



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

**ODYSSEY MARINE EXPLORATION, INC.
(DEMANDANTE)**

C.

**ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
(DEMANDADA)**

(Caso CIADI No. UNCT/21/1)

**ESCRITO POSTERIOR A LA AUDIENCIA
Y RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS DEL TRIBUNAL**

POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS:

Orlando Pérez Gárate
*Director General de Consultoría Jurídica de Comercio Internacional
Secretaría de Economía*

ASISTIDO POR:

Secretaría de Economía
Laura Mejía Hernández
Francisco Diego Pacheco Román
Alan Bonfiglio Ríos
Antonio Nava Gómez
Rafael Rodríguez Maldonado
Rafael Alejandro Augusto Arteaga Farfán

Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP

Stephan E. Becker
Gary J. Shaw

Tereposky & DeRose

Alejandro Barragán
Ximena Iturriaga

12 de septiembre de 2022

| | | |
|------|---|----|
| D. | La comparecencia del Sr. Pacchiano desvirtúa las alegaciones de la Demandante y lo declarado por sus testigos | 30 |
| 1. | El Sr. Pacchiano confirmó que la decisión adoptada por la DGIRA fue congruente con la opinión técnica de la CONANP y las preocupaciones que [REDACTED] | 30 |
| 2. | El Sr. Pacchiano confirmó que las Resoluciones de 2016 y 2018 son coherentes con las opiniones técnicas de las diversas organizaciones e instituciones que participaron | 33 |
| 3. | El Sr. Pacchiano dejó en claro que fue respetuoso del debido proceso y nunca tuvo injerencia en las Resoluciones de 2016 y 2018 que negaron la autorización de la MIA..... | 34 |
| 4. | El Sr. Pacchiano confirmó que es falso que hayan existido motivaciones políticas o de cualquier otra índole para negar la autorización de la MIA del Proyecto Don Diego..... | 37 |
| E. | En la audiencia se demostró que las Resoluciones que negaron la MIA a ExO resultaron razonable debido a la afectación del Proyecto a la tortuga Caretta caretta y a otras especies en peligro de extinción..... | 38 |
| 1. | [REDACTED] que el Proyecto Don Diego afectaba a las tortugas..... | 38 |
| 2. | [REDACTED] sobre la existencia de una afectación a la especie de tortuga caretta caretta | 39 |
| 3. | [REDACTED] que el Proyecto Don Diego afectaba a las ballenas y que la Resolución de 2018 sí se sustentó en dicha afectación, [REDACTED] | 41 |
| F. | En la audiencia se confirmó que el Proyecto Don Diego involucra una actividad minera mediante el dragado de arenas fosfáticas | 44 |
| 1. | El Sr. Lozano reconoció que el Proyecto Don Diego es un proyecto de minería marina | 44 |
| 2. | [REDACTED] con la comparecencia del Sr. Lozano y con lo expresado por ExO en su MIA respecto al carácter minero del Proyecto Don Diego..... | 45 |
| 3. | La falta de credibilidad [REDACTED] se evidenció al ser renuente en reconocer que el Proyecto Don Diego involucra minería marina | 47 |
| 4. | [REDACTED] que no existe ningún proyecto similar al de Don Diego en México que involucre la extracción de minerales..... | 49 |
| III. | DERECHO APLICABLE..... | 51 |

| | | |
|-----|---|----|
| A. | La Demandante no logró demostrar la violación al estándar de Nivel Mínimo de Trato conforme al TLCAN..... | 52 |
| B. | En la audiencia se confirmó que la Demandante renunció a su reclamación sobre Protección y Seguridad Plenas..... | 54 |
| C. | La Demandante no logró demostrar la existencia de una expropiación..... | 55 |
| D. | La Demandante no logró demostrar que México otorgara un trato más favorable a otro proyecto en circunstancias similares | 56 |
| 1. | En la audiencia se confirmó que ninguno de los Seis Proyectos referidos por la Demandante se encuentran en circunstancias similares al Proyecto Don Diego | 56 |
| 2. | El análisis del Sr. Pliego se limitó identificar aspectos menores que supuestamente hacen comparable al Proyecto Don Diego, obviando elementos importantes que los hacen claramente distinguibles que éste es el único proyecto minero..... | 59 |
| IV. | DAÑOS..... | 63 |
| A. | Introducción | 63 |
| B. | La naturaleza de la reclamación..... | 67 |
| C. | La medida de compensación aplicable | 68 |
| D. | El principio de certeza razonable impide el uso de un DCF en las circunstancias de este caso..... | 74 |
| E. | Las directrices del CIMVAL y VALMIN no admiten una valuación por flujos descontados en las circunstancias de este caso | 76 |
| F. | La viabilidad técnica y económica del Proyecto no había sido demostrada a la fecha de valuación | 80 |
| G. | Las valuaciones de la Demandante introducen un nivel inaceptable de especulación al incluir Recursos Inferidos en su análisis | 85 |
| H. | La valuación alternativa de Agrifos es sumamente especulativa, carece de soporte y, por lo tanto, no puede ser considerada por este Tribunal..... | 86 |
| I. | Conclusiones sobre las distintas valuaciones presentadas en este procedimiento | 93 |
| J. | Los intereses no pueden ser calculados sobre la base del WACC porque compensaría a la Demandante por riesgos que nunca asumió..... | 96 |
| K. | Conclusiones | 97 |
| V. | CONCLUSIÓN..... | 99 |
| | ANEXO: RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS DEL TRIBUNAL..... | 1 |

| | | |
|----|---|----|
| 1. | To what extent, if any, would the basis and extent of Odyssey’s claim be affected if SEMARNAT’s 12 October 2018 Denial was to be annulled by the TFJA? | 1 |
| 2. | By reference to the law applicable to this dispute, what is the legal standard to be applied in determining whether a violation of the BIT has occurred in circumstances in which (a) the Claimant has brought proceedings before courts of Mexico to challenge the refusal of SEMARNAT to grant the requested authorisation, which proceedings are still pending, and (b) there is no claim or finding that the courts of Mexico have failed to meet the requirements of international law imposed upon them by the BIT? | 5 |
| 3. | What, if any, is the application and effect of the ‘margin of appreciation’ doctrine (Phillip Morris v Uruguay) in the present case? | 14 |
| 4. | To what extent, if any, is the Tribunal in this case (i) required to form a view of the environmental impacts of the proposed project, and (ii) if necessary, substitute its view for that adopted by the Mexican authorities, in particular SEMARNAT?..... | 17 |
| 5. | What is the legal significance of the TFJA Ruling of 21 March 2018, if any, for determining whether a violation of the BIT has occurred? What is the legal significance of SEMARNAT’s compliance, or non-compliance, with that Ruling? | 19 |
| 6. | What is the legal significance, if any, of the motivation behind SEMARNAT’S refusal to grant the requested authorization for determining whether a violation of the BIT has occurred?..... | 21 |

LISTA DE AUTORIDADES LEGALES

| | |
|--------------------|--|
| RL-0147-ING | Eleni Frantziou, <i>The Margin of Appreciation Doctrine in European Human Rights Law</i> , UCL POLICY BRIEFING (October 2014). |
| RL-0148-ING | Margin of Appreciation, OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE (April 2012). |
| RL-0149-ING | RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018. |
| RL-0150-ING | Phillip Morris c. Uruguay, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, Julio 8, 2016. |

I. INTRODUCCIÓN

1. En este Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada se enfoca en brindar sus conclusiones respecto al caso presentado por la Demandante y cómo la evidencia oral proporcionada durante la audiencia por los testigos de hecho, los expertos legales y los expertos en daños, confirman que este asunto carece de méritos. La Demandada confirma todos los argumentos planteados en sus Memoriales y comunicaciones escritas, por lo que no los repetirá en este escrito, el cual se centra en demostrar que los temas que fueron abordados en la Audiencia refuerzan los puntos principales de la defensa de México. En este sentido, nada en este Escrito Posterior a la Audiencia debe interpretarse en el sentido de desistirse de los argumentos formulados por la Demandada previamente.

2. En esta etapa del procedimiento el Tribunal podrá confirmar que la Demandante intenta recurrir a este arbitraje como si se tratara de una instancia de apelación o una vía legal alterna para revisar *de novo* constataciones técnicas que sólo le competen a la agencia ambiental mexicana, en este caso la DGIRA. En efecto, la Demandante pretende que el Tribunal haga determinaciones sobre la interpretación y aplicación de la legislación nacional en materia ambiental —pendientes de resolver por tribunales mexicanos—, así como sobre aspectos puramente científicos que ya fueron analizados exhaustivamente por la autoridad técnica encargada de tal función, *i.e.*, DGIRA. De hecho, la Demandante presentó en este arbitraje documentación científica e informes de expertos que no formaron parte del expediente de la MIA evaluada por la DGIRA.¹ Con ello, la Demandante pretende que el Tribunal actúe como si fuera la agencia ambiental del gobierno mexicano, evaluando documentación que la DGIRA no tuvo a su alcance al formular sus constataciones. En particular, la Demandante busca que el Tribunal se pronuncie sobre asuntos tales como:

- Que el Proyecto Don Diego no involucra una actividad minera, a pesar de que ExO manifestó en la propia MIA que la legislación minera resultaba aplicable y cuentan con una concesión minera como condición previa al desarrollo de su proyecto;

¹ Memorial de Contestación, ¶¶ 3 y 424 y Memorial de Dúplica, ¶¶ 15, 40, 55, 377, 487, 579, 581.

- Que la Resolución de 2018, por la cual la DGIRA negó la autorización de la MIA, no expresó un impacto en las ballenas, a pesar de las referencias expresas contenidas en la propia resolución;
- La fiabilidad de informes periciales en materias técnico-científicas que no formaron parte del expediente de la MIA que fue evaluado por la DGIRA;
- La interpretación y aplicación del artículo 35 III (b) de la LGEEPA, particularmente una distinción artificial entre un individuo de una especie y “toda” la especie, la cual contradice precedentes que son acordes con la Resolución de 2018;
- La supuesta inexistencia de una afectación del Proyecto Diego a diversas especies de mamíferos marinos y tortuga en peligro de extinción, particularmente, la especie *Caretta caretta*.

3. El Tribunal no debería subrogarse en las funciones de la DGIRA, ni incursionar en un análisis *de novo* de la evidencia analizada en el procedimiento de evaluación de la MIA y la que se presentó de forma adicional en este arbitraje para pronunciarse sobre la viabilidad del Proyecto Don Diego. El mecanismo de arbitraje inversionista-Estado no fue diseñado para sustituir a las autoridades ambientales en sus determinaciones, ni a tribunales nacionales en sus razonamientos y aplicación de la ley nacional. De hecho, esta limitación resulta más evidente a la luz de los hechos idénticos que se litigan de manera paralela en procedimientos legales internos, ya que el resultado final de dichos procedimientos pendientes puede tener repercusiones directas en las medidas disputadas en este arbitraje, así como en los supuestos daños que la Demandante reclama.

4. Otros aspectos clave que se abordan en este escrito son los siguientes:

- La credibilidad de [REDACTED], ha quedado socavada a la luz de sus comparecencias, las cuales evidenciaron serias contradicciones con su propio testimonio escrito, así como con la evidencia que existe en el expediente;
- Los testimonios orales y escritos del Sr. Pacchiano confirman que él no dio ninguna instrucción para negar la autorización de la MIA, por el contrario, éstos evidencian que su actuar se circunscribió a cumplir la ley, respetando la decisión técnico-científica de la DGIRA, área encargada de evaluar y resolver sobre el sentido de la MIA;
- El contenido de las diversas reuniones referidas por la Demandante, incluyendo aquella en que el Sr. Pacchiano supuestamente se sintió insultado y ordenó la negativa de la MIA, así como aquellas en las que se alega que las autoridades mexicanas y científicos extranjeros reputados avalaron el

Proyecto, resultan cuestionables, ya que los testimonios orales de la Demandante que ninguno de los testigos que dan cuenta de ellas estuvieron presentes;

- La omisión de la Demandante de no haber llamado a contrainterrogar a distintos testigos de la Demandada, *inter alia*, al Dr. Seminoff, quien supuestamente había ratificado el Proyecto y manifestado que resultaba ambientalmente viable, lo cual fue tajantemente desmentido mediante su testimonio escrito.

5. La evidencia que obra en el expediente demuestra que la decisión de la autoridad ambiental se encuentra debidamente justificada ya que actuó dentro del marco de las facultades que la ley le confiere en el ejercicio de sus atribuciones y en claro apego a derecho. Particularmente por lo que se refiere al cumplimiento de la legislación ambiental en México, la cual prevé negar una autorización en materia de impacto ambiental cuando exista una afectación a especies amenazadas o en peligro de extinción, tal como aconteció en el presente caso respecto de diversas especies de tortugas y mamíferos marinos que se verían afectados por el Proyecto Don Diego.

6. Pero incluso si este Tribunal determinara que México violó sus obligaciones internacionales, la reclamación de daños de la Demandante es especulativa y sumamente exagerada. Como se ha señalado desde un inicio, la Demandante valora su proyecto como si se tratara de un negocio en marcha con rentabilidad futura asegurada. La realidad es que era un proyecto en etapa preoperativa cuya viabilidad técnica y financiera todavía no había sido demostrada. Utilizar un modelo DCF en estas condiciones es altamente especulativo y no tendría precedentes en casos inversionista-Estado en donde se reclama la expropiación de un proyecto minero en etapa preoperativa que no cuenta con un estudio de factibilidad y que aún no ha declarado Reservas Minerales. La valuación alternativa elaborada por Agrifos carece de soporte y es igualmente defectuosa y especulativa. Por lo tanto, tampoco puede servir de base para la determinación de los daños en caso de que los hubiere. Todo esto se explicará a mayor detalle en la sección de daños de este escrito.

7. Las preguntas del Tribunal serán abordadas de manera independiente en el Anexo A de este Escrito Posterior a la Audiencia.

II. HECHOS

A. En la audiencia se confirmó que los hechos en los que Odyssey basa su reclamación resultan cuestionables ya que se apoyan en el dicho de testigos de oídas

8. La Demandante ha referido al contenido de diversas reuniones en las que supuestamente se abordaron cuestiones que respaldan su postura en el presente procedimiento.² Sin embargo, los propios testigos de la Demandante declararon expresamente durante la audiencia, que ninguno de ellos participó en dichas reuniones. Además, también declararon oralmente que sus testimonios escritos se basaron en el mero dicho de lo que les transmitieron terceras personas, a quienes la Demandante decidió no presentar a testificar, *i.e.*, el Sr. Ancira y el Sr. Fernández de Cevallos.³

9. En contrapartida, y tal como se aborda *infra*, el Sr. Pacchiano aclaró en su comparecencia el alcance de dichas reuniones. De hecho, existe evidencia que coincide con lo señalado por el Sr. Pacchiano y que refuta lo señalado por los testigos de la Demandante en sus declaraciones testimoniales.

1. Al Sr. Gordon no le constan los hechos de los que da cuenta en su declaración testimonial

10. La Demandante ha sido insistente en alegar que la negativa de la MIA obedeció a razones políticas. De hecho, en su Memorial de Demanda señaló que en una supuesta reunión el Sr. Pacchiano afirmó que “la aprobación del Proyecto [se había convertido] en una cuestión política”.⁴ Sin embargo, destaca el hecho de que el Sr. Gordon, quien rindió testimonio escrito de dicha reunión, no estuvo presente en ésta, tal como él mismo lo reconoció en su comparecencia:

Q. Okay.

² Memorial de Contestación, ¶¶ 313-319 y 494 y nota al pie 606. Declaración Testimonial del Sr. Claudio Lozano ¶¶ 41, 74, 75 (“Yo no participé en dicha reunión, pero hablé con el Sr. Ancira con posterioridad [...] yo debía esperar en el corredor [de la oficina] [...] dentro del automóvil para regresar a la oficina, el Sr. Ancira me dijo: “lo logramos, ahora estamos en una buena posición”).

³ Memorial de Dúplica, ¶¶ 280-281 y 393.

⁴ Memorial de Demanda, ¶ 130.

At Paragraph 69 of your Statement, your First Statement, you discuss a June 11, June 11, 2015, meeting that Mr. De Narváez and Mr. Ed Ancira had with SEMARNAT. You didn't attend that meeting, did you?

A. No, I did not.⁵

11. También resulta notable que la Demandante haya omitido presentar una declaración testimonial de los representantes de ExO que sí atendieron las reuniones que el Sr. Gordon reporta en sus declaraciones testimoniales, convirtiéndolo sólo en un testigo de oídas:

Q. Do you know with whom they met at SEMARNAT?

A. In this meeting in particular, I don't know off the top of my head who was in attendance for SEMARNAT.

Q. Okay. And Mr. De Narváez hasn't presented a witness statement in this Arbitration, has he?

A. No, he has not.⁶

12. El Tribunal debe recordar que la Demandante enfatizó en su Memorial que “se reunió (*sic*), en noviembre de 2015, con uno de los expertos en tortugas más importantes del mundo, el Dr. Seminoff [...] y con su colega del NOAA (National Oceanic and Atmospheric Administration), el Dr. Squires”, quienes supuestamente opinaron que “el Proyecto y las tortugas podían coexistir en el Golfo de Ulloa y que el Proyecto era ambientalmente sólido y socialmente responsable”.⁷ Sin embargo, para sostener estos supuestos hechos, la Demandante se basa en el testimonio del Sr. Gordon, quien tampoco estuvo presente en dicha reunión:

Q. [...]

At paragraphs 76 and 77 of your First Statement that I'm displaying here, you discuss a meeting that was held with the U.S. National Oceanographic and Atmospheric Administration about the Project, and what Mr. De Narváez told you afterwards but you did not attend that meeting, did you?

A. That's correct. We were represented at that meeting by Mr. De Narváez and by Dr. Newell, our two experts for that meeting.⁸

13. Sin perjuicio de que el Sr. Lozano sí asistió a la referida reunión, el Dr. Seminoff, ha dejado en claro que “Odyssey ha caracterizado erróneamente los sentimientos que

⁵ Transcripción, Día 1-Ing, p. 180, líneas 6-11.

⁶ Transcripción, Día 1-Ing, p. 180, líneas 12-18.

⁷ Memorial de Réplica, ¶ 139.

⁸ Transcripción Día 1-Ing, p. 182, líneas 3-11.

compart[ió] sobre el proyecto durante la reunión llevada a cabo el 18 noviembre de 2015”.⁹ En este sentido, resulta revelador que la Demandante haya decidido no llamar a comparecer al Dr. Seminoff, especialmente si se considera que contradijo abiertamente lo manifestado por el Sr. Lozano, señalando que expresó suposiciones infundadas y confundidas sobre la referida reunión.¹⁰ De hecho, el Dr. Seminoff, “(el mismo [...] sobre cuyos estudios la SEMARNAT se basó para denegar la MIA)”¹¹, declaró tajantemente que “no sug[iríó] ni sugeriría que el Proyecto Don Diego pudiera avanzar sin impacto en la población local de tortugas bobas”,¹² contrario a lo declarado por los testigos de la Demandante.

14. En cualquier caso, resulta evidente que el testimonio del Sr. Gordon no tiene ningún peso ya que se basa en las apreciaciones optimistas de sus empleados —quienes tienen un interés directo en el asunto—, es decir, en hechos que no le constan, lo cual quedó evidenciado en su comparecencia oral:

Q. Okay. Here in Paragraph 78 of your First Statement, you say that, here, down here: "By the end of February 2016, I understood that we had successfully addressed whatever issues had been raised."

So, it seems when you say you understood it implies that someone else told you, who was that?

A. That's correct, it would be various I was getting regular communications from various members of my management team, Daniel De Narváez, Dr. Claudio Lozano, who is a witness in this case, sometimes Richard Newell and sometimes from executives at AHMSA. It depended on who were in the particular meetings.¹³

15. El Sr. Gordon también ha afirmado que supuestamente el Sr. Pacchiano, (i) “solicitó que retirara[n] la MIA [...] que luego de eso, la MIA sería acelerada y él la aprobaría”,¹⁴ (ii) “se ofendió [por un comentario del Sr. Ancira] y finalizó [una] reunión”¹⁵; y (iii) “dijo que no estaba en la posición política para aprobar el Proyecto [...], pero que sí lo haría [...]”. Sin embargo, todas las referencias se basan en supuestas reuniones a las que él nunca asistió.

⁹ DT Jeffrey Seminoff ¶ 9.

¹⁰ DT Jeffrey Seminoff ¶¶ 12-13.

¹¹ Memorial de Réplica, ¶ 139.

¹² DT Jeffrey Seminoff ¶ 17.

¹³ Transcripción, Día 1-Ing, pp. 182-183, líneas 12-22, 1-2.

¹⁴ Primera DT, Mark Gordon, ¶ 70.

¹⁵ Primera DT, Mark Gordon, ¶ 79.

Además, los representantes de ExO que sí presenciaron esas supuestas reuniones, no presentaron ninguna declaración testimonial, es decir, la Demandante decidió *motu proprio* no ofrecerlos como testigos, a pesar del peso significativo que intenta atribuir a dichas reuniones para sustentar sus reclamaciones.

Q.

At Paragraph 79, you describe a meeting with Secretary Pacchiano that was supposedly held in March of 2016. You didn't attend that meeting either, did you?

A. No, that's correct, I did not.

Q. Okay. Here at paragraph 83, you discuss another meeting with Secretary Pacchiano. You said it was attended by Mr. Ancira, and Mr. de Cevallos Ramos. So, Mr. de Cevallos did not prepare a witness statement for this Arbitration, did he?

A. I'm sorry, can you repeat that last part of your question?

Q. Yeah, you're describing here a meeting that you said was attended by Sr. Ancira and Sr. de Cevallos Ramos?

A. Correct.

Q. And you say Dr. Lozano waited outside. I'm just clarifying that Mr. de Cevallos Ramos did not prepare a witness statement for this Arbitration; correct?

A. That's correct.

Q. Okay. And Mr. Ancira did not prepare a witness statement for this Arbitration, did he?

A. He did not.¹⁶

16. La Demandante también ha alegado que supuestamente [REDACTED] tenía “un interés serio y sostenido” para que [REDACTED] se convirtiera en “un tomador de roca de fosfato para el Proyecto Don Diego”.¹⁷ Sin embargo, para sostener esa afirmación, la Demandante nuevamente se basa en lo dicho por el Sr. Gordon,¹⁸ quien afirma haber participado en una reunión [REDACTED]. Sin embargo, el [REDACTED] aclaró que esa reunión nunca tuvo lugar:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

¹⁶ Transcripción, Día 1- Ing, pp. 183- 184, líneas 4-22 y 1-5.

¹⁷ Memorial de Réplica, ¶ 484.

¹⁸ Segunda DT Mark Gordon, ¶¶ 4-39.

████████████████████¹⁹

17. A pesar de lo anterior, el Sr. Gordon destina más de 35 párrafos de su segunda declaración testimonial²⁰ para hacer referencia a lo que le informaban terceras personas respecto a la supuesta interacción entre ExO ██████████ con relación al Proyecto y la supuesta “gran oportunidad para asociarse”.²¹ Sin embargo, en la comparecencia del Sr. Gordon quedó de manifiesto que sus afirmaciones sobre el supuesto interés ██████████ en el Proyecto Don Diego carece de sustento al no contar con evidencia escrita sobre lo acontecido en las reuniones y basarse en las percepciones de lo que supuestamente le informaban otras personas:

Q. Okay. Going to Paragraph 26 of your Second Statement, you say that AHMSA representative informed you that ██████████

████████████████████
████████████████████
████████████████████

[...]

A. [...] Yeah, I think what he was sharing ██████████

████████████████████
████████████████████
████████████████████
████████████████████

Q. So, who were those AHMSA representatives that who informed you?²²

A. That would have been Moises Koltheniuk.

[...]

Q. So, were any of ██████████ insights provided in writing?

A. I don't know.²³

2. El Sr. Lozano no presenció los hechos que surgieron en las reuniones que refiere en su declaración testimonial

18. La Demandante ha alegado a lo largo del procedimiento que el Sr. Pacchiano supuestamente “aprobaría el Proyecto si lo retiraba y lo volvía a presentar con las cartas de apoyo”,²⁴ sin embargo, dicha afirmación se basa en la declaración del Sr. Lozano, quien no

¹⁹ Transcripción, Día 3-Esp, p. 635, líneas 5-11.

²⁰ Segunda DT Mark Gordon, ¶¶ 4-39.

²¹ Primera DT Mark Gordon, ¶¶ 64.

²² Transcripción, Día 1-Ing, p. 187-188, líneas 22, 1-4, 9-20.

²³ Transcripción, Día 1-Ing, p. 189, líneas 6-8.

²⁴ Memorial de Réplica, ¶ 205.

estuvo presente en la reunión en la que esto supuestamente aconteció y así lo reconoció en su comparecencia:

P: ¿Y qué ocurrió con la MIA de septiembre de 2014, de ExO?

R: Pues lo que ocurrió fue que llegado el mes de junio de 2015 hubo una reunión del señor Ancira con el señor Pacchiano y se sugirió por parte del señor Pacchiano que esa Manifestación de Impacto Ambiental se retirase y se volviera a presentar otra vez para todo el proceso administrativo de nuevo, y que esa MIA misma fuera acompañada de unas cartas de apoyo por parte de entidades de pesca locales y otros agentes sociales de Baja California Sur.²⁵

[...]

P: Gracias. Ahora quisiera hacer mención a los párrafos 41 y 42 de su primera declaración. Usted hizo mención a la reunión que hace un momento escuchábamos, es la de junio de 2015 entre el señor Ancira y en ese entonces subsecretario Pacchiano...

R: Sí.

P: Perdón la obviedad, pero no más quiero confirmarlo. Usted no participó en esa reunión. ¿Correcto?

R: Yo no participé en esa reunión, correcto.

P: Gracias. Y entiendo que en esta reunión el señor Ancira recibió la información de que se sugirió que ExO retirara la MIA de 2014.

¿Correcto?

R: Correcto.

P: Y usted también señaló que una vez retirada la MIA y vuelta a ser presentada con cartas de apoyo, SEMARNAT aceleraría proceso de evaluación para aprobar la mía, ¿correcto?

R: Sí, bueno, eso era una -- es decir, una vez que ya se conocía y que ya se conocían los -- esa MIA, el proceso según siempre en palabras de Pacchiano al señor Ancira se agilizaría, sí.

P: De acuerdo. Y perdón la obviedad, pero usted nunca escuchó directamente del señor Pacchiano la solicitud de retirar la MIA 2014.

¿Correcto?

R: Correcto.²⁶

19. Al igual que las afirmaciones del Sr. Gordon sobre el contenido de diversas reuniones, las declaraciones del Sr. Lozano se basan en hechos que no le constan, *i.e.*, afirmaciones de lo que supuestamente otras personas le dijeron respecto a sus percepciones de lo ocurrido en las reuniones que relata. Resulta problemático que la Demandante haya decidido no presentar

²⁵ Transcripción Día 1-Esp, pp. 220-231, líneas 13-22 y 1-2.

²⁶ Transcripción Día 1-Esp, pp. 243-244, líneas 9-22 y 1-16.

a las personas que presenciaron las reuniones —particularmente los Sres. Cevallos y Ancira— y que, en su lugar, pretenda acreditar sus alegaciones con “testimonios de oídas” como el que presenta el Sr. Lozano:

P: ¿Hubo alguna otra reunión con el señor Pacchiano durante el proceso del recurso de revisión?

R: Sí, hubo una reunión en mayo de 2016. Y en esa reunión yo acudí con el señor Alonso Ancira y con el señor Fernández de Cevallos, pero en esa reunión yo no entré. El asistente salió y nos dijo -- me dijo que tenía que esperar yo fuera. Y entraron el señor Ancira y el señor Cevallos. Y a la salida el señor Ancira lo que me comentó fue que se iba a celebrar un evento ambiental en México, la COP 13, y que no era un buen contexto para que se aprobara durante esa revisión la Manifestación de Impacto Ambiental del proyecto Don Diego. Y posteriormente bueno, pasó el plazo, pasó el evento y tampoco se aprobó, tampoco prosperó.²⁷

P: [...] Y solo para confirmar: usted nunca escuchó directamente al señor Pacchiano que la SEMARNAT estaba dispuesta a aprobar la MIA de Don Diego. ¿Correcto?

R: Correcto.²⁸

20. Nuevamente, y tal como se refleja *infra* en la declaración del Sr. Lozano, la Demandante intenta basar sus argumentos en lo que sus testigos pudieron haber escuchado decir (“*hearsay*”) de los Sres. Elvira y Ancira —los lobistas que contrataron—, y a quienes la Demandante decidió no presentar como testigos, lo cual es muy cuestionable:²⁹

P: Gracias. Le quiero mostrar rápidamente, por cuestión de tiempo, los párrafos 26 y 27 de su segunda declaración. En ella señaló que hubo una siguiente reunión el 31 de enero de 2017.

R: Sí.

P: Solamente estuvieron presentes el señor Pacchiano, el señor Elvira -anterior secretario de SEMARNAT- y el señor Ancira en representación del proyecto Don Diego. ¿Esto es correcto?

R: Eso es correcto.

P: Gracias. Y usted afirma que el señor Elvira le informó a usted que el secretario Pacchiano comentó que quería evitar un juicio de nulidad, prefería resolver la situación de Don Diego mediante un recurso de revisión. ¿Correcto?

R: Eso fue lo que me comentó el señor – el señor...

P: Elvira.

²⁷ Transcripción Día 1-Esp, pp. 233-234, líneas 10-22 y 1-4.

²⁸ Transcripción Día 1-Esp, pp. 265-266, líneas 21-22 y 1-2.

²⁹ Memorial de Dúplica, 279-281.

R: Elvira, sí, correcto.³⁰

21. El hecho de que la Demandante pretenda sustentar sus alegaciones con base en declaraciones testimoniales de personas que dan cuenta de hechos que no presenciaron, explica las contradicciones y errores en sus declaraciones, tal como se constató con la comparecencia del Sr. Lozano, quien cambió su testimonio acerca de cuándo ocurrió una supuesta reunión con representantes de ExO:

También recuerdo una reunión más que no describí en mi primera declaración testimonial. El 31 de enero de 2017, después de la conferencia COP13, el Secretario Pacchiano se reunió con los Sres. Ancira y Elvira. El Sr. Juan Elvira es un antiguo Secretario de la SEMARNAT que en ese momento trabajaba para Altos Hornos de México en relación a asuntos medioambientales.

