE, confirma dicha situación. Los expertos en materia ambiental de la Demandada confirman que “el

¹⁸⁶ Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. *Curso de Ordenamiento Ecológico*. Disponible en: https://proyectos.cuaed.unam.mx/educacion_continua/ordenamiento_ecologico/Nivel03/index.html. **R-0013**.

¹⁸⁷ C-0127, Artículos 20 BIS 4 y 5. De hecho, la LGEEPA aplica de forma supletoria en caso de las cuestiones no previstas.

¹⁸⁸ Dada la complejidad de este tipo de procesos que involucra la participación de diversos actores e intereses. RE-001, ¶ 88.

proceso de expedición o de modificación de los Programas de Ordenamiento Ecológico no está sujeto a un plazo determinado como tal (atendiendo a la naturaleza de estos procedimientos [...]).”¹⁸⁹

b. Ejemplos de procesos de formulación y modificación de POEL

166. Como lo señala el Informe de Experto de la Demandada: “[l]a expedición y actualización de los Programas de Ordenamiento Ecológico entrañan un complejo procedimiento de participación, diálogo y contribuciones por parte de autoridades, diversos grupos y organizaciones sociales y empresariales, así como instituciones académicas y de investigación”.¹⁹⁰ Adicionalmente, los expertos legales de de la Demandada subrayan que “es importante considerar que las zonas del país que cuentan con atractivos escénicos, naturales o turísticos, suelen presentar un mayor reto para autoridades y aquellas personas involucradas en el procedimiento de actualización de un Programa de ordenamiento ecológico”.¹⁹¹ De una revisión de otros Programas de Ordenamiento Ecológico se observa que muchos programas se mantienen inalterados por muchos años, incluso en aquellos casos en los que existe disposición expresa sobre su eventual modificación.

167. En este sentido, una vez que la autoridad responsable, en coordinación con el Comité, definen ajustar o reorientar el proceso de ordenamiento ecológico, se lleva a cabo la modificación de los lineamientos, las estrategias y otros componentes del programa, para lo cual es necesario seguir el mismo procedimiento que se siguió para su formulación. La retroalimentación de experiencias y resultados, señala el sentido de la adecuación, ya sea a través de la adaptación o la creación de nuevas estrategias y lineamientos, en función tanto de los cambios que hayan experimentado los ecosistemas como de los intereses de los gobiernos y demás sectores.

168. Con base en lo anterior, el COE puede determinar el periodo de tiempo estimado que transcurrirá entre las revisiones del programa o las condiciones ambientales, económicas y sociales que deben imperar en el área de ordenamiento que justifiquen la revisión y, en su caso, la

¹⁸⁹ RE-001, ¶ 103.

¹⁹⁰ RE-001, ¶ 87.

¹⁹¹ RE-001, ¶ 91.

modificación del POE. No obstante, resulta complejo e inverosímil poder determinar *ex ante* el tiempo que durará un proceso de POE, tal como lo demuestran los siguientes casos.¹⁹²

(1) El POEL del Municipio de Tijuana, Baja California

169. Por ejemplo, el POEL del Municipio de Tijuana (primera fase), tuvo su antecedente en el convenio de colaboración del Gobierno Municipal y la Universidad de Autónoma de Baja California celebrado en el año 2002. A pesar de la suscripción del convenio, la formulación del POEL no se concretó. De hecho, el proceso se retomó hasta el 3 de octubre de 2018,¹⁹³ es decir, 16 años después. Lo anterior, mediante instrucción dirigida al Instituto Metropolitano de Planeación de Tijuana para llevar a cabo todas las acciones técnicas y de gestión que hicieran posible que el Municipio de Tijuana contara con su POEL.

170. De este modo, el 26 de febrero de 2019, se formalizó el inicio de la fase de formulación del proceso de POEL. La fase de caracterización se llevó cabo mediante un taller sectorial de participación pública un mes después, *i.e.*, el 26 de marzo de 2019. Al mes siguiente, el 25 de abril de 2019, se realizó un taller de participación pública para cubrir las etapas de diagnóstico y pronóstico para la elaboración del POEL.¹⁹⁴

171. El 2 de agosto de 2019, se realizó la sexta sesión extraordinaria del Comité Técnico de Ordenamiento Ecológico Local en la que se validó por unanimidad el proyecto del POEL.¹⁹⁵ El POEL fue aprobado por el Municipio de Tijuana el 14 de septiembre de 2019. Finalmente, el 11

¹⁹² Otros procesos de ordenamiento ecológico que se caracterizan por la complejidad y duración del procedimiento para su expedición son los POEL de La Paz, Los Cabos y Tulum. Ver SEMARNAT, Oficio DGPAIRS/2019/2020, 15 de septiembre de 2020. **R-0017**. “Adicionalmente, es importante considerar que las zonas del país que cuentan con atractivos escénicos, naturales o turísticos, suelen presentar un mayor reto para autoridades y aquellas personas involucradas en el procedimiento de actualización de un programa de ordenamiento ecológico. Lo anterior es así, pues este tipo de entornos suscitan intereses encontrados entre la preservación del medio ambiente y la explotación de los recursos naturales, los cuales deben ser cuidadosamente observados y ponderados. De ahí que, se reitera, el proceso de actualización de un Programa pueda tomar varios años”. RE-001, ¶ 91.

¹⁹³ Mediante oficio PM-306-BIS-2018. Ver *Programa de Ordenamiento Ecológico Local del Municipio de Tijuana, Baja California*, Periódico Oficial del Estado de Baja California, Tomo CXXVI, Mexicali, Baja California, 11 de octubre de 2019, antecedentes 1 y 2, p. 3. **R-0018**.

¹⁹⁴ *Programa de Ordenamiento Ecológico Local del Municipio de Tijuana, Baja California*, Periódico Oficial del Estado de Baja California, Tomo CXXVI, Mexicali, Baja California, 11 de octubre de 2019, antecedente 3, p. 3. **R-0018**.

¹⁹⁵ *Programa de Ordenamiento Ecológico Local del Municipio de Tijuana, Baja California*, Periódico Oficial del Estado de Baja California, Tomo CXXVI, Mexicali, Baja California, 11 de octubre de 2019, antecedente 4, p. 3. **R-0018**.

de octubre de 2019, se publicó en el Periódico Oficial del Estado de Baja California el Decreto por el cual se adopta el POEL del Municipio de Tijuana.¹⁹⁶

(2) El POEL del Municipio de Colón, Querétaro

172. Por su parte, el POEL del Municipio de Colón inicia su proceso de Ordenamiento Ecológico Local, en agosto de 2010, con la formulación de los estudios técnicos.¹⁹⁷ De agosto a septiembre de 2011 se realizan los talleres con los diferentes sectores para la posterior elaboración del MOE.¹⁹⁸ No obstante lo anterior, el proceso se suspendió por casi 5 años. Fue hasta el 8 de septiembre de 2016 que se retoman los trabajos del POEL con ayuda de la Secretaría de Desarrollo Sustentable del Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro.

173. De esta manera, el 8 de diciembre de 2016, se instalaron los nuevos comités ejecutivo y técnico. Posteriormente, el 17 de enero de 2017 se lleva a cabo la sesión de trabajo y el 25 de julio de 2017, se instala el Consejo de Ordenamiento Territorial Desarrollo Urbano y Vivienda de Colón, como organismo auxiliar de participación ciudadana y conformación plural.¹⁹⁹ Es hasta el 3 de noviembre de 2017, que se valida la Memoria Técnica y el MOE.²⁰⁰

174. La propuesta del POEL²⁰¹ se publicó en el Periódico Oficial del Poder Ejecutivo de Gobierno del Estado el 10 de noviembre de 2017. Lo anterior, con fines de consulta pública. Finalmente, el H. Ayuntamiento de Colón, Querétaro aprobó por mayoría calificada, el 8 de febrero de 2018, el Acuerdo que autoriza el POEL del Municipio de Colón.²⁰²

¹⁹⁶ *Programa de Ordenamiento Ecológico Local del Municipio de Tijuana, Baja California*, Periódico Oficial del Estado de Baja California, Tomo CXXVI, Mexicali, Baja California, 11 de octubre de 2019, p. 7. **R-0018.**

¹⁹⁷ *Programa de Ordenamiento Ecológico Local del Municipio de Colón, Querétaro*, Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Querétaro, Tomo CLI, Santiago de Querétaro, 13 de febrero de 2018, p.10. **R-0019.**

¹⁹⁸ *Programa de Ordenamiento Ecológico Local del Municipio de Colón, Querétaro*, Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Querétaro, Tomo CLI, Santiago de Querétaro, 13 de febrero de 2018, p.10. **R-0019.**

¹⁹⁹ *Programa de Ordenamiento Ecológico Local del Municipio de Colón, Querétaro*, Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Querétaro, Tomo CLI, Santiago de Querétaro, 13 de febrero de 2018, p.10. **R-0019.**

²⁰⁰ *Programa de Ordenamiento Ecológico Local del Municipio de Colón, Querétaro*, Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Querétaro, Tomo CLI, Santiago de Querétaro, 13 de febrero de 2018, p.10. **R-0019.**

²⁰¹ *Programa de Ordenamiento Ecológico Local del Municipio de Colón, Querétaro*, Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Querétaro, Tomo CLI, Santiago de Querétaro, 13 de febrero de 2018, p.10. **R-0019.**

²⁰² *Programa de Ordenamiento Ecológico Local del Municipio de Colón, Querétaro*, Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Querétaro, Tomo CLI, Santiago de Querétaro, 13 de febrero de 2018, p.33. **R-0019.**

175. En conclusión, la formulación, expedición, ejecución, evaluación y, en su caso, la modificación de un POE conlleva un proceso complejo, que puede tomar mucho tiempo como consecuencia del involucramiento y participación diversos actores con intereses adversos. En el caso de las autoridades, sus acciones y obligaciones se enmarcan y rigen conforme al ámbito de sus respectivas atribuciones.

2. El Programa de Ordenamiento Ecológico de la Región denominada Corredor Cancún Tulum 1994

176. En 1991, se publicó un acuerdo presidencial por el que se ordenaba a las autoridades federales competentes a planear el ordenamiento ecológico para el desarrollo turístico de la región denominada Corredor Cancún-Tulum.²⁰³ En ese acuerdo se estableció que el Gobierno Federal planearía el ordenamiento ecológico con la participación correspondiente del Gobierno del Estado de Quintana Roo y los Municipios de Benito Juárez y Cozumel.²⁰⁴ El acuerdo también contempló la firma de un convenio de coordinación entre autoridades de los tres órdenes de gobierno para dar inicio al procedimiento del Programa Ecológico, así como la celebración de convenios de concertación con los sectores social y privado para inducir el desarrollo de la región conforme a los criterios ecológicos que se determinaran.

177. Durante el proceso se llevaron a cabo varias sesiones de consulta y talleres de trabajo en las que participaron diversos grupos ecologistas y centros de investigación. El procedimiento de discusión del programa concluyó con una sesión en la que se informó sobre los estudios efectuados en la zona durante los 7 años de trabajo, los cuales dieron como resultado la identificación de 48 UGA. De esta manera, las propuestas de los grupos de trabajo fueron expresadas en un documento final, que posteriormente fue integrado al Programa Ecológico, obteniendo el consenso unánime de los participantes.²⁰⁵

²⁰³ *Acuerdo por el que la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología, con la participación de la Secretaría de Turismo, procederá a planear el ordenamiento ecológico para el desarrollo turístico de la región denominada corredor Cancún Tulum*, DOF, Ciudad de México, D.F., 31 mayo de 1991. **R-0020**.

²⁰⁴ El 28 de julio de 1993, se publicó el Decreto por medio del cual se creó el Municipio de Solidaridad. Ver Decreto No.19, Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo, 28 de julio de 1993. **R-0021**.

²⁰⁵ ■■■■■-004, p. 25. Participaron en las reuniones diversas universidades, el Grupo Ecologista del Mayab, A.C., Acciones para el Medio Ambiente de Quintana Roo, A.C., Amigos de Sian Ka'an, Centro Ukana I Akumal, ECOCARIBE y Reserva de la Biosfera de Sian Ka'an.

178. El 5 de junio de 1994, se concluyó la fase de discusión e integración del Programa Ecológico. Posteriormente, el Gobierno Federal, el Gobierno del Estado de Quintana Roo y los Municipios involucrados, suscribieron el acuerdo de coordinación para la instrumentación jurídica de la versión aprobada del Programa de Ordenamiento Ecológico de la Región denominada Corredor Cancún- Tulum 1994 (POER Corredor Cancún–Tulum 1994).²⁰⁶

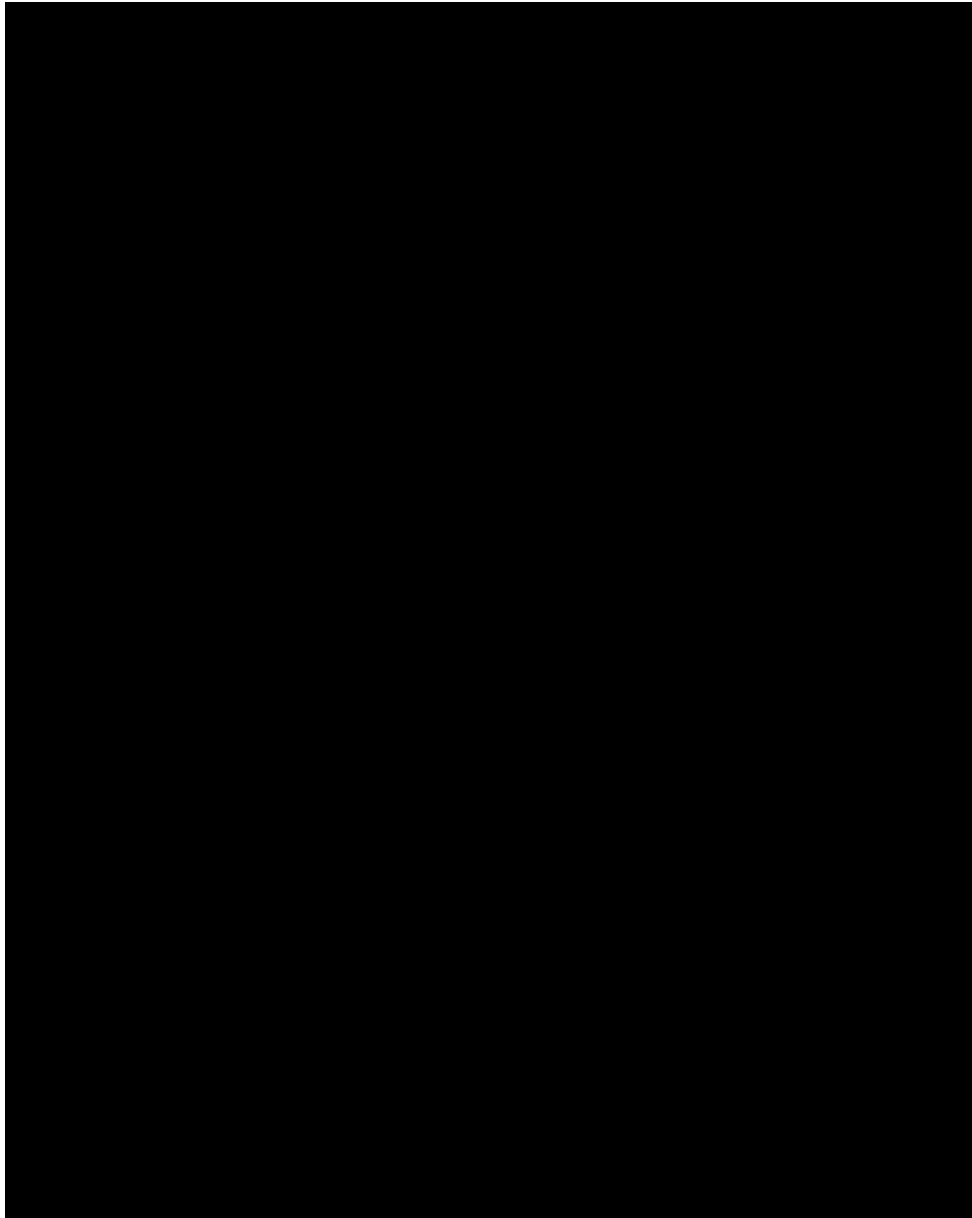
179. El POER Corredor Cancún–Tulum 1994 identificó las áreas en las que se establecerían los predios La Adelita y El Corchalito, con las UGA “T-22” y “T-18”, es decir, con una política de conservación y restauración, así como con una vocación de uso de suelo apta para la conservación de la vida silvestre, desarrollo rural y para actividades de restauración ecológica. En junio y agosto de 1996, CALICA adquirió los predios La Adelita y El Corchalito.²⁰⁷ Por lo tanto, con base en los términos del Ordenamiento Ecológico, en ese momento el área en la que se encontraban los predios no era aprovechables para el desarrollo de la actividad de CALICA.²⁰⁸ Para mayor referencia, en la Figura 4 se ilustra dicha situación.

²⁰⁶ [REDACTED]-004, p.24.

²⁰⁷ Memorial, ¶ 47 y C-0034.

²⁰⁸ C-0017, Antecedentes XIII y XV, pp.25-26. Los criterios aplicables a esas zonas conforme al POERCCT 1994 son: C2 (Únicamente se podrá llevar a cabo actividades de bajo impacto relacionadas con el desarrollo de comunidades rurales), B1 (la unidad deberá quedar exenta de cualquier uso del suelo en tanto no se logra la recuperación de sus condiciones naturales), entre otros. Es preciso aclarar que el aprovechamiento de los predios estaba afectado desde 1989 por la publicación del Decreto por el que se declara la veda total e indefinida como consecuencia de la afectación generada por diversos fenómenos naturales, como el paso del Huracán Gilberto, que culminaron en el incendio forestal que afectó en los municipios de Benito Juárez, Cozumel, Isla Mujeres y Felipe Carrillo Puerto en el Estado de Quintana Roo. Ver RE-001, ¶¶ 113-115.

Figura 4. UGA aplicable a los predios El Corchalito y La Adelita conforme al POER Corredor Cancún–Tulum 1994



Fuente: Elaboración propia con base en el Acuerdo de coordinación Corredor Cancún- Tulum de 1994. ■■■■■-004.

3. Modificaciones al Programa de Ordenamiento Ecológico de la Región Corredor Cancún Tulum 2001

180. En octubre de 1996, como consecuencia de la transformación de los escenarios jurídicos, sociales y ambientales de la Región, se estableció un Comité Técnico responsable del proceso de

actualización del Ordenamiento Ecológico del Corredor Tulum- Quintana Roo.²⁰⁹ Si bien las sesiones de trabajo se detuvieron el mismo año de su instauración, en el 2000 se retomaron los trabajos correspondientes y se constituyó un grupo interdisciplinario para revisar el POER Corredor Cancún–Tulum 1994. El referido grupo interdisciplinario se integró por representantes de ocho dependencias de los diferentes órganos de gobierno y ocho organismos de los sectores académicos y de investigación, empresarial, social y no gubernamental.

181. Con base en la información obtenida en los grupos de trabajo instaurados en 1996, la información disponible en dependencias oficiales, organismos no gubernamentales, así como estudios de caracterización ecológica elaborados para los predios de la región, se celebraron 55 reuniones del grupo de trabajo y del Comité Técnico, las cuales condujeron a la validación del nuevo modelo ecológico. La versión de ese modelo ecológico se presentó como propuesta el 8 de junio de 2001 ante los miembros de la Subcomisión Estatal de Ordenamiento Ecológico. Asimismo, se abrió un periodo para comentarios y opiniones y otro periodo de consulta pública.²¹⁰

182. El 3 de agosto de 2001, el Gobierno Federal,²¹¹ el Gobierno del Estado de Quintana Roo y los Presidentes Municipales de Benito Juárez, Cozumel y Solidaridad, firmaron el Acuerdo de Coordinación con el objeto de apoyar la modificación, expedición y ejecución del Programa de Ordenamiento Ecológico de la Región denominada Corredor Cancún–Tulum. El referido Acuerdo dejó sin efecto al Acuerdo anterior, *i.e.*, Acuerdo de Coordinación Corredor Cancún–Tulum de 1994.

183. El proceso de actualización también se vio afectado por la reorientación de los usos de suelo de los antiguos polígonos de veda, derivado del estudio realizado por la SEMARNAP (ahora SEMARNAT) y denominado “justificación para el levantamiento de la veda forestal en la zona norte de Quintana Roo”. En consecuencia, la SEMARNAP (SEMARNAT), el Gobierno del Estado de Quintana Roo y los municipios de Benito Juárez, Isla Mujeres y Solidaridad suscribieron un

²⁰⁹ El encargado de establecerlo fue el Subcomité Estatal de Ordenamiento Ecológico de la Comisión Estatal de Ecología. Ver C-0078, p.31.

²¹⁰ El procedimiento de consulta pública comenzó el 13 de septiembre de 2001 con la publicación del anteproyecto de actualización en los periódicos de mayor circulación en el Estado que estableció un plazo de 15 días para la recepción de opiniones y comentarios sobre el proyecto.

²¹¹ Por conducto de los Titulares de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, de Desarrollo Social y de Turismo.

acuerdo de coordinación para establecer las bases para llevar a cabo diversas acciones tendientes a levantar la veda decretada en 1989. En seguimiento del referido convenio, se emitió un Decreto por el que se abrogó la veda total e indefinida en diversas zonas del Estado de Quintana Roo, en el cual se establecía que la SEMARNAP (SEMARNAT) brindaría apoyo al Gobierno de Quintana Roo para el establecimiento de las declaratorias de zonificación de uso de suelo de las áreas en las que se levantaba la veda.²¹²

184. Derivado de los resultados de las sesiones del grupo de trabajo y del Comité Técnico, así como las opiniones y observaciones de las consultas públicas, el POER Corredor Cancún–Tulum del 2001²¹³ se concretó el 16 de noviembre de 2001. Este POER Corredor Cancún–Tulum del 2001 contempló la reglamentación de los usos y destinos del suelo para la totalidad de la Región. Además, entre sus objetivos destacan la conservación del patrimonio ecológico del Corredor, con actividades como la preservación, protección y control del aprovechamiento de sus recursos naturales y paisajísticos, así como también la protección y recarga del manto acuífero de la región.

185. En el modelo del POER Corredor Cancún–Tulum de 2001 se establecieron 32 UGA, identificando a los predios La Adelita y El Corchalito dentro de la “UGA 30”, a la cual le corresponde una política ambiental con uso de suelo predominante de conservación y uso para minería de manera condicionada.²¹⁴ En la Figura 5 se muestra parte del modelo cartográfico del POER Corredor Cancún–Tulum del 2001, el cual refiere a los predios La Adelita y El Corchalito con la clave de unidad de gestión Ff30, identificándolos como predios con una fragilidad ambiental media (Nivel 3 de 5), lo cual concuerda con las acciones orientadas a levantar la veda

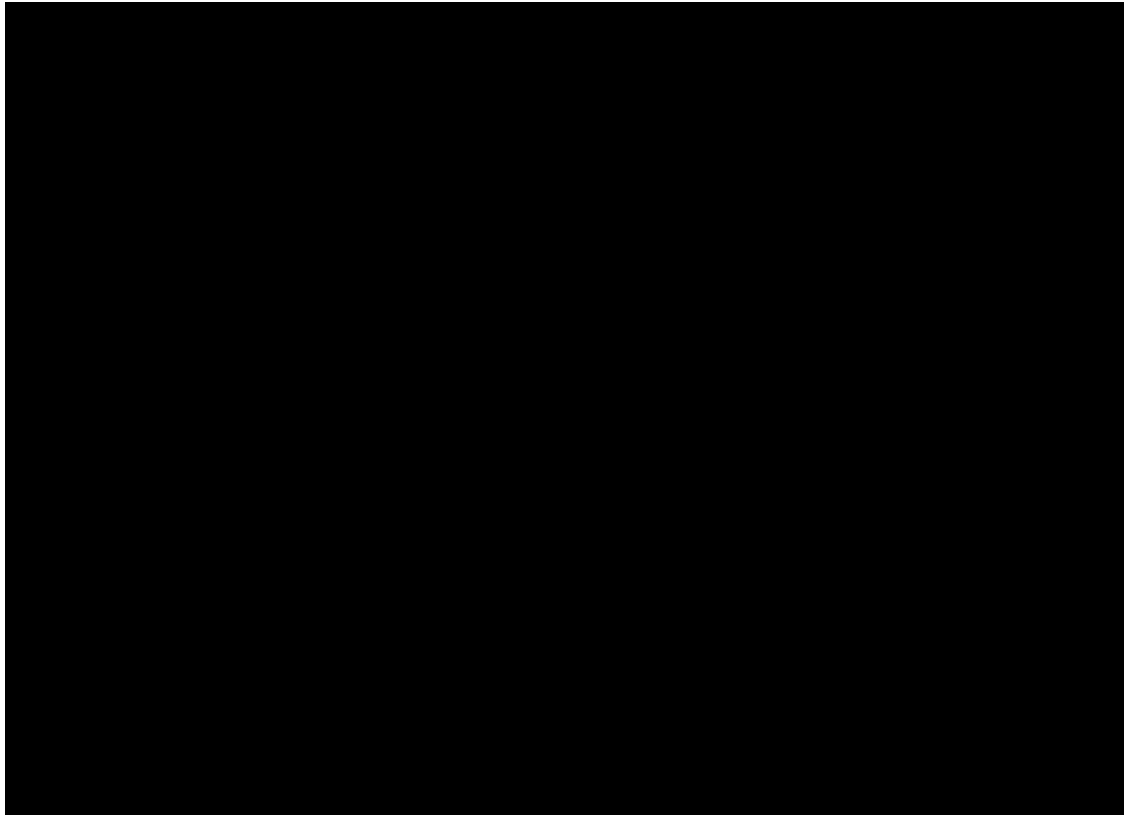
²¹² Decreto por el que se abroga el diverso por el que se declara veda total e indefinida, del aprovechamiento forestal y de la flora silvestre, así como la caza y captura de la fauna silvestre en diversas zonas del Estado de Quintana Roo, DOF, Ciudad de México, D.F., 9 de noviembre de 2000. **R-0022**. Ver RE-001, ¶ 115.

²¹³ C-0078.

²¹⁴ Conforme a los criterios que condicionan la actividad minera se establece que se permite la extracción de materiales calizos con estricto cumplimiento de la normatividad aplicable en la materia, la presentación de estudio de riesgo para la explotación de nuevos bancos de préstamo de materiales pétreos, la obligación de restaurar el suelo de los frentes agotados conforme se vaya avanzando los frentes de trabajo en los bancos de materiales, entre otros. Asimismo, condiciona la excavación por debajo del manto freático a autorización federal y de la Comisión Nacional del Agua. Ver C-0078, p.53.

total e indefinida decretada en 1989 y con el uso de suelo de conservación que desde 1994 se había establecido en dichos predios.²¹⁵

Figura 5. UGA aplicable a los predios El Corchalito y La Adelita conforme al POER Corredor Cancún–Tulum 2001



Fuente: POER Corredor Cancún-Tulum del 2001. Anexo R-0025.

186. El Decreto del POER Corredor Cancún–Tulum de 2001 estableció llevar a cabo “un proceso de revisión y evaluación en un plazo no menor a 3 años ni mayor de 5 años”.

4. El Programa de Ordenamiento Ecológico del Municipio de Solidaridad de 2009

187. El POEL Solidaridad del 2009 tiene su origen en el Convenio de Coordinación del 2005 celebrado entre el Gobierno Federal, el Gobierno del Estado de Quintana Roo y el Municipio de

²¹⁵ Modelo Cartográfico del Programa de Ordenamiento Ecológico Territorial de la Región denominada Corredor Cancún-Tulum, Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo, Quintana Roo, 16 de noviembre de 2001. **R-0023.**

Solidaridad²¹⁶ (Convenio 2005).²¹⁷ El Convenio 2005 dejó sin efecto el POER Cancún–Tulum del 2001, única y exclusivamente en lo que corresponde al territorio del Municipio de Solidaridad.

188. La instalación del Comité Técnico que coadyuvó a la formulación del modelo ecológico para el Municipio de Solidaridad se realizó el 9 de mayo de 2006. El referido Comité se conformó por los tres órdenes de gobierno y representantes de la sociedad civil. Después de trece sesiones de trabajo, el modelo ecológico se aprobó por unanimidad por el Municipio de Solidaridad el 27 de marzo de 2009.²¹⁸ Posteriormente, el 25 de mayo de 2009, éste se publicó y estableció mediante Decreto del Gobernador del Estado de Quintana Roo.

189. El POEL Solidaridad del 2009 establece como objetivos específicos los siguientes: (i) preservar las zonas de captación y extracción de agua del municipio; (ii) preservar en el municipio las asociaciones vegetales de selva baja y de halófitas costeras en función de sus reducidas extensiones, así como humedales costeros y continentales en función de su importancia ecológica; y (iii) preservar y proteger la biodiversidad que existe en los diferentes ecosistemas presentes en el municipio.

190. El POEL Solidaridad del 2009 subdivide el territorio municipal en 19 UGA, tomando en cuenta la información técnica, sustentada, fundada, motivada y aportada por los ciudadanos, colegios de profesionistas, asociaciones civiles, organizaciones no gubernamentales, grupos ejidales, asociaciones de inversionistas, cámaras y funcionarios de las tres esferas de gobierno.

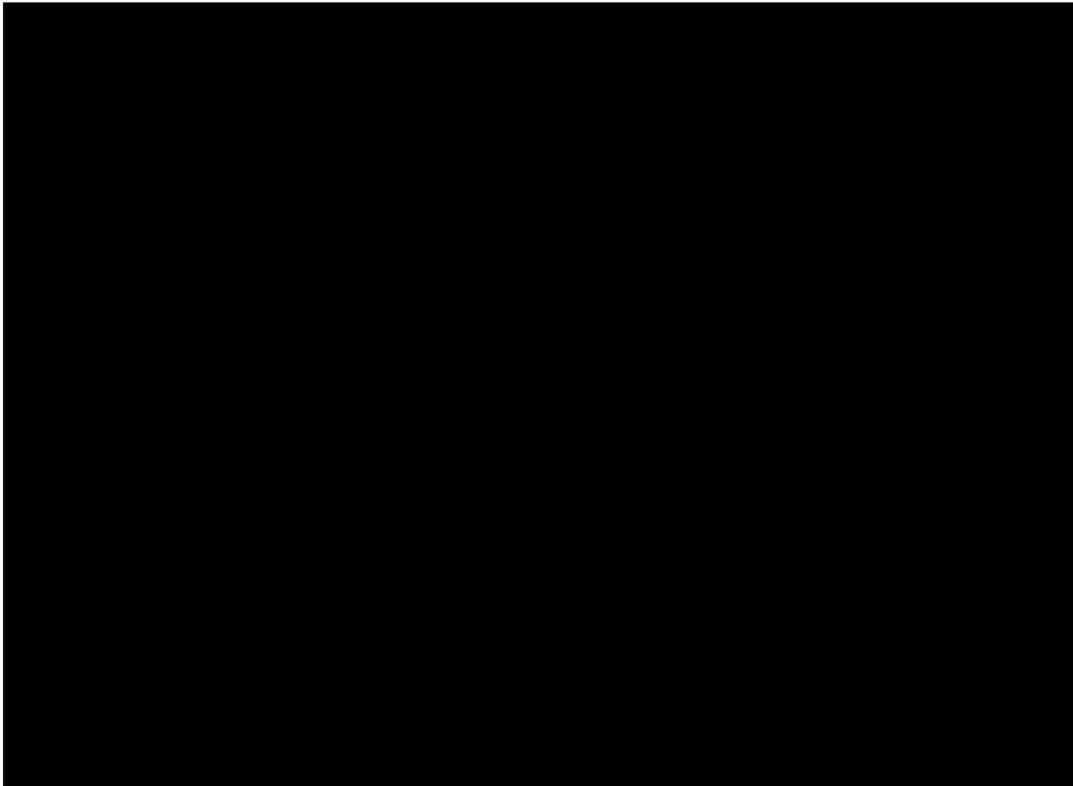
²¹⁶ *Convenio de Coordinación que establece las bases para la instrumentación del proceso tendiente a la formulación, la aprobación, expedición, ejecución, evaluación, seguimiento y en su caso, la modificación del Programa de Ordenamiento Ecológico Local del Municipio de Solidaridad en el Estado de Quintana Roo*, Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo, Tomo III, Chetumal, Quintana Roo, 16 de diciembre de 2005. **R-0024**. En éste se establecieron las bases para la instrumentación del proceso tendiente a la formulación, la aprobación, expedición, ejecución, evaluación, seguimiento y, en su caso, la modificación del POELMS.

²¹⁷ En éste se establecieron las bases para la instrumentación del proceso tendiente a la formulación, la aprobación, expedición, ejecución, evaluación, seguimiento y, en su caso, la modificación del POELMS. “*En el periodo en el que participé (2005-2007), recuerdo la participación de la empresa Calizas Industriales del Carmen, S.A. de C.V. (en adelante CALICA) en el proceso, sin embargo, no recuerdo haber escuchado alguna inconformidad sobre dicho proceso.*” Ver RW-004, ¶ 29-30.

²¹⁸ C-0080, p. 18.

191. Conforme al POEL Solidaridad del 2009 (ver Figura 6), los predios pertenecientes a CALICA, *i.e.*, La Adelita y El Corchalito, quedaron sujetos al uso del suelo para aprovechamiento sustentable.²¹⁹

Figura 6. UGA aplicable a los predios El Corchalito y La Adelita conforme al POELMS 2009



Fuente: POEL de Solidaridad 2009. Anexo R-0025.

192. En la Tabla 2 se puede observar la evolución a la que se han sujetado los predios La Adelita y El Corchalito con relación a las UGA aplicable.

Tabla 2. Evolución del uso de suelo aplicable a El Corchalito y La Adelita

Pedio	Rasgos de la UGA)	POER Cancún-Tulum de 1994	POER Cancún-Tulum de 2001	POEL de Solidaridad de 2009
El Corchalito y La Adelita	Tipo de UGA	UGA T-18 Y T-22	UGA 30	UGA 14 (El Corchalito)
				UGA 5 y UGA 12 (La Adelita)
	Política Ecológica	Restauración y conservación	Conservación	Aprovechamiento Sustentable (El Corchalito)

²¹⁹ Modelo Cartográfico del Programa de Ordenamiento Ecológico Local del Municipio de Solidaridad, Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo, Quintana Roo, 25 de mayo de 2009. R-0025.

	Vocación de uso de suelo	Restauración ecológica (zonas de veda), conservación de la vida silvestre y desarrollo rural	Uso predominante de Flora y fauna y Uso condicionado de Infraestructura, minería y turismo.	Conservación (La Adelita)		
				Uso predominante: Urbano y Uso condicionado: Ecoturístico, turístico, industrial, minería, Unidad de Manejo Ambiental (UMA), deportivo, parque recreativo, comercial, reserva natural, equipamiento.		
				(El Corchalito)		
				UGA	UGA 5	UGA 12
				Vocación	Área Natural	Minería
				Usos condicionados:	reserva natural, forestal, [...]	suburbano, minero, [...].
				Usos incompatibles:	[...] minero, [...].	forestal, [...]

Fuente: Elaboración propia con base en los Anexos ■■■-004, C-0078 y C-0080.

193. Como lo han señalado los expertos legales de la Demandada, el uso de suelo en Quintana Roo ha sido cambiante a lo largo de los años de acuerdo a los requerimientos ambientales y sociales de la época. Debe considerarse que la actualización de programa de ordenamiento ecológico en el Estado de Quintana Roo, implicará necesariamente un ordenamiento ecológico dentro de una zona turística y con gran diversidad ambiental. Por ello, los expertos legales de la Demandada destacan que:

[...] las zonas del país que cuentan con atractivos escénicos, naturales o turísticos, suelen presentar un mayor reto para autoridades y aquellas personas involucradas en el procedimiento de actualización de un Programa de ordenamiento ecológico. Lo anterior es así, pues este tipo de entornos suscitan intereses encontrados entre la preservación del medio ambiente y la explotación de los recursos naturales, los cuales deben ser cuidadosamente observados y ponderados.²²⁰

²²⁰

RE-001, ¶ 91.

a. El artículo quinto transitorio del Decreto Estatal por el que se establece el POELMS 2009: irretroactividad respecto de los derechos adquiridos

194. El artículo quinto transitorio del Decreto Estatal por el cual se establece el POELMS 2009 señala:

QUINTO.- Los trámites iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto, se resolverán conforme a la legislación vigente en la materia al momento de su inicio, por lo que no aplicará retroactivamente a los casos en concreto que cuenten con documentos oficiales y vigentes hasta antes de su entrada en vigor, ni en lo general ni en lo que toca a la futura renovación de los mismos.²²¹ (Énfasis añadido)

195. En la sección 2.6 del POELMS 2009 denominada “Estrategia de ordenamiento”, también se reconoce que dicho POEL no se aplicará retroactivamente a aquellos casos particulares que tengan documentos (autorizaciones, licencias y permisos) vigentes hasta antes de su entrada en vigor. Dicha sección establece:

Control de Constitucionalidad

Es muy importante precisar que este POEL, no se aplicará retroactivamente a los casos en concreto, que cuenten con documentos oficiales y vigentes hasta antes de su entrada en vigor, ni en lo general, ni en lo que toca a la futura renovación de los mismos, por parte de las autoridades competentes. Se reconocen y respetan pues, los derechos adquiridos concernientes, en los términos aquí precisados.²²² (Énfasis añadido)

b. La interpretación del artículo quinto transitorio del POEL 2009 por tribunales nacionales

196. El 15 de julio de 2009, CALICA impugnó la aprobación del POELMS 2009 por el Ayuntamiento de Solidaridad, así como el Decreto Estatal por el cual se publicó y estableció el POELMS 2009.²²³ En particular, CALICA solicitó que el POELMS 2009 se declarara inválido e inaplicable “respecto de los derechos previamente adquiridos [...] en relación a los predios denominados “El Corchalito” y “La Adelita”. Al respecto, CALICA argumentó:

[...] [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

²²¹ C-0080, p.20.

²²² C-0080, p. 69.

²²³ C-0087, p. 17.

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] :²²⁴ (Énfasis añadido)

197. De acuerdo con lo anterior, y conforme a lo señalado por CALICA en su impugnación, los derechos previamente adquiridos y respecto de los cuales el POELMS 2009 no los afectaba ni les resultaba aplicable –referidos clara y explícitamente por CALICA– fueron los siguientes:²²⁵

- Autorización en Materia de Impacto Ambiental,²²⁶ del 30 de noviembre del 2000, expedida por la SEMARNAP (ahora SEMARNAT);
- Renovación de la Autorización para el Aprovechamiento del Material Pétreo,²²⁷ del 3 de marzo del 2006, expedido por la Secretaría de Desarrollo Urbano y Medio Ambiente (SEDUMA ahora SEMA) de Quintana Roo;
- Licencia de Uso de Suelo,²²⁸ el 2 de octubre de 2007, expedida por la Dirección de Medio Ambiente de Solidaridad; y
- Autorización de Tala y/o Desmonte,²²⁹ del 3 de octubre de 2007, expedida por la Dirección de Medio Ambiente de Solidaridad;
- Licencia de Funcionamiento Ambiental en Materia de Emisiones a la Atmósfera,²³⁰ del 6 de mayo de 2009, expedida por la SEDUMA (ahora SEMA) de Quintana Roo.

198. Tanto las autoridades municipales²³¹ como las estatales²³² reconocieron lo que claramente el propio POELMS 2009 señalaba, a saber, la inaplicabilidad retroactiva respecto de los derechos

²²⁴ C-0082, p.10.

²²⁵ C-0082, pp. 7 y 10.

²²⁶ Contenida en el oficio SEDUMA/SSMA/DGPA/BMP/289/2006, del 3 de marzo del 2006, expedido por la Dirección de Gestión para la Protección Ambiental de la Subsecretaría de Medio Ambiente dependiente de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Medio Ambiente del Estado de Quintana Roo; Véase C-0074.

²²⁷ Contenida en el oficio SEDUMA/SSMA/DGPA/BMP/289/2006, del 3 de marzo del 2006, expedido por la Dirección de Gestión para la Protección Ambiental de la Subsecretaría de Medio Ambiente dependiente de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Medio Ambiente del Estado de Quintana Roo;

²²⁸ Número 07-3264, del 2 de octubre de 2007, expedida por la Dirección de Desarrollo Urbano de la Dirección General de Ordenamiento Ambiental y Urbano.

²²⁹ Número 477/2007, del 3 de octubre de 2007, expedida por la Dirección General de Ordenamiento Ambiental y Urbano, Dirección de Medio Ambiente de Solidaridad;

²³⁰ Contenida en el oficio número SEDUMA/SSMA/DPCCA/LFA/001/2009 del 6 de mayo de 2009, expedida por la Secretaría de Desarrollo Urbano y Medio Ambiente del Estado de Quintana Roo.

²³¹ Ver C-0085 y C-0086.

²³² Ver C-0083 y C-0084.

previamente adquiridos por CALICA.²³³ Conforme a lo anterior, el Tribunal Estatal desestimó la reclamación de CALICA y sobreseyó el juicio porque el POELMS 2009 no afectó sus intereses:

Siendo que todos los documentos antes citados., son derechos adquiridos de la accionante con fecha anterior a la publicación de los Ordenamientos Legales impugnados, por tanto, resulta notorio que no se le afectan los intereses del actor, toda vez que las normas que controvierte no trascienden respecto a los permisos, autorizaciones y licencias que ostenta; luego entonces, es de concluir que se actualiza la hipótesis de improcedencia prevista en la fracción III, del artículo 63 d la Ley de Justicia Administrativa del Estado de Quintana Roo.²³⁴ (Énfasis añadido)

199. La sentencia emitida por la Sala Constitucional y Administrativa del Tribunal Superior de Justifica del Estado de Quintana Roo no fue impugnada, es decir, CALICA aceptó el resultado y razonamiento contenido en ésta.²³⁵

E. La Autorización de Cambio de Uso de Suelo Forestal

200. La SEMARNAT tiene la atribución de regular el uso de los recursos forestales y promover el aprovechamiento sustentable de los ecosistemas forestales del país. La regulación de la Autorización para el Cambio de Uso de Suelo en Terrenos Forestales (CUSTF)²³⁶ implica la remoción total o parcial de la vegetación de los terrenos forestales para destinarlos a actividades no forestales.

201. La SEMARNAT podrá autorizar el cambio de uso de suelo en terrenos forestales por excepción, previa opinión técnica de los miembros del Consejo Estatal Forestal y con base en el estudio técnico justificativo en dónde se demuestre que no se compromete la biodiversidad, ni se

²³³ La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que el principio de irretroactividad de las leyes aplica únicamente a “los derechos adquiridos” y no a las expectativas de derecho. “...El derecho adquirido es definible, cuando el acto realizado introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona, y el hecho efectuado no puede afectarse ni por la voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por disposición legal en contrario; y la expectativa de derecho es una esperanza o una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, de acuerdo con la legislación vigente en un momento dado. En el primer caso, se realiza el derecho y entra al patrimonio; en el segundo, el derecho está en potencia, sin realizar una situación jurídica concreta, no formando parte integrante del patrimonio; estos conceptos han sido acogidos por la Suprema Corte, como puede verse en las páginas 226 y 227 del Apéndice al Tomo L del Semanario Judicial de la Federación, al establecer: ‘Que para que una ley sea retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, y esta última circunstancia es esencial’. ‘La ley es retroactiva cuando vuelve al pasado para cambiar, modificar o suprimir los derechos individuales adquiridos’...”. Ver RE-001, ¶ 105.

²³⁴ C-0087, p.22.

