



**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/20/1)

MEMORIAL DE CONTESTACIÓN

POR LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS:

Orlando Pérez Gárate

*Director General de Consultoría Jurídica de Comercio Internacional
Secretaría de Economía*

ASISTIDO POR:

Secretaría de Economía

Laura Mejía Hernández

Alan Bonfiglio Ríos

Antonio Nava Gómez

Francisco Diego Pacheco Román

Rafael Alejandro Augusto Arteaga Farfán

Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP

Stephan E. Becker

David Stute

Tereposky & De Rose

Greg Tereposky

Alejandro Barragán


23 de febrero de 2021

Índice

Glosario.....	ix
I. INTRODUCCIÓN	1
II. HECHOS.....	4
A. Las actividades de Odyssey	5
1. Las subsidiarias de Odyssey	8
2. AHMSA, el Sr. Ancira y los socios comerciales de Odyssey en el proyecto Don Diego	9
3. Financiamiento adquirido para el proyecto Don Diego	13
a. El financiamiento de Mako Resources	14
b. El financiamiento de Monaco Financial LLC.....	14
c. El financiamiento de AHMSA MINOSA	15
d. El financiamiento de Epsilon Acquisitions LLC	16
e. El financiamiento de Poplar Drumcliffe.....	16
B. La industria minera para la extracción de mineral de fosfato	17
C. El proyecto Don Diego	19
D. El Golfo de Ulloa	23
E. La pesca en el Golfo de Ulloa.....	27
F. La regulación de la minería en México.....	29
1. La concesión minera conforme al sistema jurídico mexicano	31
2. Las concesiones mineras de ExO.....	32
G. El derecho soberano de México para regular el medio ambiente y su margen de apreciación para hacerlo	35
1. Leyes federales y la participación concurrente de autoridades federales, estatales y municipales en materia ambiental.....	36
2. Reglamentos y Normas Oficiales Mexicanas en materia ambiental.....	38
3. Las autoridades nacionales en materia ambiental	39
4. Los tratados internacionales celebrados por México en materia ambiental.....	40
a. Derecho humano al medio ambiente.....	40
b. Compromisos internacionales adoptados por México	41

5.	Los principios rectores de la legislación ambiental internacioalmente reconocidos.....	42
a.	Principio de Prevención	42
b.	Principio Precautorio	42
H.	La autorización en materia de impacto ambiental	42
1.	La solicitud de autorización en materia de impacto ambiental y la MIA	43
2.	El procedimiento de evaluación de impacto ambiental	44
a.	Solicitud de opiniones técnicas	44
b.	Consulta pública.....	45
c.	Resolución sobre la evaluación de impacto ambiental	45
I.	El procedimiento de responsabilidad de servidores públicos	47
1.	Estructura jerárquica de la SEMARNAT	47
2.	La DGIRA y la toma de decisiones para emitir las Autorizaciones de Impacto Ambiental.....	49
3.	Procedimiento ante el Órgano Interno de Control	52
a.	El [REDACTED] a denunciar cualquier irregularidad	54
b.	Los [REDACTED] con el contenido de las resoluciones firmadas y rubricadas	59
4.	Investigaciones en contra del [REDACTED]	60
5.	La renuncia de los [REDACTED]	64
J.	La Manifestación de Impacto Ambiental presentada por ExO en 2014.....	66
1.	Las opiniones técnicas sobre la MIA 2014	66
2.	La denuncia popular en contra del Proyecto.....	72
3.	La consulta pública de 2014	73
4.	Las preocupaciones de la DGIRA.....	75
5.	La información adicional de ExO y el retiro de la MIA 2014	78
6.	Las reuniones entre ExO y SEMARNAT	80

K.	La Manifestación de Impacto Ambiental presentada por ExO en 2015.....	82
1.	La consulta pública de 2015	84
2.	Las opiniones técnicas sobre la MIA 2015	85
a.	Las preocupaciones de la CONANP.....	86
b.	Las preocupaciones de ONGs.....	88
c.	Las preocupaciones de universidades y centros científicos.....	89
d.	Las preocupaciones de autoridades nacionales.....	91
e.	Las preocupaciones de habitantes y pescadores de Comundú.....	93
f.	Las preocupaciones de organismos internacionales	94
3.	Las preocupaciones de la DGIRA sobre la MIA 2015	95
4.	La información adicional presentada por ExO sobre la MIA 2015.....	97
5.	Las reuniones entre ExO y SEMARNAT	98
L.	La Resolución de la DGIRA de 2016	100
1.	La DGIRA contó con elementos suficientes para determinar que la MIA 2015 no podía ser autorizada.....	100
2.	Es falso que el Secretario Pacchiano haya instruido que la MIA 2015 fuera negada.....	108
3.	Los “proyectos” de resolución de la DGIRA carecen de valor jurídico	108
4.	El Director General de la DGIRA fue el responsable final de la resolución de 2016	111
M.	La Resolución del 7 de abril de 2016 y las impugnaciones de ExO.....	113
1.	El Recurso de Revisión 74/2016.....	113
2.	El Juicio de Nulidad: Sentencia del TFJA del 21 de marzo de 2018.....	115
3.	Alcance y sentido de la decisión del TFJA: es falso que a la DGIRA se le haya ordenado emitir una resolución favorable para ExO	116
4.	La DGIRA dio cumplimiento a lo ordenado por el TFJA	118

2.	Los Informes de Experto y las Declaraciones Testimoniales de la Demandante Carecen de Valor Probatorio por Ocultar los Incentivos Económicos de los que Dependen.....	144
C.	Consideraciones generales sobre la valoración de la negativa de la autorización de impacto ambiental conforme al Capítulo XI del TLCAN	147
D.	La Demandante No Ha Establecido Una Violación a las Obligaciones Sustantivas del TLCAN	148
1.	México ha otorgado un Trato Justo y Equitativo a la inversión de Odyssey	148
a.	Es responsabilidad de la Demandante demostrar el contenido del estándar de nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario y que éste ha sido violado.....	152
b.	La conducta de “órdenes de mando” en la que la Demandante sustenta su reclamación no alcanza el umbral de violación establecido por la jurisprudencia del TLCAN	155
(1)	 en la emisión de las resoluciones.....	157
(2)	Los controles y equilibrios en las líneas de autoridad o mando establecidos en la ley	158
(3)	La ausencia de denuncias de las supuestas conductas ilegales	159
(4)	El reconocimiento expreso de haber cometido una irregularidad y beneficiarse de ella al no denunciarlo oportunamente.....	160
c.	La “Buena Fe” no es una obligación autónoma conforme al estándar de Trato Justo y Equitativo.....	162
d.	El estándar sobre arbitrariedad conforme al TLCAN es extremadamente exigente y rara vez se alcanza	164
e.	La Demandante tuvo acceso en todo momento a un debido proceso	168
f.	La Demandante no ha logrado demostrar que exista una violación al estándar de TJE basada en un	

	supuesto rechazo de la autorización de impacto ambiental por razones políticas.....	170
	(1) La alegación de la Demandante sobre una supuesta campaña política en su contra esta basada en una mera estrategia legal carente de sustento.....	171
	(2) La evidencia demuestra que el rechazo de la solicitud de autorización de la MA no se trató de una decisión política ni mucho menos se basó en una campaña política en contra de Odyssey.....	173
	g. No Hubo una Violación basada en “Expectativas Legítimas”	175
2.	No Hubo Incumplimiento a la Obligación de Brindar Protección y Seguridad Plenas.....	182
3.	No Hubo Expropiación Indirecta.....	187
	a. La Demandante no tiene derecho o derechos susceptibles de expropiación.....	188
	b. México actuó con el pleno y debido ejercicio de sus facultades de vigilancia.....	192
	c. La propia Demandante reconoce que sigue “controlado” ExO y, por lo tanto, no puede argumentar haber sufrido una “privación sustancial”	193
	d. La Demandante carece de cualquier base para esperar que las concesiones producirían un determinado rendimiento y más aún para tener “expectivvas legítimas”	194
4.	La Demandada No Violó el Estándar de Trato Nacional del Artículo 1102 del TLCAN.....	197
	a. A norma legal conforme al artículo 1102 del TLCAN	197
	b. El sujeto u objeto comparable debe ser un “inversionista” o “inversión”	199
	c. La Demandante no ha identificado a ninguna empresa en circunstancias genuinamente similares	199

d.	Ninguno de los Seis Proyectos está en “circunstancias similares” al proyecto Don Diego	201
(1)	“Proyecto El Chaparrito” a cargo de ESSA: trabajos de mantenimiento relacionado con actividades salineras.....	204
(2)	“Proyecto Laguna Verde” a cargo de CFE: mantenimiento a central nucleoeléctrica.....	204
(3)	“Proyecto Sayulita” a cargo de la Comisión Estatal de Agua y Alcantarillado de Nayarit: planta de aguas residuales.....	205
(4)	“Proyecto Puerto Veracruz” a cargo de la API Veracruz: trabajos de ampliación del puerto	206
(5)	“Proyecto Matamoros” a cargo de la API Tamaulipas: construcción de un complejo portuario.....	206
(6)	“Proyecto Santa Rosalía” a cargo de la API Baja California Sur: trabajos de mantenimiento al puerto	207
e.	La SEMARNAT no otorgó un trato menos favorable al proyecto Don Diego	208
f.	El trato otorgado está plenamente justificado en objetivos gubernamentales razonables.....	210
IV.	DAÑOS.....	210
A.	La Demandante no ha especificado si los daños que reclama son respecto a su reclamación conforme al artículo 1116 o conforme al artículo 1117 del TLCAN	212
1.	La Demandante no ha identificado la inversión sobre la cual basa su reclamación de daños	213
B.	Principios legales aplicables a la valuación de daños.....	214
1.	Carga de la prueba	214
2.	Estándar de compensación.....	215
3.	Fecha de valuación.....	217
4.	El daño legalmente relevante	218
a.	Causalidad.....	218

	b.	Certeza razonable.....	220
C.		Terminología importante y conceptos mineros.....	222
D.		Aplicación a los hechos de este caso	224
	1.	La Demandante no ha cumplido con su carga de la prueba respecto al hecho de la supuesta pérdida	224
	2.	La Demandante ha omitido establecer el nexo causal entre el supuesto incumplimiento y la pérdida	227
	3.	La Demandante incurre en especulación indebida para determinar el monto de los daños (incumplimiento de la carga probatoria de los daños con una certeza razonable).....	229
	a.	Uso inadmisibles de un enfoque de ingresos para cuantificar daños por parte de la Demandante	229
	(1)	Normas y directrices para la valuación de propiedades con recursos minerales.....	230
	(2)	Los precedentes no apoyan el uso del DCF en proyectos en etapa de desarrollo como el Proyecto Don Diego.....	235
	(3)	Los precedentes citados por la Demandante no apoyan su posición.....	238
	b.	Otras consideraciones para rechazar un enfoque DCF en este caso	240
	4.	Valuación alterna de la Demandada utilizando un enfoque de mercado.....	244
	5.	La prima de 15% por concepto del presunto valor estratégico del Proyecto es completamente especulativa y carece de soporte.....	246
	6.	Los daños por la “oportunidad perdida” también son especulativos y carecen de soporte	247
	7.	Compensación por impuestos (<i>tax gross-up</i>).....	248
	8.	Intereses	249
V.		SOLICITUD	251
VI.		CONCLUSIÓN.....	251

GLOSARIO

Nombre corto	Nombre largo
Acuerdo de Reclamaciones	Acuerdo de Ejecución de Reclamaciones Internacionales
Agro Nitrogenados	Agro Nitrogenados, S.A. de C.V.
AHMSA o Altos Hornos	Altos Hornos de México S.A. de C.V.
AIA	Autorización de Impacto Ambiental
AIDA	Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente
AIG	Australian Institute of Geoscientists
AP	Área del Proyecto
APF	Administración Pública Federal
APFC	Administración Pública Federal Centralizada
API	Administración Portuaria Integral
ASF	Auditoría Superior de la Federación
AusIMM	The Australasian Institute of Mining and Metallurgy
Ballena gris	Especie de cetáceo conocida científicamente como <i>Eschrichtius robustus</i>
Boskalis	Royal Boskalis Westminster R.V.
CEMDA	Centro Mexicano de Derecho Ambiental, A.C.
CFE	Comisión Federal de Electricidad
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIBNOR	Centro de Investigaciones Biológicas del Noreste, S.C.
CICIMAR	Centro Interdisciplinario de Ciencias Marinas
CIM	Canadian Institute of Mining, Metallurgy and Petroleum
CIMVAL	International Mineral Valuation Committee
Código VALMIN	The Australasian Code for the Public Reporting of Technical Assessments and Valuations of Mineral Assets
CONABIO	Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad
CONAGUA	Comisión Nacional del Agua
CONANP	Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas
CONAPESCA	Comisión Nacional de Acuicultura y Pesca
CONMECCOP	Confederación Mexicana de Cooperativas Pesqueras y Acuícolas
Consejo Consultivo	Consejo Consultivo para el Desarrollo Sustentable de SEMARNAT
Constitución de México o CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CPF	Código Penal Federal
Demandada o México	Estados Unidos Mexicanos
DGIRA	Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental
DOF	Diario Oficial de la Federación

Nombre corto	Nombre largo
Don Diego o Proyecto	Proyecto de dragado de arenas fosfáticas negras en el yacimiento “Don Diego”
Drumcliffe	Drumcliffe Partners IV LLC
EIA	Evaluación de Impacto Ambiental
EPC	Engineering, Procurement and Construction
Epsilon	Epsilon Acquisitions, LLC
ESSA	Exportadora de Sal, S.A. de C.V.
ExO	Exploraciones Oceánicas, S. de R.L. de C.V.
FEDECOOP	Federación Regional de Sociedades Cooperativas Pesqueras
Fertinal	Grupo Fertinal, S.A. de C.V.
FGR	Fiscalía General de la República
Fosforitas del Pacífico	Fosforitas del Pacífico, S.A. de C.V.
IIO	Instituto de Investigaciones Oceanológicas de la Universidad Autónoma de Baja California
INAPESCA	Instituto Nacional de Pesca
IPN	Instituto Politécnico Nacional
LFRA o LFRASP	Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos
LGEEPA	Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente
LGRA	Ley General de Responsabilidades Administrativas
LOAPF	Ley Orgánica de la Administración Pública Federal
Mako Resources	Mako Resources, LLC
MCA	Minerals Council of Australia
MIA	Manifestación de Impacto Ambiental
MIA-R	Manifestación de Impacto Ambiental modalidad Regional
MINOSA	Minera del Norte, S.A. de C.V.
Monaco	Monaco Financial, LLC
Nasdaq	National Association of Securities Dealers Automated Quotation
NOM	Norma Oficial Mexicana
NOM-059-SEMARNAT	Norma Oficial Mexicana NOM-059-SEMARNAT-2010, Protección ambiental-Especies nativas de México de flora y fauna silvestres-Categorías de riesgo y especificaciones para su inclusión, exclusión o cambio-Lista de especies en riesgo.
NOM-131-SEMARNAT	Norma Oficial Mexicana NOM-131-SEMARNAT-2010, Que establece lineamientos y especificaciones para el desarrollo de actividades de observación de ballenas, relativas a su protección y la conservación de su hábitat
NYSE	The New York Stock Exchange
Oceánica Resources	Oceánica Resources, S. de R.L.
Odyssey o Demandante	Odyssey Marine Exploration, Inc.

Nombre corto	Nombre largo
OIC	Órgano Interno de Control
ONG	Organización No Gubernamental
PEIA o Procedimiento EIA	Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental
Pemex	Petróleos Mexicanos
Phosmex	Corporación Fosforica Mexicana, S.A. de C.V
Poplar	Poplar Falls, LLC
PRIMMA	Programa de Investigación de Mamíferos Marinos
PROFEPA	Procuraduría Federal de Protección al Ambiente
Proyecto El Chaparrito	Proyecto de Dragado de Mantenimiento del Puerto El Chaparrito y Canales de las Estaciones de Bombeo de ESSA
Proyecto Laguna Verde	Proyecto de Actividades de mantenimiento para la obra de toma de la Central Nucleoeléctrica Laguna Verde
Proyecto Puerto Matamoros	Proyecto Puerto Matamoros y su Desarrollo en Matamoros, Tamaulipas
Proyecto Puerto Veracruz	Proyecto de Ampliación del Puerto de Veracruz en la Zona Norte
Proyecto Santa Rosalía	Proyecto Dragado de Mantenimiento en la Dársena en el Puerto de Santa Rosalía, BC.S.
Proyecto Sayulita	Proyecto Ejecutivo del Sistema Integral de Saneamiento en Sayulita, Nayarit
PSP	Protección y Seguridad Plenas
Quadrant	Quadrant Economics, LLC
REIA o RLGEEPAMEIA	Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Evaluación del Impacto Ambiental
RISEMARNAT o Reglamento Interior	Reglamento Interior de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales
Rofomex S.C.P.P. o	Rofomex II, S.A. de C.V.
Cooperativa Puerto Chale	Sociedad Cooperativa de Pescadores Puerto Chale
SADER	Secretaría de Agricultura y Desarrollo Rural
SAGARPA	Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación
SAR	Sistema Ambiental Regional
SAT	Servicio de Administración Tributaria
SCT	Secretaría de Comunicaciones y Transportes
SEC	U.S. Securities and Exchange Commission
SEMARNAT	Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales
SFP	Secretaría de la Función Pública
Solcarga	Solórzano, Carvajal, González y Pérez Correa, S.C.
Subsea Minerals	Subsea Minerals Ltd.
TFJA	Tribunal Federal de Justicia Administrativa

Nombre corto	Nombre largo
TJE	Trato Justo y Equitativo
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
Tortuga amarilla o caretta caretta	Tortuga marina conocida también como boba, caguama, cabeza o <i>loggerhead</i>
UABCS	Universidad Autónoma de Baja California Sur
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNESCO	United Nations Educational Scientific and Cultural Organization
WGM	Watts, Griffis and McOuat Limited
ZEE	Zona Económica Especial

I. INTRODUCCIÓN

1. Como se analizará en este Memorial de Contestación, el presente caso carece de méritos.

2. El asunto frente a este Tribunal Arbitral y la manera en que está planteado por parte de la Demandante afecta la integridad del mecanismo de arbitraje previsto en el Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). En términos generales, la Demandante pretende que un Tribunal Arbitral se convierta en una corte de apelación o que sustituya a una autoridad mexicana especializada en impacto ambiental para evaluar *de novo* una determinación previa, basándose en meras suposiciones que no tienen soporte fáctico y en una estrategia legal diseñada *ex post*. En efecto, la Demandante reclama que la negativa a su solicitud de autorización ambiental constituye una violación a diversas disposiciones del TLCAN. Sin embargo, el principal sustento de su reclamación se basa en los [REDACTED]

3. La Demandante también acompaña su Memorial de Demanda con 9 declaraciones testimoniales y 12 informes periciales, con los cuales busca distorsionar los hechos que realmente ocurrieron en torno al proyecto Don Diego y desviar la atención respecto de los verdaderos hechos.

4. Lo que sí sucedió es que la autoridad ambiental de México, analizó, escuchó y resolvió una solicitud de autorización de impacto ambiental y determinó que el proyecto no era ambientalmente sostenible de conformidad con la legislación aplicable. ExO ejerció su derecho de impugnar dicha decisión y la autoridad ambiental dio cabal cumplimiento a la decisión del tribunal doméstico. Sin embargo, la Demandante insiste en que le den la razón, aunque ni los hechos, ni la ley le asistan. Basta tener en cuenta la impugnación que la Demandante también presenta ante tribunales nacionales –de forma paralela a este arbitraje–, para confirmar que la Demandante aspira a que el Tribunal se convierta en una instancia de autorización ambiental o de apelación.

5. Efectivamente, lo que en el fondo la Demandante pide a este Tribunal es que condene al Estado mexicano a pagar una suma multimillonaria –y meramente especulativa– por haber ejercido su derecho soberano de proteger al medio ambiente del riesgo incontrovertido que implica su proyecto minero de dragado de suelo marino. Aunque la Demandante no está de acuerdo con el ejercicio legítimo de este derecho a regular, ello no significa que tenga un derecho para recurrir

indebidamente a este Tribunal y pretender que realice un análisis *de novo* sobre las cuestiones técnicas y científicas que únicamente le corresponden a la autoridad mexicana especializada en la materia –la Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental de la SEMARNAT–.

6. Como se aborda en este Memorial de Contestación, México decidió proteger a varias especies de tortuga declaradas oficial e internacionalmente en peligro de extinción, en vez de fomentar el dragado de suelo marino –actividad controversial internacionalmente–. Esa decisión regulatoria fue científica y técnicamente sustentada

7. Justamente, la evidencia presentada con este Memorial de Contestación demuestra que la Demandante es una empresa meramente especuladora que lucra con la promoción y venta de acciones derivado de su única experiencia y principal actividad económica, la cual es la caza de tesoros marinos.

8. La Demandante presenta una reclamación por un monto sumamente exagerado de más de USD\$2.364.700.000.00 –basándose en meras especulaciones–. Ese monto reclamado contrasta con el hecho incontrovertido de que el proyecto Don Diego se encontraba en una etapa que podría considerarse “poco más que un proyecto de exploración inicial”.

9. La evidencia contemporánea a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental es clara: el proyecto de la Demandante no era ambientalmente sostenible, ni viable, y por ello no fue autorizado. Es incontrovertido, y la Demandante no lo cuestiona, que estos procedimientos fueron transparentes y que ExO, así como una pluralidad de partes (autoridades, organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales, habitantes de comunidades, entre otros) participaron de forma activa y en apego al marco legal.

10. A pesar de que la Demandante claramente pretende orillar a este Tribunal a pronunciarse sobre la viabilidad de su proyecto de dragado, esa no es la función del Tribunal. La Demandada no considera procedente –ni pertinente– que dentro de un arbitraje inversionista-Estado se reevalúen aspectos técnicos-científicos que ya fueron sometidos al órgano regulador nacional. Indudablemente, este arbitraje de inversión no es el foro idóneo para evaluar las características técnicas de Don Diego y determinar si era un proyecto ambientalmente viable.

11. Por el contrario, el análisis del Tribunal debe enfocarse en determinar si resultaba razonable para la DGIRA negar la autorización ambiental de un proyecto que buscaba dragar

ininterrumpidamente por 50 años, el lecho marino en el Golfo de Ulloa, lugar que constituye un tesoro natural y de suma importancia para México y el mundo. La respuesta a esta indagatoria es sencilla para el Tribunal teniendo en consideración los siguientes hechos incontrovertidos:

- La Demandante no tienen ninguna experiencia demostrada en minería submarina;
- El dragado de suelo marino es una actividad que invariablemente por su naturaleza tiene un impacto ambiental;
- El Golfo de Ulloa, lugar donde se pretendía realizar el dragado, es una zona única en el mundo debido a su riqueza natural y al ser parte de las rutas migratorias de ballenas y albergar una gran población de tortugas marinas, icnluidas la tortuga *caretta caretta*;
- México tiene el derecho soberano a proteger y regular el medio ambiente, eligiendo el nivel adecuado de protección que considere relevante para la actividad específica del dragado que involucra la minería submarina; y
- No existe ningún inversionista, ni una inversión, en México, ni mucho menos en el mundo, que pueda compararse con la actividad minera y el lugar en el que la Demandante desea realizar el dragado del lecho marino.

12. Debido a la sencillez de estos hechos, que implica tener que desestimar la reclamación, la Demandante ha tenido que recurrir ■ ■■■■■ ■■■■■ cuyas declaraciones testimoniales presentan, por decir lo menos, serios problemas de credibilidad. En efecto, como cuestión de hecho, los dichos de los testigos no coinciden con la realidad y más bien la contradicen. Por ejemplo, es inverosímil que, por un lado, ■■■■■ ■■■■■ ■■■■■ y, por el otro lado, se limiten a señalar que ■■■■■ ■■■■■. Una declaración de esa naturaleza omite tener en consideración lo establecido por la legislación aplicable, la cual contraría los dichos de los testigos y constituye un hecho irrefutable para el Tribunal.

13. Las afirmaciones expresadas por la Demandante y que se basan en los meros dichos proporcionados por sus dos ■■■■■ requieren evidencia contundente e irrefutable, la cual no es aportada por la Demandante. Además, ■■■■■

[REDACTED]. Además, el hecho de que la propia Demandante esté ocultando información sobre los arreglos económicos que tiene con consultores desconocidos y que dependen del resultado de este arbitraje, pone de manifiesto la frivolidad con la que la Demandante ha procedido al presentar esta reclamación.

14. Con base en lo anterior, es claro que la Demandante carece de elementos fácticos que apoyen su caso. Por lo tanto, a Demandada solicita al Tribunal que brinde deferencia debida a las decisiones que el ente regulador (la DGIRA) emitió sobre el proyecto Don Diego y desestime la reclamación de la Demandante. Lo anterior, sin perjuicio de solicitar, en el momento procesal oportuno, el aseguramiento de los gastos y costos de este arbitraje, debido a que el contrato que tiene la Demandante con la empresa que le proporciona financiamiento en este arbitraje no lo prevé.

II. HECHOS

15. A continuación, la Demandada abordará las medidas referidas por la Demandante con el fin de aclarar el verdadero contexto en el que éstas se adoptaron y poner en una perspectiva correcta al Tribunal sobre la legalidad de dichas medidas.

16. México brindará una visión integral de los antecedentes de la Demandante, revelando su falta de experiencia en materia de minería marina, y de cómo ahora su supuesto proyecto –que nunca fue aprobado desde el punto de vista ambiental–, es objeto de un litigio ante un tribunal arbitral en materia de inversión. Además, se demostrará que detrás de la negativa de autorización de impacto ambiental, no hay nada político ú “órdenes de mando”, sino solo un proyecto que no es amigable al medio ambiente y es incompatible con la legislación mexicana. La Demandada quisiera resaltar que este Tribunal Arbitral al amparo del Capítulo XI del TLCAN no puede convertirse en una autoridad ambiental, que sustituya a la autoridad nacional, para determinar si un determinado proyecto es ambientalmente sustentable de conformidad con la legislación nacional aplicable.

17. La Demandada no pretende abordar punto por punto los hechos presentados por la Demandante. Lo anterior, de ninguna manera debe interpretarse como una aceptación tácita de sus argumentos. Por el contrario, en aras de eficiencia, la Demandada únicamente se centrará en los

puntos que considera determinantes para contribuir con el Tribunal Arbitral en la resolución del caso.

A. Las actividades de Odyssey

18. Antes de explicar las actividades de Odyssey, la Demandada considera indispensable explicar lo que no es Odyssey:

- Odyssey no es una empresa con experiencia en industria minera, ni mucho menos puede considerarse líder en dicha industria.
- Odyssey no es una empresa financieramente sana.
- Odyssey no presentó ante las autoridades ambientales mexicanas un proyecto industrial sostenible o ambientalmente viable.
- Odyssey no es una empresa que recibió un trato indebido o violatorio al TLCAN.
- Odyssey no contaba –ni cuenta– con la capacidad técnica y financiera para poner en marcha un proyecto como Don Diego.
- Ni Odyssey ni el Proyecto fueron objeto de una campaña con motivaciones políticas.

19. En efecto, contrario a lo que pueda afirmar o inferir la Demandante, Odyssey no cuenta con experiencia en el sector minero y mucho menos cuenta con experiencia en proyectos de dragado de lecho marino para extraer mineral de fosfato.¹

20. Con base en la propia información proporcionada por la Demandante en el arbitraje, Odyssey es una empresa dedicada a brindar servicios marinos y su “*expertise*” está enfocado en la búsqueda de tesoros.²

21. Efectivamente, la Demandante cotiza en Nasdaq bajo el nombre OMEX. En 2010 Odyssey informó al público inversionista que, adicional a sus actividades de exploración y búsquedas de tesoros marinos, diversificaría sus líneas de negocios para tratar de realizar una compleja actividad industrial: minería marina. Sin embargo, este “anhelo” de Odyssey por realizar una actividad industrial tan compleja no se traduce en que la Demandante cuente con experiencia en minería

¹ Ver C-0015.

² Informe Anual 2019 (*Form K*) de Odyssey. C-0190, p. 4.

marina y muchos menos que sea una empresa líder o experta en la exploración y extracción de minerales del subsuelo marino.³

22. La exploración de barcos naufragados, tesoros y de piezas arqueológicas no son actividades equiparables a la minería marina. A pesar de ello, la Demandante y sus testigos, sin aportar ningún elemento o explicación adicional, mencionan que, supuestamente, Odyssey ha participado en algunos proyectos de minería marina en Vanuatu, las Islas Solomon, Papúa Nueva Guinea, Nueva Zelanda y Tonga.⁴ Sin embargo, ni siquiera los reportes anuales presentados por la Demandante ante la *Securities Exchange Commission* aportan información sobre los resultados de estos proyectos de minería marina. La realidad es que, en materia minera, Odyssey es una empresa inexperta o *amateur*.

23. Las exploraciones oceánicas de Odyssey no han estado alejadas de escándalos mediáticos. En 2007, Odyssey despojó algunos bienes del yacimiento de la fragata española “Nuestra Señora de las Mercedes”, hundida en 1804 en el Océano Atlántico.⁵ Este caso, también conocido como “*Black Swan Project*”, originó litigios ante cortes de los Estados Unidos en los que España buscó obtener la restitución de los bienes extraídos de la zona del naufragio. Esta situación dio inicio a procedimientos penales en España en contra de los Sres. Gregory P. Stemm y John Morris, directivos de Odyssey, y en contra de la propia Demandante, por los delitos de daños al patrimonio cultural, hurto y contrabando.⁶

³ Informe Anual 2019 (*Form K*) de Odyssey. **C-0190**, p. 4. Declaración testimonial del Sr. Mark Gordon, ¶¶ 19-21. Comunicado de prensa de Odyssey del 20 de noviembre de 2009. **R-0001**.

⁴ Memorial de Demanda, ¶¶ 17-18. Al parecer, los proyectos mencionados por la Demandante son en realidad de Bluewater Metals, socio de Odyssey. *Ver* Comunicado de prensa de Odyssey del 20 de noviembre de 2009. **R-0001**.

⁵ Vicente Olaya, El Segundo Tesoro de las “Mercedes”, *El País*, 16 de junio de 2020. **R-0002**.

⁶ Admisión de querrela penal del 3 de diciembre de 2017, **R-0003** (“Los restos arqueológicos que habrían sido obtenidos por los buques de la empresa querrelada habrían -según el relato de hechos de la querrela- sido posteriormente trasladados hasta Gibraltar, también sin contar con autorización alguna de Autoridad competente para, a continuación, ser transportados vía aérea hasta Estados Unidos en los meses de abril y mayo de 2007 en sendos aviones Boeing 757 "container" a tal fin fletados y con destino en la sede social de la empresa en Tampa”).

24. Curiosamente, de forma muy hermética, la información financiera de Odyssey hace mención a estos procesos civiles y penales enfrentados por directivos de la empresa y por la propia Demandante.⁷

25. De igual forma, organismos internacionales como la UNESCO han expresado su preocupación por la afectación y destrucción al patrimonio cultural causado por empresas “cazatesoros”, incluida Odyssey. El daño causado por estas actividades se puede entender de la siguiente forma:

The treasure-hunting company [Odyssey] had publicly estimated that the economic value of the pillaged Mercedes cargo was around 500 million USD. Its press release featured a picture of the company’s CEO surrounded by more than five hundred white plastic boxes. Only one was open and completely filled with well-preserved silver coins, making the venture look attractive to investors. With the announcement of the discovery the company increased the value of its shares by more than 300 million USD, years later, when the cargo was returned to Spain, the actual contents of the boxes were analysed. They were only filled to a third of their capacity and most of the coins had not yet received the appropriate conservation treatment. Some of the coins had been damaged by heavy electrolysis treatment. The actual value of the cargo did not exceed 13 million USD, not including costs related to equipment, boats and staff expenses, as well as conservation treatments, the latter being left mainly unattended to by the salvors. The real value of the wreck could have only been “recovered” if its scientific value had been carefully researched.

[...]

Treasure hunters, moreover, intentionally over-estimate the value of cargoes to attract investment. Treasure hunting is popular with the public and with the media. Salvage ventures thus continue to draw massive sums of money from investors expecting a big return, although detailed research shows that returns are extraordinarily rare.⁸

26. Las actividades financieras y bursátiles de la Demandante tampoco son ajenas a controversias. En 2013, Meson Capital Partners publicó un informe minucioso sobre las actividades de Odyssey, cuyo contenido es impactante:

We believe the purpose of OMEX is to serve as a vehicle for OMEX insiders to live a life of glamour (sic) hunting the ocean while disappointed investors foot the bill.

[...]

We estimate literally 100% of OMEX’s 17 projects over 16 years were disappointments relative to initial public expectations. We find this consistency incredible. We believe

⁷ Informe Anual 2013 (Form K) de Odyssey, p. 12. **R-0004** (“Without concluding that the coins and artifacts recovered were owned by the Kingdom of Spain, the Court upheld the order to transfer all property to Spain based upon a finding that it was once carried aboard the Nuestra Señora de Las Mercedes, a Spanish naval vessel”).

⁸ “The impact of treasure-hunting on submerged archaeological sites”, UNESCO (2016), pp. 3 y 13. **R-0005**.

OMEX's executive's core competency resides solely in selling stock to investors based on wild promises that go unfulfilled.

[...]

The company has faced increasing UNESCO headwinds for the last several years [...]⁹

27. Con base en todo lo anterior, la Demandada considera indispensable detallar algunas fechas, la conformación de algunas subsidiarias de Odyssey y ciertas acciones realizadas por Odyssey encaminadas a obtener financiamientos para realizar primordialmente proyectos de exploraciones oceánicas.

1. Las subsidiarias de Odyssey

28. En 1997, Odyssey fue constituida bajo las leyes de Nevada, Estados Unidos, y desde sus inicios ha buscado obtener financiamientos a través de la emisión de capital y deuda.¹⁰ La Demandada supone que esta forma de financiamiento se debe a las dificultades de obtener créditos tradicionales por parte de instituciones bancarias debido a que la exploración de tesoros es una actividad llamativa pero no rentable.

29. La Demandante ha hecho mención a cuatro empresas subsidiarias relacionadas indirectamente con el proyecto Don Diego (Proyecto o Don Diego): *i*) Odyssey Marine Exploration Holdings (EUA); *ii*) Odyssey Marine Enterprise (Bahamas); *iii*) Oceanica Resources (Panamá) y *iv*) Exploraciones Oceánicas o ExO (México).¹¹ Al respecto, es importante abrir un paréntesis para explicar dos cuestiones. *Primero*, ExO es la empresa titular de las Concesiones. *Segundo*, la Demandante únicamente cuenta con un control indirecto sobre ExO, en específico, del 53.89% de ExO.

30. Al igual que Odyssey, ninguna de estas subsidiarias es considerada una empresa líder del sector minero. Ninguna de las subsidiarias ha participado en un proyecto de minería o de búsqueda de tesoros relativamente exitoso. Asimismo, y con base en la propia información bursátil de Odyssey, ninguna de esas empresas es económicamente solvente; simplemente son empresas

⁹ Reporte de Meson Capital, pp. 3, 12, 22. **R-006**.

¹⁰ Ver **C-0033**. Previa a la constitución de Odyssey, algunos fundadores de la Demandante crearon Seahawk Deep, empresa también dedicada a actividades de "caza-tesoros" y que de igual forma ha enfrentado procesos judiciales y escándalos mediáticos. Reporte de Meson Capital Partners, pp. 9-10. **R-0006**.

¹¹ Memorial de Demanda, ¶ 197 y fn. 71. Informe Anual 2019 (*Form K*) de Odyssey. **C-0190**, p. 137.

dedicadas a emitir capital y deuda para financiar a la Demandante como se detallará más adelante en este escrito.

2. AHMSA, el Sr. Ancira y los socios comerciales de Odyssey en el proyecto Don Diego

31. La Demandada entiende que Odyssey ha buscado poner en marcha diferentes proyectos de exploración marina (tesoros y minerales) alrededor del mundo, pero ninguno con aparente éxito.

32. Sin capital y sin el “*expertise*” necesario, la Demandante alega que buscó poner en marcha el Proyecto. Sin embargo, Odyssey no contaba con la capacidad de poner en marcha un proyecto de dragado de subsuelo marino y extracción de mineral de fosfato, razón por la cual buscó asociarse con diferentes empresas.

33. Una cuestión a considerar es que algunos prestadores de servicios de la Demandante se convirtieron en sus socios comerciales. La Demandada tiene conocimiento de que, al menos, tres prestadores de servicios legales y consultoría jurídica se convirtieron eventualmente en socios comerciales de la Demandante.¹² Esta situación no es normal.

34. Resulta extraño que Hamdan Manzanero y el Sr. Fernández de Ceballos, asesores legales de ExO, cuenten con un porcentaje accionario en Oceanica Resources, empresa controladora de Exploraciones Oceánicas.¹³ También resulta inusual que Subsea Minerales, empresa contratada por Odyssey para diseñar la ingeniería del Proyecto, cuente con una participación en el capital de Oceanica Resources.¹⁴ Una empresa líder mundial en minería marina no realizaría este tipo de esquemas corporativos. La Demandada infiere que estos esquemas permitieron que la Demandante pagara servicios de proveedores mediante capital accionario de algunas subsidiarias.

35. Adicional a ello, es importante hacer mención a dos socios de la Demandante: Altos Hornos de México, S.A.B. de C.V. (Altos Hornos o AHMSA) y el Sr. Alonso Ancira. A partir de 2014, la

¹² En específico, el despacho legal Hamdan Manzanero (asesor legal de ExO y accionista en Oceanica Resources), Subsea Minerals (asesor en diseño e ingeniería y accionista en Oceanica Resources) y el Sr. Diego Fernandez de Ceballos (asesor legal y corporativo de ExO y accionista minoritario de alguna subsidiaria de la Demandante). Ver Escritura pública de Oceanica Resources del 15 de mayo de 2020. **R-0007. C-0134**, p. 50. Declaración testimonial del Sr. Claudio Lozano, ¶ 69. **C-0057**, p. 8.

¹³ Reporte Meson Capital Partners, pp. 46-47. **R-0006. C-0134**, p. 257 (“*Its two principal partners are equity investors in the Don Diego project [...]*”).

¹⁴ Declaración testimonial del Sr. Craig Bryson, fn. 1 (“*I am informed that Robert Goodden subsequently acquired a 0.1% investment stake in the Don Diego Project beneficially held through Subsea Minerals Ltd*”).

Demandante inició negociaciones con Altos Hornos de México (AHMSA), una de las empresas más grandes de México enfocada en la producción de acero, con la finalidad de encontrar un nuevo socio comercial y financiamiento.¹⁵

36. A su vez, AHMSA tiene tres empresas subsidiarias, siendo una de ellas Minera del Norte, S.A. de C.V. (MINOSA), la cual está enfocada a la extracción de mineral de acero y carbón.¹⁶

37. Uno de los accionistas, y hasta hace un par de años el Presidente del Consejo de Administración de AHMSA, es el Sr. Alonso Ancira. El Sr. Ancira cuenta con un interés económico en el Proyecto y a partir de 2015 comenzó a actuar como el interlocutor de ExO ante la SEMARNAT. Como será detallado posteriormente, los préstamos otorgados a la Demandante por parte de MINOSA y Epsilon han sido la puerta de entrada de AHMSA y del Sr. Alonso Ancira al Proyecto y a Odyssey.

38. Como parte de las obligaciones adoptadas por Odyssey frente a MINOSA, AHMSA participa en las actividades corporativas de la Demandante. Como ejemplo, AHMSA cuenta con un Consejo de Administración conformado por diversos miembros, siendo uno de ellos el Sr. Juan R. Elvira, anterior Secretario de SEMARNAT.¹⁷ Adicional al Sr. Elvira, los Sres. John C. Abbott y James Pignatelli, directivos y miembros del Consejo de Administración de AHMSA, son a su vez miembros del *Board* de la Demandante.¹⁸

¹⁵ Informe Anual 2017 de AHMSA, p. 22. **R-0008.**

¹⁶ Informe Anual 2017 de AHMSA, p. 22. **R-0008.**

¹⁷ El Sr. Juan R. Elvira Quezada fue el titular de la SEMARNAT de 2006 y 2012, periodo en el cual el Sr. Mauricio Limón, asesor jurídico de ExO, fue Subsecretario de Gestión para la Protección Ambiental de la SEMARNAT. Memorial de Demanda, ¶ 92. Informe Anual 2017 de AHMSA, p. 22. **R-0008. C-0098**, p. 3.

¹⁸ *Schedule* 14 de Odyssey, 2016, pp.12-13. **C-0190**, p. 76. Informe Anual 2017 de AHMSA, p. 92. **R-0008.**

39. AHMSA y el Sr. Ancira no están alejados de escándalos políticos y legales, como la venta de Agro Nitrogenados a la empresa Pemex.¹⁹ La empresa no ha vuelto a cotizar en la Bolsa Mexicana de Valores y en la NYSE debido a suspensiones de pagos en favor de acreedores.²⁰

40. De igual forma, se ha reportado que el Sr. Ancira es investigado por la FGR por los posibles delitos de corrupción y operaciones con recursos de procedencia ilícita (*i.e.*, lavado de dinero).²¹ En 2019, el Sr. Ancira fue arrestado en España y actualmente se encuentra en prisión preventiva en la Ciudad de México tras haber sido extraditado.²² En fechas recientes, AHMSA dio a conocer que busca pagar US\$200 millones al Estado mexicano para resarcir el daño patrimonial causado, así como la salida del Sr. Ancira de AHMSA.²³

41. Dando un paso atrás, en 2015 y 2016, la Demandante celebraba la incorporación de MINOSA y el Sr. Ancira como socios comerciales de Odyssey y su participación en Don Diego. En palabras de los Sres. Gordon y Stemm:

We are looking forward to working with the MINOSA team as we build the growth potential of Odyssey. During the time that we have been working on this transaction, we have come to gain great respect for the depth of expertise and resources available through their team.

[...]

The Odyssey management team has been working closely with the MINOSA team throughout the past year," said Mark Gordon, Odyssey's chief executive officer. "Although the initial closing of the SPA has taken longer than originally contemplated due to the extended environmental approval process for the Oceanica project, the continued assistance provided by MINOSA and this recent agreement with Epsilon reinforces our

¹⁹ Informe Anual 2017 de AHMSA, p. 22. **R-0008**. El 26 de enero de 2017, la Auditoría Superior de la Federación (ASF) emitió un dictamen sobre una auditoría sobre la compra de Agro Nitrogenados. Parte de sus conclusiones fueron la siguiente: "La adquisición de la planta de fertilizantes se realizó sin efectuar evaluaciones sobre la condición de los bienes, toda vez que, según PEMEX, "...el vendedor se opuso, ya que de hacerlo se perdería la garantía de los mismos...". Al respecto, se destaca que la planta tenía 14 años sin operar y en las prácticas de negocios no se conoce que se otorguen garantías a bienes con considerable antigüedad y que no están en funcionamiento [...] En conclusión, la adquisición de la planta de fertilizantes no se realizó con las mejores condiciones de precio y calidad"). Dictamen del 26 de enero de 2017 de la ASF, p. 28. **R-0009**.

²⁰ Informe Anual 2017 de AHMSA, pp. 80-81. **R-0008**.

²¹ Declaración testimonial del Sr Mark Gordon, fn 2.

²² El Universal, Dan prisión preventiva al empresario Alonso Ancira por caso Agro Nitrogenados, 4 de febrero de 2021. **R-0010**. El Financiero, Alonso Ancira arriba a México tras ser extraditado desde España, 3 de febrero de 2021. **R-0011**.