[...] En esa reunión, el Secretario Pacchiano comentó que quería evitar un juicio de nulidad ante la TFJA, y que prefería resolver la MIA de ExO a través de un recurso de revisión, [...] ³¹

22. Derivado de su conainterrogatorio y en virtud del Anexo C-0170 que se le mostró, el cual señalaba que “el 27 de enero de 2017” ExO ya había iniciado un juicio de nulidad en contra de la resolución de 2016 de la DGIRA, *i.e.*, antes de la reunión del 31 de enero de 2017, el Sr. Lozano cambió su testimonio afirmando que no recordaba la fecha exacta de esa reunión:

P: De acuerdo. Gracias. En pantalla verá el anexo C-170. Es la sentencia del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Un poquito más abajo, la sentencia señala que el 27 de enero de 2017 ExO inició un juicio de nulidad en contra de la resolución de 2016 de la DGIRA. Eso significa que antes de la reunión del 31 de enero de 2017 ExO ya había presentado un litigio en contra de la DGIRA. ¿Correcto?

R: La -- yo la notificación que tengo es del 31 de enero, es decir, el email es del 31 de enero. No le puedo decir exactamente el día que se celebró la reunión.³²

23. Resulta evidente que las declaraciones testimoniales del Sr. Lozano deben ser consideradas con gran escepticismo al versar sobre hechos que no presenció y contener afirmaciones que se contradicen con la evidencia del caso, como el afirmar que hubo una reunión el 31 de enero de 2017 y posteriormente aclarar que no recordaba la fecha exacta de esa supuesta reunión.

³⁰ Transcripción Día 1-Esp, pp. 266-267, líneas 4-22 y 1-3.

³¹ Segunda DT Claudio Lozano, ¶¶ 26-27.

³² Transcripción Día 1-Esp, p. 267-268, líneas 4-22 y 1-7.

B. La comparecencia [REDACTED] confirmó que su declaración testimonial resulta inverosímil

24. A pesar de que la Demandante ha insistido en señalar que el Sr. Pacchiano “ordenó a los funcionarios de la SEMARNAT “encontrar” una razón para evitar la aprobación del Proyecto”,³³ [REDACTED]

[REDACTED]

1. [REDACTED]

25. Aunque [REDACTED] pretendió hacer creer al Tribunal en sus declaraciones escritas [REDACTED],³⁴ en su comparecencia ante el Tribunal se evidenció que [REDACTED]

[REDACTED]

26. De la cita anterior se desprende que, a pesar de que la Demandante ha sido insistente en afirmar que supuestamente “[e]l Secretario Pacchiano le ordenó a su staff que “encontraran una razón” para denegar el Proyecto”,³⁶ [REDACTED] respecto a la Resolución [REDACTED]

³³ Memorial de Demanda, ¶¶ 220 y 253.
³⁴ Ver Primera DT [REDACTED], ¶ 8.
³⁵ Transcripción, Día 2-Esp, p. 348, líneas 3-17.
³⁶ Memorial de Demanda, ¶ 253.

[REDACTED]

31. A pesar de que [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].⁴⁶ De hecho, en su comparecencia reiteró esa posición:

[REDACTED]

32. En contraste con el testimonio [REDACTED] la reunión con ExO tuvo lugar a fines de marzo de 2016, el Sr. Lozano dijo que tuvo lugar el 12 de marzo y luego aclaró que había “anotado que la reunión ocurrió el 12 de marzo, [...] podría haber ocurrido unos días antes o después del 12 de marzo”.⁴⁸ En su comparecencia, el Sr. Lozano reiteró que no contaba con ninguna evidencia documental sobre los temas abordados:

P: Usted en su segunda declaración señaló que esta reunión pudo haberse realizado unos días antes o unos días después del 12 de marzo de 2016. ¿Correcto?

⁴⁵ Transcripción Día 2-Esp, pp. 410-412, líneas 21-22, 1-22 y 1-2.
⁴⁶ Primera DT [REDACTED] ¶ 20.
⁴⁷ Transcripción Día 7-Esp, p. 1809, líneas 1-16.
⁴⁸ Segunda DT Claudio Lozano, ¶ 25.

R: Correcto.

P: ¿Se elaboraron algunas presentaciones, talking points o algún otro tipo de material para esta reunión con el secretario Pacchiano?

R: Específicamente no, yo tenía siempre una misma -- una misma presentación, que dependiendo del interlocutor cambiaba a lo mejor alguna que otra diapositiva, y era una presentación en PowerPoint genérica que tengo para este tipo de reuniones.

P: Okay. Y nada más para entender, este insumo no acompañó sus declaraciones testimoniales, ¿correcto?

R: Este insumo no acompañó mis declaraciones-- mi declaración, no.⁴⁹

33. La falta de evidencia documental que acredite la realización de esa supuesta reunión, así como del contenido que se abordó en ellas resulta relevante, ya que no sería la primera vez que las afirmaciones del Sr. Lozano se hayan visto afectadas por su emoción e interés personal sobre el proyecto, así como por sus percepciones erróneas de lo acontecido en las reuniones que presenció —tal como ocurrió con la reunión que tuvo con los Dres. Seminoff y Squires—. El propio Sr. Pacchiano hizo notar la falta de evidencia que demuestre que las reuniones referidas, de hecho, se hayan llevado a cabo:

R: Hubo una reunión en 2016 que ellos decían que se llevó a cabo un sábado o un domingo. Lo único que dije es que yo esos días no trabajé. Y otra reunión que ellos argumentan, no sé si fue en el mes de mayo, que yo no tengo registro en ningún lado de esa reunión.

P: ¿Pero usted no niega que se celebraron esas reuniones?

R: No tengo ningún registro documental de que esas reuniones hubieran pasado. Incluso el día que ellos argumentan fue un fin de semana, que seguro no pasó en fin de semana porque nunca recibí a ningún promovente en fin de semana.⁵⁰

34. El Tribunal deberá considerar que las declaraciones del Sr. Lozano han sido seriamente cuestionables y se han contradicho con la evidencia del caso, significativamente con la declaración del Dr. Seminoff. Además, el Tribunal también debe tener en cuenta que la Demandante también decidió no ofrecer como testigos a los Sres. Ancira, Koltheniuk y Fernández de Cevallos, quienes supuestamente participaron en las reuniones en las que supuestamente se realizaron hechos y eventos relevantes para su caso. Por lo tanto, el Tribunal podrá constatar que no existe evidencia que confirme las alegaciones formuladas

⁴⁹ Transcripción Día 1-Esp, pp. 263-264, líneas 21-22 y 1-17.

⁵⁰ Transcripción Día 2-Esp, pp. 532-533, líneas 11-22, 1-2.

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]⁵⁸

40. [REDACTED] supone incorrectamente que al haber firmado el contrato un año [REDACTED] [REDACTED] “cumple” con lo prescrito [REDACTED] [REDACTED] sin embargo, dicha interpretación es errónea. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

41. Es obvio que [REDACTED] buscando evadir las limitaciones [REDACTED] [REDACTED] esperó hasta la terminación del periodo de un año para suscribir el contrato y retroactivamente cobró por el tiempo que destinó asistiendo a la Demandante en preparar su Memorial.

42. En su comparecencia, [REDACTED] [REDACTED]⁵⁹ Ante las preguntas del Sr. Sands y el Presidente Bulnes, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

⁵⁸ Transcripción Día 2-Esp, p. 392-393, líneas 8-22 y 1-5.

⁵⁹ Transcripción Día 2-Esp, p- 397, líneas 16-22.

⁶⁰ Transcripción Día 2-Esp, p. 397, líneas 13-15.

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]⁶¹

43. Resulta cuestionable que haya afirmado que [REDACTED]
[REDACTED] no tienen justificación alguna que pueda considerarse razonable:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]⁶²

44. Resulta cuestionable que, [REDACTED]
[REDACTED] afirmara que éstas las dedicó para que [REDACTED]
[REDACTED]⁶³ En este sentido, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]⁶⁴

45. Durante su interrogatorio, [REDACTED] fue cuestionado por el Tribunal Arbitral respecto de las horas invertidas en su participación como testigo, así como el pago

⁶¹ Transcripción Día 2-Esp, p. 399, líneas 6-21.
⁶² Transcripción Día 2-Esp, p. 403-404, líneas 13-22 y 1-12.
⁶³ Transcripción Día 2-Esp, p. 404, líneas 7-10.
⁶⁴ *Ver R-0212 y R-0213.* Esto se debe a que son documentos confidenciales y no se pueden descargar, sólo pueden ser visualizados en modo lectura desde un sistema de la Demandante. Por lo tanto, la Demandada está limitada a las notas que tomó sobre estos documentos.

(contraprestación) que recibiría por ello conforme a los términos del contrato celebrado con la Demandante:

[REDACTED]

46. Como se desprende del párrafo anterior, al momento de su comparecencia, [REDACTED] [REDACTED] que había reportado desde el inicio de su participación como testigo de la Demandante —2 de noviembre de 2020— (fecha de firma de su contrato) [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]⁶⁵

47. Por otra parte, [REDACTED] también fue interrogado por el Tribunal [REDACTED] [REDACTED]

[REDACTED]

⁶⁵ Transcripción Día 2-Esp, pp. 399-400, líneas 14-22 y 1-9.
⁶⁶ Transcripción Día 2-Esp, p. 404, línea 10.
⁶⁷ Transcripción Día 2-Esp, p. 404, líneas 8-9.
⁶⁸ Transcripción, Día 2-Esp, p. 405, líneas 5-17.

51. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]⁷¹

52. Conforme a lo anterior, no es casual que la Demandante haya solicitado a [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Tampoco es casual que, en su lugar, la Demandante haya preferido contratar a peritos que apoyaran su postura para pretender hacer creer al Tribunal que el Sr. Pacchiano es responsable de un acto jurídico que realizó [REDACTED]

5. [REDACTED] no sería ilegal negar una autorización ambiental, ampliamente regulada por ley, basándose en fundamentos técnicos y científicos con los que los evaluadores de la DGIRA no están de acuerdo

53. [REDACTED] de las Resoluciones de 2016 y 2018.⁷²

[REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]⁷³

⁷¹ Transcripción Día 2-Esp, p. 338, líneas 7-14.

⁷² [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] [...]. Ver Segunda DT [REDACTED] ¶ 21.

⁷³ Transcripción Día 2-Esp, p. 356-357, líneas 22 y 1-6.

54. No obstante, resulta contradictorio que [REDACTED] de igual manera haya manifestado que [REDACTED]

[REDACTED]:⁷⁴

[REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]⁷⁵

55. Es inverosímil que [REDACTED] argumente que [REDACTED] de negar la autorización de una MIA por razones que no tienen rigor científico no resulta ilegal. [REDACTED] parece estar tratando de adoptar ambas posturas (“*to have it both ways*”), lo cual es claramente incompatible. De hecho, resulta cuestionable que [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED] a pesar de que tenía la convicción de que supuestamente [REDACTED]

[REDACTED]⁷⁶ Es evidente que no se necesita ser un experto en derecho administrativo para poder discernir que si una MIA cumple con la ley desde un aspecto técnico y científico —como alega [REDACTED]—, ésta debe autorizarse, ya que una instrucción en contrario transgrediría la normativa, *i.e.*, sería ilegal. Por lo tanto, [REDACTED] en este sentido sencillamente demerita la credibilidad de su testimonio.

C. La comparecencia [REDACTED] confirmó que su declaración testimonial carece de credibilidad

56. Aunque el caso de la Demandante se sustenta fuertemente en las declaraciones testimoniales de [REDACTED] —que a cambio de una retribución económica ahora [REDACTED]—, la

⁷⁴ Segunda DT [REDACTED] ¶ 21.

⁷⁵ Transcripción Día 2-Esp, p. 356, líneas 5-21.

⁷⁶ Primera DT [REDACTED] ¶ 9.

comparecencia de ambos ante el Tribunal Arbitral permitió notar las contradicciones y poca credibilidad de sus testimonios. El caso [REDACTED] es significativo, ya que se demostró que sus declaraciones son poco confiables al entrar en una contradicción irremediable con [REDACTED] le transmitió la supuesta orden del Sr. Pacchiano. Además, reconoció que, [REDACTED] es decir, pudo haber rehusado [REDACTED] sin embargo, no lo hizo.

1. [REDACTED]

57. En el interrogatorio directo, los representantes de la Demandante preguntaron [REDACTED] él respondió lo siguiente:

[REDACTED]

58. El Tribunal podrá notar que, según el testimonio [REDACTED]

⁷⁷ Transcripción Día 2-Esp, p. 315, líneas 17-22.

⁷⁸ Transcripción Día 2-Esp, pp. 316-317, líneas 18-22 y 1-4.

[REDACTED]

59. Resulta evidente la contradicción entre lo declarado por los [REDACTED] en su comparecencia ante el Tribunal. De hecho, dicha contradicción fue hecha notar por el representante de la Demandada [REDACTED] quien intentó ignorarla y, en su lugar, evadirla con explicaciones irrelevantes:

[REDACTED]

⁷⁹ Transcripción Día 7-Esp, pp. 1825-1826, líneas 10-18 y 14-19.
⁸⁰ Transcripción Día 7-Esp, pp. 1827-1829, líneas 13-20.

Tribunal Arbitral que desestime el testimonio [REDACTED] Finalmente, resulta importante enfatizar que el Sr. Pacchiano, testigo de la Demandada, ha negado directamente cada uno de los hechos descritos en el testimonio [REDACTED]

D. La comparecencia del Sr. Pacchiano desvirtúa las alegaciones de la Demandante y lo declarado por sus testigos

66. A pesar de las serias acusaciones que la Demandante formula en contra del Sr. Pacchiano, en su comparecencia demostró que todas ellas resultan falsas y carentes de méritos, lo cual fue congruente con sus declaraciones escritas. Efectivamente, entre otros puntos, el Sr. Pacchiano confirmó que la CONANP y otras instituciones académicas mostraron preocupaciones con el Proyecto Don Diego, lo cual resultaba coherente con las conclusiones alcanzadas por la propia DGIRA y demuestra que él no tuvo injerencia alguna en el resultado alcanzado por el área técnico-científica especializada en resolver las MIA conforme a la normativa mexicana.

1. El Sr. Pacchiano confirmó que la decisión adoptada por la DGIRA fue congruente con la opinión técnica de la CONANP y las preocupaciones [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

67. A pesar de que [REDACTED] las preocupaciones de la CONANP presentadas en su opinión de noviembre de 2015 fueron atendidas con la información proporcionada por ExO,⁹⁰ en las Resoluciones de 2016 y 2018 no existe ninguna mención en ese sentido por parte de la DGIRA. Por el contrario, el propio razonamiento y conclusiones de las Resoluciones se encuentran en línea con la opinión de la CONANP. De hecho, esas preocupaciones formaban parte de la información que [REDACTED] [REDACTED] tal como lo confirmo en su comparecencia:

COÁRBITRO SANDS (Interpretado del inglés): ¿Podría indicarnos quién emite este documento? ¿Podría explicar qué es la CONANP, para que podamos entenderlo?

SEÑOR PACCHIANO ALAMÁN: La CONANP es la Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas. Es un organismo que depende de la SEMARNAT.

COÁRBITRO SANDS (Interpretado del inglés): Este documento, [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] ¿Correcto?

⁹⁰ Segunda DT [REDACTED] ¶ 17 y Segunda DT [REDACTED] ¶ 23.

SEÑOR PACCHIANO ALAMÁN: Correcto.

COÁRBITRO SANDS (Interpretado del inglés): Entonces, este documento es uno de los documentos técnicos al que se hizo referencia.

SEÑOR PACCHIANO ALAMÁN: Estas son una de las opiniones que la DGIRA solicitó a las diferentes dependencias. Y sí, supongo que sea la contestación a eso.

COÁRBITRO SANDS (Interpretado del inglés): Bien. Vamos a la página 31 de este documento, es decir, a las conclusiones. Señor Pacchiano, ¿ve usted las conclusiones?

SEÑOR PACCHIANO ALAMÁN: Sí.

COÁRBITRO SANDS (Interpretado del inglés): Aquí se muestran siete inquietudes diferentes respecto de este proyecto. Usted lo vio, ¿verdad?

SEÑOR PACCHIANO ALAMÁN: Sí.⁹¹

COÁRBITRO SANDS (Interpretado del inglés): En el párrafo 7, por ejemplo, concluye que: “Hay medidas de mitigación para prevenir la interacción con embarcaciones, y esto no es congruente con las especies en cuestión, con la tortuga (amarilla); no se adecúan a la etología y biología de la especie en cuestión; no ha demostrado que las medidas cuenten con sustento técnico para lograr ser eficaces y eficientes en sus objetivos”. ¿Lo ve?

SEÑOR PACCHIANO ALAMÁN: Mhm mhm.

COÁRBITRO SANDS (Interpretado del inglés): ¿Este es el tipo de conclusión que tenía usted en mente cuando usted le respondió al señor Alexandrov que entendía que se habían realizado estas opiniones, aunque usted no las había visto, y donde planteaban inquietudes respecto de la viabilidad del proyecto?

SEÑOR PACCHIANO ALAMÁN: Así es. [REDACTED]

68. Al ser interrogado sobre la toma de decisiones de la DGIRA a la luz de las opiniones técnicas y científicas que recibió de diferentes instituciones, organizaciones, organismos y autoridades, particularmente de la CONANP, el Sr. Pacchiano reconoció la naturaleza técnica y relevancia de las opiniones de la CONANP:

COÁRBITRO SANDS (Interpretado del inglés): Entiendo que usted tiene poca experiencia. Para que el órgano decisor reciba un documento como este, ¿no?, el ente decisor simplemente rechazaría un informe de esta naturaleza, en el que se plantean conclusiones que son tan sólidas y tan claras.

SEÑOR PACCHIANO ALAMÁN: Pues entiendo que, para poder hacer caso omiso a un documento con tanta claridad como este, creo que la DGIRA tendría que tener muchos argumentos para desestimar este documento y tomar una decisión que sí aprobara el proyecto. Pero el resolutivo de la DGIRA fue

⁹¹ Transcripción, Día 2-Esp, pp. 569-570, líneas 12-22 y 1-15.

⁹² Transcripción, Día 2-Esp, pp. 571-572, líneas 4-22 y 1.

totalmente congruente con las opiniones técnicas, como la que me está mostrando usted.

COÁRBITRO SANDS (Interpretado del inglés): En teoría, ¿la DGIRA podría ignorar este informe y llegar a su propia conclusión de que el proyecto era viable?

SEÑOR PACCHIANO ALAMÁN: Entiendo que no son vinculantes las opiniones que solicita la DGIRA más que para ciertos casos, que no aplican para el proyecto Don Diego.⁹³

69. Independientemente de si las opiniones técnicas tienen una naturaleza vinculante, el Sr. Pacchiano precisó de manera importante la relevancia sobre este tipo de documentos en el sentido de que los elementos que se formularon en el caso de la CONANP, fueron congruentes con la decisión final adoptada por la DGIRA, es decir, desde una perspectiva técnico-científica las Resoluciones de 2016 y 2018 se encontraban plenamente justificadas, por lo cual habría resultado cuestionable que la DGIRA se pronunciara en un sentido distinto sin que existiera un razonamiento sustentado en evidencia que contradijera la opinión de la CONANP:

COÁRBITRO SANDS (Interpretado del inglés): Entonces, en su experiencia, con el trabajo que usted ha realizado, en su capacidad como secretario o subsecretario, ¿qué peso tendría un documento como este?

SEÑOR PACCHIANO ALAMÁN: Creo que sería muy difícil autorizar un proyecto que tienen opiniones que vienen en el sentido como esta, ya que creo que en un juicio creo que sería muy fácil que -- dejar sin efecto una resolución de DGIRA al haber ignorado documentos técnicos tan contundentes como este.⁹⁴

70. Conforme a lo anterior, resulta evidente que es la opinión de la CONANP —que formó parte del expediente del PEIA— la que tuvo peso y relevancia en la determinación de la DGIRA conforme a las Resoluciones de 2016 y 2018. Por lo tanto, [REDACTED] con relación a la opinión técnica de la CONANP o [REDACTED] con el Comisionado del Mazo Maza, son irrelevantes porque éstas no formaron parte de la documentación analizada por la DGIRA para adoptar su decisión de negar la autorización de la MIA.

⁹³ Transcripción, Día 2-Esp, pp. 572-573, líneas 5-22 y 1-19.

⁹⁴ Transcripción, Día 2- Esp, p. 574, líneas 9-20.

2. El Sr. Pacchiano confirmó que las Resoluciones de 2016 y 2018 son coherentes con las opiniones técnicas de las diversas organizaciones e instituciones que participaron

71. En su conainterrogatorio, el Sr. Pacchiano recordó la importancia del proceso participativo que involucró el PEIA del Proyecto Don Diego,⁹⁵ en particular las opiniones técnicas de las diversas personas, organizaciones, autoridades e instituciones académicas que expresaron sus preocupaciones respecto al Proyecto Don Diego. Al respecto, el Sr. Pacchiano precisó lo siguiente:

R: Sí, y es importante resaltar que parte del procedimiento de evaluación ambiental la DGIRA se hace acompañar por diferentes instituciones para hacerse de mayor información y poder tomar una mejor decisión. No fue el caso -- no fue una excepción en el caso de este proyecto. Se pidieron opiniones a diversas instituciones y todas, hasta donde yo recuerdo, que incluso están en el expediente de la Manifestación de Impacto, siempre fue que el proyecto no era viable ya que involucraba un gran riesgo al medio ambiente y a las especies que habitan en esa zona.⁹⁶

72. Como se desprende de la comparecencia del Sr. Pacchiano, la opinión técnica de las diversas organizaciones e instituciones académicas era prácticamente unánime en el sentido de que el Proyecto o era viable al involucrar un riesgo importante para el medio ambiente y las especies de la región, lo cual fue congruente con la evaluación técnico-científica realizada por la DGIRA. De acuerdo al Sr. Pacchiano, dichas opiniones coincidían con las preocupaciones [REDACTED]

COÁRBITRO SANDS (Interpretado del inglés): ... Pero ¿cuáles son las opiniones técnicas a las cuales se refiere usted y cómo se enteró de estos?

R: Porque en reuniones, desde que el proyecto ingresó, [REDACTED] las opiniones técnicas de la Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas, de la Universidad Autónoma de Baja California Sur, del Instituto de Ciencias del Mar y Limnología de la UNAM, donde se establecía que el proyecto no era viable.⁹⁷

[...]

COÁRBITRO SANDS (Interpretado del inglés): Y a su entender, [REDACTED]

⁹⁵ Memorial de Contestación, ¶¶ 270-305 y Dúplica, ¶¶ 363-364.

⁹⁶ Transcripción Día 2-Esp, pp. 506-507, líneas 17-22 y 1-7.

⁹⁷ Transcripción Día 2-Esp, pp. 535 y 536, líneas 15-22 y 1-4.

SEÑOR PACCHIANO ALAMÁN: [REDACTED]

[REDACTED]⁹⁸

73. Las declaraciones del Sr. Pacchiano con relación a las preocupaciones de las distintas organizaciones e instituciones académicas sobre la inviabilidad del Proyecto son congruentes con la evidencia que obra en el expediente. Por lo tanto, las teorías de la Demandante y sus testigos sobre una supuesta molestia personal o motivaciones políticas que le atribuyen al Sr. Pacchiano para negar el Proyecto resultan insostenibles y carentes de méritos.

3. El Sr. Pacchiano dejó en claro que fue respetuoso del debido proceso y nunca tuvo injerencia en las Resoluciones de 2016 y 2018 que negaron la autorización de la MIA

74. Ante la pregunta expresa de los representantes de la Demandante sobre su participación como Secretario de la SEMARNAT en el PEIA del Proyecto Don Diego, el Sr. Pacchiano precisó que siempre fue respetuoso de la labor que le correspondía a la DGIRA como autoridad encargada de evaluar técnica y científicamente las MIA, por lo cual no tuvo ningún involucramiento en estos procesos:

P: Muchas gracias. En este arbitraje existe una discusión sobre el tema del rechazo del proyecto Don Diego y su involucramiento como entonces secretario. ¿Podría explicar al Tribunal si usted tuvo algún involucramiento o injerencia en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental de este proyecto?

R: Nunca lo tuve, ni en este proyecto ni en ningún otro proyecto que fue evaluado por la Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental, ni como subsecretario y ni como secretario. Siempre fue mi postura la de permitir que el personal técnico y especializado de la dirección cumpliera a cabalidad su función y decidiera en base a la información que sometían los promoventes. No tenía ningún interés de participar en ninguno, además de que la ley lo prohíbe.⁹⁹

75. El Sr. Pacchiano no sólo confirmó que no tuvo ninguna participación en el PEIA en su carácter de Secretario, sino que también reconoció que como parte de sus labores sostuvo reuniones para escuchar las inquietudes de los interlocutores e interesados respecto de los temas de la SEMARNAT. En particular, aclaró el alcance de las reuniones que tuvo con los representantes de ExO con relación al Proyecto Don Diego:

P: Muchas gracias. En sus dos declaraciones testimoniales usted hace mención a diversas reuniones con interlocutores del proyecto de Don Diego. No voy a poder, por cuestión de tiempo, abordar cada una de estas reuniones, ¿pero podría explicar al Tribunal de manera general en qué consistieron estas reuniones o

⁹⁸ Transcripción Día 2-Esp, p. 536, líneas 15-21.

⁹⁹ Transcripción Día 2-Esp, pp. 505-506, líneas 14-22 y 1-9.

acercamientos? Unas se realizaron en 2014, otras en 2015 y otras en 2016 y unas últimas en 2017

R: Sí, para los promoventes era importante que la Secretaría tuviera conocimiento incluso previo a ingresar la solicitud de Manifestación de Impacto Ambiental, que la Secretaría lo conociera. Tuvieron la primera reunión con el entonces secretario Guerra. A mí me convocó a una reunión para que conociera el proyecto y después me pidió que lo recibiera para que me pudieran hacer una presentación más detallada del mismo. Lo recibí, siempre mi postura fue la que la ley era muy clara y que para que cualquier proyecto fuera autorizado por la Secretaría tendría que cumplir lo que estipulaba en la ley. Y tuvimos diferentes reuniones durante el tiempo y después ya como secretario, en donde yo tenía la atención de recibir a los promoventes. Pero siempre fue en la misma tónica, insistiendo que cualquier Manifestación de Impacto Ambiental tiene que proveer información que deje claro que no hay una afectación al medio ambiente y que la DGIRA tomaría la decisión correspondiente de autorizar o rechazar un proyecto..¹⁰⁰

76. Tal como se desprende de la respuesta del Sr. Pacchiano, su postura como Secretario de la SEMARNAT con relación al Proyecto Don Diego consistió en respaldar las conclusiones técnico-científicas a las que arribara la DGIRA en su carácter de órgano especializado. Por ello, confirmó que no recibió ninguna alerta o comunicación sobre si negar la autorización de la MIA del Proyecto Don Diego resultaba incorrecta, ya que su labor nunca consistió en influir en las decisiones de la DGIRA, tampoco en crearse una opinión personal respecto de los proyectos que eran sometidos a evaluación, ni mucho menos pedir a la DGIRA que actuara en un sentido contrario a la ley:

P: Muchas gracias. ¿Recibió usted alguna alerta, opinión o comunicación [REDACTED] que indicara que la negativa de la MIA de Don Diego sería una decisión incorrecta?

R: No, jamás.¹⁰¹

[...]

P: Usted creía que en su carácter de secretario tenía responsabilidad en última instancia para asegurarse de que la SEMARNAT dictara decisiones correctas. ¿Verdad?

R: Mi trabajo era coordinar que las unidades especializadas hicieran su trabajo, mas nunca influir en sus decisiones.¹⁰²

[...]

¹⁰⁰ Transcripción Día 2-Esp, pp. 507-508, líneas 8-22 y 1-18.

¹⁰¹ Transcripción Día 2-Esp, pp. 554, líneas 1-7.

¹⁰² Transcripción Día 2-Esp, p. 510, líneas 16-22.

P: ¿Usted tenía una opinión independiente sobre el proyecto Don Diego?

R: No, jamás, siempre procuré no formarme ningún tipo de opinión sobre ningún proyecto, sino limitarme a la información técnica que generaban las áreas.¹⁰³

77. Teniendo en consideración las respuestas del Sr. Pacchiano, es claro que también resultan cuestionables las alegaciones de la Demandante y sus testigos¹⁰⁴ respecto a una supuesta “indiferencia manifiesta a las indicaciones del TFJA” por parte de la SEMARNAT al “no reconsidera[r] su determinación de buena fe y n[egar] arbitrariamente la MIA por segunda vez”.¹⁰⁵ Tal como se señaló a lo largo del procedimiento, “el TFJA no determinó que la DGIRA emitiera una nueva resolución en un determinado sentido”,¹⁰⁶ es decir el TFJA otorgó jurisdicción plena a la DGIRA para emitir una nueva resolución en el sentido que la DGIRA considerara aplicable”,¹⁰⁷ lo cual es congruente con lo declarado por el Sr. Pacchiano en su comparecencia:

P: Y el tribunal mexicano determinó que SEMARNAT o DGIRA debería volver a evaluar la MIA. ¿Correcto?

R: La sentencia del tribunal establecía que la DGIRA tenía que fundar y motivar el resolutive nuevamente.

P: Bueno, los motivos dados en la decisión original según ese tribunal eran insuficientes, ¿no es así?

R: Sin ser abogado, entiendo que la sentencia del tribunal fue que el SEMARNAT volviera a motivar, incluso explicar de mejor manera sus razones.

P: Bien. Y usted no tenía ninguna intención de cambiar la posición de SEMARNAT en relación al proyecto. ¿No es así, señor Pacchiano?

R: Esa es una decisión que le tocaba y le correspondía a la DGIRA, el volver a hacer el resolutive.¹⁰⁸

78. A pesar de las acusaciones de la Demandante y sus testigos, el Sr. Pacchiano rechazó rotundamente —al igual que con la Resolución de 2018—, que él hubiera tenido alguna injerencia en la determinación de la Resolución de 2018, afirmando que a él no le

¹⁰³ Transcripción Día 2-Esp, p. 553, líneas 17-22.