²³⁵ C-0087.

²³⁶ Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, DOF, Ciudad de México, D.F., 5 de junio de 2018, Artículo 7 fracción VI. **R-0026**.

provocará la erosión del suelo, el deterioro de la calidad del agua y disminución de su captación y que el uso alternativo propuesto sea más productivo a largo plazo.²³⁷

202. La regulación en materia CUSTF no era algo nuevo para CALICA ya que, desde la Ley Forestal de 1986²³⁸ y posteriormente con la de 1992,²³⁹ el desmonte y remoción de la vegetación estaban sujetas a una autorización. Por ello, es falso que haya sido hasta 2013 que, derivado de una reunión con la SEMARNAT, CALICA supo que requería obtener la Autorización CUSTF. Efectivamente, la Demandante pretende hacer creer al Tribunal, que la Autorización de CUSTF era un requisito nuevo exigido arbitrariamente por las autoridades mexicanas. La realidad es que esa autorización ya se preveía desde que CALICA adquirió La Adelita y El Choralito y, de hecho, debió haber sido solicitada en el 2000, cuando la SEMARNAT emitió la AIA Federal autorizándole realizar actividades de extracción en ambos predios sujeto al cumplimiento de las demás autorizaciones aplicables. CALICA misma estableció en su MIA que el proyecto implicaba la ampliación de la zona de explotación a través de los predios El Choralito y La Adelita.

203. Por lo tanto, CALICA tenía que haber solicitado la ACUSTF cuando se le autorizó realizar actividades de extracción en el 2000 conforme a la AIA Federal.²⁴⁰

F. Los Acuerdos de 2014

204. Los Acuerdos de 2014 hacen referencia a los documentos denominados: “Esquema de Regularización Total” (ETR), “Memorándum de Entendimiento” (MoU) y “Addendum al Memorándum de Entendimiento” (Addendum al MoU). Dichos documentos fueron acordados por diversas autoridades a nivel federal, estatal y municipal, con el principal objetivo de solucionar los conflictos relacionados con el uso y explotación de la infraestructura portuaria concesionada a

²³⁷ Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, DOF, Ciudad de México, D.F., 5 de junio de 2018, Artículo 93. **R-0026.**

²³⁸ Ver RE-001, ¶ 108.

²³⁹ Ver RE-001, ¶ 109-110.

²⁴⁰ Ver RE-001, ¶ 117-118. “...CALICA fue negligente al omitir solicitar el cambio de uso de suelo en terrenos forestales para el aprovechamiento de La Adelita, si lo que pretendía en términos de su MIA y conforme a la AIA Federal era su explotación, pues la empresa tuvo 8 años para solicitar la Autorización de CUSTF. Esta negligencia resulta particularmente relevante considerando que, dadas las características ecológicas del sitio elegido por CALICA para efectuar las actividades extractivas, el historial del ordenamiento jurídico aplicable al sitio se mostró sumamente cambiante, por lo que CALICA tuvo un periodo de 8 años para solicitar y obtener la Autorización de CUSTF, antes de la modificación del ordenamiento ecológico”.

CALICA en Punta Venado, Quintana Roo y otros temas pendientes.²⁴¹ Lo anterior, como consecuencia de la falta de cumplimiento de sus obligaciones relacionadas con: i) el pago de la contraprestación de su Título de Concesión Portuaria; y ii) el pago de diversos impuestos de carácter local, entre ellos, el impuesto predial y el impuesto sobre la extracción de materiales del suelo y subsuelo.²⁴²

205. Sin perjuicio de abordar a detalle el contenido de cada uno de los instrumentos referidos de forma conjunta como “Acuerdos de 2014”, cabe precisar que se trata de documentos que pretenden reflejar acciones para lograr un objetivo políticamente deseable, pero que carecen de reconocimiento en el derecho jurídico mexicano, es decir, no son jurídicamente vinculantes. De hecho, causa extrañeza que las autoridades actuales de la administración federal, estatal y municipal no cuenten con información, carpetas o expedientes de dichos documentos, los cuales fueron suscritos por funcionarios de administraciones pasadas que actualmente son acusados, están siendo investigados, o bien, están en prisión por actos de corrupción derivados del ejercicio de sus funciones como servidores públicos.

206. También es cuestionable que CALICA alegue el carácter vinculante de dichos instrumentos en este arbitraje, cuando dicha naturaleza nunca fue hecha valer por la misma empresa en el marco de procedimientos administrativos o judiciales promovidos por ella, incluidas las sesiones para la modificación al POELMS 2009, en las que ni siquiera existe referencia a estos documentos.²⁴³

²⁴¹ Ver C-0020, p.12 y C-0021, p. 11. En el MoU se señala además “la resolución de otros temas pendientes en relación con las operaciones de CALICA en su actual ubicación de Quintana Roo, México”.

²⁴² El 22 de enero de 2013, la Dirección General de la Auditoría Fiscal de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público del Estado de Quintana Roo emitió una determinación de crédito de [REDACTED] en contra de Calica por concepto de contribuciones omitidas de impuesto de extracción de materiales del suelo y subsuelo, más actualizaciones del año 2008 a la fecha, la cual quedó firme por sentencia de 25 de noviembre de 2015 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Asimismo, mediante oficio 7.3.1529.13 de 7 de mayo de 2013, emitido por el Director General de Puertos, se hizo del conocimiento que había incumplido la Condición Décimoséptima de su Título, cuyos alcances fueron señalar que Calica se encontraba obligada a pagar una contraprestación por el uso, aprovechamiento y explotación de bienes de dominio público y de los servicios concesionados. Ver *también* Municipio de Solidaridad, Oficio SJYC/1165-10/2020, 14 de octubre de 2020. **R-0045**.

²⁴³ RW-005, ¶ 15-17 y 21. RW-004, ¶ 35 y 38.

1. El Esquema de Regularización Total

207. El 12 junio 2014, CALICA y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT), a través del Director General de Puertos,²⁴⁴ acordaron un supuesto plan de acción con un objetivo específico:

[...] establecer y definir las acciones necesarias para solucionar los conflictos legales originados por el uso y explotación de la infraestructura portuaria localizada en Punta Venado Quintana Roo, concesionada a CALICA en Punta Venado, Quintana Roo.²⁴⁵

208. El resultado del referido plan de acción se reflejó en el documento denominado “Esquema de Regularización Total (ERT)”.²⁴⁶ El ERT sirvió para acotar los aspectos sobre los que se entablaría la negociación²⁴⁷ orientada a resolver las controversias existentes entre la SCT y CALICA respecto a:

- el procedimiento de revocación iniciado por la SCT ante el incumplimiento de pago de la contraprestación a cargo de CALICA conforme al avalúo del INDAABIN; y
- la modificación de los Títulos de Concesión de la Administración Portuaria Integral de Quintana Roo, S.A de C.V. (APIQROO) y CALICA para definir con certeza las áreas que corresponden a cada una.

209. En este sentido, CALICA y la SCT acordaron un esquema de solución en dos etapas, cada una delimitada por acciones precisas que realizaría cada una de las partes. Dichas conductas se llevarían a cabo respetando “los tiempos de las dependencias u organismos gubernamentales,”²⁴⁸

²⁴⁴ C-0020. El entonces Director General de Puertos, el Sr. Alejandro Hernández Cervantes, está sujeto a una investigación por actos de corrupción, esto explica las razones por las cuales la parte Demandada no pudo contactarlo para verificar su participación en dichas discusiones y no participa como testigo de la Demandada en este procedimiento. Ver Mosso, Rubén. “Denuncian en PGR a tres directores de la Coordinación de Puertos.” Milenio, 29 de noviembre de 2018. **R-0028**; L. Rock, Roberto. “Manzanillo y el Manotazo de la DEA”, El Universal, 10 de noviembre de 2020. **R0029**; Cruz Serrano, Noe. “Se halla en Puerto de Manzanillo Red de Corrupción: SFP”. El Universal, 22 de enero de 2020. **R-0030**.

²⁴⁵ C-0020, p.12.

²⁴⁶ C-0020.

²⁴⁷ C-0020, p.16. El ERT hace referencia a la intención de entablar negociaciones sobre los puntos especificados al establecer que “... las Partes acuerdan que las negociaciones deberán realizarse en las oficinas de la SCT localizadas en la Ciudad de México...”.

²⁴⁸ C-0020, p. 13.

y, en el caso de la SCT, conforme a las atribuciones que le corresponden según la legislación aplicable.²⁴⁹ En particular, ambas etapas consistían en la siguiente línea de acción:

1) En la primera etapa:

- (i) CALICA presentaría un escrito conformándose con la sentencia del juicio promovido en contra del avalúo de INDAABIN;²⁵⁰
- (ii) La SCT dejaría sin efectos el procedimiento de revocación del Título de concesión de CALICA; y,
- (iii) CALICA continuaría pagando la contraprestación de su concesión, a través de los esquemas de INDAABIN y no interpondría recursos, ni juicio en contra de los pagos que se generen por dicho concepto.

2) En la segunda etapa:

- (i) CALICA continuaría con el trámite de la modificación de su concesión para rectificar y definir las áreas de la Terminal Particular, renunciando a la Terminal Pública, y la SCT modificaría la concesión integral del APIQROO para evitar conflictos con los derechos que mantendría CALICA sobre la terminal privada;
- (ii) SCT tramitaría la ampliación del plazo de la concesión hasta 2037, conforme a la legislación vigente;
- (iii) CALICA se desistiría del juicio promovido en contra de la modificación de la Concesión de APIQROO de 25 de junio de 2007 y los oficios por los que se comunicaba que la APIQROO es la única facultada para cobrar tarifa de puerto en Punta Venado, exhibiendo para tales efectos los títulos de concesión modificados;²⁵¹

²⁴⁹ Cabe precisar que, la DGP de la SCT no cuenta con atribuciones para obligarse con respecto de temas relacionados con procedimientos contenciosos administrativos. Dicha situación pone de manifiesto el carácter no vinculante del documento. Ver Reglamento Interior de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, DOF, Ciudad de México, D.F., 8 de enero de 2009, Artículo 27. **R-0031.**

²⁵⁰ Segunda Sala Regional Metropolitana del TFJFA, Expediente 17643/13-17-01-5, Sentencia, 2 de mayo de 2014. **R-0032.**

²⁵¹ Juicio de Nulidad 26098/07-17-10-2 y su acumulado 24454/09-17-07-2 radicados en la Sala Superior del TFJFA. **R-0073.**

- (iv) CALICA aceptaría los métodos utilizados por INDAABIN, para fijar la base de la contraprestación de la concesión modificada; y
- (v) CALICA renunciaría ante SEMARNAT a la concesión de zona federal marítimo terrestre considerada dentro del Recinto Portuario de Punta Venado y modificaría la concesión fuera de dicho recinto.

210. De esta manera, el ERT estableció las bases para desarrollar un proceso de negociación tendiente a solucionar los conflictos legales relacionados con la concesión portuaria de CALICA. Lo anterior, sin perjuicio de las negociaciones subsecuentes que podían realizarse tal como lo señala el propio ERT.²⁵²

a. La modificación de la concesión portuaria por la SCT

211. Aún cuando el plan de acción conjunto que se prevé en el ERT,²⁵³ no constituye una obligación jurídicamente vinculante –al carecer claramente de mecanismos para ejecutar y forzar su cumplimiento–²⁵⁴ la SCT conforme a sus facultades y atribuciones realizó de buena fe las modificaciones a la concesión de CALICA, de manera congruente con la línea de acción establecida en el referido documento. En particular, el 13 de mayo de 2015, la SCT no solo otorgó a CALICA la modificación de su título de concesión hasta el 2037,²⁵⁵ sino que además dejó sin efectos el procedimiento de revocación de su concesión.²⁵⁶

212. El actuar de la SCT se enmarcó en lo permitido y conforme a las facultades y atribuciones que le confiere la ley en la materia. De hecho, en el texto oficial del título de concesión por el cual se otorga la modificación, destaca la ausencia –tanto en la parte de los antecedentes como en la fundamentación–, a cualquier referencia al ERT.

²⁵² C-0020, p. 16. “Asimismo, las Partes acuerdan que las negociaciones deberán realizarse en las oficinas de la SCT localizadas en la ciudad de México en presencia de alguno de los funcionarios de la Coordinación General de Puertos y Marina Mercante”.

²⁵³ C-0020.

²⁵⁴ De lo contrario, se hubiera presentado como un documento ejecutable por la vía judicial o administrativa.

²⁵⁵ C-0016, p.25. “X.- ...esta Secretaría por conducto de la Dirección General de Puertos, ha resuelto autorizar el otorgamiento de la Cuarta Modificación del Título de Concesión a que se alude... por un periodo adicional de 13 (trece) años contados a partir del 30 de septiembre de 2024 hasta el día 20 de abril de 2037.”

²⁵⁶ Ver C-0016, pp.37-38. La condición Décimo Novena prevé la posibilidad de ampliar la vigencia de la concesión por un periodo igual siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones, tales como estar al corriente en el cumplimiento de todas las obligaciones del concesionario, particularmente las de carácter fiscal.

b. La supuesta renuncia de CALICA a los derechos de la terminal portuaria de uso público

213. A lo largo del Memorial de Demanda, CALICA alega que, como consecuencia de lo establecido en los Acuerdos de 2014, renunció a sus derechos de concesión derivados de la terminal portuaria de uso público. En particular, CALICA señala que conforme al Addendum del MoU del 13 de mayo de 2015 y como condición ahí impuesta por la SCT, “[i]t renounced its concessioned rights to the public terminal at the Punta Venado port [...] the same day, the SCT extended CALICA’s concession over the private terminal until 2037”.²⁵⁷ Al respecto, se hacen notar los siguientes puntos:

- La SCT no figura como parte firmante del Addendum al MoU, como falsamente lo afirma la Demandante;
- En el Addendum al MoU no existe referencia alguna a la renuncia de CALICA a sus derechos de concesión relacionados con la terminal portuaria de uso público; y
- La renuncia a los derechos y obligaciones respecto del área de la terminal de uso público ya había ocurrido desde el 2009.²⁵⁸ Es decir, también es falso que “CALICA relinquished valuable rights, including its concessioned rights over the public terminal [according to] the 2014 Agreements”.²⁵⁹

214. Finalmente, resulta revelador que CALICA no haya presentado prueba documental alguna de la supuesta renuncia a sus derechos derivados de la concesión portuaria de uso público, basando su postura en el solo dicho de uno de sus testigos.²⁶⁰ Si esa renuncia se realizó conforme a los términos señalados por el testigo, debería existir un documento oficial que avale esa situación. Sin embargo, CALICA no presentó documento alguno y la única prueba documental en la que se hace referencia a la renuncia de los derechos y obligaciones derivados de la terminal de uso público, es la modificación al título de concesión, la cual señala que dicha renuncia se solicitó en 2009 y no de forma contemporánea a dicha modificación, o como consecuencia de los Acuerdos de 2014.²⁶¹

²⁵⁷ Memorial, ¶ 98.

²⁵⁸ C-0016, p. 24.

²⁵⁹ Memorial, ¶ 112.

²⁶⁰ Declaración Testimonial [REDACTED], ¶¶ 18, 22, 28, 34 y 35.

²⁶¹ C-0016, p. 24.

c. Las impugnaciones de CALICA y los procesos judiciales relacionados con el INDAABIN

215. El ERT establece que, una vez que la SCT modificara la concesión portuaria de CALICA –tal como aconteció–,²⁶² CALICA se desistiría del juicio de nulidad en contra del avalúo del INDAABIN²⁶³ y su notificación realizada por la SCT.²⁶⁴ No obstante, CALICA no siguió lo estipulado en el ERT y, por el contrario, dio seguimiento al juicio, el cual fue resuelto a su favor el 10 de febrero de 2016 por el TFJA.²⁶⁵ Aunque el INDAABIN impugnó esa sentencia, dicha impugnación fue rechazada por un tribunal judicial.²⁶⁶ Con ello, CALICA solicitó declarar la firmeza de la sentencia que le favoreció para que el juicio se considerara total y definitivamente concluido.²⁶⁷

216. A pesar de que CALICA también acordó en el ERT que no impugnaría las determinaciones del INDAABIN, CALICA tampoco siguió lo establecido en el ERT y promovió otra impugnación²⁶⁸ en contra del nuevo avalúo realizado en 2018 cumplimiento de la sentencia del 10 de febrero de 2016.²⁶⁹

²⁶² C-0016.

²⁶³ El INDAABIN es un organismo público desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, cuyo objeto es administrar y valorar el patrimonio inmobiliario federal y paraestatal, así como procurar una Administración Pública que cuente con los inmuebles adecuados para el pleno ejercicio administrativo.

²⁶⁴ Ver C-0020, p. 12 y 14. El ERT refiere al Juicio de Nulidad número 20699/10-17-08-9 radicado en la Octava Sala Regional Metropolitana del TFJFA en contra del oficio avalúo número G- 400071-B Secuencial No. 06-10-0648 de 4 de mayo de 2010 emitido por el INDAABIN y del oficio 7.3.2327.10 de 11 de junio de 2010, por el que la DGP notifica el citado avalúo.

²⁶⁵ Pleno de la Sala Superior del TFJFA, Expediente 20699/10-17-08-9/1230/12-PL-0504, Sentencia, 10 de febrero de 2016. **RL-0033**

²⁶⁶ TFJFA, Expediente 20699/10-17-08-9/1230/12-PL-0504, Auto por el que se señala domicilio, designan autorizados y se declara firmeza de sentencia definitiva, 31 de mayo de 2017. **R-0034**.

²⁶⁷ TFJFA, Expediente 20699/10-17-08-9/1230/12-PL-05-04, Auto por el que se señala domicilio, designan autorizados y se declara firmeza de sentencia definitiva, 31 de mayo de 2017. **R-0034**.

²⁶⁸ TFJFA, Expediente 20699/10-17-08-9/1230/12-PL-05-04, Resolución de Instancia de Queja, 13 de noviembre de 2019, pp.123-124. **R-0035**.

²⁶⁹ INDAABIN, Avalúo G-40071-B-ZND, 20 de septiembre de 2018. **R-0036**. El avalúo fue emitido en cumplimiento a lo ordenado en la sentencia de 10 de febrero de 2016.

217. Adicionalmente, el 6 de febrero de 2019,²⁷⁰ CALICA inició un nuevo juicio en contra del segundo avalúo emitido por el INDAABIN.²⁷¹ En dicho procedimiento se declaró el sobreseimiento del asunto.²⁷²

2. El Memorándum de Entendimiento de 2014

218. De manera paralela a la firma del ERT, CALICA, el Municipio de Solidaridad, el Estado de Quintana Roo y la APIQROO,²⁷³ firmaron un documento que denominaron Memorándum de Entendimiento (MoU).²⁷⁴

219. El objetivo del MoU²⁷⁵ fue expresar la intención de las Partes para “llegar a un arreglo mutuo de los conflictos originados por el uso y explotación de la infraestructura portuaria localizada en Punta Venado Quintana Roo, principalmente, con respecto al uso y explotación por CALICA, de la Terminal Portuaria de Uso Particular, y por APIQROO, de la Terminal Portuaria

²⁷⁰ Décimo Cuarta Sala Regional Metropolitana del TJFA, Expediente 923/19-17-14-4, Escrito Inicial de Demanda, 10 de enero de 2019. **R-0037**.

²⁷¹ Décimo Cuarta Sala Regional Metropolitana del TJFA, Expediente 923/19-17-14-4, Escrito Inicial de Demanda, 10 de enero de 2019. **R-0037**.

²⁷² Décimo Cuarta Sala Regional Metropolitana del TJFA, Expediente 923/19-17-14-4, Sentencia, 21 de octubre de 2020. **R-0038**.

²⁷³ Todos los servidores públicos que en su momento firmaron como representantes del Estado de Quintana Roo, el Municipio de Solidaridad y la APIQROO, actualmente están involucradas en procesos de investigación o en prisión por la comisión de delitos durante el ejercicio público. Lo anterior explica las razones por las cuales Demandada no pudo contactarlos para corroborar su participación en los hechos que alega la Demandante, ni tampoco presentarlos como testigos. Ver Redacción FM, “Mauricio Góngora sin posibilidades de salir libre”, Al Momento, 27 de enero de 2020. **R-0039**; S/A, “Juan Pablo Guillermo, invisible para la Fiscalía de Quintana Roo”, El Sol de Quintana Roo, 18 de julio de 2020. **R-0040**; Click Noticias, “Continuará Próxima Legislatura Juicio Político contra Guillermo Molina”, Clic Noticias, 31 de julio de 2019. **R-0041**; Rodríguez, Yazmin, “Cae en Yucatán extesorero de Roberto Borge, Alejandro Marrufo”. El Universal, 11 de agosto de 2020. **R-0042**.

²⁷⁴ En la práctica comercial privada es común que las partes suscriban instrumentos que reflejan las intenciones y deseos de las partes respecto de un plan de acción conjunta. Dichos instrumentos toman la forma de un Memorándum de Entendimiento (MOU, por sus siglas en inglés). Tradicionalmente este tipo de instrumentos no son jurídicamente vinculantes, ya que su característica determinante es que las Partes conserven su derecho para hacer manifestaciones y llevar a cabo acciones sin que se entiendan como compromisos o actos vinculantes, pudiendo en un determinado caso retirarse. La figura del MOU tiene su antecedente en el sistema *common law* donde también se le conoce como *Heads of Agreement*, *Principles Agreement* o *Statements of Agreement*. Ver RE-001, ¶¶ 81-82.

²⁷⁵ Los Memorandos de Entendimiento (o “MOU” por sus siglas en inglés), no son instrumentos o figuras que contemple la legislación mexicana, ni la legislación estatal. Sin embargo, existen legislaciones dentro de la familia del derecho civil, como la argentina, que han introducido este tipo de figura jurídica como instrumentos de naturaleza no vinculante destinados a expresar el consentimiento de la Partes para negociar sobre ciertas bases. La legislación de Argentina contempla en su artículo 990-993 como tratativas a las cartas de intención, definiéndola como “los instrumentos mediante los cuales una parte, o todas ellas, expresan un consentimiento para negociar sobre ciertas bases, limitado a cuestiones relativas a un futuro contrato, son de interpretación restrictiva. Sólo tienen la fuerza obligatoria de la oferta si cumplen sus requisitos”, reconociendo que “las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento.” Ver RE-001, ¶ 82.

de Uso Público,” así como la resolución de otros temas pendientes”.²⁷⁶ Entre los puntos a negociar y pendientes por definir, se aborda la intención de establecer y negociar un convenio de tarifas para las embarcaciones de CALICA que arriben a la terminal y la firma de Reglas de Operación del Puerto para su adecuada operación.²⁷⁷

220. Además, como parte del proceso negociador, el Estado de Quintana Roo y el Municipio de Solidaridad acordaron un plan de acción para intentar lograr, “en términos de la legislación aplicable”,²⁷⁸ *inter alia*:

- Obtener la modificación a la Autorización de Impacto Ambiental Estatal (AIA Estatal) de CALICA para permitirle la ampliación de la superficie y plazo destinados para la explotación de sus predios;
- Permitir que CALICA pudiera cumplir sus obligaciones de reforestación fuera de los Predios de explotación; y
- Buscar la modificación del POELMS 2009 dentro de un plazo de 2 a 4 meses.²⁷⁹

221. Como se desprende del propio texto del MoU, éste hace referencia expresa a la “legislación aplicable”, por lo tanto, es claro que las partes al suscribir ese instrumento estaban conscientes que

²⁷⁶ C-0021, p.11.

²⁷⁷ Es importante resaltar que, por tratarse de un documento sin carácter vinculante únicamente contiene las bases sobre las que las Partes tienen la intención de actuar y no se definen de manera exhaustiva los términos que dichos documentos a elaborar contendrían, lo cual es característico en el lenguaje dotado de cierto grado de vaguedad en este tipo de documentos, pues suelen únicamente delinear las intenciones de las Partes sin dotarlas de carácter definitivo ni obligarse a su celebración. *Por ejemplo*, “...así como otros asuntos que consideren conveniente que sean documentados”, “tendientes a promover”, “para gestionar ... ante los órganos técnico y ejecutivo.” *Ver también* RE-001, ¶ 84. Asimismo, en el derecho mexicano se ha establecido que “la minuta, aunque esté firmada no es fuente de obligación o de adquisición de derechos”

²⁷⁸ C-0021, p.13. La ausencia de participación de las autoridades competentes en los procedimientos que Calica señaló como parte de sus intenciones, i.e., SEMARNAT para la modificación del POEL, es otro elemento que denota la falta de efecto vinculante del documento, pues las autoridades no pueden obligarse más allá del ámbito de las atribuciones que le confiere la Ley ni modificar o alterar las disposiciones aplicables por leyes y reglamentos a los procedimientos gubernamentales. RE-001, ¶ 83-86; *Ver también* Municipio de Solidaridad, Oficio No. SJYC/1166-10/2020, 19 de octubre de 2020. **R-0027**.

²⁷⁹ Según lo previsto en el Capítulo IV de la Ley del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente del Estado de Quintana Roo, existe la posibilidad de que el Gobernador del Estado, a través de la SEMA y órganos desconcentrados firme acuerdos de coordinación intersectorial entre autoridades, sin contemplar la facultad para firmar acuerdos con particulares con respecto a los temas regulados por dicha Ley, incluyendo lo relacionado con la formulación y modificación de Programas de Ordenamiento Ecológico. *Ver* Ley de Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente del Estado de Quintana Roo, Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo, Quintana Roo, 29 de junio de 2001, Capítulo IV. **R-0001**.

cualquier acción realizada en el marco de los acuerdos alcanzados, se sujetaba a la legislación y normatividad mexicana vigente.²⁸⁰

222. Tomando en consideración lo establecido en el MoU, el 8 de marzo de 2016, el Estado de Quintana Roo, a través de la Dirección General del Instituto de Impacto y Riesgo Ambiental, autorizó:

- La ampliación del plazo de operación del proyecto de CALICA, pasando de 5 a 20 años;
- El incremento de la superficie anual de explotación pasando de 25 hectáreas anuales a 50 hectáreas anuales;
- La modificación de los polígonos a explotar por cada año;
- El establecimiento de un almacén de los explosivos para realizar las actividades extractivas autorizadas; y
- La modificación de las áreas de reforestación.²⁸¹

3. El Addendum de 2015 al MoU

223. El 13 de mayo de 2015, se firmó un Addendum al MoU que, por la descripción del documento, buscaba redefinir ciertos aspectos de los temas de negociación acordados en el MoU.²⁸² Las partes involucradas en la firma fueron prácticamente las mismas que intervinieron en el MoU, con la salvedad del Secretario de Finanzas y Planeación del Estado de Quintana Roo, que en su lugar firmó Alejandro Marrufo Roldán.²⁸³

²⁸⁰ C-0021, p. 13. “Llevar a cabo las acciones necesarias ante las autoridades municipales o estatales, conforme a la legislación vigente...” “...gestionarán... en términos de la legislación aplicable...” (Énfasis añadido). Ver RE-001, ¶ 83-84.

²⁸¹ C-0019, p. 5.

²⁸² La Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente no establece un plazo para la elaboración de Programas Ecológicos, sin embargo, conforme a la práctica suelen transcurrir por lo menos dos años desde la instalación del Comité hasta la publicación del Programa Ecológico en el Periódico Oficial. Asimismo, dicha Ley y su Reglamento establecen la concurrencia del Estado, el Municipio y la Federación en los procedimientos y la integración de comités *intergubernamentales* de ordenamiento ecológico, que promuevan además la participación de personas, organizaciones, grupos e instituciones de los sectores público, privado y social, con el fin de lograr la participación social corresponsable, la congruencia entre planes, programas y acciones de los distintos sectores en el territorio nacional y la resolución de los conflictos ambientales en el marco del desarrollo sustentable.

²⁸³ El Sr. Marrufo, al igual que los otros exfuncionarios estatales y municipales, es objeto de investigaciones por actos de corrupción en el ejercicio de sus funciones. Esta situación explica los motivos por los que la Demandada no pudo contactarlo directamente para esclarecer los hechos y presentarlo como testigo en el procedimiento arbitral. Ver Redacción, “Detienen a Alejandro Marrufo”, El Sol de Yucatán, 11 de agosto de 2020. **R-0043**.

224. El Addendum planteaba dos esquemas de cooperación entre las Partes: (i) para el monitoreo y gestión de las etapas de modificación del POEL; y (ii) para el cumplimiento de las obligaciones vencidas de CALICA, *inter alia*, en materia del impuesto predial de los años 2013 y 2014.

a. La falta de pago del impuesto predial del 2014 por CALICA

225. Por lo que hace al esquema relativo al pago del predial, el Addendum al MoU calendarizó el pago de las obligaciones vencidas de CALICA por concepto de impuesto predial. De hecho,

[REDACTED]

226. En la Tabla 3 se presenta el esquema [REDACTED].

Tabla 3. [REDACTED]

[REDACTED]

²⁸⁴ Ley de Hacienda del Municipio de Solidaridad, Quintana Roo, Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo, Chetumal, Quintana Roo, 8 de octubre de 2014, Artículo 8 y 16. **R-0044**. “Artículo 8.- Son sujetos por deuda propia y con responsabilidad directa del Impuesto Predial: I. Los propietarios de predios urbanos, suburbanos y rústicos; II. Los poseedores de predios urbanos en los casos a que se refiere la fracción IV del artículo 6 de esta Ley...” “Artículo 16.- El impuesto Predial se cubrirá por bimestres adelantados en los diez primeros días de los meses de enero, marzo, mayo, julio, septiembre y noviembre.”

²⁸⁵ Los montos no incluyen recargos ni actualizaciones.

²⁸⁶ C-0022, p.11.

Fuente: Elaboración propia basada en los anexos C-0022 y R-0045.

227. Tal como se muestra en la Tabla 3 y de acuerdo a los registros del Municipio de Solidaridad, [REDACTED]

[REDACTED].²⁹² Lo anterior, pone nuevamente de manifiesto que CALICA no consideraba vinculante el Addendum al MoU ni que tuviera certeza de que la modificación al POELS 2009 se podría realizar.

b. La modificación de la AIA Estatal de CALICA

228. Respecto al esquema relativo al monitoreo y gestión de las etapas de modificación del POEL, cabe señalar que en el Addendum al MoU, al igual que en el propio MoU, también se estableció un plan de acción por el cual CALICA solicitaría la modificación de su Autorización de Impacto Estatal (AIA Estatal) para: i) ampliar la extracción de 25 a 50 hectáreas anuales; y ii) extender la autorización de 5 a 20 años. Conforme se señaló *supra*, dicha²⁹³ autorización se otorgó a CALICA en los términos de su solicitud del 29 de febrero de 2016.

229. Por lo que hace al esquema de modificación del POELMS 2009 propiamente dicho, se estableció una propuesta de calendario en la que se planteaba que, en un periodo aproximado de 6

²⁸⁷ C-0022, p.11. El Addendum establece que a la cantidad se agregarían actualizaciones y recargos.

²⁸⁸ Pagos realizados el 15 de julio de 2015.

²⁸⁹ C-0022, p.13.

²⁹⁰ Pagos realizados el 02 de septiembre de 2015, 14 de agosto de 2015 y 18 de noviembre de 2015. Conforme al Addendum estos pagos se realizarían el 14 de octubre de 2015, posterior al periodo de consulta pública de la propuesta del Modelo del POELMS.

²⁹¹ C-0022, p.11.

²⁹² Municipio de Solidaridad, Oficio No. SJYC/1165-10/2020, 19 de octubre de 2020. **R-0045.**

²⁹³ C-0019, p.2.

meses, la SEMA y el Municipio de Solidaridad “se darían a la tarea de cumplir” con dicho calendario “conforme [fueran] avanzando los dos órganos del Comité de Ordenamiento Ecológico (órgano técnico y órgano ejecutivo), en la validación de las etapas previstas en el procedimiento de actualización del POEL del Municipio de Solidaridad”.²⁹⁴ Para mayor claridad y debido a la importancia de este aspecto, el proceso de modificación del POELMS 2009 se aborda con mayor detenimiento en el siguiente apartado.

4. El Proceso de Modificación del POELMS 2009

230. El proceso de modificación del POELMS 2009 inició en 2014, con la instalación del Comité encargado de dar inicio formal a los trabajos concernientes a su evaluación y seguimiento.²⁹⁵

231. La primera sesión del Comité se celebró el 10 de noviembre de 2014. Esa reunión tuvo por objetivo establecer las bases para realizar el proceso de seguimiento del POELMS 2009 y presentar el esquema de funcionamiento de la bitácora ambiental.²⁹⁶

232. La segunda reunión del Comité tuvo lugar el 21 de noviembre de 2014, en la cual se realizaron gestiones sobre la exposición de motivos, análisis de comentarios y validación del Reglamento Interno del Comité.²⁹⁷

233. El 29 de mayo de 2015, se celebró la tercera sesión del Comité, en la cual se explicaron los conflictos que en ese momento estaban presentes en el Municipio de Solidaridad. Asimismo, se presentaron las acciones a realizar para la actualización del POELMS 2009, tendientes a solucionar los conflictos presentes en el municipio y dar inicio a los talleres para proceder a la etapa de caracterización.²⁹⁸

234. La cuarta sesión del Comité se realizó el 30 de octubre de 2015, en la cual se indicó que el proceso ya se encontraba en un periodo para llevar a cabo la etapa de caracterización y diagnóstico,

²⁹⁴ C-0022, p.12.

²⁹⁵ C-0090 y RW-005, Anexo B.

²⁹⁶ C-0091 y RW-005, Anexo B.

²⁹⁷ C-0092 y RW-005, Anexo B.

²⁹⁸ C-0093 y RW-005, Anexo B.

Una vez realizados los talleres de participación ciudadana se procedió al análisis y evaluación de los resultados obtenidos.²⁹⁹

235. El 28 de enero de 2016 tuvo lugar la quinta sesión del Comité, en la cual se procedió a la presentación de la modificación de la propuesta de la etapa de Caracterización y Diagnóstico del POELMS 2009. En esa sesión se presentaron los resultados del mapa de aptitud del sector turismo y hubo oposición por parte del sector conservación por la manera en la que se habían realizado las etapas de caracterización y diagnóstico.³⁰⁰

236. En la sexta sesión del comité del 19 de abril de 2016, se realizó la presentación de los alcances de cada una de las etapas para la actualización del POELMS 2009. Posterior a esta sesión, los trabajos se suspendieron el resto del año.³⁰¹

237. La reinstalación del Comité se llevó a cabo el 16 de febrero de 2017, sin que el proceso haya culminado a la fecha de la presentación de este Memorial de Contestación.³⁰²

a. La suspensión de la modificación del POELMS 2009 es una situación típica de este tipo de procesos

238. Como se describe en los párrafos precedentes, el Comité sesionó en ocho ocasiones y, si bien, en este periodo se avanzó en las fases de caracterización y diagnóstico relativas a la elaboración del estudio técnico que sustentara la modificación del POEL, el Comité tuvo que dejar de sesionar. Lo anterior, se debió a cuestiones relacionadas con el cambio de gobierno del Municipio de Solidaridad, así como a la falta de recursos para el financiamiento del resto de las etapas para finalizar el estudio técnico y realizar la consulta pública.³⁰³

239. El hecho de que la actualización del POELMS 2009 esté suspendida, es algo común de este tipo de procesos. Dicha situación se confirma en la Tabla 4, la cual muestra algunos ejemplos de procesos de formulación/modificación de POEL dentro del Estado de Quintana Roo. En todos esos casos, los años que han transcurrido desde la instalación del Comité a la fecha van de los 2 años a los 10 años, es decir, el proceso de modificación el POELMS 2009 está cerca del promedio y no

²⁹⁹ C-0094 y RW-005, Anexo B.

³⁰⁰ C-0095 y RW-005, Anexo B.

³⁰¹ C-0096 y RW-005, Anexo B.

³⁰² RW-005, Anexo B.

³⁰³ RW-005, ¶ 10-11.

se trata de una situación única o excepcional. Lo anterior, lo confirman también los expertos legales de la Demandada en su informe.³⁰⁴

Tabla 4. Procesos de Formulación/Modificación de POEL Pendientes en Quintana Roo

POEL	Instalación	Sesiones	Reinstalación	Años transcurridos
Tulum ³⁰⁵	4 de mayo de 2010	17	7 de septiembre de 2011 26 de noviembre de 2013	10 años
Bacalar ³⁰⁶	12 de junio de 2012	8	18 de enero de 2017	8 años
Felipe Carrillo Puerto ³⁰⁷	3 de diciembre de 2018	3	23 de enero de 2019	2 años

Fuente: Elaboración propia. Anexos **R-0046**, **R-0047** y **R-0048**.

240. Lo que sí es atípico a los procesos de formulación y modificación de POE, es el establecimiento de plazos específicos para su conclusión.³⁰⁸ De un análisis comparativo entre las fechas en las que se realizaron las diversas etapas del actual POELMS 2009, las que se acordaron en el MoU y las que se llevaron a cabo, se desprende que, con base en la experiencia previa, los plazos establecidos en el MoU distaban mucho de la realidad. De hecho, en el MoU se estableció que la instalación del Comité se realizaría del 25 al 29 de mayo de 2015, a pesar de que ese hecho

³⁰⁴ RE-001, ¶ 88-89 y RW-004, ¶¶ 23-26.

³⁰⁵ SEMA, Bitácora Ambiental, Sesiones POEL Tulum, disponible en: <http://sema.qroo.gob.mx/bitacora/index.php/procesos/municipio-de-tulum/sesiones-comite-tulum>. **R-0046**.

³⁰⁶ SEMA, Bitácora Ambiental, Sesiones POEL Bacalar, disponible en: <http://sema.qroo.gob.mx/bitacora/index.php/procesos/municipio-de-bacalar/sesiones-comite-bacalar>. **R-0047**.

³⁰⁷ SEMA, Bitácora Ambiental, Sesiones POEL Felipe Carrillo Puerto, disponible en: <http://sema.qroo.gob.mx/bitacora/index.php/procesos/municipio-de-felipe-carrillo-puerto/sesione-comite-de-felipe-carrillo-puerto>. **R-0048**.

³⁰⁸ RW-005, ¶ 18-20. "...De hecho, la conclusión de programas de ordenamiento ecológico es muy variada y puede ir desde un año hasta más de diez". RW-004, ¶¶ 35 y 38. "Otro elemento que se refleja en el Anexo C-0021 y C-0022 y que no es común en un proceso normal para la modificación o actualización de un POEL, es el relativo al establecimiento de plazos. Como ya lo mencioné, este tipo de procesos son largos y, de hecho, en términos generales se puede afirmar que ni la ley ni en la práctica existen plazos específicos definidos para concluir un POEL, al menos no a nivel federal. Lo anterior se debe a que normalmente son procesos altamente participativos en los que se busca un consenso entre los integrantes del comité, lo cual hace más complicado establecer un plazo fijo."

ya había ocurrido desde el 30 de octubre de 2014. Esta incongruencia muestra cómo la realidad superaba los deseos e intenciones de CALICA. Lo anterior, se muestra en la Tabla 5.

Tabla 5. Análisis comparativo entre las fechas de: (i) las distintas etapas del proceso de formulación del POELMS 2009; (ii) las establecidas en el MoU y Addendum; y (iii) las realizadas en el proceso de modificación

Etapas	Fechas del proceso de aprobación del POEL 2009	Fechas establecidas en el Addendum al MoU	Fechas del proceso de modificación del POEL 2009
Reunión de instalación	9 de mayo de 2006	25 al 29 de mayo 2015	30 de octubre de 2014
Etapas de caracterización	11 de febrero de 2008	15 de junio al 31 de julio de 2015	30 de octubre de 2015
Etapas de diagnóstico	9 de julio de 2008	15 de junio al 31 de julio de 2015	28 de enero de 2016
Etapas de pronóstico	10 octubre de 2008	10 de agosto al 4 de septiembre de 2015	Pendiente
Etapas de modelo	12 de enero de 2008	17 de septiembre al 12 de octubre de 2015	Pendiente
Consulta pública	19 al 29 de enero de 2009	14 al 27 de octubre de 2015	Pendiente
Aprobación del POEL por el Comité y envío al Cabildo	26 de febrero de 2009	11 de noviembre de 2015 y 13 de noviembre de 2015	Pendiente
Aprobación del POEL por el Cabildo Municipal	27 de marzo de 2009	16 al 19 de Noviembre	Pendiente
Envío al Ejecutivo Estatal para su publicación	27 de marzo de 2009	23- 27 de noviembre de 2015	Pendiente
Publicación en el Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo	25 de mayo de 2009	5 de diciembre de 2015	Pendiente

Fuente: Elaboración propia. Anexos C-0022 y C-0080.

b. La oposición de los grupos ambientalistas pertenecientes al sector conservación

241. Como consecuencia de la preocupación histórica por los problemas ecológicos del Estado de Quintana Roo, incluyendo el impacto ecológico ocasionado por la operación del proyecto de explotación de roca caliza de CALICA, durante el proceso de modificación del Programa

Ecológico, diversos grupos ambientalistas pertenecientes al sector de conservación mostraron su desacuerdo con diversos aspectos de la zonificación del Municipio de Solidaridad.³⁰⁹

242. Ejemplo de lo anterior, es la carta presentada por alguno de estos grupos en la que mostraron su inconformidad con el proceso de validación de las etapas de caracterización y diagnóstico llevado a cabo en la Quinta Sesión del Comité por contener deficiencias metodológicas y de información, así como la falta de una debida integración de los apartados de aptitudes y conflictos sectoriales, tal como quedó asentado:

CEMDA y Amigos de Sian Ka'an manifestaron no estar de acuerdo con la aprobación de la fase diagnóstico, ya que no se dio tiempo para la revisión de los mapas de conflictos.³¹⁰

243. Lo anterior, confirma la complejidad y demora que pueden implicar este tipo de procesos dado el involucramiento de distintos actores con intereses encontrados.

G. La decisión de los tribunales nacionales relativas a la tarifa de puerto

244. Contrario a lo señalado por la Demandante, ningún tribunal nacional ha determinado derecho alguno a favor de CALICA ni mucho menos ordenado algún reembolso a su favor respecto al cobro de derechos portuarios.

³⁰⁹ Daltabuit Godás, M., & Meade de la Cueva, C. A., *El Movimiento Ambientalista de Quintana Roo*. UNAM, CRIM, 8 de junio de 2012, p.101-107. **R-0049**. “[C]uando se dio la concesión a esta empresa un grupo de quintanarroenses se preocupó pues se percató de que las obras de infraestructura y la extracción del material pétreo ocasionarían una severa afectación al medio ambiente (...) En este contexto nació la primera organización civil ambientalista: el Grupo Ecologista del Mayab (GEMA)... también Amigos de Sian Ka'an,..., por la iniciativa de las autoridades y de las agencias internacionales que había impulsado la creación de la Reserva de Sian Ka'an.(...) GEMA se opuso al comienzo del proyecto; sin embargo, a cinco años del proyecto se pretende procurar una minimización de los impactos ambientales y el compromiso para compensación biológica y para la restauración posterior del entorno.” “Gema, con el apoyo de los abogados y de otras personas, consiguió aviones y lo necesario para tomar fotos aéreas donde se veía una mancha de sascab que iba de Calica a Puerto Morelos. Las fotografías fueron enviadas al Banco Mundial y al mundo entero; entonces los del Banco Mundial mandan a John Clark, lo que obligó a Calica a tomar algunas medidas de previsión y mitigación que no habían considerado, como poner mallas de contención.” ci Underwood, Carlos. “Calica: La minera que arrasa con todo en playa del Carmen”, *Revés*, 15 de febrero de 2017. **R-0050**; Pacheco, Daniel, “‘Solo pedimos que se respete el uso de suelo previo’ Calica”. *Novedades Quintana Roo*, 27 de marzo de 2017. **R-0051**.