²³ Ver también Conferencia de prensa matutina, desde Palacio Nacional. Viernes 11 de diciembre 2020. Presidente AMLO, minutos 45 al 50. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=jp0nUkUhR_w

belief that MINOSA is the right partner for Odyssey's offshore mineral exploration business.

[...]

We continue to be pleased with the level of support we are receiving from MINOSA and view the recent notification from Epsilon Acquisitions of their intent to convert \$3 million of debt owed by Odyssey into Odyssey equity very positively." Epsilon is an investment vehicle controlled by Mr. Alonso Ancira, who is the chairman of MINOSA's parent company, AHMSA.

[...]

The recent transaction with Epsilon Acquisitions LLC, an affiliate of MINOSA, to convert \$3 million in Odyssey debt to Epsilon into Odyssey common stock at \$5.00 per share, made them one of the largest Odyssey stockholders and further aligns the interests of Odyssey and MINOSA. We continue to be pleased with the level of support we are receiving from MINOSA.²⁴

42. La relación entre AHMSA y la Demandante es tan cercana [REDACTED], participó en la evaluación de Don Diego.²⁵ [REDACTED], multicitado en el Memorial de Demanda, señala el entusiasmo que existía por la participación de AHMSA en las operaciones del Proyecto:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].²⁶

43. La Demandada entiende que Odyssey aspiraba a comercializar roca de fosfato en México gracias a la "asociación estratégica" desarrollada en cooperación con AHMSA.²⁷ Sin duda, esta

²⁴ Comunicado de prensa del 13 de marzo de 2015 de Odyssey. **R-0012**. Comunicado de prensa del 22 de marzo de 2016 de Odyssey. **R-0013**. Comunicado de prensa del 10 de marzo de 2017 de Odyssey. **R-0014**. Comunicado de Odyssey sobre resultados del primer cuatrimestre 2017, 11 de mayo de 2017. **R-0015**.

²⁵ Declaración testimonial del Sr. Craig Bryson, ¶ 185 ("One of AHMSA's investors, [REDACTED], asked for an updated business plan that incorporated this new configuration and lined up production targets and pricing assumptions with commercial market opportunities").

²⁶ [REDACTED]. **C-0134**.

²⁷ [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] Declaración testimonial del Sr. John Longley, ¶21. Declaración testimonial del Sr. Mark Gordon, ¶66.

aspiración o expectativa fue generada por AHMSA, el Sr. Ancira y los propios directivos de Odyssey. Posiblemente esta es la razón por la cual, a partir de 2015, el Sr. Ancira empezó a ser el interlocutor principal de ExO ante la SEMARNAT.²⁸

3. Financiamiento adquirido para el proyecto Don Diego

44. Odyssey es una empresa que subsiste gracias a apalancamientos financieros respaldados en emisiones de capital. Esta situación ha generado que diversas empresas adquieran “equity” en algunas subsidiarias de Odyssey, *e.g.*, en Oceanica Resources.

45. En 2019, la Demandante contaba con más de US\$34 millones de deuda frente a diferentes acreedores, algunos de los cuales obtuvieron una participación accionaria en subsidiarias de Odyssey.²⁹ Adicional a esto, la Demandante ha contado con varios años de pérdidas netas y ha confirmado que lo seguirá realizando.³⁰ En 2015, Odyssey reportó que la deuda acumulada podía traducirse en la ejecución y remate de los bienes de la empresa:

We have pledged certain assets, such as equipment and shares of subsidiaries as collateral under our loan agreements. Some suppliers have the ability to seize some of our assets if we do not make timely payments for the services, supplies, or equipment that they have provided to us. If we were unable to make payments on these obligations, the lender or supplier may seize the asset or force the sale of the asset.³¹

46. Además, desde 2016 la Demandante ha reportado que algunos bienes y utilidades de la empresa han sido cedidos o dados en prenda a sus acreedores prestamistas:

Our consolidated non-restricted cash balance at December 31, 2015 was \$2.2 million which is insufficient to support operations through the end of 2016. We have a working capital deficit at December 31, 2015 of \$21.1 million. Our largest loan of \$14.75 million from MINOSA has a maturity date of March 18, 2017. **We sold a substantial part of our assets to Monaco and its affiliates on December 10, 2015 and we have pledged the majority of our remaining assets to MINOSA, and its affiliates, and to Monaco, leaving us with few opportunities to raise additional funds from our balance sheet [...]**³²

²⁸ Declaración testimonial del Sr. Claudio Lozano, ¶¶ 40-43, 53, 65-67, 74-75. Declaración testimonial del Sr. Mark Gordon, ¶¶ 70, 73, 79, 83.

²⁹ Informe Anual 2019 (*Form K*) de Odyssey, p. 50. **C-0190**.

³⁰ Informe Anual 2019 (*Form K*) de Odyssey (“We have experienced several years of net losses and may continue to do so [...]”), p. 72. **C-0190**.

³¹ Informe Anual 2015 (*Form K*) de Odyssey, p. 13. **R-0016**.

³² Ver Informe Anual 2015 (*Form K*) de Odyssey, p. 24, **R-0016** [énfasis añadido]. Ver también Informe Anual 2016 (*Form K*) de Odyssey, p. 27, **R-0017** e Informe Anual 2015 (*Form K*) de Odyssey, p. 28. **C-0190**.

47. La Demandada explicará de forma general algunos financiamientos de la Demandante dada su relevancia, siendo esta parte de la razón por la cual la Demandante únicamente cuenta con el 53.89% del capital de Oceanica Resources, empresa controladora de ExO.³³

a. El financiamiento de Mako Resources

48. El 23 de febrero 2013, la Demandante, a través de Odyssey Marine Enterprises, vendió acciones (conocidas en Panamá como “cuotas”) de Oceanica Resources a Mako Resources. Con ello, Odyssey obtuvo un préstamo de US\$27.5 millones y vendió el 31% de Oceanica Resources, lo cual quedó materializado en un Contrato de Opción de Compra (*Unit Option Agreement*).³⁴

49. La Demandada entiende que en marzo de 2015, la Demandante buscó liquidar sus adeudos mediante la emisión de 4 millones de cuotas de Oceanica Resources otorgadas en favor de Mako Resources.³⁵

50. La Demandante no solo ha emitido capital de subsidiarias con la finalidad de pagar los servicios de ciertos proveedores (*e.g.*, Hamdan Manzanero y Subsea Minerals), sino también que ésta práctica ha sido utilizada para saldar préstamos.

b. El financiamiento de Monaco Financial LLC

51. En agosto de 2014, la Demandante celebró un contrato de préstamo con Monaco Financial, LLC (Monaco), “socio de marketing” de Odyssey y comerciante de monedas (“*coin dealer*”).³⁶ El préstamo ha sido reestructurado en varias ocasiones. Conforme a los términos pactados, Monaco contaba –o cuenta– con la posibilidad de convertir todo o parte del balance del préstamo en cuotas de Oceanica Resources bajo el control de Odyssey, hasta por un monto de acciones con valor de US\$10 millones.³⁷

³³ La Demandada se reserva el derecho de solicitar documentos al respecto en el momento procesal oportuno.

³⁴ Informe Anual 2013 (*Form K*) de Odyssey, pp. 11, 23, 72. **R-0004**. Reporte Meson Capital, p. 40. **R-0006**.

³⁵ Informe Anual 2015 (*Form K*) de Odyssey, pp. 317 y 335. **R-0016**. (“*In three equity transactions in 2013 and in exchange for \$27.5 million, Odyssey sold 31% of its equity stake in Oceanica to Mako Resources, LLC, an independent financial investor group.*”)

³⁶ Informe Anual 2019 (*Form K*) de Odyssey, p. 6. **C-0190**. Informe Anual 2014 (*Form K*) de Odyssey, p. 22. **R-0018**.

³⁷ Informe Anual 2019 (*Form K*) de Odyssey. **C-0190**, p. 6. (“*In August 2014, we entered into a loan agreement with Monaco Financial, LLC, a marketing partner. Under terms of that agreement, Monaco may convert all or part of the loan balance into Oceanica shares held by us to purchase Oceanica shares from us at a pre-defined price (See NOTE H). This loan was amended in December 2015 and again in March 2016, extending the maturity date of the*”)

52. Adicional a ello, en 2018 Odyssey vendió a Monaco bienes con costos de aproximadamente US\$4.6 millones. Entre los bienes vendidos a Monaco se encuentran la base de datos de buques hundidos y una biblioteca de investigación.³⁸

c. El financiamiento de AHMSA MINOSA

53. En 2015, las finanzas de Odyssey eran malas y la empresa decidió reducir sus gastos y buscar nuevas formas de financiamiento. Para ello, la Demandante inicio negociaciones con MINOSA.³⁹

54. Inicialmente, MINOSA no aceptó las propuestas de Odyssey debido a su estado financiero.⁴⁰ Después de meses de negociaciones, el 11 de marzo de 2015, MINOSA, Penelope Mining LLC (subsidiaria de MINOSA) y Odyssey celebraron un Contrato de Compra de Acciones, respaldado a su vez con la prenda sobre cuotas de Oceanica Resources. Mediante este contrato, MINOSA otorgó un préstamo de US\$ 14.75 millones a Odyssey.⁴¹ El préstamo de MINOSA ha sido modificado en varias ocasiones, lo cual es relevante debido a que demuestra la incapacidad de la Demandante de obtener financiamientos por vías más convencionales o tradicionales.⁴²

55. En efecto, resulta inusual que una de las obligaciones adoptadas por la Demandante frente a MINOSA es el derecho de opción de compra que tiene MINOSA para adquirir el 54% de Oceanica Resources por US\$40 millones.⁴³ Además, el Contrato de Compra, la prenda de cuotas y la participación de MINOSA en las actividades de la Demandante están sujetas a diferentes

loan to April 1, 2018 and allowing Monaco to retain the call option on the \$10.0 million worth of Oceanica shares held by Odyssey until April 1, 2018”).

³⁸ Informe Anual 2015 (*Form K*) de Odyssey, pp. 5, 48, 50. **R-0016.**

³⁹ Informe Anual 2015 (*Form K*) de Odyssey, p. 51. **R-0016.**

⁴⁰ Informe Anual 2015 (*Form K*) de Odyssey, p. 55. (“[...] *considering MINOSA’s view of the Company’s financial condition, MINOSA would no longer be willing to proceed with the transaction as then contemplated, but MINOSA would be willing to provide debtor-in-possession financing for the purposes of keeping the Company’s estate running and developing the Oceanica business, but not the Company’s other activities [...]*”). **R-0016**

⁴¹ Informe Anual 2019 (*Form K*) de Odyssey, pp. 6, 20. **C-0190.**

⁴² Informe Anual 2015 (*Form K*) de Odyssey, p. 57. **R-0016.**

⁴³ Informe Anual 2019 (*Form K*) de Odyssey, p. 50. **C-0190.**

condiciones a cargo de Odyssey al parecer notablemente favorables para MINOSA.⁴⁴ Como se puede apreciar, existe una íntima relación comercial entre AHMSA-MINOSA y la Demandante.

d. El financiamiento de Epsilon Acquisitions LLC

56. El 18 de marzo de 2016, Odyssey y Epsilon Acquisitions LLC (Epsilon) celebraron un Contrato de Compra (“*Purchase Agreement*”) mediante el cual la Demandante ha obtenido un préstamo superior a los US\$6 millones.⁴⁵ Los préstamos de Epsilon también quedaron respaldados con prendas sobre cuotas de Oceanica Resources.⁴⁶ La siguiente declaración del Sr. Gordon, CEO de Odyssey, resulta relevante:

We are continuing to work closely with Minera del Norte S.A. de c.v. (MINOSA) with whom we have an investment agreement for the potential purchase of new equity securities that would represent a majority of the equity in our company. In addition, Epsilon Acquisitions LLC, which is an affiliate of MINOSA, recently converted \$3 million in indebtedness we owed to Epsilon into Odyssey common stock at \$5.00 per share, making them one of the largest Odyssey stockholders and further aligning the interests of Odyssey and MINOSA.⁴⁷

57. Epsilon es un vehículo de inversión del Sr. Alonso Ancira, situación que también demuestra el cercano vínculo de Odyssey con AHMSA y el Sr. Ancira.

e. El financiamiento de Poplar Drumcliffe

58. Como fue informado por la Demandante, el 14 de junio de 2019, la Demandante, ExO y Poplar Falls LLC (Poplar Falls) celebraron un Acuerdo de Ejecución de Reclamaciones Internacionales (“*International Claims Enforcement Agreement*” o Acuerdo de Reclamaciones).⁴⁸ Poplar Falls es una subsidiaria de Drumcliffe, la cual a su vez es una firma dedicada a financiar litigios y controversias.

⁴⁴ (“*The equity financing is subject to the satisfaction of certain conditions, including the approval of our stockholders which occurred on June 9, 2015, and MINOSA and Penelope are currently under no obligation to make the preferred share equity investments*”), p. 28. **C-0190**

⁴⁵ Informe Anual 2019 (*Form K*) de Odyssey, pp. 53 y 55. **C-0190**.

⁴⁶ Informe Anual 2016 (*Form K*) de Odyssey, p. 18. **R-0017**.

⁴⁷ Schedule 14A 2017 Odyssey, p. 4. **R-0019**.

⁴⁸ Informe Anual 2019 (*Form K*) de Odyssey, p. 59. **C-0190**. Comunicación del 4 de diciembre de 2020 de la Demandada. **R-0020**.

59. En esencia, mediante el Acuerdo de Reclamaciones, Odyssey obtuvo un financiamiento para iniciar este arbitraje de inversión. Al 31 de diciembre de 2019, el financiamiento recibido por la Demandante ascendió a US\$3 millones y el monto límite pactado fue de US\$6.5 millones.⁴⁹

60. El 31 de enero de 2020, Odyssey y Poplar celebraron un convenio modificatorio al Acuerdo de Reclamaciones. Con ello, la Demandante recibió un financiamiento adicional de US\$2.2 millones. La Demandada entiende que algunas de las obligaciones adoptadas por Odyssey frente a Poplar son las siguientes:

A warrant was issued to purchase our common stock which is exercisable for a period of five years beginning on the earlier of (a) the date on which the Claimholder ceases the Subject Claim for any reason other than a full and final arbitral award against the Claimholder or a full and final monetary settlement of the claims or (b) the date on which Proceeds are received and deposited into escrow. The exercise price per share is \$3.99, and the Funder can exercise the warrant to purchase the number of share of our common stock equal to the dollar amount of Arbitration Support Funds provided to us pursuant to the Restated Agreement divided by the exercise price per share (subject to customary adjustments and limitations) [...] ⁵⁰ [Énfasis añadido]

61. Con base en lo anterior, Poplar tiene la posibilidad de adquirir acciones de Odyssey (o de alguna subsidiaria, como por ejemplo Oceanica Resources) en caso de que la Demandante incumpla el Acuerdo de Reclamaciones.

62. Adicionalmente, el 21 de diciembre de 2020, la Demandante dio a conocer que recibió un financiamiento adicional de US\$10 millones por parte de Poplar.⁵¹ La Demandada se reserva el derecho de solicitar la exhibición de documentos relacionados con este financiamiento en el momento procesal oportuno.

63. Toda esta serie de financiamientos, así como la estrecha relación con AMHSA y el Sr. Ancira, ponen de manifiesto la falta de solidez y viabilidad financiera y económica de Odyssey, como empresa inversionista.

B. La industria minera para la extracción de mineral de fosfato

64. La extracción de fosfato del lecho marino es una actividad controversial. Un hecho que la Demandante no puede disputar es que que esta actividad tiene un impacto real al medio ambiente y el suelo marino. La disputa surge por el grado de impacto al medio ambiente que un determinado

⁴⁹ Informe Anual 2019 (*Form K*) de Odyssey, pp. 59. **C-0190**.

⁵⁰ Informe Anual 2019 (*Form K*) de Odyssey, p. 61. [énfasis añadido]. **C-0190**.

⁵¹ Comunicado de Odyssey del 21 de diciembre de 2020. **R-0021**.

Estado pudiera aceptar, al evaluar un proyecto. También es natural que los solicitantes o empresas que buscan una autorización ambiental, minimicen el impacto, presenten argumentos para justificarlo a través de la adopción de medidas paleativas. Pero corresponde al Estado analizar cada proyecto, conforme a sus propias características y circunstancias particulares, y determinar el grado de impacto ambiental que pudiera ser legalmente aceptable. En esa evaluación la autoridad ambiental esta obligada a observar de manera estricta la legislación nacional de protección al medio ambiente y los recursos naturales, tal como aconteció en el presente caso.

65. México no es el único Estado que ha actuado de forma mesurada al momento de autorizar proyectos de dragado de subsuelo marino con la finalidad de extraer fosfato. Países como Nueva Zelanda y Namibia han optado por no autorizar estos proyectos o en su caso han decidido suspenderlos.⁵² Dragar una zona específica de subsuelo marino por 24 horas, siete días a la semana y por 50 años sin duda tiene un impacto significativo al medio ambiente. Inclusive, algunos de los proyectos más avanzados en la materia (conocidos como Chatam Ridge y Sandpiper) no han podido obtener los permisos ambientales necesarios para entrar en operación.⁵³

66. Como lo hemos señalado, la Demandada no espera que este arbitraje sea un procedimiento de revisión técnica o judicial sobre lo que las autoridades y tribunales mexicanos han resuelto. La Demandada tampoco considera que en un arbitraje inversionista-Estado sea el espacio propicio para discusiones científicas en aspectos tan controversiales como es el impacto al medio ambiente, las implicaciones para especies marinas y su habitat, la afectación al eco-sistema marino, producto de actividades de minería marina. Sin embargo, la Demandada realizará ciertas precisiones para responder a determinados aspectos manifestados por la Demandante en el Memorial de Demanda.

67. La fuente principal de fosfato es el sedimento de roca fosfática y, en términos generales, es un recurso natural no renovable que contiene uno o más minerales fosfáticos y constituye la materia prima para la producción de concentrado de fosfato, utilizado a su vez para la producción de fertilizantes y suplementos alimenticios para animales.⁵⁴

⁵² Ver Informe pericial de WGM, ¶ 22.

⁵³ Informe pericial de WGM, ¶ 22.

⁵⁴ Informe pericial de WGM, ¶ 16. C-0055, p. 7. Memorial de Demanda, ¶ 26.

68. Como señala WGM, experto en industria minera de la Demandada, una de las fuentes de fosfato son los yacimientos o depósitos costa afuera (“*offshore*”) que existen alrededor del mundo, incluidos algunos en México. Sin embargo, ninguno de estos yacimientos cuenta con una producción comercial debido al impacto ambiental que pueden producir las actividades de extracción y por los altos costos que implica implementar proyectos de esta naturaleza.⁵⁵

69. Junto con Brasil, México es, efectivamente, uno de los países latinoamericanos que más fosfato importa.⁵⁶

70. En términos generales, el único productor relevante de fosfato en México es Fertinal, empresa que fue adquirida en años recientes por Pemex.⁵⁷ Fertinal no realiza actividades de minería marina, pero a través de subsidiarias –incluida una conocida como Rofomex– realiza actividades de exploración y explotación de mineral de fosforita en Baja California Sur.⁵⁸

71. Don Diego no ha sido el único proyecto en México que ha buscado extraer roca fosfática del subsuelo marino de México. En 2010 y 2012, Fosforitas del Pacífico y Phosmex, respectivamente, obtuvieron concesiones para la exploración y explotación de mineral de fosfato, justamente también en el Golfo de Ulloa.⁵⁹ Ninguno de estos proyectos se ha puesto en marcha. Es relevante el hecho de que la Demandante omite hacer referencia a estos proyectos.

C. El proyecto Don Diego

72. La Demandante no considera que un arbitraje de inversión sea la vía para reevaluar o reconsiderar aspectos técnicos sometidos a consideración de autoridades nacionales, menos al tratarse de la protección al medio ambiente y a los recursos naturales de un Estado soberano. Como será explicado más adelante en este Memorial de Contestación, la Demandada considera esencial que el Tribunal otorgue deferencia a las decisiones emitidas por la DGIRA. No obstante lo anterior, la Demandada considera necesario hacer cuatro precisiones con relación al proyecto Don Diego que dejarán claras las razones por las cuales el proyecto no era viable para una empresa sin

⁵⁵ Informe pericial de WGM, ¶ 21.

⁵⁶ Informe pericial de WGM, ¶¶ 36-37. **C-0055**, p. 4.

⁵⁷ Memorial de Demanda, ¶ 34.

⁵⁸ *Ver C-0008*, p. 210.

⁵⁹ Opinión técnica del Consejo Consultivo-SEMARNAT del 4 de noviembre de 2014, p. 6. **R-0022**.

experiencia, ni tampoco era viable legalmente desde el punto de protección al medio ambiente y a la preservación de recursos naturales agotables.

73. *Primero*, es imposible afirmar que la tecnología a implementar por la Demandante (*e.g.*, el “eco-tubo” o la “draga de succión con tolva de salida” conocida como “*Trailing Suction Hopper Dredger*”), no afectaría el medio ambiente y a las especies del área concesionada. El Proyecto buscó implementar nuevos conceptos de producción que tecnológicamente no han sido probados, comparativamente, en proyectos de extracción de fosfato convencionales.⁶⁰ La propia documentación presentada por ExO en el Procedimiento EIA de la MIA 2014 demuestra que gran parte del Proyecto estaba basado únicamente en estudios bibliográficos y no contaba con información precisa o certera sobre el plan de dragado.⁶¹

74. *Segundo*, Odyssey es una empresa cuya existencia dependía principalmente de financiamientos, no contaba con la infraestructura, ni *expertise* y, por el contrario, carecía de recursos necesarios para poner en marcha un proyecto como Don Diego. A pesar de que la Demandante no lo menciona de forma literal, Odyssey planeaba subcontratar una amplia gama de servicios para aparentemente poner en marcha el Proyecto. Ejemplo de ello son los servicios que Odyssey buscó asegurar para el fletamento de la embarcación Discovery encargada de realizar exploraciones y estudios sonares en el Golfo de Ulloa (propiedad de Hays Ships Ltd), la realización de exploraciones oceánicas (a cargo de Neptune Minerals, Inc.) y las actividades de dragado de subsuelo marino (a cargo de Bosaklis).⁶² Ninguna de estas actividades sería realizada por Odyssey, lo que significa que sólo se dedicaría a administrar el proyecto Don Diego.

75. El riesgo de producir un daño al ambiente evidentemente es mayor cuando la operación de un proyecto industrial está a cargo de una empresa sin experiencia y sin los recursos económicos necesarios para resarcir el daño.

⁶⁰ Informe pericial de WGM, ¶ 85.

⁶¹ Información adicional en alcance de ExO presentada el 26 de mayo de 2015 ante DGIRA, pp. 16 y 31. **R-0023.**

⁶² Además, resulta extraño que Odyssey buscó pagar los servicios de subcontratistas mediante acciones o participaciones en el capital de subsidiarias de la Demandante. *Ver* Declaración testimonial del Sr. Mark Gordon, ¶¶ 20-25. *Ver* también **C-0134**, p. 117.

76. *Tercero*, sin perjuicio del impacto al medio ambiente que Don Diego hubiera provocado, es totalmente especulativo afirmar que el depósito de fosfato que existe en el área concesionada de ExO “es uno de los más grandes del mundo”.⁶³ No existe certeza de que Odyssey encontraría la cantidad de mineral de fosfato que tenía proyectado. No pasa desapercibido el hecho de que el descubrimiento del depósito de fosfato del Proyecto es bibliográfico, y en específico la fuente es una disertación de los años 60’s llamada “D’Anglejan-Chatillon”.⁶⁴

77. *Cuarto*, tampoco existe certeza de que Odyssey hubiera podido comercializar el mineral de fosfato en mercados mexicanos e internacionales como afirma.⁶⁵

78. Con relación a la tercera precisión, el Tribunal debe tener en consideración que un proyecto minero debe cumplir con una serie de etapas para ser implementado. Con base en el análisis realizado por WGM, estas etapas se pueden clasificar de la siguiente manera: *i*) exploración temprana (“*early exploration*”); *ii*) exploración avanzada (“*advanced exploration*”); *iii*) análisis económico preliminar (“*scoping studies o preliminary economic assessment*”); *iv*) análisis preliminar de viabilidad (“*preliminary feasibility study*”); *v*) análisis de viabilidad (“*feasibility study*”); *vi*) financiamiento, construcción y operación o “EPC” y *vii*) cierre.⁶⁶

79. WGM ha concluido que el Proyecto Don Diego era un “poco más que un proyecto de exploración inicial”,⁶⁷ *i.e.*, ni siquiera llegó a una etapa de exploración avanzada. WGM también ha concluido que ██████████ no puede ser considerado un análisis preliminar económico.⁶⁸

La siguiente consideración de WGM tiene especial relevancia:

As shown, the development of a mining project involves a series of steps and there is no certainty that it will successfully progress through each stage. To put this into context, fewer than 1 in 10,000 early exploration projects become an operational mine.⁶⁹ Relatively few exploration projects make it to the feasibility study stage, and many feasibility study stage projects do not become operational mines. For many phosphate projects, the reason is primarily due to characteristics of the ore, competition for financing, competition with other projects and changes in market conditions. If the company decides not to or is unable to proceed, for whatever reason, the entire feasibility, permitting, and financing phases may

⁶³ Memorial de Demanda, ¶ 57.

⁶⁴ Memorial de Demanda, ¶ 23. Declaración testimonial del Sr. Oppermann, ¶ 15.

⁶⁵ Informe pericial de WGM, ¶¶ 95-96.

⁶⁶ Informe pericial de WGM, ¶ 40.

⁶⁷ Informe pericial de WGM, ¶ 114.

⁶⁸ Informe pericial de WGM, ¶ 40.

⁶⁹ Mining Information Kit for Aboriginal Communities, Mineral Exploration, Natural Resources Canada, p. 10 of PDF. **WGM-14**

need to start over or be updated, and this can occur many times. Advancing an initial discovery to the point of a defined mineral resource can be a very long process. Advancing a project from the mineral resource definition stage through to actual production typically averages 7-11 years. Because of market complexities, phosphate deposits are subject to other factors which may further impede their development.

[...]

In WGM's opinion, the Don Diego Project as of the Valuation Date was at the Exploration Stage. Exploration Stage projects have insufficient data with respect to mineral resources, market and techno-economic factors to enable application of discounted cash flow analysis (DCF) techniques for project valuation.⁷⁰

80. Nuevamente, la Demandante afirma haber descubierto “el depósito sedimentario de arenas fosfáticas más importante del mundo frente a las costas de Baja California Sur en el Golfo de Ulloa” y que anualmente 7 millones de toneladas de arena fosfática serían extraídas del Golfo de Ulloa.⁷¹ La Demandada cuestiona seriamente estas dos afirmaciones debido a que son totalmente especulativas.

81. Sobre la cuarta precisión –y suponiendo hipotéticamente que el Proyecto llegara a producir las cantidades de mineral de fosfato estimadas–, no existe evidencia de que los potenciales clientes de la Demandante adquirieran el mineral de fosfato a los precios estimados. En palabras de WGM:

No evidence is presented in the CRU report to justify the assumption that Fertinal would be such a substantial customer aside from the comment that Fertinal had high production costs at its San Juan mine and a lower priced third-party sourced material could be financially attractive.

Such an assumption, unsubstantiated by any evidence of discussions between Odyssey and Fertinal indicating potential interest in such an arrangement is pure speculation, and cannot be used to support the market projection [...]⁷²

82. En efecto, no existe indicio alguno que demuestre que empresas como Fertinal, Agrium u otra empresa compraría el mineral de fosfato bajo las proyecciones de la Demandante.⁷³ Como ejemplo, por un lado la Demandante califica a Fertinal como una empresa “errática y poco

⁷⁰ Informe pericial de WGM, ¶¶ 39 y 56.

⁷¹ **C-0002**, p. 24. Memorial de Demanda, ¶¶ 2, 57, 385, 402. **C-0134**, pp. 14-20. Resumen ejecutivo de MIA 2014, p. 3. **R-0024**.

⁷² Informe pericial de WGM, ¶¶ 95-96.

⁷³ Ver **C-0134**, p. 14. Declaración testimonial del Sr. Bryson, ¶¶ 148 y 153. Declaración testimonial del Sr. Longley, ¶¶ 13 y 21. Declaración testimonial del Sr. Mark Gordon, ¶¶ 60-64.

confiable”.⁷⁴ Por otro lado, [REDACTED] con la ayuda de AHMSA, la producción de Don Diego estaba diseñada para proveer mineral de fosfato a un “mercado cautivo” conformado, *inter alia*, por Fertinal.⁷⁵ La Demandada no encuentra lógica entre las aspiraciones comerciales de Odyssey y sus reclamaciones en este arbitraje.

83. Nuevamente, la respuesta a ello es sencilla: Don Diego no llegó siquiera a la etapa de exploración avanzada. Lo único que existen son aspiraciones creadas por los propios ejecutivos de Odyssey y/o de sus socios comerciales.

D. El Golfo de Ulloa

84. La Demandante buscó poner en marcha el Proyecto en la ZEE de México, dentro del Golfo de Ulloa, ubicado en la costa occidental de Baja California Sur, México. La Demandante omitió varios aspectos relevantes con relación al lugar donde buscó realizar el Proyecto, los cuales la Demandada tiene la necesidad de explicar.

85. El Golfo de Ulloa es un lugar de extrema importancia para México y el mundo. No es un área natural protegida *per se*, sin embargo, se encuentra rodeado de dos áreas naturales protegidas llamadas “Las Islas del Pacífico” y “El Vizcaíno”.⁷⁶ Adicional a esto, la “Bahía Magdalena” se encuentra en la misma zona, siendo ésta un importante zona de alimentación para cuatro especies de tortugas marinas en peligro de extinción y una zona de reproducción para la ballena gris.⁷⁷

86. La regulación en materia de impacto ambiental establece la figura de “sistema ambiental”, siendo éste un espacio finito definido con base en las interacciones entre los medios abiótico, biótico y socio-económico de la región donde se pretende establecer un proyecto, generalmente formado por un conjunto de ecosistemas y dentro del cual se aplicará un análisis de los problemas, restricciones y potencialidades ambientales y de aprovechamiento.⁷⁸ El Sistema Ambiental

⁷⁴ Memorial de Demanda, ¶ 34.

⁷⁵ [REDACTED]. C-0134.

⁷⁶ Decreto por el que se declara la Reserva de la biosfera "El Vizcaíno", ubicada en el Municipio de Mulegé, Baja California Sur, publicado el 5 de diciembre de 1988 en el DOF. **R0025**. Decreto por el que se declara Área Natural Protegida, con el carácter de reserva de la biosfera, la región conocida como Islas del Pacífico de la Península de Baja California, publicado el 7 de diciembre de 2016 en el DOF. **R-0026**.

⁷⁷ **C-0009**, p. 74. MIA 2014, Capítulo IV, pp. 28. **R-0027**.

⁷⁸ *Ver* Guía MIA Regional, DGIRA, p. 52. **R-0028**. Como observación, la Demandante ofreció como prueba una guía preparada por la DGIRA para la presentación de manifestaciones de impacto ambiental en modalidad particular (**C-0014**), la cual no era aplicable a Don Diego. *Ver* Memorial de Demanda, fn. 181.

Regional (SAR) de Don Diego se encontraba alejado de las Islas del Pacífico, de Bahía Magdalena, y existió una discusión sobre un posible “traslape” entre el área del Proyecto y una porción del “El Vizcaíno”.⁷⁹

87. El Vizcaíno está conformado por lagunas, entre ellas “Ojo de Liebre” y “San Ignacio”. El Vizcaíno no solamente es el área natural protegida más grande México, el Biólogo Benito Bermúdez, funcionario de la CONANP, testigo de la Demandada, y persona con más de 25 años de experiencia en la elaboración e implementación de programas de conservación de áreas naturales protegidas y de protección a especies en riesgo, explica que El Vizcaíno también cuenta con la calidad de “reserva de la biosfera”, y desde 1993 se encuentra inscrito como Patrimonio de la Humanidad ante el Centro del Patrimonio Mundial de la UNESCO.⁸⁰ Además, la CONABIO ha clasificado a El Vizcaíno, a San Ignacio y a Bahía Magdalena como regiones marinas prioritarias.⁸¹ Como se puede observar, son incontables las razones por las cuales el Golfo de Ulloa es un lugar único en el mundo y al menos tres aspectos lo demuestran.

88. *Primero*, el Golfo de Ulloa forma parte de la ruta de ballenas grises y azules, y las lagunas que conforman El Vizcaíno son reconocidas como el lugar más importante del mundo para la reproducción de la ballena gris; inclusive esta zona es considerada como un “santuario ballenero”.⁸² Se estima que el 90% de las ballenas grises del mundo nace en México, razón por la

⁷⁹ Ver **C-0009**, pp. 70-75. MIA 2014, Capítulo IV, pp. 17, 26. **R-0027**. Opinión técnica de CONANP del 25 de noviembre de 2015. **C-0006**, p. 8.

⁸⁰ Una reserva de la biosfera es un tipo de área natural protegida representativa de uno o más ecosistemas no alterados por la acción del ser humano o que requieren ser preservados o restaurados, y en los cuales habitan especies representativas de la biodiversidad nacional, incluidas especies endémicas, amenazadas o en peligro de extinción. Quedan prohibidas las actividades que alteren los ecosistemas dentro de las “zonas núcleo” de las reservas de la biosfera. Artículo 48 de la LGEEPA. **C-0014**. Patrimonio Mundial Natural y Mixto, México 2012-2018, CONANP, p. 51. p. 107. **R-0029**. Ver **C-0109**, p. 326. Declaración testimonial del Biólogo Benito Bermúdez, ¶¶ 1, 13-17.

⁸¹ **C-0009**, pp. 73-74. La CONABIO instrumentó el Programa de Regiones Marinas Prioritarias de México con el apoyo de la agencia The David and Lucile Packard Foundation (PACKARD), la Agencia Internacional para el Desarrollo de la Embajada de los Estados Unidos de América (USAID), el Fondo Mexicano para la Conservación de la Naturaleza (FMCN) y el Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF). El programa tiene como finalidad identificar áreas costeras y oceánicas consideradas prioritarias por su alta biodiversidad, por la diversidad en el uso de sus recursos y por su falta de conocimiento sobre biodiversidad. De la misma forma, se identificaron las amenazas al medio marino de mayor incidencia o con impactos significativos. El programa busca desarrollar un marco de referencia para contribuir a la conservación y manejo sostenido de los ambientes oceánicos que considere los sitios de mayor biodiversidad y los de uso actual o potencial en México. **R-0030**. Ver NOM-131 SEMARNAT, p. 1. **R-0031**. Declaración testimonial del Biólogo Benito Bermúdez, ¶¶ 22.

⁸² Patrimonio Mundial Natural y Mixto, México 2012-2018, CONANP, p. 51. p. 107. **R-0029**. NOM-131 SEMARNAT (“[...] la ballena gris (*Eschrichtius robustus*) se reproduce solamente en lagunas de la costa Pacífico de Baja California Sur y se dispersa habitualmente dentro del Golfo de California [...]”). **R-0031**, p. 1.

cual el Estado mexicano considera de suma importancia cuidar los santuarios y rutas de migración de esta especie.⁸³ Además, el Golfo de Ulloa es una zona primordial para la alimentación y crecimiento de cetáceos.⁸⁴

89. *Segundo*, el Golfo de Ulloa concentra una población única en el mundo de tortuga caretta caretta (conocida también como “caguama”, “cabezona” o “amarilla”). El Golfo de Ulloa presencia un fenómeno natural único en su especie. El Biólogo Bermúdez da cuenta que la tortuga amarilla nace en Japón y migra a México para crecer y alimentarse, justamente, en el Golfo de Ulloa. Posteriormente, estas poblaciones de tortugas amarillas regresan a costas japonesas para reproducirse.⁸⁵

90. *Tercero*, el Golfo de Ulloa también es el hogar de muchos otros mamíferos marinos, como el delfín nariz de botella, el lobo marino de California y la foca común, así como innumerables especies de aves migratorias y reproductoras, y organismos bentónicos.⁸⁶

91. Desafortunadamente, varias de las especies animales que existen en el Golfo de Ulloa han sido amenazadas e inclusive se encuentran en peligro de extinción. La tortuga caretta caretta es una especie clasificada en peligro de extinción y desde hace varios años México ha realizado esfuerzos para disminuir su mortandad. Entre 2013 y 2015 tuvo lugar un dialogo binacional entre México y Estados Unidos relacionado con la necesidad de adoptar medidas adicionales para la protección y reducción de la mortandad de tortugas caretta caretta en México.⁸⁷ Como parte de las medidas adoptadas, el 10 de abril de 2015, México estableció una zona de refugio pesquero y medidas para reducir la posible interacción de la pesca con tortugas marinas en el Golfo de Ulloa.⁸⁸

⁸³ La Ballena gris, mexicana por nacimiento, SEMARNAT, 19 de septiembre de 2018. **R-0032**. Declaración testimonial del Biólogo Benito Bermúdez, ¶¶ 13-17.

⁸⁴ Ver información adicional del 26 de mayo de 2015 de ExO, p. 83. **R-0023**. Declaración testimonial del Biólogo Benito Bermúdez, ¶¶ 13-17.

⁸⁵ Ver Segunda opinión técnica del CIBNOR-IPN, pp. 13-14. **R-0033**. Declaración testimonial del Biólogo Benito Bermúdez, ¶¶ 15 y 22.

⁸⁶ Patrimonio Mundial Natural y Mixto, México 2012-2018, CONANP, p. 51. p. 108. **R-0029**. Ver Segunda opinión técnica del CIBNOR-IPN, p. 13. **R-0033**.

⁸⁷ En 2013, algunas organizaciones no gubernamentales solicitaron a autoridades de Estados Unidos aplicar sanciones en contra de México por falta de programas de protección de tortugas caretta caretta. Petición del *Center for Biological Diversity* y *Turtle Island Restoration Network* del 30 de abril de 2013. **R-0034**. Ver Memorial de Demanda, ¶ 136.

⁸⁸ Acuerdo por el que se establece una zona de refugio pesquero y medidas para reducir la posible interacción de la pesca con tortugas, del 10 de abril de 2015. **R-0035**. Al día de hoy, autoridades mexicanas, como CONANP,

92. A nivel nacional, conforme a la Ley General de Vida Silvestre y la NOM-059, la tortuga *Caretta caretta* es considerada una especie en peligro de extinción y desde 2014 forma parte de la lista de especies prioritarias para la conservación.⁸⁹ El 5 de junio de 2018, la SEMARNAT declaró al Golfo de Ulloa como un área de refugio para la tortuga amarilla.⁹⁰ La imagen de la Figura 1 es ilustrativa.

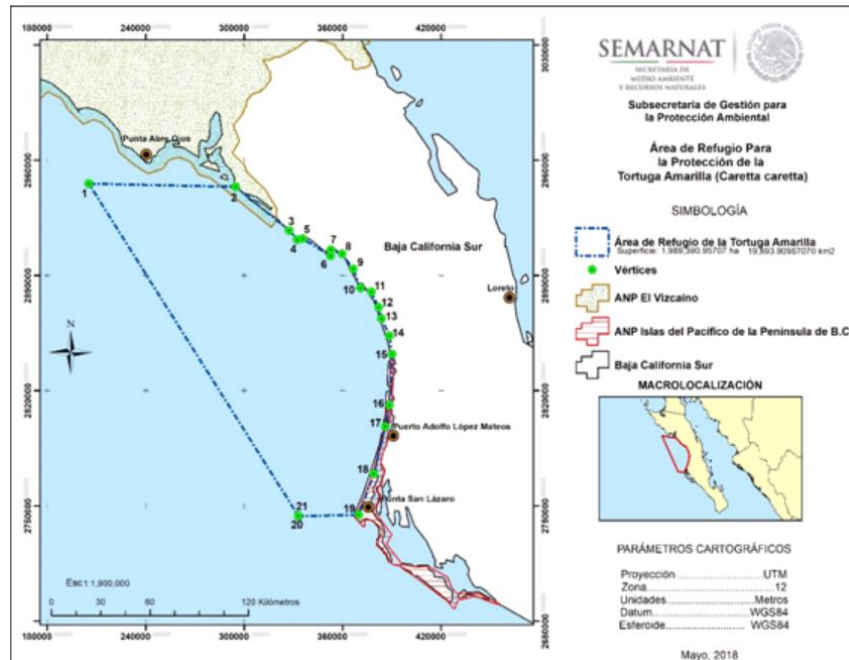


Figura 1. Imagen del Acuerdo que establece el área de refugio para la tortuga amarilla. R-0040.

93. A nivel internacional, la tortuga *Caretta caretta* se encuentra incluida en el Apéndice I de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (CITES), y en la lista roja de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza.⁹¹

94. El Biólogo Bermúdez también explica que en junio de 2015 se realizó 7ª Conferencia de miembros de la Convención Interamericana para la Protección y Conservación de las Tortugas

realizan e implementan programas para la conservación de la tortuga *Caretta caretta* en México. Ver Programa de Acción para la conservación de la especie tortuga caguama”, CONANP, 2018. R-0036.

⁸⁹ Además de la tortuga *Caretta caretta*, otras especies de cetáceos, incluida la ballena gris y azul, forman parte de la lista de especies y poblaciones prioritarias. Acuerdo de lista de especies prioritarias del 5 de marzo de 2014. R-0037. NOM-059, p. 77. R-0038. Artículo 58 inciso a de la Ley General de Vida Silvestre. R-0039.

⁹⁰ Acuerdo por el que se establece el área de refugio para la tortuga amarilla (*Caretta caretta*) en el Golfo de Ulloa, en Baja California Sur. R-0040.

⁹¹ Ver informe pericial del Sr. Sergio Flores-Ramírez ¶ 88. Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres. R-0041. Ver Red List de la *International Union for Conservation of Nature*. R-0042.

Marinas (CIT) y parte de los compromisos adoptados fueron trabajar de forma coordinada para implementar planes de recuperación y estrategias comunes para reducir cualquier impacto que afecte a las poblaciones de tortuga amarilla.⁹²

95. Como se puede observar, la Demandada ha realizado diferentes esfuerzos para preservar el Golfo de Ulloa y zonas aledañas, así como las especies que habitan la zona.

96. A simple vista queda en evidencia la riqueza del Golfo de Ulloa, y a pesar de los esfuerzos de la Demandada por protegerlo, es una zona sensible a impactos provocados por actividades económicas tales como la pesca, la extracción de sal y turismo.⁹³ Durante los procedimientos de evaluación de impacto ambiental iniciados con la MIA 2014 y MIA 2015, autoridades nacionales e internacionales expresaron sus preocupaciones sobre el Proyecto. La razón es obvia. Un proyecto de minería que buscaba dragar el suelo marino las 52 semanas del año, los siete días a la semana, las 24 horas, a lo largo de 50 años, afectaría, de una u otra forma, el Golfo de Ulloa.⁹⁴

E. La pesca en el Golfo de Ulloa

97. La actividad pesquera realizada en el Golfo de Ulloa es una fuente vital para los pobladores del lugar y, desde el inicio del Proyecto, organizaciones y sociedades cooperativas de pescadores expresaron sus preocupaciones ante las autoridades ambientales. Inclusive, las consultas públicas de la MIA 2014 y MIA 2015 fueron realizadas a solicitud de pescadores del municipio de Comondú.

98. Baja California Sur es uno de los estados federales de México con mayor producción pesquera y, al mismo tiempo, esta actividad puede aumentar la mortandad de tortugas careta careta. Esta situación ha generado un conflicto ambiental en la zona. Las autoridades mexicanas han implementado una serie de medidas en el Golfo de Ulloa para mitigar la afectación de especies protegidas por la actividad pesquera.