¹⁰⁴ Primera DT [REDACTED], ¶¶ 28-29. Primera DT [REDACTED] ¶ 12.

¹⁰⁵ Memorial de Contestación, ¶ 167.

¹⁰⁶ Memorial de Contestación, ¶ 362.

¹⁰⁷ Memorial de Contestación, ¶ 363.

¹⁰⁸ Transcripción Día 2-Esp, pp. 545-546, líneas 15-22 y 1-11.

correspondía esa labor, lo cual es congruente con lo previsto por la normativa aplicable, incluyendo el RISE.¹⁰⁹

4. El Sr. Pacchiano confirmó que es falso que hayan existido motivaciones políticas o de cualquier otra índole para negar la autorización de la MIA del Proyecto Don Diego

79. Aunque la Demandante ha afirmado que las denegatorias de autorización de la MIA supuestamente se basaron en “las ambiciones políticas o antojos personales del Secretario Pacchiano [...]”¹¹⁰ porque supuestamente “creía que podría beneficiarse políticamente si denegaba el Proyecto en vez de aprobarlo”,¹¹¹ dichas afirmaciones son falsas. Efectivamente, el Sr. Pacchiano reiteró en su comparecencia que no tenía ningún interés, ni motivación política con relación al resultado del PEIA de Don Diego:

PRESIDENTE BULNES: Y también, siendo director de la SEMARNAT, entiendo que el presidente de la República lo designó como delegado político para la provincia -- no sé si es la provincia o región de Baja California Sur.

SEÑOR PACCHIANO ALAMÁN: Del estado de Baja California Sur, Baja California y Nayarit.

PRESIDENTE BULNES: Perfecto. Aparte de esa designación política, ¿usted tenía otro vínculo con la zona, desde el punto de vista político o...?

SEÑOR PACCHIANO ALAMÁN: No, ninguno.

PRESIDENTE BULNES: Ninguno. O sea, era su cargo director de la SEMARNAT, que es de carácter federal, ¿no es cierto?, para todo México, y esta designación política para -- de delegado presidencial para el Estado, que coincidió en tanto usted era director de la SEMARNAT. ¿Eso es correcto?

SEÑOR PACCHIANO ALAMÁN: Es correcto. Incluso, yo nací en el estado de Morelos y mi credencial de elector está en el estado de México; entonces, no tengo ningún vínculo ni tenía ninguna intención de involucrarme políticamente en el estado de Baja California Sur.¹¹²

80. El Sr. Pacchiano enfatizó que su labor como Secretario nunca se vio influenciada por la percepción de los medios y redes sociales:

R: Sí, claro, y fueron diferentes ocasiones en las que hubieron decisiones que tomamos que no eran fáciles de tomar, pero que eran lo mejor, tanto para el

¹⁰⁹ Ver Reglamento Interior de la SEMARNAT, Artículos 18 y 28 fracciones II y IV. **R-0053**. Primera DT Rafael Pacchiano, ¶¶ 8, 31-36.

¹¹⁰ Memorial de Contestación, ¶ 200.

¹¹¹ Memorial de Contestación, ¶ 219.

¹¹² Transcripción Día 2-Esp, pp. 584, 585 y 586, líneas 21-22, 1-22 y 1-4.

medioambiente como la población, y jamás dejé que la percepción ni las notas ni las críticas en redes sociales influyeran mi labor ni ningún funcionario de la SEMARNAT.¹¹³

81. El Sr. Pacchiano dio como ejemplo una decisión controversial de la DGIRA en la que autorizó un proyecto:

R: El proyecto Los Cardones demuestra que durante nuestra administración siempre dimos por lo que dijera la ciencia, no lo que dijera la opinión pública. Por eso incluso con ese proyecto, que sabíamos que iba a ocasionar este tipo de resistencias, respaldamos la decisión de la DGIRA, que fue la de autorizarlo.¹¹⁴

82. En efecto, la evidencia confirma que las Resoluciones de 2016 y 2018 obedeció al resultado de una evaluación técnico-científica mediante la cual se determinó una afectación a diversas especies de tortugas y mamíferos marinos, por lo tanto, es falso que las negativas contenidas en las Resoluciones 2016 y 2018 se hayan basado en motivaciones políticas o de cualquier otra índole.

E. En la audiencia se demostró que las Resoluciones que negaron la MIA a ExO resultaron razonable debido a la afectación del Proyecto a la tortuga *Caretta caretta* y a otras especies en peligro de extinción

83. En la audiencia se confirmó que el Proyecto Don Diego afectaría, *inter alia*, a la especie de tortuga *Caretta caretta*. Además, también se puso de manifiesto que, a pesar de que la Demandante y [REDACTED] que el impacto del proyecto en las ballenas “no forma parte de las Denegatorias de 2016 y 2018”,¹¹⁵ éste sí formó parte del razonamiento de la DGIRA, tal como se aborda en las siguientes subsecciones.

1. [REDACTED] que el Proyecto Don Diego afectaba a las tortugas

84. El Tribunal debe recordar que la Demandante ha sido insistente en afirmar que el Proyecto Don Diego de ninguna manera afectaría a la especie de tortuga *Caretta caretta*. Según la Demandante, “el supuesto impacto potencial del Proyecto sobre la tortuga *Caretta caretta* sirvió meramente como pretexto”,¹¹⁶ “las razones “científicas” articuladas por la

¹¹³ Transcripción Día 2-Esp, pp. 554-555, líneas 8-22 y 1-5.

¹¹⁴ Transcripción Día 2-Esp, p. 522, líneas 11-17.

¹¹⁵ Memorial de Réplica, ¶ 85.

¹¹⁶ Memorial de Réplica, ¶ 225.

SEMARNAT respecto del motivo por el que el Proyecto afectaría a las tortugas es manifiestamente incorrecto”¹¹⁷ y que supuestamente “se trató de una denegatoria predeterminada no basada en argumentos científicos [ya que] las pruebas de ExO [...] demostraban que el Proyecto no afectaría las tortugas *Caretta caretta* ”.¹¹⁸

85. A pesar de la postura de la Demandante, en el conainterrogatorio, [REDACTED] [REDACTED] el Proyecto Don Diego sí generaba un impacto adverso sobre la especie de tortuga *caretta caretta*:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]¹¹⁹

86. Contrario a la posición de la Demandante, [REDACTED] el Proyecto Don Diego tenía un impacto adverso. La declaración [REDACTED] que el Proyecto sí impactaría adversamente a la tortuga *Caretta caretta* coincide con lo afirmado por el Dr. Seminoff en su Declaración Testimonial.¹²⁰ Por lo tanto, y en la medida en la que se reconoce que el Proyecto Don Diego genera un impacto adverso en la especie de tortugas *Caretta caretta*, resulta irrefutable que las conclusiones y razonamientos de las Resoluciones de 2016 y 2018 resultan razonables.

2. [REDACTED] sobre la existencia de una afectación a la especie de tortuga *caretta caretta*

87. Aunque [REDACTED] el Proyecto Don Diego generaba un impacto adverso en la especie de la tortuga *Caretta caretta*, [REDACTED] [REDACTED] la afectación no era a “toda” la especie y “población”, palabras que

¹¹⁷ Memorial de Réplica, ¶ 228.

¹¹⁸ Memorial de Réplica, ¶ 211.

¹¹⁹ Transcripción Día 2-Esp, p. 382-383, líneas, 20-22 y 1-11.

¹²⁰ DT Jeffrey Seminoff, ¶ 17.

la LGEEPA no prevé¹²¹ y con la cual la Demandante ha pretendido justificar — erróneamente— la viabilidad de su Proyecto:

[REDACTED]

88. Afirmar que la aplicación del Artículo 35 III (b) de la LGEEPA está limitada a la afectación de toda una especie volvería nugatoria la disposición,¹²³ ya que ésta no podría aplicarse a especies migratorias y que habitan en diversos lugares en todo el mundo, tal como la tortuga *Caretta caretta*. Esta incongruencia quedó de manifestó en la comparecencia [REDACTED]

Está de acuerdo que la tortuga *Caretta caretta* no habita únicamente en México, ¿correcto?

R: La tortuga *Caretta caretta* viaja desde Japón y baja por toda la costa del Pacífico y una parte de su vida la pasa en el Golfo de Ulloa en México.

¹²¹ Artículo 34(III)(b) de la LGEEPA, **C-0014**. Ver también Segundo Informe Solcarga-Rábago, ¶¶ 84, 150 y 151.

¹²² Transcripción, Día 7-Esp, pp. 1845-1847.

¹²³ Primer Informe Solcarga-Rábago, ¶ 190.

P: Entonces, está de acuerdo en que la tortuga *Caretta caretta* no es una especie endémica. ¿Correcto?

R: No, no es una especie endémica. Es una especie que está distribuida a lo largo de todo el océano pacífico, repito, que viene desde Japón, y viene bajando en sus diferentes etapas de su ciclo de vida, y que una parte del ciclo de vida la pasa en el Golfo de Ulloa.¹²⁴

[...]

P: De acuerdo. Entonces, mi pregunta sería: En el caso de una tortuga que es *Caretta caretta*, que no es endémica porque viaja todo el mundo a través de Japón,

[REDACTED]

89. De la cita anterior se evidencia que [REDACTED] eludió dar respuesta a la pregunta formulada por el representante de la Demandada con relación a la interpretación del artículo 35(III)(b) de la LGEEPA, particularmente, resulta incongruente que se requiera afectar a “toda” una especie amenazada o en peligro de extinción, para que se pueda negar una autorización en materia de impacto ambiental. En cualquier caso, dicha disposición es muy clara y su aplicación por parte de la DGIRA en otros casos,¹²⁷ ha sido congruente con las Resoluciones de 2016 y 2018 emitidas respecto al Proyecto Don Diego.

3. [REDACTED] que el Proyecto Don Diego afectaba a las ballenas y que la

¹²⁴ Transcripción, Día 7-Esp, p. 1866, líneas 6-21.

¹²⁵ Transcripción, Día 7-Esp, p. 1868, líneas 7-19.

¹²⁶ Transcripción, Día 7-Esp, pp. 1869-1870, líneas 7-22 y 1-5.

¹²⁷ Ver Segundo Informe Solcarga-Rábago, ¶¶ 99 y 100 y SOLCARGO-0042.

Resolución de 2018 sí se sustentó en dicha afectación, [REDACTED]

90. A pesar de que la Demandante alega que el impacto a las ballenas “no forma parte de las Denegatorias de 2016 y 2018”,¹²⁸ [REDACTED]

[REDACTED] la Resolución de 2018 sí se sustentó en la afectación a las ballenas:

SEÑOR PACHECO ROMÁN: [...] ¿Está de acuerdo en que la negativa de la resolución de 2018 se sustentó no solo en la posible afectación de las tortugas sino también en el de las ballenas? ¿Correcto?

R: Correcto. Se menciona por estar listadas en una norma de alguna manera que regula el listado de especies sujetas en protección o en peligro de extinción.¹²⁹

91. De hecho, en su comparecencia, [REDACTED] que el Proyecto Don Diego, además de afectar a las tortugas, si tenía un impacto en las ballenas:

[REDACTED] Okay. Todas las preocupaciones que hacía la CONANP eran en relación a las preocupaciones sobre las tortugas y los mamíferos marinos. En este sentido, presentaron una serie de estudios que daban claridad a la información y las preocupaciones de la opinión de la CONANP. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]¹³⁰

92. Resulta incontrovertible que la Resolución de 2018 negó la autorización de la MIA debido a que el Proyecto Don Diego afectaba diversas especies de tortugas, así como por el impacto a las ballenas. No obstante que [REDACTED]

[REDACTED]¹³¹ [REDACTED] fue renuente en reconocer dicho aspecto:

[REDACTED]

¹²⁸ Memorial de Réplica, ¶ 85.

¹²⁹ Transcripción, Día 2-Esp, p. 366, líneas 1-12.

¹³⁰ Transcripción, Día 2-Esp, p. 364-365, líneas 18-22 y 1-19.

¹³¹ Transcripción, Día 2-Esp, p. 334, líneas 3-7.

F. En la audiencia se confirmó que el Proyecto Don Diego involucra una actividad minera mediante el dragado de arenas fosfáticas

95. Aunque la Demandante ha intentado hacer creer al Tribunal que el Proyecto Don Diego, no involucra una actividad minera, la evidencia es contundente y desvirtúa la falsa premisa de la Demandante de que el dragado que realizará no se asocia con minería del fondo marino. Aunque [REDACTED] —testigo de la Demandante— ha sido renuente en reconocer el carácter minero del Proyecto, las pruebas y la declaración misma del Sr. Lozano —otro testigo de la Demandante— contradicen su postura. De hecho, en la medida en la que la Demandante tiene concesiones mineras, su MIA hace referencia a la ley minera como normativa aplicable al proyecto y en ésta ExO misma ha reconocido que la extracción de fosfato involucra una actividad minera, se debe considerar que no existe ningún otro proyecto en México susceptible de compararse.

1. El Sr. Lozano reconoció que el Proyecto Don Diego es un proyecto de minería marina

96. En la MIA que presentó ExO, particularmente en el Capítulo II denominado “Descripción del Proyecto”, la empresa reconoció expresamente —en la sección II.1.2 Selección del Sitio—, que su actividad implicaba minería submarina:

La selección del sitio consideró los beneficios inherentes de la minería submarina comparativamente respecto a la minería terrestre, tal y como se establece a continuación: [...] ¹³⁴

97. Esta afirmación coincide precisamente con lo declarado por el Sr. Lozano, Gerente Ambiental y de Proyecto de Odyssey y quien se encargaba de “asistir en el desarrollo del Proyecto y la preparación de la Manifestación de Impacto Ambiental”: ¹³⁵

P: Gracias. Y solo para entender, con base en su currículum, usted nunca había trabajado antes en un proyecto de minería marina para extraer fosfato del subsuelo marino, ¿no es así?

R: No había participado antes en proyectos de minería marina. Tenía experiencia en dragado, pero no en minería marina.

P: De acuerdo. Entonces, solo para entender, su primera experiencia profesional en temas ambientales y de minería marina en México fue el proyecto Don Diego. ¿Correcto?

¹³⁴ C-0002, p. 10.

¹³⁵ DT Claudio Lozano, ¶ 2.

R: Correcto.¹³⁶

98. Como se desprende de la cita anterior, el Sr. Lozano, en su carácter de científico experto en los temas que aborda la MIA, no tuvo ningún recato en reconocer que el Proyecto Don Diego implicaba minería submarina. Además, el Sr. Lozano tampoco intentó aclarar adoptar la distinción superflua entre dragado y minería submarina que la Demandante y ■■■■■ formular para alegar que el Proyecto Don Diego no involucra una actividad minera. Este reconocimiento expreso del Sr. Lozano es muy importante, ya que debilita la postura de la Demandante e incluso demerita la credibilidad ■■■■■ tal como se aborda a continuación.

2. ■■■■■ con la comparecencia del Sr. Lozano y con lo expresado por ExO en su MIA respecto al carácter minero del Proyecto Don Diego

99. A pesar de que el Sr. Lozano confirmó que el Proyecto Don Diego involucraba minería marina, ■■■■■ fue renuente en reconocer ese hecho incontrovertible conforme a las pruebas del expediente y las propias manifestaciones de ExO en la MIA:

SEÑOR PACHECO ROMÁN: De acuerdo. Muchas gracias. ■■■■■ está de acuerdo conmigo en que el proyecto Don Diego es un proyecto minero. ¿Correcto?

■■■■■ El proyecto Don Diego es un proyecto de dragado submarino, de extracción de material del lecho marino mediante una draga de succión.

P: Solo para tenerlo claro, ¿su postura hoy, frente a este Tribunal, es que el proyecto Don Diego no es un proyecto minero? ¿Esa es su postura?

R: El proyecto de Don Diego es un proyecto de dragado submarino para extraer fosfato a partir de arenas fosfáticas negras.

P: Perdón. Quisiera que, por favor, escuchara mi pregunta. La pregunta es sencilla, es sí o no. El proyecto Don Diego es un proyecto minero, ¿sí o no?

■■■■■ El proyecto Don Diego no es un proyecto minero.¹³⁷

100. La respuesta ■■■■■ contrasta con lo expresado por ExO en el Capítulo III de la MIA, que se denomina “Vinculación con los instrumentos de planeación y ordenamientos

¹³⁶ Transcripción Día 1-Esp, p. 235- 236, líneas 15-22 y 1-5.

¹³⁷ Transcripción, Día 7-Esp, p. 1842-1844, líneas 4-22, 1-22 y 1-20.

jurídicos aplicables”,¹³⁸ específicamente la parte en la que la propia empresa identificó a la Ley Minera como instrumento aplicable a la MIA y los vincula:

La Ley Federal del Mar establece, en su artículo 19, que la explotación y aprovechamiento de minerales submarinos (en el caso del proyecto arena fosfática) en las zonas marinas mexicanas, se rige por la Ley Minera y sus respectivos reglamentos. Por lo tanto, corresponde ahora vincular el proyecto con este cuerpo normativo (Ver Tabla siguiente)¹³⁹

[...]

Se cumple con lo dispuesto en este numeral, el proyecto consiste en la explotación minera, mediante dragado, en el lecho marino y el subsuelo de la zona económica exclusiva, por lo que solo podrá realizarse con la autorización, permiso o concesión de las autoridades que tengan a su cargo el lecho marino y subsuelo, y para el caso que nos ocupa la Federación es la autoridad correspondiente, la cual ya ha otorgado la concesión minera a la promovente.¹⁴⁰

101. A pesar de este reconocimiento evidente por parte de ExO sobre el carácter minero del Proyecto considerando la normativa aplicable, ██████████ intentó rechazar esta situación alegando débilmente que se trató de una situación supuestamente ajena al Proyecto mismo y que se relacionaba más con las concesiones mineras del Proyecto:

P: Pero está de acuerdo en que el proyecto Don Diego implicaba extraer mineral de fosfato. ¿Correcto?

R: Implicaba extraer material de fosfato a través de dragado submarino de arenas negras fosfáticas.

P: ¿Está de acuerdo que la propia ExO identificó como instrumento aplicable a la MIA, la ley minera? ¿Correcto?

R: Invocó a la ley minera porque estaba basado en una concesión minera que le dio el estado mexicano para explotar el material de fosfato.¹⁴¹

102. Resulta cuestionable que a pesar de que el Proyecto implicaba la explotación y extracción de un mineral —fosfato—, ██████████ en negar el carácter minero del Proyecto, no obstante que la Resolución de 2018 ██████████ hacía referencia expresa a este hecho:

Que por la descripción, características y ubicación de las actividades que integran el **proyecto**, éste es de competencia federal en materia de evaluación de impacto ambiental, por ser obras y actividades de explotación de minerales y sustancias

¹³⁸ C-0002, p. 119.

¹³⁹ C-0002, p. 145.

¹⁴⁰ C-0002, p. 147.

¹⁴¹ Transcripción, Día 7-Esp, p. 1842, líneas 4-16.

reservadas a la Federación, tal y como lo dispone el artículo 28 fracción III de la LGEEPA y el artículo 5, inciso L), fracción 1, de su REIA.¹⁴²

103. Como se evidencia en las respuestas ██████████ resulta inverosímil afirmar que el Proyecto Don Diego no tenga un carácter minero derivado de la ley que se vincula con el Proyecto (Ley Minera), la declaración abierta del Sr. Lozano en su comparecencia, el reconocimiento expreso de ExO en su MIA, así como lo establecido en la propia Resolución de 2018.

3. La falta de credibilidad ██████████ se evidenció al ser renuente en reconocer que el Proyecto Don Diego involucra minería marina

104. Dada la existencia de pruebas contundentes que confirman el carácter minero del Proyecto Don Diego, el Tribunal Arbitral mostró dudas sobre lo declarado en contrario por ██████████:

COÁRBITRO SANDS (Interpretado del inglés): Sí, por supuesto. Con mucho gusto. Me pareció que tras escuchar sus declaraciones y leer sus testimoniales -- bueno, cuando digo declaraciones me refiero a las que hizo esta tarde para mí, mañana para usted, usted dijo que este proyecto -- usted tenía dudas de que este proyecto fuera un proyecto minero. ¿Por qué es así? ¿Podría explicarnos?

██████████ Porque al final del día el proyecto -- la principal actividad del proyecto es un dragado, es un dragado marino en el cual se va a extraer el material del fondo del lecho marino, que si bien contiene un mineral que fue sujeto a una concesión minera, los procesos mediante los cuales se va a obtener el material de fosfato son mediante separación primaria y que no involucran ni la utilización ni de aditivos ni sustancias químicas, que en un momento podrían ser utilizadas para separar este material. Y que, únicamente, lo único que se está haciendo, es como rascar el fondo del mar y meterlo dentro de la zona de tubo de succión, llevar esa arena, separarla y regresarla al lecho marino a través del ecotubo, que se menciona dentro de la Manifestación de Impacto Ambiental, y a través de un proceso cuyo dragado es a una velocidad ínfima. Estamos hablando de una velocidad de un nudo -- un nudo por hora, que tendría un efecto de aproximadamente un kilómetro por año. Un kilómetro cuadrado por año de la actividad en movimiento horizontal de la draga, para estar sacando el material del lecho marino. Pero es un proceso que no involucra ningún método de separación ni químico ni de otra índole para obtener el fosfato de la arena, de la arena negra.¹⁴³

105. A pesar de las dudas legítimas del Tribunal Arbitral, es claro que las respuestas ██████████ no lograron disiparlas, dada la renuencia que mostró en su comparecencia:

¹⁴² C-0008, p. 39.

¹⁴³ Transcripción, Día 7-Esp, pp. 1894- 1896, líneas 10-22, 1-22 y 1-4.

111. Aunque [REDACTED] el Proyecto Don Diego con otros proyectos que involucran la actividad de dragado, es evidente que, tal como se desprende de la pregunta del Tribunal, el Proyecto Don Diego es inigualable y no tiene comparación con ningún otro proyecto porque es el único: (i) con actividad de dragado permanente;¹⁵³ (ii) que no está en las inmediaciones de la línea de costa y/o canales de navegación establecidos con anterioridad;¹⁵⁴ (iii) que pretende dragar en profundidades mayores de 20 metros;¹⁵⁵ (iv) que pretende retornar el material dragado y tratado al sitio de donde fue extraído;¹⁵⁶ (v) cuyo producto del dragado tiene fines comerciales;¹⁵⁷ (vi) cuya actividad de dragado requiere más de una embarcación trabajando de manera simultánea.¹⁵⁸

III. DERECHO APLICABLE

112. Durante la audiencia de méritos, la Demandante omitió abordar los aspectos jurídicos de su reclamación, argumentando que “[y]a tienen la información”.¹⁵⁹ En su lugar, se limitó a señalar que:

[...] la demandante no está pidiéndole al Tribunal que sea un Tribunal de apelación, este es un tema que se presenta en el contramemorial y la dúplica. Pedimos que el Tribunal sopesa los méritos de la MIA sobre el abuso de proceso de MIA.¹⁶⁰

113. La solicitud anterior resulta contradictoria, ya que, por un lado, se afirma que no se está pidiendo que el Tribunal funja como tribunal de apelación, sin embargo, por el otro lado, se requiere que el Tribunal analice los méritos de la MIA, tal como lo haría un tribunal mexicano y que, de hecho, ya lo está haciendo. Por lo tanto, la cita antes referida evidencia que la Demandante está pidiendo indebidamente al Tribunal que realice un análisis *de novo*

¹⁵³ Informe Verónica Morales ¶ 92 y Memorial de Dúplica ¶ 439.

¹⁵⁴ Informe Verónica Morales ¶ 92 y Memorial de Dúplica ¶ 439.

¹⁵⁵ Informe Verónica Morales ¶ 92 y Memorial de Dúplica ¶ 439.

¹⁵⁶ Informe Verónica Morales ¶ 92 y Memorial de Dúplica ¶ 439.

¹⁵⁷ Informe Verónica Morales ¶ 92 y Memorial de Dúplica ¶ 439.

¹⁵⁸ Informe Verónica Morales ¶ 92 y Memorial de Dúplica ¶ 439.

¹⁵⁹ Transcripción, Día 1-Esp, p. 73, línea 2.

¹⁶⁰ Transcripción, Día 1-Esp, p. 73, línea 5-10.

de la MIA bajo la apariencia de una evaluación sobre un supuesto “abuso de proceso de MIA”.¹⁶¹ Esta labor no le corresponde al Tribunal.

114. Tal como se abordó en el Memorial de Contestación y en la Dúplica,¹⁶² la aplicación del estándar de Nivel Mínimo de Trato “no le otorga al Tribunal un mandato abierto para cuestionar a manera de adivinanzas, o second guess, decisiones de los gobiernos ni interferir en cuestiones exclusivas de derecho interno o sobre la manera en que los gobiernos deben resolver cuestiones técnicas y administrativas”.¹⁶³

115. Dada la omisión de la Demandante de abordar durante la audiencia el derecho aplicable a su reclamación, la Demandanda abordará brevemente algunos aspectos relevantes sobre dichos estándares, los cuales demuestran que la Demandante no ha logrado establecer violación alguna a las disposiciones sustantivas previstas en TLCAN tal cual han sido interpretadas por otros tribunales y las Partes mismas del Tratado.

A. La Demandante no logró demostrar la violación al estándar de Nivel Mínimo de Trato conforme al TLCAN

116. La información que consta en el expediente confirma que “el estándar legal aplicable en virtud del artículo 11.05 (*sic*) del TLCAN para analizar las reclamaciones de Odyssey, [...] es realmente muy alto”.¹⁶⁴ Efectivamente, de conformidad con el derecho internacional consuetudinario, para demostrar una violación al estándar Mínimo de Trato se requiere demostrar que “hubo una conducta que haya sido arbitraria, notoriamente injusta o si involucra una ausencia de debido proceso”.¹⁶⁵ Según la Demandante “se denegó la MIA” por “[p]reocupaciones acerca de efectos políticos [...] críticas en la prensa [y] conflicto personal”¹⁶⁶ Sin embargo, (i) la cita indiscriminada de laudos de arbitrajes distintos del TLCAN “en los que se interpreta el trato -- el nivel -- el trato de justo y equitativo de manera

¹⁶¹ Transcripción, Día 1-Esp, p. 73, líneas 9-10.

¹⁶² Memorial de Contestación, ¶¶ 518-523. Memorial de Dúplica, ¶¶ 350-361.

¹⁶³ Transcripción, Día 1-Esp, pp. 142-143, líneas 18-22 y 1-3. Las Partes del TLCAN coinciden en que el Artículo 1105 no otorga un mandato a los tribunales “to second-guess” las políticas y toma de decisiones de un gobierno. Canada Article 1128 Submission, ¶¶ 17-18. U.S. Article 1128 Submission, ¶ 41.

¹⁶⁴ Transcripción, Día 1-Esp, p. 142, líneas 13-16.

¹⁶⁵ Transcripción, Día 1-Esp, p. 144, líneas 2-5.

¹⁶⁶ Transcripción, Día 1-Esp, p. 73, líneas 17-19.

muchísimo más indulgente”¹⁶⁷ —como si fuera un estándar autónomo—; (ii) la utilización abusiva de adjetivos para calificar las conductas de las autoridades; o (iii) meras afirmaciones sin sustento documental basado en evidencia, resultan insuficientes para acreditar que se satisface el umbral del estándar de Nivel Mínimo de Trato. En este sentido, y tal como ha sido aclarado recientemente en una opinión disidente del caso *Eco Oro v. Colombia*, el estándar que se debe aplicar al caso concreto es el previsto por el propio tratado —en este caso el TLCAN—, el hecho de que se encuentren muchas disposiciones de TJE en numerosos tratados no es suficiente para afectar el contenido del derecho internacional consuetudinario y no se puede equiparar el estándar de NMT con el de TJE:

[...] The standard to be applied by the Tribunal is not the Fair and Equitable Treatment (‘FET’) standard, one that is to be found and applied in other investment protection agreements. The parties to the FTA have reinforced the distinction between the two different standards by the authoritative interpretation of Article 805 and MST adopted in 2017 by the Joint Commission established under the FTA; this confirms that the investor has “the burden to prove a rule of customary international law invoked under Article 805”

As acknowledged by both the ICJ and the ILC, the fact that the FET provision can be found in a number of treaties is not enough to affect the content of customary international law.⁵ Indeed, the widespread inclusion of FET provisions supports the opposite conclusion, as states which include such provisions in their treaties may be understood as expressing a desire to depart from the standard in customary international law. As with all rules of customary international law, the crucial issue is whether there is sufficient evidence of state practice and *opinio juris* to support the conclusion of the existence of a rule of customary law. As noted below, the majority has made no effort to address that evidentiary requirement, ignoring the explicit requirement of the FTA drafters that the Claimant must prove the content of the rule of customary international law invoked under Article 805.

In the past, certain tribunals have accidentally or deliberately sought to equate or meld the MST and FET standards. The two standards may share a common aim of imposing restrictions on the manner and extent to which a state is required to treat a foreign investor in its territory, but they do so in different ways. A breach of the customary MST standard would invariably give rise to a breach of the FET standards, but the reverse is generally not the case. This is because the MST standard sets a much higher bar.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Transcripción, Día 1-Esp, p. 144, líneas 15-21.

¹⁶⁸ *Eco Oro Minerals Corp. v. The Republic of Colombia*, ICSID Case. No. ARB/16/41, Partial dissent opinion Prof. Philippe Sands, 9 September 2021, ¶¶ 5-7. **RL-0145**.

117. En este sentido, “[e]s obvio que la demandante no ha logrado demostrar que México ha incumplido este umbral”¹⁶⁹ previsto por el TLCAN y, en consecuencia, que la Demandada haya violado el artículo 1105 de dicho tratado.