³¹⁰ C-095, p.5. “... CEMDA y Amigos de Sian Ka'an manifestaron no estar de acuerdo con la aprobación de la fase diagnóstico, ya que no se dio tiempo para la revisión de los mapas de conflictos”. Véase también Carta de organizaciones ambientalistas, 3 de febrero de 2016. **R-0052**.

1. La decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no establece que la APIQROO debía reembolsar a CALICA

245. La Demandante refiere a la sentencia del 25 de enero de 2017, emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), para sostener lo siguiente: “*Mexico’s failure to comply with the Rulings of Its own Judiciary*”.³¹¹ Al respecto, se debe aclarar que la SCJN resolvió un recurso de reclamación de la APIQROO, en contra de un acuerdo que desechó otro recurso que también había interpuesto.³¹² En este sentido, y contrario a lo señalado por la Demandante, dicha sentencia³¹³ no determinó que CALICA tuviera derecho a cobrar la tarifa de puerto, ni mucho menos ordenó que se le reembolsara por los pagos que hubiera realizado por ese concepto –los cuales, según lo afirma el experto de la Demandante sin evidencia alguna, fueron hechos por Vulica.³¹⁴ El recurso que resolvió la SCJN fue un asunto de mero trámite, resolviendo que el recurso interpuesto por APIQROO era infundado,³¹⁵ sin entrar al fondo del asunto –como parte de la naturaleza misma de este tipo de recursos judiciales–. El fondo y los detalles de esta decisión se explican más adelante, sin embargo, para efectos de tener un mejor entendimiento del asunto, a continuación, se precisan algunos puntos en torno a los cuales se emitió la referida sentencia.

2. Vulica fue quien presuntamente pagó la tarifa de puerto y no es parte de algún procedimiento en contra de esos pagos

246. Como parte de su reclamación relativa a las tarifas de puerto, la Demandante omite precisar en su Memorial que su experto en daños ha afirmado, sin presentar evidencia alguna, que fue Vulica y no CALICA, la que pagó dichos derechos.³¹⁶ En este sentido, no existe ninguna acción administrativa o judicial iniciada por Vulica por el cobro supuestamente ilegal de la tarifa de puerto. De hecho, en el ámbito doméstico, CALICA también ha afirmado, sin presentar evidencia

³¹¹ Memorial, ¶ 132.

³¹² Dicho recurso de reclamación se interpuso en contra de un acuerdo de desechamiento contra un recurso de revisión que negó el amparo a APIQROO. Efectivamente, el recurso de reclamación involucró una impugnación en contra de una determinación judicial (acuerdo de trámite) por la cual se desechó otro recurso, a saber, un recurso de revisión. El referido recurso de revisión buscaba que se examinara un fallo judicial que negó el amparo respecto de una sentencia emitida por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Ver C-0059, para. 17 (p. 34 del pdf).

³¹³ Memorial, notas al pie 138 y 139.

³¹⁴ Expert Report-Darrell Chodorow-Damages-Claimant’s Memorial, ¶ 196.

³¹⁵ Ver C-0069, resolutive primero, p. 46.

³¹⁶ Expert Report-Darrell Chodorow-Damages-Claimant’s Memorial, ¶ 196.

alguna, que fue ella quien realizó los pagos que supuestamente fueron facturados a nombre de Vulica:

Se hace notar que, durante estos años, API facturó los cobros indebidos a Vulica. Sin embargo, la persona que efectuó los pagos respectivos fue Calica. Es por ello que Vulica y Calica, por igual, tienen interés jurídico en promover esta jurisdicción voluntaria de requerimiento de pago a API.³¹⁷

247. En cualquier caso, esta situación pone de manifiesto que la Demandante no ha cumplido con la carga de la prueba consistente en demostrar que realizó [REDACTED] que reclama y que la *litis* de los procedimientos administrativos y judiciales de CALICA, no versaron sobre el reembolso o el cobro supuestamente ilegal de la tarifa de puerto o tarifas portuarias. De lo contrario, Vulica –al haber sido la parte supuestamente afectada–, habría fungido como reclamante en los procedimientos, lo cual no ha ocurrido.

3. Las concesiones portuarias de CALICA no le otorgan derecho alguno sobre el cobro de la tarifa de puerto fuera del recinto portuario concesionado

248. La Concesión Portuaria de CALICA no la faculta para cobrar, ni mucho menos para aprovechar en su beneficio, las cuotas correspondientes a la tarifa de puerto o derechos de puerto. Por el contrario, lo único que se le concedió fue el cobro y aprovechamiento de las tarifas portuarias, es decir, (i) las cuotas derivadas del uso de la infraestructura del puerto y (ii) las cuotas de los servicios que prestara al público en las terminales que le fueron concesionadas. En efecto, en la modificación a su concesión original, por la cual se incluyó la construcción, operación y explotación de una terminal portuaria de uso público,³¹⁸ se determinaron, *inter alia*, las siguientes reglas y condiciones:

- Que la ampliación de la concesión comprendería, respecto de la terminal de transbordadores, la prestación de los servicios de muellaje, atraque, embarque, desembarque, amarre de cabos, agua potable, recolección de basura, desechos y aceite quemado, eliminación de aguas residuales y otros que autorizara la SCT, incluyendo la probable prestación de los servicios de suministro de combustibles y lanchaje;³¹⁹ y
- Que las cuotas que CALICA cobrara por la prestación de los servicios al público en la terminal de transbordadores se fijarían de manera tal que fueran competitivas en los

³¹⁷ C-0107, p. 9.

³¹⁸ C-0013, Condición Primera, p.12.

³¹⁹ C-0013, Condición Vigésima Séptima, p.12.

ámbitos nacional e internacional y no excederían los montos máximos que, en su caso, establecieran las bases de regulación tarifaria que expidiera la SCT.³²⁰

249. En la modificación de su concesión original –30 de septiembre de 1994– y que dejó sin efectos al título original y sus modificaciones posteriores, se estableció lo siguiente:

- CALICA tendría el uso, operación y explotación de una Terminal Portuaria de Carga de Uso Particular para el manejo de materiales pétreos y de una Terminal Portuaria de Uso Público para transbordadores, cruceros turísticos y embarcaciones de pasajeros.³²¹
- La concesión comprendería la prestación de los servicios portuarios conforme el artículo 44 de la Ley de Puertos.³²²
- CALICA cobraría a los usuarios los ingresos que se generaran por el uso de la infraestructura y la prestación de los servicios portuarios. Al respecto, la SCT podría establecer regulación tarifaria por recomendación de la Comisión Federal de Competencia o por no existir un ambiente de competencia razonable.³²³
- Los precios por servicios a terceros en la Terminal de Uso Particular, CALICA los fijaría libremente siempre que el número de carga y descarga de embarcaciones de terceros no fuera mayor al 50% del total de sus operaciones, lo contrario, implicaría a CALICA registrar dichas tarifas a la SCT.³²⁴

250. Conforme a lo anterior, las cuotas a las que CALICA tiene derecho no se refieren a la Tarifa de Puerto o Derechos de Puerto –cuyo reembolso reclama–, sino a los ingresos generados por el uso de la infraestructura y la prestación de los servicios portuarios que realice, *i.e.*, pilotaje, remolque, amarre de cabos, lanchaje, avituallamiento, agua potable, combustible, carga, descarga, alijo, almacenaje y otros.³²⁵

251. Por ello, CALICA no tiene y nunca ha tenido derecho alguno sobre la Tarifa de Puerto o los Derechos de Puerto. En particular, los derechos de puerto los cuales tienen el carácter de contribuciones –causados por la entrada de embarcaciones a los puertos y terminales de uso

³²⁰ C-0013, Condición Trigésima Cuarta, p.18.

³²¹ C-0015. Condición Primera.

³²² C-0015. Condición Segunda.

³²³ C-0015. Condición Decimoprimer.

³²⁴ C-0015. Condición Decimosegunda.

³²⁵ Ley de Puertos, DOF, Ciudad de México, D.F., 19 de julio de 1993, Artículo 44. **R-0053.** Ver también RW-006, ¶ 21.

público fuera de puerto—, y cuyo monto es determinado por la ley.³²⁶ De hecho, conforme a la legislación mexicana, la totalidad de los montos recaudados por concepto de los derechos de puerto deben destinarse, en su totalidad, al Fondo de Desarrollo de la Marina Mercante Mexicana y, en consecuencia, no pueden ser apropiados por un particular, como la reclamante pretende.³²⁷

252. Cabe señalar que la Demandante no es clara en su reclamación al mezclar indistintamente la terminal de uso público y la de uso privado³²⁸ y parece confundir intencionalmente las figuras jurídicas de la contraprestación de la concesión, la tarifa de puerto, los derechos de puerto y las tarifas portuarias.³²⁹ Al respecto, la diferencia es aclarada y explicada por el Sr. José Alberto Atempa en su declaración testimonial:

[...] las personas físicas y morales que usen los puertos nacionales **o las terminales de uso público fuera de puerto habilitado** están obligadas a pagar al Estado Mexicano, por cada embarcación en tráfico de altura o cabotaje que entre a los mismos, **el Derecho de Puerto** conforme a una cuota tributaria

Estos Derechos son contribuciones que, [...], se perciben por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la Nación, así como por recibir los servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público.

[Las] concesiones [...] establecen [el derecho] de percibir ingresos por el uso de la infraestructura portuaria y los servicios portuarios que presten directamente, a través del cobro de **tarifas portuarias** [...].³³⁰ (Énfasis en el original)

253. En este sentido, los derechos de puerto tienen una naturaleza fiscal, son medidas tributarias que, conforme al TLCAN, CALICA no puede alegar como violaciones a la obligación de nivel mínimo de trato. Además, conforme a la evidencia presentada por la propia Demandante, ya sea que su reclamación verse sobre la tarifa puerto, derechos de puerto o tarifas portuarias, éstas no fueron pagadas por CALICA sino por la empresa VULICA que no es parte en este arbitraje.

³²⁶ Ley Federal de Derechos, DOF, 31 de diciembre de 1981, Artículos 200, 200-A y 201. **R-0054.**

³²⁷ Ley Federal de Derechos, DOF, 31 de diciembre de 1981, Artículo 204-A. **R-0054.**

³²⁸ Witness Statement- [REDACTED]-Claimant's Memorial, ¶ 46 y Memorial, ¶ 132.

³²⁹ RW-006, ¶ 17.

³³⁰ RW-006, ¶¶ 9, 10 y 12.

4. CALICA no tiene ningún derecho de acción en contra de la APIQROO

254. Las Administraciones Portuarias Integrales (API) fueron incorporadas en el marco legal mexicano a partir de 1993 y son sociedades mercantiles en las cuales el Estado delega la planeación, programación, desarrollo, uso, aprovechamiento y explotación de los bienes y servicios de un puerto, a través de una concesión.³³¹ Las API son autónomas en su gestión operativa y financiera, por lo que sus propios órganos de gobierno son los encargados de establecer sus políticas y normas internas.³³²

255. La sociedad denominada “*Administración Portuaria Integral de Quintana Roo, Sociedad Anónima de Capital Variable*”, se constituyó el 17 de marzo de 1994.³³³ Inmediatamente después de su constitución, la SCT le otorgó una “concesión para la administración portuaria integral de los puertos de Isla Cozumel, Chetumal, Puerto Juárez, Puerto Morelos e Isla Mujeres, en el Estado de Quintana Roo”.³³⁴ La referida concesión portuaria no afectó a ninguna de las terminales cubiertas por la Concesión Portuaria de CALICA.

256. No obstante, el 10 de febrero de 2003 y el 16 de abril de 2007, la SCT modificó la Concesión Portuaria otorgada a la APIQROO. Ambas modificaciones fueron impugnadas por CALICA, so pretexto de afectar sus derechos. En consecuencia, la APIQROO ha participado, en su carácter de tercero interesado, en los juicios de nulidad iniciados por CALICA en contra de los actos de la SCT. A pesar de lo anterior, la APIQROO no tiene obligación alguna hacia CALICA, ni CALICA tiene derecho de acción alguno en contra de la APIQROO.

257. Efectivamente, no es casual que la Demandante no haya citado sentencia alguna en la que se condene a la APIQROO a pagar o restituir el pago de la tarifa de puerto supuestamente realizado por CALICA. La razón de ello es simple, no existe ningún documento de esa naturaleza ni derecho alguno que sustente la reclamación de CALICA relativa a la tarifa de puerto o derechos de puerto.

³³¹ Ley de Puertos, DOF, Ciudad de México, D.F., 19 de julio de 1993, Artículo 38. **R-0053**.

³³² Ley de Puertos, DOF, Ciudad de México, D.F., 19 de julio de 1993, Artículo 39. **R-0053**. Ver también RW-006, ¶ 36.

³³³ Notario Público Número 8 del Estado de Quintana Roo, Acta constitutiva de la APIQROO, día 17 de marzo de 1994. RW-006, ¶ 17.

³³⁴ C-0049.

5. Antecedentes de la decisión de la SCJN: los procedimientos administrativos promovidos por CALICA

258. De acuerdo a la argumentación de la Demandante, ésta no reclama *per se* el pago realizado por concepto de tarifa de puerto o derechos de puerto –que de acuerdo a la Demandante fue pagado aparentemente por Vulica (aunque ello no se ha probado)–, más bien, parece alegar el hecho de no poder mantener para ella el cobro de la tarifa de puerto o derechos de puerto, los cuales tampoco le corresponden por tratarse de contribuciones a favor del Estado mexicano. Para contextualizar, resulta relevante explicar los antecedentes de la sentencia de la SCJN del 25 de enero de 2017.

259. El origen de la decisión de la SCJN lo constituye la sentencia del 3 de septiembre de 2014 emitida por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA).³³⁵ Dicho Tribunal está facultado para resolver lo que se conoce como juicio contencioso administrativo o, en términos más coloquiales, el “juicio de nulidad”, *i.e.*, revisa la legalidad de un acto de las autoridades que conforman el Poder Ejecutivo por una falta o indebida aplicación de la ley. Así, en este caso, CALICA promovió el juicio en contra de dos actos de la SCT, con la intención de que fueran anulados:

- (i) La Modificación de la Concesión de la APIQROO de 2007, por medio de la cual la SCT otorgó a la APIQROO la administración de diversos puertos y terminales de uso público fuera de puerto en el Estado, incluyendo Punta Venado, pero exceptuando expresamente el área objeto de la Concesión de CALICA; y,

³³⁵ Dicha sentencia quedó firme mediante declaración del día 8 de junio de 2017, emitida por la Secretaría General de Acuerdos del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Ver TFJFA, Expediente 26098/07-17-10-3, auto por el que se declara firmeza de sentencia definitiva y se archiva carpeta como totalmente concluida, 8 de junio de 2017. **R-0056.**

- (ii) El oficio del 24 de julio de 2007,³³⁶ a través del cual se informó a CALICA que la tarifa de puerto debería ser pagada a la APIQROO.³³⁷

260. De esta manera, y debido a los alcances del juicio mencionado, la sentencia solo resolvió que los actos impugnados³³⁸ eran nulos y, en consecuencia, ordenó a la SCT que se emitieran nuevamente de manera fundada y motivada. Sin embargo, es importante precisar que la sentencia referida no determinó ningún derecho a favor de CALICA para cobrar la tarifa de puerto.³³⁹ De hecho, la APIQROO nunca ha sido condenada (ni siquiera demandada) a efectos de realizar alguna restitución monetaria. Lo anterior, a pesar de que la APIQROO ha tenido el carácter de tercero interesado en todos los juicios de nulidad iniciados por CALICA en contra de las modificaciones a su concesión.

261. Por lo tanto, la sentencia de la SCJN nunca analizó si la APIQROO debía reembolsar alguna cantidad a CALICA por concepto de la tarifa de puerto ni por cualquier otro concepto. De hecho, la sentencia no aborda de ninguna manera ese aspecto.

6. Las autoridades mexicanas han cumplido con las determinaciones de sus tribunales judiciales y administrativos

262. Derivado de la sentencia del 3 de septiembre de 2014 –declarada definitiva hasta el 8 de junio de 2017–, y a fin de dar cumplimiento a lo ordenado por el TFJFA, el 13 de noviembre de 2017, la SCT emitió diversas comunicaciones.

³³⁶ El 8 de julio de 2008 y el 30 de septiembre del mismo año, CALICA solicitó a la SCT que emitiera una confirmación en relación a los derechos que poseía para el cobro de las tarifas por el uso de infraestructura y la prestación de los servicios, con base en la Modificación 2007. En respuesta a dichas solicitudes, el 2 de julio de 2009, la SCT respondió a las peticiones de CALICA, comunicándole que debería estarse a lo comunicado en el oficio del 24 de julio de 2007, en el sentido de que únicamente se encontraba facultada para cobrar el uso de la infraestructura y la prestación de los servicios a que se refiere el artículo 44 de la Ley de Puertos, mientras que la tarifa de puerto debería ser cobrada por la APIQROO. Inconforme con el contenido de este oficio, CALICA interpuso un juicio contencioso administrativo (i.e. juicio de nulidad) en contra del mismo, el cual fue acumulado al procedimiento iniciado por CALICA en septiembre de 2007.

³³⁷ Esta comunicación resulta particularmente importante, en virtud de que aclaraba el alcance de los derechos concedidos a CALICA, respecto de las cuotas que esta última estaba facultada a cobrar. SCT, Oficio 05963, 24 de julio de 2007. **R-0057**.

³³⁸ A saber, la Modificación 2007 de la APIQROO y de los oficios del 24 de julio de 2007 y 2 de julio de 2009.

³³⁹ Resolutivos IV, V y VI, y Considerandos Octavo Noveno y Décimo de la Sentencia dictada por el Pleno de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el 3 de septiembre de 2014, en los autos del Juicio Contencioso Administrativo 16098/07-17-10-2/AC1/1053/11-PL-02-04-DA. Ver C-0106, pp.190, 264, 265, 270 y 271.

263. En la primera, la SCT informó a CALICA que había dejado insubsistente el contenido de los oficios del 24 de julio de 2007 y 2 de julio de 2009 y que se tenía por nula la Modificación 2017 de la APIQROO.³⁴⁰

264. En la segunda, la SCT instruyó a la APIQROO para abstenerse de cobrar la tarifa de puerto en la terminal de uso público fuera de puerto habilitado denominado “Punta Venado”.³⁴¹

265. La tercera comunicación instruyó al Capitán de Puerto de Cozumel, Quintana Roo, para cobrar el derecho de puerto a las personas físicas y morales que usaran la Terminal de Uso Público fuera de puerto habilitada y denominada terminal Punta Venado.³⁴²

266. No obstante, es importante apuntar que CALICA impugnó nuevamente dichos actos mediante un juicio contencioso administrativo.³⁴³ Por lo tanto, la validez de las actuaciones de la SCT se encuentra pendiente de resolver.

7. CALICA perdió cualquier derecho a las tarifas de puerto como consecuencia de su renuncia a la terminal portuaria pública

267. Suponiendo, sin conceder, que CALICA tuviera derechos sobre la tarifa de puerto, y sin perjuicio de los procedimientos administrativos y judiciales antes referidos, es claro que CALICA renunció a sus derechos y obligaciones derivados de su concesión portuaria relativos a la terminal de uso público desde 2009.³⁴⁴ Por lo tanto, al menos desde esa fecha CALICA habría perdido cualquier derecho –suponiendo que lo tuviera– sobre la tarifa de puerto.³⁴⁵

³⁴⁰ Dirección General de Puertos de la SCT, Oficio 7.3.-2730.17, del 13 de noviembre de 2017. **JAAL-0013**.

³⁴¹ Dirección General de Puertos de la SCT, Oficio 7.3-3004.17, del 13 de noviembre de 2017 **JAAL-0014**.

³⁴² Ley Federal de Derechos, DOF, Ciudad de México, D.F., 31 de diciembre de 1981, artículos 200 y 201. **R-0054**; Ley de Navegación y Comercio Marítimos, DOF, Ciudad de México, D.F., 1 de junio de 2006, artículos 7 fracción I y 9 fracción XIV. **R-0058**. Ver Dirección General de Puertos de la SCT, Oficio 7.3.-2730.17 006536, del 13 de noviembre de 2017. **JAAL-0015**.

³⁴³ El **6 de febrero de 2018**, la Tercera Sala Regional Metropolitana del Tribunal Federal de Justicia Administrativa admitió la demanda de nulidad interpuesta por CALICA en contra de los oficios del 13 de noviembre de 2017. Ver Tercera Sala Regional Metropolitana del TFJFA, Exp. 3067/18-17-03-6, auto admisorio y escrito inicial de demanda, 6 de febrero de 2018. **R-0059**.

³⁴⁴ C-0016, p. 24. Solicitud de modificación de la concesión sobre bienes del dominio público de la Federación, solicitada por CALICA el 3 de abril de 2009. **JAAL-0003**. Renuncia formulada por Calica el 8 de mayo de 2009. **JAAL-0004**.

³⁴⁵ C-0016, Antecedentes V y VII, pp. 24-25. **RW-006**, ¶ 61.

8. El procedimiento de cobro iniciado por CALICA no le confiere derecho alguno sobre las tarifas de puerto

268. A pesar de que CALICA solicitó a la APIQROO, vía judicial, el reembolso de [REDACTED] por concepto de Tarifas de Puerto (Derechos de Puerto) cobrados supuestamente de forma ilegal por el uso de la Terminal Marítima de Punta Venado,³⁴⁶ ello no significa que el cobro solicitado por CALICA esté justificado o sea correcto, ni que tenga derecho alguno, conforme al sistema jurídico mexicano, sobre la pretensión que plantea, *i.e.*, al reembolso de dichas contraprestaciones.³⁴⁷

269. En efecto, el procedimiento a través del cual CALICA requirió a la APIQROO el reembolso referido se denomina “jurisdicción voluntaria” y su única finalidad es que, a solicitud de los interesados, un juez intervenga y de fe de la realización de un acto determinado –en este caso, la solicitud de reembolso–. Es decir, ese procedimiento judicial tiene por finalidad buscar que el juez reconozca una mera declaración o petición de la empresa, sin que implique un procedimiento contencioso. En efecto, este procedimiento no prejuzga sobre la existencia de un derecho, y únicamente responde a la petición de un particular el cual, en caso de que no se realice el reembolso solicitado, deberá iniciar el procedimiento contencioso correspondiente, a través del cual se determinará si tiene derecho al reembolso o no.³⁴⁸

270. Por este motivo, y en consonancia con lo referido en el numeral anterior, el que CALICA hubiera requerido el pago a la APIQROO, a través de una jurisdicción voluntaria, no prueba de ninguna manera que tenga derecho a reembolso alguno, sobre todo considerando que desde esa fecha no consta que haya realizado ningún otro acto para reclamar, judicialmente, el reembolso de las cantidades que supuestamente se le deben.

III. ARGUMENTO LEGAL

A. Jurisdicción

271. Como se analiza *infra*, el Tribunal deberá observar algunas cuestiones de carácter jurisdiccional antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto. En particular, existen diversos

³⁴⁶ C-0107.

³⁴⁷ Ver Memorial, ¶ 133.

³⁴⁸ Código de Procedimientos Civiles para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo, 10 de diciembre de 2012. **R-0060**.

elementos de carácter fáctico que afectan, como cuestión de derecho, el que se pueda pronunciar respecto de algunas cuestiones, *i.e.*, limitan el ejercicio de su jurisdicción debido a que:

- La Demandante presenta sus reclamaciones basándose en hechos que escapan por muchos años de la jurisdicción temporal del Tribunal. En efecto, y aunque la Demandante argumenta que se tratan de referencias meramente contextuales, lo cierto es que gran parte de su Memorial lo destina a eventos que sobrepasan la limitación temporal del TLCAN. Por lo tanto, el Tribunal deberá ser cuidadoso en evitar que las reclamaciones de la Demandante se basen en esos hechos.
- La Demandante pretende presentar una reclamación en representación de una entidad abstracta a la que denomina “Red Calica” (“Calica Network”), la cual se compone de distintos elementos que no califican como “inversión” conforme al TLCAN.
- La Demandante presenta una reclamación –reembolso de la tarifa o derecho de puerto supuestamente ordenado por tribunales nacionales– que en el fondo involucra una medida tributaria conforme a la legislación nacional y, por ende, se encuentra excluida expresamente de la jurisdicción del Tribunal de conformidad con el TLCAN.

1. Jurisdicción *ratione temporis*: El Tribunal no tiene jurisdicción para analizar reclamaciones basadas en hechos anteriores a diciembre de 2015

272. Los artículos 1116(2) y 1117(2) del TLCAN disponen, en la parte relevante, que “El inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual [el inversionista o su empresa] tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como de las pérdidas o daños sufridos [por el inversionista o su empresa].” Como tal, “NAFTA is just one of the many investment treaties ... that imposes a relatively short (in that case three-year) statute of limitations.”³⁴⁹

273. La Demandante, al redactar su versión de los hechos, se remonta a 1986 y refiere varios procedimientos legales supuestamente presentados por la Demandante ante Cortes Mexicanas junto con otros agravios presuntamente experimentados entre los años 1990 y 2000.³⁵⁰ De hecho, la Demandante utiliza cerca de cuarenta páginas –más de dos tercios de su exposición de hechos– en dicho contexto o “antecedentes,”³⁵¹ el cual supera, por décadas, la limitación de tres años

³⁴⁹ Borzu Sabahi, Noah Rubins, Don Wallace, Jr., *Investor-State Arbitration* (OUP, 2nd ed 2019.) pp. 429-30. **RL-001.**

³⁵⁰ Memorial, ¶¶ 25, 65 *et seq.*

³⁵¹ *Cf.* Memorial, ¶¶ 6-109.

establecida en el TLCAN. Es obvio que esos eventos anteriores están fuera de la jurisdicción del Tribunal y no pueden servir como base de la reclamación.

274. Después, en un solo párrafo conclusivo, la Demandante proclama, sin citar fundamentos o compartir su análisis, que “[t]he claims asserted in this proceeding are . . . timely” porque la Solicitud de Arbitraje fue presentada el 3 de diciembre de 2018 y “Legacy Vulcan submitted its claims to arbitration less than three years after it and CALICA first acquired, or should have acquired, knowledge of Mexico’s breaches of NAFTA Chapter 11 and of the losses or damages incurred from those breaches.”³⁵²

275. Como se explica a continuación, el requerimiento de someter reclamaciones a arbitraje dentro de tres años es una cuestión de jurisdicción, no de admisibilidad y, por lo tanto, los eventos que acontecieron antes del 5 de diciembre de 2015 están fuera de la jurisdicción del Tribunal.

276. Al haber titulado la sección V de su Memorial con el título “Admissibility of the Claims,”³⁵³ la Demandante parece sugerir que la limitación de tres años establecida en el TLCAN es una cuestión de admisibilidad y no de jurisdicción. Esto es incorrecto. El Profesor Michael Reisman ha explicado que la prescripción es una cuestión jurisdiccional:

International tribunals must implement the jurisdictional arrangements which Parties establish with great care, lest their decisions exceed the jurisdiction assigned to them and constitute an *excès de pouvoir*. In this opinion, I consider the three year time limitation under NAFTA Article 1116(2), that is, jurisdiction *ratione temporis*.³⁵⁴

277. Esta conclusión está respaldada por resoluciones de tribunales de arbitraje de tratados. Por ejemplo, en *Rusoro Mining Ltd. v. República Bolivariana de Venezuela*, el cual involucró una cuestión similar de un periodo de prescripción de tres años en virtud del tratado bilateral de inversión entre Venezuela y Canadá, el Tribunal trató la limitación de tiempo como la primera objeción jurisdiccional previa a la consideración de las reclamaciones sobre el fondo.³⁵⁵ Asimismo, en una decisión de 2016 también relacionado con una limitación de tiempo de tres años

³⁵² Memorial, ¶ 185.

³⁵³ Memorial, p. 71.

³⁵⁴ *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, ICSID Administered, Opinion of W. Michael Reisman With Respect to the Effect of NAFTA Article 1116(2), april 22, 2008, ¶ 16. **RL-002.**

³⁵⁵ *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award, Aug. 22, 2016, ¶¶ 203-40. **RL-003.**

(según el Artículo 10.18 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica DCR-CAFTA), el tribunal declaró que “un tribunal carecería de competencia *ratione temporis* si la reclamación incoada en virtud del Artículo 10.16 del DR-CAFTA no se somete al arbitraje dentro de los tres años” sosteniendo que “la Demandante no presentó su Solicitud de Arbitraje sino hasta el 10 de junio de 2014, es decir, 3 años, 3 meses y 19 días más tarde de lo que corresponde. En consecuencia, sus reclamos se encuentran prescritos en virtud del Artículo 10.18.1 del DR-CAFTA”.³⁵⁶

278. Recientemente, en virtud del TLCAN, el tribunal en *Resolute Forest Products c. Canada* declaró que “compliance with [the time limit specified in Articles 1116(2) and 1117(2)] is required for the bringing of a claim,” y que “[t]his is enough to justify the conclusion that compliance with the time limit goes to jurisdiction” y no se trata de un tema de admisibilidad.³⁵⁷ Rechazando el *dictum* de la jurisprudencia anterior del TLCAN, el tribunal sostuvo que “agrees with later [NAFTA] tribunals, and with the United States and Mexico in their Article 1128 submissions, that the claimant has to establish its case on [timeliness] and other points.”³⁵⁸

279. Al analizar el lenguaje pertinente del tratado, Estados Unidos ha explicado con más detalle:

[U]nder Articles 1116(2) and 1117(2), knowledge is acquired as of a particular “date.” Such knowledge cannot *first* be acquired at multiple points in time or on a recurring basis. As the *Grand River* tribunal recognized, a continuing course of conduct by the host State does not renew the limitations period . . . , once an investor or enterprise knows, or should have known, of the alleged breach and loss or damage incurred thereby.³⁵⁹

280. En el caso de *Ely Lilly and Company v. Canada*, Mexico coincidió en que “NAFTA tribunals, such as *Grand River v. United States* and *Feldman v. Mexico* have recognized that there

³⁵⁶ *Corona Materials LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo, 31 de mayo de 2016, ¶¶ 57, 238. **RL-004.**

³⁵⁷ *Resolute Forest Products Inc. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2016-13, Decision on Jurisdiction and Admissibility, Jan. 30, 2018, ¶ 83. **RL-005.** Añadió:

Even if it did not, and was to be classified (as time limits in other contexts are often classified) as a matter of admissibility, it would not necessarily follow that the onus of proof in that regard was on the respondent party. Article 24(1) of the UNCITRAL Rules, which are applicable here by virtue of Article 1120(1) of NAFTA, imposes on the relevant party ‘the burden of proving the acts relied on to support [its] claim or defence’. The Tribunal does not see any reason to limit Article 24(1) to matters of substance, and the facts necessary to establish that a claim has been brought in accordance with Section B of Chapter Eleven are, in its view, facts relied on in support of the claim.

³⁵⁸ *Id.*, ¶ 85.

³⁵⁹ *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada*, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, NAFTA Article 1128 Submission of United States of America, Mar. 18, 2016, ¶ 83. **RL-006.**

is a “clear and rigid limitation defense – not subject to any suspension, prolongation or other qualification,”” y:

given that the NAFTA Parties have repeatedly concurred the view that the three-year limitation period cannot be extended by an allegation that the alleged violation has continued, their clear and consistent position ... on this issue constitutes a subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty and/or subsequent practice which shall be taken into account when interpreting NAFTA. [comillas omitidas].³⁶⁰

Así, “NAFTA is a narrowly tailored and specialized treaty whose interpretation should respect the general principles of extinctive prescription in international law,” lo cual “promotes the fair exercise of justice” al no recompensar a los Demandantes por su propia negligencia.³⁶¹

281. Por las razones antes expuestas, el Tribunal debe ser cuidadoso al abordar la gran dependencia de la Demandante en eventos que tomaron lugar antes del 3 de diciembre de 2015. Por ejemplo, es claro que cualquier compromiso asumido por las autoridades mexicanas con respecto al establecimiento de La Rosita y el puerto no son relevantes con sus esfuerzos recientes por expandir sus operaciones en El Corchalito y La Adelita. Además, las reclamaciones de la Demandante sobre las controversias que ocurrieron antes de diciembre de 2015 no pueden ser la base de ninguna reclamación que deba resolver este Tribunal.

2. Jurisdicción *ratione materiae*: El Tribunal no tiene Jurisdicción respecto de Inversiones hechas en las Bahamas y los Estados Unidos de América

282. La Demandante describe una red CALICA (“CALICA Network”), la cual está compuesta de:

- Las canteras de agregados localizadas en México en los predios de La Rosita, El Corchalito y La Adelita; una instalación de procesamiento adyacente a esos sitios; y una instalación portuaria cercana, todas operadas y de propiedad de CALICA;
- Tres buques de carga, propiedad y operados por Vulica Shipping Company Ltd, una empresa de las Bahamas; y

³⁶⁰ *Eli Lilly and Company v. The Government of Canada*, UNCITRAL, ICSID Case No. UNCT/14/2, NAFTA Article 1128 Submission of the United Mexican States, Mar. 18, 2016, ¶¶ 6, 8. **RL-007**.

³⁶¹ Rocio I. Digon, *Jurisdiction Ratione Temporis Under NAFTA Article 1116(2)*, 2008 Student Scholarship Papers, pp. 5, 6. **RL-008**.

- 14 patios estadounidenses de distribución de venta localizados a lo largo de la Costa estadounidense del Golfo (referida por la Demandante como “US Sales Yards” sin identificar la(s) entidad(es) legal(es) relevante(s) y las operaciones de venta y comercialización realizadas por Vulcan Construction Materials, LLC, una compañía estadounidense.³⁶²

283. Resulta evidente que Vulica y sus embarcaciones, así como los patios estadounidenses de distribución y las operaciones estadounidenses de venta y comercialización de Vulcan Construction Materials, no son inversiones en México, y cualquier reclamación con respecto al trato de dichas inversiones no mexicanas esta fuera de la jurisdicción de este Tribunal.

284. Dicho de otra manera, la Demandante no puede presentar una reclamación, en virtud del artículo 1117, a nombre de la Red Calica. Conforme al artículo 1117(1) del TLCAN, la Demandante puede presentar una reclamación en representación de “una empresa de otra Parte” que sea “propiedad del inversionista o esté bajo su control directo o indirecto”, por daños que estén relacionados causalmente con el incumplimiento del tratado. Dicha reclamación solo puede ser presentada 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”. Es evidente que la “Red Calica” no es una “empresa de otra Parte” en el sentido del TLCAN.

285. El artículo 201 del TLCAN define específicamente el término “empresa” como cualquier entidad constituida u organizada conforme al derecho aplicable, tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o gubernamental, incluidas cualesquiera sociedades, fideicomisos, asociaciones (“partnerships”), empresas de propietario único, coinversiones u otras asociaciones”. A su vez, el término “empresa de una Parte” se define en el Artículo 1139 como “una empresa constituida u organizada de conformidad con la ley de una Parte; y una sucursal ubicada en territorio de una Parte y que desempeñe actividades comerciales en el mismo”.

286. Por lo tanto, para que la Red Calica califique como una “empresa de otra Parte”, tendría que ser una “una empresa constituida u organizada de conformidad con la ley de una Parte”, lo cual no es. La Red Calica es un concepto imaginario utilizado por la Demandante y comprende entidades legales ubicadas en Estados Unidos y las Bahamas. Por esa sola razón, la Demandante

³⁶² Memorial, ¶ 24; Chodorow Expert Report, ¶ 45.

no puede presentar una reclamación a arbitraje en representación de la “Red Calica”. Únicamente puede hacerlo en representación de Calica, la inversión mexicana.

287. Este punto es particularmente importante con respecto a los daños, y es desarrollado con mayor detalle más adelante en la respuesta de la Demandada a las reclamaciones de daño de la Demandante.

3. El Tribunal no tiene Jurisdicción sobre Medidas Fiscales

288. La Demandante afirma que “[e]ven though Mexico’s judiciary had definitively established that it was illegal to do so, API Quintana Roo continued charging CALICA port fees” por la cantidad de [REDACTED].³⁶³ Esto, de acuerdo a la Demandante, equivale a una violación del Artículo 1105 del TLCAN porque la conducta de México fue supuestamente arbitraria.³⁶⁴

289. Sin embargo, la reclamación de trato justo y equitativo de la Demandante con respecto a las tarifas portuarias no tiene en cuenta la exclusión expresa contenida en el artículo 2103 (1) del TLCAN con respecto a medidas tributarias, que establece en términos claros que “salvo lo dispuesto en este artículo, ninguna disposición de este Tratado [*i.e.*, TLCAN] se aplicará a medidas tributarias”. Dicho término ha sido definido de manera amplia y abarca cualquier medida que “is part of the regime for the imposition of a tax.”³⁶⁵ Conforme a la legislación nacional, quienes hagan uso de los puertos nacionales o las terminales de uso público fuera de puerto habilitado, están obligadas a pagar al Estado mexicano el derecho de puerto de altura por cada embarcación en tráfico de altura o cabotaje que entre a los mismos.³⁶⁶ Esos derechos de puerto, al igual que los impuestos, se consideran contribuciones conforme al Código Fiscal de la Federación.³⁶⁷ El tribunal de *Feldman v. Mexico* explicó:

[E]l Artículo 2103 del TLCAN excluye de manera general las medidas impositivas del alcance del TLCAN: “Salvo lo indicado en este Artículo, nada de lo contenido en este Convenio se aplicará a las medidas impositivas.” Sin embargo, esta exclusión no es

³⁶³ Memorial, ¶¶ 132-33.

³⁶⁴ Memorial, ¶¶ 205, 224-25.

³⁶⁵ *Resolute Forest Products Inc. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2016-13, Decision on Jurisdiction and Admissibility, Jan. 30, 2018, ¶ 326 (quoting *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3481, Award, Feb. 6, 2006, ¶ 142(4)). **RL-005**.

³⁶⁶ Ley Federal de Derechos, DOF, Ciudad de México, D.F., 31 de diciembre de 1981, Artículos 200, 200-A, 201 y 201-A. **R-0054**.

³⁶⁷ Código Fiscal de la Federación, DOF, Ciudad de México D.F., 31 de diciembre de 1981, Artículo 2 fracción IV. **R-0061**.

absoluta. El Artículo 2103(3)(b) hace que el Artículo 1102 sea aplicable a las medidas impositivas y el Artículo 2103(6) hace que el Artículo 1110 sea aplicable bajo ciertas condiciones. No se menciona el Artículo 1105 entre las excepciones a la exclusión; por lo tanto, no se aplica a las medidas impositivas³⁶⁸

290. Por lo tanto, el Tribunal carece de Jurisdicción para conocer la reclamación de tarifas portuarias de la Demandante.

B. La Demandante no ha Establecido una Violación al amparo del TLCAN

291. Como se desarrolla más adelante, (i) la Demandante no ha demostrado que ha habido una violación al Artículo 1105 del TLCAN y (ii) ninguna cláusula de paraguas puede ser importada al TLCAN.

1. México otorgó Trato Justo y Equitativo a las Inversiones de Legacy Vulcan

292. México no dejó de otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones de Legacy Vulcan. El artículo 1105 (“Nivel mínimo de trato”) del TLCAN establece en la parte relevante 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.

293. La Demandante advierte correctamente que la nota del año 2001 emitida por la Comisión de Libre Comercio con relación al artículo 1105 “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,” que el nivel evoluciona.³⁶⁹ Sin embargo, la Demandante no ha establecido los elementos necesarios para sustentar su descripción del estándar legal aplicable en este caso.

294. En particular, la Demandante tiene la carga de establecer la existencia y aplicabilidad de una norma de derecho internacional consuetudinario:

El Tribunal reconoce que la prueba del cambio de una costumbre no es una cuestión que se pueda establecer fácilmente. No obstante, la carga de dicha prueba recae claramente en la Demandante. Si la Demandante no presenta al Tribunal las pruebas de esa evolución, no le compete al Tribunal asumir esa labor. Por el contrario, el Tribunal, en esas

³⁶⁸ *Marvin Feldman c. Mexico*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo, 16 de diciembre de 2002, ¶ 109 n.9. **RL-065.**

³⁶⁹ Memorial, ¶ 189.

circunstancias, debe sostener que la Demandante no ha logrado establecer la norma en cuestión.³⁷⁰

Otros tribunales del TLCAN han llegado a conclusiones similares.³⁷¹

295. Particularmente, es ampliamente aceptado que “the identification of rules of customary international law requires an inquiry into two distinct, yet related, questions: whether there is a general practice and whether such general practice is accepted as law (that is, accompanied by *opinio juris*).”³⁷² Como lo resumió la Corte Internacional de Justicia:

In particular, as the Court made clear in the *North Sea Continental Shelf* cases, the existence of a rule of customary international law requires that there be “a settled practice” together with *opinio juris* (*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 44, para. 77). Moreover, as the Court has also observed, [i]t is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and *opinio juris* of States, even though multilateral conventions may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom, or indeed in developing them” (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*), Judgment, I.C.J. Reports 1985, pp. 29-30, para. 27).³⁷³

296. La Demandante argumenta que el estándar del TLCAN “affords foreign investors essentially the same level of protection as the autonomous fair and equitable treatment standard” conforme al derecho internacional consuetudinario,³⁷⁴ y que, en cualquier caso, la Demandante puede aplicar, en virtud del artículo 1103 del TLCAN, los estándares de otros tratados suscritos por México posteriores a la entrada en vigor del TLCAN.³⁷⁵ Sin embargo, esto no abona a la carga

³⁷⁰ *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009, ¶ 273. **RL-009**.

³⁷¹ Ver, por ejemplo, *ADF Group Inc. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, Jan. 9, 2003, ¶ 185 (“The Investor, of course, in the end has the burden of sustaining its charge of inconsistency with Article 1105(1). That burden has not been discharged here and hence, as a strict technical matter, the Respondent does not have to prove that current customary international law concerning standards of treatment consists only of discrete, specific rules applicable to limited contexts.”) (**RL-010**); *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Award, June 8, 2009, ¶ 601 (“[A]s a threshold issue, the Tribunal notes that it is Claimant’s burden to sufficiently” muestra el contenido del nivel mínimo de trato en el derecho internacional consuetudinario). **RL-011**.

³⁷² Charles Chernor Jalloh, *Statement of the Chair of the Drafting Committee on Identification of Customary International Law*, International Law Commission, May 25, 2018, p. 3. **RL-012**.

³⁷³ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening) I (Judgment of 3 February 2012), I.C.J., pp. 99, 122-123. **RL-013**.

³⁷⁴ Memorial, ¶ 192.

³⁷⁵ Memorial, ¶¶ 194-95.

de la prueba de la Demandante consistente en establecer la norma real involucrada, ni tampoco ayuda a establecer una violación a dicha norma.

297. De manera importante, el estándar para encontrar un comportamiento gubernamental que sea incompatible con el nivel mínimo de trato es alto. El Tribunal en *Waste Management c. México* estableció:

Tomados en forma conjunta, los casos *S.D. Myers*, *Mondev*, *ADF* y *Loewen* sugieren que el nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de ³⁷⁶

298. El tribunal de *Cargill* abundó sobre esta cuestión de la siguiente manera:

Como se señala en el laudo del caso *Waste Management II* citado anteriormente, la violación puede ocurrir de muchas formas. Puede deberse a la falta del debido proceso, la discriminación, la falta de transparencia, una denegación de justicia o un resultado injusto. En todas estas formas, empero, la “falta” o la “denegación” de una calidad o derecho está de manera suficiente en el límite de la conducta aceptable y, consiguientemente, encontramos —en las palabras de los escritos presentados en virtud del Artículo 1128 y los laudos anteriores en el marco del TLCAN— que la falta o denegación debe ser “grave”, “manifiesta”, “total” o de tal magnitud que “atenta contra los cánones judiciales”. El Tribunal concede que estas palabras son imprecisas y otorgan discrecionalidad a los tribunales. Pero ello no es inusual. Al mismo tiempo, empero, el Tribunal señala con énfasis que esta norma es mucho más estricta que la incluida en el laudo del caso *Tecmed*, donde no se tiene en cuenta el mismo requisito de gravedad.