⁹² Declaración testimonial del Biólogo Benito Bermúdez, ¶ 23.

⁹³ Patrimonio Mundial Natural y Mixto, México 2012-2018, CONANP, p. 51. p. 108. **R-0029**.

⁹⁴ Ver **C-0108**, p. 19.

99. Además de la declaratoria del 10 de abril de 2015 que estableció al Golfo de Ulloa como zona de refugio pesquero, el 23 de junio de 2016, la SAGARPA implementó nuevas medidas para reducir la posible interacción de la pesca con tortugas marinas.⁹⁵

100. Algo a considerar es que, dependiendo el tipo de pesca a realizar, es necesario obtener una concesión o un permiso de pesca. Para realizar actividades de pesca comercial, se requiere obtener una concesión por parte de la SAGARPA. El Golfo de Ulloa se subdivide en seis zonas de pesca y existen diversas organizaciones y sociedades cooperativas de pescadores.⁹⁶

101. La Demandante y sus testigos afirman que el Proyecto no afectaría a los pescadores locales debido a que se realizaría en un lugar “históricamente” evitado por pescadores.⁹⁷ La realidad es otra:

Que el área donde se ubicaría el proyecto antes mencionado, se encuentre dentro del polígono en el cual se estableció el acuerdo de refugio pesquero mencionado anteriormente y que la concesión otorgada a este proyecto se traslapa con las concesiones pesqueras otorgadas a la Sociedad Cooperativa de Producción Pesquera Puerto Chale, S.C.L. y a la Sociedad Cooperativa de Producción Pesquera Pescadores de La Poza [...] se considera incongruente y preocupante el establecimiento del proyecto minero en la zona de refugio pesquero, debido a las deficiencias de su manifestación de impacto ambiental e impactos que se detallan más adelante [...] g) Afectación a más de 5000 pescadores de la zona y a las familias que dependen de los mismos.⁹⁸

102. La preocupación de los pescadores no es menor. Algunas organizaciones ambientales estiman que más del 40% de la pesca de Baja California Sur se realiza en el Golfo de Ulloa.⁹⁹

103. Parte de la discusión se debió a que, desde un inició, ExO señaló que el Proyecto se desarrollaría fuera de zonas concesionadas para pesca.¹⁰⁰ Sin embargo, varias organizaciones de

⁹⁵ Ver Acuerdo por el que establece la zona de refugio pesquero y nuevas medidas para reducir la posible interacción de la pesca con tortugas marinas en la costa occidental de Baja California Sur, publicado el 23 de junio de 2016 en el DOF. **C-0010**. Ver Acuerdo por el que se amplía la vigencia del similar por el que establece la zona de refugio pesquero y nuevas medidas para reducir la posible interacción de la pesca con tortugas marinas en la Costa Occidental de Baja California Sur, publicado el 23 de junio de 2016 en el DOF. **C-0011**.

⁹⁶ Comunicación de Sociedades Pesqueras de Baja California Sur del 28 de mayo de 2015. **R-0043**.

⁹⁷ Memorial de Demanda, ¶ 107.

⁹⁸ Comunicación de Sociedades Pesqueras de Baja California Sur del 28 de mayo de 2015, pp. 2-3. **R-0043**.

⁹⁹ CEMDA, Proyecto minero propuesto podría extraer 350 millones de toneladas de arena fosfática del fondo marino en BCS, 7 de octubre de 2014. **R-0044**.

¹⁰⁰ MIA 2014, Capítulo 2, pp-23-70. **R-0027**.

pescadores opinaron lo contrario señalando que, en realidad, ExO ignoró las zonas concesionadas para dicha actividad.¹⁰¹

104. El 3 de noviembre de 2014, el Congreso de Baja California Sur, a petición de pescadores locales, emitió una comunicación a la SEMARNAT en la que informó que el Congreso de Baja California Sur se oponía al proyecto Don Diego, *inter alia*, por el impacto que tendría en las pesquerías de la región.¹⁰²

105. Con base en lo anterior, es evidente que los habitantes y organizaciones de pescadores de Comondú, así como autoridades estatales y organizaciones ambientales, estaban preocupados por los impactos al ambiente que generaría el Proyecto. A pesar de ello, es importante señalar que los habitantes y organizaciones de pescadores participaron en los Procedimientos EIA ante la DGIRA conforme al marco legal aplicable. No hubo actos de violencia en contra de la Demandante, sus representantes o las propias autoridades. Los habitantes, pescadores, autoridades y organizaciones simplemente ejercieron sus derechos al participar en los Procedimientos EIA.

106. A diferencia de ello, la Demandante sí realizó actos cuestionables en contra de habitantes de la comunidad de Comondú, representantes de organizaciones de pescadores y periodistas locales mediante denuncias penales que inclusive fueron cuestionadas por organizaciones internacionales, tales como *Article 19*.¹⁰³ Nada de ello es mencionado en el Memorial de Demanda.

F. La regulación de la minería en México

107. La industria minera está regulada en México a través de distintos ordenamientos legales de índole federal, siendo la Ley Minera el más importante. Adicionalmente, existen disposiciones reglamentarias, administrativas y el cumplimiento de disposiciones o reglamentos técnicos de carácter obligatorio, que conforme a la legislación nacional se conocen como Normas Oficiales Mexicanas o “NOMs”, enfocadas a estandarizar métodos y procesos de producción de actividades del sector industrial, incluyendo la minería.

¹⁰¹ Comunicación del 31 de octubre de 2014 de la FEDECOOP, p. 3. **R-0045**.

¹⁰² Punto de Acuerdo del Congreso de Baja California Sur, 3 de noviembre de 2014, p. 10. **R-0046**. Para mejor entendimiento, un “punto de acuerdo” es pronunciamiento del Poder Legislativo en el que invita o recomienda a una autoridad algún aspecto sobre asuntos políticos, culturales, económicos o sociales que pudieran afectar a una comunidad o grupo particular.

¹⁰³ Artículo 19, “Alerta. Periodista en Baja California Sur es denunciado penalmente por revelar afectaciones al medio ambiente”, 13 de marzo de 2015. **R-0047**.

108. Para la puesta en marcha de un proyecto como Don Diego, ExO no solo debía cumplir con las disposiciones establecidas en la Ley Minera. El Sr. Kunz, perito de la Demandante, señala que, una vez que ExO obtuviera la AIA por parte de la DGIRA, “únicamente requeriría de otros cuatros permisos”.¹⁰⁴

109. Al análisis del Sr. Kunz le faltó considerar muchos otros requisitos y condiciones que debería haber cumplido la Demandante antes estar en posibilidad de operar el Proyecto. Un proyecto de esa naturaleza debía cumplir con permisos y autorizaciones federales, estatales y municipales, y dar cumplimiento a múltiples requerimientos legales.

110. Conforme al análisis preparado por Solcargos y el Ingeniero Rábago, expertos de la Demandada, de igual forma, es incorrecta la afirmación del Sr. Kunz respecto a que, una vez aprobado el Proyecto por la DGIRA, no hubiera habido “razón alguna para negar esos cuatro permisos posteriores”.¹⁰⁵ Eso es falso. Los expertos de México explican que “cada uno de estos permisos exige el cumplimiento de diversos requisitos distintos de la autorización de impacto ambiental otorgada por la DGIRA”.¹⁰⁶ Estos procedimientos administrativos no son simples “trámites de ventanilla”, como busca aparentar el experto de la Demandante.

111. Es importante precisar que, de conformidad con la Constitución Política los Estados Unidos Mexicanos de la Demandada, el Estado tiene el dominio directo sobre las sustancias minerales que se encuentren dentro del territorio nacional. En otras palabras, los recursos naturales son propiedad del Estado mexicano.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Los permisos en cuestión son: *i*) un permiso para obras y trabajos de exploración y explotación conforme al Artículo 20 de la Ley Minera otorgado por la Secretaría de Marina; *ii*) permisos para la actividad de dragado otorgado por la Secretaría de Marina y la SCT; *iii*) permiso para verter residuos al mar otorgado por la Secretaría de Marina y *iv*) un permiso de descarga de aguas residuales por parte de CONAGUA. Informe pericial del Sr. Federico Kunz, ¶¶ 9, 22-56.

¹⁰⁵ Informe pericial del Sr. Federico Kunz, ¶ 10. Informe pericial Solcargos-Rábago, ¶¶ 233-246.

¹⁰⁶ Informe pericial Solcargos-Rábago, ¶ 231.

¹⁰⁷ La propia Ley General de Bienes de la Nación lo establece de forma textual lo siguiente: Artículo 16.- Las concesiones, permisos y autorizaciones sobre bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación no crean derechos reales; otorgan simplemente frente a la administración y sin perjuicio de terceros, el derecho a realizar los usos, aprovechamientos o explotaciones, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes y el título de la concesión, el permiso o la autorización correspondiente (énfasis añadido). **R-0048** (citado por el Sr. Kunz, experto de la Demandante, como FKB-0003). Informe pericial de Solcargos-Rábago, ¶¶ 68-71.

112. La propia Constitución de México establece que el Estado ejerce un dominio directo sobre todos los recursos naturales, incluidos aquellos que se encuentren en la plataforma continental y submarinos.¹⁰⁸

1. La concesión minera conforme al sistema jurídico mexicano

113. Asimismo, el sistema jurídico mexicano prevé un régimen de concesiones mineras. A través de las concesiones, el Estado mexicano otorga a personas físicas y morales un derecho temporal de exclusividad para la explotación, uso y aprovechamiento de recursos minerales.¹⁰⁹ Una especial observación debe realizarse. Conforme al sistema legal de la Demandada, la concesión minera no confiere derechos reales (“*in rem*”) sobre los minerales ubicados en el subsuelo, ni tampoco sobre el área objeto de la concesión.¹¹⁰

114. Como bien explica Solcargó, mientras los minerales permanezcan en el subsuelo, estos continúan siendo propiedad del Estado mexicano y solamente pasan a formar parte de la propiedad del concesionario cuando el mineral es extraído del subsuelo.¹¹¹ Es decir, mientras el mineral forme parte de un depósito en el suelo o del subsuelo del lecho marino, el Estado mexicano sigue teniendo el dominio directo sobre el mineral. Cuando el concesionario minero desprende, separa o extrae el mineral, se hace dueño del mismo y puede darle el destino que a su juicio considere conveniente.

115. Para mejor entendimiento, se transcribe un extracto del análisis de Solcargó:

[...] si bien Exploraciones Oceánicas, S.A de C.V. (“ExO”), en su calidad de concesionario, era la única persona facultada para extraer y aprovechar los minerales ubicados al interior de la superficie concesionada, ello no significa que dichos minerales, per se, formaran parte de su patrimonio, ni que ExO tuviera un derecho real sobre los mismos, pues la apropiación ocurre hasta que dejan de formar parte del subsuelo.

Para ejecutar la actividad minera, no basta la concesión otorgada por el Estado Mexicano, pues es necesario que ExO dé cumplimiento a los requisitos regulatorios, particularmente los de materia ambiental, a fin de poder desempeñar sus actividades. Por tanto, sin el debido

¹⁰⁸ Artículo 27 de la Constitución (“[...]Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan [...] los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes [...]). **R-0049.**

¹⁰⁹ La concesión administrativa es el acto por medio del cual se concede a un particular el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado. Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶ 67.

¹¹⁰ Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶ 70.

¹¹¹ Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶ 71.

cumplimiento de dichos requisitos, no es dable afirmar que ExO, por el mero hecho de ser titular de una concesión, fuera necesariamente a incorporar todos los minerales objeto de la misma a su patrimonio.¹¹²

116. Es así que, las concesiones solo otorgan un derecho temporal de exclusividad. La Ley Minera precisa los derechos que las concesiones mineras confieren a sus titulares, entre los que se encuentran:

- Realizar obras y trabajos de exploración y de explotación dentro de los lotes mineros que amparen;
- Disponer de los productos minerales que se obtengan en dichos lotes con motivo de las obras y trabajos que se desarrollen durante su vigencia; y
- Disponer de los terrenos que se encuentren dentro de la superficie que amparen, a menos que provengan de otra concesión minera vigente.¹¹³

117. Con base en lo anterior, tres aspectos son de especial importancia. *Primero*, las concesiones mineras únicamente otorgan un derecho de exclusividad para la explotación de minerales por un tiempo limitado. *Segundo*, las concesiones otorgadas por el Estado mexicano a ExO no le confirieron derechos reales sobre el mineral de fosfato ubicado en el subsuelo marino del Golfo de Ulloa y tampoco un derecho real sobre el área concesionada. *Tercero*, el aprovechamiento de las concesiones está supeditado al cumplimiento de las regulaciones aplicables, y en específico la regulación ambiental.

2. Las concesiones mineras de ExO

118. De conformidad con la Ley Minera, personas físicas o morales de nacionalidad mexicana pueden obtener concesiones mineras para la exploración y explotación de minerales sujeto a cumplir ciertas condiciones y requisitos establecidos en la Ley Minera.¹¹⁴

119. Si la persona o empresa interesada cumple las condiciones y requisitos de ley, la Dirección General de Minas expide en su favor un título de concesión en el que se especificará el “lote

¹¹² Informe pericial de Solcarga-Rábago, ¶¶ 72-73.

¹¹³ Artículo 19, fracciones I, II y III, de la Ley Minera. **R-0050**.

¹¹⁴ Ver artículos 10, 12 y 16 de la Ley Minera. **R-0050** (citado por el Sr. Kunz, experto de la Demandante, como FKB-0005).

minero”, cuya superficie es referida como “terreno minero”, y que el concesionario podrá explorar durante cierto periodo de tiempo.

120. ExO cuenta con tres concesiones que por cuestión de claridad son referidas como Don Diego, Don Diego Norte y Don Diego Sur.¹¹⁵

Concesión	Vigencia	Extensión
240744 (Don Diego)	28/junio/12 – 27/junio/2062	268,235 Has.
244813 (Don Diego Reducción)	16/febrero/16 – 27/junio/2062	80,050.4546 Has.
242994 (Don Diego Norte)	30/abril/2014 – 29/abril/2064	14,300 Has.
242995 (Don Diego Sur)		20,425 Has.

121. Contrario a lo que señala la Demandante, la Concesión Don Diego Norte y Don Diego Sur no “ampliaron” la Concesión Don Diego.¹¹⁶ La regulación minera no permite ampliaciones de concesiones, pero si permite que un concesionario “agrupe” o “unifique” concesiones colindantes, derecho que ExO nunca ejerció.¹¹⁷ Cada concesión (Don Diego, Don Diego Sur y Don Diego Norte) es independiente a pesar de que se localizan en áreas cercanas. Inclusive, las propias concesiones Don Diego Norte y Don Diego Sur identifican al lote concesionado Don Diego como colindante y no como si fueran parte de un mismo terreno concesionado.¹¹⁸

122. Como se puede observar, el 28 de junio de 2012, ExO obtuvo la Concesión Don Diego. Tiempo después, el 30 de julio de 2015, ExO solicitó una reducción considerablemente significativa (aproximadamente 70% del lote minero) de la Concesión Don Diego.¹¹⁹ Esta situación es inusual y contradice las propias afirmaciones de la Demandante.

¹¹⁵ Ver Concesión Don Diego, C-0012; Concesión Don Diego Norte; Concesión Don Diego Sur, C-0092, y Concesión Don Diego Reducción, C-0013.

¹¹⁶ Memorial de Demanda, fn. 74, p. 20.

¹¹⁷ Artículo 19 de la Ley Minera (“Reducir, dividir e identificar la superficie de los lotes que amparen, o unificarla con la de otras concesiones colindantes [...] Agrupar dos o más [concesiones] [...]. R-0050.

¹¹⁸ C-0092, pp. 4 y 10.

¹¹⁹ Mediante la Concesión Don Diego, ExO obtuvo lotes mineros previamente concesionados a Fosforitas México y Phosmex, los cuales no fueron explotados. Ver Solicitud de reducción de Concesión Don Diego. R-0051.

123. Por un lado, la Demandante argumenta que Odyssey descubrió el depósito sedimentario de arenas fosfáticas más importante del mundo.¹²⁰ Además, Odyssey señala que el Proyecto era ambientalmente sustentable y responsable, no impactaría materialmente en la flora y fauna de la región, y existía una posibilidad “extremadamente pequeña” de impactar en animales marinos (e.g., tortugas y ballenas).¹²¹

124. Por otro lado, la Demandante ha señalado que la razón por la cual redujo la Concesión Don Diego se debe a que las áreas reducidas eran “menos ricas en recursos fosfáticos en comparación con otras partes de la Concesión”.¹²² Además, la Demandante también ha señalado que decidió liberar áreas concesionadas para alejar “aún más al sitio del Proyecto de las rutas migratorias de las ballenas grises y de las áreas costeras de forrajeo de tortugas marinas”.¹²³

125. El hecho de que la Demandante haya renunciado al 70% del terreno concesionado bajo la Concesión Don Diego demuestra que es totalmente especulativo afirmar que la Demandante descubrió el yacimiento más grande de mineral de fosfato y le resta credibilidad a la supuesta sustentabilidad del Proyecto.

126. Asimismo, a pesar de que ExO cuenta con las Concesiones, la empresa está obligada a obtener diversos permisos y autorizaciones para explotar la superficie concesionada. En palabras de los expertos de México: “Para ejecutar la actividad minera, no basta la concesión otorgada por el Estado Mexicano, pues es necesario que ExO dé cumplimiento a los requisitos regulatorios, particularmente los de materia ambiental, a fin de poder desempeñar sus actividades”.¹²⁴ La Autorización de Impacto Ambiental (AIA) es una de las autorizaciones más relevantes que debe contar un concesionario minero, de conformidad con la legislación y regulación mexicana, sin

¹²⁰ Memorial de Demanda, ¶ 2.

¹²¹ Memorial de Demanda, ¶¶ 4, 17, 107.

¹²² Memorial de Demanda, ¶ 134. Form 10-K de Odyssey de 16 de noviembre de 2020, **R-0052**, p. 35 (“*ExO applied for and was granted additional mining concession areas by the Mexican government. These additional areas are adjacent to the zones with the highest concentration of mineralization in the original mining concession area. ExO also relinquished certain parts of the granted concession areas where the mineral concentration levels were less attractive for mining purposes*”).

¹²³ Memorial de Demanda, ¶ 42.

¹²⁴ Informe pericial de Solcargos-Rábago, ¶ 73.

embargo, no es la única. Las propias Concesiones señalan de forma puntual esta situación en el texto del título de concesión.¹²⁵

G. El derecho soberano de México para regular el medio ambiente y su margen de apreciación para hacerlo

127. El derecho ambiental es regulado en México por diferentes normas desde distintos órdenes de gobierno (federales, locales y municipales). Conforme al principio de “supremacía constitucional”, la Constitución es jerárquicamente el máximo ordenamiento jurídico de México.¹²⁶

128. Desde un ámbito general, la Constitución integra disposiciones que resultan relevantes para la protección al medio ambiente y a los derechos humanos, toda vez que establece que “toda autoridad, en el ámbito de sus competencias, tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”.¹²⁷ Asimismo, la Constitución establece el derecho fundamental a un medio ambiente sano y faculta y ordena al Estado a garantizar la protección de dicho derecho, estableciendo una responsabilidad directa para aquél que provoque un daño o deterioro ambiental.¹²⁸ Debido a ello, la Demandada está obligada a garantizar la protección al medio ambiente en todo momento.¹²⁹

129. El Artículo 25 de la Constitución señala lo siguiente:

Artículo 25.- [...] Bajo criterios de equidad social, productividad y sustentabilidad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente. [...] ¹³⁰

¹²⁵ Al pie de las Concesiones se señalan algunas de las obligaciones de los concesionarios: “Las obras y trabajos mineros que al amparo del presente título se desarrollen, únicamente podrán realizarse con autorización [...] asimismo, sus titulares deberán sujetarse a las normas oficiales relativas a la industria minero-metalúrgica en materia de seguridad, de equilibrio ecológico y protección al ambiente Artículo 28 de la LGEEPA”. **C-0014. Ver C-0012, C-0013 y C-0092.**

¹²⁶ Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶ 47.

¹²⁷ Artículo 1º de la Constitución. **R-0049.**

¹²⁸ Artículo 4º de la Constitución (“Artículo 4.- [...] Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley [...]”). **R-0049.** Bajo el sistema jurídico mexicano, los derechos fundamentales son derechos humanos reconocidos en la Constitución.

¹²⁹ Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶¶ 49-50.

¹³⁰ Artículo 25 de la Constitución [Énfasis añadido]. **R-0049.**

130. Con base en ello, la protección al medio ambiente no es una cuestión a interpretación, sino uno de los pilares constitucionales de la Demandada. El hecho de que el Estado mexicano lo estableciera explícitamente en su máximo ordenamiento jurídico genera claridad sobre su relevancia, así como la obligación del Estado de apoyar e impulsar a las empresas, tanto sociales como privadas, siempre y cuando dicho apoyo no sea en perjuicio del medio ambiente. Como señala Solcargó, “la conservación de los recursos productivos y medio ambiente permite ver las limitaciones a que deben atenerse las empresas en virtud del interés público”.¹³¹

131. El artículo 27 de la Constitución no solo establece que el Estado es el propietario de los recursos naturales en territorio nacional, sino también establece que la Demandada tiene el derecho a regular los recursos naturales susceptibles de apropiación para cuidar su conservación. Igualmente, el Artículo 27 de la Constitución establece lo siguiente:

Artículo 27.- [...] En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.¹³²

132. Por lo anterior, la Demandada está obligada a adoptar medidas para regular el aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, así como preservar y restaurar el equilibrio ecológico.

1. Leyes federales y la participación concurrente de autoridades federales, estatales y municipales en materia ambiental

133. La materia ambiental está regulada en tres diferentes órdenes de gobierno.¹³³ El ejercicio de las atribuciones en materia ambiental corresponde a *i*) la Federación, *ii*) los estados federales

¹³¹ Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶ 58. Artículo 25 de la Constitución. **R-0049**.

¹³² Artículo 27 de la Constitución [Énfasis añadido]. **R-0049**.

¹³³ Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶ 60.

(*e.g.*, Baja California Sur); y *iii*) los municipios (*e.g.*, Comondú). Este principio de concurrencia se encuentra establecido en la propia Constitución de México.¹³⁴

134. Conforme a la jerarquía de normas, después de la Constitución y tratados internacionales en materia ambiental, las leyes federales son los ordenamientos de mayor importancia, siendo la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA) la más relevante.¹³⁵ La LGEEPA establece la distribución de competencias y coordinación en materia ambiental entre los diferentes órdenes de gobierno. De conformidad con la LGEEPA, al gobierno federal, *inter alia*, le corresponde:

- La formulación y conducción de la política ambiental nacional.
- La regulación de las acciones para la preservación y restauración del equilibrio ecológico y la protección al ambiente que se realicen en bienes y zonas de jurisdicción federal.
- La atención de los asuntos que afecten el equilibrio ecológico en el territorio nacional o en las zonas sujetas a la soberanía y jurisdicción de la nación.
- La expedición de Normas Oficiales Mexicanas y la vigilancia de su cumplimiento en las materias previstas en la LGEEPA.
- La evaluación del impacto ambiental y, en su caso, la expedición de las autorizaciones correspondientes, de diversas obras o actividades entre las que se encuentran la exploración, explotación y beneficio de minerales y sustancias reservadas a la Federación en los términos de la Ley Minera.
- La regulación de las actividades relacionadas con la exploración, explotación y beneficio de los minerales, sustancias y demás recursos del subsuelo que corresponden a la nación,

¹³⁴ Artículo 73, fracción XXIX-G de la Constitución. **R-0049.** Ver artículo 1º fracción VIII de la LGEEPA. **C-0014.**

¹³⁵ El marco legal en materia ambiental de la Demandada es amplio y especializado. Adicional a la LGEEPA, algunas las leyes federales de relevancia son: la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental; la Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables; la Ley de Aguas Nacionales; la Ley General de Vida Silvestre; la Ley de Desarrollo Rural Sustentable, Ley General para la Prevención y Gestión Integral de Residuos; Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados; la Ley General de Cambio Climático, entre otras. Informe pericial de Solcago-Rábago, ¶ 61.

en lo relativo a los efectos que dichas actividades puedan generar sobre el equilibrio ecológico y el ambiente.¹³⁶

135. Conforme a la LGEEPA, la evaluación del impacto ambiental sobre la exploración, explotación y beneficio de minerales y sustancias es una facultad reservada al gobierno federal, a través de la DGIRA, sin perjuicio de que deban obtenerse adicionalmente permisos de índole municipal y estatal.¹³⁷ En términos sencillos, no basta un título de concesión para llevar a cabo actividades de exploración y explotación minera.

2. Reglamentos y Normas Oficiales Mexicanas en materia ambiental

136. Adicional a las leyes federales, el marco jurídico ambiental mexicano establece reglamentos a leyes federales y Normas Oficiales Mexicanas (NOMs) en materia ambiental. En esencia, los reglamentos buscan regular aspectos contenidos en las propias leyes federales, algunos de ellos de índole procesal.¹³⁸ Como ya fue señalado, las NOMs buscan estandarizar determinados procesos o métodos de producción de diversas actividades industriales y que pudieran tener un impacto con la preservación y restauración de la calidad del medio ambiente; el aprovechamiento sustentable de recursos naturales y de la flora y fauna; descarga de aguas residuales; diferentes aspectos en minería, entre otros.¹³⁹

137. Las NOMs son regulaciones técnicas de observancia obligatoria cuyo fin esencial asegurar que determinados procesos industriales sean seguros y garantizar la protección de diversos objetivos legítimos de interés público, incluyendo la protección al medio ambiente y a los recursos naturales agotables. Las propias Secretarías de Estado –como la SEMARNAT–, fungen como autoridades normalizadoras, lo que significa que están facultadas para emitir las NOMs, las cuales son de carácter vinculante.¹⁴⁰

¹³⁶ Ver artículos 5 y 28 de la LGEEPA. **C-0014.**

¹³⁷ Artículo 5 de la LGEEPA. **C-0014.**

¹³⁸ En materia de impacto ambiental, es de suma importancia el Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en Materia de Evaluación del Impacto Ambiental (RLGEEPAMEIA). **C-0097.**

¹³⁹ Artículo 32 Bis, fracción IV Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. **C-0032.**

¹⁴⁰ Artículo 37 Bis, LGEEPA (“Las normas oficiales mexicanas en materia ambiental son de cumplimiento obligatorio en el territorio nacional y señalarán su ámbito de validez, vigencia y gradualidad en su aplicación” [énfasis añadido]). **C-0014.** Algunas de las NOMs más relevantes son la NOM-001-SEMARNAT-1996 (establece los límites máximos permisibles de contaminantes en las descargas de aguas residuales en aguas y bienes nacionales), la NOM-

3. Las autoridades nacionales en materia ambiental

138. La autoridad competente en materia ambiental en el ámbito federal es la SEMARNAT.¹⁴¹ Para el estudio, planeación y despacho de sus asuntos, la SEMARNAT se apoya de diferentes Unidades Administrativas y Órganos Desconcentrados.¹⁴² Las funciones de dichas Unidades Administrativas y Órganos Desconcentrados se encuentran reguladas en el Reglamento Interior de la SEMARNAT (RISEMARNAT o Reglamento Interior).¹⁴³

139. Como parte de las Unidades Administrativas de la SEMARNAT se encuentran tres Subsecretarías, así como diferentes Direcciones Generales, incluyendo la Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental (DGIRA).

140. El Artículo 18 del RISEMARNAT señala al respecto lo siguiente:

ARTÍCULO 18. A cargo de cada una de las direcciones generales se encuentra un director general, quien asumirá su dirección técnica y administrativa y será el responsable ante las autoridades superiores de su correcto funcionamiento. Los directores generales serán auxiliados por los directores generales adjuntos, directores, subdirectores, jefes de departamento y demás servidores públicos que requieran las necesidades del servicio.¹⁴⁴

141. La DGIRA es la única área administrativa de la SEMARNAT facultada para aplicar la política general sobre impacto y riesgo ambiental, así como evaluar las manifestaciones de impacto ambiental.¹⁴⁵ Como señala Solcargó en su informe, “el Director General de la DGIRA es la autoridad superior en el PEIA”.¹⁴⁶

142. Adicional a la SEMARNAT, existen otras Dependencias y Unidades Administrativas Federales que realizan funciones con un impacto favorable al ambiente, las cuales coadyuvan con

021-SEMARNAT-2000 (sobre especificaciones de fertilidad, salinidad y clasificación de suelos, estudio, muestro y análisis); la NOM-052-SEMARNAT-2005 (sobre las características, el procedimiento de identificación, clasificación y los listados de los residuos peligrosos) y por supuesto la NOM-059-SEMARNAT-2010 (enfocada en la protección ambiental de especies nativas de México de flora y fauna silvestres, y la cual establece categorías de riesgo).

¹⁴¹ Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Artículo 32 Bis. **C-0032**.

¹⁴² Reglamento Interior de la SEMARNAT, Artículo 2. **R-0053**.

¹⁴³ La Demandante ofreció una versión obsoleta del Reglamento Interior de SEMARNAT de 2003 (C-0035). La Demandada solicita al Tribunal que tome en consideración el Reglamento Interior de la SEMARNAT de 2012 (utilizado por el Sr. Herrera como HH-001), aplicable al momento en que ExO sometió solicitudes MIA, como se verá más adelante en este Memorial de Contestación. **R-0053**.

¹⁴⁴ Reglamento Interior de la SEMARNAT, Artículo 18 [énfasis añadido]. **R-0053**.

¹⁴⁵ Reglamento Interior de la SEMARNAT, Artículo 28. **R-0053**; Informe de pericial de Solcargó-Rábago, ¶¶ 79-80.

¹⁴⁶ Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶ 79.

las funciones de la SEMARNAT, como la SCT, la SADER, a través del INAPESCA y la Comisión Nacional de Acuacultura y Pesca, o la CONABIO.

4. Los tratados internacionales celebrados por México en materia ambiental

143. La Constitución, las leyes emitidas por el Congreso de la Unión que emanen de la Constitución, así como todos los tratados internacionales que estén de acuerdo ella, es decir, que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, son considerados Ley Suprema de la Unión para la Demandada.¹⁴⁷

a. Derecho humano al medio ambiente

144. Como fue señalado *supra*, el Artículo 4 de la Constitución reconoce el derecho fundamental a un medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar de cada persona.¹⁴⁸ Adicionalmente, la Constitución Política de Baja California Sur, en consonancia con la Constitución, establece en el párrafo 5 del artículo 13, que “[t]odos los habitantes del Estado tienen derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar.”¹⁴⁹

145. En este mismo orden de ideas, diferentes tratados y declaraciones internacionales han indicado que el derecho a un medio ambiente sano es un derecho humano, entre ellos se destacan el Protocolo de San Salvador y la Declaración de Río.¹⁵⁰

146. Como es posible notar, tanto en el orden jurídico mexicano como en el ámbito internacional, se ha reconocido, sin lugar a dudas, el derecho a un medio ambiente sano como un derecho humano.

¹⁴⁷ Artículo 133 de la Constitución. **R-0049.**

¹⁴⁸ Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶¶ 49-50.

¹⁴⁹ Al ser una república federal, los estados federales de México (*e.g.*, Baja California Sur) cuentan con su propia constitución local. Artículo 13 de la Constitución del Estado Política del Estado Libre y Soberano de Baja California Sur. **R-0054.**

¹⁵⁰ El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” fue firmado el 12 de diciembre de 1995, y ratificado por el Senado de la Demandada el 12 de diciembre de 1995. (“Artículo 11. Derecho a un Medio Ambiente Sano. 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.”) [Énfasis añadido]; Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (PRINCIPIO 1 - Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.). **R-0055.**

b. Compromisos internacionales adoptados por México

147. Como se explicó anteriormente, los compromisos internacionales adoptados por la Demandada son Ley Suprema de la Unión conforme al Artículo 133 de la Constitución.¹⁵¹

148. Como parte de los tratados internacionales con disposiciones en materia de protección al medio ambiente, de los cuales la Demandada es parte, se destacan los siguientes:

- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar;
- Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias;
- Protocolo de 1996 relativo al Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias;
- Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques;
- Convenio sobre Diversidad Biológica;
- Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres;
- Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural;
- Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas;
- Convención Interamericana para la Protección y la Conservación de las Tortugas Marinas;¹⁵² y
- Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena.

149. Derivado del derecho a un medio ambiente sano, entendido como un derecho humano fundamental, que ha sido abordado y desarrollado por los tratados internacionales anteriormente citados, se puede concluir que éste se presenta en dos ámbitos: 1) la Demandada tiene el poder de exigencia y deber de respeto *erga omnes* a preservar la sustentabilidad del entorno ambiental, lo

¹⁵¹ Ver Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶¶ 62-65.

¹⁵² Ver Declaración testimonial del Biólogo Benito Bermúdez, ¶ 22.

que implica no afectar ni lesionar el medio ambiente; y 2) es la obligación de la Demandada vigilar, conservar y proteger el medio ambiente conforme a su legislación nacional y conforme a las obligaciones que ha adquirido en virtud de los tratados internacionales que ha suscrito.¹⁵³

5. Los principios rectores de la legislación ambiental internacinoalmente reconocidos

150. En el ámbito nacional e internacional, existen diversos principios ambientales.¹⁵⁴ Para efectos del presente arbitraje, la Demandada considera relevante aclarar dos principios primordiales: 1) Principio de Prevención, y 2) Principio Precautorio.

a. Principio de Prevención

151. Debemos entender que el principio de prevención es aplicable cuando existe conocimiento empírico y científico que advierte sobre potenciales consecuencias, tanto impactos como deterioros ambientales que produzca cierta actividad, y ante ello resulta necesario adoptar las medidas preventivas adecuadas para evitarlos.¹⁵⁵

b. Principio Precautorio

152. El principio precautorio, contenido en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, establece que ante la existencia de un peligro de daño grave e irreversible, se deben adoptar las medidas necesarias que impidan una afectación al medio ambiente, aun cuando no exista certeza científica sobre el daño que se ocasionará.¹⁵⁶

H. La autorización en materia de impacto ambiental

153. La evaluación del impacto ambiental (EIA) es el procedimiento a través del cual la DGIRA establece las condiciones a las que se sujetará la realización de obras y actividades que puedan causar desequilibrio ecológico o rebasar los límites y condiciones para proteger el ambiente y

¹⁵³ Lo anterior fue resuelto así por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *i.e.*, el máximo tribunal de México, en una jurisprudencia denominada, DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO PARA EL DESARROLLO Y BIENESTAR. ASPECTOS EN QUE SE DESARROLLA. **R-0056**.

¹⁵⁴ Algunos de los principios ambientales más relevantes son: Principio de Sostenibilidad, Principio de Buena Vecindad y Cooperación Internacional, Principio de Prevención, Principio Precautorio, Principio de Internalización de Costos, Principio de Responsabilidad Ambiental, Principio de Interdependencia, Principio de Participación Ciudadana, Principio de la primacía de la persuasión sobre la coerción, Principio de Congruencia, Principio de no Regresión.

¹⁵⁵ Informe pericial de Solcarga-Rábago, ¶ 89.

¹⁵⁶ Informe pericial de Solcarga-Rábago, ¶¶ 90-91.

preservar y restaurar los ecosistemas, a fin de evitar o reducir al mínimo sus efectos negativos sobre el medio ambiente.¹⁵⁷

154. Para ello, quienes pretendan llevar a cabo alguna obra o actividad señalada en el Artículo 28 de la LGEEPA, incluyendo la exploración, explotación y beneficio de minerales y sustancias reservadas a la Federación en los términos de la Ley Minera, requieren previamente una autorización de la SEMARNAT, a través de la DGIRA, en materia de impacto ambiental.¹⁵⁸

1. La solicitud de autorización en materia de impacto ambiental y la MIA

155. Para obtener una autorización para la exploración, explotación y beneficio de minerales y sustancias reservadas a la Federación, los interesados deben presentar ante la DGIRA una MIA.¹⁵⁹

156. La MIA es el documento mediante el cual se da a conocer, con base en estudios, el impacto ambiental, significativo y potencial que generaría una obra o actividad, así como la forma de evitarlo o atenuarlo en caso de que sea negativo.¹⁶⁰

157. Existen dos modalidades de MIA: 1) MIA modalidad Particular (MIA-P) y 2) MIA modalidad Regional (MIA-R).¹⁶¹ Como señala Solcargó en su informe, debido a sus características, el proyecto Don Diego debió someterse al Procedimiento EIA mediante una MIA-R.¹⁶²

158. Los requisitos que debe incluir una MIA-R se encuentran establecidos en el Artículo 13 del Reglamento (RLGEEPAMEIA) e incluye, inter alia, el SAR del proyecto, una evaluación de impacto ambiental realizada por el propio solicitante basado en evidencia técnica y científica y estrategias para prevenir y mitigar impactos ambientales.¹⁶³

¹⁵⁷ LGEEPA Art. 28. **C-0014.**

¹⁵⁸ LGEEPA Art. 28. **C-0014.**

¹⁵⁹ LGEEPA Art. 30. **C-0014.**

¹⁶⁰ Artículo 3 fracción XXI de la LGEEPA. **C-0014**; Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶ 82.

¹⁶¹ Artículo 10 del RLGEEPAMEIA. **C-0097**; Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶ 83.

¹⁶² Artículo 11 fracción IV del RLGEEPAMEIA. **C-0097**; Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶ 83.

¹⁶³ Artículo 13 del REIA. **C-0097**; Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶¶ 85-86.

2. El procedimiento de evaluación de impacto ambiental

159. A fin de que la SEMARNAT, a través de la DGIRA, realice el Procedimiento EIA y esté en posibilidad de conceder o negar la autorización para realizar la obra o actividad en cuestión, es necesario que el interesado presente una MIA del proyecto, un resumen ejecutivo del mismo, realice el pago de derechos correspondientes y un estudio de riesgo cuando se trata de actividades altamente riesgosas.¹⁶⁴

160. Una vez realizado lo anterior, la DGIRA revisa la solicitud, integra el expediente y se encuentra en posibilidad de realizar la evaluación de impacto ambiental, cuya resolución debería ser emitida sesenta días después de la presentación de la MIA y documentación requerida. Si se justifica, la DGIRA puede ampliar hasta por sesenta días adicionales la fecha límite para emitir su resolución.¹⁶⁵

161. En los casos en que la MIA presente insuficiencias que impidan la evaluación del proyecto, la DGIRA puede solicitar al promovente, aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones al contenido de la misma, las cuales deben ser proporcionadas dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en la que hayan sido solicitadas. En dicho caso, se suspende el término para que la DGIRA emita una resolución.¹⁶⁶

a. Solicitud de opiniones técnicas

162. Como parte del Procedimiento EIA, la DGIRA puede solicitar la opinión técnica de alguna dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, así como consultar a grupos de expertos cuando por la complejidad o especialidad de las circunstancias de ejecución y desarrollo se estime que sus opiniones pueden proveer de mejores elementos para la formulación de la resolución correspondiente.¹⁶⁷

163. Al realizar lo anterior, la DGIRA notifica al promovente los propósitos de la consulta y le remite una copia de las opiniones recibidas para que éste, durante el procedimiento, manifieste lo que a su derecho convenga.

¹⁶⁴ Artículo 17 del REIA. **C-0097**; Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶ 87.

¹⁶⁵ LGEEPA, Artículos 35 y 35 BIS. **C-0014**.

¹⁶⁶ LGEEPA, Artículo 35 BIS. **C-0014**; REIA, Artículo 22. **C-0097**; Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶¶ 98-99.

¹⁶⁷ REIA, Artículo 24. **C-0097**; Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶¶ 100-104.

b. Consulta pública

164. La MIA y su respectivo expediente son puestos a la disposición del público, manteniendo reservada la información confidencial que haya proporcionado el promovente, con el fin que pueda ser consultada por cualquier persona. La DGIRA, a solicitud de cualquier persona de la comunidad de que se trate, puede llevar a cabo una consulta pública.¹⁶⁸

165. El proceso de consulta pública permite a los interesados aportar sus observaciones y proponer el establecimiento de medidas de prevención y mitigación adicionales. Asimismo, es posible realizar una reunión pública de información en la que el promovente expone su proyecto y atiende las preguntas de los asistentes, cuando se trata de obras o actividades que puedan generar desequilibrios ecológicos graves o daños a la salud pública o a los ecosistemas.¹⁶⁹

166. Los resultados de la consulta pública o el acta la reunión pública de información que se realice se integran en el expediente del Procedimiento EIA.

c. Resolución sobre la evaluación de impacto ambiental

167. Al evaluar las manifestaciones de impacto ambiental, la SEMARNAT, a través de la DGIRA, considera tres elementos:

- 1) Los posibles efectos de las obras o actividades a desarrollarse en el o los ecosistemas en cuestión, analizando no sólo los recursos que sean objeto de aprovechamiento o afectación, sino, el conjunto de elementos que conforman estos ecosistemas;
- 2) La utilización de los recursos naturales en forma que se respete la integridad funcional y las capacidades de carga de los ecosistemas de los que forman parte dichos recursos, por periodos indefinidos; y
- 3) En su caso la SEMARNAT, a través de la DGIRA, considera las medidas preventivas, de mitigación y las demás que sean propuestas de manera voluntaria

¹⁶⁸ LGEEPA, Artículo 34. **C-0014**; REIA, Artículos 37 a 43. **C-0097**; Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶ 105.

¹⁶⁹ LGEEPA, Artículo 34. **C-0014**; REIA, Artículos 37 a 43. **C-0097**; Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶ 107.

por el solicitante, para evitar o reducir al mínimo los efectos negativos sobre el ambiente.¹⁷⁰

168. Una vez que haya concluido dicha evaluación, la DGIRA debe emitir, fundada y motivada, la resolución correspondiente, en la que puede:

- Autorizar la realización de la obra o actividad en los términos y condiciones manifestados;
- Autorizar, de manera condicionada, total o parcialmente la realización de la obra o actividad (la DGIRA puede sujetar la realización de la obra o actividad a la modificación del proyecto o al establecimiento de medidas adicionales de prevención y mitigación); o
- Negar la autorización (en aquellos casos en los que se contraviene lo establecido en las leyes, reglamentos y normas oficiales mexicanas, y demás normas jurídicas aplicables; la obra o actividad puede propiciar que una o más especies sean declaradas como amenazadas o en peligro de extinción o cuando se afecte a una de dichas especies; o existe falsedad en la información proporcionada por los promoventes).¹⁷¹

169. La resolución de la DGIRA contiene la información que se haya generado en el PEIA, incluyendo las opiniones técnicas que se hubiesen solicitado, los comentarios y observaciones que realicen los interesados en el proceso de consulta pública, así como el extracto del proyecto que durante dicho proceso se haya publicado, las garantías otorgadas y las modificaciones al proyecto que se hubieren realizado.¹⁷²

170. La ejecución de la obra o la realización de la actividad de que se trate debe sujetarse a lo previsto en la resolución respectiva, en las normas oficiales mexicanas y en las demás disposiciones legales aplicables.¹⁷³ Las autorizaciones que expide la SEMARNAT sólo se refieren a los aspectos ambientales de las obras o actividades de que se trate, por la vigencia establecida.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Ver artículo 44 del RLGEEPAMEIA. **C-0097**.

¹⁷¹ Informe pericial de Solcago-Rábago, ¶¶ 110-113. Ver artículo 35 de la LGEEPA. C-0014-SPA; Ver artículo 45 del RLGEEPAMEIA. **C-0097**.

¹⁷² Ver artículos 26 y 41, fracción IV, del RLGEEPAMEIA. **C-0097**.

¹⁷³ Ver artículo 47 del RLGEEPAMEIA. **C-0097**.

¹⁷⁴ Ver artículo 49 del RLGEEPAMEIA. **C-0097**.