118. Sin perjuicio de todos los argumentos formulados en los Memoriales de Contestación y de Dúplica con relación al estándar del artículo 1105 del TLCAN,¹⁷⁰ basta señalar que, para los propósitos de este Escrito y conforme a lo señalado en la audiencia:

El hecho de que Odyssey no esté de acuerdo con el sentido de la resolución que negó la MIA del proyecto Don Diego es insuficiente para dar lugar a una conducta arbitraria susceptible de ser violatoria al artículo 11.05 del TLCAN. Especialmente cuando hubo un procedimiento administrativo transparente apegado al debido proceso y que al día de hoy es importante señalar que la demandante también continúa utilizando los remedios judiciales que tiene a su disposición ante los tribunales mexicanos, los cuales inclusive, es importante recalcar, siguen en curso.¹⁷¹

119. Por lo tanto, la evidencia del expediente demuestra que la Demandante no ha logrado demostrar que México haya contravenido el estándar de Nivel Mínimo de Trato previsto por el artículo 1105 del TLCAN.

B. En la audiencia se confirmó que la Demandante renunció a su reclamación sobre Protección y Seguridad Plenas

120. Sin perjuicio de que la Demandante considera erróneamente que el estándar de PSP “se extiende más allá de la protección policial e incluye los poderes regulatorios económicos”,¹⁷² en la Réplica omitió abordar por completo —salvo en un punto petitorio— su reclamo sobre PSP. Por lo tanto, y en la medida en la que en la audiencia la Demandante también fue omisa en aclarar este aspecto, el Tribunal debe considerar que Odyssey ha abandonado o renunciado a su reclamación de PSP en el marco del TLCAN.

¹⁶⁹ Transcripción, Día 1-Esp, p. 144, líneas 5-7.

¹⁷⁰ Memorial de Contestación, ¶¶ 437-527. Memorial de Dúplica, ¶¶ 337-406.

¹⁷¹ Transcripción, Día 1-Esp, p. 146, líneas 4-17.

¹⁷² Memorial de Demanda, ¶ 296. La Demandada ha enfatizado que el artículo 1105 es claro en que el estándar de PSP se limita a protección *física* y, por lo tanto, no es aplicable a los hechos reclamados por la Demandante. Ver Memorial de Contestación, ¶¶ 528-44 y Memorial de Dúplica, ¶¶ 407-408. Ver U.S. Article 1128 Submission, ¶¶ 49-50. Canada Article 1128 Submission, ¶¶ 22-24.

C. La Demandante no logró demostrar la existencia de una expropiación

121. A lo largo del procedimiento México ha presentado argumentos contundentes que demuestran que la Demandante “no ha logrado explicar o identificar qué es lo que exactamente se le privó”,¹⁷³ considerando que “nunca tuvo un derecho de explotar los depósitos de las concesiones mineras que le fueron otorgadas”,¹⁷⁴ ya que ese derecho estaba “supeditado a que se obt[uviera] la autorización ambiental por parte de la DGIRA y [...] otra serie de permisos que hubieran sido requeridos”.¹⁷⁵ A pesar de esta situación, la Demandante prefirió desaprovechar la oportunidad de aclarar estos aspectos durante la audiencia, so pretexto de que “ya tienen la información” “de los méritos”.¹⁷⁶ Sin embargo, en sus Memoriales de Demanda y de Réplica la Demandante únicamente se limita a argumentar que los derechos de propiedad intangible pueden ser objeto de expropiación, lo cual nunca estuvo en discusión.

122. En la medida en la que la Demandante ni siquiera ha sido capaz de “identificar qué fue lo que exactamente se le expropió”,¹⁷⁷ resulta evidente que su reclamación sobre expropiación debe fracasar. Por lo tanto, el Tribunal debe desestimar la reclamación de la Demandante en el marco del artículo 1110 del TLCAN.

¹⁷³ Transcripción, Día 1-Esp, p. 148, líneas 11-13.

¹⁷⁴ Transcripción, Día 1-Esp, p. 148, líneas 13-16.

¹⁷⁵ Transcripción, Día 1-Esp, p. 148, líneas 16-19. Canadá confirmó que “[a] potential property right or one that is conditional, in that it may or may not materialize depending on a future event, is not vested and is not capable of being expropriated”. Canada Article 1128 Submission ¶ 27.

¹⁷⁶ Transcripción, Día 1-Esp, p. 73, líneas 1-2.

¹⁷⁷ Transcripción, Día 1-Esp, p. 149, líneas 2-3. Al respecto, Estados Unidos y Canadá confirmaron que el primer paso en cualquier análisis de expropiación es la determinación de la existencia de una inversión susceptible de ser expropiada, lo que implica la identificación de la inversión específica que se alega fue expropiada. *Ver* U.S. Article 1128 Submission ¶ 24. Canada Article 1128 Submission ¶ 26. (“The first step in assessing whether there has been a breach of Article 1110 is to identify the specific investment alleged to have been expropriated. Any expropriation analysis must begin with determining whether there is a valid property right capable of being expropriated”).

D. La Demandante no logró demostrar que México otorgara un trato más favorable a otro proyecto en circunstancias similares

123. México considera que la Demandante no ha logrado demostrar una violación a la obligación de trato nacional al omitir presentar un caso *prima facie* por lo que hace a la comparabilidad de los proyectos, *i.e.*, no ha logrado establecer que los Seis Proyectos que eligió se encuentren en “circunstancias similares”.¹⁷⁸ El análisis de la Demandante parte de la premisa errónea de que la actividad de dragado *per se* hace comparable a cualquier proyecto, omitiendo reconocer la relevancia de que esta actividad se realiza para extraer un mineral con propósitos comerciales, lo cual implica una escala de dragado mayor no sólo en superficie sino en tiempo (50 años) —factores que sin duda afectan la comparabilidad—, tal como se aborda *infra*.

1. En la audiencia se confirmó que ninguno de los Seis Proyectos referidos por la Demandante se encuentran en circunstancias similares al Proyecto Don Diego

124. En las siguientes subsecciones únicamente se abordarán algunos aspectos específicos que se evidenciaron en la audiencia y que confirman el hecho de que ninguno de los Seis Proyectos identificados por la Demandante se encuentran en circunstancias similares al Proyecto Don Diego.

¹⁷⁸ Como lo señaló Canadá en su presentación conforme al Artículo 1128, “Article 1102 is concerned with the question of whether treatment was accorded “in like circumstances”, not whether it was accorded to “like investors”. Determining the existence of “like circumstances” is not merely a matter of determining whether investors operate in the same business or economic sector or pursue the same activity. Rather, it requires a detailed consideration of the particular facts of each case and an examination of the totality of the circumstances in which treatment was accorded in order to determine whether those circumstances are “like”. *Ver* Canada Article 1128 Submission ¶ 9. Estados Unidos ha corroborado lo anterior “identifying appropriate comparators for purposes of the “like circumstances” analysis requires consideration of more than just the business or economic sector, but also the regulatory framework and policy objectives, among other possible relevant characteristics. When determining whether a claimant was in “like circumstances” with comparators, it or its investment should be compared to a domestic investor or investment that is alike in all relevant respects but for nationality of ownership. Moreover, whether treatment is accorded in “like circumstances” under Article 1102 depends on the totality of the circumstances, including whether the relevant treatment distinguishes between investors or investments based on legitimate public welfare objectives”. U.S Article 1128 Submission ¶ 57.

a. Ninguno de los proyectos supuestamente comparables involucra actividades mineras

125. Tal como ya se abordó *supra*, el Sr. Lozano confirmó en su comparecencia que el Proyecto Don Diego involucraba una actividad de minería submarina,¹⁷⁹ la propia empresa ExO así lo reconoció en su MIA¹⁸⁰ y la Resolución de 2018 — [REDACTED] — [REDACTED] también lo establece en su análisis.¹⁸¹ A pesar de ello, uno de los expertos de la Demandante — [REDACTED] —¹⁸² fue renuente en reconocer el carácter minero del Proyecto y, en su lugar, centró su análisis de comparabilidad en la actividad de dragado en sí misma, sin considerar el tipo de dragado, la profundidad, la duración, el tiempo, así como el área de dragado. De este modo, en la comparecencia del Sr. Pliego se evidenció lo limitado de su análisis para establecer una comparabilidad real que involucre “circunstancias similares”:

P: Muy bien. Muchísimas gracias. Ahora, está de acuerdo que en México actualmente no existe ningún proyecto de minería marina autorizado. ¿Correcto?

R: Yo estoy analizando un proyecto de dragado.

P: De acuerdo. Entonces, usted desconoce si existe algún proyecto de minería marina que se haya autorizado.

R: Mi trabajo fue analizar un proyecto de dragado que es comparable con estos otros proyectos de dragado que he señalado, y el dragado se realiza desde hace muchísimos años en el país. Es decir, ese es el tema central: la actividad de dragado.¹⁸³

126. El omitir reconocer que el Proyecto Don Diego involucra una actividad minera, a pesar de la evidencia que lo confirma, únicamente resta credibilidad al experto y demuestra que su análisis se circunscribió superficialmente a un aspecto —dragado— que por sí mismo resulta insuficiente para afirmar la comparabilidad con Seis Proyectos que identificó la Demandante.

¹⁷⁹ Transcripción, Día 1-Esp, p. 235-236, líneas 15-22 y 1-5.

¹⁸⁰ **C-0002**, pp. 145 y 147.

¹⁸¹ **C-0008**, p. 39.

¹⁸² Transcripción, Día 7-Esp, p. 1842- 1844, líneas 6-22, 1-22 y 1-20.

¹⁸³ Transcripción, Día 4-Esp, p. 1011, líneas 1-14.

b. El área y duración del dragado para extraer mineral de fosfato del Proyecto Don Diego no tiene comparación con ninguno de los Seis Proyectos

127. Los peritos de la Demandada han dejado en claro que el Proyecto Don Diego no es comparable con los Seis Proyectos identificados por la Demandante y su perito en virtud de que:

- (i) “ninguno de los proyectos que se han puesto a comparación son del sector minero”,¹⁸⁴
- (ii) el tipo de dragado del Proyecto Don Diego es de capital, que, a diferencia del dragado de mantenimiento, “es dragado de suelo marino que jamás ha sido dragado previamente”, por lo cual “los impactos que puede producir sobre el fondo marino un tipo de proyecto y otro no son para nada comparables”,¹⁸⁵ y
- (iii) los impactos ambientales no se pueden limitar a un tipo de “impacto sobre la columna de agua o sobre las cadenas tróficas o sobre especies”, sino que se debe considerar también el impacto derivado “de su magnitud, de su extensión, de su importancia, de su localización, de su temporalidad, de su reversibilidad, de su sinergia y acumulación con otros impactos que hay en el entorno”.¹⁸⁶

128. Sin perjuicio de la relevancia de todos los elementos antes descritos, resulta indiscutible que la magnitud de los proyectos por lo que hace al área de dragado es de suma relevancia ya que los impactos ambientales no pueden ser comparables cuando las superficies involucradas son completamente diferentes. A pesar de ello, en su conainterrogatorio el perito de la Demandante pretendió minimizar débilmente ese hecho relevante:

P: De acuerdo. Creo que no contestó mi pregunta. Se la voy a plantear nuevamente. La superficie de 20,594.88 hectáreas durante los 50 años de vida del proyecto -- ¿está de acuerdo en que esa es el área que se va a dragar en total, y así lo manifestó ExO?

¹⁸⁴ Transcripción, Día 3-Esp, p. 826, líneas 10-12.

¹⁸⁵ Transcripción, Día 3-Esp, pp. 828-829, líneas 6-8 y 9-11.

¹⁸⁶ Transcripción, Día 3-Esp, p. 830, líneas 3-11.

R: Sí. Y cuando el área dragada se complete estará recuperada el 92 por ciento de esa área. Y eso es importante considerarlo en una evaluación de Impacto Ambiental.¹⁸⁷

[...]

P: De acuerdo. Entonces, usted sostiene hoy ante este Tribunal que la superficie de dragado del proyecto del Puerto de Veracruz, que en este caso es 451 hectáreas, y la del puerto de Matamoros, por ejemplo, que es de 85,45 hectáreas, esas superficies son comparables con la superficie total que va a dragar Don Diego de 20,594.88 hectáreas. ¿Son comparables estas superficies?

R: No estoy comparando superficies, estoy haciendo una valoración de impactos ambientales. Ese es el tema, no las promovió, no qué fin tiene el proyecto. ¿Qué impactos ambientales tiene la actividad de dragado en esos sitios?¹⁸⁸

129. Como se desprende de la cita anterior, la respuesta del perito de la Demandante omite reconocer el hecho indiscutible de que los impactos ambientales de un dragado serán mayores cuando éste se realiza en una superficie mucho mayor, por más tiempo y en un área como el Golfo de Ulloa, considerada como “un hábitat crítico” debido a la “alta concentración de tortugas *Caretta caretta* en su estadio juvenil y subadulto, las cuales utilizan el GU como (*sic*) zona de alimentación por periodos largos y como área de reproducción”.¹⁸⁹ A pesar de lo anterior, el perito de la Demandante llevó al extremo de afirmar que el impacto ambiental de un dragado en una superficie de un metro es comparable al que ocurriría en una superficie de 80 metros —caso del Proyecto Don Diego—:

P: Entonces, si entiendo correctamente, usted considera comparable una profundidad de dragado, por ejemplo, de un metro, que corresponde al proyecto Mantenimiento Central Nucleoeléctrica Laguna Verde con una profundidad de 80 metros. ¿Eso es correcto? Usted considera comparable esas profundidades.

R: Es correcto. A la luz de la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, la definición de ecosistema costero y a la luz de los impactos ambientales que provoca cada uno de estos proyectos. Sí, es correcto.¹⁹⁰

130. La respuesta del perito de la Demandante sólo le resta credibilidad a su testimonio y pone de manifiesto el carácter limitado de su análisis comparativo entre los Proyectos que identificó como supuestamente comparables.

2. El análisis del Sr. Pliego se limitó identificar aspectos menores que supuestamente hacen comparable al Proyecto

¹⁸⁷ Transcripción, Día 4-Esp, p. 1005, líneas 5-14.

¹⁸⁸ Transcripción, Día 4-Esp, p. 1008-1009, líneas 11-22 y 1-4.

¹⁸⁹ Informe Verónica Morales ¶¶ 89 y 92. Ver también Memorial de Dúplica, ¶ 439.

¹⁹⁰ Transcripción, Día 4-Esp, p. 1014-1015, líneas 16-22 y 1-6.

Don Diego, obviando elementos importantes que los hacen claramente distinguibles que éste es el único proyecto minero

131. Evidentemente el Proyecto Don Diego involucra una actividad minera, tal como lo reconoció la empresa ExO en su MIA¹⁹¹ y, por ello así se reflejó en la Resolución de 2018.¹⁹² De hecho, el propio testigo de la Demandante —el Sr. Lozano—, científico a cargo de coordinar el Proyecto no tuvo objeción alguna en confirmar que éste involucraba minería marina.¹⁹³ Con base en esta evidencia, resultó cuestionable que el Sr. Pliego, perito de la Demandante, rechazara categóricamente esa caracterización:

... Usted en sus elementos de comparación y también en su ejercicio se concentró en la actividad de este proyecto indicando que era una actividad de dragado. ¿Es correcto?

SEÑOR PLIEGO MORENO: Sí, es correcto.

COÁRBITRO SANDS (Interpretado del inglés): Creo que en un momento indicé usted que actuó de esa forma porque la demandante lo invitó a hacerlo. ¿Es correcto?

SEÑOR PLIEGO MORENO: El análisis del proyecto me lleva a definir que es un proyecto de dragado; no tuve invitación expresa de la demandante para hacerlo así. Me pidió valorar la Manifestación de Impacto Ambiental.¹⁹⁴

132. Evidentemente la respuesta del Sr. Pliego resulta poco convincente y pone de manifiesto que basar su análisis comparativo en la actividad de dragado en sí misma resulta limitada. Efectivamente, dicho enfoque omite reconocer que la actividad se realiza con el fin de extraer un mineral que tienen un valor económico, *i.e.*, se persigue propósito comercial y, por consiguiente, se debe realizar una escala de dimensiones mayores que permita lograr una ganancia significativa, lo cual no ocurre con ninguno de los otros Seis Proyectos:

COÁRBITRO SANDS (Interpretado del inglés): ¿Sabía usted que la actividad que es el meollo de este proyecto removería fosforita del lecho marino, roca fosfática del lecho marino?

SEÑOR PLIEGO MORENO: Sí, entiendo sedimentos del lecho marino y la separación sería en la barcaza de transformación. Sí.

COÁRBITRO SANDS (Interpretado del inglés): No solamente se trata de sedimentos. Los sedimentos pueden significar muchas cosas. Un sedimento por sí

¹⁹¹ C-0002, pp. 145 y 147.

¹⁹² C-0008, p. 39.

¹⁹³ Transcripción, Día 1-Esp, p. 235-236, líneas 15-22 y 1-5.

¹⁹⁴ Transcripción, Día 4-Esp, p. 1025, líneas 20-22 y 1-12.

no tiene valor. El valor de este ejercicio es la roca fosfática que se saca, ¿no es cierto?

SEÑOR PLIEGO MORENO: Es correcto.

COÁRBITRO SANDS (Interpretado del inglés): ¿La roca fosfática es un mineral en su opinión?

SEÑOR PLIEGO MORENO: Sí.¹⁹⁵

133. Resulta evidente que la extracción de un mineral con fines comerciales implica una actividad minera. A pesar de esta obviedad, el Sr. Pliego rechazó catalogar el Proyecto Don Diego como minero y, en su lugar, afirmó que dicho aspecto es secundario para su análisis comparativo y que más bien se centra en el impacto del dragado. No obstante, es indiscutible que la actividad de dragado no se puede separar del propósito con el que se realiza, ya que esto tiene influencia en la magnitud, duración, tiempo y área del dragado, lo cual indudablemente también afecta el impacto ambiental que se evalúa. Por ello, y tal como lo demuestra su comparecencia, la explicación que proporcionó sobre la adopción de dicho enfoque resulta inverosímil:

COÁRBITRO SANDS (Interpretado del inglés): ¿Por qué es que usted no ha calificado el quitado del mineral del lecho marino como una actividad minera en vez de una actividad de dragado o, por lo menos, como ambas actividades? Entiendo porque ciertos aspectos del proyecto hacen uso del sistema de dragado. En eso nos estamos concentrando, claro, y se concentró usted también en eso. Pero cuando uno extrae estos minerales del lecho, entonces eso constituye una actividad minera, ¿no? Cuando uno extrae un recurso mineral del lecho marino, se constituye eso en una actividad minera.

SEÑOR PLIEGO MORENO: Cierto. Pero por eso yo he señalado que en mis análisis estoy valorando la actividad y sus impactos. El calificarla podría ser en este sentido para mí, para mi objetivo, secundario. Lo que estoy valorando es cómo saca esos sedimentos, cómo se draga, qué impacto tiene en ese momento, cómo lo saca a la superficie, qué impactos tiene y eso es lo central para mí. Digamos, es una valoración entre proyectos que pueden ser perfectamente comparados en función de que hacen la misma actividad, independientemente -y tiene usted razón- del objetivo de extraer el mineral posteriormente.¹⁹⁶

134. Aunque el Sr. Pliego fue renuente en reconocer la relevancia que podría tener el caracterizar el Proyecto Don Diego como minero, aceptó que en México no existe otro proyecto con las características propias del Proyecto de la Demandante, *i.e.*, concerniente a la minería del lecho marino:

¹⁹⁵ Transcripción, Día 4-Esp, p. 1026-1027, líneas 14-22 y 1-7.

¹⁹⁶ Transcripción, Día 4-Esp, p. 1027- 1028, líneas 9-22 y 1-13.

COÁRBITRO SANDS (Interpretado del inglés): Bien. Entonces -- esto es muy importante, por lo menos para mí. Su testimonio de perito es que, para todos los propósitos prácticos en este caso, no hay diferencia alguna si se caracteriza la actividad como minería, por un lado, o dragado, por el otro lado. ¿Eso es lo que usted está declarando?

SEÑOR PLIEGO MORENO: Es correcto. Para mi análisis de evaluación de impacto ambiental es secundaria esa calificación en función de la actividad que estoy valorando, es correcto.

COÁRBITRO SANDS (Interpretado del inglés): Bien. Y eso sigue siendo su posición. Creo que usted antes dijo desconocer otro proyecto en México relacionado con minería del lecho marino de esta naturaleza.

SEÑOR PLIEGO MORENO: Es correcto. No conozco proyectos así.¹⁹⁷

135. Independientemente de que los Seis Proyectos identificados por la Demandante y su perito no se encuentran en “circunstancias similares” al Proyecto Don Diego, ninguno de esos Seis Proyectos recibió un trato más favorable, ya que todos ellos —al igual que el Proyecto Don Diego—, se sujetaron al mismo nivel de escrutinio por parte de las autoridades.¹⁹⁸ Lo anterior, sin considerar el hecho de que lo novedoso del Proyecto también implicó reconocer que “en ningún caso la falta de certeza científica se podrá argumentar como justificación para postergar la adopción de medidas eficaces para la conservación integral de la vida silvestre y su hábitat”.¹⁹⁹ En este sentido, el propio Tribunal reconoció dicha situación al cuestionar al perito de la Demandante sobre dicho aspecto:

... COÁRBITRO SANDS (Interpretado del inglés): Sí, es correcto. Las reglamentaciones se enfocan en áreas más allá de las 200 millas, pero se ha visto mucha práctica dentro de las 200 millas y los países quieren acordar normas porque es una actividad tan nueva. ¿Sabía usted que esto ha demorado muchísimo tiempo, justamente debido al hecho que es una actividad tan nueva y se ha realizado tan poco? Entonces quiero estar seguro de que usted esté informado de esto.

SEÑOR PLIEGO MORENO: Sí, por supuesto, como actividad minera eso es cierto. Es nuevo. Ahora, por eso regreso a la caracterización de ese proyecto que básicamente, aunque tiene una finalidad de extraer un mineral, es un dragado. Lo que hace es un dragado, y lo hace dentro de los 200 metros que califica el Gobierno de México como ecosistema costero y que le da una serie de lineamientos y de condicionantes perfectamente establecidas en la legislación nacional. Conozco, efectivamente. Y entiendo que también esa minería dentro de -- a menores profundidades, cuando utilizan químicos y cuando se realizan en

¹⁹⁷ Transcripción, Día 4-Esp, p. 1031, línea 22. P. 1032, líneas 1-18.

¹⁹⁸ Memorial de Contestación, ¶¶606-611 y Memorial de Dúplica, ¶¶ 449-452.

¹⁹⁹ Ver C-0009, p. 329-331.

sitios que pueden ser con mayor biodiversidad y con mayores impactos, puede tener otras implicaciones. ...²⁰⁰

136. Sin perjuicio del carácter novedoso del Proyecto Don Diego —y que otros países han sido escépticos y cautelosos al momento de autorizar proyectos de dragado marino similares al Proyecto Don Diego—,²⁰¹ éste no fue objeto de discriminación. Por el contrario, la DGIRA, autoridad técnico-científica especializada en la evaluación del Proyecto, se condujo de manera transparente, racional y conforme a los objetivos y políticas legítimas en materia ambiental, tal como lo prevé la propia normativa.²⁰² Por lo tanto, la Demandante no ha logrado establecer una violación al artículo 1102 del TLCAN.

IV. DAÑOS

A. Introducción

137. Los siguientes alegatos de cierre en materia de daños se presentan sin perjuicio de los argumentos legales de las secciones previas. Nada en esta sección debe interpretarse como una admisión de responsabilidad por parte de la Demandada ni como una renuncia a las defensas sobre el fondo de esta controversia.

138. La Demandante reclama daños por más de dos mil millones de dólares americanos más intereses posteriores al laudo.²⁰³ Este monto está conformado por 4 componentes:

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] (4) USD

\$1,037.9 millones en intereses pre-laudo.²⁰⁵

²⁰⁰ Transcripción, Día 4-Esp, p. 1035-1036, líneas 17- 22 y 1-21.

²⁰¹ Ver Dúplica, ¶¶ 289-295.

²⁰² Ver Memorial de Contestación, ¶¶ 612-613.

²⁰³ La Demandada reclama un total de USD \$2,676,300,000.00, sin embargo, esta cantidad corresponde a los daños antes de impuestos o brutos. Memorial de Réplica, ¶¶ 332 y 585.

²⁰⁴ [REDACTED]

²⁰⁵ Memorial de Dúplica, ¶¶ 715-721; Memorial de Contestación, ¶¶ 708-711.

139. El primer componente de los daños reclamados es sumamente especulativo pues valora el Proyecto como si su rentabilidad futura estuviese asegurada. Durante la audiencia se demostró entre otras cosas que, a la fecha de valuación, el Proyecto estaba en etapas iniciales de desarrollo; no contaba con financiamiento, estudios de factibilidad o reservas minerales; no se había contratado a Boskalis, su principal proveedor de servicios, ni realizado inversión alguna en infraestructura –*e.g.*, dragas modificadas o la Plataforma FPSP–; no se había finalizado la ingeniería básica²⁰⁶ ni llevado a cabo las pruebas necesarias para demostrar que el producto podía ser comercializado exitosamente –*e.g.*, la acidulación de la roca fosfórica. Todo esto, que sería un problema tratándose de un proyecto minero convencional, se agudiza dada la naturaleza *sui generis* del Proyecto. Se reitera que, a la fecha, no se ha podido implementar con éxito una operación de extracción y beneficiación de fosfato *off-shore* en ninguna parte del mundo.

140. Ninguno de estos hechos ha sido refutado por la Demandante, y esto es significativo porque ningún comprador hipotético razonablemente informado los habría ignorado. Una valuación por el método DCF o cualquier otra metodología del enfoque de ingresos en estas condiciones no solo iría en contra de las mejores prácticas conforme a los lineamientos de valuación internacionalmente reconocidos (CIMVAL y VALMIN), sino del principio de certidumbre razonable y de la práctica adoptada por tribunales internacionales en casos similares. En efecto, como se explicó en la Dúplica y en los alegatos de apertura de México, los tribunales internacionales consistentemente han rechazado el enfoque de ingresos para determinar daños en casos relacionados con proyectos mineros en etapa preoperativa en ausencia de evidencia contemporánea de rentabilidad futura, como la existencia de Reservas Minerales o un Estudio de Factibilidad (FS) o Prefactibilidad (PFS).²⁰⁷ La abrumadora mayoría de estos tribunales ha determinado los daños con base en un enfoque de costos.²⁰⁸

²⁰⁶ Transcripción, Día 6-Ing, pp. 1456-1457, líneas 18-22 y 1-20.

²⁰⁷ Memorial de Dúplica, ver secciones: IV. DAÑOS “C. Carga y estándar de la prueba”; “F. Casos inversionista-Estado que involucran proyectos mineros”; y “G. La determinación de daños de la Demandante continúa siendo Especulativa - 1. Las normas y directrices CIMVAL y VALMIN”. Transcripción, Día 1-Esp, pp. 157-160, 167, 175-177.

²⁰⁸ Memorial de Dúplica, ¶ 515.

141. Durante la audiencia también se demostró que la Demandante instruyó a sus peritos de daños considerar en su valuación los informes periciales presentados por la Demandante en este procedimiento. El problema con esto es que la determinación del valor justo de mercado de una inversión (VJM) es un ejercicio *ex ante* y, por consiguiente, no puede basarse en información que no estuviera disponible en la fecha de valuación.²⁰⁹ La Demandante ha intentado eludir este problema argumentando que los informes periciales en los que se apoyan sus peritos de daños se basan en información que estaba disponible en su momento. Sin embargo, no parece advertir que el análisis y las conclusiones contenidos en los informes en cuestión constituye información nueva que no estaba disponible para un comprador y vendedor hipotéticos en la fecha de valuación. Sugerir, como lo hace la Demandante, que un comprador hipotético razonablemente informado de los hechos habría llegado a las mismas conclusiones que sus peritos en un proceso de diligencia debida es profundamente especulativo e irrazonable. Sobre todo, cuando existe un informe alternativo, como el de WGM, en el que se disputan muchas de las conclusiones de los peritos de la Demandante.

142. El tercer problema con las estimaciones del VJM del proyecto de la Demandante es que no son congruentes con la medida de compensación que la propia Demandante identificó como aplicable bajo el estándar de reparación plena –i.e., el VJM del Proyecto inmediatamente antes de la primera denegación de la manifestación de impacto ambiental (MIA).²¹⁰ Como se constató durante la audiencia, tanto Compass Lexecon como Agrifos suponen, para efectos de su valuación, que la MIA había sido otorgada.²¹¹ La Demandada ha explicado en varias ocasiones, sin recibir respuesta alguna de la Demandante, que este supuesto no es necesario ni apropiado.²¹² Esto es así porque la medida de compensación aplicable elimina los efectos de la presunta expropiación al exigir que el VJM se mida inmediatamente antes de la expropiación. Al adoptar el supuesto de la aprobación de la MIA, los peritos de la Demandante calculan algo distinto al valor justo de mercado del Proyecto

²⁰⁹ Transcripción, Día 6-Ing, pp. 1364-1365 y 1438. Primer informe de Compass Lexecon, ¶ 6; Informe de Agrifos, ¶ 6.

²¹⁰ Memorial de Demanda, ¶¶ 373 y 376.

²¹¹ Transcripción, Día 6-Ing, pp. 1364-1365 y 1438.

²¹² Memorial de Contestación, ¶¶ 628-638; Memorial de Dúplica, ¶¶ 490-506, 498, 699.

inmediatamente antes de la expropiación y sobreestiman considerablemente los daños en este caso.²¹³

143. Un cuarto problema con las valuaciones de Compass Lexecon y Agrifos es que incluyen recursos inferidos en su valuación. Como se ha explicado a lo largo de este procedimiento, los recursos inferidos tienen el menor grado de certeza geológica, y los lineamientos del CIMVAL explícitamente señalan que no deben ser considerados para efectos de valuación.²¹⁴ [REDACTED]

[REDACTED]²¹⁵ La Dúplica de hecho identifica un caso (*Gold Reserve*) en donde el tribunal explícitamente concluyó que los recursos inferidos eran “demasiado especulativos como para ser incluidos en la presente valuación.”²¹⁶

144. La valuación de Agrifos no es una alternativa viable a la de Compass Lexecon, pues además de incorporar el supuesto de la aprobación de la MIA e introducir recursos inferidos en su análisis, tiene problemas fundamentales que dificultan su consideración en este caso. En primer lugar, el Sr. Cotton admitió durante la audiencia que no presentó soporte documental alguno para su informe. Admitió también (a regañadientes) que su valuación está basada en un total de dos transacciones de las cuales no existe información pública. Admitió además que realizó ajustes a estas dos transacciones que tuvieron el efecto de incrementar el precio por tonelada de fosfato entre 56% y 69%, y que no ofreció soporte documental, ni

²¹³ Memorial de Dúplica, ¶¶ 497-504.