El Tribunal, por lo tanto, determina que la Demandante no ha logrado establecer que la norma presente, por ejemplo, en el laudo de *Tecmed* refleja el contenido del derecho internacional consuetudinario. El Tribunal sostiene que la norma de “trato justo y equitativo” conforme al actual derecho internacional consuetudinario refleja, como mínimo, la adaptación de la norma aceptada del caso *Neer* a las condiciones actuales, como se describe en los escritos presentados por México y Canadá al amparo del Artículo 1128. Si la conducta del gobierno respecto de la inversión constituye una falta grave de conducta, una injusticia manifiesta o, en las palabras clásicas de la reclamación *Neer*, mala fe o negligencia intencional en el cumplimiento de un deber, sea cual fuere el contexto concreto de las medidas adoptadas respecto de la inversión, en ese caso, la conducta constituirá una violación de la obligación consuetudinaria de otorgar un trato justo y equitativo.³⁷⁷

³⁷⁶ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, ¶ 98. **RL-014.**

³⁷⁷ *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009, ¶¶ 285-286. **RL-009.**

* * *

En conclusión, el Tribunal considera que las obligaciones establecidas en el Artículo 1105(1) del TLCAN deben interpretarse mediante referencia a la norma mínima del trato que se debe otorgar a extranjeros en el marco del derecho internacional consuetudinario. El requisito de trato justo y equitativo es un aspecto de la norma mínima. Para determinar si una medida no cumple el requisito de trato justo y equitativo, todo tribunal debe examinar cuidadosamente si las medidas sujetas a reclamación fueron manifiestamente injustas, ilícitas o idiosincrásicas; arbitrarias más allá de una simple aplicación contradictoria o cuestionable de la política o los procedimientos administrativos o jurídicos al punto de que el acto constituye una repudiación imprevista y chocante de los propios fines y objetivos de una política, o de otro modo subvierte gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto; o entrañaron una falta absoluta del debido proceso que choca contra el sentido de idoneidad judicial.³⁷⁸

299. En conclusión, el estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario prohíbe una acción que sea “arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial”.³⁷⁹ Las alegaciones de violación de la ley nacional, reclamaciones generales de injusticia, y “expectativas” autodefinidas, no son suficientes para argumentar la violación del estándar de trato justo y equitativo.

a. No ha habido infracción basada en “expectativas legítimas”

300. El punto central del caso de la Demandante se basa en el argumento de que: “NAFTA Article 1105 protects Legacy Vulcan’s and CALICA’s legitimate expectations arising from Mexico’s representations,” y además que “Mexico’s conduct and specific representations spanning many years – including in detailed contractual commitments enshrined in the 2014 Agreements – led Legacy Vulcan reasonably to expect that CALICA would be able to quarry La Adelita, causing millions to be invested in anticipation of expanded operations there”.³⁸⁰

301. El Tribunal debe tener cuidado de no basar su análisis en las expectativas de la Demandante como si se trataran de una fuente de las obligaciones de México –el Estado anfitrión en este caso–. Por ejemplo, el Comité de Anulación *MTD c. Chile* declaró:

³⁷⁸ *Id.*, ¶ 296.

³⁷⁹ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, ¶ 98. **RL-014.**

³⁸⁰ Memorial, ¶¶ 227 y 229.

En principio, las obligaciones del Estado receptor hacia los inversionistas extranjeros derivan de los términos del tratado de inversión aplicable y no de algún conjunto de expectativas que los inversionistas puedan tener o reclamar. Un tribunal que busca deducir a partir de dichas expectativas un conjunto de derechos distintos de aquellos contenidos en, o que pueden hacerse cumplir bajo, el TBI bien podría extralimitar sus facultades y, si la diferencia fuese sustancial, podría excederlos manifiestamente.³⁸¹

302. Pero incluso si las expectativas legítimas fueran relevantes, la palabra “legítimo” trae aparejada de manera inherente el principio de que el Estado receptor no debe ser responsable por las pérdidas resultantes de decisiones comerciales riesgosas o erróneas. El profesor Muchlinski explica con respecto a los casos internacionales de inversión que:

[There] appears to be a developing principle that the investor is bound to assess the extent of the investment risk before entering the investment, to have realistic expectations. . . . This is a principle consistent with good business practice, as it requires the investor to take responsibility for the normal commercial risk associated with the investment³⁸²

303. Por ejemplo, invertir en países en desarrollo a veces conlleva a un mayor grado de riesgo que se compensa con una mayor tasa de rendimiento.³⁸³ Una inversión en un país en desarrollo no puede justificar expectativas legítimas en cuanto a la estabilidad del entorno de inversión.³⁸⁴ El tribunal en *MTD c. Chile* determinó que la negligencia del inversionista fue causa importante de su propia pérdida y, por lo tanto, restó el 50 % de los daños que el inversionista reclamó. En ese caso en particular, la demandada argumentó que el inversionista decidió invertir en Chile sin realizar una debida diligencia de manera significativa, señalando que las demandantes se basaron en declaraciones ventajosas de sus socios locales. La demandada también argumentó que, si las demandantes hubieran seguido las prácticas de “inversionistas extranjeros diligentes,” habrían tenido conocimiento de los riesgos inherentes al proyecto que buscaban crear, consistentes en el

³⁸¹ *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. v. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Decisión de Anulación, marzo 21, 2007, ¶ 67. **RL-015.**

³⁸² Peter Muchlinski, ‘Caveat Investor’? *The Relevance of the Conduct of the Investor Under the Fair and Equitable Treatment Standard*, 55 Int’l & Comp. L. Q., 542 (2006). **RL-016.**

³⁸³ Michele Potesta, *Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept*, ICSID Review, Vol. 28, No. 1, p. 119. **RL-017.**

³⁸⁴ *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, Sept. 11, 2007, ¶¶ 335-36. **RL-018.**

desarrollo de una ciudad satélite en un terreno restringido para el desarrollo urbano. El tribunal en ese caso coincidió con dicho argumento.³⁸⁵

304. Incluso en una economía desarrollada, las expectativas de los inversionistas deben estar justificadas mediante una evaluación de riesgos adecuada. En *Methanex v. United States*, por ejemplo, el tribunal sostuvo que el inversionista no podía haber esperado que California se abstuviera de realizar cambios regulatorios cuando en ese estado la preocupación por los problemas ambientales era notoriamente alta.³⁸⁶

305. En *Thunderbird c. Mexico*, citada selectivamente por la Demandante,³⁸⁷ el tribunal determinó que no hubo expectativas legítimas cuando el inversionista tenía conocimiento de que la inversión planeada podía violar la ley del Estado receptor.³⁸⁸ En una opinión separada, el profesor Thomas Wälde coincidió con esta conclusión, explicando que “el concepto de las expectativas legítimas jamás debe considerarse como una garantía inflexible —semejante a un contrato de concesión a largo plazo dotado de una garantía de estabilización— que las políticas no pueden alterar.”³⁸⁹

306. Del mismo modo, la Demandante citó selectivamente *Grand River v. United States* y tergiversó su significado.³⁹⁰ Aunque dicho tribunal estableció que “[o]rdinarily, reasonable or legitimate expectations of the kind protected by NAFTA are those that arise through targeted representations or assurances made explicitly or implicitly by a state party,” también determinó que:

Even accepting that cited U.S. federal Indian law and the Jay Treaty might serve as sources of reasonable or legitimate expectations for the purposes of a NAFTA claim, the Tribunal finds that they do not in this case.

³⁸⁵ *MTD Equity Sdn. y MTD Chile, S.A. v. República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, mayo 25, 2004, ¶¶ 169-70. **RL-019.**

³⁸⁶ *Methanex v. United States*, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and Merits, Aug. 3, 2005, Part IV, ¶¶ 9-10. **RL-020.**

³⁸⁷ Memorial, ¶ 227.

³⁸⁸ *International Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo, 26 de enero de 2006, ¶¶ 137-67. **RL-021.**

³⁸⁹ *International Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Opinión independiente Thomas Wälde, 1 de diciembre de 2005, ¶ 98. **RL-022.**

³⁹⁰ Memorial, ¶ 227.

As to U.S. domestic law, given its unsettled nature in relevant respects, it is implausible to find that Mr. Montour could have reasonably expected, and reasonably relied on such an expectation as a prudent investor, that states would refrain from applying the MSA measures to him as they have done. As demonstrated by Professor Goldberg's expert report, U.S. states had at least a colorable argument under domestic law for valid application of the MSA measures to his activities. By this observation the Tribunal is not expressing agreement with the argument in favor of state regulation. The point is that the relative strength of this argument and the range of relevant domestic judicial precedents were such that Mr. Montour was not in a position to reasonably harbor an expectation, upon which he would be entitled to rely under NAFTA, that he would be free from application of the MSA measures.³⁹¹

307. En *Glamis Gold v. United States*, la reclamación de frustración de expectativas legítimas también fracasó en parte porque "Claimant was operating in a climate that was becoming more and more sensitive to the environmental consequences of open-pit mining."³⁹² Por lo tanto, es ampliamente reconocido que "the investor is bound to assess the extent of the investment risk before entering the investment, to have realistic expectations."³⁹³ De hecho, uno de los principales tratadistas en Derecho Internacional de las Inversiones, se refiere a casos en los que se rechazan las reclamaciones de expectativas legítimas sobre esta base como una "category of cases" distinta.³⁹⁴

308. La Demandante conoce muy bien de las controversias ambientales y en materia del uso de suelo que surgen derivado de las operaciones mineras, incluso con respecto a los agregados. A continuación, se presentan tan solo dos ejemplos de controversias, una con respecto a una propuesta para realizar operaciones de extracción de grava y otra relativa a operaciones de extracción en funcionamiento en los Estados Unidos, las cuales han durado muchos años, incluyendo un extenso litigio:

- Una controversia relacionada con una propuesta de mina de grava y arena entre Cemex, Inc., por un lado, y el gobierno federal de los Estados Unidos, el Estado de California y la Ciudad de Santa Clarita por el otro. El gobierno federal de EE. UU. otorgó contratos a CEMEX para extraer los materiales de un sitio fuera de Los Ángeles en

³⁹¹ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, UNCITRAL, Award, Jan. 12, 2011, ¶¶ 141-42. **RL-023.**

³⁹² *Glamis Gold Ltd. v. United States*, UNCITRAL, Award, June 8, 2009, ¶ 767. **RL-011.**

³⁹³ Peter Muchlinski, *Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor Under the Fair and Equitable Treatment Standard*, 55 Int'l & Comp. L. Q. 542 (2006). **RL-016.**

³⁹⁴ McLachlan, Shore & Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2nd ed. 2017), ¶ 7.239. **RL-024.**

1990. Aunque el gobierno federal de EE. UU., es propietario del agregado, el municipio es propietario de la superficie. Después de años de litigio que involucró al municipio, al condado de Los Ángeles y al gobierno federal, CEMEX nunca inició la producción y sus contratos expiraron. Además, después de 30 años, CEMEX todavía está involucrada en un litigio pendiente con el gobierno federal de los EE. UU. para determinar si debe pagar al gobierno federal por no haber producido.³⁹⁵

- Una organización regional de los Boy Scouts de América en Michigan ha estado buscando permiso para arrendar terrenos de su propiedad a compañías mineras de agregados por más de 35 años, comenzando con una solicitud a la municipalidad en 1984.³⁹⁶ Después del litigio, la organización de Boy Scouts llegó a un acuerdo en el que acordó no buscar una mina durante 20 años, excepto si se cumplían ciertas condiciones.³⁹⁷ Posteriormente, la organización afirmó que se cumplieron las condiciones y nuevamente buscó un cambio de zonificación, trabajando con una empresa minera. Hubo más litigios que caducaron en 2009.³⁹⁸ En 2015, la organización y la empresa minera solicitaron nuevamente la rezonificación, lo que llevó a un litigio en los tribunales estatales de Michigan y luego a un caso en un tribunal federal que permanece pendiente.³⁹⁹

309. A continuación, se enuncian ejemplos de controversias que involucraron a la Demandante y sus empresas predecesoras:

- El caso *Vulcan Materials Co. Greenville County* involucró una situación en la que la compañía adquirió tierras para extraer granito en 1989, comenzó a extraer muestras en 1990 y luego comenzó a buscar los permisos y estudios requeridos por los reguladores estatales y federales. Vulcan consiguió que otra empresa retirara las capas de suelo y roca que las cubrían (conocidas como “sobrecarga”). Para 1996, se había desarrollado la oposición de la comunidad a la operación minera propuesta. La Municipalidad (Greenville) en el que estaba ubicado el predio estaba zonificado para uso residencial únicamente e impuso una moratoria sobre los permisos de construcción. Más tarde denegó la solicitud de Vulcan para un uso no conforme para poder minar el sitio. El litigio se produjo y finalmente condujo a un fallo de la Court of Appeals of South Carolina en el año 2000, que falló a favor de Vulcan sobre la base de errores de procedimiento cometidos por la Municipalidad y una interpretación legal de si la

³⁹⁵ Ver KHTS, “Decades-Long Battle Against CEMEX Soledad Canyon ‘Mega Mine’ Could Be Over,” (July 28, 2020) (**R-0062**); Complaint, *CEMEX, Inc. City of Santa Clarita et al.*, Cal. Superior Court, Case No. BC688074 (Dec. 22, 2017) (**R-0063**) y CEMEX’s Reply in Support of its Motion for Summary Judgment and Opposition to Defendants’ Cross-Motion for Summary Judgment, *CEMEX v. Dept. of Interior et al.*, U.S. District Court for the District of Columbia, Case No. 1:19-cv-01265 (October 30, 2020) (**R-0064**).

³⁹⁶ Detroit News, “Mine bid pits Michigan town against Boy Scouts,” (Feb. 16, 2016). **R-0065**.

³⁹⁷ *Id.*

³⁹⁸ *Id.*

³⁹⁹ Ver Complaint, *American Aggregates of Michigan and Great Lakes Council v. Township of Metamora, et al.*, Case No. 2:20-cv-10553 (March 2, 2020) (**R-0066**) y Notice of Motion Hearing, Case No. 2:20-cv-10553 (October 16, 2020) (**R-0067**).

remoción de la “sobrecarga” calificado como un uso previo de la tierra para la minería.⁴⁰⁰

- El caso *M&N Materials v. Town of Gurley, et al.* implicó una disputa sobre el uso propuesto de la tierra para una “cantera de roca”. Una empresa e individuos habían comprado tierras fuera de los límites de la ciudad de Gurley, Alabama, y luego obtuvieron la aprobación para su cantera de los gobiernos del estado y del condado. Vulcan Lands, Inc. celebró una opción para comprar la propiedad, supeditada a su aprobación de zonificación para las operaciones de extracción. La comunidad local se opuso a la cantera y organizó un esfuerzo para que la legislatura estatal aprobara una legislación que permitiera a la ciudad anexar la propiedad en cuestión si la mayoría de los residentes votaba a favor de hacerlo. Después de que tuvo lugar la votación, la propiedad se incorporó a los límites jurisdiccionales de la ciudad. Posteriormente, la ciudad negó una licencia comercial para operar una cantera, y luego promulgó una ordenanza que impuso una moratoria sobre la aceptación de cualquier tipo de permisos con respecto a la propiedad anexa, en espera del análisis de cómo la propiedad debe incorporarse a un plan de zonificación integral. Hubo denuncias de que personas opuestas a la cantera fueron elegidas para cargos públicos en la ciudad. Vulcan luego declinó su opción de compra original, pero luego acordó comprar el terreno por un precio reducido de \$ 1 millón, y Vulcan Construction Materials LP celebró un acuerdo de regalías con los vendedores para pagarles un porcentaje del valor de la roca extraída en el sitio. La ciudad rechazó una solicitud de licencia comercial hecha por Vulcan Construction Materials L.P., y luego zonificó la propiedad en zonas para usos agrícolas, lo que excluyó las operaciones de extracción. El vendedor de la tierra luego demandó a la ciudad en 2005, y el litigio procedió tanto en los tribunales estatales de Alabama como en los tribunales federales de los Estados Unidos, que no se resolvió finalmente hasta 2015. Por su parte, las empresas Vulcan se retiraron del proyecto y no participaron en la demanda a ciudad; por el contrario, el vendedor trató de incluir a las empresas Vulcan como demandadas.⁴⁰¹

310. Independientemente de las cuestiones fácticas y legales específicas en las que se basaron las disputas anteriores (y de la parte involucrada que finalmente tuvo éxito), éstas ejemplifican que las operaciones mineras propuestas pueden, a menudo, volverse altamente controvertidas. Como lo estableció el tribunal en *S.D. Myers c. Canada*,

When interpreting and applying the ‘minimum standard’, a Chapter 11 tribunal does not have an open-ended mandate to second-guess government decision-making. Governments have to make many potentially controversial choices. In doing so, they may appear to have made mistakes, to have misjudged the facts, proceeded on the basis of a misguided economic or sociological theory, placed too much emphasis on some

⁴⁰⁰ *Vulcan Materials Co. v. Greenville County Bd. of Zoning Appeals*, 536 S.E.2d 892 (Ct. App. S.C. 2000). **R-0068.**

⁴⁰¹ Memorandum Opinion and Orders, *M&N Materials, Inc. v. Town of Gurley, et al.*, U.S. District Court for Northern District of Alabama, Civ.No. 5:14-CV-00184 (November 15, 2015). **R-0069.**

social values over others and adopted solutions that are ultimately ineffective or counterproductive. The ordinary remedy, if there were one, for errors in modern governments is through internal political and legal processes, including elections.⁴⁰²

311. Este punto fue reforzado por el tribunal en *International Thunderbird Gaming c. Mexico*:

[N]o corresponde a este Tribunal a determinar cómo [la autoridad reguladora] 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).⁴⁰³

312. El tribunal de *Glamis Gold* aplicó *Thunderbird*, señalando con respecto a una demanda presentada en virtud del Artículo 1105 que:

[T]his [standard] is not [met] with a mere appearance of arbitrariness—a tribunal’s determination that an agency acted in [a] way with which the tribunal disagrees or a State passed legislation that the tribunal does not find curative of all the ills presented; rather, this is a level of arbitrariness that, as *International Thunderbird* put it, amounts to a “gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards.” . . . It is Claimant’s burden to prove a manifest lack of reasons . . . , and the Tribunal holds that it has not met this burden.

. . . . Tribunal agrees with Respondent’s assertion that governments must compromise between the interests of competing parties and, if they were bound to please every constituent and address every harm with each piece of legislation, they would be bound and useless.

. . . . The fact that [the state action] mitigates some, but not all, harm does not mean that it is manifestly without reason or arbitrary; it more likely means that it is a compromise between the conflicting desires and needs of the various affected parties.⁴⁰⁴

313. Incluso otro tribunal agregó que “the r[o]le of a Chapter 11 Tribunal is not to second-guess the correctness of a science-based decision making of highly specialized national regulatory agencies.”⁴⁰⁵ Estas autoridades del TLCAN llevaron a un tribunal posterior a referirse a “the need for international tribunals to exercise caution in cases involving a state regulator’s exercise of discretion, particularly in sensitive areas involving protection of public health and the well-being of patients.”⁴⁰⁶ Esta es solo una expresión más de lo que se ha sido descrito como “the NAFTA’s

⁴⁰² *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, Nov. 13, 2000, ¶ 261. **RL-026.**

⁴⁰³ *International Thunderbird Gaming Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo, 26 de enero de 2006, ¶ 160. **RL-021.**

⁴⁰⁴ *Glamis Gold Ltd. v. United States*, UNCITRAL, Award, June 8, 2009, ¶¶ 803-05. **RL-011.**

⁴⁰⁵ *Chemtura v. Canada*, UNCITRAL, Award, August 2, 2010, ¶ 134. **RL-027.**

⁴⁰⁶ *Apotex v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award, Aug. 24, 2014, ¶¶ 9.37. **RL-028.**

general reluctance to substitute arbitral for governmental decision-making on matters within the purview of each NAFTA Party.”⁴⁰⁷

314. Es importante también tener en mente que el “Investment Agreement” que la Demandante cita reiteradamente se refirió al desarrollo de dos lotes: La Rosita, la ubicación de la “cantera principal y la planta de procesamiento”, y Punta Venado, donde la terminal portuaria sería construida.⁴⁰⁸ La Demandante ha continuado con sus operaciones en La Rosita a través de todo este periodo y hasta la fecha. El Acuerdo de Inversión no proporcionó ninguna garantía de que nuevos lotes serían aprobados 30 años después, por lo que, el Acuerdo de Inversión es irrelevante en este arbitraje.

(1) La Inspección y la Orden de Clausura Fueron Previsibles y Justificadas

315. Como se discutió anteriormente, las acciones de PROFEPA estuvieron debidamente apoyadas en la legislación mexicana aplicable y fueron consistentes con sus prácticas generales, y en total apego a sus atribuciones. La PROFEPA ha determinado que CALICA no operaba en El Corchalito y La Adelita de manera consistente con sus propios planes aprobados en virtud de la AIA Federal y la MIA. De hecho, la Demandante, pretende hacer que el Tribunal actúe como una corte mexicana, al solicitarle que concuerde con los argumentos de la Demandante sobre aspectos específicos de las visitas de inspección, incluyendo aquellos relacionados con las técnicas específicas utilizadas para la medición de las áreas de explotación. Pero no existe ningún estándar de derecho internacional consuetudinario que aborde dichas cuestiones técnicas de la legislación ambiental mexicana. Asimismo, la Demandante ni siquiera aborda uno de los aspectos fundamentales y evidentes de la violación, referente a que CALICA explotó el área autorizada para explotación a 20 años en tan sólo 17 años, incumpliendo las formalidades de extracción en los dos predios. La Demandante también hace reclamaciones sobre el supuesto retraso en la sustanciación y finalización de los procedimientos ante la PROFEPA, pero CALICA es en sí misma la responsable de los retrasos, los cuales fueron resultado de los recursos y juicios que promovió ante tribunales mexicanos.

⁴⁰⁷ *UPS v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1, Separate Statement of Dean Ronald A. Cass, May 24, 2007, ¶ 125. **RL-029.**

⁴⁰⁸ Memorial, ¶ 27.

316. De manera más específica, la Demandante interpone una serie de reclamaciones respecto de cuestiones técnicas, legales y fácticas que han surgido en los procedimientos mexicanos, solicitando al Tribunal que dé preferencia a su propia interpretación de los datos y requisitos de la legislación y regulación mexicana. Sin embargo, el Tribunal no está facultado para emitir un juicio sobre esas medidas. Como lo resaltó el tribunal de *Glamis Gold*:

In evaluating each of these arguments, the Tribunal is mindful of Respondent's statement that "[i]t is simply not this Tribunal's task to become archaeologists and ethnographers and to draw a definitive conclusion as to the location of the Trail of Dreams." The Tribunal agrees with this statement. It is not the role of this Tribunal, or any international tribunal, to supplant its own judgment of underlying factual material and support for that of a qualified domestic agency. Indeed, our only task is to decide whether Claimant has adequately proven that the agency's review and conclusions exhibit a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons so as to rise to the level of a breach of the customary international law standard embedded in Article 1105.⁴⁰⁹

317. En este sentido, PROFEPA ha emitido su determinación final sobre las violaciones después de que a CALICA se le dio la oportunidad de defenderse en el procedimiento, al presentar los argumentos y pruebas que a su derecho convinieran. Como se mencionó *supra*, la determinación de la PROFEPA establece a detalle los argumentos fácticos y legales presentados por CALICA de manera formal dentro de cada uno de los escritos que forman parte del procedimiento, incluyendo sus escritos de febrero de 2018, abril de 2018 y junio de 2018, y responde detalladamente a cada uno citando los hechos relevantes, la legislación y precedentes judiciales mexicanos relevantes. La PROFEPA concluyó que:

- a) Realizó la extracción de roca caliza en un área mayor, por 2,15 hectáreas, a la determinada por la autoridad reguladora, y no la realizó con las formalidades establecidas en los dos predios autorizados.
- b) Realizó la explotación de material pétreo por debajo del nivel freático a un ritmo de explotación diferente al autorizado, que es sólo 7 hectáreas anuales por debajo del nivel freático.

318. En otras palabras, CALICA extrajo material por debajo del manto freático a un ritmo superior, y en una superficie mayor a lo establecido en su AIA Federal. Específicamente, no sólo excedió el área total en la que estaba autorizada la extracción, sino que adicionalmente, concentró sus operaciones únicamente en el predio El Corchalito, en lugar de distribuir el impacto ambiental

⁴⁰⁹ *Glamis Gold Ltd. v. United States*, UNCITRAL, Award, June 8, 2009, ¶ 779. **RL-011.**

tanto en El Corchalito como en La Adelita. Adicionalmente, para el año 2017, ya se había alcanzado el límite total asignado para un plazo de 20 años, debido a que se había extraído a un ritmo mayor a las 7 hectáreas anuales por debajo del manto freático que originalmente fueron autorizadas, lo que implicaba una extracción excedida en 23.15 hectáreas lo que representa el 16% al 2017 y no solo una explotación de 1 % como lo argumenta la Demandante.⁴¹⁰ En consecuencia, incluso si el área total explotada fuera de 139.2 hectáreas como argumentó, CALICA no pudo haber continuado sus operaciones sin exceder poco después la limitación de las 140 hectáreas.⁴¹¹

319. Es importante enfatizar que la AIA Federal de CALICA era por 20 años, con la posibilidad de solicitar una renovación. Contrario a lo argumentado por la Demandante, la renovación no es una cuestión de trámite y no estaba garantizada. La Demandante no podía tener ninguna expectativa racional que apuntara en el sentido de que podría operar durante 42 años sin tener en cuenta el cumplimiento de los requisitos legales de su autorización.

320. Con respecto al presunto retraso procesal para finalizar con la investigación, CALICA es responsable toda vez que podría haber aceptado las determinaciones y resuelto con mayor rapidez dichas determinaciones, pero tomó la decisión estratégica de litigar toda la problemática y utilizar el procedimiento de arbitraje internacional de inversión para presionar a las autoridades mexicanas. Habiendo escogido este camino, tendrá que aceptar las consecuencias.

321. Otro factor clave es que los procedimientos legales sobre los que la Demandante presenta sus reclamaciones siguen en curso y no han sido completados. Cabe esperar que haya más novedades después de que se presente este Memorial de Contestación. Pero la evidencia es clara en relación a que a CALICA se le ha brindado una amplia oportunidad de participar en los procedimientos de la PROFEPA y ha tenido pleno acceso a los tribunales mexicanos. En estas circunstancias, la Demandante no ha establecido, ni puede establecer, que los procedimientos de la PROFEPA son de alguna manera incompatibles con las obligaciones de la Demandada en virtud del artículo 1105.

⁴¹⁰ RE-001, ¶¶ 58-59.

⁴¹¹ Cabe mencionar que la autorización de la SEMARNAT (y las limitaciones impuestas en virtud de la misma) fue para operaciones tanto en El Corchalito como en La Adelita. Si Calica hubiera explotado debajo del nivel freático en La Adelita, la cantidad que podría producir de El Corchalito se habría reducido en la cantidad correspondiente.

322. Por lo anterior, se acredita que CALICA si obtuvo un debido proceso y nunca existió una violación al artículo 1105 del TLCAN. Específicamente por las siguientes razones:

-La Demandante tuvo y tiene acceso a un debido proceso

323. Contrario a lo que argumenta la Demandante, CALICA ejerció su derecho al debido proceso en diferentes etapas de las visitas de inspección, Acuerdo de emplazamiento por el que impuso la clausura parcial temporal, así como la reciente Resolución de la PROFEPA. Así lo acredita la Subprocuradora y testigo de la Demandante, la Sra. Silvia Rodríguez:

Todo lo anterior fue ejercido por CALICA, ya que hizo uso de su derecho para presentar manifestaciones así como aportar las pruebas que consideró, dentro del plazo de quince días, por lo que no se puede invocar como una violación al debido proceso, por el contrario, el cumplimiento y la oportunidad de probar y desvirtuar posibles incumplimientos por parte de CALICA, forman parte del estricto apego por parte de la PROFEPA al respeto al derecho humano del debido proceso, así como a haber garantizado en todo momento su derecho de audiencia en las diferentes etapas del procedimiento de inspección y vigilancia a cargo de la PROFEPA.⁴¹²

324. Adicionalmente, este derecho sigue siendo ejercido actualmente por CALICA, ya que continúa litigando en cortes mexicanas. Como lo mencionan los expertos legales de la Demandada y sobre los cuales realizaron un análisis:

Considerando lo anterior, se desprende que CALICA ha entablado acciones judiciales contra las medidas impuestas por la PROFEPA, todas las cuales han sido desestimadas en una primera instancia, sin que ello haya impedido a CALICA acudir al recurso de revisión ante los tribunales de alzada. En esta tesitura, uno de los tres litigios sigue en curso, por lo que los actos del procedimiento de la PROFEPA continúan siendo controvertidos ante los órganos judiciales mexicanos.⁴¹³

325. Esto acredita que CALICA ejerció y sigue ejerciendo sus derechos al debido proceso, de conformidad con la legislación mexicana, con lo cual se acredita el trato justo y equitativo que se le sigue otorgando:

Existen procesos judiciales en trámite derivados del procedimiento de la PROFEPA entablados por CALICA. En esta tesitura, CALICA no ha agotado los medios de defensa que le otorga el marco jurídico mexicano y tiene la oportunidad, si así lo desea, de recurrir a los tribunales nacionales para impugnar las conductas de las autoridades con las que no esté de acuerdo.⁴¹⁴

⁴¹² RW-002, ¶ 49.

⁴¹³ RE-001, ¶ 222.

⁴¹⁴ RE-001, ¶ 62.

-La Resolución final de la PROFEPA analizó las pruebas y manifestaciones de CALICA

326. La Resolución de la PROFEPA del 30 de octubre de 2020 recopiló y analizó todas las pruebas y manifestaciones de CALICA. Esta Resolución confirmó ciertas medidas impuestas desde el Acuerdo de Emplazamiento de enero de 2018 y sobre las cuales no existió cumplimiento:

La PROFEPA concluyó que CALICA sí violó lo dispuesto en los Términos y Condicionantes de su AIA Federal, [...].⁴¹⁵

327. También se dejó a salvo sus derechos para aportar pruebas, manifestaciones o litigar ante cortes mexicanas. Así como a cumplir con las sanciones y medidas correctivas para el levantamiento de la clausura impuesta, como lo mencionan los expertos legales de la Demandada:

Con motivo de los incumplimientos a las medidas correctivas señaladas, la PROFEPA determinó imponer una Clausura Parcial Temporal sobre la superficie de 2.15 hectáreas explotada en exceso por CALICA.

[...]

También es de destacarse que la nueva Clausura puede ser levantada, sujeto a que CALICA exhiba la Autorización de Impacto Ambiental que le permita continuar la explotación bajo dicha superficie. En otras palabras, CALICA tiene la posibilidad de regularizar su situación.⁴¹⁶

-La PROFEPA analizó y valoró toda la información técnica aportada por CALICA al momento de imponer la Clausura

328. Las consideraciones técnicas siempre confirmaron que CALICA había excedido la superficie a explotar, como lo acreditan las documentales ofrecidas por CALICA y las visitas de inspección de 2017. Como lo señaló la Bióloga Margarita Balcázar en su declaración testimonial:

Cabe mencionar que lo que se observó en la visita de inspección realizada en noviembre de 2017, así como de la ubicación georreferenciada de las obras y actividades que resultó de las coordenadas UTM levantadas, CALICA rebasó la superficie autorizada a explotar por debajo del manto freático a 17 años, toda vez que al estar establecido en la autorización de impacto ambiental que anualmente se aprovecharían 7 hectáreas por debajo del nivel freático, lo que implica que a 2017 la superficie aprovechada sería de 119 hectáreas, se evidencia que esta superficie fue rebasada al haber detectado en la inspección de noviembre de 2017 que el área explotada que resultó de las toma de coordenadas de los vértices del polígono del espejo de agua fue de 142.15 hectáreas. Esto

⁴¹⁵ RE-001, ¶ 250.

⁴¹⁶ RE-001, ¶¶ 247 y 249.

significa que se había rebasado en 23.15 hectáreas la superficie de explotación establecida en anualidades al año 17 de la vigencia de la AIA.⁴¹⁷

329. Es necesario precisar que el estudio batimétrico fue solicitado para determinar el volumen explotado por CALICA durante los 17 años del proyecto, mismo que fue considerado y no arrojó información concluyente respecto de la cual haya existido alguna sanción:

Una de las medidas correctivas ordenada a CALICA a través del Acuerdo de Emplazamiento fue la presentación de Estudio Batimétrico en 3 dimensiones (i.e., X,Y,Z) del espejo de agua existente al interior del predio "El Corchalito", el cual es producto del aprovechamiento extractivo para determinar el cumplimiento del Término Primero de la AIA en lo relativo al volumen de extracción autorizado, medida que la empresa citada estaba obligada a cumplir.

[...]

Del análisis integral del estudio de batimetría entregado por CALICA, se evidencia que éste carece elementos necesarios que otorguen certeza respecto de su elaboración, entre ellos: [...].⁴¹⁸

330. Considerando que la información aportada no fue concluyente respecto del volumen de extracción, la PROFEPA no determinó en su resolución ninguna medida sancionatoria por el volumen extraído.

-No existe ni existió una situación de indefensión para Calica y contrario a lo que argumenta, la manera de solucionar la determinación de la PROFEPA no era únicamente aceptando la violación de la superficie excedida

331. El cumplir con la determinación de la PROFEPA no significaba que CALICA reconociera su culpabilidad, ya que sólo determinaría los daños ambientales causados y no impedía a CALICA de impugnar vía judicial cualquier inconformidad. Como es analizado por los expertos legales de la Demandada:

Lo anterior, en nuestra opinión derivada de nuestra práctica como consultores independientes, tampoco implica un reconocimiento de culpabilidad por parte de CALICA, pues únicamente se determinan de manera objetiva los daños causados., inclusive, dentro del procedimiento de inspección.

Como ya se mencionó, el procedimiento de inspección no es susceptible de ser impugnado hasta su resolución, lo que se traduce en que, conforme a nuestro parecer, CALICA podría haber convenido en la presentación del Estudio de Daños ante

⁴¹⁷ RW-001, ¶ 58.

⁴¹⁸ RW-001, ¶¶ 71 y 79.

PROFEPA, para posteriormente modificar su AIA Federal, sin que ello limitare en absoluto sus posibilidades de impugnar la resolución que ponga fin al procedimiento en que se actúa.

Es decir, que dar cumplimiento a las condiciones señaladas por PROFEPA para lograr el levantamiento de la Clausura no impedía que CALICA impugnara la resolución del procedimiento si ésta le fuere desfavorable, ni tampoco, que CALICA reconociera su culpabilidad.⁴¹⁹

332. Con esto se acredita que CALICA tuvo diversas alternativas para solucionar el estado en el que se encontraba, pero decidió sólo optar por una estrategia litigiosa y no implementar los diversos medios y vías de solución que tuvo a su alcance. Como lo mencionan los expertos legales de la Demandada, CALICA siempre tuvo diversos mecanismos para solucionar las medidas impuestas por la PROFEPA:

Además, la misma empresa CALICA pudo dar por terminado el procedimiento ante PROFEPA de forma anticipada y evitar generar la situación en la que ella misma se colocó, *i.e.*, no poder renovar la AIA Federal ante la SEMARNAT debido al procedimiento abierto con PROFEPA. Efectivamente, conforme al Artículo 168 de la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente (LGEEPA) CALICA pudo haber solicitado a la autoridad la realización de un convenio para realizar acciones y reparar y compensar los daños ocasionados al medio ambiente. Opción que decidió no realizar.⁴²⁰

-La notificación del Acuerdo de Emplazamiento y su Clausura cumplió con todos los requerimientos legales

333. Contrario a lo que menciona el experto legal de la Demandante, la notificación del Acuerdo de Emplazamiento y la respectiva clausura fue atendida por una persona autorizada por CALICA, siendo esto un acto válido. La Bióloga Margarita Balcázar aclara en su declaración testimonial lo siguiente:⁴²¹

En dicha cédula, el servidor público de la PROFEPA en funciones de notificador señaló que el mencionado Acuerdo fue notificado de manera personal el 24 de enero de 2018 a la C. Lorena Azriel Bárcenas Vilchis, en su carácter de persona autorizada por el apoderado legal de Calizas Industriales del Carmen, S.A. de C.V., la cual se identificó plenamente.⁴²²

⁴¹⁹ RE-001, ¶¶ 235-237.

⁴²⁰ RE-001, ¶ 63.

⁴²¹ PROFEPA, Expediente PFPA/4.1/2C.27.5/00028-I 7, Cédula de notificación, 24 de enero de 2018. **R-0007.**

⁴²² RW-001, ¶ 81.

334. Adicionalmente, la clausura contenida en el Acuerdo de Emplazamiento está totalmente fundada y motivada como una medida de seguridad, principalmente por los riesgos ambientales, mismos que pretende desconocer el experto legal de la Demandante sin razón alguna.

El emplazamiento a procedimiento y la Clausura fueron debidamente fundados y motivados en el Acuerdo de Emplazamiento. La Clausura encuentra su fundamento en el artículo 170 de la LGEEPA, el cual faculta a la PROFEPA a imponer las medidas de seguridad necesarias cuando exista riesgo inminente de desequilibrio ecológico, o de daño o deterioro grave a los recursos naturales, casos de contaminación con repercusiones peligrosas para los ecosistemas, sus componentes o para la salud pública.⁴²³

-Las visitas de inspección fueron apegadas a derecho y validadas

335. Las visitas de inspección realizadas a CALICA, particularmente la visita de inspección complementaria es reconocida por la legislación mexicana y resultan erróneos los argumentos del experto de la Demandante al no reconocer la existencia de esta figura, misma que es una figura legalmente reconocida y utilizada previamente por la PROFEPA:

La apreciación del informe pericial del [REDACTED] resulta equívoca, ya que la visita de inspección ordenada el 24 de noviembre de 2017, se fundamentó en el artículo 50 de la LFPA, con la finalidad de allegarse de la mayor cantidad de elementos de prueba y convicción a efecto de resolver conforme a derecho los procedimientos administrativos.

En la orden, para su práctica se le invocó como “inspección complementaria” como una mera denominación dado que su objetivo, como ya se mencionó, fue obtener mayores elementos.⁴²⁴

336. Asimismo, los expertos legales de la Demandada clarifican que las visitas de inspección complementarias no son procedimientos independientes, por el contrario, se tratan de un mismo procedimiento intraprocesal respecto del cual se busca obtener mayor evidencia o entendimiento de los hechos:

Las inspecciones complementarias no son nuevas visitas de inspección o diversas de la visita iniciada a una persona, como lo sostiene el Experto de la Demandante, sino que forman parte del mismo procedimiento.⁴²⁵

-La PROFEPA actuó con apego a derecho y bajo principios de buena fe

⁴²³ RE-001, ¶ 180.

⁴²⁴ RW- 002, ¶¶ 30-31.

⁴²⁵ RE-001, ¶ 152.

337. Contrario a lo que argumenta la Demandante, la PROFEPA siempre actuó con apego a su marco normativo y de buena fe, buscando la correcta determinación por la afectación ambiental ocasionada por la explotación desmedida de CALICA tal y como se acreditó con las diversas medidas violadas por CALICA en El Corchalito, las cuales no sólo están acotadas a una clausura por haber excedido más del 1 % de superficie total autorizada a explotar. Al respecto, los expertos legales de la Demandada señalan:

[...] en aras de respetar los derechos de CALICA y en ejercicio del principio de buena fe que rige el actuar administrativo, la PROFEPA fue más allá de los requisitos mínimos que le impone la ley para decretar una medida de seguridad pues, no conforme con sus propios hallazgos, dio a CALICA la oportunidad de que demostrara la ausencia de riesgo al ambiente, lo que dicha empresa no pudo hacer. En esta tesitura, la PROFEPA, válidamente, impuso las medidas de seguridad necesarias derivadas del cúmulo de hallazgos encontrados en las visitas de inspección y las propias pruebas aportadas por CALICA.⁴²⁶

338. La superficie indebidamente explotada fue mayor a 16 % de la superficie asignada a los primeros 17 años de la AIA y en ese momento no era sólo 1 % del porcentaje total autorizado, así como la generación de un grave daño ambiental por la explotación acelerada y las faltas de cumplimiento en las zonas determinadas para su explotación (*i.e.*, La Adelita). Por lo que resulta erróneo pensar que la actuación de la PROFEPA no fue realizada de buena fe, misma que siempre estuvo encaminada a resguardar el posible daño ambiental y dar cumplimiento a las obligaciones que regulan sus atribuciones de conformidad con su marco normativo:

La imposición de la Clausura fue una medida de seguridad/ correctiva debidamente fundada y motivada, atendiendo al daño ambiental efectivamente constatado en el sitio del Proyecto. Al momento de imposición de la Clausura, CALICA no pudo demostrar el cumplimiento con 5 de los Términos de su Autorización de Impacto Ambiental Federal (AIA Federal), siendo la violación más grave haber afectado 23.15 hectáreas adicionales a las permitidas por la AIA Federal al momento de las Visitas de Inspección.

Contrario a lo sostenido por la empresa, el exceso en la superficie de extracción no fue un asunto menor y pendiente de comprobación. La AIA Federal de CALICA le permitía extraer por debajo del manto freático hasta 7 hectáreas de superficie de material por año. Es decir que, al momento de las Visitas de Inspección, CALICA no debía haber rebasado la superficie de 119 hectáreas. En cambio, se constató una superficie afectada de 142.15 hectáreas, 23.15 hectáreas más de lo autorizado, con el consiguiente daño ambiental. Aunado a lo anterior, a pesar de que la AIA Federal versaba sobre dos predios, CALICA

⁴²⁶

RE-001, ¶ 137.

limitó su extracción a uno solo, ocasionando un impacto ambiental desproporcionado y fuera de lo establecido en su autorización.⁴²⁷

339. Por el contrario, la Demandante es la que actúa de mala fe al tratar de hacer creer al Tribunal que la determinación de la PROFEPA sólo es por haber excedido en 1% la superficie autorizada, cuando en realidad se excedieron en un 16 % considerando la explotación a 17 años, y generando un grave daño ambiental por la explotación acelerada y las faltas de cumplimiento en las zonas determinadas para su explotación. Por lo que resulta erróneo pensar que la actuación de la PROFEPA no fue realizada de buena fe, misma que siempre estuvo encaminada a dar la oportunidad a CALICA de solventar deficiencias y aportar las pruebas necesarias para clarificar los aspectos técnicos y legales:

De la valoración de los hechos asentados en las actas de inspección, así como de las manifestaciones y pruebas documentales presentados por CALICA se evidenció plenamente que esta empresa había extraído la roca caliza por debajo del manto freático a un ritmo de explotación diverso al autorizado que era de 7 hectáreas anuales y con lo cual rebasó las 119 hectáreas que debía haber aprovechado por debajo del manto freático al año 17 de la vigencia de la autorización ambiental, año en el cual la PROFEPA llevó a cabo la verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales a las que quedó sujeto el desarrollo del proyecto inspeccionado, sin que para ello hubiere contado previamente con la autorización en materia de impacto ambiental correspondiente o con la autorización para la modificación del oficio resolutivo D.O.O.DGOEIA.-0007237 del 30 de noviembre de 2000, que le permitiera realizar lo antes descrito; además el aprovechamiento de roca caliza por debajo del manto freático sólo se había realizado sólo en uno de los dos predios autorizados, es decir, sólo en el predio El Corchalito; asimismo, se evidenció que la superficie total aprovechada bajo el nivel freático fue excedida en 2.15 hectáreas sin contar para ello con la autorización de impacto ambiental correspondiente o con la modificación de ya citado oficio resolutivo, por lo que se provocaron impactos ambientales adicionales a los evaluados en su momento, se puso en riesgo la capacidad de carga del ecosistema debido al minado de material en un lapso de tiempo menor al originalmente autorizado, que implicó un aumento en la carga de explosivos y de barrenos para poder explotar la autorizada a un ritmo de extracción más rápido.⁴²⁸

340. Por lo anterior, se evidencia que la Demandante pretende hacer creer al Tribunal que sólo incurrió en una afectación mínima, cuando en realidad las diversas afectaciones en que incurrió son constitutivas de diversos daños ambientales graves conforme a la legislación mexicana.