I. El procedimiento de responsabilidad de servidores públicos

171. Conforme al sistema jurídico mexicano, la organización de la Administración Pública Federal Centralizada (APFC) involucra una estructura jerárquica de mando a cargo del poder ejecutivo, es decir, del Presidente de la República.¹⁷⁵ Este tipo de organización implica que los funcionarios de mayor jerarquía impartan instrucciones y los de menor jerarquía las reciban y, en su caso, las ejecuten.¹⁷⁶ Sin embargo, esta relación jerárquica y las consecuencias que de ella derivan (cadena de mando) tienen sus límites. En efecto, en México la ley prevé –mediante la regulación de la responsabilidad de los servidores públicos– mecanismos de denuncia, investigación y sanción que impidan el abuso de poder que pueda derivar del ejercicio de las funciones de los servidores públicos en la APF.¹⁷⁷

172. De acuerdo a la estructura jerárquica de la APFC, en la cadena superior de mando se encuentra el Presidente, quien en el ejercicio de sus atribuciones y para el despacho de los negocios del orden administrativo se apoya de las Secretarías de Estado,¹⁷⁸ las cuales tienen igual rango entre ellas. Al frente de cada Secretaría hay un Secretario de Estado, quien, para el despacho de los asuntos de su competencia, se auxiliará por, entre otros, los Subsecretarios, Directores Generales, Directores, Subdirectores, Jefes de Departamento, y los demás funcionarios, en los términos que establezca el reglamento interior respectivo y otras disposiciones legales.¹⁷⁹ En este sentido, la SEMARNAT sigue dicha estructura organizacional.

1. Estructura jerárquica de la SEMARNAT

173. De conformidad con el RISEMARNAT, ésta se conforma de diversas unidades administrativas, entre otras, tres subsecretarías que a su vez se integran de distintas direcciones

¹⁷⁵ Artículos 1o y 2o de la LOAPF. **C-0032.**

¹⁷⁶ “Cada Secretaría de Estado formulará, respecto de los asuntos de su competencia; [...] y órdenes del Presidente de la República”. Ver artículo 12 de la LOAPF. “Al frente de cada Secretaría habrá un Secretario de Estado, quien, para el despacho de los asuntos de su competencia, se auxiliará por los Subsecretarios, Titular de la Unidad de Administración y Finanzas, Jefes de Unidad, Directores, Subdirectores, Jefes de Departamento, y los demás funcionarios, en los términos que establezca el reglamento interior respectivo y otras disposiciones legales. [...]” Ver artículo 14 de la LOAPF. **C-0032.**

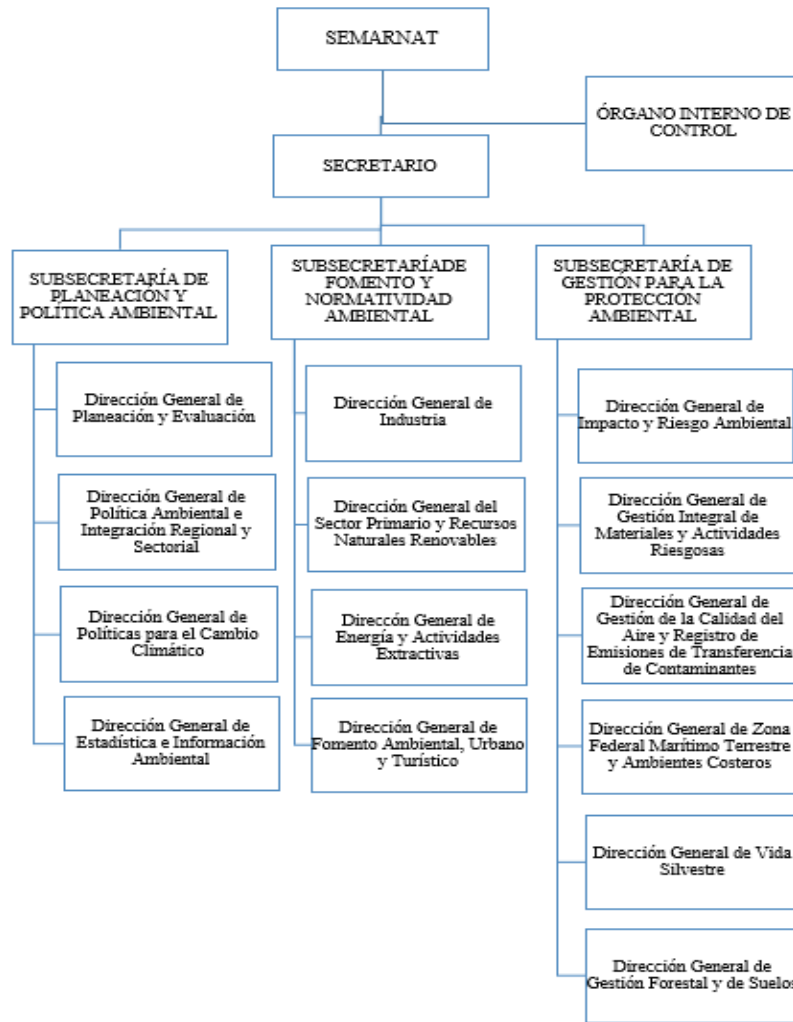
¹⁷⁷ Ver CPEUM, Título Cuarto, De las Responsabilidades de los Servidores Públicos, Particulares Vinculados con Faltas Administrativas Graves o Hechos de Corrupción, y Patrimonial del Estado. **R-0049.** Ver también LGRA. **R-0057.**

¹⁷⁸ Artículo 2o de la LOAPF. **C-0032.**

¹⁷⁹ Ver artículo 14 de la LOAPF. **C-0032.**

generales,¹⁸⁰ así como un Órgano Interno de Control,¹⁸¹ órgano independiente para realizar la investigación, tramitación, sustanciación y resolución de los procedimientos y recursos en materia de responsabilidad de servidores públicos,¹⁸² tal y como se muestra en la Figura 2.

Figura 2. Organigrama de las Subsecretarías que integran la SEMARNAT



174. Como se desprende de la Figura 2, la DGIRA se encuentra adscrita y subordinada a la Subsecretaría de Gestión para la Protección Ambiental. Sin embargo, el propio Reglamento Interior reconoce que a cargo de cada una de las direcciones generales – en este caso la DGIRA–

¹⁸⁰ Artículo 2 del RISEMARNAT. **R-0053.**

¹⁸¹ Artículos 2, penúltimo párrafo y 8 del RISEMARNAT. **R-0053.**

¹⁸² Artículo 4 de la LFRASP (vigente hasta el 19 de julio de 2017). **R-0058.** Ver también artículo 3, fracción XXI de la LGRA. **R-0057.**

hay un director general, quien asume su dirección técnica y administrativa y es el responsable ante las autoridades superiores de su correcto funcionamiento.¹⁸³

175. De hecho, el propio Reglamento Interior reconoce que los Directores Generales, tienen como facultades genéricas, entre otras, suscribir y resolver los asuntos sobre autorizaciones relativas al ejercicio de sus atribuciones.¹⁸⁴ Asimismo, el Reglamento Interior prevé, de manera particular y expresa, las atribuciones específicas del Director General de la DGIRA, entre ellas, el evaluar y decidir sobre las solicitudes en material de impacto ambiental, tal y como se explica en el siguiente apartado.

2. La DGIRA y la toma de decisiones para emitir las Autorizaciones de Impacto Ambiental

176. Si bien la normativa mexicana establece que a los titulares de las Secretarías de Estado – en este caso de la SEMARNAT– les corresponde originalmente el trámite y resolución de los asuntos de su competencia, también reconoce que para la mejor organización del trabajo pueden delegar en los funcionarios de menor jerarquía –Subsecretarios, Directores Generales, Directores, Subdirectores, etc.–, cualesquiera de sus facultades, con excepción de aquéllas que por disposición del reglamento interior deban ser ejercidas precisamente por dichos titulares.¹⁸⁵ Al respecto, el Reglamento Interior establece precisamente las facultades indelegables del Secretario y de los Subsecretarios, dentro de las cuales no se encuentra el evaluar o autorizar las manifestaciones de impacto ambiental. Dicha facultad está expresamente otorgada por ley a la DGIRA:

ARTÍCULO 28. La Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental tendrá las atribuciones siguientes:

[...]

II. Evaluar las manifestaciones de impacto ambiental en su modalidad regional, los estudios de riesgo que se integren a las mismas en términos del artículo 30 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente; las manifestaciones de impacto ambiental en su modalidad particular cuando a las mismas se integren estudios de riesgo en los términos apuntados, así como las manifestaciones de impacto ambiental, regionales o particulares, que se presenten para proyectos que promuevan dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, estatal o municipal o que se ubiquen en el territorio del Distrito Federal y emitir la resolución correspondiente;¹⁸⁶ [Énfasis añadido]

¹⁸³ Artículo 18 del RISEMARNAT. **R-0053.**

¹⁸⁴ Artículo 19, fracciones XXIII y XXV del RISEMARNAT. **R-0053.**

¹⁸⁵ Ver artículo 16 de la LOAPF. **C-0032.**

¹⁸⁶ Artículo 28, fracción II del RISEMARNAT. **R-0053.**

177. Evidentemente el derecho mexicano reconoce que la evaluación en material de impacto ambiental implica un procedimiento de carácter técnico-científico que debe recaer precisamente en un órgano que tenga dicha naturaleza, en este caso, la DGIRA.

178. Lo anterior, sin perjuicio de que únicamente de manera excepcional y con previa autorización del Secretario, el Subsecretario puede atraer para su resolución y resolver, los expedientes administrativos relativos a los actos de autoridad competencia de las direcciones generales de su adscripción –en este caso la DGIRA–, cuando así lo ameriten por sus características especiales, interés o trascendencia.¹⁸⁷ Sin embargo, en el caso particular de Don Diego, estas facultades del Secretario y del Subsecretario no se ejercieron, es decir, la DGIRA resolvió con plena libertad lo que consideró científica y técnicamente justificado. De hecho, la facultad de la DGIRA de resolver las solicitudes en materia de impacto ambiental es ejercida y mantenida aun después de que sus resoluciones han sido objeto de impugnación ante tribunales administrativos y judiciales:

ARTÍCULO 28. La Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental tendrá las atribuciones siguientes:

[...]

IV. Autorizar, cuando proceda, la modificación de las autorizaciones en materia de impacto ambiental que hubiera otorgado, así como suspenderlas, revocarlas o cancelarlas en cumplimiento a resoluciones administrativas o judiciales y analizar, en su caso, los estudios de riesgo respectivos;

179. La facultad exclusiva de la DGIRA, como único ente responsable de resolver las solicitudes en materia de impacto ambiental, contrastan con las atribuciones y facultades de las Direcciones Generales de otras autoridades ambientales, *e.g.*, la PROFEPA, cuyas decisiones sí están sujetas a consideración del superior jerárquico:

ARTÍCULO 54. La Dirección General de Planeación y Promoción de Auditorías tendrá las siguientes atribuciones:

I. Formular y someter a consideración del superior jerárquico, la expedición de los planes, estrategias o lineamientos para el desarrollo del Programa Nacional de Auditoría Ambiental;

[...]

¹⁸⁷ Artículos 5, fracción XXXIV y 9 fracción II del RISEMARNAT. **R-0053.**

III. Formular y someter a consideración del superior jerárquico los mecanismos de evaluación del Programa Nacional de Auditoría Ambiental, incluyendo indicadores de desempeño ambiental de las empresas, así como indicadores de gestión del Programa;

[...]

XII. Instruir y, en su caso, resolver los procedimientos para la aplicación de las sanciones administrativas aplicables a los auditores ambientales, conforme a la legislación correspondiente, e informarlo al superior jerárquico;

[...]

ARTÍCULO 58. La Dirección General de Impacto Ambiental y Zona Federal Marítimo Terrestre tendrá las atribuciones siguientes:

[...]

VI. Elaborar, someter a consideración del superior jerárquico y aplicar las reglas y metodologías para determinar el grado de afectación ambiental ocasionado o que pudiera ocasionarse por la realización de obras y actividades que requieran someterse al procedimiento de evaluación del impacto ambiental y no cuenten con la autorización correspondiente;

[...]

ARTÍCULO 64. La Dirección General de Control de Procedimientos Administrativos y Consulta tendrá las siguientes atribuciones:

[...]

VI. Substanciar los procedimientos administrativos y, en general todos los recursos establecidos en los diversos ordenamientos jurídicos cuya aplicación compete a la Procuraduría, elaborar las resoluciones respectivas, y someter a firma del superior jerárquico correspondiente; así como coadyuvar en la representación legal a la Procuraduría en la atención de los recursos de revisión seguidos ante el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos;

[...]

180. La diferencia de redacción respecto de las atribuciones y facultades del Director General de la DGIRA como único responsable para resolver en material de impacto ambiental, sin que tenga que someter su decisión a consideración de su superior jerárquico, *i.e.*, el Secretario o Subsecretario, *vis-à-vis* las facultades y atribuciones de otros Directores Generales que expresamente sí deben someter a consideración de su superior jerárquico sus decisiones o incluso a firma, no deben ser obviadas. A consideración de Solcargos, la evaluación del impacto ambiental del proyecto Don Diego correspondía al Director General de la DGIRA y no así al Subsecretario de

Gestión para la Protección Ambiental, ni tampoco al Secretario de Medio Ambiente y Recursos Naturales.¹⁸⁸

3. Procedimiento ante el Órgano Interno de Control

181. Como ya se señaló *supra*, la APFC en México cuenta con mecanismos para prevenir, identificar y sancionar actos de corrupción a fin de que los servidores públicos se conduzcan con apego a la ley. Para ello, cada entidad y dependencia, en este caso las Secretarías de Estado, *i.e.*, la SEMARNAT, cuentan con un Órgano Interno de Control (OIC) que se encarga de instrumentar procedimientos administrativos en contra de servidores públicos por irregularidades en el desempeño de sus funciones.

182. Hasta antes de julio de 2017 [REDACTED] la primera resolución que negó la autorización de impacto ambiental a ExO-, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (LFRSP) era la ley vigente en esa materia. Sin embargo, dicha ley fue abrogada por la Ley General de Responsabilidades Administrativas (LGRA), vigente a partir de julio de 2017 y aplicable en la fecha de emisión de la segunda resolución por la cual [REDACTED] la autorización en materia de impacto ambiental.

183. La distinción entre la ley aplicable a las conductas de los servidores públicos –los Sres. [REDACTED]–, antes de la primera resolución por la cual se negó la autorización *vis-à-vis* la segunda resolución que también negó la autorización, es meramente formal, debido a que, en sustancia y para los propósitos del arbitraje, ambas leyes implican la existencia de mecanismos para denunciar, investigar y sancionar conductas ilegales de los funcionarios públicos.

184. Efectivamente, como una cuestión de hecho, la Demandada no pretende omitir el funcionamiento de la APFC en México y cómo se rigen las relaciones jerárquicas y cadena de mando al interior de la administración pública entre los funcionarios. Sin embargo, conforme a lo anterior, basta señalar que la LFRSP preveía un procedimiento para sustanciar las denuncias que impliquen la presunta responsabilidad de los servidores públicos, el cual incluye la notificación al presunto responsable, el ofrecimiento de pruebas, diligencias tendientes a investigar la presunta responsabilidad, requerimiento de información, la celebración de una audiencia, el derecho a

¹⁸⁸ Informe pericial de Solcarga-Rábago, ¶ 80.

comparecer con un defensor, una etapa de alegatos, la emisión de una resolución que puede incluir la aplicación de sanciones,¹⁸⁹ así como la posibilidad de impugnar la resolución.¹⁹⁰ Para fácil referencia, en la Figura 3 se presenta un diagrama de flujo que da cuenta del procedimiento antes descrito.

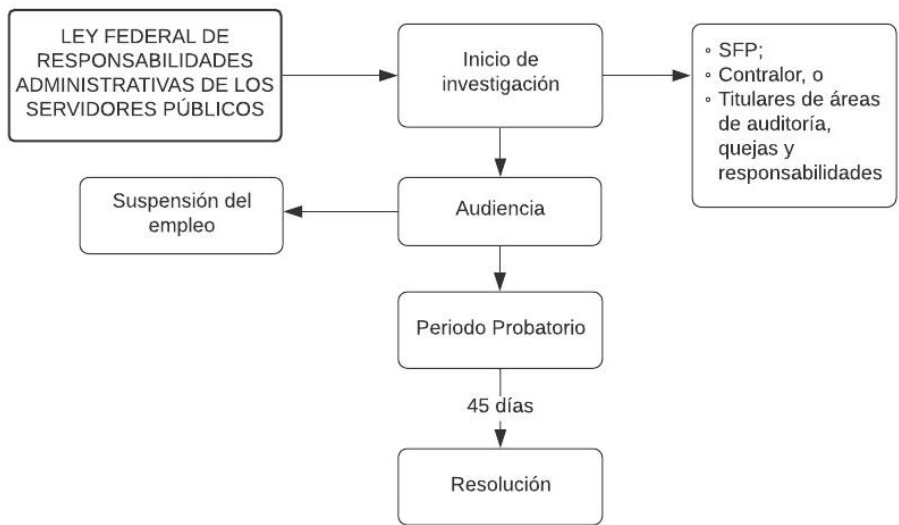


Figura 3. Diagrama de flujo del procedimiento en materia de responsabilidad de servidores públicos previsto en el la anterior LFRSP. R-0058.

185. Por lo que hace al procedimiento previsto en la LGRA, éste implica también una investigación que puede ser iniciada de oficio, por una denuncia o derivado de una auditoría. También se prevé una etapa de audiencia, alegatos e impugnación, procedimiento cuyas etapas se ilustran en la Figura 4.

¹⁸⁹ Artículo 21 de la LFRASP. **R-0058.**

¹⁹⁰ Artículos 26 al 30 de la LFRASP. **R-0058.**

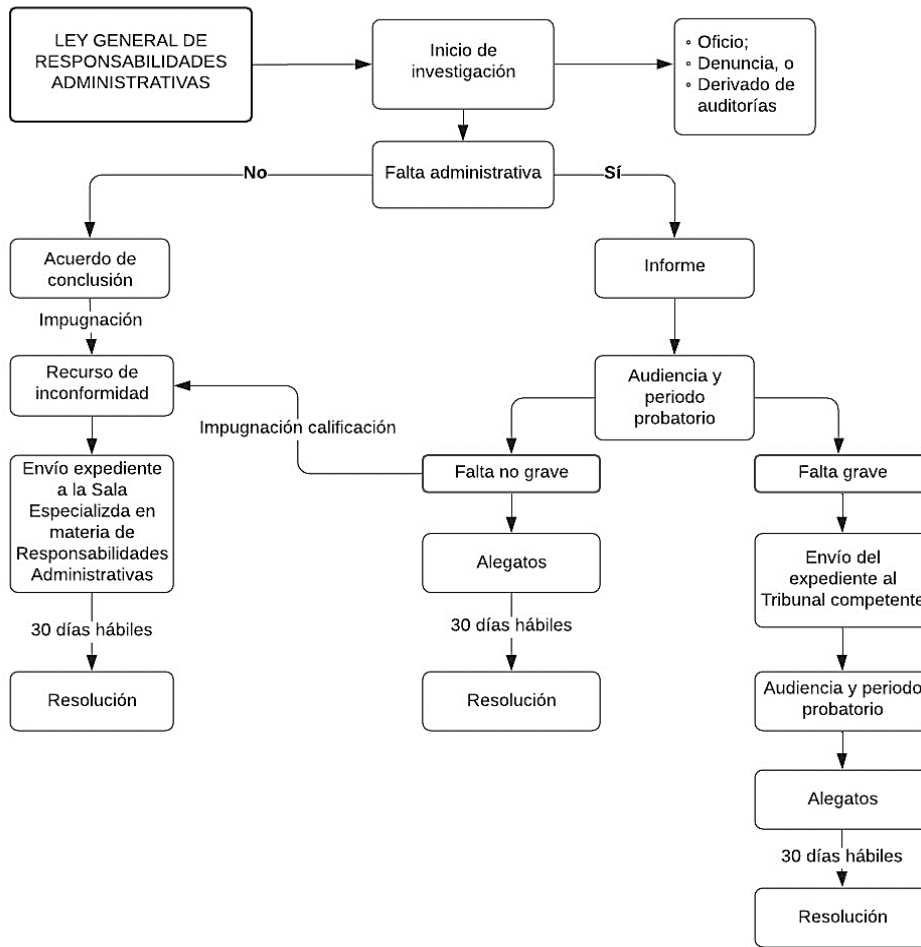


Figura 3. Diagrama de flujo del procedimiento en materia de responsabilidad de servidores públicos previsto en la actual LGRA. R-0057.

186. Como se desprende de las Figuras 3 y 4, en México se prevé un mecanismo para denunciar, investigar y sancionar las conductas de los funcionarios públicos que sean contrarias a la normativa y atribuciones que les han sido conferidas.

a. El [REDACTED] a denunciar cualquier irregularidad

187. De acuerdo a la declaración testimonial del [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED], tal como se describe a continuación.

188. En un primer momento, durante la primera solicitud de AIA en 2014 –que fue retirada *motu proprio* por ExO–, el [REDACTED] señala que “[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].”¹⁹¹ Sin embargo, el propio [REDACTED] también reconoce que esas situaciones son ajenas a la ley:

[...] [REDACTED].

[...]

[REDACTED]
[REDACTED].¹⁹²

189. En un segundo momento, con la segunda solicitud de autorización presentada por ExO en 2015, el [REDACTED] narra que [REDACTED]
[REDACTED]”, sin embargo, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]”.¹⁹³ Si bien el [REDACTED] intenta explicar, con [REDACTED]
[REDACTED],¹⁹⁴ [REDACTED]
[REDACTED]:

[...] [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].¹⁹⁵

190. En un tercer momento, derivado de la sentencia del TFJA que ordenó a la DGIRA emitir una nueva resolución –segunda resolución–, el [REDACTED] ha manifestado que, “[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]”.¹⁹⁶ Al respecto, a pesar de que el [REDACTED] especula sobre las posibles razones que motivaron la supuesta

¹⁹¹ Declaración testimonial del [REDACTED], ¶ 11.
¹⁹² Declaración testimonial del [REDACTED], ¶ 12.
¹⁹³ Declaración testimonial del [REDACTED], ¶ 20.
¹⁹⁴ Declaración testimonial del [REDACTED], ¶ 20.
¹⁹⁵ Declaración testimonial del [REDACTED], ¶ 23.
¹⁹⁶ Declaración testimonial del [REDACTED], ¶ 29.

orden de negar la autorización de impacto ambiental, nuevamente reconoce que dicha situación no se apega a derecho:

[REDACTED]

191. Después de trabajar “[REDACTED]”,¹⁹⁸ el Sr. [REDACTED] conocía, o debió conocer, la legislación que regía su actuar y el de los funcionarios públicos en general, incluyendo sus superiores jerárquicos. En este sentido, la LFRSP regía el actuar del [REDACTED] la primera resolución que negó la autorización de la MIA, la cual establecía:

ARTICULO 8.- Todo servidor público tendrá las siguientes obligaciones:

[...]

VII.- Comunicar por escrito al titular de la dependencia o entidad en la que preste sus servicios, las dudas fundadas que le suscite la procedencia de las órdenes que reciba y que pudiesen implicar violaciones a la Ley o a cualquier otra disposición jurídica o administrativa, a efecto de que el titular dicte las medidas que en derecho procedan, las cuales deberán ser notificadas al servidor público que emitió la orden y al interesado;

[...]

XVIII.- Denunciar por escrito ante la Secretaría o la contraloría interna, los actos u omisiones que en ejercicio de sus funciones llegare a advertir respecto de cualquier servidor público que pueda constituir responsabilidad administrativa en los términos de la Ley y demás disposiciones aplicables;

[...]

XXIV.- Abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa relacionada con el servicio público.¹⁹⁹

[Énfasis añadido]

192. Igualmente, la LGRA vigente y aplicable a partir de julio de 2017, es decir, a la emisión de la segunda resolución [REDACTED] la autorización de la MIA dispone una serie de directrices y obligaciones a la que se sujetan los servidores públicos:

¹⁹⁷ Declaración testimonial del Sr. [REDACTED], ¶ 32.

¹⁹⁸ Declaración testimonial del Sr. [REDACTED], ¶ 2.

¹⁹⁹ Artículo 8 de la LFRASP. **R-0058.**

Artículo 7. Los Servidores Públicos observarán en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, los principios de disciplina, legalidad, objetividad, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, integridad, rendición de cuentas, eficacia y eficiencia que rigen el servicio público. Para la efectiva aplicación de dichos principios, los Servidores Públicos observarán las siguientes directrices:

I. Actuar conforme a lo que las leyes, reglamentos y demás disposiciones jurídicas les atribuyen a su empleo, cargo o comisión, por lo que deben conocer y cumplir las disposiciones que regulan el ejercicio de sus funciones, facultades y atribuciones;

[...]

Artículo 49. Incurrirá en Falta administrativa no grave el servidor público cuyos actos u omisiones incumplan o transgredan lo contenido en las obligaciones siguientes:

[...]

II. Denunciar los actos u omisiones que en ejercicio de sus funciones llegare a advertir, que puedan constituir Faltas administrativas, en términos del artículo 93 de la presente Ley;

III. Atender las instrucciones de sus superiores, siempre que éstas sean acordes con las disposiciones relacionadas con el servicio público.

En caso de recibir instrucción o encomienda contraria a dichas disposiciones, deberá denunciar esta circunstancia en términos del artículo 93 de la presente Ley;

[...]

Artículo 93. La denuncia deberá contener los datos o indicios que permitan advertir la presunta responsabilidad administrativa por la comisión de Faltas administrativas, y podrán ser presentadas de manera electrónica a través de los mecanismos que para tal efecto establezcan las Autoridades investigadoras, lo anterior sin menoscabo de la plataforma digital que determine, para tal efecto, el Sistema Nacional Anticorrupción.

193. Conforme a lo anterior, aun y cuando para efectos organización de la APFC existe una cadena de mando entre los funcionarios públicos de distintos rangos, existen obligaciones propias de cada funcionario que deberás observar en cada momento durante su gestión. De hecho, el derecho mexicano prevé mecanismos para evitar que funcionarios –Secretario y Subsecretarios– jerárquicamente superiores a otros –Directores Generales– abusen de su posición. Esta situación no puede obviarse ni ignorarse. Lo anterior, sin perjuicio de que la propia normativa mexicana también prevé de manera específica cuáles son las atribuciones y facultades que corresponden a cada funcionario público. En este caso, ni Secretario ni el Subsecretario tenían atribución alguna para determinar el sentido de una resolución técnica-científica en materia de evaluación de impacto ambiental. Al respecto, el propio Ing. Rafael Pacchiano reconoce esa situación y desmiente las afirmaciones del ██████████ con base en el marco normativo que regulaba sus actuaciones:

[...] Todo funcionario público sabe que existen leyes sobre responsabilidad administrativa y conoce los órganos de supervisión y vigilancia que existen en la APF.

Conforme a lo anterior, me parece inconcebible que el [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]”. Incluso, me parece
aún más incomprensible que llegue al extremo de dejar entrever que [REDACTED]
[REDACTED] sin que mediara un análisis exhaustivo [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Al respecto, la objeción o reserva frente a una instrucción indebida o ilegal no es un derecho de los servidores públicos, sino una obligación derivada de su estatuto funcional. Por lo tanto, y considerando los [REDACTED]
[REDACTED] en la APF, de haber recibido una instrucción ilegal o una sugerencia indebida –lo cual se niega–, su obligación era hacerlo del conocimiento de la autoridad, en razón de que la ejecución de una orden ilegal les generaría responsabilidad [REDACTED]
[REDACTED].²⁰⁰

194. Con base en lo antes mencionado, el hecho de señalar que un superior jerárquico giró instrucciones y éstas fueron ejecutadas sin más razón ni cuestionamiento alguno, a pesar de que no se estaba de acuerdo con ellas o se consideraban ilegales, no puede tomarse a la ligera.

195. Resulta revelador que no existe evidencia de que en su momento se hubiera denunciado esa situación, por el contrario, la evidencia [REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] [...]”.²⁰¹ Es hasta ahora que, con motivo del arbitraje [REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]. El hecho es [REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] estar de acuerdo con su contenido, por lo que sus dichos deben ser evaluados a la luz de este hecho. La suposiciones de lo que hubiera pasado,²⁰² sin ningún sustento y la falta de denuncia sobre la supuesta instrucción durante el proceso administrativo [REDACTED]
[REDACTED]

²⁰⁰ Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, ¶¶ 37-39.

²⁰¹ Declaración testimonial [REDACTED], ¶ 3.

²⁰² [REDACTED]
[REDACTED] [...]”. Declaración testimonial [REDACTED]
[REDACTED], ¶ 21.

[REDACTED] debe ser cuidadosamente considerado a la luz de otros hechos que a continuación se presentan y sustentan en evidencia.

b. Los [REDACTED] con el contenido de las resoluciones firmadas y rubricadas

196. A pesar de que [REDACTED] [REDACTED]”,²⁰³ señala que [REDACTED] [REDACTED] [...]”.²⁰⁴ Al respecto, el Ing. Rafael Pacchiano ha rechazado categóricamente que él haya dado instrucciones respecto del sentido de las resoluciones [REDACTED] [REDACTED]:

[REDACTED]
[REDACTED]. La misma situación se presentó respecto de la segunda resolución de octubre de 2018, por la cual se volvió a negar la autorización. El hecho de que [REDACTED] [REDACTED] negaron la autorización del proyecto Don Diego, significa que [REDACTED] con el contenido y sentido de dichas resoluciones. Por ello, resulta cuestionable que ahora pretendan desligarse de esas decisiones y deslindarse de cualquier responsabilidad so pretexto de la supuesta existencia de instrucciones y culpándose ex post facto de su actuar. En este sentido, es falso que [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]”.³⁰ La legislación que rige la actuación de los servidores públicos es clara en señalar que los servidores públicos deben proceder a denunciar cuando reciban instrucciones o encomiendas contrarias a la ley.

En consecuencia, si los [REDACTED] [REDACTED] por la supuesta existencia de órdenes a mi cargo (lo cual es falso), debieron recurrir a los procedimientos legales que internamente existen para denunciar y manifestar ese tipo de desacuerdos, dejando registro escrito de ello. Sin embargo, no lo hicieron por la sencilla razón de que nunca recibieron orden o sugerencia de mi parte para negar el otorgamiento de la autorización medioambiental referida.²⁰⁵ [Énfasis añadido]

197. Como ya se explicó *supra*, la normativa mexicana prevé expresamente que la DGIRA y su Director General [REDACTED] tienen la atribución y son los responsables

²⁰³ Declaración testimonial del Sr. [REDACTED], ¶ 3.

²⁰⁴ Declaración testimonial del Sr. [REDACTED], ¶ 11.

²⁰⁵ Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, ¶¶ 35-36.

de emitir autorizaciones en material de impacto ambiental. El propio [REDACTED] parece coincidir en ello al señalar que [REDACTED]

[REDACTED].²⁰⁶ Extrañamente, el [REDACTED] afirma sin sustento jurídico alguno que [REDACTED]

[REDACTED]”.²⁰⁷

198. No existe sustento alguno para afirmar que el Secretario o Subsecretario tenían la responsabilidad final sobre las decisiones técnico-científicas a cargo de la DGIRA, ni evidencia que demuestre que el Secretario o Subsecretario ordenaron al Sr. [REDACTED] negar la autorización de la MIA a ExO, ni mucho pruebas contemporáneas que demuestren que el Sr.

[REDACTED] – denunciando esta situación ante el OIC–. Lo que sí existe es un procedimiento administrativo de responsabilidad en contra del Sr. [REDACTED] por el incumplimiento de sus obligaciones derivadas del desempeño de sus funciones, tal como se describe en el siguiente apartado.

4. Investigaciones en contra del [REDACTED]

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

²⁰⁶ Declaración testimonial del Sr. [REDACTED], ¶ 2.

²⁰⁷ Declaración testimonial del Sr. [REDACTED], ¶ 2.

²⁰⁸ [REDACTED]
[REDACTED]

²⁰⁹ [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

.210

200. De hecho, el propio Ing. Rafael Pacchiano da cuenta de esa situación en su declaración testimonial: [REDACTED]

[REDACTED]

211

201. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

210 [REDACTED]

211 Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, nota al pie 1.

212 [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED].²¹³

202. A pesar de la autorización inicial que se otorgó por parte de la DGIRA, posteriormente, y derivado de diversos procedimientos administrativos y judiciales, el Sr. [REDACTED] negó e la autorización de ese proyecto.²¹⁴ Llama la atención [REDACTED]
[REDACTED], el Sr. Mauricio Limón – ahora curiosamente representante legal de ExO– fungía como Subsecretario de Gestión para la Protección Ambiental,²¹⁵ sin embargo, se trata de un hecho que [REDACTED]
[REDACTED] en sus declaraciones testimoniales a efectos de clarificar o descartar un posible conflicto de interés.

203. Otra situación que tampoco ha sido revelada por el Sr. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]. Este hecho es relevante, ya que si bien no tiene que ver con el proyecto Don Diego como lo señala, es una situación que pone de manifiesto que [REDACTED] sabía cómo operaban los mecanismos de responsabilidad administrativa y, a pesar de ello, se atreve a formular las siguientes afirmaciones:

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

213 [REDACTED]

214 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED], el Sr. [REDACTED] Ver R-0064.

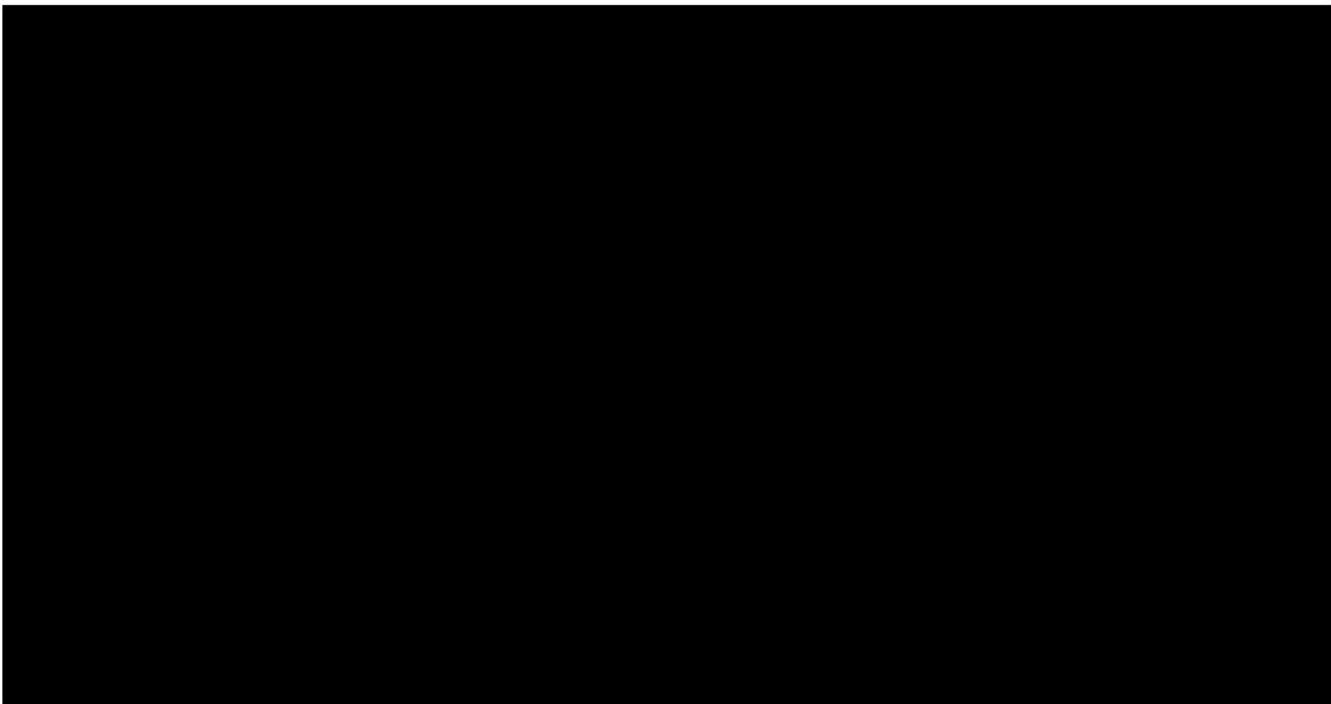
215 [REDACTED] R-0065.

216 Declaración testimonial [REDACTED], ¶ 29.

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]²¹⁷

204. A pesar de que el Sr. [REDACTED] omitió revelar su relación con el Sr. Mauricio Limón y explicar [REDACTED] [REDACTED], consideró más importante referir al caso “Los Cardones”,²¹⁸ que es ajeno al proyecto Don Diego. Lo anterior, con el fin de intentar sustentar sus acusaciones contra el Sr. Rafael Pacchiano. Sin embargo, al igual que como aconteció con las resoluciones por las que negó el proyecto Don Diego, el Sr. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED].

Figura 5. [REDACTED] R-0066.



205. El Ing. Rafael Pacchiano ha aclarado la referencia hecha por [REDACTED] al proyecto “Los Cardones”, para explicar que, conforme a las atribuciones de su cargo, él no tenía la facultad legal de decidir cuestiones en materia de impacto ambiental, [REDACTED]

²¹⁷ Declaración testimonial del Sr. [REDACTED], ¶¶ 29, 30, 31 y 33.

²¹⁸ Declaración testimonial del Sr. [REDACTED], ¶ 23.

[REDACTED]
[REDACTED]:

Mi posición siempre fue la de dar cumplimiento a la ley y que prevalecieran las consideraciones técnicas y científicas sin importar las repercusiones políticas que se pudieren generar. Prueba de lo anterior es precisamente el proyecto de minería “Los Cardones”, en el cual ciertamente hubo mucha resistencia por parte de la opinión pública y de la población en Baja California Sur. Sin embargo, la DGIRA autorizó el proyecto cumpliendo con las leyes y disposiciones en la materia, tomando la decisión final con base en fundamentos meramente científicos y técnicos. Al respecto, resulta cuestionable que [REDACTED] referencia a dicho caso para sostener que [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Nuevamente, [REDACTED] de la resolución final de ese proyecto y desconocer por completo que [REDACTED]
[REDACTED].

La referencia al proyecto “Los Cardones” [REDACTED]
[REDACTED]. Además, la propia resolución de ese proyecto confirma que ni el Secretario o Subsecretario de la SEMARNAT tienen injerencia alguna en la decisión final, tal como lo confirma la propia resolución que en la última página señala que únicamente se me notificó “para [mi] conocimiento”.²¹⁹

206. Por lo tanto, el único símil evidente que se desprende entre el proyecto Don Diego y la referencia del Sr. [REDACTED] al caso Los Cardones, es que resulta falso afirmar que “Pacchiano había autorizado la MIA de [ese] proyecto minero muy controversial (“Los Cardones”)”.²²⁰

5. La renuncia de los Sres. [REDACTED]

207. [REDACTED]
[REDACTED]. Sin embargo, el Sr. [REDACTED]
que [REDACTED]
[REDACTED]²²¹ Por su parte, [REDACTED]
[REDACTED]. Al parecer, ahora [REDACTED] trabajan como consultores ambientales [REDACTED] y también hay coincidencia

²¹⁹ Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, ¶¶ 45-46. Ver también Anexo RPA-001.

²²⁰ Declaración testimonial del Sr. [REDACTED], ¶ 23.

²²¹ Declaración testimonial del Sr. [REDACTED], ¶ 37.

en que [REDACTED] presentar sus declaraciones testimoniales [REDACTED]
[REDACTED].²²²

208. Es importante mencionar que [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]. Sin embargo, ahora [REDACTED] testificar [REDACTED]
[REDACTED] y no solo en contra de México, sino también [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]. No existe un motivo aparente que explique dicha situación, no obstante, ello coincide justamente con el hecho de haber dejado de trabajar para el Gobierno de México.

209. De hecho, el Sr [REDACTED]
[REDACTED] en diversas reuniones con el equipo de defensa del Gobierno de México y brindó asesoría ambiental, apoyó a la Demandada en el proceso de consultas, así como en el intercambio de comunicaciones vía correo electrónico respecto del estatus y estrategia legal del arbitraje.²²³ En este contexto, y mientras seguía trabajando para el Gobierno de México, el Sr. [REDACTED], en ninguna de las reuniones que sostuvimos entre las diversas dependencias que analizábamos la notificación de intención para someter la reclamación a arbitraje presentada por Odyssey, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].²²⁴ De hecho, en las reuniones de trabajo se externó incluso la clara posibilidad de que [REDACTED] de la Demandada, [REDACTED].²²⁵

²²² Declaración testimonial del Sr. [REDACTED], ¶ 1 y Declaración testimonial del Sr. [REDACTED], ¶ 1.
²²³ Correo electrónico del 22 de febrero de 2019 de la Secretaría de Economía; correos electrónicos del 1º de abril de 2019 intercambiados entre funcionarios de la Secretaría de Economía y SEMARNAT; correo electrónico del 12 de abril de 2019 enviado por la Demandada a la SEMARNAT; correos electrónicos del 5 de abril de 2019 intercambiados entre la Demandada y funcionarios de la SEMARNAT; correo electrónico del 31 de mayo de 2019 enviado por la Demandada a la SEMARNAT. **R-0067 a R-0071.**
²²⁴ Declaración testimonial del Sr. Salvador Hernández, ¶ 10.
²²⁵ Declaración testimonial del Sr. Salvador Hernández, ¶ 7.

210. Resulta cuestionable que, justamente con su salida como [REDACTED] Gobierno de México, los Sres. [REDACTED]

[REDACTED]. Ese actuar incongruente debe evaluarse a la luz de los hechos que se han presentado en esta sección.

J. La Manifestación de Impacto Ambiental presentada por ExO en 2014

211. Con un alto grado de hermetismo, la Demandante ha narrado los hechos relacionados con la MIA 2014 y el Procedimiento EIA que inició a partir de que ExO subsanó algunos errores en la presentación de la MIA 2014.²²⁶ El 3 de septiembre de 2014, ExO presentó ante la DGIRA la MIA 2014. Técnicamente, esta fue la primera de tres MIAs presentadas por ExO ante la DGIRA.²²⁷

212. Una vez subsanados los errores en los que incurrió ExO en la presentación de la MIA 2014, el 18 de septiembre de 2014 la DGIRA dio inicio al Procedimiento EIA, el cual finalizó el 22 de junio de 2015 debido a la decisión *motu proprio* de ExO de retirar la MIA 2014.²²⁸

213. La Demandante ha realizado una serie de afirmaciones sobre la MIA 2014 que la Demandada se ve en la necesidad de corregir.