²¹⁴ **C-0196**, p. 24: “*G4.2 For the Income Approach methods, it is generally acceptable to use all Proven Mineral Reserves and Probable Mineral Reserves, and to use Measured Mineral Resources and Indicated Mineral Resources in the circumstances described below.*” (Nótese que se incluyen los Recursos Medidos e Indicados más no los “Inferidos”)

²¹⁵ **C-0084**, p. 72, sección 17.6.

²¹⁶ Memorial de Dúplica, ¶ 529. Traducción de la Demandada. El texto original en inglés dice lo siguiente: “*Given that, as described by Respondent, these resources have the ‘lowest level of geological confidence’ and that the Canadian Institute of Mining, Metallurgy and Petroleum on Valuation of Mineral Properties (“CIMVal”) Guidelines, to which Claimant refers, acknowledges the ‘higher risk or uncertainty’ associated with these resources and cautions that they should only be used with great care, the Tribunal finds the additional resources to be too speculative to include in the present valuation.*”

empírico, ni teórico para dichos ajustes. La valuación de Agrifos no puede tomarse con seriedad en estas condiciones, y menos aún considerando que fue presentada después de concluida la fase de producción de documentos, lo cual impidió a la Demandada solicitar información básica de la valuación de Agrifos.

145. Sobre el segundo y tercer componente de esta estimación (i.e., valor estratégico y oportunidad perdida) no hay mucho más que añadir a lo ya dicho en los escritos de la Demandada. Ambas categorías de daños se apoyan únicamente en cálculos rudimentarios y carentes de soporte elaborados por el Sr. Longley, quien no sólo no es perito de daños ni tiene las credenciales necesarias para ofrecer una valuación de daños, sino que carece de la independencia necesaria para hacerlo, pues es un empleado de la Demandante.²¹⁷ Si la Demandante estaba interesada en perseguir estas dos categorías de daños, debió haber presentado evidencia pericial independiente de su monto.

146. Por último, el cálculo de intereses pre y post-laudo a una tasa de 13.95% carece de todo fundamento y no tiene precedentes en el arbitraje inversionista-Estado. Se observa que esta tasa está basada en el WACC del inversionista y utilizarla para efectos de determinar los intereses pre-laudo tendría el efecto de anular por completo el descuento que Compass Lexecon aplica a los flujos de caja futuro. Como lo explicó el Dr. Flores (perito de daños de la Demandada) en sus informes y durante la audiencia, fijar el WACC como tasa de interés pre-laudo compensaría a la Demandante por riesgos que nunca asumió –i.e., operar el Proyecto. A conocimiento de la Demandada, ningún tribunal internacional ha determinado intereses sobre la base del WACC del inversionista precisamente por esta razón.²¹⁸

B. La naturaleza de la reclamación

147. La Demandante sigue sin aclarar si la reclamación se presenta por cuenta propia, de conformidad con el artículo 1116 del TLCAN, o a nombre de ExO, conforme al artículo 1117. Como se ha explicado en los escritos de la Demandada, esto no es una cuestión menor,

²¹⁷ *Id.* Memorial de Dúplica, ¶ 722; Memorial de Réplica, ¶ 332. Ver también, Declaración Testimonial del Sr. Langley, ¶¶ 33 y 47.

²¹⁸ Memorial de Dúplica, ¶¶ 722-725.

pues tiene implicaciones no solo sobre el tipo de daños que se pueden reclamar, sino sobre la entidad que debe ser resarcida en caso de un resultado favorable.²¹⁹

148. En este caso la Demandante reclama la expropiación indirecta de su inversión²²⁰ y normalmente es el dueño de la inversión quien presenta una reclamación de esta naturaleza. Por esta razón se solicita al Tribunal determinar, de conformidad con lo alegado en la Dúplica, que la reclamación fue presentada por la Demandante por cuenta propia al amparo del artículo 1116 y, por lo tanto, que los daños asociados con la presunta expropiación están limitados al valor de la participación accionaria de la Demandante en ExO.²²¹

149. En caso de que este Tribunal determine que la reclamación se presentó al amparo del artículo 1117, la Demandada solicita que el laudo indique que el monto debe ser pagado a ExO, como lo establece el artículo 1135(2)(b).

C. La medida de compensación aplicable

150. Las Partes a esta controversia coinciden en que la medida de compensación aplicable en este caso es el VJM de la inversión determinado inmediatamente antes de la expropiación.

151. Como se señaló en los párrafos 491 y 493 de la Dúplica, la Demandante sostuvo en su Memorial que “la medida apropiada de daños, de conformidad con el estándar de *Chorzów Factory*, es el valor justo de mercado del Proyecto Don Diego antes de la primera denegación de la MIA por parte de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT)”.²²² Alegó también que “Compass Lexecon ha calculado la compensación pagadera por las violaciones de México basada en el valor justo de mercado del Proyecto en

²¹⁹ Memorial de Dúplica, ¶¶ 454, primera viñeta y 458-462.

²²⁰ También alega violaciones al artículo 1105 y 1102, pero afirma que los daños serían los mismos. Esto implica que la Demandante considera que dichas violaciones tuvieron efectos equiparables a una expropiación.

²²¹ Memorial de Dúplica, ¶ 462.

²²² Memorial de Dúplica, ¶ 491 citando el Memorial de Demanda, ¶¶ 373 y 376 (traducción de la Demandada). El pasaje original en inglés es el siguiente: “*the appropriate measure of damages, pursuant to the Chorzów Factory standard, is the fair market value of the Don Diego Project prior to SEMARANT’s first denial of the MIA, regardless of whether the Tribunal finds a breach of only one or of all three of the aforementioned articles.*” (Énfasis añadido).

una fecha inmediatamente anterior a que la SEMARNAT negara la MIA [...]”.²²³ La Demandante no ha modificado su posición desde entonces.

152. México, por su parte ha sostenido que el artículo 1110(2) del TLCAN define la medida de compensación aplicable en casos de expropiación como “[el] valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación”.²²⁴ Sostuvo además que dicha medida es congruente con el estándar de reparación plena conforme a la formulación empleada por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Chorzów Factory* en las circunstancias de este caso. Observó también que la medida de compensación que especifica el artículo 1110(2) era esencialmente la misma que la Demandante había propuesto.²²⁵ La Demandante no controvertió ninguno de estos puntos.

153. La determinación del VJM del Proyecto inmediatamente antes de la supuesta expropiación no es ni debe confundirse con un análisis contrafáctico. El objetivo no es determinar el VJM que el Proyecto habría podido alcanzar en un escenario contrafáctico en donde la MIA hubiese sido aprobado, sino el VJM que tenía inmediatamente antes de la denegación de la MIA.²²⁶ No es necesario ni apropiado hacer supuestos en relación con la medida expropiatoria ya que, por diseño, la medida de compensación elimina sus efectos al establecer que el VJM debe medirse inmediatamente antes de la expropiación.²²⁷ Esto se explicó en los escritos de la Demandante y la Demandante nunca controvertió el argumento.

154. No obstante lo anterior, es claro que la Demandante confunde y/o busca confundir al Tribunal sobre la manera en la que se deben determinar los daños. En varias ocasiones durante los alegatos de inicio, los abogados de la Demandante se refirieron a un valor/escenario contrafáctico sin advertir (al parecer) que la medida de compensación que ellos mismos propusieron al Tribunal, no lo requiere:

²²³ Memorial de Demanda, ¶ 380. (Énfasis añadido).

²²⁴ Memorial de Contestación, ¶¶ 628-633; Memorial de Dúplica, 492-496.

²²⁵ Memorial de Contestación, ¶ 631.

²²⁶ Memorial de Demanda, ¶ 374-375.

²²⁷ Memorial de Dúplica, ¶¶ 494-495. Esto es precisamente lo que dispone el artículo 1110(2).

- Al referirse a la metodología de valuación de Agrifos, el abogado de la Demandante argumentó: “This method attempts to assess--it addresses the but-for scenario by selecting comparator projects that are fully permitted or if not permitted have no known major regulatory hurdles.”²²⁸
- Al discutir el enfoque de mercado de Quadrant, el abogado de la Demandante argumentó que éste resultaba problemático porque: “the market didn’t know whether or not the MIA would have been approved, so this method actually cannot tell us the but-for value of the Don Diego Project directly...”²²⁹
- Al abogar por las virtudes del método de flujo de caja descontado (DCF), el abogado de la Demandante señaló: “And I would also note that this source of uncertainty does not arise at all with the DCF Method because there, the but-for requirement is addressed by having the model assume that the Project received the MIA.”²³⁰
- En el contexto de los ajustes realizados en la valuación de daños, señalaron: “That is not correct because the adjustments that must be made in order to translate the market’s valuation of Odyssey in the actual scenario into a but-for valuation of ExO and of the Don Diego Project, introduce more uncertainty than there is in the DCF Approach, where each of the valuation drivers can be scrutinized in detail.”²³¹

155. En efecto, la Demandante, consciente o inconscientemente, se apartó de lo que originalmente calificó como “*la medida apropiada de daños de conformidad con el estándar de Chorzów Factory*” al ordenar a sus peritos suponer, para efectos de su análisis, que la MIA se había aprobado. Durante el conainterrogatorio tanto Compass Lexecon como a Agrifos –i.e., los peritos de daños de la Demandante– confirmaron que adoptaron este supuesto por instrucciones de los abogados de la Demandante:²³²

²²⁸ Transcripción, Día 1-Ing, p.70, líneas 12-15. [Énfasis añadido].

²²⁹ Transcripción, Día 1-Ing, p. 71, líneas 4-7. [Énfasis añadido].

²³⁰ Transcripción, Día 1-Ing, pp. 71-72, líneas 22 y 1-4. [Énfasis añadido].

²³¹ Transcripción, Día 1-Ing, p. 72, líneas 9-16. [Énfasis añadido].

²³² Transcripción, Día 6-Ing, pp. 1365- 1366 y 1438, líneas 12-22, 1-3 y 6- 18.

[Interrogatorio del Sr. Cotton:]

Q. Okay the last bullet in the Paragraph 69 [of your Report] indicates that you assumed that the MIA would have been granted; right?

A. That is correct.

Q. Okay. And just to remind--I think we already established that, but this was an instruction that you were instructed to make; correct?

A. It's an instruction--it's an assumption.²³³

Q. So, if the Tribunal were to determine that the value of the Don Diego Project should be determined prior to 7 April 2016, as you point out in Paragraph 2 of your Report, it would follow that the result would be significantly lower; correct?

A. I would say the following: It's a—I understand exactly your question, sir, and it's very clear. I would say the following: In our experience, achieving a permitting milestone does lead to a significant, you know, increase in value.²³⁴

[Interrogatorio del Sr. Spiller:]

Q. [...] You should be seeing Paragraph 6 of your First Report, and there you state that you were instructed to compute damages based on the Fair Market Value of the Don Diego Project had it been permitted as of the date of valuation. Do you see that?

12 A. (Prof. Spiller) Yes.

Q. Do you agree that this assumption, that the Project would be permitted as of the date of valuation, removes all the permitting risks from your analysis?

A. (Prof. Spiller) Yes. It removes the main permitting risk.

Q. Okay. Do you agree--and you agree, of course that, removing that risk has a material effect over the value of the Project; correct?

A. (Prof. Spiller) It may. Although to infer exactly what--to say material is something I cannot say, as I am not qualified to assess the merits or not of the MIA.²³⁵

156. Las respuestas de los peritos no solo revelan el uso del supuesto, sino el efecto que tiene sobre el resultado. El Sr. Cotton (Agrifos) aceptó que el permiso conduce a un incremento significativo en el valor. El Dr. Spiller (Compass Lexecon) reconoció que el supuesto eliminaba el riesgo del proyecto, lo cual necesariamente conlleva a un incremento en el valor. De hecho, Compass Lexecon reconoció, tanto en el interrogatorio directo como en el contrainterrogatorio, que la aprobación de la MIA se traducía en un incremento de aproximadamente 50% en el valor de la inversión, a lo cual se refirió como el “*permit bump*”:

²³³ Transcripción, Día 6-Ing, p. 1365, líneas 12-19.

²³⁴ Transcripción, Día 6-Ing, p. 1366, líneas 11-20.

²³⁵ Transcripción, Día 6-Ing, pp. 1438-1439, líneas 6-22 y 1-3.

[Interrogatorio directo: presentación del Dr. López Zadicoff]

So, what is the value of this project in the market? Well, if permitted, it is 100 million, then I apply a probability of two to three, so the value is \$66 million. Okay. Let's assume that a moment later the permit is granted, so what's the value of the asset? Well, we already know, already permitted is \$100 million, so 100 compared to 66 is a 50 percent permit bump which is what we apply here.²³⁶

[Contrainterrogatorio del Dr. Spiller]

Q. Okay. In your reconciliation, you attribute 50 percent to that permit bump; correct?

A. (Prof. Spiller) Yeah, that's right. That's for an average project.²³⁷

157. También es importante recordar que la determinación del VJM de una inversión es un análisis *ex ante*, lo cual implica que no se puede utilizar información que no estuviera disponible a la fecha de valuación. Esto incluiría los numerosos informes periciales que la Demandante ha presentado en este procedimiento pues, aún bajo la hipótesis de que estuvieran basados en información disponible a la fecha relevante, el análisis y las conclusiones de los peritos constituye información nueva que no habría estado disponible para las partes de la transacción hipotética que se utiliza para derivar el VJM. Esto se señaló oportunamente en el Escrito de Contestación, en la Dúplica y en los alegatos de inicio de la Demandada.²³⁸

158. El Dr. Spiller (de Compass Lexecon) reconoció abiertamente que su valuación se basa en las conclusiones de los peritos de la Demandante. De hecho, afirmó que él fue quien solicitó las opiniones porque deseaba obtener una evaluación independiente de los puntos de vista de los directivos de la empresa:

Q. Okay. And then you also state there [¶ 7 de su primer informe] that counsel instructed you to rely, in addition to the Business Plan and the contemporaneous geological marketing and technical data, on the reports prepared by the Claimant's technical and marketing experts. Can you confirm that?

A. (Prof. Spiller) Yeah, that's what I just said.

Q. Okay. And just to clarify, did you request these opinions?

²³⁶ Transcripción, Día 6-Ing, p. 1428, líneas 8-15.

²³⁷ Transcripción, Día 6-Ing, p. 1439 líneas 4-7. Véase también el Primer informe de Compass Lexecon, ¶ 121.b.

²³⁸ Memorial de Dúplica, ¶ 488; Memorial de Contestación, ¶ 424; Transcripción, Día 1-Esp, pp. 161-162, líneas 18-22 y 1-5.

A. (Prof. Spiller) We requested that the Claimant retain experts in all these geological issues so that we can get independent assessment of the management views.²³⁹

159. La introducción del supuesto sobre la aprobación de la MIA y el uso de información *ex post* en un análisis *ex ante* implica que lo que calculó Compass Lexecon y Agrifos es distinto del VJM de la inversión determinado inmediatamente antes de la expropiación.²⁴⁰ Se trata más bien del valor que la Demandante esperaba que su inversión alcanzara de no haber sido por la denegación de la MIA, lo cual es incompatible con la medida de compensación aplicable e inapropiado para determinar los daños en caso de que el Tribunal determine que México es responsable de las violaciones que se le imputan.

160. Se reitera que un comprador hipotético razonablemente informado no habría adoptado el supuesto sobre la aprobación de la MIA para fijar el precio que estaría dispuesto a pagar por el Proyecto inmediatamente antes de la supuesta expropiación. Lo razonable habría sido que tomara en cuenta los riesgos existentes en ese momento, lo cual incluye el riesgo de que la MIA fuese denegada.²⁴¹

161. Un comprador hipotético razonablemente informado tampoco habría tomado en cuenta los diversos informes periciales que la Demandante ha presentado en este arbitraje como evidencia de la factibilidad técnica y económica del Proyecto sencillamente porque no estaban disponibles en abril de 2016. Lo único que se tenía en ese momento son los documentos contemporáneos que la Demandada analizó en su escrito de Dúplica²⁴² y que contienen numerosas advertencias sobre la naturaleza preliminar de la información y la necesidad de llevar a cabo diversos estudios adicionales que nunca se llevaron a cabo por razones que nada tienen que ver con la MIA.

162. Para no ir más lejos, en [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

²³⁹ Transcripción, Día 6-Ing, p. 1442, líneas 12-19.

²⁴⁰ Memorial de Dúplica, ¶¶ 495, 503-504, 506.

²⁴¹ Memorial de Dúplica, ¶ 501.

²⁴² Memorial de Dúplica ¶¶ 588-589; *id.*, ¶¶ 592-612 (propuesta de Boskalis y documentos relacionados); *id.*, ¶¶ 613-617 (informe NI 43-101); *id.*, ¶¶ 618-626 [REDACTED]

166. La valuación de daños de la Demandante contraviene el principio de certidumbre razonable por diversas razones que se explicaron a detalle en los escritos de la Demandada y durante la audiencia. Destaca principalmente la elección de metodologías del enfoque de ingresos (DCF y ROV) dada la ausencia de las condiciones necesarias para aplicarlas.

167. El principio de certeza razonable exige evidencia contemporánea de la rentabilidad futura de la inversión, ya que solo en ese caso un comprador y vendedor hipotéticos estarían dispuestos a fijar el precio de la transacción sobre la base de los flujos futuros de la inversión. Normalmente, la rentabilidad futura de una inversión se demuestra mediante un historial probado de operaciones rentables, y numerosos tribunales internacionales han identificado la existencia de dicho historial como requisito para utilizar un DCF.²⁴⁷ En este caso, no existe tal historial porque el Proyecto estaba a al menos dos años de iniciar operaciones.

168. Si bien es cierto que algunos tribunales internacionales han utilizado DCFs en ausencia de un historial de operaciones rentables, esto no significa que se haya ignorado el principio de certidumbre razonable. En el contexto de proyectos mineros en etapa preoperativa, la Demandada ha demostrado que los tribunales internacionales exigen la existencia de Reservas Minerales y/o estudios contemporáneos de factibilidad técnica y económica (FS o PFS).²⁴⁸ De hecho, como se observó en la Dúplica, no existe un solo caso en el que un tribunal haya utilizado un DCF para valorar un proyecto minero en etapa preoperativa en ausencia de Reservas y/o Estudios de Factibilidad. La Demandante no ha refutado este punto.²⁴⁹

169. La Demandante está consciente del enorme problema que representa la ausencia de evidencia contemporánea de la rentabilidad futura del Proyecto para justificar el uso de un DCF. Por ello ha buscado justificar su enfoque de valuación bajo las directrices del CIMVAL y VALMIN. Desafortunadamente para ella, dichas directrices tampoco apoyan su postura según se explica a continuación.

²⁴⁷ Memorial de Contestación, ¶ 645. *Ver* también Memorial de Dúplica, sección “IV. DAÑOS – F. Casos inversionista-Estado que involucran proyectos mineros”.

²⁴⁸ Memorial de Dúplica, ¶ 514. *Ver* sección “IV. DAÑOS - F. Casos inversionista-Estado que involucran proyectos mineros”.

²⁴⁹ *Id.*

E. Las directrices del CIMVAL y VALMIN no admiten una valuación por flujos descontados en las circunstancias de este caso

170. La existencia de al menos un Estudio de Prefactibilidad no solo es un requisito conforme a la práctica internacional en arbitrajes de inversión para el uso de un DCF, también lo es conforme a las directrices del CIMVAL y VALMIN. Como se puede apreciar de la tabla a continuación, los lineamientos no permiten el enfoque de ingresos para Propiedades en Exploración; solo lo permiten para Propiedades en Desarrollo y Propiedades de Producción (últimas dos columnas) y solo “en algunos casos” para Propiedades de Recursos Minerales. De ahí la importancia de determinar la etapa en la que se encontraba el Proyecto:

TABLE 1. Valuation Approaches for Different Types of Mineral Properties

| Valuation Approach | Exploration Properties | Mineral Resource Properties | Development Properties | Production Properties |
|--------------------|------------------------|-----------------------------|------------------------|-----------------------|
| Income | No | In some cases | Yes | Yes |
| Market | Yes | Yes | Yes | Yes |
| Cost | Yes | In some cases | No | No |

171. La evidencia disponible apunta preponderantemente a que el Proyecto se encontraba en etapa de exploración. El Tribunal no necesita apoyarse en la opinión de WGM para llegar a esta conclusión; bastaría con que considere las declaraciones contemporáneas de la Demandante y sus expertos. [REDACTED]

[REDACTED]²⁵⁰ En su informe anual de 2015 ante la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos de América (SEC por sus siglas en inglés) la propia Demandante señaló: “*we [Odyssey] have invested in marine mineral companies that to date are still in the exploration phase and have not begun to earn revenue from operations.*”²⁵¹

172. Pero aún si persistieran dudas sobre la etapa en la que se encontraba el Proyecto, bastaría con examinar el texto de las directrices del CIMVAL y VALMIN para eliminarlas. Como se explicó en el párrafo 569 de la Dúplica, CIMVAL define Propiedad en Desarrollo como “*a Mineral Property that is being prepared for mineral production and for which*

²⁵⁰ Memorial de Dúplica, ¶ 582; Memorial de Contestación, ¶¶ 678-679; C-0084, p. 13.

²⁵¹ Memorial de Dúplica, ¶ 582.

economic viability has been demonstrated by a Feasibility Study or Prefeasibility Study”. VALMIN por su parte, define “Proyectos en Desarrollo” como: “[t]enure holdings for which a decision has been made to proceed with construction or production or both, but which are not yet commissioned or operating at design levels. Economic viability of Development Projects will be proven by at least a Pre-Feasibility Study.”

173. A pesar de que el Proyecto no contaba con un Estudio de Prefactibilidad en la fecha de valuación, la Demandante engañosamente ha argumentado que el Proyecto era una Propiedad en Desarrollo. Por ejemplo, en el Memorial señaló: “[s]obre la base de estos dictámenes de expertos, el Profesor Spiller y el Sr. López Zadicoff concluyeron que la Fase I del Proyecto está debidamente clasificada como de Propiedad/Proyecto de Desarrollo, y por lo tanto debe ser valorada utilizando un enfoque de ingresos.”²⁵²

174. Durante los alegatos de apertura, los abogados de la Demandante fueron incluso más lejos, al señalar que el Proyecto se encontraba en “Etapa de Desarrollo” conforme a las directrices de CIMVAL y VALMIN porque era una Propiedad Mineral cuya viabilidad económica había sido demostrada por medio de un Estudio de Prefactibilidad:

The evidence also is clear that Don Diego was a development-stage project. Both CIMVAL and VALMIN acknowledged that a project is at the development stage if it's a Mineral Property for which economic viability has been established by a Pre-Feasibility Study, which we have here.²⁵³ [Énfasis añadido]

175. En directa contraposición a lo anterior, el Dr. Spiller (de Compass Lexecon) reconoció que no había ningún documento en el expediente que cumpliera con la definición de “*Pre-feasibility Study*” conforme al CIMVAL:

Q. [...] Now, can you point to any document on file that fits that description [i.e., CIMVAL’s definition of Pre-Feasibility Study]?

A. (Prof. Spiller) No. The Company has not declared Mineral Reserves yet.

Q. And it does not have--it didn't have a Pre-Feasibility Study; right?

A. (Prof. Spiller) Not that--not a formal Pre-Feasibility Study done, yet--meaning written yet, no--at least at Date of Valuation, at least.²⁵⁴ [Énfasis añadido]

²⁵² Memorial de Demanda, ¶ 388.

²⁵³ Transcripción, Día 1-Ing, p. 75, líneas 2-7.

²⁵⁴ Transcripción, Día 6-Ing, p. 1450, líneas 3-11.

176. El Dr. Flores (de Quadrant Economics) confirmó que no existía un Estudio de Prefactibilidad y aclaró que esto no se trataba de su opinión, como lo sugirió el abogado de la Demandante:

Q. [...] So, you cite the CIMVAL definition in Paragraph 46, and then in subsequent paragraphs you develop a point that this definition is relevant to whether or not the DCF Method can be used because, in your view, Don Diego did not have a Pre-Feasibility Study; right?

A. No. It's not in my view. I mean, it's a factual point that Don Diego did not have a Feasibility Study or a Pre-Feasibility Study. That's not a matter of opinion. It's a matter of fact.²⁵⁵ [Énfasis añadido]

177. A pesar de que sabían que no había un Estudio de Prefactibilidad en este caso, los abogados de la Demandante señalaron en sus alegatos de inicio que tanto CIMVAL como VALMIN explícitamente reconocen que el enfoque de ingresos es apropiado para proyectos que no han comenzado a producir.²⁵⁶ Esto es impreciso en el mejor de los casos y engañoso en el peor.

178. La Demandada explicó en la Dúplica que los lineamientos del CIMVAL solo recomiendan el enfoque de ingresos para Propiedades en Desarrollo (que el Proyecto no era) y solo “en algunos casos” para Propiedades de Recursos Minerales.²⁵⁷ Si bien la Demandante reconoció lo anterior, sugirió engañosamente que los lineamientos “no nos dicen exactamente qué es lo que esto significa”, y concluyó que el enfoque de ingresos es apropiado cuando lo único que hace falta es integrar todos los datos en un solo informe:

Now, it is true that CIMVAL and VALMIN say that the Income Approach can be used for pre-development projects in some cases and they don't tell us exactly what that means. But I would submit that when the only thing that was even arguably lacking to be at the development stage was pulling all of the data together into a single report that is clearly the type of case where the Income Approach is appropriate.²⁵⁸

179. Lo anterior ignora por completo que el CIMVAL define, en las secciones G4.4 y G4.5, las condiciones que deben cumplirse para la utilización de “Recursos Minerales” en un

²⁵⁵ Transcripción, Día 6-Ing, pp. 1520-1521, líneas 22 y 1-9.

²⁵⁶ Transcripción, Día 1-Ing, p. 74, líneas 12-16.

²⁵⁷ Memorial de Dúplica, ¶ 566

²⁵⁸ Transcripción, Día 1-Ing, p. 79, líneas 2-10.

DCF, a saber: (i) cuando existen Reservas y éstas se extraen antes que los Recursos Minerales y/o; (ii) cuando existe una opinión de una Persona Calificada en el sentido de que es probable que la extracción de los Recursos Minerales sea económicamente viable.²⁵⁹ En este caso, no existían Reservas, ni la opinión de una Persona Calificada en el sentido requerido en la fecha de valuación. Dado lo anterior, es claro que el Proyecto no es uno de esos casos en los que los lineamientos del CIMVAL permiten el uso del enfoque de ingresos.

180. Ante la imposibilidad de probar que existían las condiciones que los tribunales internacionales y los lineamientos exigen para el uso de metodologías de ingresos, la Demandante se ha visto forzada a argumentar que la información disponible a la fecha de valuación estaba a “nivel de prefactibilidad.”²⁶⁰ Con esto, la Demandante busca equiparar la existencia de un Estudio de Prefactibilidad formal con la existencia de la información que habría sido necesaria para elaborarlo. Esta falsa equivalencia no puede ni debe ser aceptada por este Tribunal.

181. Un Estudio de Prefactibilidad es un “estudio exhaustivo” que incluye “un análisis financiero basado en supuestos razonables sobre factores técnicos, ingenieriles, operativos y económicos y la evaluación de otros factores relevantes que son suficientes para que una Persona Calificada, actuando razonablemente, determine si todos o parte de los Recursos Minerales pueden ser clasificados como Reservas Minerales”.²⁶¹ Al respecto, solo cabe observar que, a la fecha de valuación, no existía dicho estudio y/o una opinión de una Persona Calificada que determinara que parte o todos los Recursos Minerales identificados por el Dr. Lamb se podían clasificar como Reservas Minerales.

182. La opinión del Dr. Selby se presentó para atender esta deficiencia, sin embargo, aun poniendo de un lado por el momento el hecho de que se trata de información no disponible en la fecha de valuación, es claro que ni él mismo se atreve a declarar la existencia de Reservas en la fecha de valuación. A lo más que llega es a afirmar que “es razonable suponer

²⁵⁹ Memorial de Dúplica, ¶¶ 571 y 573. CIMVAL Standards and Guidelines 2003, p. 24. **C-0196.**

²⁶⁰ Véase, por ejemplo, Transcripción, Día 1-Ing, pp. 75-76, 80, líneas 2-22, 10-20 y 9-15; Memorial de Réplica, ¶¶ 13, 375, 380-381, 385.

²⁶¹ **C-0196**, p. 10.

que habrá una alta tasa de conversión [90% a 95%] de Recursos Indicados a Reservas Probables, sujeto a permisos, procesamiento efectivo y comercialización subsecuente”.²⁶² Esta última condicionante es pertinente porque tampoco hay evidencia contemporánea que demuestre que, a la fecha de valuación, ExO habría podido obtener los permisos restantes, o que hubiera procesamiento efectivo, o que el producto que pretendía producir habría podido comercializarse.

183. Finalmente, la Demandada refiere brevemente a un documento (CLEX-37) que se citó en el interrogatorio directo de Compass Lexecon y que también fue materia de una línea de preguntas que la Demandante le formuló al Dr. Flores. Este documento muestra los resultados de una encuesta elaborada por el Canadian Institute of Mining (CIM) que la Demandante y Compass Lexecon utilizaron para insinuar que el enfoque de ingresos es el enfoque más utilizado en la práctica para Propiedades de Recursos Minerales.²⁶³ La Demandante no parece advertir que el documento es una encuesta elaborada en 2005, es decir, 11 años antes de la fecha de valuación, fue aplicada a un total de 22 individuos y que el CIMVAL señala que el enfoque de ingresos es admisible en “algunos casos”. Como explicó el Dr. Flores en respuesta a la pregunta de la Demandada:

A. According to the survey respondents, yes, but, as I said in my presentation, you have to take into account was the Market Approach available or recommended or not. It's fact-specific to each valuation that you're conducting.²⁶⁴

F. La viabilidad técnica y económica del Proyecto no había sido demostrada a la fecha de valuación

184. Es un hecho no controvertido que nadie ha implementado en ninguna parte del mundo una operación semejante a la que la Demandante pretendía poner en marcha en México. De hecho, como lo señaló el Dr. Flores en su interrogatorio directo, dos empresas dedicadas a la producción y comercialización de fosfato tenían concesiones mineras contiguas a la de la

²⁶² Primer informe del Dr. Selby, ¶ 84. Traducción de la Demandada, original en inglés: “*it is reasonable to assume that there will be a very high conversion rate from Indicated Resource to Probable Reserves, subject to permitting, effective processing and downstream commercialisation.*”

²⁶³ Transcripción, Día 6-Ing, pp. 1410, 1515, líneas 1-7 y 18-21.