⁴²⁷ RE-001, ¶¶ 58-59.

⁴²⁸ RW-001, ¶ 90.

(2) El hecho de que el POEL no haya sido modificado no puede considerarse una Negación de Trato Justo y Equitativo

(a) La Demandante estaba obligada a solicitar la autorización de CUSTF ante la SEMARNAT desde el 2000, sin embargo, fue Omisa en hacerlo

341. Como se discutió anteriormente, CALICA requería una autorización de Cambio de Uso de Suelo en Terreno Forestal (CUSTF) para poder remover árboles y otra vegetación que se encontraba en La Adelita. A pesar de que CALICA adquirió la propiedad de La Adelita en 1996 – 13 años antes de que el POEL fuera modificado en 2009- nunca solicitó dicha autorización. En este contexto, los expertos legales de la Demandada han señalado esta situación y, además, el hecho de que el requisito de solicitar una Autorización de CUSTF precede por mucho a la adquisición de La Adelita:

CALICA nunca solicitó a la SEMARNAT la ACUSTF. En consecuencia, no es dable afirmar que a CALICA le fue impedido obtener la ACUSTF pues nunca obtuvo una respuesta de la autoridad en tal sentido. En otras palabras, es falso que CALICA haya visto perjudicados sus derechos por una mera cuestión de temporalidad, pues desde antes de la existencia del POEL de Solidaridad 2009, la normatividad mexicana reconocía la necesidad de obtener la ACUSTF.

El cambio de uso de suelo en terrenos forestales ha estado regulado durante décadas y es independiente del procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Inclusive tales procedimientos han estado previstos en ordenamientos diversos (el cambio de uso de suelo en terrenos forestales ha estado previsto en la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable y leyes antecesoras descritas en los párrafos anteriores, mientras que la evaluación de impacto ambiental está prevista en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente);⁴²⁹ (Énfasis añadido)

342. Como ya también se mencionó anteriormente, debe tenerse presente que, en 2000, la SEMARNAT autorizó a CALICA, a través de la AIA Federal, a comenzar operaciones de extracción tanto en el predio de La Adelita como en el de El Corchalito. Sin embargo, la SEMARNAT fue clara en su autorización al señalar que era obligación de CALICA tramitar y obtener otras autorizaciones que fueran requisito para la realización de sus operaciones.⁴³⁰ A pesar de ello, CALICA no realizó el trámite correspondiente (CUSTF) y prefirió –unilateralmente y sin

⁴²⁹ RE-001, ¶¶ 51 y 117(i).

⁴³⁰ C-0017, Término Quinto, p. 35.

la debida notificación—⁴³¹ iniciar operaciones únicamente en El Corchalito. Por ello, lo que en el fondo solicita la Demandante bajo la apariencia de la reclamación del supuesto incumplimiento del MoU, es que el Tribunal remedie una situación negligente, i.e., su omisión de no haber solicitado, en su debido momento, la Autorización de CUSTF.

343. Al respecto, los expertos legales de la Demandada califican el proceder de CALICA como negligente:

[...] el hecho de que CALICA no haya solicitado la ACUSTF en el periodo comprendido entre la obtención de sus autorizaciones ambientales y la emisión del POEL de Solidaridad 2009 constituye una negligencia de su parte, pues la obligación de contar con una ACUSTF ya existía en Derecho mexicano desde 1986. Además, la propia AIA Federal de noviembre del 2000, estableció que “[era] obligación de la empresa Calizas Industriales del Carmen, S.A. de C.V. tramitar y obtener otras autorizaciones, [...] que sean requisito para la realización de las [obras y actividades] y su operación motivo de la presente”. Al respecto, debe recordarse que la AIA Federal autorizó desde el 2000, la explotación de piedra caliza por debajo del manto freático en los dos predios, i.e., “El Corchalito” y “La Adelita”. En este orden de ideas, CALICA tuvo un amplio periodo de tiempo para tramitar su ACUSTF antes del año 2009, lo que le hubiera permitido que la ACUSTF formara parte de los derechos adquiridos respetados por el POEL de Solidaridad 2009.⁴³² (Énfasis añadido)

344. Es inaceptable que, ante dicha negligencia, la Demandante ahora pretenda culpar al Estado mexicano haciendo creer al Tribunal que fue hasta 2013, derivado de una sola reunión con SEMARNAT, que CALICA concluyó que SEMARNAT no emitiría la autorización de CUSTF, a menos que el POELMS 2009 fuera modificado por el Municipio. Si bien, el POELMS 2009 modificó el uso de suelo de El Corchalito y La Adelita, su artículo quinto transitorio claramente precisa que su aplicación no es retroactiva respecto de los casos en concreto que contaran con documentos vigentes antes de su entrada en vigor. Aunque tautológico, un derecho adquirido es aquel acto realizado que introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona. Consecuentemente, la Autorización de CUSTF no puede considerarse como parte de los derechos adquiridos de CALICA por el sencillo hecho de que nunca se solicitó. Este razonamiento

⁴³¹ Este proceder fue incluso contrario a lo que se estableció en la AIA Federal, a saber, que la operación y el mantenimiento del proyecto debía sujetarse a la descripción contenida en la MIA elaborada por CALICA, la cual establecía que realizaría operaciones de extracción por debajo del manto freático en ambos predios. Ver C-0017, Término Primero, Cuarto y Sexto, pp. 31, 35 y 36.

⁴³² RE-001, ¶ 105.

también es apoyado por los expertos legales de la Demandada, quienes además confirman que la reclamación planteada por CALICA deriva de su propio actuar negligente:

[...] resulta impreciso que CALICA señale que la emisión del POEL de Solidaridad 2009 y la omisión en su modificación, fueron las conductas causantes de una presunta afectación. Por el contrario, de haberse conducido diligentemente, pudo haber evitado estar en la situación en la que ahora se encuentra, pues existía una vía administrativa para obtener la ACUSTF.⁴³³ (Énfasis añadido)

345. Aparentemente, CALICA no estuvo interesada en comenzar sus operaciones en La Adelita en el 2000, cuando tenía la obligación de hacerlo conforme a la AIA Federal y de acuerdo a la propia descripción contenida en la MIA que ella misma formuló.⁴³⁴ De hecho, de conformidad con la AIA Federal, CALICA debió haber notificado a la SEMARNAT sobre este proceder, sin embargo, tampoco lo hizo.⁴³⁵ A pesar de dichas omisiones y evidentes incumplimientos, la Demandante ahora culpa al gobierno de México argumentando el supuesto incumplimiento de: i) un instrumento que no es jurídicamente vinculante; y ii) el presunto cambio del régimen de uso de suelo de La Adelita como consecuencia del POELMS 2009.

346. La Demandante pretende hacer creer al Tribunal que, conforme a la teoría de derechos adquiridos, México está obligado a remediar la omisión de CALICA de no haber tramitado la Autorización de CUSTF en tiempo, es decir, antes de la entrada en vigor del POELMS 2009. Sin embargo, la Demandante omite aclarar que los propios tribunales mexicanos reconocieron que el POELMS 2009 no afectaba los derechos adquiridos que CALICA ostentaba y que presentó, de manera exhaustiva, como evidencia en dichos procedimientos.⁴³⁶ Notablemente, el tribunal nacional enunció todos y cada uno de los permisos, autorizaciones y licencias que fueron tramitados con anterioridad a la emisión del POELMS 2009 y que no se veían afectados por éste.⁴³⁷ Destaca la ausencia de mención alguna a la Autorización de CUSTF, lo cual confirma que CALICA negligentemente no la tramitó en tiempo.

⁴³³ RE-001, ¶ 106.

⁴³⁴ C-0017, Término Sexto, p. 36 del pdf.

⁴³⁵ C-0017, Término Cuarto, p. 35 del pdf.

⁴³⁶ C-0082, pp. 7 y 10.

⁴³⁷ C-0087, p.22.

(b) La Modificación de los POE generalmente involucran un Proceso de Varios Años que la Demandante ya conocía

347. La Demandante es una compañía grande, que cuenta con experiencia respecto de disputas prolongadas relacionadas con las regulaciones de zonificación y uso del suelo. En México, así como en los Estados Unidos de América, no es inusual que tarde varios años obtener la aprobación para la revisión de las regulaciones de zonificación de esta naturaleza, en este caso, el POEL.

348. Por ejemplo, el Maestro en Ciencias Salomón Díaz Mondragón, funcionario de la SEMARNAT por más de 20 años,⁴³⁸ y quien ha participado en más de 50 procesos de ordenamiento ecológico,⁴³⁹ ha señalado:

Conforme al procedimiento descrito en el apartado anterior, es evidente que, en general, los ordenamientos ecológicos tardan varios años en su formulación. Es decir, se trata de procesos largos y algunas veces inconclusos.

Algunos ejemplos de lo señalado en el párrafo anterior, lo constituyen los siguientes POEL en el propio Estado de Quintana Roo: POEL del Municipio de Lázaro Cárdenas, POEL del Municipio de Tulum, actualización del POEL del Municipio de Benito Juárez y el POEL del Municipio de Felipe Carrillo Puerto. Por lo que hace a los casos en otros Estados, se puede mencionar el POEL del Municipio de La Paz y el POEL del Municipio de Los Cabos.⁴⁴⁰ (Énfasis añadido)

349. También el Biólogo José Juan Hernández Chávez, quien ha laborado en la SEMARNAT por más de 28 años⁴⁴¹ y también ha participado en diversos programas de ordenamiento ecológico –incluido el del POELMS 2009–,⁴⁴² ha reconocido que estos procesos son largos e implican la utilización de mucho tiempo:

[...] En este sentido, se precisa que la ley no prevé como tal un plazo específico para concluir un proceso de ordenamiento ecológico, es decir, no se impone una limitación de un plazo concreto. De hecho, la conclusión de programas de ordenamiento ecológico es muy variada y puede ir desde un año hasta más de diez.

Lo anterior, se explica debido a que la participación social en estos procesos de planeación implica la utilización de mucho tiempo para que la capacitación, exposición de la información, la recopilación y procesamiento de datos, el intercambio de saberes, la comunicación a grupos originarios, discusiones y acuerdos sobre los contenidos de los

⁴³⁸ RW-004, ¶ 5.

⁴³⁹ RW-004, ¶ 7.

⁴⁴⁰ RW-004, ¶¶ 22, 24 y Anexo 1.

⁴⁴¹ RW-005, ¶ 1.

⁴⁴² RW-005, ¶ 15.

programas y las consultas públicas previas, libres e informadas. Por lo tanto, es entendible que la ley no prevea un plazo específico para concluir estos procesos.⁴⁴³ (Énfasis añadido)

350. Las dos declaraciones testimoniales antes referidas, coinciden con la opinión de los expertos legales de la Demandada, quienes consideran impreciso afirmar que un POE deba modificarse por el simple transcurso del tiempo, ya que éstos involucran un proceso que puede tomar muchos años:

De hecho, es inexacto señalar, como lo hace el experto ambiental de la demandante, que, empíricamente, no existe ninguna razón técnica o jurídica que justifique la falta de modificación del POEL de Solidaridad 2009, toda vez que la regla general es que los programas existentes no han sido modificados, con independencia de la fecha de su publicación.

En esta tesitura, no es de extrañar que la mayoría de los Programas de Ordenamiento Ecológico Locales se mantengan inalterados a pesar de su antigüedad y las disposiciones que obligan a su modificación o ratificación

[...] Lo anterior es así, pues este tipo de entornos suscitan intereses encontrados entre la preservación del medio ambiente y la explotación de los recursos naturales, los cuales deben ser cuidadosamente observados y ponderados. De ahí que, se reitera, el proceso de actualización de un Programa pueda tomar varios años.⁴⁴⁴ (Énfasis añadido)

351. Los expertos legales de la Demandada también presentan los casos de los programas de ordenamiento ecológico de La Paz, Los Cabos y Tulum señalando que “resultan ser sumamente ejemplificativos de la complejidad y duración del procedimiento para la expedición del POEL”.⁴⁴⁵ En particular, las conclusiones de cada uno de esos POEL fueron las siguientes:

[Respecto al POEL de La Paz, Baja California] Hasta el momento el proceso de expedición del programa ha tenido una duración de más de 14 años.

[Por lo que hace al POEL de Los Cabos, Baja California Sur] La expedición de este programa de ordenamiento ecológico ha tenido una duración de 14 años.

[Con relación al POEL de Tulum, Quintana Roo] En 2009 se inició el Programa correspondiente al municipio de Tulum. [...] A la fecha, este proceso de ordenamiento ecológico se encuentra suspendido [...].⁴⁴⁶ (Énfasis en el original)

352. Para mayor referencia, en la Tabla 4 *supra*, se muestran algunos ejemplos adicionales de casos de formulación/modificación de POEL en Quintana Roo (Tulum, Bacalar y Felipe Carrillo).

⁴⁴³ RW-005, ¶¶ 18, 19 y Anexo C.

⁴⁴⁴ RE-001, ¶¶ 89-91.

⁴⁴⁵ RE-001, ¶ 92.

⁴⁴⁶ RE-001, ¶¶ 96, 98, 99 y 102.

Con ellos, el Tribunal podrá constatar que el hecho de que la actualización del POELMS 2009 permanezca suspendida no es una situación excepcional ni *sui generis* –como pretende hacerlo ver la Demandante–, por el contrario, se trata de algo común a este tipo de procesos de alta participación social.

353. De hecho, CALICA estaba consciente de que el Municipio tendría dificultades al modificar el POEL y que no existía certeza alguna de que ello ocurriría. Por ello, en el Addendum al MOU de 2015, CALICA [REDACTED]

Tal como se muestra en la Tabla 3 *supra*, [REDACTED] porque la modificación no se implementó en la fecha programada.

354. Por consiguiente, no hay nada de extraordinario en que la modificación al POELMS 2009 aún se encuentre en proceso. Un retraso por parte del gobierno municipal para aprobar las enmiendas a las regulaciones de zonificación – por sí mismo – no puede constituir una violación al derecho internacional consuetudinario. Máxime cuando no existe una obligación de hacerlo y la reclamación se basa en los meros deseos e intenciones reflejadas en un documento carente de obligatoriedad, *i.e.*, un MoU, tal como se explica *infra*.

(c) La Demandante sabía la complejidad que involucra un proceso de modificación de POEL por lo que no podía haber esperado razonablemente su realización

355. Existen diversos factores de distinta índole que pueden afectar la formulación o, en este caso, la modificación de un POEL. Por ejemplo, el Biólogo José Juan Hernández Chávez, quien tiene más de 28 años de experiencia en la SEMARNAT⁴⁴⁷ y ha participado en diversos programas de ordenamiento ecológico,⁴⁴⁸ ha identificado algunos de los factores que influyen en la modificación de un POEL:

En este sentido, es de destacar que es una situación normal que los procesos de ordenamiento ecológico se interrumpan cuando hay cambio de gobierno, debido a la

⁴⁴⁷ RW-005, ¶ 1.

⁴⁴⁸ RW-005, ¶ 15.

“veda electoral” en la que se prohíben las reuniones, así como por los recortes presupuestales que ocurren en esos periodos.⁴⁴⁹ (Énfasis añadido)

356. Por su parte, el Maestro en Ciencias Salomón Díaz Mondragón, también funcionario de la SEMARNAT y quien ha participado en más de 50 procesos de ordenamiento ecológico,⁴⁵⁰ ha precisado, derivado de su experiencia de más de 20 años,⁴⁵¹ algunas otras razones por las cuales los POEL se extienden por periodos de tiempo muy largos:

Algunas de las razones comunes por las que se alargan los procedimientos son: los cambios en las administraciones de gobiernos, el financiamiento insuficiente, nuevas regulaciones locales, la falta de consenso entre los actores involucrados, así como la oposición de algún actor específico.

En términos de los aspectos técnicos las etapas se dividen en: caracterización, diagnóstico, pronóstico y propuesta. Normalmente en las primeras etapas no hay desacuerdos, pero en la última (la propuesta) es cuando regularmente hay más conflictos, ya que en ésta se establecen las regulaciones y, en ocasiones, los actores involucrados no están de acuerdo.⁴⁵² (Énfasis añadido)

357. Los expertos legales de la Demandada también han puesto énfasis en los problemas que implican la modificación de los POEL, particularmente aquellos que derivan de la situación inherente que involucra el tener que conciliar diversos intereses encontrados:

[...] La expedición y actualización de los Programas de Ordenamiento Ecológico entrañan un complejo procedimiento de participación, diálogo y contribuciones por parte de autoridades, diversos grupos y organizaciones sociales y empresariales, así como instituciones académicas y de investigación.

[...] es importante considerar que las zonas del país que cuentan con atractivos escénicos, naturales o turísticos, suelen presentar un mayor reto para autoridades y aquellas personas involucradas en el procedimiento de actualización de un Programa de ordenamiento ecológico. Lo anterior es así, pues este tipo de entornos suscitan intereses encontrados entre la preservación del medio ambiente y la explotación de los recursos naturales, los cuales deben ser cuidadosamente observados y ponderados. De ahí que, se reitera, el proceso de actualización de un Programa pueda tomar varios años.

[...]

De nuevo, estos casos [POEL de La Paz, Los Cabos y Tulum] resultan ser ejemplificativos debido a que Baja California Sur comparte con el estado de Quintana Roo una economía orientada en su mayor parte al turismo de playa, pudiéndose establecer claramente una analogía entre La Paz y Playa del Carmen, como destinos secundarios

⁴⁴⁹ RW-005, ¶11.

⁴⁵⁰ RW-004, ¶ 7.

⁴⁵¹ RW-004, ¶ 5.

⁴⁵² RW-004, ¶¶ 23 y 26.

después de Los Cabos y Cancún. Al margen de que, como ya se mencionó, el proceso de expedición o de modificación de los Programas de Ordenamiento Ecológico no está sujeto a un plazo determinado como tal (atendiendo a la naturaleza de estos procedimientos), dichos antecedentes dan cuenta del tiempo que toma conciliar y resolver, en la medida de lo posible, los diversos intereses que acarrea el ordenamiento ecológico del territorio. Por ello, resulta falso que el plazo que ha tomado la modificación del POEL de Solidaridad 2009 resulte ser atípico o un hecho aislado.⁴⁵³ (Énfasis añadido)

358. CALICA ya había participado en el proceso de formulación del POEMLS 2009 cuya emisión y publicación duró más de 3 años. De hecho, CALICA mostró gran oposición en contra del POELMS 2009, tan es así que presentó diversos escritos ante la Dirección General de Ordenamiento Ambiental y Urbano del Municipio de Solidaridad en el marco del proceso de consulta pública del POEMS 2009.⁴⁵⁴ Incluso, impugnó –sin éxito– la supuesta falta de respuesta a sus comunicaciones, así como la emisión y publicación misma del POELMS 2009.⁴⁵⁵ Por lo tanto, es evidente que CALICA conocía de antemano la complejidad que involucraba la modificación del POELMS 2009.

359. Efectivamente, la evidencia muestra que había resistencia no solo por parte de grupos empresariales locales, sino de organizaciones ambientalistas que eran miembros oficiales del Comité.⁴⁵⁶ CALICA sabía muy bien o debió saber, que sus omisiones, significativamente el no haber tramitado la Autorización de CUSTF en tiempo y haber decidido postergar operaciones en La Adelita –de forma unilateral y sin previa notificación a la SEMARNAT– tendrían repercusiones. Consecuentemente, su deseo de comenzar operaciones en La Adelita sería controversial en el marco del proceso de modificación del POELMS 2009. CALICA fracasó en un intento de convencer a la comunidad local de que la expansión propuesta de sus operaciones era segura para el medio ambiente y para la comunidad vecina.

360. A pesar de lo anterior, CALICA ahora pretende hacer creer al Tribunal que la suspensión del proceso de modificación del POELMS 2009 se debió a una conducta atribuible a México, cuando la realidad es que este tipo de procesos involucra la participación de diversos actores y otros factores cuyo resultado escapa a la voluntad de las autoridades o intereses particulares. De

⁴⁵³ RE-001, ¶¶ 87, 91 y 103.

⁴⁵⁴ C-0087, p. 22.

⁴⁵⁵ C-0087, pp. 22-23.

⁴⁵⁶ C-095, p.5. "... CEMDA y Amigos de Sian Ka'an manifestaron no estar de acuerdo con la aprobación de la fase diagnóstico, ya que no se dio tiempo para la revisión de los mapas de conflictos". Véase también Carta de organizaciones ambientalistas, 3 de febrero de 2016. **R-0052.**

hecho, CALICA omite señalar los factores que realmente condujeron a la suspensión del POELMS 2009. En particular, el Biólogo José Juan Hernández Chávez quien tuvo una participación directa en el proceso de modificación del POELMS, da cuenta de dichos factores:

[...] Mucho menos se abordó la posibilidad de que CALICA pagaría el estudio pendiente –una de las causas por la cual se detuvo el POELMS–.

Como ya lo mencioné, el proceso se detuvo debido a la falta de presupuesto para pagar al consultor y por el cambio de gobierno estatal, lo cual ocurrió en septiembre de 2016. En febrero de 2017, se reinstaló el comité de ordenamiento ecológico, pero al día de hoy no ha vuelto a sesionar. Lo anterior, debido a que en 2017 se publicó la Ley de Asentamientos Humanos Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano de Quintana Roo, en la que se establece un nuevo instrumento de planeación territorial denominado ordenamiento territorial ecológico y de desarrollo urbano. La referida ley es la que el gobierno del estado de Quintana Roo ha dado mayor impulso, dejando de apoyar la formulación y modificación de programas de ordenamiento ecológico.⁴⁵⁷ (Énfasis añadido)

361. Tan frustrante como pueda ser esto para las partes interesadas, raramente se encuentran soluciones rápidas y fáciles, especialmente en países democráticos que protegen los derechos de sus ciudadanos a la libre expresión y al acceso a los sistemas judiciales. En muchos casos, comunidades locales han perdido la confianza en las compañías y las autoridades gubernamentales que les aseguran que las actividades propuestas son seguras para ellos y para el ambiente que los rodea, y sospechan de “racismo medioambiental”, cuando proyectos no deseados y potencialmente peligrosos, tales como la minería y vertederos, son situados en regiones donde las poblaciones son más pobres y menos propensas a defender sus derechos que las comunidades más ricas.⁴⁵⁸ En consecuencia, aunque puede resultar tentador para la Demandante etiquetar a sus oponentes como “malvados” y conspirar para frustrar el “progreso”, las comunidades locales tienen preocupaciones legítimas y el derecho a expresar sus opiniones.

⁴⁵⁷ RW-005, ¶¶ 9 y 10.

⁴⁵⁸ Un análisis concluyó que la gran mayoría de las concesiones mineras otorgadas en México entre 2000 y 2012 fueron en regiones donde viven muchos indígenas y campesinos pobres. Pablo Vargas Gonzalez, “La Cementera Del Grupo Carso-Elementia Contra Pueblos Indígenas del Estado de Hidalgo, México,” en *Megaproyectos en México Una Lectura Crítica* (Itaca 2016), p. 133. **R-0070**. El concepto de disparidad en la exposición a daños ambientales basados en la raza y la situación económica se ha evaluado a fondo en el país de origen del reclamante, los Estados Unidos. Ver, por ejemplo, Mikati, et al, “Disparities in Distribution of Particulate Matter Emission Sources by Race and Poverty Status,” en *American Journal of Public Health*, Vol. 108, No. 4 (April 2018), pp. 480-485 (**R-0071**) y Sampson & Winter, “The Racial Ecology of Lead Poisoning,” en *Du Bois Review*, Vol. 13, Issue 2 (Fall 2016), pp. 261-283 (**R-0072**).

362. Más importante aún, no hay base concebible para asegurar que el involucramiento de comunidades en las ramificaciones gubernamentales constituya una violación al derecho internacional consuetudinario; al contrario, constituye una parte integral de una democracia funcional. Esto es particularmente cierto en lo que la Corte Suprema de los Estados Unidos, citado por el tribunal de *Methanex*, describió como “complex and heavily regulated transaction[s] . . . , where public entities and public and elected officials with changing policies and constituencies are involved, and the transaction spans many years.”⁴⁵⁹ La minería es una industria altamente regulada en México, Estados Unidos y otros lugares, y cualquier inversionista razonable habría anticipado la posibilidad de cambios regulatorios y conflictos. El tribunal de *Methanex*, por ejemplo, señaló que los inversores deberían “appreciate[] that the process of regulation in the United States involve[s] wide participation of industry groups, non-governmental organizations, academics and other individuals, many of these actors deploying lobbyists.”⁴⁶⁰ Lo mismo sucede en México.

363. En consecuencia, no es inusual que el proceso de modificación del POELMS 2009 siga en curso. El retraso de un gobierno municipal en la aprobación de modificaciones a regulaciones de zonificación y uso del suelo –en sí mismo– no puede ser una violación al derecho internacional consuetudinario. CALICA no podría haber tenido alguna expectativa razonable (y mucho menos una “expectativa legítima”) de que el POEL se modificaría dentro de un plazo específico.

(3) México ha Cumplido con Todas las Decisiones de sus Tribunales relativas a la Tarifa de Puerto

364. La Demandante argumenta que una conducta que infringe el Estado de Derecho (“rule of law”) es contraria al estándar de trato justo y equitativo.⁴⁶¹ En particular, argumenta que “Mexican government entities have blatantly ignored the final ruling of Mexico’s own judiciary in favor of CALICA”.⁴⁶² La Demandante pretende hacer creer al Tribunal que, derivado de una decisión de la SCJN, CALICA tiene el derecho a que se le reembolsen [REDACTED] por el pago de tarifas de puerto que supuestamente fueron cobradas ilegalmente.

⁴⁵⁹ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID No. ARB(AF)/99/2, Award, Oct. 11, 2002, ¶ 130. **RL-025.**

⁴⁶⁰ *Methanex v. United States*, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and Merits, Aug. 3, 2005, Part IV, ¶ 9. **RL-020.**

⁴⁶¹ Memorial, ¶ 201.

⁴⁶² Memorial, ¶ 225.

365. En primer lugar, la decisión de la SCJN del 25 de enero de 2017 no establece que CALICA tenga derecho a algún reembolso ni mucho menos que la APIQROO tenga que realizar ese reembolso. Por el contrario, la decisión de la SCJN únicamente abordó un recurso de reclamación interpuesto por APIQROO, lo cual involucra una cuestión de mero trámite. Este hecho se confirma del contenido mismo de sentencia citada por la Demandante para fundamentar falsamente su reclamación:

Por lo expuesto y fundado, se resuelve:

PRIMERO. Es infundado el recurso de reclamación a que este toca se refiere.

SEGUNDO. Se confirma el acuerdo de veintiocho de junio de dos mil dieciséis dictado por el Presidente de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo en revisión 3707/2016.⁴⁶³

366. Este solo hecho por sí mismo debería ser suficiente para que el Tribunal desestime la reclamación de la Demandante por basarse en una alegación falsa sobre un supuesto incumplimiento de lo ordenado por un tribunal nacional. No obstante, y a pesar de que la Demandante ha sido muy general y ambigua respecto de esta reclamación en particular, a continuación, se refuta a detalle lo que a juicio de México constituyen las pretensiones de la Demandante.

-Ningún tribunal administrativo o judicial ha ordenado a México reembolsar a CALICA por el cobro supuestamente ilegal de la tarifa de puerto

367. Como ya se aclaró, la decisión de la SCJN no respalda la reclamación de la Demandante. Al respecto, el Sr. Alberto Atempa, quien ha conocido de los procedimientos administrativos y judiciales en los que la SCT es parte, ha precisado:

[...] se hace notar que la **litis de la controversia no implica, ni ha implicado en ninguno de los casos referidos, el reembolso de las Tarifas de Puerto** que CALICA alega haber pagado de 2007 a 2017 a la APIQR, ni mucho menos determinar si CALICA tiene la facultad de cobrar el Derecho de Puerto.⁴⁶⁴ (Énfasis original).

368. Como ya se mencionó *supra*,⁴⁶⁵ la decisión de la SCJN resolvió un mero asunto de trámite y no versó sobre el fondo del asunto, *i.e.*, si la modificación de la SCT a la concesión de la

⁴⁶³ C-0059, p. 47.

⁴⁶⁴ RW-006, ¶ 60.

⁴⁶⁵ *Ver supra*, Sección II.G.1.

APIQROO resultaba nula por falta de fundamentación y motivación. Ese asunto lo analizó un tribunal administrativo –el TFJFA–.

-México sí cumplió con lo ordenado por el TFJFA

369. Como se mencionó en el párrafo anterior, el 3 de septiembre de 2014, el TFJFA emitió una sentencia por la cual confirmó que las acciones de la SCT eran nulas, *i.e.*, la modificación a la concesión de la APIQROO y unos oficios que facultaban a la APIQROO a cobrar la tarifa de puerto.⁴⁶⁶ Al respecto, el TFJFA ordenó única y exclusivamente lo siguiente:

- a) Para que se emitiera una nueva modificación a la Concesión de APIQR, en el cual se tome en consideración la concesión DZF-292/92 de 2 de agosto de 2005, otorgada a CALICA;
- b) Para que la SCT emitiera un nuevo Acuerdo Modificatorio en el que fundara y motivara debidamente la determinación del por qué la APIQR era la única legitimada para cobrar la tarifa de puerto en la totalidad de la terminal de uso público fuera de puerto denominada Punta Venado, y un nuevo oficio en el que, hasta en tanto no justificara la determinación antes precisada, considerara que la tercero interesada, APIQR, no podría cobrar la tarifa del puerto en Punta Venado; y,
- c) Para que la SCT emitiera una nueva respuesta a las solicitudes presentadas por CALICA los días 8 de julio y 30 de septiembre de 2008, de conformidad con lo resuelto en el Considerando Noveno de dicha resolución.⁴⁶⁷ (Se omiten citas)

370. Como se desprende de la cita anterior, el TFJFA –al igual que la SCJN– tampoco ordenó que se debía reembolsar algún pago a CALICA. En este sentido, la SCT emitió nuevos actos de conformidad con las instrucciones del TFJFA, en particular, formuló 3 oficios mediante los cuales:

- a. Informaba a CALICA que se había dejado insubsistente el contenido de los oficios de 24 de julio de 2007 y 2 de julio de 2009, así como que se tenía por nula la Modificación 2017 de la APIQR;
- b. Informaba a la APIQR que se tenía por nula la Modificación 2007 de la APIQR, y le instruía para que se abstuviera de cobrar la tarifa de puerto en la terminal de uso público fuera de puerto habilitado denominado “Punta Venado”; y
- c. Instruía al Capitán de Puerto de Cozumel, Quintana Roo, para cobrar el derecho de puerto a las personas físicas y morales que ingresaran a la Terminal de Uso Público fuera de puerto habilitada y denominada terminal Punta Venado en términos de los artículos

⁴⁶⁶ Ver *supra*, Sección II.G.5.

⁴⁶⁷ RW-006, ¶ 55.

200 y 201 de la Ley Federal de Derechos vigente, 7 fracción I y 9 fracción XIV de la Ley de Navegación.⁴⁶⁸

371. Por lo tanto, se confirma que la SCT dio cumplimiento a lo ordenado específicamente por el TFJFA.

-Los tribunales mexicanos han aclarado que CALICA no tiene derecho a cobrar la tarifa de puerto

372. Aunque CALICA ha solicitado a los tribunales mexicanos ordenar que la SCT precise que CALICA es la única autorizada para cobrar la tarifa de puerto en Punta Venado,⁴⁶⁹ los tribunales han rechazado esa petición.⁴⁷⁰ Lo anterior, se explica porque claramente no tiene derecho alguno sobre la tarifa de puerto y los procedimientos domésticos nunca han versado en determinar quién tiene ese derecho:

Lo anterior es así, en razón de que lo que pretende la aclarante, es que esta Juzgadora ordene que se emita un nuevo oficio, en el cual se precise que Calizas Industriales del Carmen, S.A. de C.V., es la única autorizada para cobrar la tarifa de puerto en el área denominada Punta Venado, lo cual, va más allá de la Litis que se dilucidó [...]

Así las cosas, al no haberse dirimido en la sentencia de fecha 27 de febrero de 2013 que se pretende aclarar, quién es la única empresa autorizada para cobrar la tarifa de puerto en el área denominada Punta Venado, es que el argumento de la actora ahora aclarante Calizas Industriales del Carmen, S.A. de C.V. resulta inatendible.⁴⁷¹

373. Lo anterior confirma no solo que CALICA no tiene derecho al cobro de la tarifa de puerto, sino que, además la materia objeto de controversia nunca ha sido el supuesto reembolso a favor de CALICA. Por lo tanto, la reclamación que la Demandante presenta ante el Tribunal carece de sustento jurídico.

-CALICA pretende relitigar y obtener del Tribunal un beneficio al cual no tiene derecho

374. Como ya se mencionó *supra*, México dio cumplimiento a lo ordenado por el TFJFA, es decir, la SCT emitió nuevos actos que dejaron sin efecto la modificación de la concesión de la APIQROO –motivo de la impugnación de CALICA–⁴⁷² y dejó sin efectos los que se declararon

⁴⁶⁸ RW-006, ¶ 56.

⁴⁶⁹ TFJFA, Exp. 26098/07-17-10.2, Sentencia, 5 de junio de 2013, p. 24. **R-0073.**

⁴⁷⁰ TFJFA, Exp. 26098/07-17-10.2, Sentencia, 5 de junio de 2013, p. 27. **R-0073.**

⁴⁷¹ TFJFA, Exp. 26098/07-17-10.2, Sentencia, 5 de junio de 2013, pp. 24 y 25. **R-0073.**

⁴⁷² RW-006, ¶ 55.

nulos. No obstante, CALICA volvió a impugnar ese cumplimiento y el procedimiento se encuentra abierto ante tribunales nacionales.⁴⁷³

375. Dado que el objeto de la controversia tampoco implica el reembolso de la Tarifas de Puerto a CALICA, es insostenible que la Demandante pretenda reclamar ante el Tribunal una cuestión a la que ni siquiera tiene derecho conforme a la legislación nacional.

-El Tribunal debe tener en consideración otros aspectos que ponen de manifestó la falta de meritos de la reclamación de la Demandante

376. Con el objetivo de evitar repeticiones innecesarias, se remite al Tribunal a los apartados y párrafos correspondientes que abordan los siguientes hechos que demuestran que la reclamación de la Demandante carece de méritos:

- CALICA presenta una reclamación ambigua e imprecisa al señalar que ésta involucra la terminal de uso público y a la terminal privada;⁴⁷⁴
- CALICA parece confundir intencionalmente las figuras jurídicas relativas a la tarifa de puerto, derecho de puerto, contraprestación y tarifas portuarias;⁴⁷⁵
- CALICA no tiene derecho alguno al cobro de la tarifa de puerto;⁴⁷⁶
- CALICA no realizó el pago que reclama le sea reembolsado;⁴⁷⁷ y
- CALICA renunció a la terminal de uso público y con ello a cualquier derecho que derivara de ella;⁴⁷⁸
- La solicitud de pago, vía judicial a través del procedimiento denominado “jurisdicción voluntaria”, que realizó CALICA a la APIQROO no significa el reconocimiento de algún derecho.⁴⁷⁹

377. Por lo tanto, el Tribunal debe rechazar la reclamación de la Demandante.

⁴⁷³ RW-006, ¶ 60.

⁴⁷⁴ *Ver supra*, Sección II.G.3.

⁴⁷⁵ *Ver supra*, Sección II.G.1.

⁴⁷⁶ *Ver supra*, Sección II.G.3.

⁴⁷⁷ *Ver supra*, Sección II.G.2.

⁴⁷⁸ *Ver supra*, Sección II.G.7.

⁴⁷⁹ *Ver supra*, Sección II.G.8.

b. La presunta violación del MOU no puede ser una negación de un trato justo y equitativo

378. La Demandante también argumenta que el municipio violó el MoU de 2014 y el Addendum al MoU de 2015 al no enmendar el POEL como lo deseaba antes del 5 de diciembre de 2015, y que esta presunta violación constituye una denegación de trato justo y equitativo en violación del artículo 1105.⁴⁸⁰

(1) No Existió Incumplimiento Alguno a un Contrato

379. Como se discutió anteriormente, la única supuesta violación al MoU y a su Addendum es que el Municipio no realizó la modificación del POELMS 2009. Sin embargo, la Demandante omite abordar la naturaleza jurídica de esos documentos y supone – sin explicación ni fundamento jurídico alguno– que son documentos obligatorios por la mera anteposición de las palabras “legally binding”⁴⁸¹ al referirlos. Lo anterior, a pesar de que esos términos simplemente no se reflejan en el título del documento, ni mucho menos se desprende tal carácter (“jurídicamente vinculante”) del contenido mismo de esos documentos. Lo anterior es confirmado por los expertos legales de la Demandada, quienes abordan la naturaleza jurídica de esos documentos en los siguientes términos:

Lo primero que cabe advertir es que los Memorandos de Entendimiento (o “MOU” por sus siglas en inglés), no son instrumentos o figuras que contemple la legislación federal, ni la legislación estatal o municipal de México.

Sin embargo, en la práctica comercial privada es común que las partes suscriban instrumentos que reflejan las intenciones de las partes que toman la forma de un Memorandum de Entendimiento. Tradicionalmente este tipo de instrumentos no son jurídicamente vinculantes, ya que su característica determinante es que las Partes conserven su derecho para hacer manifestaciones y llevar a cabo acciones sin que se entiendan como compromisos o actos vinculantes, pudiendo en un determinado caso retirarse. La figura del MOU tiene su antecedente en el sistema *common law* donde también se le conoce como *Heads of Agreement*, *Principles Agreement* o *Statements of Agreement*. Sin embargo, existen legislaciones dentro de la familia del derecho civil, como la argentina, que han introducido este tipo de figura jurídica como instrumentos de naturaleza no vinculante destinados a expresar el consentimiento de la Partes para negociar sobre ciertas bases.

Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que lo plasmado en el denominado MOU y el Addendum del MOU, no configura una obligación jurídica a cargo de dichas autoridades, aun cuando haga referencia a acciones que buscaran realizar el Gobierno del Estado de

⁴⁸⁰ Memorial, ¶ 199.

⁴⁸¹ Memorial, ¶¶ 8 y 88.

Quintana Roo, a través de la Secretaría de Ecología y Medio Ambiente del Estado de Quintana Roo y el Municipio de Solidaridad del Estado de Quintana Roo. Cualquier actividad que las partes desarrollaran en virtud de estos Memorandos debe apegarse a la misma legislación aplicable. De hecho, el mismo texto del MOU hace mención de manera expresa a que las actividades que realicen lo deberán hacer apegados a la legislación aplicable, i.e., “[I]llevar a cabo las acciones necesarias ante las autoridades municipales y estatales, *conforme a la legislación vigente [...]*”.⁴⁸² (Se omiten citas) (Énfasis añadido)

380. De este modo, conforme al derecho mexicano, los llamados MoU no encuentran reflejo o regulación en la legislación nacional. Por el contrario, y tal como lo señalan los expertos legales de la Demandada, en el caso particular del MoU de 2014 y su Addendum son documentos que reflejaron las intenciones y buenos deseos de distintas partes por buscar resolver cuestiones de diversa índole. Sin embargo, el propio MoU de 2014 reconoce que las acciones que ahí se acordaron debían ser “conforme a la legislación vigente”, es decir, estaban sujetas al cumplimiento del derecho nacional aplicable. Al respecto, existen diversos elementos que confirman no solo que esos documentos carecían de carácter obligatorio, sino que, además, implicaban la expresión de meros deseos y anhelos de carácter únicamente aspiracional. Efectivamente, como se explica en los siguientes párrafos, esos documentos contienen planes de acción que no tiene en consideración la práctica y normativa aplicable al procedimiento de modificación de POEL, se apartan de la realidad e incluso la contradicen.

-El MoU omitió considerar la inclusión y participación de diversos actores relevantes en el proceso de modificación del POEL

381. Conforme a la legislación vigente, existen actores relevantes en el proceso de actualización de un POEL, particularmente la SEMARNAT, los particulares que participan activamente en el proceso, así como el propio Comité de Ordenamiento Ecológico. En este sentido, el MoU no puede considerarse obligatorio por la sencilla razón de que el resultado de la actualización del POELMS 2009 no dependía de ninguna manera de la simple voluntad de las autoridades municipales o estatales. Efectivamente, de acuerdo a los testigos de la Demandada, el Maestro en Ciencias Salomón Díaz Mondragón y el Biólogo José Juan Hernández Chávez, la participación de la SEMARNAT en el proceso de modificación del POELMS 2009 era obligatoria e imprescindible:

Es importante precisar que, cuando un programa de ordenamiento ecológico regional o local incluye un área natural protegida, competencia de la Federación, o parte de ella, el

⁴⁸²

RE-001, ¶¶ 81-83.

programa debe forzosamente ser elaborado y aprobado en forma conjunta por la SEMARNAT y los Gobiernos de los Estados y de los Municipios, según sea el caso.⁴⁸³ (Énfasis añadido)

La SEMARNAT, a través de la Dirección General de Política Ambiental e Integración Regional y Sectorial y de su delegación en el estado de Quintana Roo, participaron en el apoyo técnico para la modificación del POELMS, en cumplimiento del Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA) en Materia de Ordenamiento Ecológico. Además, la participación de la SEMARNAT era obligatoria y un requisito sine qua non dado que el programa involucraba un área natural protegida, competencia de la Federación.⁴⁸⁴ (Énfasis añadido)

382. En este sentido, el hecho de que la SEMARNAT no haya sido parte del MoU de 2014 ni del Addendum al MoU del 2015, constituye un elemento significativo que pone de manifiesto el carácter no vinculante y meramente aspiracional de ambos documentos. Lo anterior, aunado a la omisión de considerar el rol preponderante que el Comité de Ordenamiento Ecológico tiene en el proceso de modificación del POELMS 2009. Estos elementos son explicados por los expertos legales de la Demandada de la siguiente manera:

Por ello, en sustancia las manifestaciones plasmadas en el MOU y el Addendum del MOU no son jurídicamente vinculantes, toda vez que escapa del control de los Suscriptores del MOU asegurar que las etapas del proceso de ordenamiento ecológico sigan determinados plazos o cursos de acción, así como tampoco pueden obligar a los actores involucrados (el Comité) a observar el calendario establecido con CALICA. De hecho, la última parte del documento confirma lo anterior, estableciendo que la Secretaría de Ecología y Medio Ambiente y el Municipio de Solidaridad “*se darán a la tarea de cumplir con el calendario propuesto, conforme vayan avanzando los dos órganos del Comité (órgano técnico y órgano ejecutivo), en la validación de las etapas previstas en el procedimiento de actualización del POEL del Municipio de Solidaridad.*” [...] (Énfasis en el original)

Como se mencionó anteriormente y de acuerdo con lo establecido en la normatividad aplicable, corresponde al Comité la conducción del proceso de ordenamiento ecológico, y la misma está supeditada a la participación de diversos actores que inciden en el proceso de ordenamiento ecológico. En materia contractual, sólo es jurídicamente admisible que las partes asuman obligaciones que estén bajo su control, precisamente porque una obligación a cargo de un tercero ajeno al acuerdo de voluntades en cuestión, podría impedir su realización. Al respecto, destaca el hecho de que la SEMARNAT no haya suscrito el MOU ni el Addendum del MOU, a pesar de que su participación en el POEL de Solidaridad es imprescindible.⁴⁸⁵ (Énfasis añadido)

⁴⁸³ RW-004, ¶ 11.