1. Las opiniones técnicas sobre la MIA 2014

214. El 12 de septiembre de 2014, ExO publicó un extracto en el periódico local “El Sudcaliforniano”, en cumplimiento a la legislación ambiental, y “con el afán de asegurar una amplia difusión y participación social en el proceso de evaluación de Impacto Ambiental para el Proyecto, y con el propósito de mantener a salvo el derecho de la ciudadanía a participar en dicho proceso”.²²⁹ Realizado lo anterior, el 1º de octubre de 2014, la SEMARNAT puso a disposición

²²⁶ **C-0115.**

²²⁷ La MIA 2014 fue presentada bajo la modalidad “regional” y estuvo acompañada de diversos anexos. Al igual que sucedió con la MIA 2015, ExO cometió varios errores al momento de presentar la MIA 2014. El 11 de septiembre de 2014, la DGIRA previno a ExO para que presentara de forma correcta la MIA 2014. *Ver* oficio DGIRA del 11 de septiembre de 2014. **R-0072.**

²²⁸ Oficio del 22 de junio de 2015 de la DGIRA. **R-0073.**

²²⁹ Extracto Proyecto Don Diego publicado el 9 de septiembre de 2014 en El Sudcaliforniano. **R-0074.** *Ver* Artículo 34, frac. I, LGEEPA. **C-0014.**

del público la MIA 2014 para que cualquier ciudadano de la comunidad pudiera consultarla, en cumplimiento a lo establecido en la LGEEPA.²³⁰

215. Una vez iniciado el Procedimiento EIA, entre octubre de 2014 y marzo de 2015, la DGIRA solicitó más de 20 opiniones técnicas sobre el Proyecto a diversas organizaciones, autoridades e instituciones académicas, de conformidad con el artículo 24 del RLGEEPAMEIA.²³¹ Asimismo, diversas personas y organizaciones expresaron a la DGIRA sus preocupaciones y presentaron información para que fuera considerada por la DGIRA al momento de resolver la MIA 2014.²³²

216. La Demandada no pretende realizar una “revaluación” del Proyecto en este arbitraje de inversión y tampoco considera que el Tribunal debe realizarlo. Sin embargo, algunas de las opiniones técnicas recibidas por la DGIRA son de gran importancia. Además, el Tribunal debe considerar que fue la propia DGIRA quien solicitó las opiniones técnicas en el ejercicio de sus propias facultades y conforme al marco legal aplicable. [REDACTED]

217. El 10 de octubre de 2014, la Dirección General de Política Ambiental e Integración Regional y Sectorial de la SEMARNAT presentó una opinión técnica ante la DGIRA y le informó que se encontraba trabajando en la preparación del Programa Ecológico, entre cuyos objetivos se encontraba establecer que las actividades mineras en el fondo marino no debían provocar la mortalidad de la tortuga amarilla, evitar que los materiales de desecho de dragados provocaran

²³⁰ Ver Artículo 34 de la LGEEPA. **C-0014**.

²³¹ Ver artículo 24 del REIA. **C-0097**. Inicialmente, en octubre de 2014, la DGIRA solicitó opiniones técnicas sobre la MIA 2014. Sin embargo, el 21 de noviembre de 2014, la DGIRA requirió a ExO una ampliación, aclaración o rectificación de la MIA 2014. El 6 de marzo de 2015, ExO presentó un considerable número de información adicional ante la DGIRA con la finalidad de dar cumplimiento al requerimiento de noviembre de 2014. Ante ello, la DGIRA solicitó nuevamente opiniones técnicas a distintas autoridades y organizaciones, *inter alia*, a la Dirección General de Vida Silvestre de SEMARNAT; al Centro Interdisciplinario de Ciencias Marinas del Instituto Politécnico Nacional (CICIMAR); al Centro de Investigaciones Biológicas del Noroeste, S.C. (CIBNOR); a la Dirección General de Política Ambiental e Integración Regional y Sectorial-SEMARNAT; al Instituto de Ciencias del Mar y Limnología de la UNAM; al Instituto de Ciencias Oceanológicas de la Universidad Autónoma de Baja California (IIO); entre otras. Ver **R-0075** a **R-0080**. Ver comunicación del 19 de noviembre de 2014 de Wild Coast-CostaSalvaje. **R-0081**.

²³² Oficio del 27 de noviembre de 2014 de la DGIRA dirigido a la Diputada Oropeza. **R-0082**. Oficio del 15 de enero de 2015 de la DGIRA dirigido a la Unión de Armadores del Litoral del Océano Pacífico, A.C. **R-0083**. Oficio del 12 de junio de 2015 de la DGIRA dirigido a representantes de habitantes del Golfo de Ulloa. **R-0084**.

contaminación por metales pesados y/o sustancias tóxicas y no generar “efectos subletales” en especies prioritarias.²³³

218. Sobre este último aspecto, la Dirección General de Política Ambiental Integración Regional y Sectorial hizo énfasis en que no solo existía el riesgo de que Don Diego elevara la mortalidad de la tortuga caretta caretta, sino también se podían producir cambios fisiológicos y de comportamiento en las tortugas caretta caretta y reducir sus fuentes de alimentación.²³⁴

219. El 3 de noviembre de 2014, el Consejo Consultivo para el Desarrollo Sustentable de SEMARNAT (Consejo Consultivo), emitió una opinión técnica en la cual recomendó a SEMARNAT no aprobar el Proyecto. En síntesis, el Consejo Consultivo solicitó tomar en consideración el principio precautorio, de conformidad con el Principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro, ya que, a su consideración, el Proyecto implicaba un tipo de minería que no había sido autorizado en otros mercados.²³⁵ De igual forma, el Consejo Consultivo informó que existía una falta de certidumbre científica en la MIA 2014.

220. Una de las preocupaciones del Consejo Consultivo consistía en que las actividades de dragado podían liberar elementos de traza con altos grados de toxicidad. Además, enfatizó el hecho de que la MIA 2014 no explicaba si el uranio detectado en algunos análisis era radiactivo, siendo esto una gran omisión en el estudio realizado por ExO.²³⁶ De igual forma, el Consejo Consultivo señaló que la operación del Proyecto podía incrementar mareas rojas en la zona debido a la liberación de altas cantidades de fosfato en el mar.²³⁷

²³³ Opinión técnica del 10 de octubre de 2014 de la Dirección General de Política Ambiental-SEMARNAT, pp. 1, 12-13. **R-0085.**

²³⁴ Opinión técnica del 10 de octubre de 2014 de la Dirección General de Política Ambiental-SEMARNAT, p. 11. **R-0085.**

²³⁵ En términos generales, el Consejo Consultivo es un órgano de consulta en el que participan entidades de la administración pública, instituciones académicas y organizaciones sociales y empresariales. Parte de sus funciones consisten en brindar asesoría y dar seguimiento a la política ambiental de la Demandada, y está facultado para emitir las opiniones. *Ver* artículo 159 de la LGEEPA. **C-0014.** Opinión técnica del Consejo Consultivo del 4 de noviembre de 2014, p. 2. **R-0086.**

²³⁶ Opinión técnica del Consejo Consultivo del 4 de noviembre de 2014, p. 3. **R-0086.**

²³⁷ Opinión técnica del Consejo Consultivo del 4 de noviembre de 2014, pp. 2-3. **R-0086.** El Instituto de Ciencias del Mar de la UNAM también expresó sus preocupaciones sobre los efectos tóxicos que podían ser causados por el dragado. *Ver* opinión técnica del Instituto de Ciencias del Mar-UNAM del 15 de junio de 2015, p. 5. **R-0087.**

221. El 4 de noviembre de 2014, el Programa de Investigación de Mamíferos Marinos (PRIMMA) de la Universidad Autónoma de Baja California Sur emitió una opinión técnica con especiales preocupaciones y observaciones a la MIA 2014 respecto al impacto en cetáceos. A consideración del PRIMMA, “la MIA carece de una metodología adecuada para analizar la distribución espacio-temporal de los cetáceos de la zona de la Bahía de Ulloa, por lo que cualquier interpretación del análisis del efecto de los rangos de frecuencia emitidos durante las operaciones mineras sobre las distintas especies de mamíferos marinos, no puede ser considerada desde un punto de vista científico”.²³⁸

222. Las siguientes preocupaciones del PRIMMA son relevantes:

La zona denominada Bahía de Ulloa incluye la entrada a la Laguna San Ignacio a Boca de la Soledad y la Bahía Magdalena, las cuales son zonas fundamentales para la crianza y la reproducción de la ballena gris que pasa el invierno en las aguas de la Península de Baja California. No obstante lo anterior, la MIA no menciona ni presenta un análisis claro del uso que estas especies hacen de la zona.

[...]

Para la ballena gris que será quizás la especie más afectada no se presentan modelos de densidad ni de idoneidad del hábitat, mucho menos se menciona si en sus prospecciones fue avistada.

[...]

En la MIA se menciona que “el nivel de sonido generado por los procesos extractivos, por la draga, por la barcaza y por el barco auxiliar son de una intensidad muy similar a los propios barcos dedicados al avistamiento de las ballenas [...] En el texto mencionado no se explica esta situación. Además, el ruido generado por una embarcación con un motor fuera de borda (panga), no es comparable con el de la draga, ni en intensidad ni en el tiempo de exposición.”²³⁹

223. Con base en ello, el PRIMMA no consideró correctas varias afirmaciones señaladas en la MIA 2014, la metodología y análisis realizado por ExO en lo que respecta al impacto del Proyecto en mamíferos marinos y, sobre todo, cuestionó el hecho de que el ruido causado por la draga del Proyecto fuera equiparable al de una lancha para avistamientos de ballenas.

224. El 7 de noviembre de 2014, el CIBNOR del IPN emitió una opinión técnica en la que expresó sus preocupaciones sobre la falta de trabajo de monitoreo y bioensayos para poder valorar

²³⁸ Opinión técnica del PRIMMA-UABCS, p. 3. **R-0088.**

²³⁹ Opinión técnica del PRIMMA-UABCS, pp. 3, 5, 9 [énfasis añadido] **R-0088.**

con exactitud el impacto del Proyecto en el Golfo de Ulloa y los efectos que la liberación o exposición de fosfato podía generar, así como la destrucción del medio bentónico.²⁴⁰ El CIBNOR también consideró incorrectas las afirmaciones de ExO con relación a que el Proyecto se realizaría fuera de áreas de pesca y enfatizó sobre el efecto socioeconómico que generaría la afectación a las pesquerías de la región.²⁴¹

225. Meses después, el CIBNOR presentó una segunda opinión técnica sobre la información adicional presentada por ExO. Al respecto, el CIBNOR nuevamente señaló preocupaciones sobre el Proyecto y consideró que la contaminación acústica de la draga podía interferir “en la comunicación entre todas las especies de mamíferos marinos presentes en el área durante 50 años”.²⁴²

226. El 16 de diciembre de 2014, el Gobierno de Baja California Sur presentó una opinión técnica en la que informó a la DGIRA que no consideraba viable el Proyecto. A consideración del Gobierno de Baja California Sur, ExO presentó una serie de programas de monitoreo que técnicamente no podían ser considerados medidas de mitigación, ya que, aunque fueran implementados, los efectos ambientales generarían cambios significativos en el hábitat e incrementarían la problemática social con el sector pesquero de la zona. El Gobierno de Baja California Sur también enfatizó que, después de muchos años, México había logrado preservar el hábitat de la ballena gris y con ello dejó de ser considerada una especie en crítico peligro de extinción, razón por la cual era contradictorio aprobar un proyecto que volvería a poner en peligro un logro ambiental.²⁴³

227. El 2 de marzo de 2015, la DGIRA recibió una comunicación de Islands Seas, en la que señaló que la extracción del fosfato del subsuelo marino podía “devastar el ecosistema local de manera irreversible en las bahías de San Ignacio y Magdalena, y potencialmente cambiar el equilibrio global del ecosistema de los océanos”.²⁴⁴ Además, Islands Seas tenía una seria preocupación sobre la afectación al fitoplancton a causa del dragado:

²⁴⁰ Opinión técnica del CIBNOR-IPN, p. 5. **R-0089.**

²⁴¹ Opinión técnica del CIBNOR-IPN, p. 5. **R-0089.**

²⁴² Segunda opinión técnica del CIBNOR-IPN, p. 10. **R-0090.**

²⁴³ Segunda opinión técnica del CIBNOR-IPN, p. 11. **R-0090.**

²⁴⁴ Opinión técnica de Islands Seas del 2 de marzo de 2015, p. 2. **R-0091.**

Se cree que el afloramiento natural de los suministros de nitrato, fosfato y silicato en el área de “Los Lodazales” actúan como reguladores naturales de la floración de fitoplancton [...] Estas supuestas “zonas muertas” en realidad actúan como fábricas de producción y apoyo de nutrientes en el mundo del mar.

[...]

El fitoplancton es un elemento clave en el sistema trófico que actúa como un control y equilibrio para cada población animal que existe en los ecosistemas de los océanos actuales. La ballena gris es extremadamente dependiente de fitoplancton para sobrevivir [...] No está claro si el aumento de los niveles químicos por afloramiento causados por el dragado y la devolución de los materiales utilizados afectará en forma poco natural la producción de fitoplancton.²⁴⁵

228. Como se puede observar, Islands Seas puso en tela de juicio la afirmación de ExO respecto a que algunas zonas del Proyecto contaban con bajos niveles de vida marina y biodiversidad. Otra cuestión de especial preocupación para Islands Seas también fue la contaminación acústica del Proyecto. El ruido del Proyecto, en esencia, podía perturbar una variedad de especies, incluyendo leones marinos, aves, tortugas y por supuesto cetáceos:

El rango de frecuencia es especialmente preocupante cuando se considera la salud y el bienestar de las ballenas protegidas y las tortugas marinas en peligro de extinción que viven dentro de la zona del dragado propuesto.

[...]

El Proyecto de Don Diego está directamente en el camino de la migración de las ballenas [...] la contaminación acústica de esta operación de dragado puede asustar a las ballenas más jóvenes y a las madres primerizas lejos de las zonas más ricas en nutrientes y que son más seguras a lo largo de la costa [...] Como consecuencia las ballenas y sus terneros jóvenes serán empujados a aguas más profundas creando una ruta de migración no natural que hará que los terneros jóvenes sean presa fácil para los grandes depredadores.

[...]

El proyecto Don Diego impactará severamente la capacidad de los terneros jóvenes para obtener los nutrientes necesarios para sobrevivir y tener la capacidad de prepararse para su migración de 8.000 kilómetros a zonas de alimentación del norte.

[...]

Los estudios científicos independientes presentados por la firma HR Wallingford para el proyecto de dragado de Don Diego no pueden ser concluyentes debido a que el

²⁴⁵ Opinión técnica de Islands Seas del 2 de marzo de 2015, pp. 2-3. **R-0091**. Ver Segunda opinión técnica del CIBNOR-IPN, p. 12. **R-0090**.

conocimiento científico no está disponible para las poblaciones de ballenas y tortugas actuales existentes en la zona de dragado.²⁴⁶

229. Prácticamente todas las opiniones técnicas recibidas por la DGIRA compartían una misma preocupación: existía una reiterada falta de información, incongruencias y contradicciones en la MIA 2014. Con ello, no era posible determinar con claridad el grado de impacto del Proyecto al SAR. Ante este panorama, y a falta de certidumbre, algunas organizaciones solicitaron a la DGIRA que aplicara el principio “*in dubio pro natura*” o precautorio, *i.e.*, ante el posible peligro de daño grave e irreversible al ambiente, y a falta de certeza científica, se debe optar por preservar el ambiente.²⁴⁷

2. La denuncia popular en contra del Proyecto

230. Existe una situación que la Demandante no ha mencionado en el Memorial de Demanda que merece ser comentado. El 11 de junio de 2014, el Consejo Consultivo de la SEMARNAT presentó una denuncia popular ante la PROFEPA para que investigara actividades realizadas por ExO en el Golfo de Ulloa, entre diciembre de 2012 y marzo de 2013, que generaron preocupaciones a pescadores locales.²⁴⁸ El 1º de octubre de 2014, la PROFEPA informó de ello a la SEMARNAT.²⁴⁹

231. El Consejo Consultivo señaló que pescadores locales encontraron algunos mamíferos marinos muertos en la Bahía de Magdalena durante el tiempo en que ExO realizó ciertas actividades mediante la utilización de una embarcación, y expresó sus preocupaciones de que un proyecto marino se realizara en el Golfo de Ulloa debido al impacto ambiental que podía causar.²⁵⁰

²⁴⁶ Opinión técnica de Islands Seas del 2 de marzo de 2015, pp. 5-6. **R-0091.**

²⁴⁷ Opinión técnica del Centro Mexicano para la Defensa del Medio Ambiente, A.C., 8 de enero de 2015, pp. 12-13. **R-0092.** Opinión técnica de la Sociedad de Historia Natural Niparajá, A.C., 8 de enero de 2015, pp. 12-13. **R-0093.**

²⁴⁸ Toda persona, grupo social u organización no gubernamental puede denunciar ante la PROFEPA hechos, actos u omisiones que produzcan o puedan producir desequilibrio ecológico o daños al ambiente o a los recursos naturales, en violación a la LGEEPA o leyes ambientales. Artículos 189 y 190 de la LGEEPA. **C-0014.** Denuncia popular del Consejo Consultivo del 11 de junio de 2014, p. 2. **R-0094.**

²⁴⁹ Oficio de PROFEPA del 1 de octubre de 2014. **R-0095.** medios de comunicación informaron de esta situación y señalaron que ExO había realizado perforaciones sin las autorizaciones requeridas. Roberto Galindo, “La criminalización del periodismo en Baja California Sur”, Contralinea, 19 de abril de 2015. **R-0096.**

²⁵⁰ Denuncia popular del Consejo Consultivo del 11 de junio de 2014, p. 2. **R-0094.**

A la par de ello, algunos medios locales de Baja California Sur informaron sobre las actividades realizadas por ExO.²⁵¹

232. La PROFEPA notificó a ExO sobre la denuncia presentada, realizó inspecciones en sitio, y permitió que ExO se pronunciara al respecto. Al final, la PROFEPA determinó que ExO desvirtuó los hechos narrados en la denuncia popular y dio por concluido el asunto.²⁵²

233. Posterior a ello, en 2015 ExO presentó denuncias penales en contra de pescadores locales y en contra de un periodista local que reportó sobre las actividades realizadas por ExO que alarmaron a los pescadores de la zona. Algunas organizaciones internacionales como *Article 19* consideraron que ExO buscó criminalizar y hostigar a pobladores y al periodista en cuestión mediante estos procedimientos penales, lo que en inglés es referido como “SLAPP” o “*strategic lawsuit against public participation*”.²⁵³ La Demandada se reserva el derecho de solicitar documentos sobre esta situación en el momento procesal oportuno.

3. La consulta pública de 2014

234. Las preocupaciones de los pobladores del Municipio de Comondú no se hicieron esperar una vez presentada la MIA 2014. El 19 de septiembre de 2014, pobladores de Comondú y representantes de la Sociedad Cooperativa de Producción Pesquera Puerto Chale (Cooperativa Puerto Chale) y algunas ONGs solicitaron a la DGIRA que el Proyecto fuera sometido a consulta pública.²⁵⁴ Con ello, el 26 de septiembre de 2014, la DGIRA dio inicio al procedimiento de consulta pública dentro del PEIA y puso a disposición del público la MIA 2014.²⁵⁵ Así, toda persona interesada podía asistir y participar en la consulta pública, e inclusive proponer medidas de prevención y mitigación adicionales.²⁵⁶

²⁵¹ Artículo 19, “Alerta. Periodista en Baja California Sur es denunciado penalmente por revelar afectaciones al medio ambiente”, 13 de marzo de 2015. **R-0097.**

²⁵² **C-0008**, pp. 9, 20, 173.

²⁵³ Frontera Norte Sur, “The Battle over Mexican Ocean Mining”, New Mexico University, 17 de marzo de 2015. **R-0098.** Disponible en: Artículo 19, “Alerta. Periodista en Baja California Sur es denunciado penalmente por revelar afectaciones al medio ambiente”, 13 de marzo de 2015. **R-0097.**

²⁵⁴ Comunicación del 19 de septiembre de 2014 de la Cooperativa Puerto Chale. **R-0099.** Comunicación del 21 de octubre de 2014. **R-0100.** Comunicación del 26 de septiembre de 2014 de PRONATURA. **R-0101.**

²⁵⁵ Oficio del 26 de septiembre de 2014 de la DGIRA. **R-0102.**

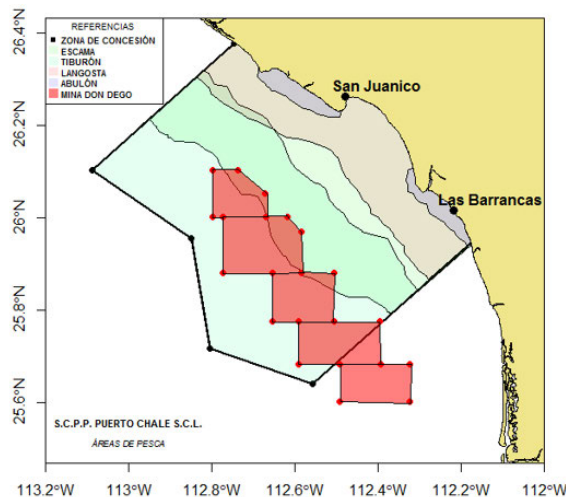
²⁵⁶ Artículo 34, fracción IV de la LGEEPA. **C-0014.** Artículo 41, fracción III del REIA. **C-0097.**

235. El 5 de noviembre de 2014, se realizó la consulta pública del Proyecto en el municipio de Comondú, Baja California Sur. Fue un evento concurrido, en el cual hubo 30 ponencias registradas y más de 400 asistentes.²⁵⁷ Como fue señalado, la consulta pública ambiental es un ejercicio democrático en el que el público interesado puede participar. Para el caso del Proyecto, representantes de la Demandante tuvieron la oportunidad de exponer el Proyecto. De igual forma, pobladores, ONGs, universidades, autoridades y especialistas en distintas materias expresaron sus puntos de vista y pudieron realizar presentaciones mediante ponencias.

236. Por ejemplo, en la ponencia a cargo de representantes del PRIMMA de la Universidad Autónoma de Baja California Sur, señalaron que “la costa occidental de la península de Baja California [Golfo de Ulloa] es una de las zonas con mayor diversidad de mamíferos marinos del país, ya que hasta el 75% de las especies que se encuentran en México se distribuyen ahí, por lo que cualquier plan de desarrollo que pueda afectar tanto el hábitat como a las especies debe ser analizado con sumo cuidado”.²⁵⁸

237. Por su parte, la Cooperativa Puerto Chale explicó en su ponencia que, contrario a lo que la MIA 2014 señalaba, el área del Proyecto se ubicaría dentro de la zona concesionada a cooperativas pesqueras. En la Figura 6 se muestra el mapa preparado por la Sociedad de Pescadores Puerto Chale, el cual resulta ilustrativo.²⁵⁹

Figura 6. Mapa de la zona de concesión y áreas de pesca de S.C.P.P. Puerto Chale S.C.L. R-0105.



²⁵⁷ Acta consulta pública de la MIA 2014, p. 2. **R-0103.**

²⁵⁸ Ponencia Lorena Vilorio del PRIMMA- UABCS. **R-0104.**

²⁵⁹ Ponencia del MC. Edgardo Camacho, Sociedad Cooperativa Puerto Chale. **R-0105.**

238. Algunas ONGs ambientales también expresaron sus preocupaciones. La organización Medio Ambiente y Sociedad A.C. expresó su preocupación sobre la falta de experiencia de la Demandante en proyectos mineros, ya que su “única experiencia consiste en la extracción de barras de oro, plata y joyas en barcos que naufragaron hace siglos. Así que la promotora ni es una empresa minera, ni mucho menos tiene experiencia en minería submarina”.²⁶⁰

239. Algunos asistentes a la consulta pública se mostraron molestos por el hecho de que el Sr. Narváez, directivo de Odyssey y accionista de ExO, se retiró de la reunión sin escuchar las ponencias. De igual forma, algunos asistentes consideraron que las respuestas de la Demandante a preguntas planteadas en la consulta pública fueron ambiguas, confusas y poco claras.²⁶¹

4. Las preocupaciones de la DGIRA

240. Una vez realizada la consulta pública y recibidas algunas opiniones técnicas, [REDACTED] Sr. [REDACTED] Sr. [REDACTED] Dicho en otras palabras, la DGIRA solicitó a ExO que rectificara, ampliara y aclarara la MIA 2014. La siguiente observación de la DGIRA demuestra sus preocupaciones:

Sobre el particular y derivado del análisis realizado a la MIA-R del proyecto, esta DGIRA identificó insuficiencias e incongruencias en la información ambiental y técnica presentada que no permiten realizar una evaluación objetiva de los estudios presentados [...] esta unidad administrativa [DGIRA] solicita por única vez a la promotora, para continuar con la evaluación en materia de Impacto Ambiental del proyecto, la ampliación, rectificación o aclaración, de la información [...]²⁶²

241. Como se puede observar, la DGIRA no solo requirió información adicional y planteó preguntas, como argumenta la Demandante.²⁶³ La DGIRA identificó varios errores en la MIA 2014 y debido a las inquietudes reflejadas en las opiniones técnicas requeridas por la propia DGIRA, solicitó a ExO que aclarara diversos aspectos relacionados con los capítulos II, IV, V y VI de la

²⁶⁰ Solicitud de ponencia Juan Trasviña-Medio Ambiente y Sociedad A.C. **R-0106**.

²⁶¹ Acta consulta pública 2014, p. 4. **R-0103**.

²⁶² Oficio del 21 de noviembre de la DGIRA. **C-0100**, p. 1.

²⁶³ Memorial de Demanda, ¶¶ 121-22.

MIA 2014. Inclusive, la DGIRA suspendió el Procedimiento EIA de conformidad con la LGEEPA y el RLGEPPAMEIA, hasta en tanto ExO no respondiera las preocupaciones de la DGIRA.²⁶⁴

242. No hace falta transcribir las preocupaciones de la DGIRA pero sí resulta relevante hacer mención a algunas serias inquietudes debido a la falta de claridad en la narración realizada por la Demandante.²⁶⁵

- En lo que respecta al dragado, la DGIRA solicitó a ExO mayor información debido a que los estudios que acompañaron la MIA 2014 se realizaron en Reino Unido, lugar “donde existen diferentes condiciones ambientales y en proyectos que no corresponden a la extracción de arenas fosfáticas”.²⁶⁶
- Sobre el lugar donde se realizaría el Proyecto, la DGIRA señaló que “el proyecto incide en áreas de concesión pesquera, por lo que, lo manifestado por la promovente no corresponde a la información y los comentarios recibidos en la reunión pública de información”, ante lo cual ExO debía ampliar la información respectiva.²⁶⁷
- Incongruencias sobre el tiempo de vida útil del Proyecto, ya que, con base en los datos aportados por ExO, “se requerirían de por lo menos 912.7 años para dragar la totalidad de la misma [área de trabajo]”.²⁶⁸
- Con respecto a la diversidad y riqueza de especies del Golfo de Ulloa, la DGIRA identificó una contradicción en la información presentada por ExO y aquella presentada en la consulta pública. Ante ello, ExO debía ampliar la información sobre los altos valores de diversidad y riqueza de especies en el área de trabajo, tomando en cuenta que es considerada zona de refugio y alimentación de la tortuga caretta caretta.²⁶⁹

²⁶⁴ Oficio del 21 de noviembre de la DGIRA. **C-0100**, p. 8. Artículo 35 Bis de la LGEEPA. **C-0014**. Artículo 22 del REIA. **C-0097**.

²⁶⁵ Memorial de Demanda, ¶¶ 122-23.

²⁶⁶ Oficio del 21 de noviembre de la DGIRA. **C-0100**, p. 2.

²⁶⁷ **C-0100**, p. 2.

²⁶⁸ **C-0100**, p. 3.

²⁶⁹ **C-0100**, p. 5.

- Presentar estudios que permitan identificar la diversidad microbiana existente y ampliar la información de fenómenos oceanográficos.²⁷⁰
- Ampliar estudios de monitoreo y mortandad de tortugas, mamíferos, pepino de mar y especies grandes a ciclos estacionales y no solo por periodos de tiempo cortos y específicos, incluido geo-referencias de rutas migratorias de tortuga caretta caretta, junto con medidas de prevención y mitigación para evitar la succión de draga y mortandad.²⁷¹
- Identificar, describir y evaluar nuevamente los impactos ambientales que ocasionaría el Proyecto en los diferentes componentes ambientales del SAR, incluido los efectos por el aumento en la turbidez del agua, el impacto real en el hábitat bentónico, efectos de succión y perturbación sonora de la draga, los efectos subletales sobre la población tortuga caretta caretta, la severidad de potenciales contaminantes y metales pesados, entre otros.²⁷²
- Rectificar, ampliar y proponer medidas de prevención, mitigación y compensación para reducir el ruido causado.²⁷³

243. Como se puede observar, los requerimientos de la DGIRA no eran menores y muchas solicitudes de rectificación, ampliación y aclaración tomaron como base las opiniones técnicas recibidas por la DGIRA. Posiblemente, las mayores preocupaciones de la DGIRA estaban enfocadas en la supuesta estrategia de ExO para la prevención y mitigación de impactos ambientales.²⁷⁴

244. Todos estos aspectos son técnicos-científicos y se encuentran totalmente alejados de algún carácter político. [REDACTED] Sr. [REDACTED]

[REDACTED].

²⁷⁰ C-0100, p. 5.

²⁷¹ C-0100, p. 6.

²⁷² C-0100, p. 7.

²⁷³ C-0100, pp. 7-8.

²⁷⁴ C-0100, pp. 7-8.

5. La información adicional de ExO y el retiro de la MIA 2014

245. Posterior al oficio del 21 de noviembre de 2014 en el que DGIRA informó a ExO sobre algunas inquietudes e imprecisiones sobre la MIA 2014, ExO, en un intento desesperado de enmendar la MIA 2014, presentó una considerable cantidad de información ante la DGIRA.

246. El 6 de marzo de 2015, ExO presentó información adicional encaminada a dar respuesta las preocupaciones de la DGIRA, y a aclarar y a ampliar los capítulos II, IV, V y VI de la MIA 2014.²⁷⁵ La información presentada ante la DGIRA consistió en un informe de casi 500 páginas. Ante ello, y en el ejercicio de sus facultades, el 11 de marzo de 2015, la DGIRA amplió el plazo de evaluación de la MIA 2014.²⁷⁶

247. Poco después, el 27 de mayo de 2015, ExO presentó “información suplementaria o adicional ante la DGIRA”, encaminada también a dar respuesta a las preocupaciones de la DGIRA. Esta información constituyó en un informe de más de 400 páginas.²⁷⁷ De esta información se desprende una afirmación de ExO que resulta relevante tener en cuenta:

[...] debido a la complejidad de los factores que determinan el plan de dragado, quisiéramos hacer las siguientes aclaraciones. La profundidad o grosor del yacimiento de arenas fosfáticas de Don Diego aún no se ha podido determinar y esto limita grandemente el poder afirmar con absoluta certeza cuanto tiempo se va a demorar el proceso extractivo en cada una de las franjas aquí delineadas. Sí se va a seguir un orden muy claro de dragado, aquí descrito, y tan pronto se inicien labores se le informará oportunamente a SEMARNAT. [...] ²⁷⁸

248. Al parecer, ExO no contaba con información exacta y precisa sobre la profundidad y grosor de yacimientos de arenas fosfáticas, pero “tan pronto” iniciaran las labores, ExO informaría a SEMARNAT de ello. Este tipo de circunstancias demuestran que el Proyecto no llegó a una etapa avanzada de exploración, justo como explica WGM.

249. Una vez realizada la consulta pública y emitidas las opiniones técnicas de diversas autoridades, personas y organizaciones, era claro que existían preocupaciones por parte de la DGIRA sobre la MIA 2014, debido a la falta de precisión de varios aspectos técnicos y legales. La

²⁷⁵ Ver C-0107 y C-0108.

²⁷⁶ Oficio DGIRA del 11 de marzo de 2015. **C-0109**.

²⁷⁷ Escrito e información de ExO del 26 de mayo de 2015. **R-0023**.

²⁷⁸ Escrito e información de ExO del 26 de mayo de 2015, pp. 16 y 31. **R-0023**.

Demandante sostiene que el Sr. [REDACTED] la MIA 2014.²⁷⁹ Los propios oficios firmados por la DGIRA demuestran lo contrario.

250. El 19 de junio de 2015, ExO solicitó a la DGIRA tener por retirada la MIA 2014, “con la finalidad de cumplir con ciertos requisitos adicionales [...] y con la intención de recabar datos e información complementaria que apoye al desarrollo ambiental del proyecto”.²⁸⁰ En la misma línea, la Demandante informó a la SEC –y al público inversionista– que decidió retirar la MIA 2014 con la finalidad de contar con tiempo adicional para revisar más información.²⁸¹

251. Los expertos de México dan cuenta de que, en la práctica, es usual que solicitantes de autorizaciones ambientales retiren MIAs con la finalidad de reforzarlas y volver a presentar ante la DGIRA, e inclusive aportan una serie de ejemplos en los que solicitantes retiraron manifestaciones de impacto ambiental.²⁸² La siguiente explicación cobra relevancia:

Es una práctica usual que en los proyectos de gran envergadura o impactos ambientales significativos sea necesario que los promoventes tengan que agotar más de un PEIA para obtener la AIA solicitada, pues la magnitud de tales impactos requiere esfuerzos en diseño y recursos humanos y materiales adicionales.

Asimismo, las resoluciones negativas emitidas dentro de un PEIA permiten a los promoventes mejorar y complementar sus MIAs subsecuentes, a la luz de las deficiencias técnicas apuntadas por la SEMARNAT que en un primer momento motivaron la negativa. Es decir, una vez que la SEMARNAT rechaza un proyecto, se abre un área de oportunidad para que el consultor y el promovente identifiquen sus insuficiencias y propongan las medidas adecuadas para corregirlas, permitiendo que la SEMARNAT lo autorice con posterioridad.²⁸³

252. Por si no fuera poco, la Demandante publicó un comunicado que contiene declaraciones de sus propios directivos al respecto:

“This additional time is intended to allow ExO to brief the Governor, Congressmen, Mayors and community leaders in the Baja California Sur State who were elected June 7 so they can thoroughly understand the details of the project and the positive effects it will have on their state and communities. It is important to demonstrate how the phosphate sands extraction initiative will bring substantial economic benefits to their constituencies and help provide a stable supply of inexpensive fertilizer to the agricultural industry and

²⁷⁹ Memorial de Demanda, ¶ 128.

²⁸⁰ Ver **C-0115**.

²⁸¹ **C-0190**, p. 7. (“In June 2015, ExO withdrew its EIA application to allow additional time for review and regional briefings.”)

²⁸² Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶¶ 120-152.

²⁸³ Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶¶ 125-126.

entire nation with minimal environmental impact," commented Daniel de Narvaez, managing director of ExO in Mexico.

Under the Mexican legal process, the only mechanism to extend the EIA time frame, thereby allowing the briefings to occur after Monday, June 22, is to resubmit the EIA, which is expected to take place in the coming weeks.

"In making this decision, ExO is coordinating with the technical and environmental team at MINOSA, Odyssey's strategic investor, which has extensive experience and a successful track record of navigating environmental and regulatory procedures in Mexico. Their team will also manage the outreach program to address any questions from newly-elected officials and community leaders who will obviously have a significant interest in this initiative," noted Mark Gordon, Odyssey's president and chief executive officer.²⁸⁴

253. Con base en ello, el 22 de junio de 2015, la DGIRA dio por terminado el Procedimiento EIA de la MIA 2014 "en virtud de que se actualizó la figura de desistimiento del procedimiento administrativo."²⁸⁵ El propio Sr. [REDACTED].

6. Las reuniones entre ExO y SEMARNAT

254. La Demandante hace una serie de afirmaciones sobre reuniones celebradas con altos funcionarios de SEMARNAT que deben ser aclaradas. Es inusual que el promovente de una MIA solicite y obtenga reuniones con funcionarios de alto nivel como el Secretario o Subsecretario de la SEMARNAT, previo al ingreso de su MIA o durante la tramitación de las mismas. En todo caso, este tipo de reuniones son solo una muestra de cortesía de funcionarios públicos en la que se busca escuchar al solicitante de una AIA, sin estar obligados a atender dichas reuniones o a resolver el asunto de la manera que quisiera un particular.

255. Dicho lo anterior, se debe considerar que la primera reunión entre ExO y SEMARNAT sucedió aparentemente el 14 de agosto de 2014, fecha en la que ni siquiera era presentada aún la MIA 2014.²⁸⁶

256. A pesar de ello, la Demandante afirma que diversas reuniones con SEMARNAT fueron un éxito; que la DGIRA consideró a la MIA "sobresaliente" y que el Secretario de SEMARNAT

²⁸⁴ Comunicado de Odyssey del 22 de junio de 2015. **R-0107**.

²⁸⁵ Oficio DGIRA del 22 de junio de 2015. **R-0073**.

²⁸⁶ Memorial de Demanda, ¶¶ 117-18.

informaría al Presidente de México sobre el Proyecto.²⁸⁷ La Demandante también afirma que funcionarios de la DGIRA consideraron la MIA 2014 “minuciosa, exhaustiva y completa”.²⁸⁸ No puede olvidarse el hecho de que el Procedimiento PEIA es un procedimiento administrativo formalista, de estricto derecho y que concluye con la emisión de una resolución administrativa. Nuevamente, una reunión de este tipo es una mera cortesía y cualquier impresión o expectativa de ExO es producto de su propia interpretación de los hechos, la cual se encuentra alejado de la realidad.

257. Dicho lo anterior, la Demandada es enfática en que el Ingeniero Pacchiano, siendo Subsecretario de SEMARNAT, no informó – ni solicitó – al Sr. Alonso Ancira que ExO debía retirar la MIA 2014. Eso es simplemente falso. El propio Ingeniero Pacchiano refuta esta alegación elaborada en su contra:

El 18 de junio de 2015 recibí nuevamente en mi oficina al Sr. Ancira. En esa ocasión, igualmente me insistió en que apoyara el proyecto Don Diego y que ordenara la autorización de la solicitud de MIA del proyecto lo más pronto posible.

Otra vez tuve que explicarle al Sr. Ancira que la DGIRA era la única área de la SEMARNAT facultada para autorizar, rechazar o autorizar condicionadamente la MIA del proyecto Don Diego. Asimismo, insistí en que la DGIRA resolvería conforme a derecho y de acuerdo a consideraciones meramente técnicas.

Recuerdo que en esa ocasión le informé al Sr. Ancira que no pasaba por desapercibido el hecho de que el proyecto Don Diego se realizaría en un área de suma importancia para México debido a que en el Golfo de Ulloa existen poblaciones de tortugas Caretta Caretta y las rutas migratorias de ballenas. El Sr. Ancira se mostró molesto.

Entiendo que la Demandante y sus testigos argumentan que en esta reunión solicité al Sr. Ancira que ExO debía retirar la MIA 2014 y debía presentarla nuevamente acompañada de documentos en los que constará el apoyo al proyecto por parte de diferentes organizaciones. Eso es falso, yo nunca solicité ni sugerí a los representantes de ExO que retiraran la MIA ni mucho menos requerí cartas o “evidencia de apoyo” del proyecto.²⁸⁹

258. Al respecto, el Tribunal debe considerar cuatro cuestiones. *Primero*, la Demandante no aporta ninguna prueba sobre el supuesto requerimiento del Ingeniero Pacchiano de retirar la MIA 2014. Ninguna. *Segundo*, la Demandante ha anunciado las razones por las cuales realmente retiró la MIA 2014: contar con tiempo adicional para revisar más información y volver a presentarla con

²⁸⁷ Memorial de Demanda, ¶¶ 117, 128.

²⁸⁸ Memorial de Demanda, ¶ 115.

²⁸⁹ Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, ¶¶ 61-64.

mayores elementos.²⁹⁰ *Tercero*, ExO contó con la asesoría de al menos tres firmas legales para preparar la MIA 2014 y representar a ExO durante el Procedimiento EIA, , incluido un Subsecretario en retiro.²⁹¹ Resulta extraño que ningún asesor legal de ExO recomendara iniciar procesos legales en contra de una solicitud “sin motivos legales”, como señala la Demandante.²⁹² *Cuarto*, el nuevo interlocutor de ExO ante SEMARNAT era un influyente empresario, quien actualmente está en prisión y enfrenta investigaciones.

259. Resulta extraño que un influyente empresario, después de haber insistido – y exigido– en reuniones anteriores la autorización del Proyecto, decidiera acatar una “instrucción” del Ingeniero Pacchiano.²⁹³ El recuento de hechos de Odyssey, al igual que su plan de realizar minería marina, es más apegado a una ficción que a la realidad.

K. La Manifestación de Impacto Ambiental presentada por ExO en 2015

260. Días después de que ExO retirara la MIA 2014, la empresa presentó una nueva solicitud de manifestación de impacto ambiental. Al igual que sucedió con la MIA 2014, la MIA 2015 inició con tropiezos y generó preocupaciones que se ven reflejadas en las opiniones técnicas recibidas – y solicitadas – por la DGIRA, y en las comunicaciones que pobladores de Comondú, pescadores, organizaciones no gubernamentales, autoridades y organismos internacionales expresaron a lo largo del Procedimiento EIA.

261. Así, el 26 de junio de 2015, ExO presentó una nueva solicitud de manifestación de impacto ambiental ante la DGIRA.²⁹⁴ El 30 de junio de 2015, la DGIRA solicitó a ExO que rectificara algunos errores en la MIA 2015 previo a dar inicio al Procedimiento EIA.²⁹⁵

²⁹⁰ **C-0190**, p. 7. Comunicado de Odyssey del 22 de junio de 2015. **R-0107**.

²⁹¹ Las firmas legales son abogados Hamdan Manzanero y Asociados, S.C., QVGA y el Sr. Mauricio Limón. Memorial de Demanda, ¶ 92. **C-0124**, p. 257. Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, ¶¶ 65.

²⁹² Memorial de Demanda, ¶ 131.

²⁹³ Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, ¶ 60.

²⁹⁴ Escrito del 26 de junio de 2015 de ExO. **R-0108**. De conformidad con la normativa regulatoria, algunos procedimientos para la obtención de permisos o concesiones requieren un pago de derechos. La solicitud de MIA no es la excepción. Como ejemplo de la cercanía entre AHMSA-MINOSA-Ancira con la Demandante, el pago de derechos de la MIA 2015 fue realizado directamente por MINOSA. *Ver* recibo de pago de derechos de MINOSA. **R-0109**.

²⁹⁵ *Ver* Primera Resolución DGIRA, **C-0008**, p. 1.

262. Las mayores preocupaciones se ven reflejadas en los oficios de la DGIRA en los que informó a ExO que existían errores e incongruencias en la MIA 2015 y, debido a ello, solicitó aclaraciones y ampliaciones de información e inclusive suspendió el Procedimiento EIA hasta en tanto ExO no diera cumplimiento a los requerimientos de la DGIRA.

263. El 13 de agosto de 2015, ExO solicitó a la DGIRA una prórroga para cumplir con los requerimientos de la DGIRA.²⁹⁶ Días después, el 21 de agosto de 2015, ExO presentó ante la DGIRA una nueva solicitud de manifestación de impacto ambiental (MIA 2015) en sustitución de la que presentó el 26 de junio de 2015. Técnicamente, esta sería la tercera solicitud de manifestación de impacto ambiental. Con ello la DGIRA dio inicio al Procedimiento EIA de la MIA 2015.²⁹⁷

264. Lo anterior resulta relevante para demostrar la falta de “*expertise*” y diligencia de ExO en lo que respecta a los procedimientos administrativos de índole ambiental.²⁹⁸ De igual forma, lo anterior demuestra que la DGIRA mostró flexibilidad al prevenir a ExO sobre los errores en la presentación de la solicitud MIA de 26 de junio de 2015, al solicitar a ExO que enmendara dichos errores y al otorgar prórrogas de tiempo para que ExO presentara la información correspondiente. Queda en evidencia nuevamente que ExO no recibió un trato desfavorable.

265. Este arbitraje de inversión no es el foro adecuado para analizar las diferencias técnicas entre la MIA 2014 y la MIA 2015. Efectivamente, ExO incorporó algunos aspectos técnicos adicionales en la MIA 2015 como el llamado “eco-tubo”. La propia Demandante reconoce esta situación.²⁹⁹ Esta situación debe ser tomada en consideración como un elemento adicional de que ExO, por voluntad propia, decidió retirar la MIA 2014 para presentar una versión con mayores elementos que a su consideración podían ser más convincentes frente a la DGIRA.