²⁶⁴ Transcripción, Día 6-Ing, p. 1517, líneas 4-8.

Demandante, mismas que exploraron y posteriormente abandonaron.²⁶⁵ Se trataba, por lo tanto, de un modelo de producción y negocio que no había sido probado exitosamente.

185. La Demandante intenta hacer a un lado las implicaciones de lo anterior argumentando que el método de extracción –i.e., el dragado– ha existido desde hace mucho tiempo; que Boskalis es una empresa de renombrado prestigio en esa área y que; las técnicas de beneficiación para lograr un producto comercializable también eran muy conocidas y ampliamente utilizadas en tierra firme. Sin embargo, es un hecho incontrovertido que los procesos de beneficiación que se pretendían utilizar nunca han sido utilizados a bordo de una Planta Flotante de Producción y Almacenamiento (FPSP) Plataforma de Procesamiento y, por lo tanto, se desconoce si hubiesen podido funcionar con la eficiencia requerida para que el Proyecto fuese económicamente viable. Se debe recordar que, para su comercialización exitosa, la piedra de fosfato debe tener ciertas especificaciones técnicas que incluyen: un contenido mínimo de fosfato, un nivel máximo de humedad y ausencia de elementos indeseables.

186. Para evitar repeticiones innecesarias, la Demandada no se referirá aquí el análisis de la evidencia contemporánea que se incluyó en sus escritos, sin embargo, solicita al Tribunal tenerlo en cuenta para su decisión.²⁶⁶ En suma, la Demandada reitera que los documentos contemporáneos demuestran que el Proyecto estaba en etapas iniciales de desarrollo y no se había demostrado la viabilidad técnica o económica del Proyecto en la fecha de valuación. La Demandada se limitará a discutir en esta sección la evidencia proporcionada por el Sr. Bryson durante la audiencia.

187. En relación con el proceso de beneficiación a bordo de la FPSP, el Sr. Bryson declaró en sus testimoniales que Boskalis había contactado a sus proveedores de maquinaria – específicamente a Weir Minerals y a B&D Process²⁶⁷– para verificar las tolerancias de las

²⁶⁵ Transcripción, Día 6-Ing, p. 1479, líneas 1-10.

²⁶⁶ Memorial de Contestación, ¶¶ 655-658, 678-680 y Memorial de Dúplica sección “IV. Daños – G.3 La evidencia contemporánea no demuestra la viabilidad económica y técnica del Proyecto.”

²⁶⁷ Primera DT del Sr. Bryson, ¶ 99. El Sr. Bryson también señala que Boskalis consultó a DRA Global, SGS Bateman y Metso.

máquinas, y asegurarse de que podían operar en alta mar. Sin embargo, durante su conainterrogatorio reconoció que:

- la propuesta de Boskalis no menciona a dichos proveedores en ninguna parte;²⁶⁸
- no citó ni presentó documento alguno para corroborar su testimonio (e.g., comunicaciones con Boskalis sobre este punto);²⁶⁹
- su testimonio se basaba en lo que los proveedores presuntamente le dijeron a Boskalis y Boskalis presuntamente le comunicó a él hace ocho años (i.e., “hearsay” doble);²⁷⁰
- ningún representante de Boskalis presentó una declaración en este procedimiento;²⁷¹

188. Por lo tanto, el testimonio del Sr. Bryson en el sentido de que [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]²⁷² descansa exclusivamente en su dicho.

189. El proceso de secado también se abordó durante el conainterrogatorio del Sr. Bryson. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] El Sr. Bryson testificó sobre las pruebas realizadas para demostrar que era posible realizar el [REDACTED] sin embargo, durante su conainterrogatorio, reconoció que las pruebas realizadas en Alemania [REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

²⁶⁸ Transcripción, Día 2-Ing, p. 380, líneas 1-10.

²⁶⁹ Transcripción, Día 2-Ing, p. 380, líneas 4-6.

²⁷⁰ Transcripción, Día 2-Ing, pp. 380-381, líneas 21-22 y 17-21.

²⁷¹ Transcripción, Día 2-Ing, pp. 381-382, líneas 22 y 1-2.

²⁷² Primera DT del Sr. Bryson, ¶ 100; Transcripción, Día 2-Ing, p. 382, líneas 8-22.

²⁷³ Primera DT del Sr. Bryson, ¶ 109. Transcripción, Día 2-Ing, pp. 394-399, líneas 10-20 y 1.

declaración testimonial en este caso.²⁸⁰ Al igual que con las presuntas consultas a los proveedores de maquinaria de separación, los señalamientos sobre el interés mostrado por los transportistas descansan exclusivamente en el dicho del Sr. Bryson.

192. Al Sr. Bryson también se le cuestionó sobre el acuerdo de exclusividad entre Boskalis y OMO y los estudios de viabilidad que se realizarían una vez firmado el acuerdo. Sobre el acuerdo con Boskalis testificó que él no fue parte de esas discusiones²⁸¹, sin embargo, reconoció que Odyssey/ExO solo tuvo acceso a presupuestos de baja especificidad (“*high-level price quotations*”) e ingeniería básica, y que un comprador hipotético interesado en adquirir el Proyecto en la fecha de valuación solo tendría acceso a esa información.²⁸² Esto es relevante porque es por demás inverosímil que un comprador hipotético hubiese estado dispuesto a pagar más de dos mil millones de dólares por un proyecto sobre la base de presupuestos preliminares y sin contar con ingeniería básica del Proyecto.

193. Cuando se le preguntó sobre el estudio –i.e., “sub-study” que se menciona en el acuerdo de exclusividad– para demostrar la viabilidad del negocio, el Sr. Bryson aseguró que el estudio se había realizado, pero no se presentó como prueba en este procedimiento. Incluso suponiendo que el estudio existe –lo cual es sumamente dudoso– es claro que si no estuvo disponible para Odyssey y ExO tampoco habría estado disponible para un comprador hipotético en la fecha de valuación para informar la decisión de compra.

194. Finalmente, el Sr. Bryson reconoció que el Proyecto sufrió muchos cambios desde la propuesta inicial. Por lo que respecta al uso de las dragas, reconoció que la opción que se le presentó a la SEMARNAT para evaluación en la MIA era distinta a la que se tomó en cuenta

██
██
██
██

²⁸⁴ Esto quiere decir que incluso

²⁸⁰ Transcripción, Día 2-Ing, p. 404, líneas 13-15.
²⁸¹ Transcripción, Día 2-Ing, p. 406, líneas 5-8.
²⁸² Transcripción, Día 2-Ing, pp. 406-408.
²⁸³ Transcripción, Día 2-Ing, p. 414, líneas 16-21.
²⁸⁴ Transcripción, Día 2-Ing, pp. 414-415.

si la SEMARNAT hubiese aprobado el proyecto que se le presentó, Odyssey/Exo habría tenido que solicitar la aprobación de la SEMARNAT para los cambios descritos [REDACTED]

G. Las valuaciones de la Demandante introducen un nivel inaceptable de especulación al incluir Recursos Inferidos en su análisis

195. Como se expuso anteriormente, uno de los principales problemas con la estimación de daños de la Demandante es que incluye Recursos Inferidos que tienen el menor grado de certeza geológica y no pueden utilizarse en análisis económicos sin antes reclasificarse como Recursos Medidos o Indicados. Los lineamientos del CIMVAL son muy claros sobre el tipo de recursos que pueden ser utilizados en valuaciones mediante el enfoque de ingresos:

G4.2 For the Income Approach methods, it is generally acceptable to use all Proven Mineral Reserves and Probable Mineral Reserves, and to use Measured Mineral Resources and Indicated Mineral Resources in the circumstances described below.²⁸⁵

196. La Demandada se ha referido ya a algunas de las “circunstancias” a las que se refiere esta cita para considerar Recursos Minerales (reglas G4.4 y G4.5). Durante el conainterrogatorio de WGM, la Demandante llevó al perito de la Demandada a la regla G4.8 confirmando que sólo los Recursos Medidos e Indicados pueden ser incluidos en análisis y sólo si se cumple lo dispuesto en las reglas G4.3 a G4.7:

Q. I just wanted the record to be clear, sir, that it's not only if there are Reserves, this is also an and/or if Measured and Indicated Resources are used as specified in G4.3 to G4.7?

A. (Mr. Hinzer) Correct.²⁸⁶

197. Como se señaló anteriormente, las reglas G4.3 y G4.4 establecen que se pueden utilizar Recursos Minerales en una valuación siempre que: (i) existan Reservas y estas se exploten antes que los Recursos Minerales (regla G4.4) y (ii) que, en la opinión de una Persona Calificada, exista una alta probabilidad de que los Recursos Minerales sean económicamente viables. Se reitera que ninguna de estas condiciones se cumplía en la fecha de valuación.

²⁸⁵ C-0196, p. 24.

²⁸⁶ Transcripción, Día 5-Ing, p. 1200, líneas 16-20.

198. Se observa nuevamente que el volumen de Recursos Inferidos en este caso es muy significativo. En sus informes, Compass Lexecon considera 166.4 millones mt de Recursos Inferidos que representan ██████████²⁸⁷ Agrifos, por su parte, no solo considera Recursos Inferidos, sino que toma en consideración la parte norte de la concesión que no formó parte del informe NI 43-101 del Dr. Lamb.²⁸⁸ Esto quiere decir que no hay ni siquiera una opinión de una Persona Calificada que de fe de la existencia y volumen de estos recursos.

H. La valuación alternativa de Agrifos es sumamente especulativa, carece de soporte y, por lo tanto, no puede ser considerada por este Tribunal

199. Durante el contrainterrogatorio del Sr. Cotton quedó establecido que la valuación de Agrifos es un ejercicio opaco, sin fundamento e idiosincrásico. La Demandada ya había señalado en el escrito de Dúplica²⁸⁹ los cuatro principales problemas con el informe de Agrifos: (i) no está respaldado por evidencia; (ii) se basa en dos transacciones privadas para las cuales no hay información pública disponible; (iii) aplica ciertas primas cualitativas a las supuestas transacciones comparables que no tienen sustento en la literatura o en la práctica, y se basan exclusivamente en la supuesta amplia experiencia de Agrifos, y (iv) incluye Recursos Inferidos en el análisis. La Demandada abordará estas cuestiones en el mismo orden.

200. En primer lugar, el Sr. Cotton admitió abiertamente que no incluyó un solo documento como anexo a su informe y que no identificó una sola fuente de la información que utilizó para su valuación:

Q. And can you confirm that you did not attach or submit documents as exhibits to your Report?

A. That's correct. [...] ²⁹⁰

Q. Okay. However, you did not identify a single document related to the comparable transactions you used in your analysis; correct?

A. That's right. ²⁹¹

²⁸⁷ Segundo informe de Quadrant Economics, ¶ 94.

²⁸⁸ Segundo informe de Quadrant Economics, ¶ 263.

²⁸⁹ Memorial de Dúplica, ¶¶ 696-707.

²⁹⁰ Transcripción, Día 5-Ing, p. 1325, líneas 16-18.

²⁹¹ Transcripción, Día 5-Ing, p. 1333, líneas 5-8.

201. Esto es bastante inusual para una valuación basada en transacciones comparables porque la metodología consiste en identificar comparables adecuados y realizar los ajustes apropiados para compensar las diferencias observadas. Para poder validar la comparabilidad del conjunto de transacciones propuesto se requiere de información completa sobre cada transacción, incluidos los términos y condiciones, así como de los activos subyacentes. Agrifos simplemente no proporcionó la información necesaria para respaldar y/o evaluar su análisis. Solo por esta razón, el informe de Agrifos no puede considerarse un ejercicio confiable.

202. En segundo lugar, el Sr. Cotton intentó engañar al Tribunal durante su conainterrogatorio al afirmar que su análisis se basó en 9 transacciones comparables cuando, de hecho, se basó únicamente en dos transacciones privadas: Hinda y Boobab. En la primera parte de su conainterrogatorio, se le pidió al Sr. Cotton que confirmara si la transacción de Hinda era una de las dos transacciones utilizadas para determinar el valor de Don Diego. El Sr. Cotton respondió:

A. No. I used nine transactions or companies to determine the value. I focused or called out Hinda and Baobab as the most comparable, but I think it would be a mistake to say that those were the only two that we used.²⁹²

203. A la mañana siguiente, se analizó paso por paso el cálculo del Sr. Cotton para llegar al rango de valores que propuso para el Proyecto Don Diego y admitió, a regañadientes, que esos valores se derivaron únicamente de dos transacciones:

Q. Okay. But just to confirm, the average that you used to derive the [REDACTED] [REDACTED] were--was taken from the average of Baobab and Hinda only; correct?

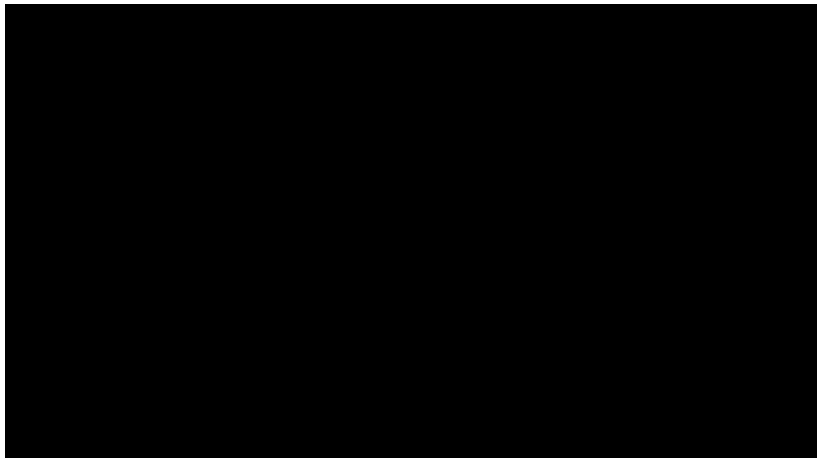
A. Yes. I think--I think we've established mathematically that that's where it comes from.²⁹³

204. El Tribunal puede confirmar fácilmente que el rango de valores propuesto por Agrifos para el Proyecto Don Diego – i.e. [REDACTED] – se basa únicamente en las transacciones de Hinda y Baobab con solo observar la tabla al final de la página 35 del

²⁹² Transcripción, Día 5-Ing, p. 1336, líneas 6-10.

²⁹³ Transcripción, Día 6-Ing, pp. 1355– 1356, líneas 20-22 y 1-3.

informe de Agrifos y la descripción de dicho cálculo en el párrafo siguiente. Ambos se reproducen a continuación para conveniencia del Tribunal:



[Redacted text block]

205. [Redacted text block]

206. [Redacted text block]

207. También es importante señalar que la información sobre estas transacciones no está disponible públicamente. El monto de la transacción de Hinda, por ejemplo, fue comunicada a Agrifos por una de las partes de la transacción, como se indica en la última fila, segunda

²⁹⁴ Informe de Agrifos, pp. 35-36.

columna de la tabla en el Apéndice C de su informe, sin embargo, los términos y condiciones de la transacción siguen siendo un misterio. Durante su interrogatorio directo, el Dr. Flores explicó que es importante conocer los términos y condiciones de una transacción determinada, ya que a menudo éstos tienen un impacto sobre el valor pactado:

My main problem with Hinda is that I do not know the terms and conditions of the supposed transaction. We only know it from what they told us. That they heard from a friend who works somewhere that was a participant in the transaction. I'm not saying that anyone is lying by any means, but the problem is that if you hear someone telling you, "Look, I sold my company for \$10 million," you cannot just go down and write down \$10 million. I need to see the terms. It's not the same if I sell my company to you for \$10 million and you write me a check, or you give me the cash today, then if you say, okay, I will pay you \$1 million in cash and the other \$9 million are based on contingencies that may or may not happen over the next five years. You still may say to your friend, yes, I sold it for \$10 million, but it's not the same economic value in both transactions. That's why I think the Hinda transaction, which is one of the only two that is used in the numerical calculations to arrive at the valuation conclusion of Agrifos, I think that cannot be used as a measure of value.²⁹⁵

208. El Sr. Cotton también confirmó durante su conainterrogatorio que ninguna de las empresas enumeradas en el Apéndice C es una empresa pública.²⁹⁶ De ello se deriva que los detalles de estas transacciones no se pueden verificar a través de divulgaciones públicas como informes presentados ante la SEC. Contrario a lo que sugirió el abogado de la Demandante y el Sr. Cotton durante el segundo interrogatorio directo²⁹⁷, los detalles de las transacciones no se pueden obtener a través de una simple búsqueda en Google. En cualquier caso, no es tarea de la parte demandada allegarse de la evidencia necesaria para verificar la estimación de la parte demandante. Cada parte tiene la obligación de probar su dicho y la Demandante, por lo que hace al informe del Sr. Cotton, no ha descargado esta obligación.

209. En tercer lugar, Agrifos aplica una prima de control de [REDACTED] a las dos transacciones utilizadas para derivar el rango de valores, y no contento con ello añade un [REDACTED] adicional para llegar a los valores altos y bajos reportados en la tabla de la página 35 de su informe (reproducida arriba). Durante su conainterrogatorio, el Sr. Cotton admitió que no citó ningún documento para respaldar la adición de la prima de control, y confirmó que se

²⁹⁵ Transcripción, Día 6-Ing, pp. 1503-1504, líneas 22 y 1-21.

²⁹⁶ Transcripción, Día 5-Ing, pp. 1334- 1335, líneas 21- 22 y 1.

²⁹⁷ Transcripción, Día 6-Ing, p. 1386, líneas 7-19.

basó en su experiencia, aunque tampoco identificó una transacción en la que se haya aplicado esa prima del [REDACTED]:

Q. You did not identify any transaction that you know of where this [REDACTED] Premium was applied and accepted by the Parties to that transaction; correct?

A. No, we did not identify any specific transaction.

Q. And you also did not provide any theoretical or evidentiary support for the addition of a Controlled [control] Premium of this magnitude; correct?

A. No. I referred simply to our experience.²⁹⁸

210. Asimismo, admitió que las primas adicionales – i.e. [REDACTED] [REDACTED] – eran de carácter cualitativo, no tenían sustento subyacente y también se basaban únicamente en su experiencia:

Q. How did you determine the proper range for the premiums, the [REDACTED] and not some other percentages?

A. Yes, it's of necessity because it's qualitative rather than quantitative, in the sense that there are no metrics that are easy to do math on to compare the Don Diego to other projects for these qualitative aspects. It was necessarily an estimation based on our experience, and I believe in my presentation yesterday I talked a little bit why we thought it was reasonable, and if anything, perhaps conservative. That said, of course it's an estimate based on our experience, and I think we've been very—very clear about that.

Q. So, there was no theoretical or evidentiary support for these premiums, for the magnitude of these premiums; correct?

A. Not for a mathematical derivation of them. [...] ²⁹⁹

211. Para poner esto en perspectiva, el “valor bajo” es el resultado de aplicar una [REDACTED] [REDACTED] sobre el promedio de las transacciones Hinda y Baobab, mientras que el “valor alto” es el resultado de aplicar una [REDACTED] sobre el valor original de las transacciones.³⁰⁰ Ajustes “cualitativos” de esta magnitud basados únicamente en la

²⁹⁸ Transcripción, Día 6-Ing, pp. 1355-1356, líneas 16-22 y 1-3.

²⁹⁹ Transcripción, Día 6-Ing, pp. 1363-1364, líneas 5-22 y 1.

³⁰⁰ La prima combinada del [REDACTED] para el valor bajo se obtiene de multiplicar la prima de control [REDACTED] por la prima cualitativa del [REDACTED]. La prima combinada del [REDACTED] para el valor alto se obtiene de multiplicar la prima de control [REDACTED] por la prima cualitativa también del [REDACTED]. El Sr. Cotton confirmó en la Audiencia que las primas se aplicaron una encima de la otra, Transcripción, Día 6-Ing, p. 1358 (4-8).

214. De la igual manera, Agrifos ignora por completo lo señalado en la NI 43-101 con respecto a la fase de desarrollo en la que se encontraba el Proyecto Don Diego. Sin mayor justificación, el Sr. Cotton afirmó durante la Audiencia que se encontraba en una etapa de “post exploración – predesarrollo” contrario a lo señalado por el Dr. Lamb y el Sr. Bryson:

Q. So, the Project was in Exploration Stage, according to Dr. Lamb, and there were detailed plans to continue exploration to further prove out the resource, according to Mr. Bryson.

A. Yes.

Q. And yet you conclude, without citing anything, that the Project was in post-exploration and pre-development; is that correct?

A. Well, as I've just explained, in our Report where we say that, I believe we clarified that exploration would be ongoing, that the bulk of exploration needed to adequately define the resource for purposes of knowing, in broad terms, with enough detail and enough accuracy, but not to the last decimal place, that that work had been done, and I stand by that statement. [...] So, when we talk about exploration projects in the real world, we're talking about people who had just obtained a concession, maybe have a couple of drillholes, and have a lot more work to do in terms of drilling and exploration analysis even to know, vaguely speaking, what kind of resource they have. Don Diego is well past that.³⁰⁷

215. A todos estos defectos habría que sumarle que el Sr. Cotton partió de un supuesto que, como se explicó anteriormente, es inadmisibile en este caso. En efecto, el Sr. Cotton confirmó que para su valuación supuso que la MIA habría sido otorgada y reconoció que la obtención de permisos conduce a un aumento significativo de valor:³⁰⁸

Q. So, do you agree that, prior to 7 April 2016, a hypothetical buyer would have no information or documents regarding the Denial of Odyssey's Environmental Permit?

A. Strictly speaking, if it was prior to 4 April 7th, then they would not have that information, no.

Q. Okay. But you made that assumption under instructions; correct? That the MIA would be approved?

A. Correct.³⁰⁹

³⁰⁷ Transcripción, Día 6-Ing, pp. 1381-1383.

³⁰⁸ Transcripción, Día 6-Ing, p. 1366 líneas 11-20.

³⁰⁹ Transcripción, Día 5-Ing, pp. 1323-1324, líneas 21-22 y 1-9.

216. Como comentario final, la Demandada quisiera señalar que el Sr. Cotton reconoció que no tiene formación académica en valuación ni experiencia como experto en valuación.³¹⁰ Además, la supuesta amplia experiencia de Agrifos en el mercado de fosfato no es un hecho probado. Durante su interrogatorio directo, el Sr. Cotton afirmó que Agrifos había participado en 40 transacciones de financiamiento y fusiones y adquisiciones por un total de USD \$ 6 mil millones.³¹¹ Sin embargo, el Apéndice A (Agrifos Partners) de su informe es parco en los detalles y ciertamente no identifica ningún ejemplo concreto de alguna de esas supuestas transacciones.³¹² No se ha presentado evidencia alguna que sustente la supuesta participación de Agrifos en transacciones de “más de 100 millones de toneladas de roca fosfática”³¹³ o de la participación directa del Sr. Cotton en “comprar y vender alrededor de 10 millones de toneladas de fertilizante fosfático”.³¹⁴ Más importante aún, nada de esto se menciona en el Apéndice A que describe las credenciales de Agrifos Partners y su experiencia.

I. Conclusiones sobre las distintas valuaciones presentadas en este procedimiento

217. En conclusión, la valuación de Compass Lexecon no es apropiada para determinar los daños en este caso porque ignora el carácter preliminar de la evidencia contemporánea – i.e., la propuesta de Boskalis, el informe NI 43-101 del Dr. Lamb y el [REDACTED] – y las múltiples observaciones y advertencias que contienen.³¹⁵ Por ejemplo, Compass Lexecon adopta el informe del Dr. Lamb (a veces identificado como el Informe MRA o NI 43-101) como una estimación razonable del volumen de recursos, pero no toma en consideración observaciones contenidas en ese mismo informe sobre la imposibilidad de considerar recursos inferidos o el estatus del proyecto.

218. Compass Lexecon se apoya en [REDACTED] como si se tratara de una valuación objetiva, precisa e independiente del valor de la concesión, sin advertir que fue preparado por Odyssey

³¹⁰ Transcripción, Día 5-Ing, p. 1322, líneas 7-8.

³¹¹ **CD-0004**, p. 2 (p. 3 del pdf).

³¹² Informe de Agrifos, Apéndice A, pp. 38-39 (43-44 del pdf).

³¹³ **CD-0004**, p. 2 (p. 3 del pdf).

³¹⁴ **CD-0004**, p. 2 (p. 3 del pdf).

³¹⁵ Véase, Memorial de Dúplica sección “IV. DAÑOS – G.3 La evidencia contemporánea no demuestra la viabilidad económica y técnica del Proyecto”.

y no es confiable. En efecto, durante su conainterrogatorio el Dr. Spiller reconoció, por ejemplo, que su valuación para la Fase I [REDACTED]

[REDACTED]³¹⁶ En estas condiciones, ningún comprador hipotético razonablemente informado habría puesto la menor confianza en los parámetros y resultados del [REDACTED].

219. Para darse una mejor idea de lo precario de la información disponible a la fecha de valuación, [REDACTED]

[REDACTED]³¹⁷ El 19 de mayo de 2015, Jacobs Engineering realizó una prueba de acidulación pero advirtió: “This test was not conducted according to Jacob’s standard testing procedure, but rather as a very small scale experiment.”³¹⁸

220. La valuación de Compass Lexecon es inapropiada además porque supone que la MIA se habría otorgado, contraviniendo con ello la medida de los daños; sigue un enfoque de valuación que no es aceptable conforme al principio de certidumbre razonable, ni conforme a las directrices de valuación elaboradas por CIMVAL y VALMIN; incluye Recursos Inferidos y; se basa en informes periciales que no estaban disponibles en la fecha de valuación y fueron elaborados para fines de este procedimiento.

221. La valuación alternativa de Agrifos carece de sustento; está basada en dos transacciones privadas sobre las que no se proporcionó información o evidencia alguna; aplica ajustes significativos para los que no hay soporte teórico, empírico o documental; incluye Recursos Inferidos en el análisis (incluso más que Compass Lexecon³¹⁹) y; al igual que Compass Lexecon, procede bajo el supuesto de que la MIA se había aprobado. Todo esto se traduce en una valuación que no solo es excesivamente especulativa, sino inverificable.

³¹⁶ Transcripción, Día 6-Ing, pp. 1451-1452 líneas 21-22 y 1-6.

³¹⁷ **C-0134**, p. 14.

³¹⁸ **C-0469**, p. 2 (5 del pdf).

³¹⁹ Segundo Informe de Quadrant Economics, ¶ 263.

222. El Dr. Flores, por su parte, ofrece dos alternativas de valuación. La primera es una valuación basada en la capitalización de mercado de Odyssey que ubica el valor de la participación accionaria de Odyssey en ExO en USD \$43.2 millones³²⁰. La Demandante ha criticado esta valuación porque utiliza un “método secundario” conforme a los lineamientos CIMVAL, sin embargo, es necesario tomar en cuenta lo que señaló el perito durante su interrogatorio directo:

Now, why do we not see the Market Capitalization Method used more often in international arbitration? For two reasons. There's many mining projects that are owned or operated by companies that are not publicly traded so then you don't have a Market Capitalization because you don't have a share price.

There is also other mining projects that are owned by companies who own hundreds of mining projects around the world. For example, Glencore, I had been in arbitrations involving the company Glencore. Glencore is a mining company that has over 150 mining projects. So, what happens to one of those mining projects will not be seen in the overall Market Capitalization of the company.

So, based on this, I believe that the Market Capitalization is the appropriate method in this case.

Now, Claimants made a point in their Opening on Monday that, look, the mining guidelines call it this is a secondary matter, but it's secondary for the very same reason I explained to you, that in most instances you cannot use it because it's either the mine is not publicly traded or it's publicly traded alongside 150 other mining projects. But when you have the right circumstances, as we do in this case, the Market Capitalization is appropriate.

Next. The advantages of this method is, as I said, that it reflects the contemporaneous views of many market participants, but it doesn't require relying on Expert Reports prepared six-seven years after the fact.

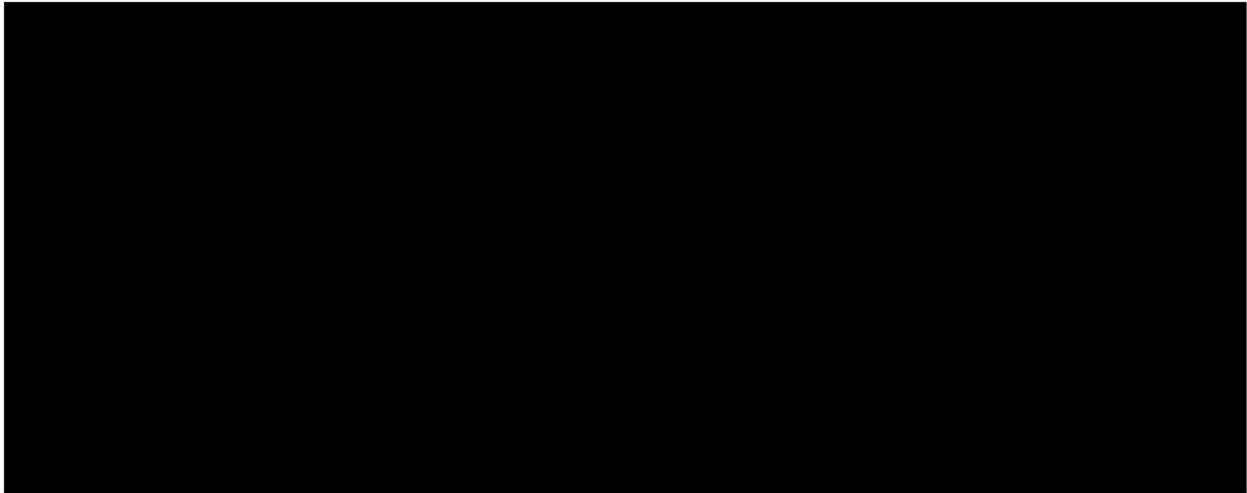
And also that it's an all-encompassing value. It includes the value of Phase I, Phase II, the alleged Strategic Value and the alleged Lost Opportunity. Whatever value those heads of damages had as of Valuation Date, that value was already captured in Odyssey's Market Capitalization.³²¹

223. El análisis del Dr. Flores está basado en el comportamiento de las acciones de Odyssey antes de la presunta expropiación, pero se comprueba con movimientos subsecuentes relacionados con el estatus de la MIA ante la SEMARNAT. En efecto, como lo explicó en su interrogatorio directo, cuando se anunció la denegación de la MIA, el valor de capitalización de Odyssey se desplomó a USD \$37.1 millones y cuando se anunció la

³²⁰ Primer Informe de Quadrant Economics, ¶¶ 50-64; Segundo Informe de Quadrant Economics, ¶¶ 121-123; Presentación de Quadrant Economics durante la Audiencia, p. 18.