⁴⁸⁴ RW-005, ¶ 7.

⁴⁸⁵ RE-001, ¶¶ 84-85.

-El MoU es ajeno a la práctica y normativa en materia del proceso de modificación de POEL

383. Resulta revelador que el referido MoU sea único en su género respecto a los elementos establecidos en torno a la actualización del POEL. En efecto, derivado de la práctica administrativa y un análisis comparativo de otros procesos, se desprende que en ninguno de ellos se tiene como antecedente la suscripción de un MoU por parte de autoridades locales, municipales o federales con un particular. Lo que sí existe son convenios de coordinación, pero estos son suscritos única y exclusivamente entre autoridades. El carácter inusual del MoU con relación a la práctica administrativa y de acuerdo a las leyes que regulan el proceso de modificación de un POEL, particularmente el POELMS 2009, es precisado por los testigos de México, los Sres. Salomón Díaz Mondragón y José Juan Hernández Chávez:

Por lo que hace al Anexo C-0021 [MoU], en los 24 años que tengo de experiencia participando en Procesos de Ordenamiento Ecológico, confirmo que jamás había visto un documento de esta naturaleza, es decir, en el que un Estado o Municipio acordaran con un particular el “revisar[...] EL POEL [...] para gestionar ante los órganos técnico y ejecutivo la incorporación del “Uso de Minería y explotación de material pétreo”. Normalmente, los procesos de actualización se basan en lo establecido en el Reglamento de la LGEEPA en Materia de Ordenamiento Ecológico, particularmente lo establecido en los artículos 48 al 50, pero jamás en un acuerdo con particulares, los cuales tienen una participación limitada a lo establecido en el Reglamento de los Comités de ordenamiento ecológico. Los particulares y las empresas, en caso de formar parte del comité, previa aceptación por el mismo, tienen la misma participación que otros intergantes, en términos de lo establecido en el Reglamento del Comité.⁴⁸⁶ (Énfasis añadido)

Derivado de mis 28 años de experiencia en Procesos de Ordenamiento Ecológico Local, puedo afirmar que, para promover la modificación de los programas, normalmente los procesos de actualización se basan en la evaluación del desempeño del Programa de Ordenamiento Ecológico, lo cual permite identificar los supuestos establecidos en los artículos 48 y 49 del Reglamento de la LGEEPA en Materia de Ordenamiento Ecológico. Una vez que se tiene la justificación para la modificación, se convoca al comité de ordenamiento ecológico para iniciar el proceso de modificación a través de la formulación de un estudio técnico (con las etapas de caracterización, diagnóstico, pronóstico y propuesta), el cual que es apoyado, revisado y aprobado por el comité de ordenamiento ecológico. Conforme al proceso antes descrito y previsto en la ley, el Anexo C-0021 resulta ajeno a dicho proceso y no tengo conocimiento de algún documento similar en el marco de algún otro proceso de ordenamiento ecológico. El aparente acuerdo que se refleja en el Anexo C-0021 con una empresa particular, es algo que nunca había presenciado. Si bien los particulares y la sociedad civil tienen participación en los procesos de ordenamiento ecológico, dicha participación se circunscribe a ser miembros del órgano técnico y, en algunos casos, como una representación del órgano ejecutivo del comité de ordenamiento ecológico. Al respecto, los miembros del órgano técnico se

⁴⁸⁶

RW-004, ¶ 34.

encargan de proporcionar información, llevar a cabo estudios y análisis técnicos, así como evaluar y aprobar las diferentes etapas de la formulación de los programas de ordenamiento ecológico⁴⁸⁷ (Énfasis añadido)

-El MoU no contiene mecanismos de ejecución para su cumplimiento y no figuró en el proceso de modificación del POELMS 2009

384. También, llama la atención el hecho de que, en el marco del proceso mismo de actualización del POEL de Solidaridad, CALICA no haya hecho mención alguna a dicho MoU. Consecuentemente, es de extrañar que, si CALICA consideraba el MoU como obligatorio, no hubiera hecho nada por referirlo o mencionarlo durante las sesiones del Comité, ni mucho menos por hacerlo cumplir durante el proceso mismo. Al respecto, resulta revelador que dos de los funcionarios de la SEMARNAT que participaron en el proceso de modificación del POELMS 2009, confirmen que es hasta ahora, con motivo del presente arbitraje, que tienen conocimiento del MoU de 2014 y el Addendum al MoU de 2015 y que, además, nunca fueron referidos en el marco del proceso de modificación:

Al respecto, y derivado de mi participación directa en el proceso de actualización del POELMS, los representantes de México han pedido que me pronuncie sobre [el Anexo C-0021 y C-0022]. En este sentido, manifiesto que desconocía dichos documentos y que nunca fueron presentados o referidos ya sea por CALICA, los representantes del gobierno municipal ni por los funcionarios de la Secretaría de Medio Ambiente Estatal en el contexto del proceso de actualización del POELMS. Incluso, tengo conocimiento de que en ninguna de las actas de las sesiones quedó sentado algo respecto de estos documentos. De hecho, es hasta ahora que con motivo de mi testimonio conozco y he leído por primera vez dichos documentos.

[...] con relación al párrafo 101 del Memorial de Demanda, en el que se establece que: el Comité modificaría el POELMS el 12 de octubre de 2015, no tengo elementos para estar de acuerdo o no con lo que ahí se refiere. Sin embargo, hago notar que, nunca se mostró en el comité de ordenamiento ecológico algún documento ni se mencionó nada sobre que el 12 de octubre de 2015 sería la fecha para que estuviera elaborado el Programa de Ordenamiento Ecológico.⁴⁸⁸ (Énfasis añadido)

Durante las sesiones en las que participé tendientes a actualizar el POEL 2009, ni CALICA, ni las autoridades municipales o estatales mencionaron estos documentos o supuestos acuerdos (C-0020, C-0021 y C-0022). De hecho, en ninguna de las actas de las sesiones quedó sentado algo respecto de estos documentos. Lo anterior puede explicarse

⁴⁸⁷ RW-005, ¶¶ 16-17.

⁴⁸⁸ RW-005, ¶¶ 15 y 9.

porque se trataba de algo inusual y ajeno a los procesos de actualización de POEL conforme al marco legal aplicable.⁴⁸⁹ (Énfasis añadido)

385. La ausencia de cualquier referencia al MoU y al Addendum en el marco del proceso de modificación del POELMS 2009 por parte de Calica, se puede explicar en gran medida por la sencilla razón de que no existía obligación alguna que hacer cumplir ni derecho alguno que le asistiera. Sin embargo, ahora pretende confundir al Tribunal al argumentar que el MoU es un instrumento obligatorio y común a los procesos de actualización de POEL, lo cual es falso. De hecho, los expertos legales de la Demandada han hecho notar que la ausencia de mecanismos de ejecución en ambos documentos, denota su carácter no vinculante y meramente aspiracional:

Por ello, en sustancia las manifestaciones plasmadas en el MOU y el Addendum del MOU no son jurídicamente vinculantes, toda vez que escapa del control de los Suscriptores del MOU asegurar que las etapas del proceso de ordenamiento ecológico sigan determinados plazos o cursos de acción, así como tampoco pueden obligar a los actores involucrados (el Comité) a observar el calendario establecido con CALICA. [...] Esto también es congruente con el hecho de tratarse de un documento que expresa meros deseos e intenciones, omitiendo cualquier tipo de mecanismo de terminación, de rescisión o de resolución de controversias, distinto a lo que sí establecería un contrato privado.⁴⁹⁰ (Énfasis añadido)

-El MoU se apartó de la legislación vigente aplicable al establecer plazos forzosos, estrictos e incluso irreales

386. Nuevamente, el carácter no vinculante del MoU se demuestra por el hecho de que, conforme a la legislación vigente, no existe ninguna limitación ni restricción en cuanto a los plazos para concluir la adopción o actualización de un POEL. Por el contrario, el legislador fue consciente de la complejidad que puede implicar este tipo de procesos, y por ello decidió no restringirlos al cumplimiento de plazos forzosos. En efecto, los expertos legales de la Demandada también dan cuenta de esta situación y la explican en los siguientes términos:

Por lo anterior, dada la complejidad y naturaleza de estos procedimientos, la LGEEPA, su Reglamento en materia de Ordenamiento Ecológico, la LEEPA y su Reglamento en materia de Ordenamiento Ecológico permite que los procesos de modificación o actualización de los Programas de Ordenamiento Ecológico en el Estado de Quintana Roo se desarrollen de manera flexible, bajo los planes de trabajo y plazos que se dicten por los miembros del Comité, decisiones que son sometidas a votación. [...]

⁴⁸⁹ RW-004, ¶ 38.

⁴⁹⁰ RE-001, ¶ 84.

[...] Al margen de que, como ya se mencionó, el proceso de expedición o de modificación de los Programas de Ordenamiento Ecológico no está sujeto a un plazo determinado como tal (atendiendo a la naturaleza de estos procedimientos), dichos antecedentes dan cuenta del tiempo que toma conciliar y resolver, en la medida de lo posible, los diversos intereses que acarrea el ordenamiento ecológico del territorio. [...].⁴⁹¹ (Énfasis añadido)

387. El hecho de que la legislación en la materia no establezca un plazo específico para concluir la formulación o modificación de un programa de ordenamiento ecológico, también es explicado por dos funcionarios de la SEMARNAT –con una amplia experiencia en este tipo de procesos –, quienes consideran inadecuado y extraño al proceso el establecer un plazo específico para su modificación. En este sentido, el Biólogo José Juan Hernández Chávez ha precisado lo siguiente:

Aunque el artículo 38, fracción VI, inciso c del Reglamento de la LGEEPA en Materia de Ordenamiento Ecológico contempla un plan de trabajo con un cronograma, los tiempos y plazos ahí referidos se acuerdan con base y en el marco del convenio de coordinación entre autoridades y no intervienen particulares. Además, todos los acuerdos se realizan dentro del proceso con la participación del comité, y no de manera unilateral por particulares o empresas. En este sentido, se precisa que la ley no prevé como tal un plazo específico para concluir un proceso de ordenamiento ecológico, es decir, no se impone una limitación de un plazo concreto. De hecho, la conclusión de programas de ordenamiento ecológico es muy variada y puede ir desde un año hasta más de diez.

Lo anterior, se explica debido a que la participación social en estos procesos de planeación implica la utilización de mucho tiempo para que la capacitación, exposición de la información, la recopilación y procesamiento de datos, el intercambio de saberes, la comunicación a grupos originarios, discusiones y acuerdos sobre los contenidos de los programas y las consultas públicas previas, libres e informadas. Por lo tanto, es entendible que la ley no prevea un plazo específico para concluir estos procesos. Por ello, los plazos estrictos que se establecen en el Anexo C-0021 y C-0022, además de ser ajenos a un proceso normal para la modificación o actualización de un POEL, resultan cuestionables dada la complejidad del proceso mismo. [...]

Por las mismas razones antes expresadas, el Anexo C-0022 que establece plazos cortos para la conclusión de las diversas etapas del POELMS, resulta *sui generis*. Efectivamente, debe tenerse presente que, la modificación de un Programa de Ordenamiento Ecológico es el resultado de un procedimiento establecido en el Reglamento de la LGEEPA en Materia de Ordenamiento Ecológico, de los análisis técnicos y de la solución de conflictos entre los diferentes sectores que interactúan en el territorio. Esto implica que la modificación depende de un colectivo, que tiene diferentes responsabilidades; [...].⁴⁹² (Énfasis añadido)

⁴⁹¹ RE-001, ¶¶ 88 y 103.

⁴⁹² RW-005, ¶¶ 18-20.

388. Por su parte, el Maestro en Ciencias, Salomón Díaz Mondragón, también coincide en que el establecimiento de plazos para modificar un POELMS no está previsto en la Ley ni tampoco es algo que se llevó a cabo en la práctica:

Otro elemento que se refleja en el Anexo C-0021 y C-0022 y que no es común en un proceso normal para la modificación o actualización de un POEL, es el relativo al establecimiento de plazos. Como ya lo mencioné, este tipo de procesos son largos y, de hecho, en términos generales se puede afirmar que ni la ley ni en la práctica existen plazos específicos definidos para concluir un POEL, al menos no a nivel federal. Lo anterior se debe a que normalmente son procesos altamente participativos en los que se busca un consenso entre los integrantes del comité, lo cual hace más complicado establecer un plazo fijo. [...]. En este sentido, me llama la atención que en el Anexo C-0021 se establecieran plazos para actualizar el POEL de Solidaridad, que no fueron acordados por el comité, en los siguientes términos: “por lo que procederá a la actualización del POEL de Solidaridad, lo cual demora de 2 a 4 meses, los cuales correrían a partir del momento en que se emita la convocatoria lo que se hará en julio de 2014”.

Conforme a lo anteriormente expresado, el Anexo C-0022 me parece incluso completamente inusual en cuanto al tema de plazos. En efecto, el establecimiento de plazos específicos para cada fase es inverosímil y muy complicado de estimar. Lo anterior debido a que es bien sabido que estos procesos no dependen de la voluntad de un particular o las autoridades de un municipio o Estado, sino del acuerdo de todos los participantes, a saber, los integrantes establecidos en el Comité de Ordenamiento Ecológico y su Reglamento. De hecho, en el caso del POEL de 2009, su antecedente directo, el Convenio de Coordinación entre los tres órdenes de gobierno, no se dice nada respecto de los plazos para concluir con el proceso. En cualquier caso, no conozco ningún otro Programa de Ordenamiento en el que las autoridades hayan convenido plazos con un particular, fuera del comité de ordenamiento ecológico, para concretar su implementación o actualización.⁴⁹³ (Énfasis añadido)

389. El MOU y su *Addendum* reflejaron la intención de las partes de alcanzar un objetivo común desde el punto de vista de lo políticamente deseable. Sin embargo, el hecho de que el MoU y su *Addendum*, previeran plazos estrictos y poco realistas, que *de facto* no podían ser acordes con la legislación y práctica administrativa en la materia, demuestra su carácter no vinculante. Sobre todo, cuando el desarrollo y resultado de éstos no dependían únicamente del municipio o el Estado, sino de otros agentes que nada tuvieron que ver con dichos instrumentos, tal como lo precisan los testigos de la Demandada. Por ello, es inadmisibles argumentar que se trataba de un instrumento obligatorio o con un carácter jurídicamente vinculante conforme al sistema jurídico mexicano. En ese sentido, los expertos legales de la Demandada confirman dicha situación:

Al margen de lo anterior y con base en mi experiencia profesional puedo afirmar que, en los procesos para modificar los Programas de Ordenamiento Ecológico, no es posible

⁴⁹³

RW-004, ¶¶ 35-36.

legalmente, sustituir los procedimientos previstos en ley o en reglamentos con acuerdos no vinculantes como los previstos en un memorándum de entendimiento o declaración de intención. Lo anterior, debido a que lo único que reflejan ese tipo de instrumentos es una aspiración para alcanzar un plan de acción en particular. En suma, la celebración de un documento de esta naturaleza no es común para efectos de intentar dictar los plazos de un proceso plural y complejo como lo es el de ordenamiento ecológico, pues precisamente, el objeto ahí previsto escapa al control de las partes.⁴⁹⁴

390. Como ya se mencionó *supra*, lo que la Demandante solicita bajo la apariencia de la reclamación del supuesto incumplimiento del MoU, es que el Tribunal remedie su actuar negligente consistente en no haber solicitado la Autorización de CUSTF en su debido momento. México no puede ser considerado responsable por ese actuar, sin perjuicio de que el Tribunal debería rechazar esa reclamación por falta de méritos.

391. La posición de la Demandada sobre el carácter no vinculante de los documentos denominados ERT, MoU y su Addendum se comprueba por el hecho de que CALICA no siguió el plan de acción que se estableció en cada uno de ellos. Por ejemplo, respecto del ERT, impugnó las determinaciones del INDAABIN a pesar de que indicó que no lo haría a cambio de la modificación que le concedió la SCT.⁴⁹⁵ Con relación al Addendum del MoU de 2015, CALICA fijó plazos irreales e imposibles de cumplir, *por ejemplo*, estableció que la instalación del Comité se realizaría del 25 al 29 de mayo de 2015, cuando de hecho ésta ya había tenido lugar el 30 de octubre de 2014.⁴⁹⁶

392. Finalmente, como se discutió *supra* en la Tabla 3, en la modificación del MoU de 2015, CALICA negoció [REDACTED] [REDACTED] la modificación del POELMS 2009. Sin embargo, el [REDACTED] - y como no lo fue, CALICA [REDACTED]. Por lo tanto, CALICA obtuvo exactamente aquello que negoció con respecto al Municipio.

(2) Incluso si hubiera un incumplimiento del contrato, no sería una violación del artículo 1105

⁴⁹⁴ RE-001, ¶ 86.

⁴⁹⁵ Ver *supra*, ¶¶ 209-211.

⁴⁹⁶ Ver C-0090 y RW-005, Anexo B.

393. Incluso, si las acciones del municipio de alguna manera pudieran caracterizarse como un incumplimiento de un “contrato”, no “every breach of a contractual obligation by a host state or one of its entities automatically amounts to a violation of the FET standard.”⁴⁹⁷ Como tal, la mayoría de los tribunales han encontrado que un simple incumplimiento de contrato por parte de un estado no provocaría una violación del estándar de TJE.

394. Por ejemplo, en *Impregilo c. Pakistán*, con respecto a un contrato para la construcción de una planta hidroeléctrica, el Tribunal determinó que un incumplimiento de contrato no equivale a un incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo.⁴⁹⁸

395. En lo que respecta a dichas reclamaciones, en virtud del TLCAN y un contrato de concesión en particular, otro Tribunal explicó:

El problema es que la reclamación fundamental de los demandantes es la de que fueron víctimas de un incumplimiento del Contrato de concesión. El TLCAN, sin embargo, no permite a los inversionistas recurrir al arbitraje internacional por simples incumplimientos contractuales. En efecto, no puede considerarse en modo alguno que el TLCAN establezca un régimen de este tipo, de lo contrario se hubiera elevado una multitud de transacciones ordinarias con las autoridades públicas a la categoría de controversias internacionales. *Los demandantes no pueden hacer valer su punto de vista convenciendo simplemente al Tribunal Arbitral de que el Ayuntamiento de Naucalpan incumplió el Contrato de concesión.*⁴⁹⁹

396. Además, la caracterización de un demandante de un incumplimiento contractual no eleva un reclamo contractual a una expropiación o un incumplimiento del trato justo y equitativo:

Las frases hechas, no obstante, no pueden sustituir el análisis. Los términos “confiscatorio”, “destrucción de los derechos contractuales como un activo” o “revocación” pueden servir para describir incumplimientos contractuales que deban ser considerados extraordinarios y, por tanto, constitutivos de expropiación, pero ciertamente no indican las bases con las cuales se hará la crucial distinción entre expropiación e incumplimiento contractual ordinario. La gravedad de cualquier incumplimiento está

⁴⁹⁷ Rudolph Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford 2012), p. 152. **RL-030.**

⁴⁹⁸ *Impregilo v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, Apr. 22, 2005, ¶¶ 266-70. **RL-031.**

⁴⁹⁹ *Robert Azinian, Kenneth Davitian & Ellen Baca c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/2, Laudo, 1 de noviembre de 1999, ¶ 87 (Énfasis en el original). **RL-032.**

sujeto al punto de vista del afectado, lo que no resulta satisfactorio a los presentes efectos.⁵⁰⁰

397. En un caso subsecuente del TLCAN, el cual versaba sobre la falla por parte del Municipio de realizar los pagos conforme a un acuerdo de concesión, el Tribunal una vez más determinó que no hubo violación al trato justo y equitativo, concluyendo que “el Capítulo XI del TLCAN no es un foro para resolver controversias de tipo contractual y, tal como lo han manifestado en reiteradas ocasiones los tribunales abocados a cuestiones de inversiones, ‘los acuerdos bilaterales de inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios’.”⁵⁰¹

398. En relación con esto, los inversionistas han, en ocasiones, presentado argumentos de que un incumplimiento de contrato por parte del Estado equivale a la denegación de trato justo y equitativo debido a las expectativas legítimas del inversionista de que la parte contratante estatal ejecute el contrato.⁵⁰² Sin embargo, en este caso, la Demandante ignora que los tratados internacionales de inversión no están destinados a ser “pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios.”⁵⁰³ Incluso si las “expectativas legítimas” fueran tratadas como un criterio relevante, dichas expectativas deben conducirse de acuerdo a las “características específicas” del Estado receptor a la luz de “all the circumstances that the investor *should have* considered when making the investment.”⁵⁰⁴

399. El tribunal de *Hamester c. Ghana* llegó a la conclusión que “it is not sufficient for a claimant to invoke contractual rights that have allegedly been infringed to sustain a claim for a violation of the FET standard”.⁵⁰⁵ En *Parkerings c. Lithuania*, el tribunal manifestó que “not every hope amounts to an expectation under international law [C]ontracts involve intrinsic

⁵⁰⁰ *Id.*, ¶ 90. Ver también *id.* at ¶ 92 (explicando que los demandantes habían abandonado los argumentos de FET, pero que “si no se ha producido una infracción del artículo 1110, tampoco se ha producido una infracción del artículo 1105.”).

⁵⁰¹ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, ¶ 114. **RL-014.**

⁵⁰² United Nations Conference on Trade and Development, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD/DIAE/IA/2011/5 (2012), p. 70. **RL-033.**

⁵⁰³ *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Laudo, 13 de noviembre de 2000, ¶ 64. **RL-034.**

⁵⁰⁴ Michele Potesta, *Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept*, 28 Foreign Inv. L.J. 88 (2013). **RL-017.**

⁵⁰⁵ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, June 18, 2010, ¶ 337. **RL-035.**

expectations from each party that do not amount to expectations as understood in international law”.⁵⁰⁶

400. Schreuer explica que el enfoque opuesto pondría todos los contratos entre inversionista-estado bajo la protección del estándar de trato justo y equitativo, y este último constituiría efectivamente una “cláusula paraguas” interpretada ampliamente,⁵⁰⁷ la cual el TLCAN no contiene. Entonces, “[m]erely not living up to expectations cannot be sufficient to find a breach of Article 1105 of the NAFTA.”⁵⁰⁸

2. No existe una “cláusula paraguas” en el TLCAN

401. Como argumento alternativo, la Demandante afirma que “NAFTA Article 1103 requires Mexico to accord Legacy Vulcan and CALICA treatment no less favorable than that Mexico accords to investors and investments under other investment treaties,” y que dado que el Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI México-Suiza) contiene una cláusula paraguas, la Demandante “is entitled to receive at least the same treatment that Mexico affords to Swiss investors” al tenor de esa cláusula.⁵⁰⁹ Esto, a su vez, se supone que le da derecho a la Demandante de reclamar por las supuestas violaciones a los Acuerdos de 2014.⁵¹⁰ Como se discute a continuación, la Demandante no ha satisfecho su carga de establecer que la cláusula de NMF puede ser utilizada para importar nuevas obligaciones sustantivas.

402. En apoyo de su nueva interpretación del artículo 1103, la cual nunca ha sido invocada exitosamente bajo el TLCAN, la Demandante presenta un total de dos laudos controvertidos⁵¹¹ – ninguno de los cuales fueron resueltos en virtud del TLCAN – en lo que es, en el mejor de los casos, un debate superficial sin análisis del lenguaje relevante del tratado, laudos de otros casos, u otras fuentes relevantes.

⁵⁰⁶ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, Sept. 11, 2007, ¶ 344. **RL-018.**

⁵⁰⁷ United Nations Conference on Trade and Development, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD/DIAE/IA/2011/5 (2012), p. 70. **RL-033.**

⁵⁰⁸ *Glamis Gold Ltd. v. United States*, UNCITRAL, Award, June 8, 2009, ¶ 620. **RL-011.**

⁵⁰⁹ Memorial, ¶¶ 238-40.

⁵¹⁰ Memorial, ¶ 242.

⁵¹¹ Memorial, ¶ 242.

403. “The legal burden to establish the affirmative requirements of the national treatment standard rests always on the claimant,”⁵¹² y lo mismo aplica para reclamaciones por trato de NMF porque “[t]he common nature and similarities between MFN and NT, recognized by numerous tribunals, implies that, when interpreting an MFN clause, investment tribunals should perform the same detailed analysis undertaken by other tribunals in interpreting NT provisions and pay close attention to all the elements of the clause”.⁵¹³

-La Demandante ni siquiera hace un intento por abordar el lenguaje específico del Artículo 1103

404. En un esfuerzo por importar la cláusula paraguas del APPRI México-Suiza, la Demandante cita *EDF c. Argentina*, en virtud del Tratado de Inversión Bilateral (BIT) Argentina-Francia,⁵¹⁴ y *Arif c. Moldova*, donde el Tribunal introdujo una cláusula paraguas bajo el TBI Francia-Moldavia.⁵¹⁵ Ambos casos tienen una reputación cuestionable, ya que ninguno de los tribunales “rigorously interpreted the relevant provisions in the basic treaty, nor ensured compliance with the *ejusdem generis* principle.”⁵¹⁶ Otro artículo, el ganador del prestigioso Premio Smit-Lowenfeld, señaló con respecto a estos y otros laudos que “most fail to engage with the actual text of the MFN provision.”⁵¹⁷

405. Por ejemplo, con respecto al lenguaje de la cláusula NMF aplicable al caso, el tribunal *Arif* simplemente manifestó que “Article 4 is broadly drafted and does not restrict its application to any

⁵¹² Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶ 7.275 (citing *UPS v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1, Award, May 24, 2007, ¶ 84); ver también Facundo Perez-Aznar, *The Use of Most-Favoured-Nation Clauses to Import Substantive Treaty Provisions in International Investment Agreements*, 20 J. Int’l Econ. L. 777 (2017), p. 781 (“[T]he claimant has the burden of proving that each one of these elements is satisfied.”). **RL-036.**

⁵¹³ Facundo Perez-Aznar, *The Use of Most-Favoured-Nation Clauses to Import Substantive Treaty Provisions in International Investment Agreements*, 20 J. Int’l Econ. L. 777 (2017), p. 790 (“In *Canadian Cattlemen v United States* the tribunal stated that the MFN and NT provisions in NAFTA Chapter 11 are ‘in structure and substance, identical (except for the comparator class)’. In *Cargill v Mexico*, the tribunal considered that ‘the requirement for MFN treatment tracks that of the national treatment requirement’.”). **RL-036.**

⁵¹⁴ *EDF v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/23, Final Award, June 11, 2012, ¶ 937. **RL-037.**

⁵¹⁵ *Arif v Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, Apr. 8, 2013, ¶¶ 395-96. **RL-038.**

⁵¹⁶ Tarcisio Gazzinia & Attila Tanzib, *Handle With Care: Umbrella Clauses and MFN Treatment in Investment Arbitration*, 14 J. World Investment & Trade 978 (2013), p. 993. **RL-039.**

⁵¹⁷ Simon Batifort & J. Benton Heath, *The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization*, 111 Am. J. Int’l L. 873 (2017), pp. 893-94. **RL-040.**

particular kind of substantive obligation,”⁵¹⁸ mientras que el tribunal en *EDF* – sin citar una sola referencia – se refirió a una “divergence of opinion . . . with respect to application of MFN clauses” al concluir que “[a]fter due consideration of the Parties’ arguments, . . . the MFN clause does in fact permit recourse to the umbrella clauses of third-party treaties.”⁵¹⁹ Estos laudos no son referencias o interpretaciones persuasivas.

a. Las cláusulas NMF son específicas de los tratados individuales

406. En un análisis exhaustivo de los laudos pertinentes sobre la importación de disposiciones sustantivas, un comentarista ha explicado:

Investment tribunals have not followed a consistent methodology in cases dealing with MFN treatment and the importation of substantive treatment provisions from other treaties, and have very often disregarded the elements of the MFN provisions. They have limited themselves to asking whether the provision invoked is absent from the base treaty or if it is broader than its counterpart in the base treaty and, if the answer to either question is ‘yes’, tribunals have proceeded to import a provision through the MFN clause within the base treaty. Following this analysis, they have not determined whether or not there was a breach of the MFN clause itself but have instead directly analysed the facts of the case in light of the imported clause, thus considering whether or not the imported clause had been breached.⁵²⁰

407. La interpretación y aplicación de las cláusulas NMF “has proven to be one of the most controversial issues not only between the disputing parties in [a particular] case but also within the world of international investment law more generally.”⁵²¹ Otros resaltaron que “even where tribunals recognize the need for a ‘treaty by treaty’ (i.e., bottom-up) approach, they may not practice what they preach: one study observed in 2011 that decisions on the scope of MFN clauses depended less on the specific terms or context of the treaty at issue than on the tribunal’s presumptions concerning the scope and effect of these clauses.”⁵²² Como tal, “the precise reach

⁵¹⁸ *Arif v Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award, Apr. 8, 2013, ¶¶ 395-96. **RL-038.**

⁵¹⁹ *EDF v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/23, Final Award, June 11, 2012, ¶¶ 929, 935. **RL-037.**

⁵²⁰ Facundo Perez-Aznar, *The Use of Most-Favoured-Nation Clauses to Import Substantive Treaty Provisions in International Investment Agreements*, 20 J. Int’l Econ. L. 777 (2017), p. 781. **RL-036.**

⁵²¹ *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/05/1, Award, Aug. 22, 2012, ¶ 160. **RL-041.**

⁵²² Simon Batifort & J. Benton Heath, *The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization*, 111 Am. J. Int’l L. 873 (2017), pp. 881-82 (citando Julie A. Maupin, *MFN-Based Jurisdiction in Investor-State Arbitration: Is There Any Hope for a Consistent Approach?*, 14 J. Int’l Econ. L. 157 (2011) pp. 161, 179 (en el contexto de decisiones sobre la importación de disposiciones jurisdiccionales, discutiendo que el resultado “has depended primarily neither upon the type of MFN question asked

of MFN clauses has been described as ‘one of the *quaestiones vexatae* (or maybe the *quaestio vexata*) in investment arbitration.’”⁵²³ Es importante que este Tribunal haga un riguroso análisis al resolver este asunto.

408. Es universalmente reconocido que “MFN is not a customary international law standard, and it is thus effected only through specific treaty provisions.”⁵²⁴ Igualmente incontrovertido y como se explica a continuación, las disposiciones de NMF no están redactadas uniformemente. Entonces, existe, “little reason to approach MFN provisions in investment treaties with a preconceived notion of the essential purpose or nature of these provisions.”⁵²⁵

409. Además, desde una perspectiva de política, se han planteado preocupaciones de que “broad applications of MFN clauses by tribunals could make it difficult for states parties to investment agreements to predict their scope of potential liability, as the ‘combinations and permutations’ of investment protections resulting from MFN importation may be ‘impossible to foresee or administer.’”⁵²⁶ De hecho, “a broad MFN obligation might practically ignore the sovereign freedom of States to conclude international obligations as they see fit.”⁵²⁷ “These risks are compounded if broad effect is given to MFN provisions on the basis of presumptions about the nature of such clauses, rather than on an assessment of the intended meaning of the particular MFN clause at issue.”⁵²⁸

nor upon the specific text of the MFN clause considered” sino más bien en un “fundamental difference in the burden of persuasion” y “tribunals finding in favor of MFN-based jurisdiction (the *Maffezini* line of cases) have tended to allow such jurisdiction unless persuaded that the contracting state parties to the BIT actively intended to exclude it. Tribunals reaching the opposite result (the *Plama* line of cases), by contrast, have tended to exclude MFN-based jurisdiction unless persuaded that the contracting state parties specifically intended to include it.”) (**RL-040**); ver también Comisión de Derecho Internacional, *Clausula de la Nación más Favorecida*, UN Doc. A/CN.4/L.719, 20 de julio de 2007, ¶ 29 (“La interpretación de los tratados no tiene lugar en el vacío. La manera como el intérprete aborda la cláusula NMF dependerá en parte de cómo considere la naturaleza de estas cláusulas.”). **RL-042**.

⁵²³ *Krederi Ltd. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/14/17, Extractos del Laudo, July 2, 2018, ¶ 289 (citando *Tza Yap Shum v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence, June 19, 2009, ¶ 193). **RL-043**.

⁵²⁴ Ver, por ejemplo, Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 30. Period de sesiones, UN Doc. A/33/10 (1978), 11(2). **RL-044**.

⁵²⁵ Simon Batifort & J. Benton Heath, *The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization*, 111 Am. J. Int’l L. 873 (2017), p. 886. **RL-040**.

⁵²⁶ *Id.*, p. 875.

⁵²⁷ *Id.*, p. 876.

⁵²⁸ *Id.*, p. 876.

410. Puesto de otra forma, las interpretaciones de las cláusulas de NMF que permiten a los inversionistas “seleccionar y elegir” pueden imposibilitar al inversionista “to construct a cause of action that might never have been in the contemplation of the contracting states” y que “[t]he obligations of the contracting states might therefore be defined by a patchwork of the most favorable provisions contained in a raft of treaties linked by MFN clauses-potentially undermining the calibrated result of inter-state negotiations”.⁵²⁹ Estas y otras consideraciones llevaron a un tratadista a concluir recientemente que “typical MFN clauses included within BITs cannot be used to import a provision that is not included in the base treaty in order to create a new obligation”.⁵³⁰

b. El artículo 1103 del TLCAN no permite la importación de disposiciones sustantivas de otros tratados, y mucho menos cláusulas generales

411. El artículo 31 (“Regla General de Interpretación”) de la Convención de Viena de 1969 establece que “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.” Y con respecto a las cláusulas NMF en particular, Dolzer y Schreuer manifiestan que: “[t]he rules of interpretation laid down in the VCLT will also apply to an MFN clause,” lo que significa que “the primary task is to identify the ordinary meaning of the clause in its context and in light of the object and purpose of the treaty”.⁵³¹ Como añadió recientemente un tribunal, “it is preferable

⁵²⁹ Sundaresh Menon, *The Transnational Protection of Private Rights: Issues, Challenges, and Possible Solutions*, 108 ASIL Proc. 219 (2015), pp. 232-33. **RL-045.**

⁵³⁰ Facundo Perez-Aznar, *The Use of Most-Favoured-Nation Clauses to Import Substantive Treaty Provisions in International Investment Agreements*, 20 J. Int’l Econ. L. 777 (2017), pp. 803, 781-82 (“The use of MFN provisions to import new treaty standards broadens the jurisdiction of a tribunal in a more radical way than in those cases where MFN clauses are used to broaden limited ISDS provisions (the *Maffezini v Argentina* approach). In the cases dealing with MFN and ISDS provisions, the substantive provision is already included in the base treaty but the arbitral tribunal does not have jurisdiction to establish whether there is a breach of that provision. In other words, in these cases states are obliged to comply with the standard but the arbitral tribunal has no jurisdiction to decide whether there has been a breach of it. This is something very common in international law. However, in cases dealing with MFN treatment and the importation of substantive standards the effect is twofold: the tribunal ‘imports’ the standard into the base treaty and it gives to itself the ‘jurisdiction’ to decide whether there is compliance or not with the imported provision.”). **RL-036.**

⁵³¹ Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford 2012), p. 208. **RL-030.**

to look at the precise MFN clause in order to determine its effect than to rely on general concepts of what the invocation of such clauses may achieve or may not achieve.”⁵³²

412. Además, ninguna interpretación de una cláusula NMF estaría completa sin una discusión del principio *ejusdem generis*. Se remonta a la *Ambatielos Case*,⁵³³ donde, “after analyzing the text, context, and purpose of the applicable provisions, in a manner that tracks the ordinary rules of treaty interpretation,”⁵³⁴ el tribunal estableció “[The MFN clause] can only attract matters belonging to the same category of subject as that to which the clause itself relates.”⁵³⁵

413. El principio fue subsecuentemente codificado en el artículo 9.1 del Proyecto de Artículos Sobre la Cláusula de la Nación Más Favorecida de 1978 de la Comisión de Derecho Internacional. La Comisión de Derecho Internacional (CDI), aunque se reserva el juicio sobre la importación de niveles de trato, ha proporcionado un enfoque granular a la interpretación de introducir disposiciones sustantivas,⁵³⁶ explicando que el propósito común de las partes juega el papel central en la interpretación de este concepto porque “parece basarse en la intención común de las partes, reside en que la cláusula sólo opera respecto de la materia a que se referían los dos Estados cuando insertaron la cláusula en su tratado,”⁵³⁷ y además que “[l]a comparación no se puede efectuar *in globo*, lo cual no tendría sentido, sino punto por punto, en detalle.”⁵³⁸ La CDI también enfatizó la importancia de que “este sistema se limite estrictamente a casos en que existe una gran identidad entre las materias objeto de las dos series de cláusulas en juego.”⁵³⁹

414. Más recientemente, McLachlan agregó:

Reference to general international law confirms that the establishment of the comparator requires: (a) identity of the subject matter between the rights protected by the clause and

⁵³² *Krederi Ltd. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/14/17, Excerpts of Award, July 2, 2018, ¶ 289 (citing *Tza Yap Shum v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence, June 19, 2009, ¶ 193). **RL-043.**

⁵³³ *Ambatielos Case (Greece v. U.K.)*, 12 Rep. Int'l Arb. Awards 83 (Mar. 6, 1956), p. 107. **RL-046.**

⁵³⁴ Simon Batifort & J. Benton Heath, *The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization*, 111 Am. J. Int'l L. 873 (2017), p. 885. **RL-040.**

⁵³⁵ *Ambatielos Case (Greece v. U.K.)*, 12 Rep. Int'l Arb. Awards 83 (Mar. 6, 1956), p. 107. **RL-046.**

⁵³⁶ Simon Batifort & J. Benton Heath, *The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization*, 111 Am. J. Int'l L. 873 (2017), p. 876. **RL-040.**

⁵³⁷ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Volumen II, Segunda parte (1978), p. 27. **RL-047.**

⁵³⁸ Comisión de Derecho Internacional, *Clausula de la Nación Mas Favorecida*, UN Doc. A/CN.4/L.127 (1968), pp. 164-65. **RL-048.**

⁵³⁹ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, Volumen II, Segunda parte (1978), p. 31. **RL-047.**

the rights compared; and (b) that the persons or things protected by the clause belong to the same category of persons or things to those with which the comparison is made and are in the same relationship with the relevant State. These two elements together form the *ejusdem generis* rule⁵⁴⁰

415. Como debería considerarse evidente, “[a]lthough this principle is often presented as a special rule governing the interpretation of MFN clauses, it is simply an elaboration of the general principle embodied in the Vienna Convention that one must look at the specific terms of a treaty provision to determine its scope and effect.”⁵⁴¹ En otras palabras, el principio *ejusdem generis* “does not in fact provide a rule. . . . What it says in effect is that the scope of the MFN clause is what the MFN clause says it is.”⁵⁴² Así, otorga mayor crédito a la exigencia de una interpretación cuidadosa y específica de cada tratado respecto de cláusulas de NMF.

416. El artículo 1103 del TLCAN establece:

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

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

417. En particular, el artículo 1103 exige un trato no menos favorable únicamente “en circunstancias similares.” El enfoque restrictivo del TLCAN a este respecto es inusual. McLachlan explica:

MFN clauses in investment treaties only rarely define all elements of the comparator expressly. . . . But only exceptionally does the clause itself establish a connection *ratione materiae*. NAFTA does so when requiring that the treatment be accorded “in like circumstances.” The inclusion of such express language helps define the comparator.⁵⁴³

⁵⁴⁰ Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶ 7.310. **RL-024.**

⁵⁴¹ Simon Batifort & J. Benton Heath, The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization, 111 Am. J. Int’l L. 873 (2017), p. 885. **RL-040.**

⁵⁴² Joshua P. Meltzer, *Investment, in* Bilateral and Regional Trade Agreements 215 (Simon Lester & Bryan Mercurio eds. 2009), p. 236. **RL-049.**

⁵⁴³ Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶ 7.310. **RL-024.**

418. De hecho, ninguno de los laudos citados por la Demandante se refería a una cláusula de NMF con alguna referencia o definición de lo que McLachlan refiere como “comparator.” El artículo 4 del TBI Argentina-Francia en litigio en el caso *EDF* establece en la parte relevante:

Cada Parte Contratante aplicará, en su territorio y en su zona marítima, a los inversores de la otra Parte, en aquello que concierne a sus inversiones y actividades ligadas a estas inversiones, un tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores, o el tratamiento acordado a los inversores de la Nación más favorecida si este último fuese más ventajoso.⁵⁴⁴

419. De igual forma, el artículo 4 del TBI Francia-Moldavia, materia de litigio en *Arif*, omite cualquier referencia a circunstancias similares:

Each Contracting Party shall extend, in its territory and in its maritime area, to nationals and companies of the other Contracting Party, regarding their investments and activities connected with these investments, treatment not less favourable than that granted to its nationals or companies, or treatment granted to the nationals and companies of the most favoured nation, if the latter is more favourable. . . .

420. Aunque son distinguibles por el simple comparador diferencial, la omisión de una discusión de cualquier comparador en los laudos mencionados anteriormente puede en sí misma ser errónea ya que dicho lenguaje calificativo es inherente a la prueba de NMF.⁵⁴⁵

421. En cualquier caso, una decisión reciente no mencionada por la Demandante, presumiblemente porque el Tribunal rechazó la introducción de una cláusula paraguas, dio efecto a una disposición de NMF de un TBI, similar al artículo 1103 del TLCAN, limitando su enfoque a “treatment accorded in similar situations.”⁵⁴⁶ El tribunal en *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan* estableció:

The Tribunal has carefully considered the meaning and effect of the MFN clause . . . , in light of the general rule of treaty interpretation in Article 31 of the Vienna Convention.

⁵⁴⁴ Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, París, 3 de julio de 1991, Artículo 4.

⁵⁴⁵ Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶ 7.311 (“Many treaties do not contain such qualifying language, yet the establishment of a qualifying class for purposes of comparison is inherent in the MFN test. As a recent UNCTAD Study put it, when such language is omitted ‘the Contracting Parties do not intend to dispense with the comparative context, as it would distort the entire sense and nature of the MFN treatment clause.’”). **RL-024.**

⁵⁴⁶ *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/24, Award, Mar. 8, 2016, ¶ 326 (“Article II(2) of the [Turkey-Turkmenistan] BIT, which forms part of a broader provision headed ‘Promotion and Protection of Investments,’ provides as follows: ‘Each Party shall accord to these investments [i.e., investments permitted into its territory pursuant to Article II(1)], once established, treatment no less favourable than that accorded in similar situations to investments of its investors or to investments of investors of any third country, whichever is the most favourable.’”). **RL-050.**

The ordinary meaning of the terms of the MFN clause, when read in their context and in light of the object and purpose of the Treaty, suggests that each State party to the Treaty agreed to treat investments made in its territory by investors of the other State party in a manner that is no less favorable than the treatment they accord in similar situations to investments by investors of any third State. Thus the legal effect of the MFN clause, properly interpreted, is to prohibit discriminatory treatment of investments of investors of a State party (the home State) in the territory of the other State (the host State) when compared with the treatment accorded by the host State to investments of investors of any third State. However, this obligation exists only insofar as the investments of the investors of the home State and those of the investors of the third State can be said to be in “a similar situation.” Conversely, the MFN treatment obligation does not exist if and when an investment of an investor of the home State is not in a “similar situation” to that of the investments of investors of third States; in such a situation, there is *de facto* no discrimination.