266. De la propia evidencia documental es claro que la decisión de presentar aspectos adicionales en la MIA 2015 recayó solamente en la Demandante. Todas aquellas insinuaciones respecto a que los aspectos adicionales incluidos en la MIA 2015 fueron producto del “*feedback*

²⁹⁶ Escrito del 14 de agosto de 2015 de ExO. **R-0110.**

²⁹⁷ Escrito del 21 de agosto de 2015 de ExO. **R-0111.**

²⁹⁸ Ver informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶¶ 153-155.

²⁹⁹ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 133-134.

técnico” y reuniones previas con SEMARNAT, CONAPESCA e INAPESCA es falso y carece de cualquier validez técnica, e inclusive demuestra la inexperiencia de la Demandante y Odyssey.³⁰⁰

1. La consulta pública de 2015

267. El 7 de julio de 2015, la DGIRA recibió solicitudes por parte de pobladores de Comondú para que iniciara un periodo de consultas.³⁰¹ Se debe recordar que la consulta pública es un ejercicio democrático y de participación ciudadana, y al haber presentado una nueva solicitud MIA comenzó un nuevo Procedimiento EIA bajo el cual diversas personas tenían el derecho de requerir una reunión de consulta pública.

268. Previo a la reunión de consulta pública, pobladores, pescadores e instituciones presentaron decenas de solicitudes de ponencias en la que expresaron sus preocupaciones sobre Don Diego. Algunas de las preocupaciones fueron las siguientes:

- La falta de información en la MIA 2015 sobre la productividad de pesca y recursos pelágicos en el lugar del Proyecto;
- El efecto del ruido en diferentes especies;
- El incremento de mareas rojas;
- La falta de experiencia de Odyssey en actividades de minería marina;
- El efecto e impactos negativos a largo plazo causados por el Proyecto;
- La falta de precisión en la MIA 2015 sobre las especies de cetáceos que habitan en el Golfo de Ulloa; el impacto en la tortuga caretta caretta, y la mala implementación de técnicas de avistamientos de especies y periodos de muestreo.³⁰²

³⁰⁰ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 133-135.

³⁰¹ Oficio del 27 de agosto de 2015. **R-0112**. Primera Resolución de la DGIRA del 7 de abril de 2016, p. 22. **C-0008**.

³⁰² Solicitud de ponencia de integrante de Cooperativa Puerto Chale. **R-0113**. Solicitud de ponencia de integrante de Cooperativa Las Barrancas. **R-0114**. Solicitud de ponencia de directivo de FEDECOOP. **R-0115**. Solicitud de ponencia de Costa Salvaje, A.C. **R-0116**. Solicitud de ponencia del representante en México del Centro para la Diversidad Biológica (*Center for Biological Diversity*). **R-0117**. Solicitud de ponencia de AIDA. **R-0118**. La Demandada hace énfasis en que algunas solicitudes de ponencia presentadas por organizaciones, (e.g., Centro para la Diversidad Biológica) estuvieron basadas en fuentes científicas, incluido el trabajo de investigación del Dr. Seminoff. La Demandante afirma – sin aportar ninguna prueba – que el Dr. Seminoff consideró al Proyecto “ambientalmente sólido y socialmente responsable”. La Demandada cuestiona esta afirmación. Ver Memorial de Demanda, ¶ 139.

269. Así, el 8 de octubre de 2015 se llevó a cabo la consulta pública del Proyecto, en la que se realizaron más de 30 ponencias y a la que asistieron más de 500 personas.³⁰³ Al igual que sucedió en la reunión de consulta pública realizada el 5 de noviembre de 2014, la reunión del 8 de octubre de 2015 se realizó de manera pacífica y ordenada, en la que ExO, en su calidad de solicitante de una autorización de impacto ambiental, presentó el Proyecto ante habitantes de Comondú, pescadores, autoridades y organizaciones, quienes también tuvieron la oportunidad de expresar sus puntos de vista.³⁰⁴

2. Las opiniones técnicas sobre la MIA 2015

270. Al igual que sucedió en el Procedimiento EIA de la MIA 2014, a partir del 28 de agosto de 2015 la DGIRA solicitó decenas de opiniones técnicas a organizaciones, autoridades e instituciones académicas. Algunas personas y organizaciones informaron a la DGIRA sus preocupaciones sobre Don Diego.³⁰⁵

271. Se debe recordar que una opinión técnica no es una simple “nota”, como Odyssey pretende caracterizarlas.³⁰⁶ Nuevamente, la SEMARNAT, por conducto de la DGIRA, puede consultar a autoridades, grupos de expertos, organismos o instituciones científicas, cuando por la complejidad o especialidad de las circunstancias de algún proyecto, o la ejecución y desarrollo de éste, se estime necesario contar mayores elementos técnicos y con ello poder resolver la solicitud de manifestación de impacto ambiental de algún solicitante.³⁰⁷

272. ExO tuvo pleno conocimiento de las opiniones técnicas requeridas y recibidas por la DGIRA a lo largo del Procedimiento EIA y tuvo la oportunidad de manifestar su punto de vista sobre ellas. De igual forma, el Tribunal debe recordar que [REDACTED] al Sr. [REDACTED] a que solicitara opiniones técnicas sobre Don Diego, *i.e.*, el Sr. [REDACTED]

³⁰³ C-0136, p. 2.

³⁰⁴ El anexo C-0003 consiste en la supuesta presentación utilizada por ExO en la consulta pública del 8 de octubre de 2015. Sin embargo, esta versión no parece ser la presentación que realmente utilizó ExO en la consulta pública. La Demandada solicita al Tribunal que tome en consideración el R-0119.

³⁰⁵ Algunas opiniones técnicas requeridas por la DGIRA estuvieron dirigidas a: el Instituto de Ciencias del Mar y Limnología de la UNAM; al CICIMAR; a la Dirección General de Vida Silvestre de SEMARNAT; al CIBNOR; INAPESCA; CONABIO; CONANP; a la Dirección General de Política Ambiental e Integración Regional y Sectorial-SEMARNAT entre otros. Ver C-0008, pp. 4-8.

³⁰⁶ Memorial de Demanda ¶ 141.

³⁰⁷ Ver artículo 24 del REIA. C-0097.

requirió opiniones técnico-científicas a diversas entidades.

a. Las preocupaciones de la CONANP

273. El 20 de noviembre de 2015, la CONANP emitió la opinión técnica sobre Don Diego, y la coordinación en la elaboración del documento estuvo a cargo del Maestro Benito Bermúdez, testigo de la Demandada.³⁰⁸ No fueron menores las preocupaciones de la CONANP. La primera preocupación de CONANP consistió en que el SAR del Proyecto abarcaba un área de influencia de El Vizcaíno, además de que la MIA 2015 omitió señalar criterios de gran relevancia de dicha zona para la ballena gris (*e.g.*, el uso del hábitat y su estado crítico para la crianza, reproducción y refugio), después de la casi extinción de esta especie.³⁰⁹

274. Por otro lado, la CONANP consideró preocupante que la MIA 2015 no incluyera información con sustento científico sobre las implicaciones de los rangos de ruido generado por las actividades de dragado:

Los mamíferos marinos, en especial cetáceos, dependen del sonido casi por completo para comunicarse, encontrar, atrapar presas, evitar depredadores y, en general, percibir el medio en el que viven. El incremento de las actividades industriales, la navegación marítima y otras actividades humanas, contribuyen a incrementar los niveles de ruido marino.

[...] de acuerdo con el Reporte del Secretario General de las Naciones Unidas sobre los Océanos y el Derecho del Mar, se relacionó el ruido interoceánico de origen antropogénico con los impactos sobre la biodiversidad marina, reconociendo el fenómeno como una de las cinco mayores amenazas para las poblaciones de ballenas y otros cetáceos. [...]

En General la información contenida en la MIA-R resulta imprecisa respecto a los rangos de sensibilidad al ruido de cetáceos, y su modelación especial, así como carece de señalar los hábitats, zonas de alimentación y reproducción, rutas migratorias, los rangos de sonido a los cuales se comunican, sensibilidad al ruido, por lo que se deduce que la Promovente no presenta la identificación, descripción y evaluación del impacto ambiental a las diferentes de especies de mamíferos marinos.³¹⁰

³⁰⁸ Declaración testimonial del Biólogo Benito Bermúdez, ¶¶ 22-25.

³⁰⁹ Opinión técnica de CONANP, pp. 4, 8-9. **C-0006**. Declaración testimonial del Biólogo Benito Bermúdez, ¶¶ 22-25.

³¹⁰ Opinión técnica de CONANP, p. 19. **C-0006**.

275. Otro aspecto de preocupación para la CONANP fue que el Proyecto removería a la tortuga caretta caretta de su hábitat y eliminaría componentes importantes para su alimentación (e.g., langostilla roja).³¹¹ En palabras de la CONANP y del Biólogo Bermúdez, “es innegable que los esfuerzos realizados para lograr la conservación de la tortuga amarilla pueden verse afectados”.³¹²

276. También la CONANP informó a la DGIRA que el Centro de Patrimonio Mundial de la UNESCO solicitó información sobre el Proyecto, ya que podía amenazar seriamente a las especies marinas y los ecosistemas del Golfo de Ulloa.³¹³

277. El Tribunal podrá observar que la CONANP no emitió una simple “nota”. También podrá observar que la opinión técnica fue requerida por, y dirigida a, la DGIRA (no a ExO), en la que se explicaron serias preocupaciones sobre Don Diego, razón por la cual la CONANP consideró que el Proyecto violaba la legislación ambiental.³¹⁴

278. La Demandante y sus testigos alegan que, en febrero de 2016, representantes de ExO se reunieron con el anterior titular de la CONANP y que, después de esa reunión, la CONANP quedó satisfecha con las respuestas y explicaciones de ExO.³¹⁵ La Demandada duda de ello; la opinión técnica constituye la opinión institucional de la CONANP sobre Don Diego y solicita al Tribunal considerar el texto íntegro del documento, incluido el siguiente resolutivo:

[...] “EL PROYECTO”, al no haber tomado en consideración y analizado una serie de efectos ambientales que podrían causar serias afectaciones a especies migratorias, como lo son la ballena gris (*Eschrichtius robustus*) y tortuga amarilla (*Caretta caretta*), los hábitats críticos para especies consideradas en peligro de extinción o bajo protección especial, así como el incumplimiento de obligaciones contraídas en tratados internacionales, como la Convención sobre la Protección de Patrimonio Mundial Cultural y Natural y Convención RAMSAR; CONTRAVIENE lo establecido en la legislación ambiental vigente.³¹⁶

³¹¹ Opinión técnica de CONANP, p. 29. **C-0006**.

³¹² Opinión técnica de CONANP, p. 30. **C-0006**. Declaración testimonial del Biólogo Benito Bermúdez, ¶¶ 24.

³¹³ Opinión técnica de CONANP, p. 32. **C-0006**. Declaración testimonial del Biólogo Benito Bermúdez, ¶¶ 18.

³¹⁴ Opinión técnica de CONANP, p. 33. **C-0006**.

³¹⁵ Memorial de Demanda, ¶ 142.

³¹⁶ Opinión técnica de CONANP, p. 34. **C-0006**. Ver Declaración testimonial del Biólogo Benito Bermúdez, ¶¶ 26-27.

b. Las preocupaciones de ONGs

279. Poco después de que ExO presentara la solicitud MIA del 26 de junio de 2015 –que eventualmente ExO sustituyó por la MIA 2015– decenas de personas y organizaciones externaron su preocupación sobre el Proyecto mediante comunicaciones presentadas ante la DGIRA.

280. El 30 de julio de 2015, un grupo de organizaciones ambientales, incluidas CEMDA, *Oceans Future Society* de Jean Michel Cousteau, la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA) y *WildCoast/Costa Salvaje*, requirieron a la DGIRA que solicitara a diversas instituciones científicas opiniones técnicas y valoraciones sobre el Proyecto ya que, a su consideración, el dragado marino es una actividad incompatible con la conservación y el desarrollo sustentable del Golfo de Ulloa.³¹⁷

281. El 15 de septiembre de 2015, *WildCoast/Costa Salvaje*, presentó ante la DGIRA observaciones a la MIA 2015 en la que pudo identificar que la Demandante contrataría a terceros para llevar a cabo diversas actividades durante el Proyecto como, por ejemplo, el transporte del material extraído. La preocupación de *WildCoast* consistía en que, ante esta situación, ExO podía deslindarse de cualquier responsabilidad causada por los impactos ambientales generados por subcontratistas durante el Proyecto.³¹⁸

282. El 16 de enero de 2016, AIDA solicitó que se negara la AIA del Proyecto por ser técnicamente insuficiente para garantizar que evitaría potenciales daños al ecosistema marino.³¹⁹ AIDA enfatizó que la aprobación del Proyecto provocaría que México violara diversos tratados internacionales, *inter alia*, el Convenio sobre la Diversidad Biológica y la Convención Interamericana para la Protección y Conservación de Tortugas Marinas.³²⁰ Adicional a ello, enfatizó la falta de experiencia de ExO en actividades de minería marina, la falta de información en la MIA 2015 y la falta de certeza sobre algunos aspectos del Proyecto que ExO para ese

³¹⁷ Comunicación del 30 de julio de 2015 de CEMDA, *Oceans Future Society* y otros. **R-0120**. Primera Resolución de la DGIRA del 7 de abril de 2017. **C-0008**, p. 2.

³¹⁸ Observaciones a la MIA 2015 de *WildCoast*, p. 3. **R-0121**.

³¹⁹ Comunicación del 12 de enero de 2016 de AIDA. **R-0122**.

³²⁰ Comunicación del 12 de enero de 2016 de AIDA, pp. 4-5. **R-0122**.

momento seguía sin conocer con detenimiento, como, por ejemplo, la profundidad y grosor del yacimiento de arenas fosfáticas.³²¹

283. El 6 de abril de 2016, Greenpeace envió una comunicación a la DGIRA en la que resaltó la importancia – y estado crítico – del Golfo de Ulloa para la ballena gris, la tortuga caretta caretta y para miles de familias que dependen de la pesca.³²²

284. El 11 de abril de 2016, el Centro Mexicano para la Defensa del Medio Ambiente informó a la DGIRA que el Proyecto irrumpiría de manera importante en el ecosistema donde se trasladan y ubican distintas especies de cetáceos – incluida la ballena gris y ballena jorobada – y la tortuga caguama. Ante la falta de certeza científica absoluta, el Centro Mexicano para la Defensa del Medio Ambiente solicitó a la DGIRA aplicar el principio “*in dubio pro natura*” y con ello negar la AIA del Proyecto.³²³

c. Las preocupaciones de universidades y centros científicos

285. A partir de septiembre de 2015, la DGIRA empezó a recibir diversas opiniones técnicas por parte de universidades y centros científicos.

286. El 28 de septiembre de 2015, el CIBNOR presentó una opinión técnica sobre la MIA 2015, en cumplimiento a la solicitud de la DGIRA en la que consideró, *inter alia*, que la MIA 2015 no contaba con la evidencia suficiente para demostrar la hipótesis de que el ruido no generaría afectación sobre mamíferos marinos, así como inconsistencias en la identificación de los mamíferos marinos que existen en el lugar del Proyecto.³²⁴ El CIBNOR consideró desconcertante que la MIA 2015 afirmara que las frecuencias de sonido y el nivel de decibels de la succión de la draga fueran similares a las de un barco pesquero.³²⁵ A consideración del CIBNOR, un proyecto como Don Diego implicaría ruido continuo durante 50 años y el paso de cargueros de gran tonelaje

³²¹ Comunicación del 12 de enero de 2016 de AIDA, p. 8. **R-0122.**

³²² Comunicación del 6 de abril de 2016 de Greenpeace. **R-0123.**

³²³ Observaciones a la MIA 2015 Centro Mexicano para la Defensa del Medio Ambiente, pp. 8-9. **R-0124.**

³²⁴ Opinión técnica del 28 de septiembre de 2015 del CIBNOR, p 5. **R-0125.** Debido a información adicional presentada el 3 de diciembre de 2015 por ExO, el 6 de enero de 2016 el CIBNOR presentó nuevamente una opinión técnica a solicitud de la DGIRA, en la que confirmó el contenido de la primera opinión. *Ver* **R-0126.**

³²⁵ Opinión técnica del 28 de septiembre de 2015 del CIBNOR, p 8. **R-0125.**

para transportar toneladas de material, víveres y personas que al final cambiarían sustancialmente el ecosistema.³²⁶

287. El 3 de noviembre de 2015, el Instituto de Ciencias del Mar de la UNAM presentó ante la DGIRA una opinión técnica centrada exclusivamente en análisis de sedimentación. Las conclusiones de la UNAM fueron críticas:

Es evidente que la descarga del material fino residual del proceso de recuperación de las arenas fosfáticas modificará considerablemente la tasa de acumulación sedimentaria, las características textuales y de consolidación del fondo de la zona de extracción y de los ecosistemas aledaños. El hábitat será transformado completamente en un hábitat de sedimento suave que no regresará a su estado presente cuando la actividad haya concluido y, por tanto tampoco será posible la recuperación de las características ecológicas durante un largo periodo de tiempo.

[...]

Radioactividad: los depósitos de fosforita han sido frecuentemente asociados a altos contenidos de radionúclidos [...] Esta es (sic) la razón por la cual la explotación de fosforita y la industria de fertilizantes fosfatados se considera una fuente potencial de contaminación por radioactividad natural, que debe ser tenida en cuenta durante la operación. [...] es imprescindible conocer las concentraciones de radionúclidos naturales en el material que se pretende dragar y en el agua que se desechará durante el proceso de lavado de las arenas. Asimismo, dado que los radionúclidos tienden a concentrarse en el material fino, con la separación de las arenas durante el proceso, es altamente probable que el material fino que se devolvería al mar tuviera una mayor concentración de radionúclidos que el material dragado inicialmente. La posible dispersión de este material no consolidado (durante el proceso mismo o debido a la acción de corrientes de fondo) puede ser una fuente potencial de contaminación radioactiva para los ecosistemas aledaños al área de explotación de las arenas fosfáticas y, por transferencia trófica, al ser humano.³²⁷

288. Así, una de las máximas autoridades en ciencias del mar en México consideró que la MIA 2015 no era conclusiva en un aspecto de suma importancia: la radioactividad del material que la Demandante buscó extraer, y su impacto al medio ambiente y al ser humano.

289. El 28 de marzo de 2016, la *Society for Marine Mammalogy* –posiblemente la asociación científica sobre mamíferos marinos más importante del mundo– presentó una opinión técnica a solicitud de la DGIRA.³²⁸ La *Society for Marine Mammalogy* informó que siete investigadores

³²⁶ Opinión técnica del 28 de septiembre de 2015 del CIBNOR, p 10. **R-0125.**

³²⁷ Opinión técnica del 3 de noviembre de 2015 del Instituto de Ciencias del Mar-UNAM, pp. 3-4 (énfasis añadido). **R-0127.**

³²⁸ Ver Opinión técnica de la *Society for Marine Mammalogy*. **R-0128.**

revisaron la MIA 2015 de manera independiente, los cuales concluyeron que, ante la falta de información, el Proyecto *i)* generaría impactos en mamíferos marinos por el ruido; *ii)* impactaría el hábitat y *iii)* existían imprecisiones en la MIA 2015 respecto al uso que distintos cetáceos dan al Golfo de Ulloa.³²⁹

Several reviewers noted the poor or inaccurate information on blue whale occurrence.

[...]

Mitigation measures list a proposed suspension of dredging operations for the major week of blue whale transit each year but clearly with the more important prolonged and extensive use of this area for feeding for many months this would not provide much of a mitigation since the main impact of concern would be on feeding blue whales.

The proposers did not justify why they did not consider impacts of mining operations on other cetaceans known to be in the area including humpback, fin, and Bryde's whales and numerous small cetaceans including pilot whales, Risso's dolphins, long-beaked common dolphins and Pacific white-sided dolphins.³³⁰

290. No es un hecho menor que la máxima autoridad en mamíferos marinos informara a la DGIRA sus preocupaciones sobre Don Diego y recomendara no autorizar el Proyecto hasta en tanto no se resolvieran ciertas preocupaciones.³³¹

d. Las preocupaciones de autoridades nacionales

291. El 17 de septiembre de 2015, la CONABIO informó a la DGIRA que parte del área del proyecto se traslaparía con la Bahía Magdalena. Asimismo, la CONABIO señaló que la MIA 2015 no estaba sustentada en un análisis especial y estadístico congruente, y particularmente enfatizó que las medidas de mitigación propuestas por ExO no minimizarían los efectos negativos de la minería en la biodiversidad del área del Proyecto.³³²

292. El 6 de octubre de 2015, el Consejo Consultivo informó a la DGIRA sus preocupaciones sobre la composición de sedimentos que la draga liberaría, incluido arsénico, mercurio y uranio.³³³

La siguiente observación del Consejo Consultivo es de suma relevancia:

³²⁹ Opinión técnica de la *Society for Marine Mammalogy*, pp. 2-3. **R-0128.**

³³⁰ Opinión técnica de la *Society for Marine Mammalogy*, p. 3. **R-0128.**

³³¹ Opinión técnica de la *Society for Marine Mammalogy*, p. 3. **R-0128.**

³³² Opinión técnica del 17 de septiembre de 2015 de CONABIO. pp. 2-3, **R-0129.**

³³³ Opinión técnica del 6 de octubre de 2015 del Consejo Consultivo, pp. 2-3. **R-0130.**

Reiteramos como órgano consultivo de la Semarnat; que no es posible realizar estudios serios y propuestas viables para la reducción del daño ambiental, si el promovente, así como las instituciones o personas involucradas en la presentación de la MIA, no reconocen que el lecho marino es un medio, tan importante como cualquier ambiente terrestre [...]. Promover una MIA, casi enseguida de retirar otra, no proporciona el tiempo suficiente para estudiar los fenómenos involucrados para que el equilibrio y los fenómenos presentes en la zona descrita sean al menos conocidos [...]³³⁴

293. La Dirección General de Política Ambiental Integración Regional y Sectorial y la Dirección General de Vida Silvestre, ambas de la SEMARNAT, externaron algunas de las mismas preocupaciones del Consejo Consultivo y del Instituto de Ciencias del Mar de la UNAM. En las opiniones técnicas emitidas el 19 y 28 de octubre de 2015, respectivamente, señalaron que la extracción de fosforita provocaría la liberación de metales pesados y materiales radiactivos.³³⁵ De igual forma, informaron a la DGIRA que, al igual que la MIA 2014, la MIA 2015 no incluía información relacionada con los cambios en el comportamiento de tortugas caretta caretta derivado de la alteración del fondo marino, la afectación de su fuente de alimentación, y diversos efectos subletales en dicha especie.³³⁶

294. El 29 de marzo de 2016, el INAPESCA presentó ante la DGIRA una opinión técnica y explicó que el Proyecto se realizaría dentro de polígonos concesionados a la Sociedad Cooperativa Puerto Chale y a la sociedad de Pescadores la Poza.³³⁷ El INAPESCA también señaló que el Golfo de Ulloa es un “centro de actividad biológica”, es decir, un lugar de productividad biológica y marina rica en recursos pesqueros que da soporte a comunidades dedicadas a pesquería ribereña.³³⁸ El INAPESCA también informó a la DGIRA que la MIA 2015 no contaba con análisis cuantitativos sobre el efecto de las operaciones de dragado en las pesquerías, sino tan solo aseveraciones no concluyentes.³³⁹

295. La Demandante y sus testigos insisten en que entre enero y febrero de 2015 se reunieron con funcionarios de INAPESCA y CONAPESCA, y con base en esas reuniones decidió

³³⁴ Opinión técnica del 6 de octubre de 2015 del Consejo Consultivo, p. 8. **R-0130.**

³³⁵ Opinión técnica del 19 de octubre de 2015 de la Dirección General de Política Ambiental. **R-0131.**

³³⁶ Opinión técnica del 19 de octubre de 2015 de la Dirección General de Política Ambiental. **R-0131.** Opinión técnica del 28 de octubre de 2015 de la Dirección General de Vida Silvestre, p. 2. **R-0132.**

³³⁷ Opinión técnica del 29 de marzo de 2016 de INAPESCA, p. 2. **R-0133.**

³³⁸ Opinión técnica del 29 de marzo de 2016 de INAPESCA, p. 1. **R-0133.**

³³⁹ Opinión técnica del 29 de marzo de 2016 de INAPESCA, p. 6.y 8. **R-0133.**

implementar el “eco-tubo” en las operaciones del Proyecto.³⁴⁰ Hay tres cuestiones relevantes en esta afirmación.

296. *Primero*, estas supuestas reuniones se realizaron durante el Procedimiento EIA de la MIA 2014, situación que corrobora el hecho de que ExO, *motu proprio*, decidió retirar la MIA 2014 con la finalidad de aportar elementos adicionales ante la DGIRA con la finalidad de obtener la AIA del Proyecto.

297. *Segundo*, la Demandante confunde la finalidad de una reunión de cortesía con funcionarios públicos con “reuniones y discusiones constructivas” gracias a las cuales la Demandante decidió implementar el “eco-tubo”.³⁴¹ Dicho en otras palabras, el hecho de que SEMARNAT, CONANP, INAPESCA o CONAPESCA aceptaran reunirse con ejecutivos de ExO no significa que surgieron posibles soluciones conjuntas para resolver las preocupaciones que existían en torno a Don Diego (e.g. sobre la pluma de sedimentación para devolver material al lecho marino).³⁴²

298. *Tercero*, a pesar de las supuestas “discusiones constructivas”, la opinión técnica del INAPESCA demuestra la posición institucional de dicha autoridad y sus serias preocupaciones en relación al Proyecto.

e. Las preocupaciones de habitantes y pescadores de Comundú

299. Desde que la MIA 2015 se puso a disposición del público generó preocupaciones entre los habitantes y pescadores de Comundú, al igual que dentro del gobierno de Baja California Sur. Así, decenas de pobladores informaron a la DGIRA sobre sus preocupaciones en torno al Proyecto y al impacto negativo que generaría al medio ambiente y a la pesca local, siendo ésta una importante fuente de recursos para la zona.³⁴³ Algunos habitantes de Comundú informaron a la DGIRA que años antes Rofomex llevó a cabo extracciones de fosforita en Baja California Sur y estas actividades extractivas afectaron manglares y el hábitat de cetáceos.³⁴⁴

³⁴⁰ Memorial de Demanda, ¶ 124-125.

³⁴¹ Ver Declaración testimonial del Sr. Claudio Lozano, ¶ 37.

³⁴² Declaración testimonial del Sr. Claudio Lozano, ¶ 37. Memorial de Demanda, ¶¶ 77 y 125.

³⁴³ Ver Primera Resolución de la DGIRA del 7 de abril de 2016, pp. 196-218. **C-0008**.

³⁴⁴ Primera Resolución de la DGIRA del 7 de abril de 2016, p. 210. **C-0008** (“ROFOMEX, S.A. de C.V. llevó a cabo la extracción de fosforita por 10 años en La Bocana. Las consecuencias de dicha actividad fueron que los manglares alrededor del sitio desaparecieron y la cantidad de ballenas grises que entraron al canal disminuyó durante

300. Diversas cooperativas y grupos de pescadores igualmente estaban preocupados por el Proyecto debido a que las actividades a realizar por ExO se realizarían en áreas concesionadas para la pesca.³⁴⁵

301. Por su parte, el gobierno local de Baja California Sur también informó a la DGIRA sus preocupaciones respecto a Don Diego. El 29 de septiembre de 2015, el Gobierno de Baja California Sur emitió una opinión técnica en la expresó que, a su consideración, el Proyecto no era ambientalmente viable.³⁴⁶

f. Las preocupaciones de organismos internacionales

302. El Centro del Patrimonio Mundial de la UNESCO informó a la SEMARNAT sobre sus preocupaciones respecto al Proyecto desde que inició el Procedimiento EIA de la MIA 2014. Esta situación no era una cuestión menor; para el organismo internacional había la posibilidad de que Don Diego afectara El Vizcaíno, sitio que desde 1993 forma parte de la lista de lugares considerados patrimonio de la humanidad y el lugar más importante del mundo para la reproducción de ballenas grises.³⁴⁷

303. Así, el 13 de abril de 2015, el Director del Centro del Patrimonio Mundial informó a la Demandada tener conocimiento del Proyecto gracias a diferentes fuentes y señaló que existía el temor de que las actividades a realizar pusieran en riesgo diversas especies y ecosistemas marinos.³⁴⁸

los años de operación y durante un par de años más, después de que la empresa abandonó las instalaciones. Hasta la fecha, después de 15 años sin actividades, aún no se ha recuperado totalmente la zona”). Ver comunicación de Cooperativa Mangle. **R-0134**.

³⁴⁵ Comunicación del 17 de diciembre de 2015 de la CONMECOOP. **R-0135**. Comunicación del 6 de octubre de 2015 de la FEDECOOP. **R-0136**. La Demandante ofrece como prueba tres comunicaciones de grupos de pescadores del 30 de marzo de 2016. Ninguna de las comunicaciones señala de forma textual que los grupos de pescadores apoyaban al Proyecto, sino simplemente señalan que tales agrupaciones apoyarían la decisión que la SEMARNAT llegara a emitir sobre la MIA 2015. Ver **C-0142**, **C-0143**, **C-0144** y **C-0145**.

³⁴⁶ Opinión técnica del Gobierno de Baja California Sur del 29 de septiembre de 2015, p. 11. **R-0137**.

³⁴⁷ Memoria documental 2012-2018, CONANP, p. 108. **R-0029**. Información adicional relacionada al santuario de ballenas El Vizcaíno se encuentra disponible en el sitio web del Centro del Patrimonio Mundial de la UNESCO. Ver UNESCO, Whale Sanctuary of El Vizcaíno. **R-0155**.

³⁴⁸ Algunas de las fuentes de información referidas por la UNESCO hacen referencia a las denuncias penales presentadas por ExO en contra de periodistas y pescadores locales. Ver Comunicación del Centro del Patrimonio Mundial del 13 de abril de 2015, p. 5. **R-0038**.

304. En 2016, derivado del PEIA de la MIA 2015, el Centro del Patrimonio Mundial reiteró sus preocupaciones:

[...] the submitted EIA does not evaluate potential impacts of the Project on the Outstanding Universal Value (OUV) of the Whale Sanctuary El Vizcaino property. While IUCN notes that the proposed project area does not overlap with the property and that it is located at some distance from it, potential impacts on the property should nonetheless be evaluated, particularly taking into account the fact that the migration routes of the grey and blue whales, which are key elements of the property's OUV, also stretch outside its boundaries. In view of the potential sensitivity of the marine environment to disturbance, including acoustic disturbance as well as physical disturbance or pollution impacts, this aspect is considered as particularly important.³⁴⁹

305. El hecho de que un organismo internacional como la UNESCO haya expresado consternación por el Proyecto demuestra que las preocupaciones escalaron a un plano internacional. De igual forma, la posición de la UNESCO demerita las alegaciones de la Demandante sobre una supuesta campaña con motivaciones políticas en contra de Odyssey y Don Diego. Dicho en otras palabras, la Demandada no tuvo injerencia alguna en la posición adoptada por un organismo internacional como la UNESCO en torno a Don Diego.

3. Las preocupaciones de la DGIRA sobre la MIA 2015

306. La DGIRA también mostró preocupaciones sobre la MIA 2015 y Don Diego, al igual que los habitantes y pescadores de Comondú, autoridades federales y locales, organizaciones no gubernamentales, universidades, centros científicos y organismos internacionales.

307. El 30 de octubre de 2015, la DGIRA [REDACTED] Al igual que sucedió en el Procedimiento EIA de la MIA 2014, el Sr. [REDACTED] “insuficiencias e incongruencias en la información ambiental y técnica presentada” que no permitía “realizar una evaluación objetiva de los estudios presentados”.³⁵¹ El Sr. [REDACTED] por única vez a ExO que ampliara, rectificara o aclarara la información contenida en la

³⁴⁹ Comunicación del Centro del Patrimonio Mundial del 18 de abril de 2016. **R-0139**.

³⁵⁰ Memorial de Demanda, ¶ 138.

³⁵¹ Oficio del 30 de octubre de 2015, p. 1. **C-0004**.

MIA 2015, con la finalidad de que el Procedimiento EIA pudiera continuar. Mientras tanto, el Procedimiento EIA quedó suspendido.³⁵²

308. La Demandada no considera necesario transcribir cada observación realizada por la DGIRA. En términos generales, algunos de los errores y omisiones en la MIA 2015 [REDACTED] fueron los siguientes:

- La necesidad de contar con estudios adicionales y modelos de simulación con información registrada en el SAR sobre la rápida recolonización de las áreas dragadas.
- Información sobre el traslape entre el área del Proyecto y la zona de alimentación y refugio de la tortuga caretta caretta.
- Estudios sobre las características físicas, químicas y biológicas de especies bentónicas y pelágicas que existen en el área del Proyecto, puntualizando que ExO ni siquiera las incluyó en la MIA 2015.
- Ampliar los estudios de monitoreo de tortugas, mamíferos, pepinos de mar y especies marinas grandes.
- Información sobre el impacto del retorno de sedimentos al fondo marino.
- Evaluaciones sobre el impacto en la langostilla, siendo ésta el principal alimento de la tortuga amarilla.
- Los efectos de la succión de la draga y perturbación sonora de todo el Proyecto y su impacto en mamíferos marinos.
- Análisis sobre índices de mortandad de tortugas marinas, pepinos de mar, mamíferos marinos y especies mayores.
- Enmendar diversos aspectos sobre los programas de prevención y mitigación de impactos ambientales.³⁵³

³⁵² Oficio del 30 de octubre de 2015, pp. 2 y 11. **C-0004**. (“El REIA otorga al promovente un plazo de hasta sesenta días para desahogar el requerimiento de información, durante el cual, el plazo de la autoridad para resolver el PEIA queda suspendido”). Informe pericial de Solcarga-Rábago, ¶ 99.

³⁵³ **C-0004**, pp. 2-11. Informe pericial de Solcarga-Rábago, ¶¶ 175-179.

309. La Demandante caracteriza el requerimiento de la DGIRA reflejado en el oficio del 30 de octubre de 2015 como “un mayor gasto de tiempo y dinero”.³⁵⁴ La realidad es que la propia DGIRA, en el ejercicio de sus facultades regulatorias y discrecionalidad administrativa, solicitó a ExO que enmendara graves errores y omisiones de la MIA 2015 que ponían en entredicho la viabilidad del Proyecto. Además, dan cuenta de las “insuficiencias metodológicas de la MIA de ExO, que impedían una verdadera valoración de los impactos ambientales a ser generados por el Proyecto”.³⁵⁵

4. La información adicional presentada por ExO sobre la MIA 2015

310. Durante el Procedimiento EIA, ExO presentó información adicional ante la DGIRA, incluido un documento denominado “anexo técnico” de más de 400 páginas, en respuesta al oficio de la DGIRA del 30 de octubre de 2015.³⁵⁶

311. Con la presentación del anexo técnico, la DGIRA dejó sin efectos la suspensión del Procedimiento EIA de la MIA 2015 y continuó con su análisis de evaluación de impacto ambiental. Debido a que la información presentada por ExO era cuantiosa, la DGIRA informó a ExO que ampliaría el plazo del Procedimiento EIA y solicitaría nuevamente opiniones técnicas a autoridades e instituciones científicas sobre la nueva información proporcionada por ExO, de conformidad con la LGEEPA y el REIA.³⁵⁷

312. La información adicional presentada por ExO fue considerada por la DGIRA al momento de resolver la MIA 2015. Además, el hecho de que la DGIRA recibiera la información adicional presentada por ExO y decidiera continuar con el PEIA – pese a las insuficiencias e incongruencias en la información ambiental y técnica presentada por ExO– demuestra que a ExO no le fue brindado un trato injusto o desproporcionado. ExO tuvo la oportunidad de tratar de enmendar los errores y omisiones identificados por la DGIRA, y aportar mayores elementos en el Procedimiento

³⁵⁴ Memorial de Demanda, ¶ 139.

³⁵⁵ Informe pericial de Solcarga-Rábago, ¶ 177.

³⁵⁶ Comunicación del 3 de diciembre de 2015 de ExO. **C-0005**. Ver **C-0007** y **C-0148**.

³⁵⁷ Primera Resolución de la DGIRA del 7 de abril de 2016, pp. 17-18. Ver Artículo 46 del REIA. **C-0097**. Artículo 35 Bis de la LGEEPA, **C-0014** (“cuando por la complejidad y las dimensiones de una obra o actividad la Secretaría requiera de un plazo mayor para su evaluación, éste se podrá ampliar hasta por sesenta días adicionales, siempre que se justifique conforme a lo dispuesto en el reglamento de la presente Ley”).

EIA. En otras palabras, el Procedimiento EIA y la actuación de la DGIRA se realizó en apego al marco legal aplicable.

5. Las reuniones entre ExO y SEMARNAT

313. La Demandante y sus testigos hacen una serie de afirmaciones sobre supuestas reuniones entre representantes de ExO y el Sr. Pacchiano, realizadas durante el Procedimiento EIA de la MIA 2015 (en particular, en marzo y mayo de 2016), que resulta importante aclarar.

314. En esencia, la Demandante sostiene que el 12 de marzo de 2016, el Sr. Ancira se reunió con el Sr. Pacchiano para exponer nuevamente el Proyecto y en la que el Sr. Ancira enfatizó que, en caso de no ser aprobado el Proyecto a la brevedad, ExO acudiría a instancias legales. El Sr. Pacchiano da testimonio de que esa reunión no se realizó y además explica que la Demandante cae en el error de afirmar que la reunión se realizó en un día que ni siquiera era laborable.³⁵⁸ De igual forma, la Demandante y sus testigos alegan que en mayo de 2016, el Sr. Ancira se reunió nuevamente con el Sr. Pacchiano y el resultado de dicha reunión fue “conciliatorio”, e inclusive afirman que en dicha reunión el Sr. Pacchiano aseguró que aprobaría el Proyecto.³⁵⁹ Eso es falso. Para ese momento la DGIRA ya había rechazado la AIA del Proyecto y ya existían litigios en curso iniciados por ExO. Además, el Sr. Pacchiano da testimonio de que esa reunión ni siquiera se realizó.³⁶⁰

315. Es verdad que en otras ocasiones representantes de ExO solicitaron reuniones con el Sr. Pacchiano, y éste, a manera de cortesía, llegó a recibirlos en su oficina para escuchar sus posturas. Sin embargo, el contexto de tales reuniones y los temas tratados en esas reuniones son distorsionados por la Demandante y sus testigos.

316. El Sr. Pacchiano explica que a partir de 2015 las reuniones con ExO empezaron a ser atendidas por el Sr. Alonso Ancira, quien insistió constantemente en la necesidad de que DGIRA emitiera la AIA de Don Diego. El testimonio del Sr. Pacchiano es relevante:

³⁵⁸ Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, ¶¶ 66 (“En primer lugar, cabe precisar que el 12 de marzo de 2016 fue fin de semana y nunca he acostumbrado a tener reuniones de trabajo en días inhábiles. Tampoco recuerdo haber atendido alguna reunión en marzo de 2016 relacionada con el proyecto Don Diego.”).

³⁵⁹ Memorial de Demanda. ¶ 157. Declaración testimonial del Sr. Claudio Lozano ¶¶ 74-75. Declaración testimonial del Sr. Mark Gordon, ¶¶ 83.

³⁶⁰ Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, ¶ 67 (“Asimismo, tampoco recuerdo haber participado en alguna reunión realizada en mayo de 2016 [...]”)

Tampoco me comprometí –ni con el Sr. Ancira, ni con ExO, ni jamás lo hice con algún otro solicitante de alguna MIA– en que aprobaría o favorecía la solicitud de MIA de ExO sujeto a que realizaran ciertas condiciones impuestas por mí. Eso también es falso.

En relación con todos los proyectos sujeto a obtener una autorización de MIA (incluido el proyecto Don Diego), mi labor se limitó a velar que las áreas a mi cargo cumplieran con la ley y que la DGIRA resolviera conforme a la legislación aplicable, así como con base en la información técnica y científica de los expedientes de cada solicitud de MIA.³⁶¹

317. El Sr. Pacchiano también explica que él siempre se mostró respetuoso y mesurado en dichas reuniones, a pesar de las insistencias, enojos y tonos amenazantes que llegaron a tener los interlocutores de ExO (*i.e.*, los Sres. Ancira y Fernández de Ceballos).³⁶²

318. Es lamentable que las reclamaciones de la Demandante giren en torno a distorsiones fácticas sobre dichas reuniones. Como se aclara en la Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano: *i)* en junio de 2015 en su calidad de Subsecretario de Gestión para la Protección Ambiental nunca solicitó a ExO que retirara la MIA 2014; *ii)* tampoco aseguró a ExO que la DGIRA emitiría la AIA del Proyecto si presentaba una nueva MIA “con cartas de apoyo” de CONAPESCA y pescadores, y *iii)* en su calidad de titular de la SEMARNAT tampoco se “enemistó” con los representantes de ExO, como falsamente alega la Demandante.³⁶³

319. De igual forma, el Sr. Pacchiano tampoco se comprometió frente a los representantes de ExO a autorizar Don Diego, a pesar de que la DGIRA ya había emitido una primera resolución en la que negó el Proyecto.³⁶⁴ Todo ello es falso y el Sr. Pacchiano da testimonio de ello:

[...] nunca permití que grupos de interés capturaran la independencia ni la decisión de la DGIRA, [REDACTED]

[REDACTED] Al respecto, recuerdo que conforme a lo que me fue informado, las resoluciones para rechazar el proyecto Don Diego se basaron estrictamente en fundamentos técnicos y científicos. En este sentido, puedo confirmar que la actuación de la SEMARNAT durante mi cargo se realizó de forma científicamente escrupulosa, técnica y en estricto apego a la ley.³⁶⁵

³⁶¹ Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, ¶¶ 52-53.

³⁶² Ver Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, ¶¶ 58-73.

³⁶³ Memorial de Demanda, ¶¶ 131-132, 145.

³⁶⁴ Memorial de Demanda, ¶ 157.

³⁶⁵ Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, ¶ 50.

L. La Resolución de la DGIRA de 2016

320. [REDACTED], el Sr. [REDACTED] la resolución administrativa por la que resolvió “NEGAR LA AUTORIZACIÓN solicitada para el proyecto denominado “Dragado de arenas fosfáticas negras en el yacimiento Don Diego””, presentado por ExO.³⁶⁶ Lo anterior, derivado del análisis técnico realizado por la DGIRA y por el cual se concluyó que:

[...] exist[e] una afectación directa de las especies de las tortugas *Caretta caretta* enlistada en estatus de peligro de extinción con base en la Norma NOM-059-SEMARNAT-2010, así como la afectación de las otras cuatro especies de tortuga marina [*Lepidochelys olivacea*, *Dermochelys coriacea*, *Chelonia mydas* y *Eretmochelys imbricata*], esta DGIRA determina negar la solicitud autorizada del proyecto **presentada por la promovente.** (Énfasis original)

321. Esta determinación es congruente con el análisis, metodología seguida y conclusiones formuladas por la DGIRA. Cabe señalar que la DGIRA es una unidad administrativa con funciones técnicas al interior de la SEMARNAT, con amplia experiencia en el análisis del impacto ambiental de diversos proyectos. De esa forma y conforme a sus facultades, la resolución incluye una sección intitulada “Análisis técnico”, en la cual la DGIRA realiza la evaluación a fondo de la información presentada por el promovente, tal como se explica en el siguiente apartado.