³²¹ Transcripción, Día 6-Ing, pp. 1487-1488.

impugnación exitosa de la denegación de la MIA, el valor recuperó USD \$37.7 millones. Esto, a decir del Dr. Flores, ofrece certidumbre sobre el enfoque que propone.³²²



224. A petición de la Demandada, el Dr. Flores calculó el valor de los costos hundidos para ofrecer una alternativa adicional al Tribunal. Este método es congruente con el estándar de reparación plena, como se puede constatar a partir de los numerosos casos en los que tribunales internacionales lo han utilizado para determinar daños en casos de expropiación de proyectos mineros en etapa preoperativa. También es congruente con la medida de daños contenida en el artículo 1110 que explícitamente reconoce el método de costos como una alternativa para determinar el monto de la compensación en casos de expropiación. Cabe observar, sin embargo, que el Dr. Flores incluyó una serie de ajustes para excluir transacciones inter-compañía y costos de financiamiento que no tiene cabida en un análisis de costos hundidos. El total al que llega es [REDACTED]³²³

J. Los intereses no pueden ser calculados sobre la base del WACC porque compensaría a la Demandante por riesgos que nunca asumió

225. El cálculo de intereses pre y post-laudo a una tasa de 13.95% que propone la Demandante carece de todo fundamento y no tiene precedentes en el arbitraje inversionista-

³²² Transcripción, Día 6-Ing, p. 1490-1493; Presentación de Quadrant Economics durante la Audiencia, pp. 19-20.

³²³ Transcripción, Día 6-Ing, p. 1500-1501, líneas 21-22 y 1-10; Presentación de Quadrant Economics durante la Audiencia, pp. 26-27.

Estado. Como se observó en la introducción, la tasa está basada en el WACC del inversionista y utilizarla para efectos de determinar los intereses pre-laudo tendría el efecto de anular por completo el descuento que Compass Lexecon aplica a los flujos de caja futuro y, además, compensaría a la Demandante por riesgos que nunca asumió –i.e., operar el Proyecto según explicó el Dr. Flores:

Interest represents, by now based on the methods proposed by Compass Lexecon, more than half of the total claim. More than half. That's a very big number of interest. [...] Compass Lexecon proposes using the WACC. The WACC is not an appropriate Interest Rate. Because the WACC, what it reflects is business risks, the risks and uncertainties that go with operating a mining project, or trying to make a mining project be in operation. But if you say there is responsibility, there is damages, and damages are X--X dollars, that number becomes fixed as of April 2016. That number doesn't get affected by whether phosphate prices go up or down or by whether there is a hurricane in Mexico or whether there are any other business risks. So you cannot use a WACC to remunerate risks to which the amount of compensation has not been subject.³²⁴

226. A conocimiento de la Demandada, ningún tribunal internacional ha determinado intereses sobre la base del WACC del inversionista precisamente por esta razón.³²⁵ La Demandada considera que los intereses deben calcularse sobre la base de la tasa de los bonos del Tesoro de EE.UU. a un año.³²⁶

K. Conclusiones

227. En caso de que el Tribunal determine qué México violó sus obligaciones conforme al capítulo 11 del TLCAN, la Demandada considera que el monto de la compensación se debe calcular con base en los costos hundidos de la Demandante conforme al cálculo del Dr. Flores, es decir [REDACTED]

³²⁴ Transcripción, Día 6-Ing, pp. 1505-1506, líneas 5-22 y 1-8.

³²⁵ Memorial de Dúplica, ¶¶ 722-725.

³²⁶ Presentación del Dr. Flores, lámina 35. Segundo Informe de Quadrant, ¶¶ 177-181. Quadrant señaló en su segundo informe lo siguiente: “*I have never seen any evidence of anyone, in the mining industry or in other sector of the economy, agreeing to defer receipt of an amount of money in exchange for interest payments calculated according to a WACC. On the other hand, trillions of dollars are invested with interest rates equal to the yield of the U.S. Treasury bills. This is why the yield of the U.S. Treasury bills is the quintessential commercial rate of interest for investments in U.S. dollars that are not subject to business risks.*”

228. El Tribunal recordará que Odyssey argumenta que los costos hundidos del Proyecto ascienden a ██████████ al 31 de diciembre de 2020.³²⁷ En sus informes periciales y durante su presentación en la audiencia, el Dr. Flores afirmó que dicho cálculo tiene varias deficiencias, entre otras: (i) se basa en los estados financieros de la empresa que no están auditados; (ii) el ████████ del total, excluyendo costos financieros, se relaciona con cargos entre empresas relacionadas (inter-compañía); (iii) no hay soporte para los ██████████ en costos financieros que representan más de la mitad del total³²⁸; y (iv) incluyen costos de consultores y expertos en este arbitraje que no forman parte de los costos hundidos del Proyecto.³²⁹

229. Con respecto a los costos de financiamiento, el Dr. Flores explicó que estos costos normalmente no se toman en cuenta en un análisis de costos hundidos porque no se refieren a un costo necesario para llevarlo a cabo sino a una decisión de la empresa sobre cómo financiarlo:

Claimants have proposed--apprehended a head number of about ██████████ I analyzed that with my team carefully. And what we conclude, is that the number is actually much lower.

First and foremost, because it includes about ██████████ in financing costs, but that's not how much money you have spent on the Project. That's how you finance the Project. Say there is two identical companies and they both want to do a Feasibility Study, and the Feasibility Study cost ██████████. One company pays it out of pocket. The other one gets a loan from the bank, and it will accrue interest over time of, lets say, \$1 million. The cost of the Feasibility Study, it's still ██████████ for both companies. So, the financing decisions should not be entered into a sunk cost calculation.³³⁰

230. A consideración de Quadrant, los pagos inter-compañía también incrementan artificialmente el monto de los costos hundidos y deben excluirse debido a que no representan desembolsos reales, y la Demandante no presentó ningún análisis que demuestre que estos pagos eran necesarios y razonables para avanzar con el Proyecto.³³¹ Durante la audiencia, el Dr. Flores señaló lo siguiente:

³²⁷ Memorial de Dúplica, ¶ 689.

³²⁸ Memorial de Dúplica, ¶ 689. Transcripción, Día 6-Ing, pp. 1499-1500, líneas 16-22 y 1-6.

³²⁹ Transcripción, Día 6-Ing, pp. 1500-1501, líneas 21-22 y 1-4.

³³⁰ Transcripción, Día 6-Ing, pp. 1499-1500, líneas 11-22 y 1-6.

³³¹ Memorial de Dúplica, ¶ 690.

The other point that we have also, is that there was a lot of inter-company management fees. You can see, for example, an invoice by a provider, by saying, Mr. Lamb, he prepares the Technical Report. He sent an invoice to Odyssey in Miami, and then, what we can see in the documents provided, is that that invoice from Miami is invoice in turn to us—related company in Panama, and then, in turn to a related company in Mexico. And every time they do this re-invoicing of Dr.--of Mr. Lamb's invoice, they add another [REDACTED] I believe this is just reflecting inter-company transactions, not cash flows especially.³³²

231. A consideración del Dr. Flores, el monto de costos incurridos por Odyssey en el Proyecto Don Diego es de [REDACTED] cifra muy lejana a los más de 2 mil millones de dólares que reclama en este arbitraje.³³³

So, if we look at how much had been spent through the Valuation Date, the answer was [REDACTED] So, you can make that comparison that was being proposed yesterday. An investment of [REDACTED] would it be worth the \$2 million [billion] that are being asked today? I leave it up to you.³³⁴

V. CONCLUSIÓN

232. Por todo lo anterior, la Demandada solicita a este Tribunal desestimar por completo la reclamación de la Demandante, con la correspondiente condena en costos a favor de la Demandada.

Presentado respetuosamente,

El Director General de Consultoría Jurídica de Comercio Internacional



Orlando Pérez Gárate

³³² Transcripción, Día 6-Ing, p. 1500, líneas 7- 18.

³³³ Segundo Informe de Quadrant, ¶¶ 155-175.

³³⁴ Transcripción, Día 6-Ing, p. 1501, líneas 5-10. La Demandante reclama daños por 2.3 billones de dólares.

ANEXO: RESPUESTAS A LAS PREGUNTAS DEL TRIBUNAL

1. To what extent, if any, would the basis and extent of Odyssey's claim be affected if SEMARNAT's 12 October 2018 Denial was to be annulled by the TFJA?

1. La respuesta a esta pregunta se relaciona precisamente con la preocupación que México ha manifestado desde un inicio del procedimiento arbitral, *i.e.*, la reclamación de la Demandante es prematura.³³⁵ En efecto, tal y como la Demandada lo ha manifestado reiteradamente, el resultado del procedimiento pendiente ante el TFJA afectará la base fáctica subyacente de este arbitraje.

a. El reclamo de la Demandante se vería afectado en su totalidad si el TFJA anulara la Resolución de 2018 de la DGIRA

2. Si la Resolución de 2018 fuera anulada por el TFJA, el fundamento y alcance de la reclamación de la Demandante se verían afectados en gran medida y de manera significativa en este procedimiento arbitral. En efecto, si el Tribunal anulara la Resolución de 2018, dicha anulación podría implicar consecuencias jurídicas diversas con alcances legales igualmente relevantes para este procedimiento arbitral, a saber, la orden de que: (1) la DGIRA funde y motive, con libertad de jurisdicción,³³⁶ aquellos aspectos que el TFJA haya considerado deficientes, *i.e.*, una situación similar respecto a lo ocurrido con la Resolución de 2016,³³⁷ o (2) la DGIRA emita una nueva resolución indicando expresamente los términos en los que lo deberá hacer, incluyendo ordenar a la DGIRA que se otorgue la MIA de forma condicionada, tal como lo solicitó ExO.³³⁸

3. Aunque en ambos supuestos referidos la nulidad podría interpretarse como la prevalencia de la Demandante a sus pretensiones ante tribunales nacionales, ninguno de ellos constituiría un hecho con el que la Demandante pudiera probar la violación del TLCAN, dado que no ha agotado los recursos judiciales disponibles a su alcance.

³³⁵ Memorial de Contestación, ¶¶ 4, 383 y 384, Memorial de Dúplica, ¶¶ 4, 22-27.

³³⁶ Memorial de Dúplica, ¶¶ 36-38.

³³⁷ Memorial, ¶¶ 353-359.

³³⁸ C-0186, p. 197.

(1) Nulidad de la Resolución de 2018 para efectos de que la DGIRA emita otra resolución debidamente fundada y motivada

4. Conforme a este primer supuesto (el TFJA ordena a la DGIRA emitir otra resolución debidamente fundada y motivada), la sentencia del TFJA podría implicar que, al igual que con lo acontecido respecto a la Resolución de 2016,³³⁹ en ella se expresen aquellos aspectos particulares que sean considerados como ilegales por parte del TFJA. La ilegalidad significaría que, de conformidad con el derecho mexicano, la autoridad “no motiv[ó] suficientemente su determinación, en incumplimiento a los requisitos de fundamentación y motivación”.³⁴⁰ Ante esta situación, el TFJA ordenaría a la DGIRA que “funde y motive adecuadamente su determinación, [...], con plena libertad en el uso de sus facultades y atribuciones [sobre] aspectos”³⁴¹ abordados y precisados en la propia sentencia de nulidad.

5. Lo anterior podría incluir el subsanar, *inter alia*, la falta de “suficiente [o debida] motivación en relación a” algún punto específico,³⁴² imprecisiones sobre “las razones que tomó en consideración, así como los datos científicos y/o ambientales en los que sustentó [alguna] determinación”,³⁴³ la omisión de “la valoración íntegra de la información aportada por [ExO]”³⁴⁴ y la ausencia de “los elementos [y] los razonamientos científicos con base en los cuales se llegó a la conclusión de que su acto concreto se ajusta exactamente a las prevenciones de los preceptos legales que invocó como fundamento de su actuación”.³⁴⁵

6. Resulta evidente que la nulidad del TFJA en ese sentido también afectaría el reclamo de la Demandante en gran medida ya que, aunque la sentencia del TFJA podría interpretarse como el reconocimiento de un actuar ilegal de la DGIRA,³⁴⁶ tal interpretación resultaría insuficiente para poder equipar aspectos de mera ilegalidad, conforme al derecho mexicano,

³³⁹ Ver **C-0170**.

³⁴⁰ **C-0170**, p. 184.

³⁴¹ **C-0170**, p. 212.

³⁴² **C-0170**, p. 176.

³⁴³ **C-0170**, p. 178.

³⁴⁴ **C-0170**, p. 176.

³⁴⁵ **C-0170**, p. 152.

³⁴⁶ Notificación de intención, 4 de enero de 2019, ¶¶ 6 y 98 y Notificación de arbitraje, 5 de abril de 2019, ¶¶ 6, 86 y 112.

con una violación a los estándares internacionales del TLCAN invocados por la Demandante, incluidos el estándar de Nivel Mínimo de Trato del TLCAN.³⁴⁷ En efecto, y tal como se aborda en la Respuesta a la Pregunta 2 *infra*, la anulación de la Resolución de 2018 por parte del TFJA no puede servir como fundamento para demostrar una violación al TLCAN, ya que el estándar legal conforme al Tratado es diferente a los estándares del derecho mexicano. Es decir, una potencial anulación, en sí misma y sin más, no resolvería el arbitraje a favor de la Demandante.³⁴⁸

7. Además, la sentencia del TFJA también implicaría el reconocimiento de que la DGIRA —en su calidad de autoridad técnica-científica competente—, cuenta con otra oportunidad de subsanar cualquier error que hubiera cometido, al ser la única agencia capacitada técnicamente para analizar la MIA. Es decir, el propio TFJA otorgaría la debida deferencia a la DGIRA y evitaría realizar una revisión *de novo* que involucrara sustituirse en las facultades que son propias y exclusivas de la SEMARNAT.³⁴⁹

8. De este modo, la reclamación de la Demandante se vería afectada por la eventual sentencia de nulidad del TFJA, ya que el Tribunal no podría —ni debería—, pronunciarse sobre aspectos que estarían pendientes de resolución por parte de la DGIRA y que forman precisamente el fundamento de las mismas alegaciones de hecho formuladas en la reclamación de la Demandante.³⁵⁰ De otro modo, el Tribunal se estaría anticipando en resolver cuestiones técnicas, científicas y legales que se encontrarían pendientes de resolverse, subrogándose así en la función que le corresponde únicamente a la DGIRA.

(2) Nulidad de la Resolución de 2018 ordenando que la DGIRA emita una resolución que autorice la MIA condicionadamente

9. Bajo este segundo supuesto (el TFJA ordena a la DGIRA autorizar la MIA condicionadamente), resulta evidente que la reclamación de la Demandante también se vería

³⁴⁷ Memorial de Dúplica, ¶¶ 350-351.

³⁴⁸ *Ver Sicula S.p.A. (ELSI)* (United States v. Italy), ICJ Rep. 1989, Judgment, July 20, 1989, p. 124. **CL-0028**.

³⁴⁹ **C-0170**, pp. 186-187.

³⁵⁰ Memorial de Dúplica, ¶¶ 23-27 y Tabla 1.

afectada por la nulidad del TFJA, ya que el fundamento principal de su reclamación —la negativa de la autorización de la MIA—, podría dejar de existir.³⁵¹ Esto no significa que la nulidad constituya un fundamento jurídico que demuestre la violación al TLCAN.³⁵² Por el contrario, el procedimiento arbitral quedaría sin materia dado que la medida reclamada que subyace este arbitraje dejaría de ser objeto de litigio.

10. En este sentido, el Tribunal ya no podría, ni debería, pronunciarse sobre la reclamación de la Demandante, ni mucho menos otorgar compensación alguna derivada de la medida reclamada. De lo contrario, la Demandante estaría en condiciones de obtener una doble compensación económica ya que, por un lado, tendría la posibilidad de llevar a cabo su proyecto obteniendo las ganancias y beneficios económicos que reclama en el arbitraje y, por el otro lado, obtendría una reparación económica por los daños que supuestamente le causó la negativa de la autorización de la MIA de su proyecto minero.

b. Si el TFJA confirmara la Resolución de 2018 de la DGIRA, el reclamo de la Demandante en este arbitraje se vería afectado por completo

11. Aunque la pregunta del Tribunal versa sobre la potencial nulidad de la Resolución de 2018 (el primer y segundo supuesto), el Tribunal debe considerar que también existe la posibilidad de que el TFJA confirme la determinación de la DGIRA, *i.e.*, que concluya que la Resolución de 2018 se encuentra debidamente justificada. Conforme a este supuesto, la reclamación de la Demandante se vería igualmente afectada ya que la decisión del Tribunal constituiría una cuestión de hecho adicional que pondría de manifiesto que la reclamación de la Demandante en este arbitraje carece de méritos. Efectivamente, la sentencia del TFJA podría servir como un hecho que demuestre que la decisión de la DGIRA, autoridad técnica especializada en la materia, se encuentra debidamente fundada y motivada, es decir, resulta razonable.

³⁵¹ Memorial de Dúplica, ¶ 397.

³⁵² Si bien la SEMARNAT podría impugnar la sentencia de nulidad que emita el TFJA, mediante el recurso de revisión ante un Tribunal Colegiado de Circuito, en la práctica es inusual que en asuntos de esta naturaleza sea procedente el recurso de revisión promovido por la autoridad. *Ver Segundo Informe Solcago-Rábago*, ¶¶ 105-106.

12. En este sentido, y dado que la Demandante reclama prácticamente los mismos aspectos técnicos y científicos en este procedimiento arbitral —salvo por las supuestas órdenes de mando—,³⁵³ la reclamación quedaría sin méritos ya que al Tribunal no le correspondería realizar una revisión *de novo*, *i.e.*, sustituir la evaluación técnico-científica realizada por la DGIRA por su propio juicio u opinión.

13. Por lo tanto, y dado que la Demandante no ha presentado en este arbitraje ninguna reclamación de denegación de justicia por parte de los tribunales administrativos o judiciales mexicanos,³⁵⁴ particularmente sobre las actuaciones del TFJA que conoce de la impugnación de la Resolución de 2018, resulta evidente que su reclamo se vería completamente afectado de tal forma que quedaría sin sustancia.³⁵⁵ Este aspecto es abordado con mayor detalle en la Respuesta a la Pregunta 2 *infra*.

- 2. By reference to the law applicable to this dispute, what is the legal standard to be applied in determining whether a violation of the BIT has occurred in circumstances in which (a) the Claimant has brought proceedings before courts of Mexico to challenge the refusal of SEMARNAT to grant the requested authorisation, which proceedings are still pending, and (b) there is no claim or finding that the courts of Mexico have failed to meet the requirements of international law imposed upon them by the BIT?**

14. Nuevamente, la respuesta a esta pregunta se relaciona con el carácter prematuro de la reclamación de la Demandante. La Demandante se encuentra jurídicamente imposibilitada para demostrar una violación a las diversas disposiciones del TLCAN que invoca en este arbitraje ya que: (a) existen procedimientos paralelos que involucran precisamente los

³⁵³ Memorial de Dúplica, ¶ 27.

³⁵⁴ La Demandante presenta alegaciones de que supuestamente le fue denegado el debido proceso y es víctima de una decisión arbitraria, las cuales en el fondo constituyen un reclamo de denegación de justicia por parte de la DGIRA en su carácter de autoridad juzgadora (“*adjudicator*”) de las solicitudes de MIA. Sin embargo, la Demandante no ha agotado los medios de defensa disponibles conforme al sistema jurídico mexicano y tal como lo exige el examen legal del estándar de denegación de justicia. Por lo tanto, su reclamación debe desestimarse. *Ver* Memorial de Dúplica, ¶¶ 394-406.

³⁵⁵ Incluso bajo este supuesto, ExO podría impugnar nuevamente la sentencia del TFJA mediante la vía judicial del juicio de amparo directo, procedimiento que sería desahogado por un Tribunal Colegiado de Circuito. *Ver* Segundo Informe Solcago-Rábago, ¶ 104.

mismos hechos que aquí se reclaman; y (b) no se ha presentado una reclamación sobre las actuaciones de los tribunales mexicanos.

15. Tal y como lo sugiere la pregunta del Tribunal, el estándar legal aplicable para determinar una violación al TLCAN se verá seriamente afectado por la existencia de los dos aspectos de hecho antes referidos, como se describe en los siguientes apartados.

a. El estándar legal aplicable para determinar una violación al TLCAN se ve afectado por la existencia de procedimientos legales domésticos que se encuentran pendientes e involucran los mismos hechos y alegaciones del arbitraje

16. Para efectos de claridad, México no cuestiona el hecho de que, conforme al artículo 1121 del TLCAN, un inversionista pueda iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial siempre que no implique el pago de daños. Sin embargo, el presente caso presenta la particularidad de que los procedimientos que la Demandante sigue de manera paralela, involucran exactamente las mismas alegaciones y reclamaciones que se formulan en este arbitraje. De hecho, la única diferencia entre ambos procedimientos radica en que en el ámbito doméstico se abordan cuestiones de mera legalidad —falta de fundamentación y/o motivación—, en tanto que, en el arbitraje internacional, la Demandante pretende equiparar esos aspectos de presunta ilegalidad con violaciones a los estándares internacionales.

17. El proceder de la Demandante resulta jurídicamente insostenible ya que “el hecho de que un acto de una autoridad pública pueda haber sido ilegal en el derecho interno no significa necesariamente que ese acto sea ilegal en el derecho internacional, como violación de un tratado o de otra manera”.³⁵⁶ Lo anterior, dado que los requisitos legales para demostrar una violación a las disposiciones previstas en el TLCAN exigen un umbral mucho más alto que el que podría derivar de una violación al derecho nacional.

18. Otro factor relevante que afecta el reclamo de la Demandante —y que se relaciona con el inciso (b) de la pregunta del Tribunal—, es el hecho de que la Demandante tampoco ha presentado alguna alegación en contra del sistema judicial mexicano en general, lo cual

³⁵⁶ *Sicula S.p.A. (ELSI)* (United States v. Italy), ICJ Rep. 1989, Judgment, July 20, 1989, p. 74. **CL-0028**. [Traducción propia].

supone que los procedimientos legales domésticos con los que cuenta, constituyen vías factibles y viables de proseguir, sin que éstas puedan ser consideradas fútiles.

b. El cumplimiento con el estándar legal aplicable a cada una de las reclamaciones de la Demandante se verá igualmente afectado ante la falta de alegatos o constataciones en contra del actuar del TFJA

19. La Demandante ha invocado la supuesta violación a las obligaciones de Nivel Mínimo de Trato, Protección y Seguridad Plenas, Expropiación Indirecta y Trato Nacional, lo cual implica la evaluación de diversos estándares legales según la reclamación de que se trate. No obstante, y tal como se analiza *infra*, el Tribunal podrá notar que todas las reclamaciones de la Demandante involucran alegaciones sobre una supuesta falta de debido proceso y arbitrariedad por parte de la DGIRA en su carácter de órgano decisor encargado de evaluar la MIA del Proyecto minero Don Diego. En esta medida, la ausencia de alguna reclamación en contra de las actuaciones del TFJA en el marco de los procedimientos seguidos por ExO ante tribunales nacionales evidencian que las alegaciones formuladas por la Demandante se encuentran lejos de satisfacer los estándares legales que invoca.

(1) La existencia de procedimientos domésticos pendientes y la falta de reclamaciones en contra del TFJA, impide demostrar una violación al estándar de NMT

20. La pregunta del Tribunal refiere al estándar legal aplicable a esta disputa para determinar una violación al Tratado Bilateral de Inversión (BIT), sin embargo, debe precisarse que el tratado aplicable es el TLCAN y el nivel mínimo de trato que éste refleja. De hecho, México ha hecho notar al Tribunal que la Demandante ha citado indiscriminadamente varios laudos arbitrales que abordan el estándar de Trato Justo y Equitativo aplicable a distintos BIT, los cuales no resultan aplicables dado que el análisis de dicho estándar no es equiparable al estándar específicamente desarrollado en el marco del TLCAN.³⁵⁷

³⁵⁷ Memorial de Dúplica, ¶¶ 338-344.

21. Conforme al TLCAN, el Nivel Mínimo de Trato es un estándar que “incluye una gama más limitada de obligaciones que el TJE [...] abierto a interpretación arbitral, y uno con un umbral de incumplimiento relativamente más alto”.³⁵⁸ Aunque la Demandante ha concedido que el estándar de Nivel Mínimo de Trato se refleja en la decisión de *Waste Management II*,³⁵⁹ su interpretación y aplicación de dicho estándar a los hechos resulta errónea. Al respecto, resulta relevante lo señalado por el tribunal en *Cargill c. México* para determinar que una conducta gubernamental es incompatible con el estándar de Nivel Mínimo de Trato:

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.³⁶⁰

22. La Demandante alega una violación al artículo 1105 del TLCAN argumentando básicamente que: 1) “la denegatoria de la MIA fue [supuestamente] arbitraria y el producto de un proceso llevado a cabo sin buena fe y sin el respeto al debido proceso”;³⁶¹ 2) “la Denegatoria de la MIA fue [supuestamente] arbitraria y que, actuando bajo las órdenes de marcha de su cúpula, jamás pretendió conceder debido proceso a la Demandante”;³⁶² 3) “[l]as decisiones escritas de la SEMARNAT demuestran que la Denegatoria de la MIA fue arbitraria”;³⁶³ y 4) que se “negó la MIA sobre la base [de] las motivaciones políticas y conflictos personales del Secretario Pacchiano”.³⁶⁴ Para sustentar su reclamación la

³⁵⁸ Christophe Bondy, *Fair and Equitable Treatment – Ten Years On*, in *Evolution and Adaptation: The Future of International Arbitration* (Kluwer 2019), p. 214. **RL-0103**. [Traducción propia].

³⁵⁹ Memorial, 228. *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, Apr. 30, 2004, ¶ 98. **CL-0121**.

³⁶⁰ *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, Sept. 18, 2009, ¶ 285. (énfasis añadido). **CL-0027**.

³⁶¹ Memorial de Demanda, ¶¶ 249-254.

³⁶² Memorial de Demanda, ¶¶ 255-257.

³⁶³ Memorial de Demanda, ¶¶ 258-286.

³⁶⁴ Memorial de Réplica, ¶ 206.

Demandante se basa en las [REDACTED] [REDACTED]³⁶⁵ cuya falta de credibilidad quedo evidenciada en la audiencia, así como en la declaración de un empleado que no estuvo presente en las reuniones de las que da cuenta.³⁶⁶ Además, la Demandante también refiere a interpretaciones propias sobre supuestas manifestaciones realizadas por la SEMARNAT³⁶⁷ y en su opinión sobre la supuesta falta de solidez de la evaluación realizada por la DGIRA.³⁶⁸

23. Como la Demandada lo hizo notar en su Dúplica, las alegaciones de la Demandante respecto a la reclamación del artículo 1105 se basan esencialmente en una supuesta denegación de debido proceso y un trato arbitrario por parte de la DGIRA, autoridad encargada de evaluar las MIA. Sin embargo, en la medida en la que la Demandante tiene a su alcance medios de defensa legales de carácter administrativo y judicial, que de hecho está ejerciendo de forma paralela a este arbitraje, y no existe ninguna reclamación sobre las actuaciones del TFJA, ni mucho menos cuestionamiento alguno sobre el sistema judicial en México, ésta se encuentra lejos de satisfacer el estándar requerido para demostrar una violación al Nivel Mínimo de Trato.

24. Tal como se hizo notar en la Dúplica, la Demandante ha, de hecho, presentado una reclamación de denegación de justicia por parte de la SEMARNAT en su rol de órgano decisor (adjudicator) de las solicitudes de autorización ambiental.³⁶⁹ Dado que la Demandante no ha agotado todos los recursos legales disponibles en México, no puede demostrar una violación al estándar de Trato Justo y Equitativo. Un reclamo de denegación de justicia conforme al derecho internacional “se apoya en un predicado específico, a saber, el fracaso sistémico del sistema judicial del Estado”.³⁷⁰ Si el sistema judicial mexicano no

³⁶⁵ Memorial de Demanda, ¶¶ 249-253.

³⁶⁶ Memorial de Demanda, ¶ 254.

³⁶⁷ Memorial de Demanda, ¶¶ 255-257.

³⁶⁸ Memorial de Demanda, ¶¶ 258-286.

³⁶⁹ Memorial de Dúplica, ¶ 394 *et seq.*

³⁷⁰ *Corona Materials LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)14/3, Laudo, 31 mayo 2016, ¶ 254 (emphasis in original) **RL-0132**; *ver tambien Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. UNCT/10/2, Award on Jurisdiction and Admissibility, June 14, 2013, ¶ 282 (“For a foreigner’s international grievance to proceed as a claim of denial of justice, the national system must have been tested. Its perceived failings cannot constitute an international wrong unless it has been given a chance to correct itself.”) **RL-0036**; *Waste Management Inc. v. Estados Unidos*

ha sido completamente probado, es decir, si los procedimientos legales establecidos bajo la ley mexicana aún no han resultado en una sentencia final e inapelable, entonces no se puede establecer un reclamo por Trato Justo y Equitativo.