The terms “treatment accorded in similar situations” therefore suggest that the MFN treatment obligation requires a comparison of the factual situation of the investments of the investors of the home State and that of the investments of the investors of third States, for the purpose of determining whether the treatment accorded to investors of the home State can be said to be less favorable than that accorded to investments of the investors of any third State. It follows that, given the limitation of the scope of application of the MFN clause to “similar situations,” it cannot be read, in good faith, to refer to standards of investment protection included in other investment treaties between a State party and a third State. The standards of protection included in other investment treaties create legal rights for the investors concerned, which may be more favorable in the sense of being additional to the standards included in the basic treaty, but such differences between applicable legal standards cannot be said to amount to “treatment accorded in similar situations,” without effectively denying any meaning to the terms “similar situations.” Investors cannot be said to be in a “similar situation” merely because they have invested in a particular State; indeed, if the terms “in similar situations” were to be read to coincide with the territorial scope of application of the treaty, they would not be given any meaning and would effectively become redundant as there would be no difference between the clause “treatment no less favourable than that accorded in similar situations [...] to investments of investors of any third country” and “treatment no less favourable than that accorded [...] to investments of investors of any third country.” Such a reading would not be consistent with the generally accepted rules of treaty interpretation, including the principle of effectiveness, or *effet utile*, which requires that each term of a treaty provision should be given a meaning and effect.

The Tribunal concludes that the Claimant’s argument that it is entitled to import substantive standards of protection not included in the Treaty from other investment treaties concluded by Turkmenistan, and to rely on such standards of protection in the present arbitration, must be rejected. When including the terms “similar situations” in Article II(2) of the BIT, the State parties must be considered to have agreed to restrict the scope of the MFN clause so as to cover discriminatory treatment between investments of investors of one of the State parties and those of investors of third States, insofar as such investments may be said to be in a factually similar situation. Nor do Article II(4) or Article VI of the BIT create any such entitlement. The Claimant is therefore only entitled

to invoke those investment protection standards specifically included in the BIT. These standards include the entitlement to MFN treatment “in similar situations.”⁵⁴⁷

422. Así, el laudo en el caso *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan* establece categóricamente que: “a common formulation of the clause, by its very terms, does not permit the importation of standards of treatment.”⁵⁴⁸

423. La interpretación de la Demandada está respaldada además por el hecho de que el artículo 1103 se refiere al trato con respecto a “establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones”, y, por lo tanto, se limita a categorías específicas de actividades que no incluyen los tipos de reclamaciones que se pueden realizar en un procedimiento de solución de controversias.

424. Visto desde una perspectiva más amplia, ciertamente sería peculiar si, como resultado de la interpretación impulsada por la Demandante, tuviera obligaciones bajo la cláusula paraguas con inversionistas estadounidenses y canadienses mientras que esos países no tuvieran tal obligación con inversionistas mexicanos. La cláusula de NMF fue destinada a aplicarse cuando, por ejemplo, México tuviera una reserva más liberal para con otro país (*e.g.*, que permitiera que inversionistas europeos tuvieran la propiedad mayoritaria de compañías de una industria particular donde el TLCAN no hizo lo mismo por inversionistas en circunstancias similares de EE.UU. y Canadá). De otra manera, las obligaciones del tratado se volverían completamente desbalanceadas.

c. La jurisprudencia del TLCAN y práctica subsecuente no apoyan la importación de disposiciones sustantivas

425. Ningún tribunal del TLCAN a la fecha ha emitido un fallo respecto a la introducción de una cláusula paraguas en virtud del artículo 1103 del TLCAN. De hecho, cuando los demandantes han invocado el artículo 1103 para importar estándares sustantivos de trato de tratados entre un miembro del TLCAN y un tercer país, sus intentos siempre han sido rechazados.⁵⁴⁹ Mientras que a través de alegatos y presentaciones del Artículo 1128, las partes del TLCAN se han resistido

⁵⁴⁷ *İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/24, Award, Mar. 8, 2016, ¶ 328-329, 332. **RL-050.** De manera similar, el tribunal en *Teinver c. Argentina* luego rechazó un intento de importar una cláusula paraguas. *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/1, Laudo, 21 de julio de 2017, ¶¶ 866-96. **RL-051.**

⁵⁴⁸ Simon Batifort & J. Benton Heath, *The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization*, 111 Am. J. Int'l L. 873 (2017), p. 899. **RL-040.**

⁵⁴⁹ *Id.*, p. 900.

sistemáticamente al uso de la cláusula NMF para tomar prestados estándares de trato de tratados de terceros. Dichos alegatos y comunicaciones concordantes evidencian la “práctica subsecuente”, la cual debe tomarse en cuenta conforme a las reglas ordinarias de interpretación de los tratados.⁵⁵⁰

426. En el caso *Pope & Talbot c. Canada*, el tribunal sugirió – meramente en *dictum* – que era generalmente posible “introducir” una disposición sobre trato justo y equitativo de otro tratado.⁵⁵¹ Específicamente, “the Tribunal relied on the MFN clause . . . in order to underpin its argument that the FET standard of Article 1005 of the NAFTA could not be considered as providing less protection than other free-standing FET clauses.”⁵⁵² Esto, sin embargo, resultó en una interpretación vinculante para los miembros del TLCAN de la disposición sobre trato justo y equitativo, lo que eliminó la posibilidad de que el incumplimiento del trato justo y equitativo en otro tratado constituyera una violación del artículo 1105.⁵⁵³ Como resultado, tribunales posteriores del TLCAN han sido cuidadosos en no permitir importar disposiciones sobre trato justo y equitativo de otros tratados.

427. Por ejemplo, en *Methanex*, Estados Unidos, como demandada, había explicado al tribunal con respecto al artículo 1103:

1103 is not a choice-of-law clause. Instead, it provides that each NAFTA Party shall accord to investors and their investments of other NAFTA Parties “treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances” to investors or their investments of any other NAFTA Party or non-NAFTA Party “with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.” Thus, Methanex errs in relying on Article 1103 because it offers neither evidence nor argument to show that a foreign-owned investment allegedly in like circumstances was treated by the United States more favorably than it or its U.S. investments. . . . At bottom, Methanex urges this Tribunal to disregard the NAFTA Parties’ binding interpretation and, instead, by virtue of Article 1103, interpret Article 1105(1) in accordance with its own view of BIT language, which has never been accepted by any arbitral tribunal and is contrary to the United States’ contemporaneous statements

⁵⁵⁰ Ver, por ejemplo, *id.*, p. 882.

⁵⁵¹ *Pope & Talbot Inc v. Canada*, UNCITRAL, Award and Merits of Phase 2, April 10, 2001, ¶¶ 111, 117 (**RL-052**); *Pope & Talbot Inc v. Canada*, UNCITRAL, Award in Respect of Damages, May 31, 2002, ¶ 66 n.54 (**RL-053**).

⁵⁵² Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford 2012), pp. 209-10. **RL-030**.

⁵⁵³ Facundo Perez-Aznar, *The Use of Most-Favoured-Nation Clauses to Import Substantive Treaty Provisions in International Investment Agreements*, 20 J. Int’l Econ. L. 777 (2017), p. 784 (citando Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, NAFTA Free Trade Commission, July 31, 2001, http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp). **RL-036**.

regarding the BITs. Such a position is not consistent with the most-favored-nation treatment obligation of Article 1103.⁵⁵⁴

Canada apoyó esta posición, manifestando que “[n]othing in the language of NAFTA Chapter Eleven permits a Chapter Eleven tribunal to import into Article 1105 separate and distinct obligations found in other agreements.”⁵⁵⁵ El Tribunal no abordó la cuestión en su laudo.⁵⁵⁶

428. Posteriormente, el tribunal de *ADF c. Estados Unidos* rechazó la reclamación de NMF debido a la excepción de contratación del Artículo 1108.⁵⁵⁷ El tribunal observó además que la demandante no había documentado la existencia de un estándar TLCAN autónomo independiente del derecho internacional consuetudinario; que no había podido “demonstrate the ‘more favorable’ nature of . . . other treaties’ FET provisions”; y que no había podido mostrar una infracción de FET.⁵⁵⁸ Por lo tanto, el análisis del tribunal de la ADF refleja las reglas generales del derecho internacional sobre la importación de protecciones sustantivas de otros tratados a través de cláusulas de NMF.⁵⁵⁹

429. En *Chemtura v. Canada*, los tres estados del TLCAN objetaron el intento de la demandante de introducir cláusulas de trato justo y equitativo autónomas contenidas en el TBI de Canadá para complementar el nivel mínimo de trato establecido en el artículo 1105(1) del TLCAN.⁵⁶⁰ Canada

⁵⁵⁴ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Response of Respondent United States of America to Methanex’s Submission Concerning the NAFTA Free Trade Commission’s July 31, 2001 Interpretation, Oct. 26, 2011, pp. 9, 11. **RL-054.**

⁵⁵⁵ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Third-Party Submission of Canada Pursuant to NAFTA Article 1128, Feb. 8, 2002, ¶ 11. **RL-055.**

⁵⁵⁶ Simon Batifort & J. Benton Heath, The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization, 111 Am. J. Int’l L. 873 (2017), pp. 901-02. **RL-040.**

⁵⁵⁷ *ADF v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, Jan. 9, 2003, ¶ 197. **RL-010.**

⁵⁵⁸ *Id.*, ¶ 197; ver también *Chemtura v. Canada*, UNCITRAL, Award, August 2, 2010, ¶¶ 236-37; *Apotex v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award, Aug. 24, 2014, ¶¶ 17-18 (**RL-028**); *Mesa v. Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Award, Mar. 24, 2016, ¶¶ 401, 507. **RL-056.**

⁵⁵⁹ Facundo Perez-Aznar, “The Use of Most-Favoured-Nation Clauses to Import Substantive Treaty Provisions in International Investment Agreements,” 20 J. Int’l Econ. L. 777 (2017), p. 784. **RL-036.**

⁵⁶⁰ *Chemtura v. Canada*, UNCITRAL, Respondent’s Counter-Memorial, Oct. 20, 2008, ¶¶ 861-911 (**RL-057**); *Chemtura v. Canada*, UNCITRAL, Respondent’s Rejoinder, July 10, 2009, ¶¶ 234, 236, 238-41 (**RL-058**); ver también *Chemtura v. Canada*, UNCITRAL, Submission of the United States of America, July 31, 2009, ¶ 5 (**RL-059**); *Chemtura v. Canada*, UNCITRAL, Submission of Mexico Pursuant to Article 1128 of NAFTA, July 31, 2009, ¶¶ 2-5 (**RL-060**).

explicó que “[t]he general purpose of MFN provisions cannot serve to get around the specific terms of the MFN provision” acordado por las partes.⁵⁶¹

430. Canadá argumentó que el significado ordinario de “trato” como se entiende habitualmente, se refiere a “behaviour in respect of an entity or a person,” lo que significa que no se extendió a las normas sustantivas generales de los tratados.⁵⁶² Canada explicó además que “Chapter 11 applies to ‘measures adopted or maintained by a Party’ relating to investments or investors,” y que “Article 201 defines measure as including any ‘law, regulation, procedure, requirement or practice.’ Each of these items relates to action taken by a single NAFTA government in its domestic jurisdiction. By comparison, a treaty is an international instrument concluded by two or more States. A treaty does not fall within the definition of measure and is not treatment for the purposes of Chapter 11.”⁵⁶³

431. Canada también hizo una distinción entre “treatment” contenido en el texto del artículo 1103 y “standards of treatment”, lo cual “may potentially or theoretically result in a more favourable treatment of an investor from another Party or of a non-Party”⁵⁶⁴:

There must be evidence of actual, not merely hypothetical, more favourable treatment. This does not render the MFN provision meaningless as the Claimant suggests. The NAFTA MFN provision does not simply allow the investor to choose the language it prefers from Canada’s various investment agreements. The Claimant’s MFN case relies on a purely theoretical argument that there exists a different more favourable standard in Canada’s post-NAFTA investment agreements that would apply in like circumstances to certain other foreign investors. In reality, no national from a third country received better treatment.⁵⁶⁵

432. Adicionalmente, Canadá argumentó que la Demandante había fallado en identificar a un inversionista “in like circumstances,” y además resaltó que la referencia en el artículo 1103 a administración, adquisición, venta, y otras actividades específicas, volvieron a la cláusula más estricta que las disposiciones abordadas en *MTD* y otras resoluciones arbitrales.⁵⁶⁶ Ambos, los

⁵⁶¹ *Chemtura v. Canada*, UNCITRAL, Respondent’s Rejoinder, July 10, 2009, ¶ 232. **RL-058.**

⁵⁶² *Chemtura v. Canada*, UNCITRAL, Respondent’s Counter-Memorial, Oct. 20, 2008, ¶¶ 875-76. **RL-057.**

⁵⁶³ *Id.*, ¶¶ 875-82.

⁵⁶⁴ *Chemtura v. Canada*, UNCITRAL, Respondent’s Rejoinder, July 10, 2009, ¶ 238. **RL-058.**

⁵⁶⁵ *Id.*, ¶¶ 239-40.

⁵⁶⁶ *Chemtura v. Canada*, UNCITRAL, Respondent’s Counter-Memorial, Oct. 20, 2008, ¶¶ 861, 867, 887, 906 (**RL-057**); *Chemtura v. Canada*, UNCITRAL, Respondent’s Rejoinder, July 10, 2009, ¶¶ 234, 236, 238. **RL-058.**

Estados Unidos de América y México, presentaron comunicaciones como partes no contendientes en *Chemtura*.⁵⁶⁷ Como resultado, el Tribunal, declinando pronunciarse respecto al tema, señaló no obstante, que el TLCAN establece que se “opone firmemente (firmly oppose)” dicho uso de NMF.⁵⁶⁸

433. Después de *Chemtura*, los puntos de vista de las Partes del TLCAN se reflejaron en *Bilcon c. Canada*,⁵⁶⁹ *Apotex c. United States*,⁵⁷⁰ y *Mesa Power c. Canada*.⁵⁷¹

434. En *Mesa Power*, México manifestó con respecto al “trato”:

Article 1103 applies to actual instances of treatment accorded to one or more investors of a third State, or their investments, which is more favorable than the treatment accorded, in like circumstances, to the claimant or its investment. The fact that another treaty theoretically offers different treatment is insufficient to establish a violation of Article 1103.⁵⁷²

435. Canada, en el mismo caso, manifestó que:

Article 1103 is not a tool through which an investor can choose the language it prefers from Canada’s various investment agreements. To prove a breach of Article 1103, the Claimant has the burden of providing evidence of actual-not hypothetical-treatment of an investor of a third party to the dispute. Otherwise, it would be impossible for the Tribunal to answer the necessary factual questions, such as whether the treatment was in fact “more favourable” and whether it was accorded in “like circumstances.”⁵⁷³

436. De lo señalado previamente, es evidente que la Demandante no cumplió con su carga de demostrar que la cláusula de NMF, en el marco específico del TLCAN, puede ser utilizada para importar nuevas obligaciones sustantivas que las Partes no suscribieron. Además, el texto mismo

⁵⁶⁷ *Chemtura v. Canada*, UNCITRAL, Submission of the United States of America, July 31, 2009, ¶ 5 (**RL-059**); *Chemtura v. Canada*, UNCITRAL, Submission of Mexico Pursuant to Article 1128 of NAFTA, July 31, 2009, ¶¶ 2-5(**RL-060**).

⁵⁶⁸ *Chemtura v. Canada*, UNCITRAL, Award, August 2, 2010, ¶¶ 235-36 (“The Respondent as well as the United States and Mexico in their Article 1128 interventions firmly oppose the possibility of importing a FET clause from a BIT concluded by Canada.”). **RL-057**.

⁵⁶⁹ *Bilcon v. Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-04, Respondent’s Counter-Memorial, Dec. 9, 2011, ¶ 312 (“All three NAFTA Parties have consistently rejected this proposition . . .”). **RL-061**.

⁵⁷⁰ *Apotex v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Counter-Memorial on Merits and Objections to Jurisdiction of Respondent United States of America, Dec. 14, 2012, ¶ 389. **RL-062**.

⁵⁷¹ *Mesa v. Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Canada’s Rejoinder on the Merits, July 2, 2014, ¶¶ 42, 152 (**RL-063**); *Mesa v. Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Submission of Mexico Pursuant to NAFTA Article 1128, July 25, 2014, ¶ 13 (**RL-064**).

⁵⁷² *Mesa v. Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Submission of Mexico Pursuant to NAFTA Article 1128, July 25, 2014, ¶ 13. **RL-064**.

⁵⁷³ *Mesa v. Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-17, Canada’s Rejoinder on the Merits, July 2, 2014, ¶ 42. **RL-063**.

del TLCAN no permite la importación de disposiciones sustantivas de otros tratados, y mucho menos cláusulas generales, lo cual es acorde con la voluntad de las Partes y la práctica derivada de los tribunales establecidos conforme al TLCAN –que no han suscrito esa teoría–.

437. La reclamación presentada por la Demandante carece de méritos y responde básicamente a su necesidad y urgencia de lograr que documentos que no son jurídicamente vinculante, *i.e.*, los supuestos Acuerdos de 2014, se equiparen a una medida del Estado que deba ser analizada conforme al TLCAN. Por ello, y dado que el umbral y estándar que establece el TLCAN no da lugar a una violación, la Demandante intenta desesperadamente importar disposiciones sustantivas y generales de otros acuerdos de inversion, *i.e.*, la cláusula paraguas y el estándar de TJE autónomo. Sin embargo, el artículo 1103 del TLCAN no permite una lectura en ese sentido.

438. Por todas las razones antes descritas, la Demandante no ha logrado establecer una violación al TLCAN.

IV. DAÑOS

439. Los siguientes alegatos se presentan sin perjuicio a los argumentos legales de la Demandada. Nada en esta sección deberá ser interpretado como una admisión de responsabilidad o como una renuncia a alguna de las defensas sobre el fondo. Asimismo, se presentan sin perjuicio que la Demandada modifique su defensa a la reclamación de daños conforme se desarrollen y aclaren los hechos relevantes en el transcurso de este arbitraje.

440. La Demandante ha presentado una reclamación por violación al artículo 1105 (Nivel Mínimo de Trato) y solicita una indemnización por daños, excluyendo el ajuste por impuestos e intereses previos a la adjudicación, por un monto superior a [REDACTED] por pérdidas relacionadas o derivadas de esa violación. Las pérdidas se han atribuido a la “Red CALICA” (en inglés, “CALICA Network”) una entidad descriptiva que se concibió para el presente arbitraje.⁵⁷⁴ La Demandante clasifica su reclamación en tres categorías de daños o “Violaciones” (según el término utilizado por su perito en daños):

- [REDACTED]
[REDACTED]

⁵⁷⁴ Memorial, ¶¶ 247 y 255-345.

- [REDACTED]
[REDACTED]
- [REDACTED]
[REDACTED]

441. La reclamación de daños de la Demandante está fundamentalmente viciada tanto en relación con los argumentos jurídicos presentados en el Memorial de la Demandante, como por la cuantificación de los daños conforme al informe pericial de la Demandante, preparado por Darrell Chodorow del Grupo Brattle (Informe Brattle, en inglés “Brattle Report”).⁵⁷⁵ Aún si se hubiera establecido la base legal de los supuestos daños (no se ha establecido), y se permitiera el resarcimiento de daños incurridos por inversiones no cubiertas por el Tratado, el monto de los daños es sumamente exagerado. El informe pericial de la Demandada preparado por Timothy Hart y Rebecca Vélez de Credibility International (“Credibility” e Informe de Credibility, respectivamente) identifica errores importantes en la cuantificación de los daños de la Demandante en el Informe Brattle.⁵⁷⁶ Tras corregir estos errores, Credibility concluye que el monto máximo de daños que se pueden atribuir a la única inversión de la Demandante protegida por el Capítulo 11 del TLCAN, CALICA, asciende a [REDACTED] (antes de los intereses pre-laudo). Esta cantidad está apoyada en las pruebas que obran en el expediente.

A. Carga y estándar de prueba

442. La Demandante tiene la carga de la prueba con respecto a los hechos y la cuantía de los daños, así como a la relación causal entre los actos ilícitos que determine el Tribunal y los daños.⁵⁷⁷ La Demandante no ha adoptado una posición sobre el estándar de prueba aplicable (“standard of proof”). La Demandada se reserva el derecho de tomar una posición sobre la carga de la prueba cuando la Demandante aclare su postura.

443. La cadena de hechos necesaria para probar los daños y establecer la relación de causalidad necesaria comienza por demostrar la existencia de una inversión protegida. Esa inversión debe entonces vincularse a la(s) medida(s) que se ha(n) determinado como violatoria(s) a las obligaciones del tratado. Por último, la(s) violación(es) del tratado debe(n) estar fáctica y

⁵⁷⁵ Memorial, Sección VI. (Compensación); Informe Brattle, 18 de mayo de 2020.

⁵⁷⁶ RE-002, secciones 5, 6 y 10.

⁵⁷⁷ Sergey Ripinsky y Kevin Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, p. 162 [a continuación “Ripinsky & Williams”]. **RL-065**. Ver también *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, November 13, 2000, ¶ 316. **RL-026**.

jurídicamente vinculada(s) a daños probados incurridos por esa inversión. Cualquier defecto en relación con la demostración de alguna parte de esta cadena, de conformidad con el estándar de prueba aplicable, es fatal para la reclamación de daños. Como se explica a continuación, la Demandante no ha probado los daños que alega y no ha aportado los hechos que son necesarios para establecer el vínculo causal entre las supuestas violaciones y una inversión protegida. Por estas razones, su reclamación de daños es legal y fácticamente defectuosa. Estos defectos abarcan la cuantificación de los daños reclamados en el Informe Brattle.

444. Entre otras cosas, la Demandante:

1. Incluye, en su reclamación de daños, inversiones que no están protegidas por el Capítulo 11 del TLCAN y sobre las que este Tribunal no tiene jurisdicción.
2. Erróneamente combina las reclamaciones de daños presentadas al amparo de los artículos 1116(1) y 1117(1) del TLCAN y, por lo tanto, no logra demostrar sus daños bajo ninguna de esas dos disposiciones.
3. Omite por completo elementos esenciales de hecho y de derecho.
4. Se basa en supuestos no probados.
5. Se basa en documentos preparados para este arbitraje o en meras afirmaciones, en lugar de "evidencia positiva" ("*positive evidence*"⁵⁷⁸), incluyendo documentos corporativos contemporáneos.
6. Se basa en información *ex post* para respaldar un análisis *ex ante*, siendo que dicha información no habría estado disponible a comprador potencial, razonablemente informado, en la fecha de valuación para determinar el valor justo de mercado de las supuestas inversiones en cualquiera de los dos escenarios de valoración (es decir, el observado ("actual") y alterno ("but-for")).
7. Ignora evidencia contradictoria de fuentes objetivas, incluyendo declaraciones hechas ante la *Securities and Exchange Commission*, informes de analistas de inversión independientes, y registros financieros y directrices de precios de transferencia aprobados por la empresa matriz. Por lo tanto, aún en caso de que este Tribunal permitiera la inclusión de daños sufridos por inversiones no cubiertas por el Tratado, la Demandante no ha

⁵⁷⁸ "Evidencia positivas" ("*positive evidence*") es evidencia que es relevante para la cuestión a decidir, que es creíble y que tenga el carácter de ser afirmativa, objetiva y verificable. Ver: *Appellate Body Report, United States – Anti Dumping Measures on Certain Hot Rolled Steel Products from Japan*, WT/DS184/AB/R, adoptado el 23 de Agosto de 2001, DSR 2001:X, 4697, ¶ 192. **RL-066**; *Appellate Body Report, Mexico – Definitive Anti-Dumping Measures on Beef and Rice, Complaint with Respect to Rice*, WT/DS295/AB/R, adoptado el 20 de diciembre de 2005, DSR 2005: XXII, 10853, ¶ 165. **RL-067**.

demostrado la existencia de daños a la “Red CALICA”, más allá de los que presuntamente sufrió CALICA misma.

8. Se basa en cálculos y metodologías que omiten parámetros relevantes y son, por lo tanto, erróneos.

445. Como se explicará más adelante, por estas razones la Demandante no ha cumplido con la carga de la prueba en relación con sus reclamaciones de daños.

B. Estándar de compensación

446. La Demandada está de acuerdo que el estándar de compensación aplicable bajo el TLCAN por violaciones distintas a la expropiación es el de reparación plena, y que el caso *Chorzow Factory* correctamente articula ese estándar: “reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed”.⁵⁷⁹

447. Sin embargo, la indemnización monetaria con arreglo al estándar de reparación plena se limita a la *pérdida legalmente relevante* para evitar la responsabilidad ilimitada y un resultado inequitativo. Esta pérdida legalmente relevante se define, a su vez, por los principios de causalidad y certeza razonable del daño. Como lo señala Ripinsky y Williams:

These two elements [i.e., causal link and reasonable certainty] set the most basic boundaries of legally relevant loss. Given that the factual chain of causation can potentially unfold and generate negative consequences virtually endlessly, the law has developed tools to limit the potential indeterminate liability. These tools turn upon such notions as directness, proximity and foreseeability of loss. [...] Equally, international authorities have established that damages must be sufficiently certain and non-speculative.⁵⁸⁰

448. Los apartados que siguen explicarán con más detalle estos dos principios fundamentales para la determinación de daños.

1. Causalidad

449. En la medida en que la Demandante pueda probar que ha sufrido un daño, la cuestión de la causalidad es fundamental para la determinación de daños, y la carga de la prueba en relación con

⁵⁷⁹ CL-0080, p. 47.

⁵⁸⁰ Ripinsky & Williams, p. 115. **RL-065.**

el vínculo causal entre el acto ilícito y los daños sufridos recae en la Demandante.⁵⁸¹ Como principio general del derecho, el concepto de causalidad excluye la indemnización por daños que *no* hayan sido *causados* por el acto alegado, sea este lícito o ilícito.⁵⁸² Por lo tanto, la Demandada, solo está obligada a reparar el perjuicio causado por los actos que el Tribunal haya determinado como incompatibles con el TLCAN con respecto a la inversión protegida.⁵⁸³

450. De conformidad con el derecho de responsabilidad del Estado, la causalidad sirve como un puente entre las distintas cuestiones relacionadas con la una violación (o “responsabilidad” por un acto ilícito) y los daños (o “quantum”).⁵⁸⁴ Por lo tanto, “[o]nce a wrongful act is established, the tribunal’s task would be to sort out which, if any, of these injuries are traceable to the treaty breach, [rather than to the actions of third parties, to other lawful actions of the respondent State, or to the actions of the claimant itself].”⁵⁸⁵

451. La causalidad tiene dos variantes: la causalidad fáctica y la causalidad legal. Tanto la causalidad fáctica como la legal son relevantes para determinar la existencia de la relación causal requerida, pero la causalidad fáctica por sí misma es insuficiente.⁵⁸⁶ La causalidad fáctica se refiere a si la conducta ilícita jugó un papel en la generación del daño o perjuicio. La existencia de la causalidad fáctica se determina mediante lo que comúnmente se conoce como prueba “but-for”: ¿se habría producido el daño de no ser por el comportamiento ilícito?

452. Conforme a la prueba causalidad legal, la pregunta es si la conducta ilícita es una causa suficiente, próxima, adecuada, previsible o directa del daño o la lesión. Este elemento de la prueba define el daño jurídicamente relevante, lo cual es importante porque deriva de la necesidad de evitar la responsabilidad ilimitada de la parte demandada, a fin de alcanzar un resultado que sea equitativo y aceptable. Sin esta limitación, la cadena de causalidad fáctica puede seguir desarrollándose y generar pérdidas prácticamente sin límites.

⁵⁸¹ *Id.*, p. 135. **RL-065.**

⁵⁸² Borzu-Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration*, p. 170. **RL-068.**

⁵⁸³ Ripinsky & Williams, p. 135. “A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make reparation only for the injury *caused* by that act”. (énfasis en el original), **RL-065.**

⁵⁸⁴ Patrick W. Pearsall & J. Benton Heath, “*Causation and Injury in Investor-State Arbitration*”, in Christina L. Beharry eds. *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, (Brill Nijhoff, 2018), p. 87. **RL-069.**

⁵⁸⁵ *Id.*, p. 90.

⁵⁸⁶ Ripinsky & Williams, p. 135. **RL-065.**

453. En palabras del tribunal de *Methanex*:

In a legal instrument such as NAFTA, Methanex's interpretation would produce a surprising, if not an absurd, result. The possible consequences of human conduct are infinite, especially when comprising acts of governmental agencies; but common sense does not require that line to run unbroken towards an endless horizon. In a traditional legal context, somewhere the line is broken; and whether as a matter of logic, social policy or other value judgment, a limit is necessarily imposed restricting the consequences for which that conduct is to be held accountable. For example, in the law of tort, there must be a reasonable connection between the defendant, the complainant, the defendant's conduct and the harm suffered by the complainant; and limits are imposed by legal rules on duty, causation and remoteness of damage well-known in the laws of both the United States and Canada. Likewise, in the law of contract, the contract-breaker is not generally liable for all the consequences of its breach even towards the innocent party, still less to persons not privy to that contract. It is of course possible, by contract or statute, to enlarge towards infinity the legal consequences of human conduct; but against this traditional legal background, it would require clear and explicit language to achieve this result.⁵⁸⁷

[Énfasis añadido]

454. La Demandante no ha cumplido con la carga de probar la causalidad. No ha probado haber sufrido un daño real. Todas sus reclamaciones se relacionan con presuntos flujos de ingresos futuros y se basan, *inter alia*, en supuestos no probados en el sentido de que las medidas reclamadas son permanentes y que la Demandante habría disfrutado una mejor situación financiera, en los montos que reclama, de no haber sido por los presuntos actos ilícitos.

2. Certeza razonable

455. Es un principio bien establecido que no es necesario determinar los daños con absoluta certeza, sin embargo, también está bien establecido que los daños deben ser razonables y se debe evitar la especulación. Los tribunales internacionales han sostenido consistentemente que las reclamaciones que son demasiado inciertas, especulativas o que no han sido probadas no cumplen con el estándar y deben ser rechazadas, incluso en caso de que se demuestre la responsabilidad del Estado. Por ejemplo:

- En *Amoco c. Irán* el Tribunal correctamente observó que “[o]ne of the best settled rules of the law of international responsibility of States is that no reparation for speculative or uncertain damage can be awarded. This holds true for the existence of the damage and of its effect as well.”⁵⁸⁸

⁵⁸⁷ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, “Partial Award (Preliminary Award on Jurisdiction and Admissibility”, August 7, 2002, ¶ 138. **RL-070**.

⁵⁸⁸ *Amoco v. Iran*, 15 Iran-U.S. C.T.R. 189, Partial Award No. 310-56-3, 14 July 1987, (Concurring Opinion of Judge Brower), ¶ 238. **RL-071**.

- En *Gemplus/Talsud c. México*, el tribunal concluyó que “[u]nder international law and the BITs, the Claimants bear the overall burden of proving the loss founding their claims for compensation. If that loss is found to be too uncertain or speculative or otherwise unproven, the Tribunal must reject these claims, even if liability is established against the Respondent.”⁵⁸⁹
- En *BG Group c. Argentina*, el tribunal determinó que “damages that are ‘too indirect, remote, and uncertain to be appraised’ are to be excluded”, y observó además que “an award for damages which are speculative would equally run afoul of ‘full reparation’ under the ILC Draft Articles.”⁵⁹⁰
- En *Asian Agricultural Products c. Sri Lanka* el tribunal observó que “according to a well established rule of international law, the assessment of prospective profits requires proof that: ‘they were reasonably anticipated; and that the profits anticipated were probable and not merely possible’”.⁵⁹¹
- En *S.D. Myers c. Canadá*, el tribunal determinó que “[t]he quantification of loss of future profits claims can present special challenges. On the one hand, a claimant who has succeeded on liability must establish the quantum of his claims to the relevant standard of proof; and, to be awarded, the sums in question must be neither speculative nor too remote. [...]”⁵⁹²

456. Lo anterior es particularmente relevante en este caso, *inter alia*, en vista de las presunciones de la Demandante sobre la permanencia de los presuntos actos ilícitos.

C. Problemas con la reclamación de daños de la Demandante en su conjunto

1. La “Red CALICA” no es una inversión protegida

457. La “Red CALICA” no es una entidad jurídica ni es una “inversión” conforme a lo establecido en el Capítulo 11 del TLCAN. Es un término descriptivo creado por la Demandante para este arbitraje para describir las siguientes entidades que se encuentran en tres países/jurisdicciones fiscales diferentes (México, las Bahamas y los Estados Unidos):⁵⁹³

⁵⁸⁹ *Gemplus, S.A., SLP, S.A. y Gemplus Industrial, S.A. de C.V. c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo, 16 de junio de 2010, Parte XII, ¶ 56. **RL-072.**

⁵⁹⁰ *BG Group Plc. v. Republic of Argentina*, UNCITRAL, Final Award, 24 de diciembre de 2007, ¶ 428. **RL-073.**

⁵⁹¹ *Asian Agricultural Products LTD (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, 27 June 1990, ¶ 104. **RL-074.**

⁵⁹² *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Second Partial Award, 21 October 2002, ¶ 173. **RL-075.**

⁵⁹³ Informe Brattle, ¶ 143.

1. Las canteras de agregados localizadas en México en los predios de La Rosita, El Corchalito, y La Adelita; una planta de procesamiento; y puerto adjunto, propiedad de y operada por Calizas Industriales del Carmen, S.A. de C.V. (“CALICA”);
2. El negocio naviero, que comprende tres buques de tamaño Panamax, que pertenecen y son operados por Vulica Shipping Company Ltd, una empresa de las Bahamas (“Vulica Shipping”); y
3. Los 14 patios estadounidenses de distribución y venta localizados a lo largo de la Costa estadounidense del Golfo (referidos genéricamente en inglés como “*US Sales Yards*”) sin que se identifiquen las entidad(es) legales a las que pertenecen y las operaciones de venta y comercialización realizadas por Vulcan Construction Materials, LLC.⁵⁹⁴

458. Sólo CALICA puede ser reclamada como una "inversión" protegida bajo el Capítulo 11 del TLCAN.⁵⁹⁵ Las otras entidades no son legalmente parte de CALICA,⁵⁹⁶ no están en México, *prima facie* no son "inversión(es)" protegida(s) conforme al Capítulo 11 del TLCAN, no caen dentro de la jurisdicción de este Tribunal y, por lo tanto, no pueden dar lugar a reclamaciones por daños.⁵⁹⁷ Puesto que las reclamaciones de daños de la Demandante por las supuestas Violaciones #1, #2 y #3 se relacionan con estas entidades conjuntamente, sin distinción entre ellas, la reclamación de daños está fundamentalmente viciada y debe ser rechazada.⁵⁹⁸ Toda reclamación por daños debe limitarse a los daños sufridos por la única inversión protegida por el TLCAN en México. Esa inversión es CALICA.

459. También cabe señalar que las medidas que dan lugar a lo que los expertos de daños de la Demandante han denominado "Violación 1" y "Violación 2" se refieren únicamente a CALICA – es decir, la inversión de la Demandante. No se relacionan con Legacy Vulcan como inversionista. Esto es relevante porque el artículo 1101(1)(b) establece un requisito de territorialidad para las reclamaciones relacionadas con medidas relativas a “inversiones de inversionistas de otra Parte”:

Artículo 1101: Ámbito de aplicación

1. Este capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:

⁵⁹⁴ Memorial, ¶ 24; Informe Brattle, ¶ 45.

⁵⁹⁵ Memorial, ¶¶ 4 y 20.

⁵⁹⁶ “Certification of Ownership Structure of Calizas Industriales del Carmen, S.A. de C.V. and Related Mexican Subsidiaries”. C-0005.

⁵⁹⁷ La Demandante no proporciona pruebas de la propiedad y la situación jurídica de Vulica Shipping, los “US Sales Yards” y Vulcan Construction Materials, LLC.

⁵⁹⁸ La Demandante no proporciona información financiera separada para cada una de las entidades.

- (a) los inversionistas de otra Parte;
- (b) las inversiones de inversionistas de otra Parte realizadas en territorio de la Parte; y
- (c) en lo relativo al Artículo 1106 y 1114, todas las inversiones en el territorio de la Parte.

[....]

460. El hecho de que las medidas relacionadas con la Violación 1 y la Violación 2 son “relativas a [...] inversiones de inversionistas de otra Parte” y, por lo tanto, están sujetas a la restricción de territorialidad del artículo 1101(b), se confirma además por el hecho de que la reclamación de la Demandante es por violación al artículo 1105(1) (Nivel Mínimo de Trato), una obligación con respecto a la *inversión*, no con el inversionista:

Artículo 1105: Nivel mínimo de trato

1. 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.

461. De la disposición citada arriba es claro que para presentar una reclamación por violación al artículo 1105, una parte demandante tiene que identificar una medida o grupo de medidas que violen la obligación de la Parte anfitriona de otorgar el Nivel Mínimo de Trato *a su inversión*. Las medidas relacionadas con el inversionista no pueden dar lugar a una reclamación conforme al artículo 1105.

462. La medida detrás de la "Violación 3" —es decir, las tarifas portuarias cobradas a Vulica— queda fuera del alcance y la cobertura del Capítulo 11, ya que se refiere a Vulica que, como empresa de las Bahamas, no es ni “inversionista de una Parte” ni una “inversión de un inversionista de una Parte”, conforme a la definición de esos términos en el artículo 1139. Además, la medida no puede formar la base de una reclamación en el marco del TLCAN porque esas tarifas se consideran una medida tributaria y, como tal, está excluida de la cobertura del Tratado conforme al artículo 2103 (*ver supra*, Sección III.A.3)

463. En efecto, la Violación 3 se refiere al cobro de ciertas tarifas portuarias ("Derechos") que se consideran impuestos conforme a la legislación mexicana. Por lo tanto, cualquier medida relacionada con esas tarifas entraría en la categoría de "medidas tributarias" y, como tal, quedaría excluida de la cobertura del TLCAN:

Artículo 2103. Tributación

1. Salvo lo dispuesto en este artículo, ninguna disposición de este Tratado se aplicará a medidas tributarias.

[...] [Énfasis añadido]

464. Asimismo, dado que la reclamación presentada por las Demandantes es por violación al artículo 1105, la medida tributaria relacionada con las tarifas portuarias no entraría en la excepción del artículo 2103(6).

2. La Demandante erróneamente ha combinado las reclamaciones por daños presentadas bajo los artículos 1116 (1) y 1117 (1) del TLCAN y no ha logrado probar su caso bajo ninguno de ellos

465. La Demandante ha presentado reclamaciones como “inversionista de una Parte” por cuenta propia (*i.e.*, a nombre de Legacy Vulcan, LLC) bajo el artículo 1116(1) del TLCAN y “en representación de una empresa de otra Parte”, CALICA, bajo el artículo 1117(1) del TLCAN.⁵⁹⁹ La Demandante erróneamente combina estas dos reclamaciones y, al hacerlo, no logra probar ninguna de ellas. Estos errores se aplican igualmente a las supuestas Violaciones #1, #2 y #3.

a. Las reclamaciones presentadas bajo el artículo 1116

466. Conforme al artículo 1116(1) del TLCAN, un inversionista que presenta una reclamación por cuenta propia debe demostrar que “ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella”.⁶⁰⁰ Como la reclamación sometida a arbitraje es por violación al artículo 1105 y, como se explicó en la sección anterior, esa obligación se le debe a la inversión, la Demandante sólo puede presentar una reclamación al amparo del artículo 1116(1) si logra demostrar que *ella* –*i.e.*, no su inversión– sufrió pérdidas o daños indirectos como consecuencia de su participación en la inversión protegida que fue afectada por la supuesta violación al artículo 1105. Esos daños, si se prueban, se pagan a la Demandante y no son (necesariamente) equivalentes a los daños sufridos por la propia inversión.

467. La Demandante ha presentado pruebas sobre la propiedad indirecta de CALICA por medio de tres empresas intermediarias—Vulcan International, B.V. (Países Bajos), VGCM, B.V. (Países Bajos) y Vulcan Gulf Coast Materials, LLC (EE.UU.).⁶⁰¹ La Demandante no ha establecido cuáles

⁵⁹⁹ Memorial, ¶ 20.

⁶⁰⁰ Ver última frase en el artículo 1116(1).

⁶⁰¹ C-0005.

de los supuestos daños sufridos por CALICA como resultado de las supuestas violaciones del Tratado, en caso de existir, fluyeron a través de las tres empresas intermediarias a la Demandante como resultado de su "interés en" la inversión protegida. De hecho, como se discutirá más adelante, los documentos contemporáneos de la empresa matriz de la Demandante (*e.g.*, los informes anuales) no registran una pérdida de valor de sus activos (CALICA) o un impacto por la presunta pérdida de [REDACTED] que Legacy Vulcan reclama en este arbitraje. Si esta pérdida fuera real, sería razonable suponer que quedaría registrada como una pérdida de valor de sus activos.

468. Por consiguiente, la Demandada sostiene que la Demandante no ha demostrado, *prima facie*, su reclamación de daños bajo el artículo 1116(1) del TLCAN. Esto es un defecto irremediable de su reclamación de daños porque el derecho que tiene un inversionista de someter una reclamación a arbitraje por cuenta propia está condicionada a que *el inversionista* haya incurrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella.

469. La reclamación de daños también es irremediamente defectuosa porque sus petitorios ("Request for Relief") se limitan a "damages to the Claimant" y porque está solicitando que los daños "be paid to the Claimant... in accordance with NAFTA"; ambas peticiones se relacionan únicamente con su reclamación bajo artículo 1116(1) del TLCAN.⁶⁰²

b. Reclamaciones presentadas bajo el artículo 1117

470. Conforme al artículo 1117 (1) del TLCAN, la Demandante puede presentar una reclamación a nombre de una "empresa de otra Parte" que sea "propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto", por daños que estén causalmente relacionados con la violación del Tratado. Estos daños, en caso de demostrarse, son pagaderos a la inversión (es decir, CALICA), no al inversionista.⁶⁰³

471. El principal problema con respecto a la reclamación presentada a nombre de la "Red CALICA" bajo el artículo 1117(1) es que sólo puede ser presentada en nombre de "una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control

⁶⁰² Memorial, ¶ 347 c. y d.

⁶⁰³ Artículo 1135(2) establece: "2. De conformidad con en el párrafo 1, cuando la reclamación se haga con base en el Artículo 1117(1): (a) el laudo que prevea la restitución de la propiedad, *dispondrá que la restitución se otorgue a la empresa*". El énfasis añadido por la Demandada.

directo o indirecto”. Esta es una condición *sine qua non* que no se ha cumplido en este caso porque, como se explicó en la sección de argumentos legales, la “Red CALICA” no es una “empresa de otra Parte” conforme a lo dispuesto en el TLCAN. (*ver supra*, Sección III.A.3).