1. La DGIRA contó con elementos suficientes para determinar que la MIA 2015 no podía ser autorizada

322. Derivado de la evaluación de la información que se presentó relativa al conjunto de elementos que integran el ecosistema donde se pretende desarrollar el proyecto, la DGIRA advirtió que:

[...] el elemento natural de mayor relevancia por su estatus de en peligro de extinción son las cinco especies de tortugas marinas, especies migratorias, entre las que destaca, la especie *Caretta caretta*, relevante por su abundancia y distribución en el Golfo de Ulloa.³⁶⁷

323. De este modo, y conforme a la normativa ambiental aplicable,³⁶⁸ la DGIRA consideró los posibles efectos de las obras o actividades a desarrollarse tanto en el Área de Proyecto (AP) como

³⁶⁶ C-0008, p. 233.

³⁶⁷ C-0008, pp. 219-220.

³⁶⁸ Artículo 44 fracciones I y II del REIA. C-0097.

dentro del Sistema Ambiental Regional (SAR), tomando en cuenta “el conjunto de elementos que [...] integran [el área] y no únicamente los recursos que fuesen objeto de aprovechamiento o afectación”.³⁶⁹ Algunas de las constataciones fácticas en las que la DGIRA basó su decisión fueron las siguientes:

- La biodiversidad presente en el AP y el SAR, particularmente la presencia de cinco especies de tortugas marinas: *Caretta caretta*, *Lepidochelys olivacea*, *Dermochelys coriacea*, *Chelonia mydas* y *Eretmochelys ímbricata*.
- El estatus de peligro de extinción de las cinco especies de tortugas marinas presentes en el AP y el SAR.
- El Golfo de Ulloa es hábitat para la especie de la tortuga *Caretta caretta*.
- Las altas concentraciones de la tortuga *Caretta caretta* en el Golfo de Ulloa que utiliza como zona de refugio y alimentación.
- El Golfo de Ulloa constituye el espacio físico para el desarrollo de parte del ciclo biológico de la tortuga *Caretta caretta*.
- La abundancia de tortuga *Caretta caretta* en proporciones de entre 1-28 y 54-85 tortugas por Km² en diversas áreas del AP.
- La presencia de la tortuga *Caretta caretta* en una superficie del 86.6% (53,682.67 hectáreas) de las hectáreas totales del AP (61,989.23 hectáreas).
- El AP en la que se realizará el dragado se realizará precisamente en una superficie significativa para la dinámica de los hábitos de sobrevivencia de la tortuga *Caretta caretta*.
- La actividad de dragado –succionar el sedimento marino– implica un impacto ambiental significativo para las especies que ahí se desarrollan dado que se altera y afecta la distribución y diversidad local de organismos bentónicos que sirven de alimento.
- La interrupción de la cadena trófica (alimenticia) de las especies que se desarrollan en el AP y, por ende, la alteración de su ciclo biológico.

³⁶⁹ C-0008, p. 219.

324. Las constataciones fácticas antes referidas, coinciden con el resultado de la evaluación de los impactos ambientales más relevantes o significativos por su incidencia –sin la aplicación de medidas de mitigación específicas–, los cuales fueron:

- La afectación a la distribución local de organismos bentónicos.
- La pérdida de individuos de tortugas marinas.
- La pérdida del hábitat.
- La alteración en la composición y transporte de sedimentos.
- La alteración en la calidad del agua marina.
- El incremento en la turbidez y de los sólidos en la columna de agua.

325. ExO reconoció e identificó la generación de los siguientes impactos ambientales residuales y acumulativos derivados del proyecto Don Diego:

- **Impactos residuales:** i) afectación a la distribución local de organismos bentónicos; ii) pérdida del hábitat; iii) alteración en la composición y transporte de sedimentos; y iv) cambios en la topografía del fondo marino.³⁷⁰
- **Impactos acumulativos:** i) pérdida de individuos de especies de tortugas marinas; ii) contaminación submarina por ruido; iii) pérdida o afectación a individuos de especies de ictiofauna; iv) afectación a individuos de especies de mamíferos marinos y peces cartilagosos (Elasmobranquios); y v) afectación a la actividad pesquera.³⁷¹

326. La propia empresa ExO buscó minimizar el carácter significativo de los impactos ambientales a través de una propuesta relacionada con la aplicación de medidas de mitigación:

En conclusión, la **promovente** manifestó que ninguno de esos impactos se consideró relevante, siempre y cuando se apliquen las medidas de mitigación propuestas particularmente respecto, de los impactos que se identificaron como significativos y que

³⁷⁰ El impacto que persiste después de la aplicación de medidas de mitigación. Artículo 3o, fracción X del REIA. **C-0097.**

³⁷¹ El efecto en el ambiente que resulta del incremento de los impactos de acciones particulares ocasionado por la interacción con otros que se efectuaron en el pasado o que están ocurriendo en el presente. Artículo 3o, fracción VII del REIA. **C-0097.**

los posibles efectos de las actividades del **proyecto** no pondrán en riesgo la estructura y función de los ecosistemas descrito sen el **SAR**.³⁷² (Subrayado añadido)

327. Aunque ExO planteó medidas de “mitigación y compensación” mediante un Programa General que se conformaba de diversos Programas y Subprogramas,³⁷³ la DGIRA notó que dichos programas y medidas resultaban meramente descriptivos y carentes de eficacia dado que se sustentaban en información técnica que no era acorde con la realidad del AP:

Respecto de los programas antes apuntados esta **DGIRA** advierte que los mismos se describen de manera general, sin que se indiquen de manera clara las a aplicar para definir su eficacia, no cuentan con con indicadores específicos, no se puede valorar si son viables técnica y ambientalmente para el impacto ambiental adverso identificado, por lo tanto no son medibles cuantitativamente ni se plantean de manera objetiva para garantizar que las acciones establecidas reducen o eliminan su efecto negativo al medio ambiente marino y la biodiversidad presente en el mismo.³⁷⁴

328. Por lo tanto, es evidente que, si las medidas de mitigación y compensación propuestas por ExO resultan ineficientes para disminuir o eliminar los impactos ambientales significativos generados por el proyecto Don Diego, se justifica que la DGIRA haya negado la autorización por esa razón, tal como lo constató, por ejemplo, respecto del Programa de Monitoreo de Tortugas Marinas:

- La medida parte de una línea base que no se sustenta en datos cuantitativos sobre el hábitat de las tortugas.
- Para definir la línea base únicamente se incluyó a 5 individuos de la especie *Chelonia mydas*, sin presentar datos de las demás especies.
- La línea base no incluyó información de la especie *Caretta caretta*, a pesar de que la información científica disponible y la presentada reporta una importante abundancia y distribución de dicha especie en el AP.
- La información presentada no se basó en “los datos científicos más fidedignos disponibles”.

³⁷² C-0008, p. 142.

³⁷³ C-0008, pp. 146-147.

³⁷⁴ C-0008, p. 147.

- El llamado “monitoreo” no funge como tal ya que es más bien un programa de salvamento de individuos de tortugas marinas.
- El “monitoreo” se plantea de manera general y teórica sin generar convicción sobre su eficacia para proteger a la especie *Caretta caretta*.
- No existe justificación técnica de cómo el “monitoreo” mitigará la afectación en la cadena trófica de la especie *Caretta caretta* generada por las actividades de dragado.
- La efectividad del uso de deflectores y cadenas cosquilleras no puede valorarse porque parte de una línea base que no es clara al no identificar la distribución y abundancia de las tortugas en el AP.
- La falta de una línea base correcta no permite calcular la probabilidad de daño a la población de tortugas, ni establecer índices para determinar la efectividad de los deflectores y cadenas cosquilleras.
- Los protocolos de bombeo, *i.e.*, suspender la succión durante el posicionamiento de la draga, no son medidas de mitigación o que protejan a las tortugas porque son acciones de operación normal del dragado.
- La “observación a bordo” no mitiga los impactos sobre la cadena trófica ya que detener la operación ante el avistamiento de un individuo no impide que la afectación de fondo marino se continúe generando.

329. La DGIRA también analizó la eficacia de las medidas de mitigación presentadas por ExO en su “Programa de restauración del fondo marino”, conformado por las siguientes acciones: *i*) el seguimiento del orden establecido para el dragado; y *ii*) el informe a la SEMARNAT del inicio y término del dragado en cada franja. Al respecto, la DGIRA analizó dichas medidas a la luz del modelo predictivo que fue presentado por ExO,³⁷⁵ a fin de determinar si con la recolonización de las áreas dragadas se recuperaría el lecho marino en el AP en la forma y plazos sugeridos por ExO. La DGIRA reconoció que la recolonización de las especies bentónicas es determinante, no sólo para la regeneración del lecho marino, sino también para la cadena trófica de las especies de

³⁷⁵ Según ExO, dicho modelo permite la predicción e identificación de los conjuntos de especies que se presentarán a lo largo del proceso de repoblamiento de un sitio sujeto a un proceso de dragado. C-0008, p. 224.

relevancia ambiental. Con base en lo anterior, la DGIRA formuló las siguientes constataciones respecto del “Programa de restauración del fondo marino”:

- El modelo predictivo de ExO se basó únicamente en un factor, *i.e.*, las especies bentónicas que encontró en los muestreos que realizó.
- La eficacia de la medida de mitigación no pudo evaluarse porque ExO omitió considerar los factores físicos y químicos en su modelo predictivo, los cuales son aspectos relevantes para determinar la funcionalidad del ecosistema.
- Un proyecto idéntico al de ExO en otras partes del mundo no tiene impactos homogéneos o iguales que en los ecosistemas del Golfo de Ulloa, por lo que el modelo que ha funcionado para otras partes del mundo no garantiza la recuperación del suelo marino.
- ExO no acreditó la identidad entre los factores físicos, químicos y biológicos en otras partes del mundo con los del Golfo de Ulloa, por lo que los resultados de su modelo predictivo no pueden ser extrapolados a esa región específica.
- ExO omitió considerar que el factor temperatura y la dirección de las corrientes marinas del Mar del Norte son diferentes en el Golfo de Ulloa, ambos aspectos son importantes porque determinan el transporte y distribución de nutrientes que favorecen a las especies oportunistas en el proceso de recolonización.
- ExO no proporcionó indicadores que permitieran cuantificar la recuperación del lecho marino y, con ello, la efectividad de las medidas de mitigación propuestas.

330. Aunque ExO también propuso medidas de mitigación en la forma de Programas de Control y Seguimiento de la Calidad de Agua, de Educación Ambiental y de Protección y Monitoreo de Peces Marinos e Invertebrados Bentónicos, éstas no contaban con indicadores cuantitativos específicos por grupos de especies para evaluar abundancia relativa, riqueza y diversidad. Si bien ExO identificó los impactos del proyecto por grupos de especies y los asoció a cada medida propuesta, sus medidas de mitigación fueron meramente descriptivas e imprecisas tal como la DGIRA lo constató:

[las] medidas de mitigación deben vincularse con los impactos generados por el proyecto y con las especies y recursos naturales afectados por dichos impactos, principalmente con la especie *Caretta caretta* que por su estatus de especie en peligro de extinción constituye uno de los recursos de mayor relevancia ambiental dentro del **AP**, por lo tanto no basta

con describir los contenidos del programa que se plantea como medida de mitigación, sino justificar las acciones que constituyen dichas medidas atenuarán los impactos y restablecerán o compensarán las condiciones ambientales existentes antes de la perturbación que se causará con el proyecto, [...] ³⁷⁶ (Subrayado añadido)

331. De manera particular, la DGIRA realizó las siguientes constataciones relativas a las medidas de mitigación comprendidas en los Programas de Control y Seguimiento de la Calidad de Agua, de Educación Ambiental y de Protección y Monitoreo de Peces Marinos e Invertebrados Bentónicos:

- Al desarrollar cada medida, ExO no expuso las acciones que ayuden a la recuperación de la fauna bentónica y sus ecosistemas con relación a la langostilla roja (*pleuroncodes planipes*) –elemento vital y esencial en la cadena trófica de la tortuga *Caretta caretta* y de otras especies marina –.
- ExO no explicó las medidas de compensación en el caso de que la recuperación de la fauna bentónica no se esté realizando conforme a las predicciones del modelo de recuperación que presentó, también con relación a la langostilla roja.
- ExO no precisó si el proyecto Don Diego afecta la disponibilidad del alimento de la tortuga *Caretta caretta*, a saber, la langostilla roja, ni las medidas de mitigación que garantizan su disponibilidad como fuente de alimentación.
- ExO no demostró que el proyecto Don Diego tampoco afecte las fuentes alternas de alimento de las tortugas *Caretta caretta*: caracoles, moluscos y otra fauna bentónica distinta de la langostilla roja.
- La frecuencia del dragado no permite la recuperación del hábitat, ni siquiera con el plan de dragado de operación alterna que propone ExO dado que la extracción elimina una fuente importante de alimentación: la langostilla roja.
- El retorno y depósito de volúmenes de sedimentos en áreas adyacentes a las de extracción provoca también el desplazamiento de las fuentes bentónicas de alimentación de la tortuga *Caretta caretta*.

³⁷⁶ C-008, p. 226.

- El depósito de sedimentos afecta hábitats no impactados, obligando a que las especies se muevan a áreas no alteradas o sepultándolas en el proceso.
- ExO no aportó elementos que garanticen que la supuesta recolonización de especies bentónicas derivada de la formación de surcos propicie la abundancia y disponibilidad de alimento en las condiciones que actualmente sustentan a la especie *Caretta caretta* –que está en peligro de extinción–.
- La falta de disponibilidad de alimento –incluso temporal– evidentemente afecta a una especie en peligro de extinción, como lo es la tortuga *Caretta caretta*.
- El desplazamiento de la fuente de alimentación de las tortugas *Caretta caretta*, así como su alejamiento como consecuencia de las cadenas cosquilleras y deflectores, puede alterar sus hábitos y desarrollo durante la etapa juvenil a madura.

332. Muchas de las conclusiones de la DGIRA se realizaron respecto de la especie *Caretta caretta*, sin embargo, dichas constataciones también resultan aplicables a las otras especies, *i.e.*, la laúd o *Dermochelys coriacea*, tortuga verde o *Chelonia mydas* y la tortuga carey o *Eretmochelys imbricata*, dado que todas comparten el mismo hábitat. En particular, la DGIRA determinó que todas las especies de tortugas resentirían también afectaciones de alimentación y que ninguna medida de mitigación propuesta garantizaba la abundancia y disponibilidad de los alimentos para esas especies, ni que la actividad de dragado no afectaría su cadena trófica o hábitos migratorios.³⁷⁷ De hecho, la conclusión de la DGIRA respecto de las medidas de mitigación y compensación fue la siguiente:

En este sentido, las medidas de mitigación y compensación parten de una serie de datos que no sustentan técnica, científica y ambientalmente su viabilidad y eficacia para demostrar que los impactos ambientales generados por el dragado de arenas fosfáticas en el fondo marino no representan un peligro de daño grave o irreversible, y que la ejecución de las medidas propuestas, avalen que los impactos ambientales adversos se eviten o se reduzcan al mínimo para garantizar la preservación y restauración del hábitat de la tortuga *Caretta caretta* y de las otras cuatro especies de tortugas en peligro de extinción.³⁷⁸

333. Además, la DGIRA no estaba obligada a autorizar el Proyecto de forma condicionada. Solcarga da cuenta de ello:

³⁷⁷ C-0008, p. 229.

³⁷⁸ C-0008, p. 229.

[...] la DGIRA no estaba obligada a autorizar el Proyecto de manera condicionada. [...] ExO no aportó elementos suficientes para demostrar la eficacia de sus medidas de mitigación. En cambio, la DGIRA, a partir de su experiencia técnica y científica disponible a la fecha de su resolución, sí contaba con elementos para considerar que los impactos a producirse por el proyecto serían inaceptables, y a la vez, carecía de elementos para determinar la posibilidad de mitigar los impactos ambientales de manera satisfactoria. [...] si ExO fue incapaz de demostrar cómo el Proyecto podía desarrollarse con medidas de mitigación eficaces, la DGIRA no estaba obligada a complementar el Proyecto de ExO [...]³⁷⁹

334. Con base en las determinaciones antes señaladas, derivadas de un análisis técnico-científico, la DGIRA resolvió negar la autorización de la MIA 2015, presentada por ExO.

2. Es falso que el Secretario Pacchiano haya instruido que la MIA 2015 fuera negada

335. Tal como se explicó *supra*, conforme a la estructura de la SEMARNAT, así como a la normativa que regula y establece las competencias y atribuciones de sus distintas áreas administrativas, ni el Subsecretario ni el Secretario de la SEMARNAT tienen injerencia alguna respecto del sentido de las decisiones y determinaciones que adopta la DGIRA. Incluso, el propio Ing. Rafael Pacchiano ha confirmado en su declaración testimonial que son falsas las acusaciones en su contra, según las cuales él instruyó u ordenó negar la autorización en materia de impacto ambiental:

Por lo tanto, afirmo ante este Tribunal Arbitral que nunca di una orden o instrucción, ni explícita, ni tácita, para que la DGIRA resolviera autorizando o rechazando el proyecto Don Diego. De hecho, como Titular de la Secretaría no contaba con la facultad de girar dicha orden o instrucción. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]
[REDACTED]³⁸⁰ [Enfasis añadido]

3. Los “proyectos” de resolución de la DGIRA carecen de valor jurídico

336. En su declaración testimonial, [REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]³⁸¹ Sin embargo, esa afirmación contrasta con la evidencia contemporánea por la cual ExO

³⁷⁹ Informe pericial de Solcarga-Rábago, ¶ 199.

³⁸⁰ Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, ¶ 11.

³⁸¹ Declaración testimonial [REDACTED], ¶ 11.

reconoció que la MIA se retiró porque estaba incompleta.³⁸² Un hecho respecto del cual ExO y sus testigos –basándose en meros dichos–, ahora se contradicen al pretender culpar nuevamente de esa conducta –atribuible únicamente a la propia empresa–, al Ing. Rafael Pacchiano.

337. En este sentido, el propio Ing. Rafael Pacchiano ha manifestado que es falso que él haya solicitado a los representantes de ExO retirar la MIA:

Sin perjuicio de ello, me gustaría enfatizar que nunca solicité a los representantes de ExO que retirarán la MIA presentada el 3 de septiembre de 2014 (MIA 2014). Eso es falso.

[...]

Entiendo que la Demandante y sus testigos argumentan que en esta reunión solicité al Sr. Ancira que ExO debía retirar la MIA 2014 y debía presentarla nuevamente acompañada de documentos en los que constará el apoyo al proyecto por parte de diferentes organizaciones.⁵² Eso es falso, yo nunca solicité ni sugerí a los representantes de ExO que retiraran la MIA ni mucho menos requerí cartas o “evidencia de apoyo” del proyecto.⁵³ En cualquier caso, yo no tuve nada que ver con el retiro de la MIA y desconozco las razones por las cuales ExO decidió retirar la MIA de 2014.

Cabe destacar que ExO era representada por un amplio equipo de abogados e influyentes empresarios. Sin perjuicio de precisar cualquier afirmación que la Demandante y sus testigos realicen en mi contra, una petición de retirar la MIA –en los términos que la empresa Odyssey me pretende imputar– habría constituido una conducta sancionable. En este sentido, ExO tuvo la oportunidad de denunciar esta situación ante las autoridades pertinentes. Sin embargo, no lo hizo porque esa afirmación es falsa.³⁸³

338. En cualquier caso, la Demandante y sus testigos pretenden hacer creer al Tribunal que, [REDACTED], existían proyectos u opiniones de emitir la resolución en un sentido distinto al que realmente aconteció. Es decir, la Demandante se basa en sus testigos para atribuir valor jurídico a lo que [REDACTED] [REDACTED]”,³⁸⁴ pero que simplemente no ocurrió. En efecto, [REDACTED] [REDACTED] respectivamente lo siguiente:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].³⁸⁵

³⁸² Comunicado de prensa de Odyssey del 22 de junio de 2015. **R-0107**.

³⁸³ Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, ¶ 51, 64-65.

³⁸⁴ Declaración testimonial [REDACTED], ¶ 21.

³⁸⁵ Declaración testimonial [REDACTED], ¶¶ 19 y 20.

[REDACTED]

339. En primer lugar, no existe evidencia en el expediente que demuestre que existieron proyectos de resolución en un sentido distinto al que se emitió la resolución. En segundo lugar, aunque existieran dichos proyectos de resolución, éstos serían únicamente “proyectos” sin ningún valor jurídico que no reflejan el análisis técnico que se realizó tomado en consideración la información presentada por el promovente. Cabe señalar que, como cualquier acto administrativo, todos los documentos inician con un proyecto previo que va ajustándose conforme avanza la integración del expediente y el análisis del mismo.

340. En cualquier caso, legalmente la resolución final se adoptó, negando la AIA a ExO en dos ocasiones, y esa decisión le correspondió por ley únicamente [REDACTED]. [REDACTED] hubiera hecho o no bajo ciertas circunstancias es irrelevante.³⁸⁷ [REDACTED], sin embargo, ello no ocurrió así y por ello carece de sentido especular sobre meros supuestos e hipótesis. En este sentido, el Ing. Rafael Pacchiano también ha rechazado haber recibido proyectos de resolución en un sentido distinto [REDACTED]:

Conforme a lo anterior, nunca recibí algún proyecto de resolución de las Manifestaciones de Impacto Ambiental del proyecto Don Diego (ni de ningún otro proyecto) por la sencilla razón de que las consideraciones técnicas y científicas para negar dicho proyecto [REDACTED]. En este sentido, [REDACTED]. De hecho, me enteré del sentido de la resolución de la MIA 2015 de ExO una vez que iba a ser notificada la resolución. Debo mencionar que cuando me enteré del sentido de la resolución, la decisión de la DGIRA no me pareció extraña. Lo anterior, no solo porque sabía que la DGIRA había recibido un considerable número de opiniones técnicas que expresaron preocupación sobre el proyecto Don Diego, [REDACTED].³⁸⁸

386 Declaración testimonial [REDACTED], ¶ 7.

387 Declaración testimonial [REDACTED], ¶ 21.

388 Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, ¶ 41.

4. El Director General de la DGIRA fue el responsable final de la resolución de 2016

341. Como se ha señalado previamente, conforme al derecho mexicano, la DGIRA tiene la facultad y atribución de evaluar las manifestaciones de impacto ambiental.³⁸⁹ Para tal fin, la DGIRA cuenta con un Director General quien asume su dirección técnica y administrativa y es el responsable ante las autoridades superiores de su correcto funcionamiento.³⁹⁰ Los directores generales tienen la facultad de suscribir los documentos relativos al ejercicio de sus atribuciones, así como resolver los asuntos sobre autorizaciones concernientes a sus atribuciones.³⁹¹

342. [REDACTED]

Figura 7. [REDACTED]



343. La propia normativa mexicana, prevé que los directores generales sean auxiliados por directores generales adjuntos, directores, subdirectores y demás servidores públicos que requieran las necesidades del servicio. En este sentido, la resolución de 2016 también fue respaldada por el equipo de la DGIRA que participó en su elaboración y en el análisis de la MIA. [REDACTED]

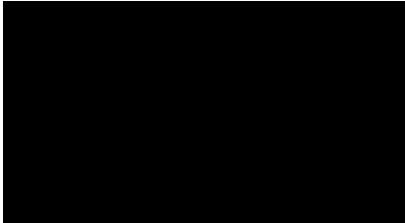
³⁸⁹ Artículo 28 fracción II del RISEMARNAT. **R-0053.**

³⁹⁰ Artículo 18 del RISEMARNAT. **R-0053.**

³⁹¹ Artículo 19 fracciones XXIII y XXV del RISEMARNAT. **R-0053.**

[REDACTED]

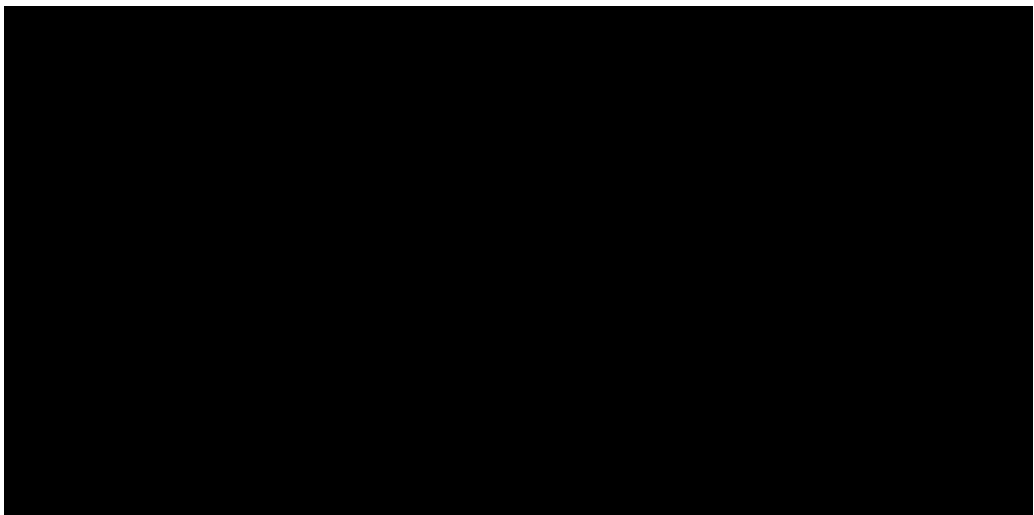
Figura 8. [REDACTED]



344. Las normas jurídicas aplicables al funcionamiento de la SEMARNAT también prevén de forma expresa las atribuciones del Subsecretario de Gestión para la Protección Ambiental, así como las facultades indelegables del Secretario, dentro de las cuales no figura la autorización en materia de impacto ambiental. De hecho, aunque la ley dispone que, previa autorización del Secretario, el Subsecretario pueda atraer para su resolución y resolver los expedientes relativos a los actos de autoridad competencia de las direcciones generales de su adscripción –cuando así lo ameriten por sus características especiales, interés o trascendencia–,³⁹² esa facultad no se ejerció en el caso de la solicitud de autorización de la MIA presentada por ExO.

345. Como cuestión de derecho –y no solo de hecho–, los tribunales nacionales también coinciden en que la negativa de la autorización de la MIA recayó en el Sr. [REDACTED]. Tal como se desprende del extracto de la sentencia del TFJA, –tribunal administrativo mexicano– [REDACTED]

[REDACTED]



³⁹² Artículos 5 fracción XXXIV y 9 fracción II del RISEMARNAT. **R-0053.**

346. Por lo tanto, conforme al derecho mexicano, [REDACTED]

M. La Resolución del 7 de abril de 2016 y las impugnaciones de ExO

347. Como ya se señaló *supra*, el 7 de abril de 2016, la DGIRA, [REDACTED], resolvió negar la autorización solicitada para el proyecto de dragado Don Diego.

348. Como consecuencia de lo anterior, ExO se inconformó con la resolución de la DGIRA y ha interpuesto diversos recursos e impugnaciones ante tribunales administrativos, –uno de los cuales aún está en curso–. En las siguientes subsecciones se explica en detalle el alcance jurídico de esos recursos, así como el de las sentencias emitidas por los tribunales administrativos.

1. El Recurso de Revisión 74/2016

349. De conformidad con sistema jurídico mexicano, las resoluciones definitivas dictadas en los procedimientos administrativos pueden ser impugnadas por los afectados, mediante el recurso de revisión o ante las instancias jurisdiccionales competentes.³⁹³ El recurso de revisión se interpone directamente ante la autoridad que emitió la resolución impugnada, quien debe acordar su admisión y turnarlo a su superior jerárquico para su resolución definitiva.

350. En este caso, el 29 de abril de 2016, ExO decidió utilizar los remedios legales que prevé la legislación nacional e interpuso un recurso de revisión, partiendo de la premisa absoluta de que la MIA que presentó fue “perfecta”, tal como consta en la siguiente afirmación:

La resolución recurrida resulta ilegal ya que la MIA presentada por **EXPLORACIONES OCÉANICAS, S DE R.L. DE C.V.** y la cual no fue aprobada por la DGIRA, no tiene absolutamente nada malo, incorrecto, irregular o ilegal, tanto desde el punto de vista técnico como ambiental, razón por la cual causa a la recurrente los siguientes: [agravios].³⁹⁴

351. Con base en la referida afirmación, ExO planteó cinco agravios o razones por las cuales no estaba de acuerdo con la decisión de la DGIRA:

³⁹³ Artículo 176 de la LGEEPA. **C-0014.**

³⁹⁴ Recurso de revisión 74/2016. **R-0141.**

- 1) Falta de fundamentación de la resolución recurrida, por no señalar cuál es la hipótesis que actualizó la aplicación del artículo 35 de la LGEEPA, al supuestamente no precisar la autoridad el inciso de la fracción III que le resultaría aplicable al caso;
- 2) Indebida motivación de la resolución por la indebida aplicación de la ley general de vida silvestre, por no señalar aparentemente en concreto en qué se funda para determinar por qué el proyecto afecta el hábitat de las tortugas y por qué dicha afectación supone una afectación a una especie en peligro de extinción;
- 3) Indebida motivación por la indebida interpretación y aplicación de la fracción III del artículo 35 de la LGEEPA, al confundir supuestamente los conceptos de especie, individuos y población, para justificar la negativa argumentando la afectación de una especie marina (*Caretta caretta*);
- 4) Indebida fundamentación y motivación por la inexacta aplicación de diversas disposiciones legales, debido a que, supuestamente, refirió simplemente o transcribió diversos artículos sin señalar con precisión el precepto o preceptos legales aplicables; y
- 5) Falta de motivación por la indebida interpretación y aplicación de los artículos 28, 30 y la fracción III del artículo 35 de la LGEEPA, al no conocer supuestamente el alcance y significado de los conceptos de “mitigación y compensación” y no autorizar el proyecto de manera condicionada al establecimiento de medidas adicionales.

352. Debido a que la Subsecretaría no resolvió el recurso de revisión dentro de los tres meses siguientes a la fecha en la que éste se presentó,³⁹⁵ se configuró una ficción jurídica que, conforme al derecho mexicano, se conoce como “confirmativa ficta”, es decir, por ministerio de ley se determinó que la Subsecretaría confirmó la resolución de la DGIRA por la cual se negó la autorización en materia de impacto ambiental. De hecho, fue el TFJA quien lo constató a solicitud de ExO tal como se aborda en el siguiente apartado.³⁹⁶

³⁹⁵ Artículo 17 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. **R-0142.**

³⁹⁶ **C-0170**, pp. 26, 34, 55 y 57.

2. El Juicio de Nulidad: Sentencia del TFJA del 21 de marzo de 2018

353. El 27 de enero de 2017, ExO presentó ante el TFJA una demanda para solicitar la nulidad de la confirmativa ficta por la cual se confirmó la resolución de la DGIRA, y la cual se configuró ante la falta de respuesta de la Subsecretaría al recurso de revisión. En efecto, si bien la Subsecretaría resolvió expresamente el recurso de revisión de ExO el 24 de febrero de 2017, lo hizo de forma extemporánea a los tres meses que prevé la ley.

354. Derivado de lo anterior, el 21 de marzo de 2018, el TFJA resolvió lo siguiente:

- 1) Que sí se configuró la confirmativa ficta del recurso de revisión que interpuso ExO; y
- 2) La nulidad de la resolución expresa del 24 de febrero de 2017 al no poder coexistir válidamente dos resoluciones respecto al mismo recurso.

355. Dado que en el marco del procedimiento la Subsecretaría sí expresó los hechos y el derecho para sustentar la confirmativa ficta del recurso de revisión, el TFJA los analizó para determinar su legalidad. En este sentido, la *litis* que fue resuelta por el TFJA versó sustantivamente sobre dos aspectos:

- i) Si la resolución recurrida, a través de la cual se negó la Autorización de Impacto Ambiental (en adelante MIA) a la hoy actora, se encuentra debidamente fundada y motivada, y;
- ii) Si en la resolución recurrida, la autoridad demnadada se pronunció en relación a las medidas de mitigación propuestas por la actora en la MIA.³⁹⁷

356. En lo referente al primer aspecto impugnado, el TFJA estimó que la DGIRA no motivó debidamente su decisión,³⁹⁸ en razón de que debió sustentar su determinación en estudios científicos que denotaran la veracidad de sus expresiones,³⁹⁹ *i.e.*, sustentar su determinación en los datos científicos más fidedignos disponibles.⁴⁰⁰

³⁹⁷ C-0170, p. 120.

³⁹⁸ C-0170, p. 145.

³⁹⁹ C-0170, p. 150.

⁴⁰⁰ No se formuló pronunciamiento alguno respecto de ciertos argumentos expresados por ExO, no se aportó la motivación por la que se considera que la actividad de dragado implica un impacto ambiental significativo para las especies que ahí se desarrollan; no se señaló cuáles especies de organismos bentónicos que se desarrollan en el sitio del dragado se verían afectadas, no se puntualizó en qué consiste la afectación y la alteración que causaría el proceso

357. Por lo que hace al segundo aspecto impugnado, el TFJA concluyó que la DGIRA no motivó adecuadamente su resolución respecto de las razones por las que las actividades de dragado implicarían un impacto ambiental significativo al hábitat de la tortuga caguama y las otras especies, de forma que las actividades de mitigación propuestas no resultarían suficientes para proteger el hábitat de esas especies.⁴⁰¹

358. En síntesis, el TFJA determinó que DGIRA debió proporcionar mayor detalle y fundamentar con base en todas las circunstancias y condiciones que justificaron su negativa, al igual que los elementos y la base científica en la que basó su determinación, analizando y pronunciándose sobre todas las cuestiones planteadas.

359. En el siguiente apartado se explica en detalle el alcance jurídico de la decisión del TFJA. Si bien el TFJA reconoció que está facultado para ordenar a la DGIRA otorgar o negar la autorización en materia de impacto ambiental, señaló que, al no contar con los elementos y conocimientos técnicos suficientes en la materia, se limitaba a emitir la nulidad de las resoluciones impugnadas en el siguiente sentido.

3. Alcance y sentido de la decisión del TFJA: es falso que a la DGIRA se le haya ordenado emitir una resolución favorable para ExO

360. Si bien ExO solicitó al TFJA que ordenara a la DGIRA la autorización de la MIA condicionada al cumplimiento de las medidas de mitigación que propuso, el TFJA reconoció que, aunque está facultado para hacerlo, no lo haría por que no cuenta con los elementos y conocimientos técnicos suficientes en la materia y debido a que existen varias especies adicionales que pudieran ser afectadas por el proyecto:

[...] 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).

Además de lo anterior, un impedimento más para este Tribunal pudiera determinar si debe autorizarse o no la MIA de la actora, es que la *Litis* planteada en el juicio que nos ocupa, versa exclusivamente en el posible daño que pudiera ocasionársele a las especies de tortugas en cuestión, sin embargo, del contenido del expediente administrativo en el que se emitió la negativa a la MIA, se advierte que existen varias especies adicionales que

de succión y se omitió especificar en qué consiste el impacto ambiental derivado de la succión del sedimento marino y el por qué dicho impacto es significativo. Ver C-0170, pp. 161-163.

⁴⁰¹ C-0170, p. 166.

podieran ser afectadas con el proyecto, como por ejemplo: la ballena gris, delfines, tiburones, peces, moluscos, aves migratorias, entre otras, y esta Juzgadora no cuenta con los recursos técnicos para realizar un análisis en ese sentido.

Asimismo, este Tribunal tampoco podría analizar otros posibles impactos ambientales que representa el proyecto en cuestión, como por ejemplo: de contaminación del agua, del aire, sonoro, entre otros.⁴⁰² [Énfasis añadido]

361. Conforme a lo anterior, el TJFA se limitó a emitir la nulidad de las resoluciones impugnadas en el siguiente sentido:

*“lo procedente es declarar la **NULIDAD de la resolución impugnada así como la originalmente recurrida, para el efecto de que la autoridad, dentro del plazo de cuatro meses contados a partir de que el presente fallo quede firme, emita una nueva resolución, que resuelva la solicitud de autorización de la MIA de la actora en términos del artículo 35, cuarto párrafo, de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en la que analice todos y cada uno de los aspectos que fueron expuestos en la solicitud y su alcance por la actora, incluyendo las medidas de mitigación propuestas por la promovente en la MIA, y que son detalladas en la ampliación de demanda del presente juicio, así como también analice, en su caso, otras medidas adicionales de prevención y mitigación, a fin de que se eviten, atenúen o compensen los impactos ambientales susceptibles de producirse con el proyecto sometido a autorización, para que en el caso de que la autoridad determine autorizar de manera condicionada el proyecto —determinación que deberá estar razonadamente fundada y motivada— en términos de la fracción II, del citado precepto legal, la autoridad condicione dicha autorización al cumplimiento de dichas medidas de prevención y mitigación; y hecho lo anterior, la autoridad demandada **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 el presente fallo, específicamente que se pronuncie respecto del argumento de la actora en el sentido de que las actividades de dragado del proyecto sometido a su consideración, se realizarían a una profundidad que no afectaría el hábitat de las tortugas marinas en cuestión, dejando a salvo las facultades de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) para resolver lo que en derecho corresponda.**”⁴⁰³*

362. Tal como se desprende de la cita anterior, el TFJA no determinó que la DGIRA emitiera una nueva resolución en un determinado sentido. Por el contrario, el TFJA reconoce las facultades y autonomía de la DGIRA y le requiere que emita —en plena libertad de facultades— una nueva resolución conforme a las siguientes directrices: (i) en un plazo determinado; (ii) analizando todos y cada uno de los aspectos expuestos en la solicitud presentada por la Demandante, incluyendo las medidas de mitigación que ésta propuso; (iii) pronunciándose respecto del argumento de ExO

⁴⁰² C-0170, p. 187.

⁴⁰³ C-0170, pp. 211 y 212.

consistente en que las actividades de dragado del proyecto se realizarían a una profundidad que no afectaría el hábitat de las tortugas; y (iv) fundando y motivando con base en los datos científicos más fidedignos disponibles.

363. Por lo tanto, ya que el TFJA otorgó jurisdicción plena a la DGIRA para emitir una nueva resolución en el sentido que la DGIRA considerara aplicable, resulta falso afirmar que el TFJA haya ordenado a la DGIRA emitir una decisión que autorizara la MIA.

4. La DGIRA dio cumplimiento a lo ordenado por el TFJA

364. En cumplimiento a lo ordenado por el TFJA, la DGIRA emitió una nueva resolución siguiendo las directrices establecidas por la autoridad jurisdiccional.⁴⁰⁴ En esa nueva resolución, la DGIRA, [REDACTED], negó nuevamente la autorización solicitada para el proyecto Don Diego presentado por ExO.⁴⁰⁵

N. La Resolución de la DGIRA de 2018 y el procedimiento administrativo iniciado y aún pendiente ante el TFJA

365. [REDACTED]

[REDACTED]. Dicha determinación se sustentó principalmente en lo siguiente:

De ahí que conforme al análisis técnico realizado a la **MIA-R, IF, IA e IC**; a la información científica que esta DGIRA hace suya contenida en los Considerandos XVI y XVII así como a los efectos adversos derivados del proyecto, analizados en los Considerandos XVIII y XXI de la presente Resolución, **y con fundamento en el artículo 35, fracción 111, inciso b) de la Ley General del Equilibrio Ecológico** que faculta a esta autoridad administrativa para negar la autorización solicitada cuando se afecte a una especie amenazada o en peligro de extinción, sin que el legislador hubiese atribuido grado alguno a dicha afectación, es decir, la ley no indica que la negativa deba sustentarse en una afectación grave o significativa, únicamente faculta a la autoridad ambiental para negar una solicitud ante la existencia de un afectación a especies clasificadas en algún estatus especial de riesgo o protección, como acontece en el presente caso, pues quedó demostrado, de la información científica analizada en el Considerando XVI que el **AP** se localiza en el Golfo de Ulloa, cuya espacio tridimensional constituye el hábitat de la tortuga marina *Caretta caretta*, especie clasificada en peligro de extinción de acuerdo a la NOM-059-SEMARNAT 2010, reportándose también la existencia de otras tres especies de tortuga marina también clasificadas en-peligro de extinción como la “*Lepidochelys olivácea*” o tortuga golfina, la “*Dermodochelys coriácea*” o tortuga laúd, “*Chelonia mydas*” o tortuga verde y la “*Eretmodochelys imbricata*” o tortuga carey, respecto de las cuales no hay análisis específicos, solamente avistamientos durante los trabajos

⁴⁰⁴ Las directrices establecidas por el TFJA, fueron debidamente atendidas en la resolución de 2018. Ver C-0009, pp. 219-515.

⁴⁰⁵ Ver Informe pericial de Solcarga-Rábago, ¶ 218.

científicos sobre la tortuga *Caretta caretta*, y **en el artículo 5º, fracción 11, de la Ley General de Vida Silvestre**, que dispone que en ningún caso la falta de certeza científica se podrá argumentar como justificación para postergar la adopción de medidas eficaces para la conservación y manejo integral de la vida silvestre y su hábitat, considerando que las especies de quelonios antes señaladas, así como las de grandes mamíferos marinos indicadas en el Considerando XVII de la presente Resolución, lo procedente **ES NEGAR LA AUTORIZACIÓN** solicitada, toda vez que las obras y actividades del proyecto afectan a una especie declarada en peligro de extinción y asimismo, las medidas de mitigación propuestas por la **promovente**, como se analiza y demuestra en el Considerando XXI del presente oficio, no garantizan que los efectos del **proyecto** no afectarán a las especies marinas reguladas por la Ley General de Vida Silvestre, por encontrarse listadas en las categorías previstas en la NOM-059-SEMARNAT-2010, y que se han señalado en el Considerando XVII del presente instrumento.⁴⁰⁶ [Énfasis en el original]

366. De manera particular, y siguiendo las instrucciones del TFJA, la DGIRA realizó una motivación y fundamentación conforme a la ley, brindand mayor detalle las razones por las cuales negó la autorización de la MIA:

- Que las actividades y obras del proyecto no sólo se realizan en el fondo marino tal y como lo señaló la promovente ante esa autoridad administrativa, así como en diversas manifestaciones que realizó incluso ante la autoridad jurisdiccional, pues del análisis técnico de esa resolución, el proyecto pretende la realización de obras y actividades en el espacio tridimensional que constituye el hábitat de las tortugas *Caretta caretta*, es decir, sobre la superficie marina: mediante el recorrido de la draga, barcaza, el remolcador y el transporte de producto seco (mineral separado); en la columna de agua, a través del tubo succionador de la draga y del tubo de descarga de los sedimentos retornados; y en el fondo bentónico o marino mediante la actividad de dragado de hasta 7 metros de profundidad del lecho marino y el regreso de los sedimentos no aprovechados al fondo marino.⁴⁰⁷
- Que la aseveración del Dr. Douglas Clarke respecto de la abundancia de las tortugas *Caretta caretta*, en la que de manera cualitativa indica que en esa área protegida se encuentran muy pocas tortugas, no es consistente con lo establecido en la información científica disponible establecida en dicha resolución.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ C-0009, p. 516

⁴⁰⁷ C-0009, p. 468. Ver también Resolución de la Queja 353/17 emitida por el TFJA. R-0140, pp. 102-103.

⁴⁰⁸ C-0009, p. 471. Ver también Resolución de la Queja 353/17 emitida por el TFJA. R-0140, p. 103.