25. En *Corona Materials, LLC c. Dominican Republic*, el Ministerio de Medio Ambiente de la República Dominicana negó a la demandante la aprobación de una concesión con base en que el proyecto no era ambientalmente viable. Al desestimar la reclamación por denegación de justicia en el contexto del trato justo y equitativo, el tribunal señaló:

[...] el Tribunal no considera que un acto administrativo, per se, y particularmente en el primer nivel jerárquico de la toma de decisiones, puede constituir una denegación de justicia conforme al derecho internacional consuetudinario toda vez que otros recursos o posibilidades de apelación estén potencialmente disponibles de conformidad con la legislación nacional.³⁷¹

26. El mismo principio y razonamiento aplica en el presente caso.

(2) Los procedimientos domésticos pendientes y la ausencia de reclamo alguno respecto del actuar del TFJA, limita la capacidad de la Demandante para demostrar una violación al estándar de PSP

27. Sin perjuicio de que la Demandante parece haber renunciado a su reclamación sobre la obligación de Protección y Seguridad Plenas, al haber omitido abordarla por completo en su Réplica,³⁷² su postura sobre el estándar legal aplicable también resultaba errónea. En efecto, la Demandada pretendió ampliar el alcance del estándar legal de Protección y Seguridad Plenas aplicable al artículo 1105 del TLCAN, argumentando que éste “comprende la protección jurídica”,³⁷³ lo cual supuestamente “obliga al Estado receptor a poseer y poner a disposición un *sistema jurídico* adecuado con protecciones tales como mecanismos remediales apropiados, debido proceso y el derecho a compensación por expropiación”.³⁷⁴

Mexicanos, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/3, Laudo, 30 abril 2004, ¶¶ 97 (“[L]o que importa es *el sistema* de justicia y no una decisión particular tomada durante el transcurso de los procedimientos. El sistema debe ser puesto a prueba y fracasar...”) (emphasis in original) **RL-0133**.

³⁷¹ *Corona Materials LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)14/3, Laudo, 31 de mayo de 2016, ¶ 248. **RL-0132**.

³⁷² Memorial de Dúplica, ¶ 408.

³⁷³ Memorial de Demanda, 297.

³⁷⁴ Memorial de Demanda, 296.

28. La Demandada ya explicó pormenorizadamente que el alcance del estándar legal de Protección y Seguridad Plenas en el marco del TLCAN se limita a la protección física y no jurídica.³⁷⁵ No obstante, suponiendo que el estándar legal descrito por la Demandante fuera aceptado por el Tribunal —*quod non*—, resultaría evidente que la Demandante se encuentra lejos de lograr demostrar una violación al estándar de Trato Justo y Equitativo. Efectivamente, los hechos del caso ponen de manifiesto que México cuenta con un sistema jurídico adecuado y con mecanismos remediales apropiados, tan es así que la propia Demandante está haciendo uso de esa protección jurídica que México ha puesto a su disposición, litigando de manera paralela hechos similares ante tribunales administrativos mexicanos.³⁷⁶ Además, la Demandante no puede alegar una falta de debido proceso en la medida en la que no ha expresado ninguna alegación de impropiedad del TFJA y cuenta con vías legales adicionales a través de procedimientos judiciales que le garantizan una protección jurídica efectiva.

(3) La existencia de procedimientos domésticos pendientes limita la capacidad de la Demandante para demostrar una violación al estándar de expropiación indirecta

29. La aplicación del estándar legal de expropiación indirecta conforme al artículo 1110 del TLCAN requiere como elemento *sine qua non* la existencia de un derecho susceptible de ser expropiado, el cual la Demandante no ha logrado identificar.³⁷⁷ Sin perjuicio de este defecto grave en su reclamación, la Demandante tampoco ha demostrado que la negativa de la autorización de la MIA haya sido de hecho expropiatoria, en contrapartida del carácter legítimo con el que se adoptó esa decisión, *i.e.*, dentro del marco de las facultades de vigilancia del Estado.³⁷⁸ Además, la Demandante mucho menos ha logrado demostrar que la negativa de la MIA haya resultado en una privación sustancial.³⁷⁹

³⁷⁵ Memorial de Contestación, ¶¶ 528-44 y Memorial de Dúplica, ¶¶ 407-408.

³⁷⁶ Memorial de Dúplica, ¶¶ 18-27.

³⁷⁷ Memorial de Contestación, ¶¶ 546-557.

³⁷⁸ Memorial de Contestación, ¶¶ 558-561.

³⁷⁹ Memorial de Contestación, ¶¶ 562-564.

30. La Demandante ha argumentado que el estándar legal del “artículo 1110(1) prohíbe que una parte expropie directa o indirectamente la inversión de un inversionista, salvo que sea: “(a) por causa de utilidad pública;(b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6”.³⁸⁰ Particularmente, la Demandante alega que “la expropiación careció de utilidad pública”,³⁸¹ “no respetó el debido proceso legal [porque] la expropiación sucedió bajo un manto de oscuridad y por un funcionario sesgado y motivado políticamente que denegó la MIA arbitrariamente”.³⁸²

31. Independientemente de los defectos que presenta la reclamación de la Demandante, y suponiendo que el Tribunal considerara que la Demandante cuenta con un derecho susceptible de ser expropiado —*quod non*—, resulta evidente que éste aún no ha sido cancelado —expropiado—. Efectivamente, la existencia de procedimientos legales pendientes ante tribunales mexicanos, así como la falta de reclamaciones o constataciones de que el TFJA haya actuado en contravención del estándar legal de expropiación indirecta del TLCAN, constituyen elementos que socavan cualquier posibilidad de la Demandante para demostrar que satisface el estándar legal exigido por el derecho internacional. Especialmente cuando la Demandante alega una supuesta falta de debido proceso legal y un desapego al principio de legalidad sin que exista constatación alguna o reclamo en contra del funcionamiento del sistema judicial mexicano y su efectividad como un recurso legal factiblemente disponible.

(4) La existencia de procedimientos domésticos pendientes limita la capacidad de la Demandante para demostrar una violación al estándar de trato nacional

32. La Demandante parece estar de acuerdo con el estándar legal previsto en el artículo 1102 del TLCAN,³⁸³ *i.e.*, la existencia de: (i) un trato en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de

³⁸⁰ Memorial de Réplica, ¶ 235.

³⁸¹ Memorial de Réplica, ¶ 237.

³⁸² Memorial de Réplica, ¶ 238.

³⁸³ Memorial de Demanda, ¶ 315.

las inversiones pertinentes; (ii) “circunstancias similares” entre el inversionista o las inversiones extranjeras y las de un inversionista o una inversión del Estado demandado (“el comparador”); y (iii) un trato menos favorable que el acordado al comparador.³⁸⁴

33. En términos generales, se podría argumentar que la existencia de procedimientos domésticos pendientes ante tribunales nacionales no guarda una relación directa con el estándar legal para determinar una violación al Trato Nacional. Sin embargo, en el presente caso en particular, este hecho tiene relevancia para la reclamación específica de la Demandante, ya que guarda relación con diversos aspectos fácticos que alega en el arbitraje. Efectivamente, los hechos y alegaciones que subyacen la reclamación de Trato Nacional de la Demandante se basan en el análisis incorrecto del requisito de “circunstancias similares”, el cual involucra los mismos aspectos que se encuentran pendientes de resolver por los tribunales mexicanos. En efecto, la Demandante, a través de ExO, ha formulado reclamaciones de discriminación ante el TFJA, alegando que existen otros proyectos “en situaciones de derecho asimilables”,³⁸⁵ presentando “un análisis de proyectos de dragados extensivos, de escala de impactos, tecnología y cercanía a especies protegidas o en peligro de extinción similares al del Proyecto autorizados por la SEMARNAT, así como en zonas con categorías especiales desde un punto de vista biológico”.³⁸⁶

34. La similitud sobre los hechos y argumentos que subyacen la reclamación de discriminación que se encuentra pendiente ante el TFJA y este Tribunal Arbitral es tal que tres de los proyectos que identifica “en circunstancias similares” con el Proyecto Don Diego coinciden en ambos foros. Aunque la Demandante pudiera argumentar que los estándares legales previstos en cada uno de los foros son diferentes, resulta indiscutible que un análisis de discriminación involucra necesariamente una evaluación comparativa por parte de ambos tribunales. Esto implicará que el TFJA realice constataciones e interpretaciones de derecho nacional que indudablemente serán de relevancia para este Tribunal arbitral.

³⁸⁴ Memorial de Contestación, ¶ 574. *Corn Products International Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/1, Decision on Responsibility, 15 de enero de 2008, ¶ 117. **CL-0041**. Ver también *William Ralph Clayton* ¶ 607. **CL-0122**.

³⁸⁵ **C-0186**, p. 149.

³⁸⁶ **C-0186**, p. 154.

35. Además, dado que la Demandante no ha presentado ningún reclamo en contra del actuar del TFJA, ni existe constatación alguna de que el TFJA o cualquier corte mexicana haya incumplido con algún estándar legal de derecho internacional, la Demandante no se encuentra en condiciones de satisfacer el estándar legal aplicable para lograr demostrar la violación a la obligación de Trato Nacional del TLCAN.

3. What, if any, is the application and effect of the ‘margin of appreciation’ doctrine (Phillip Morris v Uruguay) in the present case?

36. Como el Tribunal sabe, la doctrina del “margen de apreciación” fue formulada por la Corte Europea de Derechos Humanos (CtEDH) en su evaluación sobre el cumplimiento de los Estados con la Convención Europea de Derechos Humanos. De conformidad con dicha doctrina, la CtEDH analiza el cumplimiento de los Estados hasta cierto umbral mínimo, más allá del cual la Corte respetará las decisiones de cada Estado.³⁸⁷

37. Aunque el “margen de apreciación” no se encuentra directamente incorporado en el TLCAN, la Demandada considera que, conforme al derecho internacional consuetudinario, hay un derecho inherente que tienen los Estados para regular y supervisar temas sensibles que afectan a su población, por ejemplo, política económica, salud pública y medio ambiente. Evidentemente, esa facultad regulatoria es esencial para el logro de los objetivos del Estado.³⁸⁸ El carácter normativo de la deferencia ha sido reconocida por diversos tribunales internacionales. Por ejemplo, en el caso de *SD Myers v. Canadá* el tribunal enfatizó que “[l]a determinación (de si el inversionista ha sido tratado injusta o arbitrariamente) debe hacerse a la luz del alto grado de deferencia que el derecho internacional generalmente otorga al derecho de las autoridades nacionales a regular los asuntos dentro de sus propias

³⁸⁷ Eleni Frantziou, *The Margin of Appreciation Doctrine in European Human Rights Law*, UCL POLICY BRIEFING (October 2014) p. 1 (“This policy briefing discusses one of the most prominent legal constructs in European human rights law: the margin of appreciation doctrine of the European Court of Human Rights, which is used to allow states room for maneuver in the manner in which they apply some of the provisions of the European Convention on Human Rights.”) **RL-0147**; ver también *Margin of Appreciation*, OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE (April 2012) p.1 **RL-0148**.

³⁸⁸ Ver *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018, ¶ 244. **RL-0149**.

fronteras”.³⁸⁹ Por lo tanto, no puede haber duda de que los Estados gozan de un margen de apreciación en el derecho internacional público.³⁹⁰

38. En el caso *Phillip Morris*, al analizar la compatibilidad de las medidas impugnadas con el estándar de TJE, el tribunal tuvo en cuenta “todas las circunstancias relevantes, incluido el margen de apreciación del que gozan las agencias nacionales de regulación al abordar determinaciones de políticas públicas”.³⁹¹ Al analizar la alegación de la demandante en el marco del estándar de TJE, el tribunal refirió a la doctrina del margen de apreciación como parte de su razonamiento al examinar cada medida en particular.³⁹²

39. De este modo, aunque el margen de apreciación es de naturaleza análoga, éste no debe ser confundido con la obligación misma objeto de análisis, en este caso, el estándar de TJE conforme al TLCAN. Al respecto, el proceder del tribunal en el caso *Phillip Morris*, resulta ejemplificativo ya que aplicó el estándar de TJE relevante a ese caso, específicamente, si las medidas adoptadas por el Estado demandado fueron arbitrarias, manifiestamente injustas, discriminatorias o desproporcionadas a la luz de los hechos y circunstancias del caso.³⁹³ En particular, el tribunal reconoció que el análisis legal del estándar de TJE y la

³⁸⁹ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, Nov. 13, 2000, ¶ 263. **CL-0103**. [Traducción propia].

³⁹⁰ *Ver RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018, ¶ 242. **RL-0149**.

³⁹¹ *Phillip Morris c. Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, Julio 8, 2016, ¶ 389. **RL-0150**.

³⁹² *Phillip Morris c. Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, Julio 8, 2016, ¶ 397. **RL-0150**.

³⁹³ *Phillip Morris c. Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, Julio 8, 2016, ¶¶ 410, 420 **RL-0150**; *ver también Waste Management Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, Apr. 30, 2004, ¶ 98 (“[T]he minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to Claimants if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes Claimants to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety.”). **CL-0121**.

aplicación del margen de apreciación conforme al TLCAN se lleva a cabo en concreto, es decir, con referencia a los hechos específicos del caso.³⁹⁴

40. Conforme a lo anterior, los tribunales del TLCAN deben considerar todas las circunstancias relevantes al evaluar una violación de un tratado, incluido el hecho de que las agencias estatales deben tomar determinaciones científicas o de política pública que no deben ser cuestionadas (*second-guessed*).³⁹⁵ Cuando se alega una violación del estándar de TJE, la pregunta no es si el Estado merece una deferencia abstracta —o un “margen de apreciación” en general—, sino más bien, “si hubo una carencia manifiesta de motivos para dicha [decisión]”,³⁹⁶ *i.e.*, si las acciones del Estado fueron arbitrarias, manifiestamente injustas o discriminatorias en el momento en que fueron adoptadas.³⁹⁷

41. El tribunal de *Phillip Morris* hizo esta misma evaluación tal como se desprende de su referencia introductoria a la doctrina del margen de apreciación.³⁹⁸ De hecho, éste evaluó si dos regulaciones de tabaco uruguayas estaban de conformidad con el estándar de TJE en el momento de su adopción.³⁹⁹ El tribunal concluyó que ambas regulaciones fueron razonables, adoptadas de buena fe y no fueron arbitrarias, gravemente inequitativas, injustas,

³⁹⁴ *Phillip Morris c. Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, Julio 8, 2016, ¶¶ 400-401. **RL-0150** (citing *Chemtura Corp. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award, Aug. 2, 2010, ¶ 123. **CL-0033**).

³⁹⁵ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, Nov. 13, 2000, ¶ 261. **CL-0103**.

³⁹⁶ *Phillip Morris c. Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, Julio 8, 2016, ¶ 399. **RL-0150**.

³⁹⁷ Teniendo en cuenta el margen de apreciación del que goza México al regular cuestiones mediambientales, el Tribunal no debería sustituir sus propias opiniones sobre la idoneidad de la medida en cuestión, ni sobre la caracterización de la situación que la motivó, es decir, el Tribunal debería abstenerse de pronunciarse sobre la cuestión de la existencia de otras posibles medidas o más apropiadas para hacer frente a la situación, tal como se explica en la Respuestas a las Preguntas 4 y 6. Ver *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018, ¶ 468. **RL-0149**.

³⁹⁸ *Phillip Morris c. Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, Julio 8, 2016, ¶ 388. **RL-0150**.

³⁹⁹ *Phillip Morris c. Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, Julio 8, 2016, ¶ 409. **RL-0150**.

discriminatorias o desproporcionadas.⁴⁰⁰ El Tribunal en el presente caso debería hacer una evaluación similar.⁴⁰¹

4. To what extent, if any, is the Tribunal in this case (i) required to form a view of the environmental impacts of the proposed project, and (ii) if necessary, substitute its view for that adopted by the Mexican authorities, in particular SEMARNAT?

42. Con relación a la parte (i) de la pregunta, México ha sido enfático en señalar a lo largo del procedimiento que el Tribunal no tiene la función de realizar una revisión *de novo* de la solicitud de la MIA, ni mucho menos de la Resolución de 2018.⁴⁰² Es decir, el Tribunal debe evitar asumir la responsabilidad que únicamente le compete a la DGIRA como autoridad técnica y científica especializada en los temas que fueron objeto de evaluación como parte del PEIA.⁴⁰³ No obstante, la Demandada reconoce que, en cierta medida, el Tribunal sí debe formarse una opinión sobre los impactos ambientales del proyecto. En este sentido, el grado o alcance de la opinión que el Tribunal deberá formarse se limita únicamente al punto necesario para determinar que la decisión de la DGIRA fue razonable y emitida de conformidad con los estándares legales previstos en las obligaciones del TLCAN, considerando los hechos que han sido debidamente demostrados.⁴⁰⁴

43. Por lo que hace a la parte (ii) de la pregunta, resulta indiscutible que el Tribunal no debe sustituir su propia opinión o conclusiones por las que adoptó la DGIRA.⁴⁰⁵ Esto implica una total deferencia a la determinación de la autoridad medioambiental competente en

⁴⁰⁰ *Phillip Morris c. Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, Julio 8, 2016, ¶ 410 y 420. **RL-0150.**

⁴⁰¹ *Ver* Memorial de Contestación, ¶¶ 518-523; Memorial de Dúplica, ¶ 418.

⁴⁰² *Ver* Memorial de Contestación, ¶¶ 2, 5 y 469 y Memorial de Dúplica, ¶¶ 9, 14, 52-56, 147 y 210.

⁴⁰³ *Ver* Memorial de Dúplica, ¶ 210.

⁴⁰⁴ *Ver* Memorial de Dúplica, ¶ 14.

⁴⁰⁵ De hecho, ni siquiera el propio TFJA rechazó subrogarse en las funciones de la DGIRA: “[...] el tribunal no cuenta con la capacidad técnica para analizar dichas propuestas, y de analizarse las mismas por parte de este Tribunal, éste se estaría sustituyendo en las facultades que son propias y exclusivas de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT). **C-0170**, p. 187.

evaluar los aspectos técnicos y científicos que le fueron sometidos en el PEIA,⁴⁰⁶ sin embargo, esto no significa que el Tribunal deba aceptar sin mayor indagación las conclusiones de la DGIRA. Por el contrario, al realizar su análisis, el Tribunal puede evaluar si las explicaciones de la DGIRA para llegar a su resolución final fueron razonables y adecuadas a la luz de la evidencia que la propia DGIRA tuvo a su alcance en el marco del PEIA. En efecto, al realizar esta labor el Tribunal debe considerar únicamente aquellos elementos que fueron presentados y evaluados en su momento por la DGIRA, sin que la autoridad pueda ser responsabilizada por no tener en consideración aquellos elementos que no existían por haber sido sometidos únicamente en el marco de este arbitraje.⁴⁰⁷

44. Por lo tanto, el Tribunal debe revisar si el razonamiento y explicación de la DGIRA resultan apropiados y congruentes para justificar objetivamente su determinación. Al realizar este análisis de adecuación y congruencia de las conclusiones alcanzadas por la DGIRA, el Tribunal no debe rechazar las conclusiones de la autoridad competente simplemente porque el propio Tribunal habría llegado a un resultado diferente si hubiera realizado él mismo la determinación. Además, el Tribunal tampoco debe rechazar las explicaciones dadas por la DGIRA por el simple hecho de que se han ofrecido otras explicaciones alternativas plausibles. De hecho, la mera existencia de otras alternativas plausibles no implica que la explicación de la DGIRA resulte implausible o inverosímil.

45. De este modo, el examen legal que debe realizar el Tribunal se basa en determinar no sólo la razonabilidad de la Resolución de 2018 de la DGIRA, sino que también deberá evaluar si ésta viola el estándar legal aplicable del caso *Waste Management II*,⁴⁰⁸ tal como se señaló

⁴⁰⁶ “NAFTA tribunals and tribunal members issuing separate opinions have referred on several occasions to the desirability of deference, policy space, regulatory autonomy and the expertise of primary decision-makers, and have stated that their rule was not to second-guess the policy decisions of governments. NAFTA tribunals have rarely adopted an excessively strict approach to the standard of review in relation to regulatory or administrative acts of states”. Ver Caroline Henckels, *Proportionality and Deference in Investor-State Arbitration: Balancing Investment Protection and Regulatory Autonomy* (Cambridge 2015), p. 180 n.26. **RL-0119**.

⁴⁰⁷ Ver Memorial de Dúplica, ¶¶ 55-56 y Tabla 3.

⁴⁰⁸ Memorial, 228. *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, Apr. 30, 2004, ¶ 98. **CL-0121**.

en la Respuesta a la Pregunta 2 *supra*, así como en los Memoriales de Contestación⁴⁰⁹ y de Dúplica.⁴¹⁰

5. What is the legal significance of the TFJA Ruling of 21 March 2018, if any, for determining whether a violation of the BIT has occurred? What is the legal significance of SEMARNAT's compliance, or non-compliance, with that Ruling?

46. Respecto a la primera pregunta, la sentencia del 21 de marzo de 2018 del TFJA no tiene ninguna relevancia jurídica, ni significado legal para efectos de determinar que haya existido una violación al TLCAN. Por el contrario, ésta confirma que la reclamación de la Demandante es prematura, ya que los aspectos analizados por el TFJA versaron sobre cuestiones de mera legalidad que únicamente involucraron la falta de debida motivación y fundamentación.

47. Por ello, el TFJA ordenó la emisión de “una nueva resolución, [...], en la que [la DGIRA] funde y motive adecuadamente su determinación, con base en los datos científicos más fidedignos disponibles, con plena libertad en el uso de sus facultades y atribuciones, los aspectos ya comentados y precisados en [la sentencia]”.⁴¹¹ Además, la conclusión final de la DGIRA —la negativa de la autorización de la MIA— no fue cuestionada por el TFJA, el cual reconoció que no contaba con la capacidad técnica para analizar la posibilidad de que se otorgue la autorización de la MIA dejando a salvo las facultades de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) para resolver lo que en derecho corresponda.⁴¹²

48. Por lo tanto, el único significado legal de la sentencia del 21 de marzo de 2018, si acaso hubiera que desprender alguna, radica en que ésta sirve como prueba para confirmar que no puede existir ninguna violación a alguna de las obligaciones invocadas por la Demandante, ya que el simple incumplimiento con el derecho doméstico no significa una

⁴⁰⁹ Memorial de Contestación, ¶ 449.

⁴¹⁰ Memorial de Dúplica, ¶ 337.

⁴¹¹ C-0170, pp. 211-212.

⁴¹² Ver C-0170, pp. 211-212.

violación al derecho internacional.⁴¹³ Lo anterior, considerando que todas las reclamaciones de la Demandante involucran una supuesta arbitrariedad y falta de debido proceso por parte de la DGIRA derivado de la negativa de la autorización de la MIA.

49. Con relación a la segunda pregunta del Tribunal, la Demandada considera que la DGIRA dio cumplimiento a lo ordenado por el TFJA en su sentencia del 21 de marzo de 2018.⁴¹⁴ De hecho, el Tribunal debe recordar que, aunque la Demandante cuestionó el cumplimiento de la DGIRA nuevamente ante tribunales mexicanos, alegando que la Resolución de 2018 constituía un acto de rebeldía por tratarse de una mera repetición,⁴¹⁵ el TFJA rechazó dicha impugnación.

50. Efectivamente, el TFJA determinó que “la resolución de fecha 12 de octubre de 2018 en cumplimiento a la sentencia dictada por este Pleno Jurisdiccional, no reitera en idénticos términos los fundamentos y motivos de la diversa resolución anulada de fecha 7 de abril de 2016”.⁴¹⁶ Además, en su razonamiento, el TFJA observó que “ambas resoluciones (la anulada y la emitida en cumplimiento) constituyen actos diversos, que si bien coinciden en lo resuelto en el sentido de que determinan NEGAR la autorización de la MIA solicitada por la actora, [...]”.⁴¹⁷

51. De este modo, la relevancia legal del cumplimiento de la SEMARNAT con lo ordenado por el TFJA en la sentencia del 21 de marzo de 2018 estriba en que dicha determinación de cumplimiento constituiría un elemento adicional que demostraría que la reclamación de la Demandante es prematura y, sobre todo, carece de méritos.⁴¹⁸

52. Incluso si existiera una determinación legal de incumplimiento de la DGIRA con lo ordenado por el TFJA, ésta sería insuficiente para satisfacer los estándares legales invocados

⁴¹³ *Sicula S.p.A. (ELSI)* (United States v. Italy), ICJ Rep. 1989, Judgment, July 20, 1989, p. 74. **CL-0028**. Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶ 7.198. **RL-0021**. Opinion of Professor Donald McRae, Mar. 17, 2015, Dissent ¶¶ 36-38. **RL-0110**.

⁴¹⁴ Memorial de Dúplica, ¶¶ 375-378.

⁴¹⁵ Aviso de Intención, 4 de enero de 2019, ¶¶ 7 y 102-105, Notificación de Arbitraje, 5 de abril de 2019, ¶¶ 7 y 115-118 y Memorial de Demanda, ¶ 20.

⁴¹⁶ **R-0140**, pp. 101-102 y 113.

⁴¹⁷ **R-0140**, pp. 101-102 y 113.

⁴¹⁸ Memorial de Dúplica, ¶ 396.

por la Demandante, que involucran alegaciones de arbitrariedad y falta de debido proceso. Lo anterior, porque no se trataría de una sentencia definitiva, es decir, ésta se encontraría sujeta a procedimientos judiciales adicionales. Además, no existe ninguna reclamación ni determinación en contra del actuar del TFJA, ni del sistema judicial mexicano en general, tal como se abordó en la Respuesta a la Pregunta 1 *supra*. Estos aspectos ponen de manifiesto que la Demandante ha traído ante este Tribunal una reclamación prematura que no puede constituir una violación a alguna de las obligaciones del TLCAN. Por lo tanto, el significado legal de una determinación hipotética de incumplimiento de la DGIRA con lo ordenado en la sentencia del 21 de marzo de 2018 radicaría en formar parte de un elemento de hecho adicional que confirmaría el carácter prematuro de la reclamación de la Demandante.

6. What is the legal significance, if any, of the motivation behind SEMARNAT'S refusal to grant the requested authorization for determining whether a violation of the BIT has occurred?

53. En la medida en la que el Tribunal determine que las conclusiones y constataciones formuladas por la DGIRA en la Resolución de 2018 resultan razonables desde el punto de vista técnico y científico, tal y como se explica en la Respuesta a la Pregunta 4, cualquier supuesta motivación detrás de la negativa de autorización de la MIA carece de relevancia legal para determinar si existió una violación al TLCAN. En efecto, resulta insustancial si la Demandante alega que hubo supuestas motivaciones políticas⁴¹⁹ —*quod non*—, o que incluso se afirmara cualquier otro tipo de motivación, incluyendo una motivación medioambiental.

54. El *quid* del asunto es verificar que el Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental se haya realizado conforme al debido proceso y que las conclusiones de la DGIRA puedan considerarse razonables —tal como aconteció en el presente caso—. De otro modo, se llegaría al absurdo de que una decisión de carácter puramente técnica y científica que atiende una preocupación medioambiental legítima, *i.e.*, la afectación a diversas especies de mamíferos y tortugas en peligro de extinción, principalmente a la especie *caretta caretta*, se vea socavada por la supuesta existencia de un motivo subyacente a esa determinación.⁴²⁰ Tal

⁴¹⁹ Memorial de Réplica, ¶¶ 190, 194, 198, 204-210, 237, 238, 250-256.

⁴²⁰ La propia ley ambiental mexicana reconoce que “[l]a resolución de la Secretaría sólo se referirá a los aspectos ambientales de las obras y actividades de que se trate”. LGEEPA Art. 28. C-0014.

curso de acción resultaría insostenible. En este sentido, el orden de análisis que sobre esta cuestión adopte el Tribunal será relevante. Por ello, la Demandada considera que el Tribunal debería examinar en primer lugar la razonabilidad de la Resolución 2018 en los términos expuestos en la Respuesta a la Pregunta 3, y sólo en el caso extremo de que determine, sin lugar a dudas, que ésta es irrazonable, podría indagar en las posibles motivaciones que expliquen ese resultado.

55. El Tribunal debe recordar que la evaluación de impacto ambiental involucra un procedimiento de índole técnico y científico mediante el cual la DGIRA determina la procedencia de una solicitud para realizar obras y actividades que pueden causar desequilibrio ecológico.⁴²¹ Al respecto, la propia ley ambiental mexicana reconoce que “[l]a resolución de la Secretaría sólo se referirá a los aspectos ambientales de las obras y actividades de que se trate”.⁴²²

56. Por lo tanto, cualquier supuesta motivación “política” o de cualquier índole detrás de la negativa de autorización de la MIA no tienen ninguna relevancia jurídica para determinar una violación al TLCAN.⁴²³ Por el contrario, el hecho de que el resultado de la Resolución de 2018 haya coincidido con la preocupación manifestada por diversos grupos medioambientales durante el proceso de consultas públicas,⁴²⁴ así como con las opiniones expresadas por diversos organismos internacionales,⁴²⁵ ONG,⁴²⁶ autoridades gubernamentales,⁴²⁷ universidades y centros científicos,⁴²⁸ constituye una circunstancia esencial que sirve para confirmar que las conclusiones de la DGIRA resultan razonables.

⁴²¹ Memorial de Contestación, ¶¶ 153-170.

⁴²² Ver LGEEPA Art. 28. **C-0014**.

⁴²³ Memorial de Contestación, ¶¶ 494-506 y Memorial de Dúplica, ¶¶ 2, 6, 12, 14, 20, 79, 118, 119, 143, 146, 198, 240, 244, 279, 301, 304, 381-388, 396.

⁴²⁴ Memorial de Contestación, ¶¶ 267-269 y 299-301.

⁴²⁵ Memorial de Contestación, ¶¶ 267-269 y 302-305.

⁴²⁶ Memorial de Contestación, ¶¶ 267-269 y 279-284.

⁴²⁷ Memorial de Contestación, ¶¶ 267-269, 273-278 y 291-298.

⁴²⁸ Memorial de Contestación, ¶¶ 267-269 y 285-290.