472. El artículo 201 define el término “empresa” como “*cualquier entidad constituida u organizada conforme al derecho aplicable*, tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o gubernamental, incluidas cualesquiera sociedades, fideicomisos, asociaciones (“partnerships”), empresas de propietario único, coinversiones u otras asociaciones”. A su vez, el término “empresa de una Parte” está definido en el artículo 1139 como “*una empresa constituida u organizada de conformidad con la ley de una Parte*; y una sucursal ubicada en territorio de una Parte y que desempeñe actividades comerciales en el mismo”.

473. Para que la Red CALICA pueda considerarse una “empresa de otra Parte” tendría que ser una “entidad constituida u organizada conforme al derecho aplicable”, y no lo es. Como se mencionó anteriormente, la Red CALICA es un concepto ficticio utilizado por la Demandante para inflar injustificadamente la reclamación de daños, la cual abarca un número indeterminado de empresas o entidades jurídicas ubicadas en tres jurisdicciones distintas. Sólo por esa razón, la Demandante no puede presentar una demanda de arbitraje a nombre de la “Red CALICA”. Sólo puede hacerlo a nombre de CALICA, la inversión mexicana.

474. Por su propia naturaleza, las reclamaciones presentadas conforme al artículo 1117 (1) se limitan a los daños sufridos por “una empresa de otra Parte”. Esto se desprende claramente de la última frase del artículo 1117(1) que incorpora, como condición para la presentación de una reclamación en nombre de una empresa, “que la *empresa* ha[ya] sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella.”. [Énfasis añadido.] La inclusión de los daños relacionados con otras entidades, que no son legalmente parte de CALICA y no son inversiones protegidas, no pueden presentarse al amparo del TLCAN.

475. Por último, la reclamación de daños de la Demandante bajo el artículo 1117(1) del TLCAN está incompleta porque el Petitorio no hace referencia a los daños sufridos por “la inversión” que deben ser “pagados a la inversión”. Las deficiencias antes mencionadas son fatídicas para la reclamación de daños de la Demandante bajo el artículo 1117(1) del TLCAN.

3. Deficiencias probatorias

a. El Informe Brattle no se basa en documentos corporativos contemporáneos y cuando se apoya en otros documentos no los compara con los registros contables

476. En lugar de basarse en evidencia positivas, como documentos corporativos contemporáneos, los cálculos del Informe Brattle están basados en hojas de cálculo creadas por autores desconocidos, utilizando cifras no corroboradas, que fueron preparadas para este arbitraje.⁶⁰⁴ En la medida en que se apoyaron en dichos documentos, debieron haberlos cotejado contra los registros contables y no lo hicieron.⁶⁰⁵

b. El Informe Brattle se basa en información *ex post* para apoyar un análisis *ex ante*

477. El enfoque de la Demandante respecto sobre *quantum* se basa en la supuesta reducción del valor justo de mercado (FMV, por sus siglas en inglés) de la Red CALICA como resultado de la presunta violación. Este cambio en el FMV se mide como la diferencia del FMV de la Red CALICA en el escenario real y un escenario "but-for" que omite los efectos de las medidas violatorias.

478. Los peritos de la Demandante definen FMV como:

the price, expressed in terms of cash equivalents, at which property would change hands between a hypothetical willing and able buyer and a hypothetical willing and able seller, acting at arm's length in an open and unrestricted market, when neither is under compulsion to buy or sell and when both have reasonable knowledge of the relevant facts.⁶⁰⁶

479. Esto implica un análisis *ex-ante* porque el "reasonable knowledge of the relevant facts" del comprador y vendedor hipotético, por razones obvias, no puede incluir el conocimiento de eventos futuros. A pesar de lo anterior, el Grupo Brattle se ha apoyado en información *ex-post* que no habría estado disponible al comprador y vendedor hipotéticos en la fecha de valuación. Como resultado de ello, el Grupo Brattle no mide el cambio en el VMF de la Red CALICA Network en la fecha de valuación.

⁶⁰⁴ RE-002, ¶¶ 59-63.

⁶⁰⁵ *Id.*, ¶¶ 95-96.

⁶⁰⁶ Informe Brattle, ¶ 69, citando el Anexo DC-0051: "Quick Reference Guide Standards and premises of value".

480. Un problema adicional es que esta información *ex-post* ha sido proporcionada por la Demandante a sus expertos a través de documentos que parecen haber sido preparados para este litigio que no están respaldados por documentos corporativos contemporáneos.⁶⁰⁷

c. El supuesto clave sobre de la pérdida de ventas de la Demandante no está respaldado por las pruebas

481. Un supuesto clave en el que se apoya la reclamación por la pérdida de valor de la Red CALICA es que las presuntas violaciones del Tratado no sólo condujeron a la pérdida de ventas para CALICA, sino también a la pérdida de ventas para Vulica y los “U.S. Yards”. Incluso si las pérdidas de Vulica y las de los “U.S. Yards” pudieran formar parte de una reclamación por daños bajo el TLCAN (no pueden), el supuesto de la Demandante es incorrecto.

482. El problema de la Demandante es doble: por una parte, no hay pruebas objetivas que corroboren que la Demandante haya sufrido pérdidas por un monto de [REDACTED] y, por otro lado, la evidencia disponible contradice, en vez de corroborar, la demanda de daños.⁶⁰⁸ Credibility se refiere específicamente a tres hechos que van en contra de la posición de la Demandante en el sentido de que las pérdidas se extendieron más allá de CALICA:

- En primer lugar, Credibility observa que, si hubiera habido una pérdida tan masiva, ésta habría sido importante para la situación financiera de la empresa matriz de la Demandante, y la empresa matriz habría tenido que divulgarlo en sus registros públicos de la ante la Comisión de Mercados de Valores de Estados Unidos. Ninguna de sus comunicaciones menciona algo acerca de esta pérdida.⁶⁰⁹

Credibility también examinó treinta y tres informes de inversión preparados por analistas de inversión independientes entre 2013 y 2019. Ninguno de ellos reporta algún impacto negativo, actual o futuro, en los resultados financieros de Vulcan causado por las supuestas violaciones.⁶¹⁰

Por otra parte, Vulcan no reportó ninguna pérdida de ingresos por ventas en su segmento de negocios de agregados en, o alrededor de, las fechas de la Violación 1 o la Violación 2.⁶¹¹ De hecho, una presentación de la gerencia a los inversionistas de febrero de 2020 reportó trayectorias positivas en indicadores clave, incluyendo

⁶⁰⁷ RE-002, ¶¶ 60-61.

⁶⁰⁸ *Id.*, ¶¶ 72-73.

⁶⁰⁹ *Id.*, ¶¶ 24-25.

⁶¹⁰ *Id.*, ¶¶ 26-27.

⁶¹¹ *Id.*, ¶¶ 28-29.

crecimiento en volúmenes, precios, utilidad bruta por tonelada y EBITDA ajustado entre el primer trimestre de 2013 y el último trimestre de 2019.⁶¹²

Todo lo anterior confirma que no hubo un impacto significativo (si es que hubo alguno) en el rendimiento financiero de la empresa como consecuencia de las supuestas violaciones.⁶¹³

- En segundo lugar, no parece haber riesgo de posibles pérdidas de ventas a consumidores finales porque_Vulcan parece tener fuentes alternativas para los agregados en Estados Unidos con reservas crecientes para abastecer a las dos regiones primarias que atiende la Red CALICA.⁶¹⁴ En resumen, no hay pruebas de que Vulcan no haya podido abastecer a sus clientes a través de fuentes alternativas, o de que sufrió una reducción en ganancias porque se vio obligado a usar esas fuentes alternativas como consecuencia de las supuestas violaciones que afectaron a CALICA.
- En tercer lugar, los inventarios de Vulcan han aumentado aproximadamente un 49% de 2012 a 2019, lo cual es indicativo de que las ventas han estado por debajo de la producción en forma acumulada.⁶¹⁵

483. La Demandada sostiene que los daños no pueden suponerse; se deben probar de conformidad con el estándar de prueba aplicable. Incluso si este Tribunal no estuviera de acuerdo con la Demandada en que carece de jurisdicción sobre la reclamación presentada al amparo del artículo 1116 por falta de prueba de los daños al inversionista, los defectos que se enlistaron anteriormente apoyarían la cuantificación de daños sustancialmente menor conforme al Informe Credibility.

d. No hay evidencia de las tarifas portuarias pagadas por CALICA

484. Con respecto a la presunta Violación 3, la Demandante ha presentado escasas pruebas sobre el pago realizado por cualquier entidad de la Red CALICA de las tasas portuarias impugnadas. De hecho, la única prueba presentada por la Demandante se encuentra en una hoja de cálculo que no ha sido corroborada y que fue creada por un autor desconocido en 2020, probablemente para fines de este arbitraje.⁶¹⁶ Por otro lado, no hay evidencia de que las tarifas portuarias hayan sido pagadas por CALICA.⁶¹⁷

⁶¹² *Id.*, ¶ 30.

⁶¹³ *Id.*

⁶¹⁴ *Id.*, ¶¶ 75-77.

⁶¹⁵ *Id.*, ¶ 78.

⁶¹⁶ *Id.*, ¶ 240.

⁶¹⁷ *Id.*, ¶ 241.

485. La Demandante no ha cumplido con la carga de probar estos daños; siquiera sobre una base *prima facie*. La Demandada se reserva el derecho de responder en la Dúplica a cualquier prueba o argumento que la Demandante presente en su Réplica en relación con los daños derivados de esta supuesta violación.

e. Nada indica que las medidas que dieron lugar a la Violación 1 y a la Violación 2 sean permanentes

486. Las reclamaciones de la Demandante por daños a raíz de las presuntas Violaciones #1 y #2 se basan en la presunción, no probada, de que los aplazamientos de las autorizaciones son permanentes. Sin embargo, ni siquiera la Demandante piensa que sean permanentes o irreversibles, y esto se desprende claramente de su petitorio, que incluye lo siguiente:

Giving Respondent the option to pay less than the full amount ordered above for items (i), (ii), (iv) and (v) if Mexico's instrumentalities, (x) within three months from the issuance of the Award, were to amend the POEL to expressly allow quarrying operations by CALICA in La Adelita, and (y) immediately close all administrative and judicial proceedings against CALICA arising out of the inspection of El Corchalito, allowing CALICA to resume operations normally with no penalties to CALICA or any of its affiliates or any of their respective employees, agents, advisors or other representatives (collectively, the "Settlement Measures"), in which case Respondent shall pay the damages effectively incurred up to the performance of the Settlement Measures.⁶¹⁸

4. El marco para la estimación de daños del Informe Brattle no es congruente con las prácticas de precios de transferencia aprobadas por la empresa matriz de la Demandante

487. El marco de daños del Grupo Brattle no es congruente con los precios de transferencia de la Demandante.⁶¹⁹ Como se indica el Informe Credibility, "transfer pricing between related parties is frequently independently tested to ascertain that the transfer prices reflect an arm's length or market price in order to properly place the profits from such transactions in the correct tax jurisdictions."⁶²⁰ Vulcan contrató a [REDACTED] para que realizara una verificación independiente de estos precios de transferencia y su informe se presentó como una prueba en el Memorial. El informe de [REDACTED] tiene tres implicaciones principales para este caso.

⁶¹⁸ Memorial, ¶ 347(e).

⁶¹⁹ RE-002, ¶¶ 64-71.

⁶²⁰ *Id.*, ¶ 65.

488. *En primer lugar*, como se explicó anteriormente, la Demandada sostiene la posición de que sólo se pueden reclamar las pérdidas atribuibles a CALICA bajo el TLCAN porque esa entidad es la única inversión protegida. Según el informe de [REDACTED] la llamada “Red CALICA” añade más del [REDACTED] del valor de los agregados fuera del territorio de México.⁶²¹ Además, al atribuir a CALICA una mayor contribución a las ganancias, el Grupo Brattle sobreestima los daños en este caso.

489. *Segundo*, el informe de [REDACTED] confirma que [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Esto es importante porque demuestra que las ganancias de CALICA se limitan a aquellas obtenidas a [REDACTED], y también porque los daños resultantes de la supuesta reducción de las ventas potenciales de CALICA a raíz de la Violación 1 y la Violación 2 sólo deberían afectar a CALICA.⁶²³ Esta explicación es congruente con el hecho de que los reportes financieros de Vulcan no registran ningún impacto discernible como consecuencia del presunto comportamiento ilegal de la Demandada.

490. *En tercer lugar*, confirma que la valuación de los daños del Grupo Brattle no es confiable, porque asigna ganancias a las filiales de una manera que no es congruente con el informe de [REDACTED]

D. Distorsiones que introduce la Demandante al centrarse en la “Red CALICA” en vez de en CALICA

491. El enfoque de la Demandante sobre los daños está diseñado para maximizar la reclamación, mediante la inapropiada inclusión de las presuntas pérdidas sufridas por inversiones que no están protegidas por el Tratado. En efecto, al medir los daños sufridos por la “Red CALICA” en vez de los de CALICA, el Informe Brattle incluye de manera inapropiada, en su análisis, ingresos por flete e ingresos, costos y CAPEX de los “U.S. Yards” y con ello atribuye a CALICA las ganancias de flete asociadas a la operación Vulica en las Bahamas y las ganancias de la unidad de distribución de Vulcan U.S. en los Estados Unidos.⁶²⁴ Este error infló de manera sustancial el monto de los daños que se atribuyen a la inversión de la Demandante.

492. En esta sección se examinan las principales distorsiones introducidas en la valuación de los daños de la Violación 1 y la Violación 2 como resultado de este enfoque erróneo. Para una

⁶²¹ *Id.*, ¶ 71.

⁶²² *Id.*, ¶ 68.

⁶²³ *Id.*, ¶ 70.

⁶²⁴ *Id.*, ¶¶ 115-121.

explicación más completa y detallada de todos los puntos abordados a continuación, favor de referirse al Informe de Credibility (sección 6).

1. Utilización errónea de los precios promedio de venta a clientes en Estados Unidos en vez de los precios de venta de CALICA a VMC

493. El Grupo Brattle calculó los ingresos perdidos utilizando el precio promedio cobrado a clientes en Estados Unidos. Esto es incorrecto porque [REDACTED]

[REDACTED] Los ingresos de CALICA en el escenario “but-for” deberían haberse basado con base en [REDACTED]

[REDACTED] Al tomar este enfoque, el Grupo Brattle sobreestima los precios aplicables en 279%.⁶²⁶

2. Inclusión inapropiada de los costos directos y los gastos generales relacionados con Vulica y los “U.S. Yards”

494. El Grupo Brattle también incluyó una cantidad considerable de costos directos, gastos generales y depreciación relacionados con su negocio naviero (Vulica) y los “U.S. Yards”. Estos costos no están asociados con su inversión en México y, por lo tanto, no deben formar parte de la valuación de los daños de la única inversión protegida de la Demandante conforme al TLCAN: CALICA.⁶²⁷ La Demandada reitera que ni Vulica ni los “U.S. Yards” son subsidiarias de CALICA, lo cual explica por qué los costos identificados arriba no están incluidos en los estados financieros de CALICA.⁶²⁸

3. Inclusión inapropiada de los gastos de capital (CAPEX) relacionados con Vulica y los “U.S. Yards”

495. El enfoque erróneo del Grupo Brattle también resultó en la inclusión de los gastos de capital de Vulica y los “U.S. Yards”. Esto incluye [REDACTED] asociados a los dos nuevos buques

⁶²⁵ *Id.*, ¶¶ 53, 69.

⁶²⁶ *Id.*, ¶ 86-87. Ver también Figura 6.1.

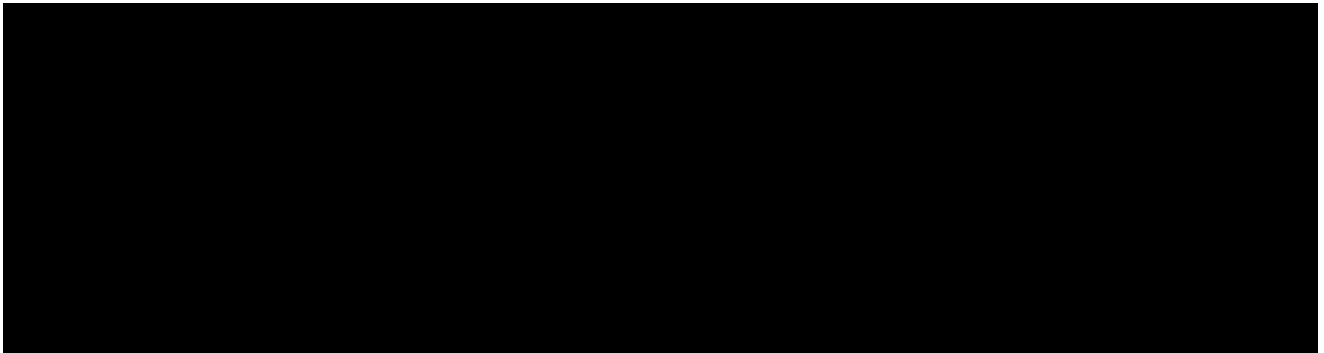
⁶²⁷ *Id.*, ¶ 88.

⁶²⁸ *Id.*, ¶ 90.

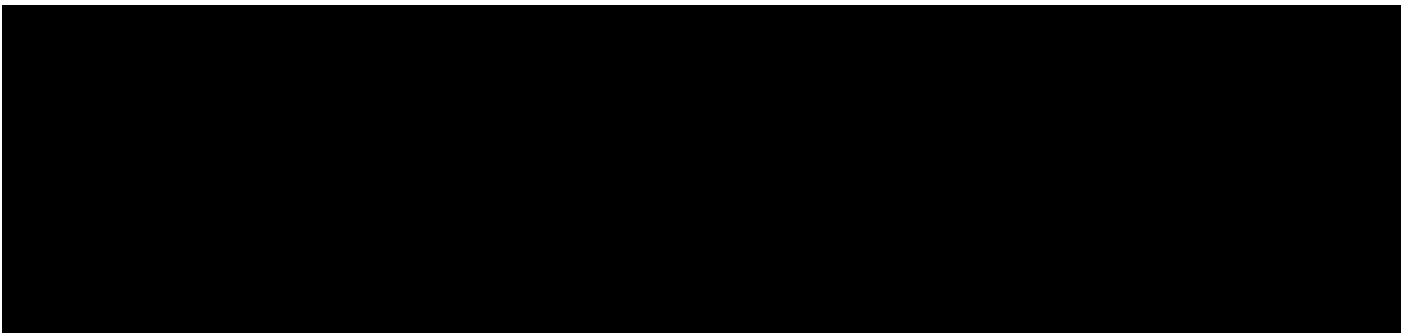
de Vulica y gastos de dique seco, entre otros. Como señaló Credibility, ninguno de estos costos se relaciona con una inversión en México.⁶²⁹

4. Impacto de eliminar los ingresos, los costos y el CAPEX de Vulica y los “U.S. Yards”

496. La siguiente tabla del Informe Credibility muestra el impacto de la eliminación de los ingresos, costos y CAPEX de la naviera y de los “U.S. Yards” en la valuación de daños asociados con la Violación 1 del Grupo Brattle:

A large black rectangular box redacting the content of the table mentioned in paragraph 496.

497. El impacto del enfoque de la Demandante sobre el *quantum* con respecto al Violación 2 es también considerable:

A large black rectangular box redacting the content of the table mentioned in paragraph 497.

498. Como demuestran estas dos tablas, la gran mayoría de los daños reclamados en este arbitraje corresponden a la supuesta pérdida de FMV de inversiones no protegidas por el Tratado que están ubicadas fuera de México.

5. Tasa de descuento

499. Otra de las consecuencias de agrupar los daños a CALICA con los supuestamente sufridos por Vulica y los “U.S. Yards” es que se subestima de forma considerable la tasa de descuento.⁶³⁰

⁶²⁹ *Id.*, ¶¶ 91-92. Ver también la Figura 6.2.

⁶³⁰ *Id.*, ¶¶ 99-102.

500. Como se explica en el Informe Credibility, en vez de calcular el costo promedio de capital ponderado (WACC) de CALICA, Grupo Brattle promedió los WACCs de un grupo de empresas "comparables" para después añadir una pequeña prima (por ejemplo, 0.78% para Violación 1) para tomar en cuenta el riesgo político. Cabe señalar que ninguna de estas empresas comparables son empresas mineras como CALICA y, a excepción de una, ninguna de ellas obtuvo más del 57% de sus ingresos por la venta de agregados.⁶³¹

501. La tasa de descuento que resulta es artificialmente baja porque no incluye una prima por el tamaño reducido de la operación de CALICA, y también porque ignora el hecho de que la tasa de descuento aplicable a la operación de México (CALICA) debiera ser más alta que la tasa de descuento media aplicable a todo VMC.⁶³² A modo de ejemplo, Credibility estima que la WACC de Vulcan al 6 de diciembre de 2015 – es decir, la fecha de valoración de la Violación 1– era de 8.65%, mientras que la WACC de CALICA a la misma fecha era 12.23%. La tasa de descuento utilizada para calcular los daños relacionados con la Violación 2 tiene problemas similares.⁶³³

502. Aplicar la tasa de descuento correcta, manteniendo todo lo demás sin cambios, reduciría los daños relacionados con Violación 1 en un 51.9% (de [REDACTED] a [REDACTED] y en un 28.9% (de [REDACTED] a [REDACTED]) tratándose de los daños relacionados con Violación 2.⁶³⁴

6. El Grupo Brattle subestima los gastos fiscales

503. El Informe Brattle subestima los impuestos a pagar por CALICA al calcular una tasa impositiva combinada para toda la Red CALICA, que toma en cuenta las tasas aplicables en México, Bahamas y Estados Unidos.⁶³⁵ Con relación a la Violación 1, el Grupo Brattle aplicó una tasa mixta del [REDACTED], y con relación a la Violación 2 aplicó una tasa del [REDACTED].⁶³⁶

504. El problema principal con el uso de esta tasa mixta por parte del Grupo Brattle es que indebidamente se toman en cuenta las tasas impositivas más bajas que aplican a ganancias

⁶³¹ *Id.*, ¶¶ 99, 103.

⁶³² *Id.*, ¶¶ 100-101.

⁶³³ *Id.*, ¶¶ 104-106.

⁶³⁴ *Id.*, ¶¶ 101-102, 106. Véase también Tabla 6.3 en ¶ 102 y Tabla 6.4 en ¶ 106.

⁶³⁵ *Id.*, ¶ 108.

⁶³⁶ *Id.* Ver también, ¶ 112.

provenientes de inversiones no protegidas. Además, el Grupo Brattle no consideró la participación de los trabajadores en la utilidad (PTU) del 10% que es obligatorio y aplica a todas las empresas en México. Este error afecta tanto a los daños por la Violación 1 como a aquellos por la Violación 2 y provocó una sobreestimación de los flujos de caja libres y, por lo tanto, la sobreestimación de los daños.⁶³⁷

505. El Grupo Brattle tampoco consideró el impuesto del 10% sobre dividendos que podría ser relevante si los daños se pagaran directamente al inversionista de acuerdo con la reclamación presentada bajo el artículo 1116, pero no aplicaría si los daños se pagaran a Calica como consecuencia de la reclamación presentada al amparo del artículo 1117 porque los daños en ese caso se pagarían directamente a la empresa en cuyo nombre se sometió la reclamación al arbitraje.⁶³⁸

506. El impacto de estos errores (manteniendo todo lo demás constante) se resume en los Tablas 6.5, 6.6, 6.7 y 6.8 del Informe Credibility.⁶³⁹

7. Proyección errónea del capital de trabajo requerido

507. Al enfocarse en la Red CALICA en lugar de la inversión de la Demandante en México, el Grupo Brattle subestima de forma significativa el capital de trabajo requerido. El Grupo Brattle calcula los requisitos de capital de trabajo como [REDACTED]

[REDACTED] Si el Grupo Brattle hubiera efectuado el mismo análisis basándose exclusivamente en CALICA, habría concluido, a partir del capital de trabajo observado de [REDACTED]

[REDACTED] Al subestimar el capital de trabajo, el Grupo Brattle aumentó de forma artificial el monto de los daños.⁶⁴⁰

508. El impacto de este error es muy significativo y se resume en las Tablas 6.9 y 6.10 del Informe Credibility.⁶⁴¹

⁶³⁷ *Id.*, ¶¶ 109-110, 112.

⁶³⁸ *Id.*, ¶ 109.

⁶³⁹ *Id.*, ¶¶ 111, 113.

⁶⁴⁰ *Id.*, ¶¶ 115-119.

⁶⁴¹ *Id.*, ¶¶ 118 y 120.

E. Aún si el Tribunal aceptara la reclamación por pérdidas de la Red CALICA, la valoración de los daños de la Demandante no es confiable y debe ser rechazada

509. Aún si este Tribunal no estuviera de acuerdo con la Demandada en que:

- este Tribunal carece de jurisdicción⁶⁴² sobre una reclamación por daños que incluye pérdidas supuestamente incurridas por inversiones no protegidas ubicadas fuera del territorio mexicano, y/o;
- la Demandante no puede presentar una reclamación a nombre de la Red CALICA bajo el artículo 1117 porque la Red CALICA no es una "empresa de otra Parte" conforme a lo dispuesto en el TLCAN y, por lo tanto, este Tribunal carece de jurisdicción sobre dicha reclamación, y/o;
- el Tribunal carece jurisdicción⁶⁴³ sobre la reclamación presentada bajo el artículo 1116 porque la Demandante no ha probado haber incurrido daños como inversionista y, por lo tanto, no ha cumplido con uno de los requisitos para la presentación de una reclamación bajo el artículo 1116;

la valuación de los daños de la Demandante seguiría siendo defectuosa y los resultados estarían sumamente sobreestimados.

510. En esta sección se examinan los diversos errores que hacen que la valoración de los daños de la Demandante no sea confiable, aún si este Tribunal aceptara que los daños deben calcularse con base en la Red CALICA.

1. El Sr. Chodorow no contabilizó los costos de flete y subestimó otros elementos de los costos

511. El Informe Brattle erró al no incluir, en el costo de ventas, los costos de flete de los “U.S. Yards” a los clientes, a pesar de que el precio promedio que utilizó para calcular los ingresos incluye estos costos.⁶⁴⁴ Adicionalmente, el Grupo Brattle subestimó ciertos elementos de los costos, incluyendo: los costos de flete de Vulica y CSL, los costos de Vulcan y “U.S. Yards” y los costos de producción de CALICA.⁶⁴⁵

⁶⁴² La Demandada argumenta en la alternativa que las reclamaciones por daños incurridos por inversiones no cubiertas son inadmisibles conforme al Capítulo 11.

⁶⁴³ La Demandada argumenta en la alternativa que es inadmisibile una reclamación presentada bajo el artículo 1116 en la cual el inversionista no ha demostrado haber sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella.

⁶⁴⁴ RE-002, ¶¶ 181-186.

⁶⁴⁵ *Id.*, ¶ 187.

512. En consecuencia, el Grupo Brattle exagera considerablemente los márgenes brutos, así como los daños. Para poner este error en perspectiva, Credibility observa que el margen bruto de [REDACTED] que estima el Grupo Brattle es más del doble que margen bruto promedio observado de todo el segmento de agregados de Vulcan en el mismo período, y un [REDACTED] mayor que el margen bruto observado de CALICA.⁶⁴⁶ En cambio, el margen bruto corregido de Credibility [REDACTED] está en línea con el margen bruto promedio de [REDACTED] correspondiente al 2015 para el segmento de agregados de Vulcan.⁶⁴⁷ Esta corrección también desacredita la afirmación del Grupo Brattle de que [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

513. Si se corrige la omisión del Grupo Brattle de incluir los costos de flete y la subestimación de tres rubros de costos⁶⁴⁹, se reducirían los daños por la Violación 1 de [REDACTED] a sólo [REDACTED]. Asimismo, si se corrigieran estos errores se reducirían los daños asociados a la Violación 2 en [REDACTED].

2. El Grupo Brattle se basa en proyecciones de volumen de ventas defectuosas

514. El Informe Brattle sobreestima los volúmenes de ventas de CALICA, al basarse en pronósticos erróneos que se incluyen en una hoja de cálculo elaborada por Vulcan en marzo de 2015 que pronostica la demanda a 20 años para los mercados del Golfo de los Estados Unidos y que se utilizó como aproximación al volumen de ventas de exportación y producción proyectados de CALICA para valorar los daños por la Violación 1.⁶⁵¹ Estos pronósticos consistentemente sobreestimaron las ventas anuales de CALICA durante el período 2014-2017 en 17.7% en promedio.⁶⁵² Por otro lado, el Informe Brattle utiliza valores promedio de largo plazo de producción anual y ventas de exportación que son consistentemente mayores a las ventas totales

⁶⁴⁶ *Id.*, ¶¶ 175-176.

⁶⁴⁷ *Id.*, ¶¶ 188-189. Ver también la Tabla 10.2.

⁶⁴⁸ *Id.*, ¶ 178.

⁶⁴⁹ Los tres costos son: costos de flete marítimo de Vulica y CSL, costos de Vulcan US y U.S. Yards, y costos de producción de CALICA. RE-002, ¶ 187.

⁶⁵⁰ RE-002, ¶ 194.

⁶⁵¹ *Id.*, ¶¶ 197-207, 208-209.

⁶⁵² *Id.*, ¶¶ 200-201 y Tabla 10.8.

anuales y los volúmenes de ventas de exportación más altas de CALICA.⁶⁵³ Por último, el Informe Brattle distorsiona la proporción relativa del volumen de ventas locales y de exportación de CALICA, presupone que el puerto de CALICA tendría una capacidad de utilización superior al 90 por ciento y manejaría un volumen de exportación anual superior al nivel máximo en 2015.⁶⁵⁴ Las proyecciones de volúmenes de ventas utilizadas para evaluar los daños derivados de la Violación 2 tienen problemas similares.⁶⁵⁵

515. Estos errores también tienen un impacto importante en los daños. Credibility estima que la corrección de estos errores reduciría los daños de la Violación 1 de [REDACTED] manteniendo todo lo demás constante.⁶⁵⁶ En el caso de la Violación 2, corregir las proyecciones de volumen de ventas defectuosas reduciría los daños de [REDACTED]

F. El enfoque de mercado del Grupo Brattleno confirma sus resultados

516. El Grupo Brattle pretende corroborar los resultados de su defectuoso análisis DCF utilizando un enfoque de valuación de mercado. La confiabilidad de este método depende de la existencia de empresas comparables y la disponibilidad de información suficiente que permita hacer los ajustes necesarios. El Informe Credibility explica que la principal falla en el análisis de empresas comparables del Informe Brattle es que ninguna de las empresas incluidas en el grupo de empresas comparables tenía operaciones mineras, y ninguna de ellas obtenía más del 57% de sus ventas de los agregados.⁶⁵⁸

517. El Grupo Brattle también realizó un análisis de transacciones comparables que también presenta deficiencias porque, entre otras cosas, ninguna de las transacciones se refiere a operaciones mineras; las transacciones se produjeron entre dos y tres años después de la fecha de valuación de la Violación 1; y el Grupo Brattle basó su análisis en un EBITDA de la Red CALICA inflado.⁶⁵⁹

⁶⁵³ *Id.*, ¶¶ 202-203.

⁶⁵⁴ *Id.*, ¶ 204-206.

⁶⁵⁵ *Id.*, ¶ 208.

⁶⁵⁶ *Id.*, ¶ 207.

⁶⁵⁷ *Id.*, ¶ 209.

⁶⁵⁸ *Id.*, ¶¶ 191-194.

⁶⁵⁹ *Id.*, ¶¶ 156.

518. En resumen, el análisis de corroboración del Grupo Brattle no corrobora nada.

G. Corrección de errores y la cuantificación adecuada de daños por las presuntas violaciones

519. La Demandada solicitó a su experto en daños que cuantificara los daños en dos escenarios distintos. El Escenario 1 refleja la posición de la Demandada de que sólo CALICA es una inversión protegida y, por lo tanto, únicamente los daños sufridos por CALICA pueden ser reclamados en este procedimiento. Los resultados se exponen en el apartado 1 *infra*.

520. El segundo escenario se ofrece como alternativa en caso de que este Tribunal no esté de acuerdo con la posición de la Demandada con relación al Escenario 1. Este segundo escenario supone que los daños incurridos por CALICA, Vulica y los “U.S. Yards” (es decir, la “Red CALICA”) pueden ser incluidos en este arbitraje. Los resultados se indican en el apartado 2 *infra*.

521. Bajo ambos escenarios, Credibility llevó a cabo los ajustes necesarios para corregir los errores de cálculo y los supuestos inválidos de la valuación del Grupo Brattle.

1. Escenario 1 - Cuantificación adecuada de los daños a la inversión protegida (CALICA)

522. Credibility ofrece una valuación alternativa de daños utilizando la metodología de flujos de caja descontados (DCF) que corrige los distintos errores en la valuación del Grupo Brattle que se expusieron en apartados anteriores. Las proyecciones financieras utilizadas en su análisis se basan en el promedio de los resultados financieros observados de CALICA entre 2013 y 2015, con excepción del CAPEX, cambios en el capital de trabajo y ganancias y pérdidas cambiarias.⁶⁶⁰ Las diversas hipótesis utilizadas para calcular el FMV de CALICA en los escenarios real y “*but-for*” se resumen en los párrafos 126 a 131 del Informe Credibility. El nuevo cálculo de la tasa de descuento (WACC) se explica en los párrafos 132 y 133.

523. Se utiliza un enfoque similar para valuar los daños causados a CALICA por la Violación 2. Las proyecciones financieras, las hipótesis subyacentes y la tasa de descuento utilizadas en esta valuación se explican a detalle en la Sección 8 del Informe Credibility.

⁶⁶⁰ *Id.*, ¶ 124.

524. Con base en lo anterior, Credibility recalcula los daños en este escenario y obtiene los siguientes resultados:

- [REDACTED]
- [REDACTED]

525. Por lo que respecta a la Violación 3, dado que no se ha probado el pago de los derechos portuarios por una inversión protegida (es decir, CALICA) el Informe Credibility recalcula estos daños como cero.⁶⁶³

2. Escenario 2 - Cuantificación de los daños con respecto a la Red CALICA

a. Base apropiada para la cuantificación de daños

526. El experto de la Demandante supone que el impacto de la Violación 1 y la Violación 2 respecto a CALICA resultó en la pérdida de ventas de al menos otras dos entidades: Vulica y los “U.S. Yards”. Como se explicó anteriormente, este supuesto no encuentra apoyo alguno en las pruebas que obran en el expediente. El hecho de que la empresa matriz de la Demandante no reportara ningún deterioro de sus activos o impacto derivado de la supuesta pérdida de más de [REDACTED] como resultado de las supuestas violaciones del TLCAN, es una clara indicación de que, en la medida que la Demandante experimentó pérdidas derivadas de las Violaciones 1 y 2, éstas no fueron tan significativas como sugiere la Demandante.

527. El Informe Credibility Report observa que Vulcan ha creado cadenas de abastecimiento de respaldo para las zonas que atiende CALICA. Esto significa que, *prima facie*, pudo haber utilizado esas fuentes alternativas para satisfacer la demanda y evitar la pérdida de ventas. Por lo tanto, en el mejor de los casos, cualquier daño asociado a la Violación 1 y la Violación 2 debe calcularse como el valor presente de la diferencia entre el costo total a clientes de la roca procedente de Estados Unidos y la roca procedente de CALICA, multiplicado por la producción pérdida anticipada en la producción.⁶⁶⁴

⁶⁶¹ *Id.*, ¶¶ 134-135.

⁶⁶² *Id.*, ¶¶ 149-150.

⁶⁶³ *Id.*, ¶¶ 239-242.

⁶⁶⁴ *Id.*, ¶ 210.

b. La valuación de Credibility de los daños a la “Red CALICA”

528. Como se explicó anteriormente, la “Red CALICA” no es una entidad legal ni una inversión protegida conforme a lo dispuesto en el Capítulo 11 del TLCAN. Es un término descriptivo creado por la Demandante para ser utilizado en este arbitraje para describir al menos tres entidades, de las cuales solamente una (CALICA), es una inversión protegida. En caso de que el Tribunal determine que los daños deben incluir las pérdidas para toda la Red Network (es decir, inversiones protegidas y no protegidas), el Informe Credibility recalcula el valor de los daños usando un enfoque DCF de la siguiente manera:

- [REDACTED]
- [REDACTED]

529. Por la supuesta Violación 3, dado que no se ha probado el pago de las tarifas portuarias por alguna de las entidades de la Red CALICA, el Informe Credibility asigna a estos daños un valor de cero.⁶⁶⁷

H. Intereses

530. Los petitorios de al Demandante incluyen una petición de intereses previos y posteriores al laudo a una tasa equivalente a la tasa de corto plazo a la que México puede pedir prestado con composición anual.⁶⁶⁸ El perito de la Demandante, el Sr. Chodorow, explica que recibió instrucciones de suponer que Legacy Vulcan era efectivamente un prestamista forzoso del Gobierno de México y, sobre esa base, decidió utilizar la tasa que los inversionistas exigen para invertir en instrumentos de deuda del Gobierno de México denominados en dólares estadounidenses.⁶⁶⁹

531. Dado que aún no se conoce la fecha del Laudo, el experto de la Demandante calcula los intereses previos al laudo desde la fecha de la respectiva violación, hasta el 30 de abril de 2020. El

⁶⁶⁵ *Id.*, ¶ 222. La explicación completa de los supuestos y el nuevo cálculo de la tasa de descuento se puede encontrar en ¶¶ 211-221.

⁶⁶⁶ *Id.*, ¶ 236. La explicación completa de los supuestos y el nuevo cálculo de la tasa de descuento se puede encontrar en ¶¶ 225-235.

⁶⁶⁷ *Id.*, ¶¶ 239-242.

⁶⁶⁸ Informe Brattle, ¶¶ 29-30.

⁶⁶⁹ *Id.*, ¶ 30.

total a esa fecha es de [REDACTED] sin embargo, el Grupo Brattle señala que este cálculo tendrá que ser actualizado posteriormente para incluir los intereses hasta la fecha efectiva del Laudo.⁶⁷⁰

532. La Demandada no controvierte que, en el improbable caso de que este Tribunal considere que México es internacionalmente responsable de una violación del TLCAN y ordene que se pague una indemnización al Demandante o a su inversión, la reparación plena debe incluir intereses previos al laudo para compensar al Demandante por el valor del dinero en el tiempo. Asimismo, no controvierte que los intereses posteriores al laudo suelen ordenarse para compensar al Demandante por el valor del dinero en el tiempo derivado de cualquier retraso en el pago del laudo.

533. Sin embargo, la Demandada no está de acuerdo con la tasa utilizada por el experto de la Demandante y con el período de capitalización. Respecto de la tasa, Credibility no está de acuerdo con la opinión del Sr. Chodorow de que el cálculo deba basarse en el margen (“spread”) por encima de la tasa libre de riesgo de los bonos a corto plazo emitidos por México en dólares estadounidenses o en el margen de los denominados “credit-default swaps”.⁶⁷¹ Credibility opina que, dado que los cálculos de los daños están denominados en dólares estadounidenses, la tasa adecuada para calcular los intereses previos al laudo sería la tasa libre de riesgo del Departamento del Tesoro de Estados Unidos —es decir, el bono del tesoro a 5 años (“5-year Treasury bond”) con composición anual.⁶⁷²

534. Credibility observa además que la tasa utilizada por el Sr. Chodorow es incompatible con la tasa libre de riesgo que utilizó para calcular el componente de costo de capital que entra en el cálculo de la tasa de descuento (WACC).⁶⁷³ Si hubiera utilizado la misma tasa que utilizó para calcular los intereses previos al laudo en el cálculo de la WACC, la tasa de descuento habría sido más alta y el monto total de los daños habría sido más bajo. Para ser congruente con sus propios supuestos debería haber empleado la misma tasa libre de riesgo.

535. En cuanto al período de capitalización, ni la Demandante ni su experto especifican el período utilizado para calcular los intereses previos al laudo. De su revisión de los documentos de

⁶⁷⁰ *Id.*, ¶ 30.

⁶⁷¹ RE-002, ¶ 243.

⁶⁷² *Id.*, ¶¶ 243-245.

⁶⁷³ *Id.*, ¶ 244.

trabajo del Grupo Brattle, Credibility cree que se utilizó una composición mensual, pero esto no se indica claramente en el reporte de Grupo Brattle y tampoco se puede inferir en forma inequívoca a partir de los documentos de trabajo.⁶⁷⁴ Una capitalización mensual se apartaría por completo de la práctica internacional, sin embargo, dado que la Demandante guardó silencio con respecto al período de capitalización, la Demandada se reserva el derecho de abordar exhaustivamente esta cuestión cuando la Demandante aclare y justifique su posición.

I. Impuestos

536. Los petitorios de la Demandante también incluyen una solicitud de [REDACTED] para compensar la doble tributación que resultaría de una parte del laudo.⁶⁷⁵ Como se explica en el Informe Credibility, el Sr. Chodorow consideró que los ingresos de la Red CALICA atribuibles a los “U.S. Yards” serían gravados a la tasa corporativa aplicable a Vulcan Materials Company’s (VMC), sin embargo, se le dieron instrucciones de suponer que un posible laudo sería gravado conforme a la tasa del impuesto corporativo de los Estados Unidos [REDACTED] lo cual daría lugar a una doble imposición sobre la porción de los daños atribuibles a los “U.S. Yards”.⁶⁷⁶

537. La petición de la Demandante para evitar doble tributación es desacertada al menos por tres razones.

538. *Primero*, supone (incorrectamente) que los daños incurridos por las inversiones no cubiertas pueden ser reclamados bajo el TLCAN. Si el Tribunal rechaza este planteamiento (como debería), el problema de la doble tributación identificado en el Memorial no existiría.

539. *Segundo*, la petición de la Demandante está basada en el supuesto no probado de que se aplicaría la tasa corporativa de Estados Unidos a un laudo en este caso. El Informe Credibility explica que es al menos posible que cualquier impuesto en Estados Unidos sea compensado por créditos fiscales extranjeros debido a los impuestos pagados en México.

540. *Tercero*, la Demandante simplemente supone que el laudo se le pagará a ella. El Tribunal recordará que la Demandante ha presentado su reclamación bajo el artículo 1116 y el artículo 1117, y que el artículo 1135(2)(b) del TLCAN exige que todo daño derivado de una reclamación presentada al amparo del artículo 1117 se pague a la inversión. Por lo tanto, si el Tribunal considera

⁶⁷⁴ *Id.*, ¶ 245.

⁶⁷⁵ Memorial, ¶ 347, subitem d(iv).

⁶⁷⁶ RE-002, ¶ 247.

que la reclamación se ha presentado apropiadamente bajo al artículo 1117, la cuestión de doble tributación que la Demandante ha identificado no existiría.

V. SOLICITUD

541. La Demandada solicita a este Tribunal ordenar a la Demandante a pagar los costos y gastos en los que ha incurrido a raíz de este arbitraje, incluidos:

- (i) la parte de los gastos del Tribunal que corresponden a México;
- (ii) la parte de los gastos de administración del procedimiento ante el CIADI que corresponden a México;
- (iii) los honorarios de los asesores legales externos de México; y
- (iv) el pago de los expertos contratados por México.

542. La Demandada tiene derecho a un laudo de costos a su favor por las siguientes razones:

- La Demandada no violó ninguna de sus obligaciones conforme al TLCAN.
- La Demandante ha presentado una reclamación carente de méritos para tratar de obtener un beneficio indebido.

VI. CONCLUSIÓN

543. En virtud de lo anterior, se solicita respetuosamente a este Tribunal desestimar por completo la reclamación de la Demandante, así como la correspondiente determinación del pago de costos a favor de la Demandada de conformidad con la solicitud de costos referida *supra*.

23 de noviembre de 2020

Presentado respetuosamente

El Director General de Consultoría Jurídica de Comercio Internacional



Orlando Pérez Gárate