- Que el período de avistamiento realizado en los trabajos a que alude la promovente (que identifica como "Campañas Oceano-gráficas") se realizó en la época de menor productividad en el Golfo de Ulloa, aún y cuando este factor (la productividad) está asociado con la abundancia y distribución de la tortuga *Caretta caretta* y se caracteriza por la presencia de altas concentraciones de plancton y cangrejos rojos (*Pleuroncodes pianipes*). Tomando en cuenta que la época de mayor productividad es la de invierno-primavera, de conformidad con diversos autores que cita, las campañas oceanográficas referidas por la promovente se realizaron en agosto, por lo que resulta evidente que no pudieron obtenerse datos suficientes para identificar la abundancia y distribución de la tortuga en esa área.⁴⁰⁹
- Que esa autoridad de manera concluyente considera, con base en la información presentada, así como en la información científica más fidedigna que tuvo a su disposición al acreditarse la existencia del hábitat de la tortuga *Caretta caretta*, que los proyectos de minería submarina tienen impactos irreversibles en hábitat en donde se desarrollan, sin que existan medidas de mitigación probadas que puedan regresarlo a su estado original.⁴¹⁰
- Que del análisis causa-efecto realizado se concluyó que el dragado implica la remoción de los bentos (el cual contiene organismos de infauna y epifauna, así como sedimentos) que tendrá como consecuencia, los siguientes efectos:

Primarios.- Pérdida de organismos bentónicos, la disminución de la productividad primaria (pérdida de biomasa, de nutrientes y cantidad de plancton).

Secundarios.- Pérdida de langostilla o cangrejo rojo en su fase pelágica en forma de larvas y juveniles en la columna de agua, pérdida de peces demersales y pelágicos.

Terciarios.- Pérdida y disminución de presas de peces y langostilla; y afectación a la pesca comercial.

Cuaternarios.- Afectación a las actividades de forrajeo en la tortuga caguama.

⁴⁰⁹ C-0009, p. 472. Ver también Resolución de la Queja 353/17 emitida por el TFJA. R-0140, p. 104.

⁴¹⁰ C-0009, p. 472. Ver también Resolución de la Queja 353/17 emitida por el TFJA. R-0140, pp. 104-105.

- Impacto ambiental adverso: Pérdida de individuos de dichas tortugas.⁴¹¹

367. Por lo que hace al tema relativo a las medidas de mitigación, la DGIRA también realizó un mayor análisis para fortalecer su fundamentación y motivación de acuerdo a lo ordenado por el TFJA:

- Que el denominado “Programa de Protección de Tortugas Marinas en la Bahía de Ulloa” propuesto, pretende atender diversos impactos ambientales de pérdida o afectación del hábitat, pérdida o afectación a individuos de especies de tortugas marinas y afectación a la actividad pesquera; sin embargo, solo establece una serie de actividades en la operación del dragado y uso de tecnología para evitar que las tortugas sean succionadas por la draga mediante el uso de deflectores o "cadenas cosquilleras", que no representan un conjunto de acciones para reducir o eliminar la pérdida o afectación del hábitat, ni la pérdida o la afectación a individuos de especies de tortugas marinas.⁴¹²
- Que no es aceptable lo señalado en la MIA en el sentido de que las potenciales muertes de tortugas marinas por el proyecto no son relevantes, porque tratándose de una especie calificada en peligro de extinción, no importa si la afectación es sobre un individuo o varios, pues cualquier afectación merece especial atención.⁴¹³
- Que la pérdida de biodiversidad será inevitable porque la minería destruye directamente el hábitat e indirectamente degrada grandes volúmenes de la columna de agua y áreas del fondo marino debido a la generación de plumas de sedimentos enriquecidas con metales biodisponibles, y que adicionalmente se conoce que ninguna acción de remediación se puede aplicar a la columna de agua.⁴¹⁴
- Que se producirán impactos ambientales significativos con las actividades del Proyecto como:

⁴¹¹ C-0009, pp. 488-489. Ver también Resolución de la Queja 353/17 emitida por el TFJA. R-0140, pp. 105-106.

⁴¹² C-0009, p. 503. Ver también Resolución de la Queja 353/17 emitida por el TFJA. R-0140, pp. 106-107.

⁴¹³ C-0009, pp. 503-504. Ver también Resolución de la Queja 353/17 emitida por el TFJA. R-0140, p. 107.

⁴¹⁴ C-0009, p. 508. Ver también Resolución de la Queja 353/17 emitida por el TFJA. R-0140, pp. 107-108.

Afectación a la distribución local de organismos bentónicos (organismos marinos que viven asociados al sustrato del fondo, ya sea enterrados, sobre él o que se desplazan o habitan en sus inmediaciones); y

Pérdida del hábitat, alteración en la composición y transporte de sedimentos; alteración en la calidad del agua marina; incremento de la turbidez y de los sólidos en suspensión en la columna de agua.⁴¹⁵

- Que se desestiman los programas específicos como son los denominados: "Control y Seguimiento de Sedimentos de la Pluma en el Ambiente Marino"; "Programa de control y Seguimiento de calidad del agua del medio marino"; "Programa de manejo integral de residuos"; "Programa de educación ambiental"; "Programa de protección y monitoreo de peces marinos e invertebrados bentónicos"; "Programa de protección de fauna marina y monitoreo acústico en el medio marino"; "Programa de manejo integral de residuos"; "Programa de control de emisiones a la atmosfera" y "Programa de protección de aves marinas", por las siguientes razones:
 - i) Porque contienen descripciones genéricas que no se articulan de manera correlativa con los impactos ambientales adversos para los que fueron creados;
 - ii) No establecen acciones específicas e indicadores de eficacia y de realización para medir las tasas de reducción o eliminación de los efectos adversos en el área del proyecto, el área de influencia del proyecto (Golfo de Ulloa) y del SAR (Península de Baja California)
 - iii) No demuestran técnica y ambientalmente que los impactos ambientales adversos no están causando un desequilibrio ecológico y que sus resultados mantienen las variables de integridad funcional y capacidad de carga del ecosistema (productividad y biodiversidad).⁴¹⁶
- Qué las medidas de mitigación propuestas no aseguran que no habrá un peligro de daño grave o irreversible, se considera que ante la insuficiencia de evidencias científicas, la decisión de la autoridad ambiental se sujeta a la aplicación del principio de "precaución", el cual postula que cuando exista una amenaza evidente o un daño grave o irreversible que

⁴¹⁵ C-0009, pp. 509-510. Ver también Resolución de la Queja 353/17 emitida por el TFJA. R-0140, p. 108

⁴¹⁶ C-0009, p. 504. Ver también Resolución de la Queja 353/17 emitida por el TFJA. R-0140, pp. 108-110.

atente contra el medio ambiente, la ausencia de evidencias científicas no puede representar un obstáculo para proponer medidas que eviten el deterioro y la degradación ambiental, en términos del artículo 15 de la Declaración de Río (Nonna & Radvich, 2016) así como del artículo 194 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, fracción 11, de la Ley General de Vida Silvestre, que señala que en la formulación y conducción en materia de vida silvestre su hábitat, se observarán por parte de esa autoridad, los principios establecidos en el artículo 15 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, así como lo previsto en la fracción 11 de dicha Ley.⁴¹⁷

368. La conclusión sobre las medidas de mitigación por parte de la DGIRA fue la siguiente:

Conclusión:

Determinó volver a negar la autorización de la MIA, medularmente, en razón de que las obras y actividades del Proyecto afectan a la especie declarada en peligro de extinción Tortuga caguama o careta careta, entre otras, porque las medidas de mitigación propuestas en la MIA “no garantizan que los efectos del proyecto no afectarán a las especies marinas reguladas por la Ley General de Vida Silvestre, por encontrarse listadas en las categorías previstas en la NOM-059- SEMARNAT-2010.”⁴¹⁸

369. Como se puede constatar, la DGIRA ahondó con con el mayor detalle posible sobre las razones por las cuales la autoridad determinó que resultaba técnica y científicamente viable negar la solicitud de autorización de la MIA presentada por ExO. Evidentemente para la Demandante, ninguna razón que la DGIRA exprese para negar su solicitud de autorización resulta o resultará suficiente, sin embargo, es innegable que desde un punto de vista técnico-científico las razones esgrimidas por la autoridad competente y especializada son razonables y las correctas desde el punto de vista legal.

370. México considera que es insostenible que la Demandante pretenda impugnar esta decisión bajo el argumento de que hubo motivos ajenos a los técnicos y científicos que fueron expresados. En este sentido, el Tribunal Arbitral únicamente debería considerar la razonabilidad de los argumentos esgrimidos por dicha autoridad mexicana.

⁴¹⁷ C-0009, pp. 512-513. Ver también Resolución de la Queja 353/17 emitida por el TFJA. R-0140, pp. 110-111.

⁴¹⁸ C-0009, pp. 515-516. Ver también Resolución de la Queja 353/17 emitida por el TFJA. R-0140, p. 111.

1. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

371. Como ya se señaló *supra*, [REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

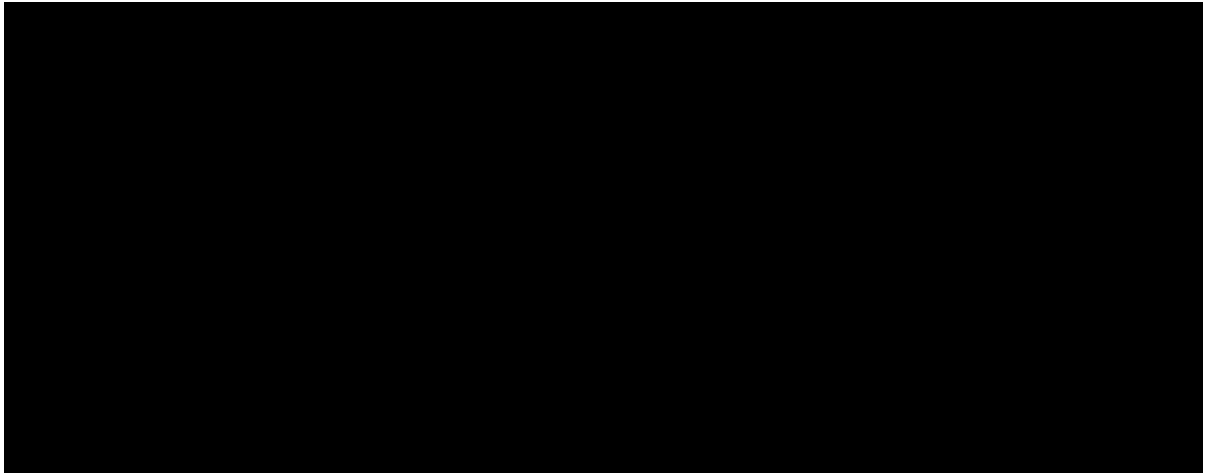
[REDACTED].⁴¹⁹ No se trata de un mero formalismo, por el contrario, conforme al derecho mexicano, existe una estructura clara y específicamente delimitada a efectos de conferir atribuciones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. En este sentido, [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Figura 10. [REDACTED]

[REDACTED]



[...]

[REDACTED]

372. De la Figura 10 destaca el hecho de que [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED].

⁴¹⁹ Ver Sección II.I.2.

373. A pesar de que [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].⁴²⁰

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

2. El TFJA constató que la DGIRA cumplió con su sentencia (Resolución al recurso de queja)

375. [REDACTED]
[REDACTED], ExO consideró, y así lo argumenta en su Notificación de Intención,⁴²¹ en la Notificación de Arbitraje,⁴²² y en el Memorial de Demanda,⁴²³ que la DGIRA había supuestamente descatado la orden del TFJA al emitir su decisión aparentemente fuera del plazo y repetir su decisión de negar la autorización de la MIA. Sin embargo, el TFJA rechazó esas afirmaciones al resolver la impugnación que ExO interpuso en el procedimiento de queja respectivo:

RESUELVE

I. Es improcedente la instancia de queja por omisión intentada por la parte actora;

⁴²⁰ Declaración testimonial [REDACTED], ¶¶ 32 y 33.

⁴²¹ Aviso de Intención, 4 de enero de 2019, ¶¶ 7 y 102-105.

⁴²² Notificación de Arbitraje, 5 de abril de 2019, ¶¶ 7 y 115-118.

⁴²³ Memorial de Demanda, ¶ 20.

II. Resultó procedente pero INFUNDADA, la queja por repetición del acto promovida pro la actora, en consecuecniá;

[...] ⁴²⁴

376. El razonamiento para rechazar la impugnación de ExO en el sentido de que la autoridad supuestamente no resolvió dentro del plazo fijado fue el siguiente:

Precisado lo anterior, resulta que la QUEJA POR OMISIÓN promovida por el representante legal de la actora en su escrito presentado el 4 de octubre de 2018, es IMPROCEDENTE, en razón de que al momento de que fue promovida, aún no fenecía el plazo de 4 meses que tenía la autoridad demandada para dar cumplimiento a la sentencia de 21 de marzo de 2018, por las razones y fundamentos que se expone a continuación.

[...]

De ahí que el término de cuatro meses que fue precisado en la sentencia respectiva y que está previsto, para tal efecto, en el artículo 57 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, para la emisión de la nueva resolución, debe computarse del 19 de junio al 19 de octubre de 2018, en la medida en que el inicio de ese plazo, atiende al momento en que la autoridad demandada tuvo pleno conocimiento de que la sentencia definitiva de 21 de marzo de 2018, había quedado firme y que causo ejecutoria, de modo que es a partir de ese momento en que corre para la citada autoridad el plazo de cuatro meses para que diera cumplimiento de la sentencia respectiva, [...] ⁴²⁵

377. Por otra parte, el TJFA desestimó el argumento de ExO sobre la supuesta repetición del acto y confirmó que la DGIRA tenía plena autonomía para resolver sobre el sentido de la nueva resolución que emitió, tal como lo hizo. En particular, el TFJA señaló:

De todo lo expuesto, esta Juzgadora arriba a la convicción que NO SE ACTUALIZA EN EL PRESENTE CASO LA REPETICIÓN DE ACTO DE LA QUE SE DUELE LA PARTE ACTORA, pues se observa 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, en la medida en que la autoridad advierte que las actividades adversas, en especial al hábitat de tortugas *Caretta caretta*, lo cierto es 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, por lo que es INFUNDADA la queja de trato.

[...] esta Juzgadora advierte que esos dos puntos medulares de la nueva resolución en cumplimiento a la sentencia de este Pleno Jurisdiccional no son aspectos que fueran referidos en la resolución anulada en dicha sentencia, es decir, no son aspectos que hubiera reiterado la autoridad, de modo que constituyen parte de una nueva fundamentación y motivación de la resolución en cumplimiento, y por lo tanto, no puede

⁴²⁴ Resolución de la Queja 353/17 emitida por el TFJA. **R-0140**, p. 118.

⁴²⁵ Resolución de la Queja 353/17 emitida por el TFJA. **R-0140**, pp. 11-12 y 14.

decirse que exista repetición del ato anulado, en la medida en que al cumplir la sentencia definitiva la autoridad ambiental demandada no emitió una resolución en idénticos términos que la anualada, por las consideraciones hasta aquí expuestas; de ahí lo INFUNDADO de la queja por repetición que nos ocupa.

Sin que sea óbice de lo anterior, el argumento de la quejosa en el sentido de que la autoridad repitió su negativa de eautorización de la MIA en cuestión porque en todo caso, la sentencia de 21 de marzo de 2018, fue clara en el sentido de precisar que se dejaban “a salvo las facultades de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) para resolver lo que en derecho corresponda”, esto es, que la nulidad decretada por esta Juzgadora de ninguna forma constriño a la autoridad ambiental a otorgar la autorización de la MIA, sino que la nulidad decretada fue sólo para el efecto de que emitiera una nueva resolución, debidamente fundada y motivada, en la que la autoridad analizara los aspectos que indebidamente omitió hacer en su primera resolución –precisados en el fallo respectivo- y resolverá lo que en derecho correspondiera.⁴²⁶

378. Por lo tanto, es falso que la DGIRA haya incumplido con lo ordenado por el TFJA en el sentido de emitir su resolución fuera de plazo o haber repetido el acto. Por el contrario, el TFJA constató que la DGIRA dio cumplimiento a lo ordenado en su sentencia del 21 de marzo de 2018.⁴²⁷

3. La reclamación de Odyssey está pendiente de resolución por el TFJA (segundo juicio de nulidad iniciado por ExO)

379. Como ya se señaló *supra*, ExO interpuso un recurso de queja por omisión y repetición alegando que, aparentemente, la DGIRA no emitió la segunda resolución dentro del plazo y supuestamente desobedeció lo ordenado por el TFJA al emitir una misma resolución. Sin embargo, el recurso de ExO se desestimó y el TFJA no analizó el fondo de la nueva resolución que emitió la DGIRA porque no era parte de la litis. En este sentido, el TFJA previno a ExO señalando que podría presentar una nueva demanda ya que ExO parecía controvertir los nuevos fundamentos y motivos de la resolución emitida en cumplimiento.

380. Con base en lo anterior, el 19 de agosto de 2019, ExO presentó una nueva demanda de nulidad ante el TFJA por la cual solicitó que se anulara la resolución de la DGIRA del 12 de octubre de 2018 y se le ordenara emitir una resolución favorable:

QUINTO. Substanciado que sea el procedimiento, [...], declarando la nulidad de la resolución administrativa impugnada, emitida por la autoridad demandada con fecha 12 de octubre de 2018 y, valoradas y desahogadas que sean las pruebas ofrecidas, ordenar a

⁴²⁶ Resolución de la Queja 353/17 emitida por el TFJA. **R-0140**, pp. 101-102 y 113.

⁴²⁷ Ver Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶¶ 219-224.

la autoridad demandada que emita una resolución favorable, autorizando la MIA para el Proyecto [...], en el entendido de que la correspondiente Manifestación de Impacto Ambiental en su Modalidad Regional, quedará condicionada al cumplimiento de las medidas de mitigación y compensación propuestas por EXPLORACIONES OCEÁNICAS, S. DE R.L. DE C.V., las cuales se señalaron en el Hecho 13 de esta demanda, así como a la observancia de algunas otras medidas adicionales de mitigación y compensación que pudiera razonablemente señalar la autoridad demandada, a fin de evitar, atenuar o compensar los posibles impactos ambientales que el referido proyecto pudiera producir.⁴²⁸

381. Destaca el hecho de que, en la impugnación, ExO señaló como autoridad demandada específicamente al “Director General de Impacto y Riesgo Ambiental, de la Subsecretaría de Gestión para la Protección Ambiental, de la SEMARNAT”. En efecto, en la sección de “pretensiones que se deducen”, ExO puntualizó:

Que se declare la nulidad de la resolución administrativa que se contiene en el oficio número SGPA/DGIRA/DG/07852, emitido con fecha 12 de octubre de 2018 por el C. Director General de Impacto y Riesgo Ambiental, de la Subsecretaría de Gestión para la Protección Ambiental, de la SEMARNAT mediante la cual se negó la MIA solicitada para el Proyecto denominado “Dragado de arenas fosfáticas negras en el yacimiento Don Diego”, presentado por ExO; y

382. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED], simplemente carecen de credibilidad y sustento fáctico o jurídico alguno.

383. El procedimiento sigue pendiente de resolución y de acuerdo a las facultades del TFJA este podrá:

- Confirmar la resolución de la DGIRA;
- Declarar la nulidad para efectos de que la DGIRA emita una nueva resolución con libertad de decisión; o
- Declarar la nulidad ordenando que la DGIRA emita una resolución en un sentido determinado.⁴²⁹

⁴²⁸ C-0186, p. 197.

⁴²⁹ Ver Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶¶ 229-230.

384. Como se desprende de lo anterior, en cualquiera de los supuestos antes referidos, la decisión del TFJA invariablemente tendrá efectos sobre el presente procedimiento arbitral, es decir, va a afectar el fondo y sustancia del caso. Esta situación pone de manifiesto que la función del Tribunal Arbitral debe distinguirse de la que le corresponde al TFJA conforme al derecho doméstico. En este sentido, al Tribunal Arbitral no le corresponderá resolver sobre la viabilidad del Proyecto ya que eso es una cuestión técnica que le corresponde en última instancia a las autoridades mexicanas (DGIRA). La jurisdicción del Tribunal se limitaría a determinar si la decisión de negar la MIA del proyecto Don Diego fue, en sí y por sí misma, una violación del TLCAN, reconociendo que se ha proporcionado un debido proceso completo, el cual sigue estando disponible para la Demandante en México.

4. Los artículos periodísticos sobre el proyecto Don Diego son ajenos al actuar de la DGIRA

385. La Demandante invoca diversos artículos periodísticos para sostener y apoyar su teoría de que [REDACTED], fueron obra del Sr. Rafael Pacchiano. Sin embargo, el alcance y relevancia que la Demandante pretende otorgarles a dichas notas periodísticas no coincide con lo que éstas señalan ni con los propios hechos del caso. En este sentido, el Sr. Rafael Pacchiano precisa el alcance de sus declaraciones y cómo éstas han sido descontextualizadas:

Durante mi trayectoria como político y funcionario público siempre me conduje con moderación y respeto en ruedas de prensa, entrevistas y declaraciones públicas. He revisado los artículos periodísticos de El Excélsior y La Crónica de Jalisco, publicados el 19 y 20 de abril de 2018, respectivamente, citados por la Demandante. No considero que de estos artículos periodísticos se desprenda un actuar indebido de mi parte o de la SEMARNAT. A pesar de las imprecisiones de los artículos, creo que estos artículos únicamente reflejan el ejercicio periodístico de ambos diarios.⁴³⁰

74. También he revisado el audio de la conferencia de septiembre de 2018. Como precisión, esa conferencia fue en realidad una reunión de trabajo en la que funcionarios de la SEMARNAT informamos sobre un proyecto encaminado a crear un área natural protegida en el Mar de Cortés y en el Pacífico sudcaliforniano. Posterior a la reunión atendí a los medios de comunicación que cubrieron dicho evento.⁴³¹

75. En primer lugar, considero que la transcripción utilizada por la Demandante no refleja de manera veraz mis respuestas aportadas a medios de comunicaciones, ni mucho menos consisten en una transcripción textual. En segundo lugar, como se desprende del video aportado por la Demandante, al momento de atender a los medios de comunicación,

⁴³⁰ Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, ¶ 73.

⁴³¹ Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, ¶ 73

señalé que “ahora está [la SEMARNAT] por emitir un nuevo resolutivo en cumplimiento de una sentencia judicial”. Del video no se desprende afirmación alguna de mi parte en la que asegurara que la DGIRA rechazaría nuevamente la MIA 2015. Considero que la Demandante busca tergiversar y descontextualizar las respuestas que di durante esa conferencia de prensa.⁴³²

386. Seguramente, al igual que en los diarios que hacen referencia a otros casos ambientales polémicos, [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED].

5. Es falso que el Secretario Pacchiano haya instruido el sentido de la Resolución de la DGIRA de 2018

387. A pesar de que [REDACTED] la AIA del proyecto Don Diego, no existe evidencia que sustenten sus afirmaciones. De hecho, la propia declaración del Sr. Rafael Pacchiano desvirtúa las acusaciones que [REDACTED]

[REDACTED] en su contra:

Toda instrucción que dirigí al Director General de la DGIRA durante mi gestión como Subsecretario y Secretario fue realizada por escrito. Sin duda hubo reuniones de trabajo en las cuales verbalmente la DGIRA me mantuvo informado sobre proyectos bajo su análisis, incluido el proyecto Don Diego. Sin embargo, es falso que en alguna reunión o de alguna otra forma yo haya ordenado la “instrucción” de negar el proyecto Don Diego o informado que no se aprobaría el proyecto [REDACTED] Sres. [REDACTED]

[REDACTED].⁴³³

Conforme a lo anterior, me parece inconcebible que [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]”.³³ Incluso, me parece aún más incomprensible que llegue al extremo de dejar entrever que [REDACTED] [REDACTED] sin que mediara un análisis exhaustivo [REDACTED]

[REDACTED].⁴³⁴

⁴³² Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, ¶ 75.

⁴³³ Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, ¶ 44.

⁴³⁴ Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, ¶ 38.

6. El Sr. [REDACTED] la legalidad de la Resolución aún después de que el Sr. Rafael Pacchiano dejó de ser Secretario de la SEMARNAT

a. El Sr. [REDACTED] en el equipo de defensa de México en las etapas previas al inicio del arbitraje y una vez éste se inició

388. Aunque el Sr. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED],⁴³⁵ ha omitido precisar que formó parte [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]. Para mayor contexto la Demandada detalla algunas fechas relevantes:

- El 4 de enero de 2019, Odyssey presentó la Notificación de Intención.⁴³⁶
- El 22 de febrero de 2019, la Demandada informó formalmente a la SEMARNAT sobre la Notificación de Intención y se establecieron puntos de contacto al interior de dicha Secretaría de Estado.⁴³⁷
- El 1º de abril de 2019, se realizó una reunión de trabajo en las oficinas de la SEMARNAT en la que participaron abogados de la Demandada y funcionarios de la SEMARNAT para preparar la posición del Estado mexicano en las consultas públicas a realizarse al día siguiente. Ese día hubo intercambio de comunicaciones entre la Demandada y la SEMARNAT. [REDACTED] [REDACTED].⁴³⁸
- El 2 de abril de 2019, representantes de Odyssey y la Demandada celebraron una reunión de consultas.⁴³⁹ Ese mismo día, [REDACTED] [REDACTED], acudieron a las oficinas de la Secretaría de Economía para brindar asesoría técnica y

⁴³⁵ Declaración testimonial [REDACTED], ¶ 1.

⁴³⁶ Memorial de Demanda, ¶ 179.

⁴³⁷ Correo electrónico del 22 de febrero de 2019 de la Secretaría de Economía. R-0067.

⁴³⁸ Correos electrónicos del 1º de abril de 2019 intercambiados entre funcionarios de la Secretaría de Economía y SEMARNAT. R-0068.

⁴³⁹ Memorial de Demanda, ¶ 211.

para atender reuniones de trabajo en las que se discutieron las reclamaciones de la Demandante.⁴⁴⁰

- El 5 de abril de 2019, Odyssey presentó la Notificación de Arbitraje.⁴⁴¹ Ese mismo día, la Demandada informó a [REDACTED], sobre la presentación de la Notificación de Arbitraje y hubo intercambio de correos electrónicos.⁴⁴²
- El 12 de abril de 2019, la Demandada informó a [REDACTED], sobre una comunicación enviada por la Demandante en la que exploró la posibilidad de reiniciar pláticas con miras a llegar a una solución mutuamente satisfactoria, sin perjuicio de la presentación de la Notificación de Arbitraje.⁴⁴³
- El 31 de mayo de 2019, la Demandada informó a [REDACTED], sobre una comunicación enviada el 30 de mayo de 2019 por la Demandante en la que señaló que tenía conocimiento del cambio del titular de SEMARNAT y exploró la posibilidad de reiniciar pláticas con miras a llegar a una solución mutuamente satisfactoria, sin perjuicio de la presentación de la Notificación de Arbitraje.⁴⁴⁴
- [REDACTED].⁴⁴⁵
- [REDACTED] la declaración testimonial.⁴⁴⁶
- El 4 de septiembre de 2020, la Demandante presentó el Memorial de Demanda, acompañada, *inter alia*, por la declaración testimonial [REDACTED].

389. Conforme a lo anterior, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] De hecho, [REDACTED] conoce algunos aspectos de la estrategia legal de

⁴⁴⁰ Registro de acceso a la Torre Ejecutiva de la Secretaría de Economía del 2º de abril de 2019. **R-0143**.

⁴⁴¹ Memorial de Demanda, ¶ 179.

⁴⁴² Correos electrónicos del 5 de abril de 2019 intercambiados entre la Demandada y funcionarios de la SEMARNAT. **R-0070**.

⁴⁴³ Correo electrónico del 12 de abril de 2019 enviado por la Demandada a la SEMARNAT. **R-0069**.

⁴⁴⁴ Correo electrónico del 31 de mayo de 2019 enviado por la Demandada a la SEMARNAT. **R-0071**.

⁴⁴⁵ Declaración testimonial [REDACTED], ¶ 2.

⁴⁴⁶ Declaración testimonial [REDACTED], p. 4.

México y parte del trabajo deliberativo del equipo legal de la Demandada, tal como se explica en la siguiente subsección.

b. [REDACTED] en la defensa del Estado mexicano y conoce el trabajo deliberativo de la Demandada

390. [REDACTED] en al menos dos reuniones con representantes de la Demandada en las que se discutieron las reclamaciones de Odyssey, hechos relacionados con Don Diego y ExO, aspectos técnicos del Proyecto y la inviabilidad ambiental del Proyecto.

391. Asimismo, [REDACTED] que de forma periódica fue actualizada sobre el desarrollo del arbitraje. Prueba de ello son al menos cuatro cadenas de correos electrónicos intercambiados entre funcionarios de la SEMARNAT y representantes de México, así como la testimonial del Sr. Salvador Hernández Silva, funcionario de la DGIRA, y persona que fue designado como Director General de la DGIRA de forma temporal

[REDACTED].⁴⁴⁷

392. A través de esos correos, la Demandada requirió a SEMARNAT información sobre el Proyecto Don Diego y formuló preguntas con la finalidad de preparar su estrategia legal. Esto significa que al menos, del 1º de abril de 2019 al 1º de septiembre de 2019, [REDACTED]

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

393. Prueba de ello es el correo electrónico del 1º de abril de 2019 enviado por la Demandada

[REDACTED].⁴⁴⁸

Estimados colegas:

⁴⁴⁷ Ver Declaración testimonial del Sr. Salvador Hernández, ¶¶ 4-10.

⁴⁴⁸ Correo electrónico del 1º de abril de 2019 intercambiado entre funcionarios de la Secretaría de Economía y SEMARNAT. R-0068.

En seguimiento a las consultas que se sostendrán con la empresa Odyssey el mañana 2 de abril a las 11:00 h en la (sic) oficinas de la Secretaría de Economía les comento:

Adjunto una serie de preguntas para SEMARNAT que nos ayudarán a entender mejor ciertos aspectos. Esto es únicamente para consumo interno del equipo de defensa. En el mismo archivo remito unas preguntas que haremos a Odyssey para su consideración y comentarios. Sería útil tener sus insumos o preguntas adicionales de su parte, si lo consideran conveniente.

Necesitamos conocer quiénes vendrían de SEMARNAT, mucho agradeceré que me envíen la lista de personas.

Finalmente, es necesario sostener una reunión de coordinación entre Economía y SEMARNAT, los convocamos a hoy lunes las 16:00 h. Si no fuera posible sostener la reunión les propongo tener una conferencia telefónica a la misma hora.

Quedo atento y agradezco su apoyo.

394. A mayor contexto, el 1º de abril de 2019 se realizó una reunión en las oficinas de la SEMARNAT en la que participaron abogados de la Demandada y funcionarios de SEMARNAT.

[REDACTED]. En esa reunión miembros del equipo legal de México

[REDACTED]

[REDACTED] Durante esas reuniones incluso a pregunta expresa del equipo legal de la Demandada,

[REDACTED]

[REDACTED].⁴⁴⁹

395. Al día siguiente, el 2 de abril de 2019, se realizó la reunión de consultas entre la Demandada y representantes de Odyssey en las oficinas de la Secretaría de Economía. [REDACTED]

[REDACTED] a las oficinas de la Secretaría de Economía con la finalidad de brindar apoyo técnico en materia ambiental al equipo legal de México en caso de que fuera necesario. Es decir, [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]. Los registros de acceso a la Torre Ejecutiva de la Secretaría de Economía dan constancia de ello.⁴⁵⁰

⁴⁴⁹ Declaración testimonial del Sr. Salvador Hernández, ¶¶ 7-9.

⁴⁵⁰ Registro de acceso a la Torre Ejecutiva de la Secretaría de Economía del 2º de abril de 2019. R-0143. Declaración testimonial del Sr. Salvador Hernández, ¶ 8.

O. Los proyectos portuarios y de infraestructura identificados por la Demandante

396. En un intento desesperado para ampliar sus reclamaciones, la Demandante argumenta que Don Diego recibió un trato menos favorable que seis proyectos en supuestas circunstancias similares a Don Diego, a saber: *i)* Proyecto El Chaparrito; *ii)* Proyecto Sayulita; *iii)* Proyecto Laguna Verde; *iv)* Proyecto Puerto Veracruz; *v)* Proyecto Puerto Matamoros y *vi)* Proyecto Santa Rosalía (Seis Proyectos).⁴⁵¹

397. Los Seis Proyectos seleccionados por la Demandante y el Sr. Pliego involucran actividades a cargo de empresas productivas del Estado, empresas paraestatales o entidades de gobiernos locales, es decir, de inicio, los sujetos objeto de comparación son claramente distintos a Odyssey y es cuestionable que puedan considerarse “inversionistas nacionales” o “inversiones de inversionistas nacionales”. De hecho, al plantear su reclamación, la Demandante señala “[l]a SEMARNAT [...] *trató a otros proyectos de entidades gubernamentales* de forma diferente (*sic*) que al Proyecto Don Diego de ExO”.⁴⁵² En efecto, el análisis de la Demandante y sus instrucciones para su experto legal se circunscribieron a comparar “otros proyectos de dragado similares de titularidad local”.⁴⁵³ Dado que el análisis de la Demandante se centró en comparar proyectos de dragado y no el trato otorgado a inversionistas nacionales o sus inversiones, la reclamación de la Demandante es incorrecta como cuestión de derecho. En cualquier caso, incluso si el Tribunal aceptara como estándar legal el proceder a comparar “proyectos de dragado” con Odyssey o su inversión, todos esos proyectos no se encuentran en circunstancias similares teniendo en cuenta el sector de la inversión, el área de inversión, la *lex specialis* aplicable a la concesión minera del inversionista, el marco jurídico aplicable al sector minero en particular, así como los productos o mercancías objeto de la inversión. Por lo tanto, las afirmaciones de la Demandante son incorrectas tal como se aborda en la Sección III.D.4.d.(1) a (6).

⁴⁵¹ Memorial de Demanda, ¶ 182.

⁴⁵² Memorial de Demanda, ¶ 325.

⁴⁵³ Memorial de Demanda, ¶ 325.

III. ARGUMENTO LEGAL

A. Jurisdicción: La Demandante Carece de Legitimación bajo el Artículo 1117

398. Conforme al artículo 1117(1) del TLCAN, “El inversionista de una Parte, en representación de una empresa de otra Parte que sea una persona moral propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, podrá someter a arbitraje, de conformidad con esta sección, una reclamación en el sentido de que la otra Parte ha violado una obligación”.

399. La Demandante afirma que controla a la entidad mexicana, Exploraciones Oceánicas, S. de R.L. de C.V. (“ExO”).⁴⁵⁴ De acuerdo con la Demandante, ésta tiene control debido a que el 99.99% de ExO es propiedad de una entidad panameña, Oceánica Resources S. de R.L. (“Oceánica”), que, a su vez, es propiedad en un 53.89% de Odyssey Marine Enterprises Ltd, una entidad bahameña propiedad de Odyssey. Como respaldo, la Demandante presentó el testimonio del CEO de Odyssey y presidente de ExO, Mark Gordon; certificados de propiedad del capital social de Odyssey y el informe anual de 2019 presentado por Odyssey ante la SEC.⁴⁵⁵

400. Las afirmaciones de la Demandante sobre la propiedad y el control no cumplen con la carga de la prueba respecto a la legitimación del Artículo 1117. Los tribunales reconocen que la parte demandante es quien tiene la carga de la prueba en cuanto a la propiedad, y concluyen que, si no se cumple con dicha carga, la demandada no tiene la carga de establecer objeciones jurisdiccionales.⁴⁵⁶ Específicamente, cuando, como aquí, el tratado en cuestión, requiere que un inversionista sea “propie[tario]” de la empresa o “que esté bajo su control directo o indirecto”, un demandante debe proporcionar toda la evidencia necesaria respecto a las circunstancias de la propiedad y el control en todo momento pertinente, especialmente cuando se hayan planteado dudas razonables sobre la propiedad o el control real sobre la empresa que busca protección.⁴⁵⁷

401. Suponiendo sin conceder que las afirmaciones de la Demandante fueran verdaderas, un 54% no alcanza el nivel de “propiedad” y de igual forma, sin más, no establece control. En un

⁴⁵⁴ Memorial de Demanda, ¶¶ 197-98.

⁴⁵⁵ Memorial de Demanda, ¶¶ 197-98.

⁴⁵⁶ See, e.g., *Emmis International Holding, B.V. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/12/2, Award, Apr. 16, 2014, ¶ 171. **RL-0001.**

⁴⁵⁷ *CCL v. Republic of Kazakhstan*, SCC Case No. 122/2001, Jurisdictional Award, Jan. 1, 2003 ¶ 82. **RL-0002.**

reciente caso conforme al TLCAN, *B-Mex, LLC c. México*, el tribunal concluyó que la propiedad requiere “propiedad total o propiedad virtualmente total de la empresa [mexicana],”⁴⁵⁸ explicando que:

En primer lugar, el Artículo 1117 hace referencia a la propiedad de “una empresa”. No hace referencia a la propiedad de “acciones de una empresa”. Se debe otorgar la importancia debida a dicha elección de palabras. En otra parte del Capítulo Once, cuando se define el término “inversión”, los redactores del Tratado se ocuparon de trazar la distinción entre “(a) una empresa” y “(b) acciones de una empresa”. Si los redactores del Tratado hubieran tenido la intención de equiparar propiedad de una “empresa” con propiedad de una cierta cantidad de “acciones de una empresa” - y esto sugiere que sabían cómo hacerlo - habrían procedido en tal sentido.

En segundo lugar, el Artículo 1117 no hace referencia a ningún umbral de propiedad de partes sociales al cual se deba arribar para tener la propiedad de la empresa según el caso planteado por las Demandantes. Las Demandantes sugieren que dicho umbral es 50% + 1. Sin embargo, habría resultado fácil para los redactores del Tratado establecer dicha situación si ello hubiera sido lo que pretendían. [...]

En tercer lugar, si bien el Artículo 1117 no especifica un umbral de propiedad, su contexto indica que las Partes del TLCAN imaginaron un umbral de participación social que siempre debe ser suficiente para conferir capacidad legal de control de la empresa [.]

Tal como demuestran los hechos del presente caso, el requisito de propiedad de partes sociales que confiere la capacidad legal de control no necesariamente es el 50% + 1 del capital social en circulación. El valor que tome dicho umbral será diferente para cada empresa, dependiendo de lo que dispongan los estatutos y/o el derecho aplicable [sic]. La única tenencia del capital social que siempre conferirá la capacidad legal de control, independientemente de las circunstancias, es la propiedad de todo, o prácticamente todo, el capital social en circulación.⁴⁵⁹

402. En consecuencia, conforme al TLCAN, la Demandante no puede considerar que “posee” a ExO, ni se puede suponer que la Demandante ejerció el control directo sobre dicha empresa.

403. Para respaldar una conclusión jurisdiccional de control indirecto, la Demandante necesitaría demostrar que tenía la capacidad para controlar, *i.e.*, control *de jure*, o que ejerció un poder real, control *de facto*, para hacerlo.⁴⁶⁰ La sola afirmación contenida informe anual presentado ante la SEC por Odyssey, contemporánea a la Notificación de Arbitraje, respecto a que

⁴⁵⁸ *B-Mex, LLC y Otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/3, Laudo Parcial, Julio 19, 2019, ¶198. **CL-0019**.

⁴⁵⁹ *B-Mex, LLC and Others c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/3, Laudo Parcial, Julio 19, 2019, ¶¶ 200-03 (énfasis en original). **CL-0019**.

⁴⁶⁰ *Id.*, ¶¶ 215-18.

“control[s] Exploraciones Oceanicas, S. de R.L. de C.V.”⁴⁶¹ es insuficiente en este sentido y no tiene soporte en el derecho internacional.⁴⁶² Adicionalmente, en la Sección II.A.3 de este escrito la Demandada identifica algunos de los financiamientos adquiridos por la Demandante para la realización del proyecto Don Diego, lo que demostraría la inexistencia de la propiedad y el control.

404. Como explicó el tribunal en *Thunderbird c. México*, “cuando no existe control jurídico, debe determinarse el control de hecho más allá de toda duda razonable.”⁴⁶³ Tribunales posteriores han confirmado que “el control *de facto* presentará, normal y lógicamente, un mayor desafío probatorio.”⁴⁶⁴ La Demandante necesitaría demostrar mediante minutas o actas de las juntas directivas u otro tipo de documentación que soporte que, en todo momento pertinente, “estuvo en condiciones de influir significativamente sobre el proceso de adopción de decisiones” o que era un “impulso constante” en la compañía.⁴⁶⁵

405. La carga de la Demandante en este caso es particularmente alta debido a la evidencia *prima facie* respecto a que otros tenían control sobre ExO. En particular:

- Las propias presentaciones de la Demandante ante la SEC indican que ha comprometido la mayoría de sus activos a MINOSA y a Monaco.⁴⁶⁶
- La Demandante parece haber vendido una participación sustancial en este arbitraje a la firma Poplar Falls LLC.⁴⁶⁷

⁴⁶¹ Odyssey Marine Exploration, Inc. Form 10-K for the period ending Dec. 31, 2019, filed Mar. 20, 2020, p. 4. **C-190.**

⁴⁶² *B-Mex, LLC and Others c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/3, Laudo Parcial, Julio 19, 2019, (versión en español) ¶ 204 (“el Tribunal tampoco encontró ninguna “norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” en el sentido del subpárrafo (c) del artículo 31 (3) de la CVDT que pudiera afectar esta simple lectura de “propiedad” del Artículo 1117. Las definiciones de “propiedad” conforme al Artículo XXVIII (n) del AGCS y al subpárrafo (a) (ii) del Artículo 13 del Convenio Constitutivo del MIGA (por sus siglas en inglés) revisten poca importancia porque, tal como argumentara la Demandada, se debe respetar la elección de las Partes del TLCAN de no hacer una definición adicional de “propiedad” conforme el Artículo 1117.”). **CL-0019.**

⁴⁶³ *International Thunderbird Gaming Corp. c. México*, UNCITRAL, Laudo, Ene. 26, 2006, ¶ 106. **RL-0003.**

⁴⁶⁴ *B-Mex, LLC y Otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/3, Laudo Parcial, Julio 19, 2019, ¶ 220 (citando *Thunderbird* y *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, Oct. 21, 2005). **CL-0019.**

⁴⁶⁵ *International Thunderbird Gaming Corp. c. Mexico*, UNCITRAL, Laudo, Ene. 26, 2006, ¶ 108. **RL-0003.**

⁴⁶⁶ Odyssey Annual Report 2019 (*Form 10K*), p. 50. C-0190.

⁴⁶⁷ Odyssey Annual Report 2019 (*Form 10K*), p.61. C-0190.

- Como se mencionó anteriormente, la empresa mexicana AHMSA (matriz de MINOSA) y el ciudadano mexicano Alonso Ancira parecen haber tenido los roles principales en la búsqueda de las aprobaciones requeridas por SEMARNAT.

406. Por lo tanto, corresponde a la Demandante cumplir con la carga de la prueba –cuestión que no ha logrado realizar–, respecto a que realmente poseía y controlaba ExO. De otra forma, su reclamación en representación de ExO conforme al Artículo 1117 del TLCAN debe ser rechazada.

B. Existen Serios Problemas de Credibilidad Respecto de los Testigos de la Demandante

407. Las alegaciones de la Demandante sobre una supuesta violación a los Artículos 1105 y 1110 del TLCAN están basadas en gran medida en la declaración testimonial [REDACTED].⁴⁶⁸ Sin embargo, existen razones importantes por las cuales la testimonial [REDACTED] y potencialmente la de otros testigos no son creíbles.

408. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].⁴⁷⁰ En términos sencillos, [REDACTED]
[REDACTED]. Sin embargo, [REDACTED] ahora presenta una declaración testimonial “[REDACTED]”,⁴⁷¹ la cual, como se aborda a continuación, carece de credibilidad.

1. La declaración testimonial [REDACTED] debe ser desestimada por el Tribunal y eliminada del expediente del arbitraje, o en su caso, no se le debe dar valor probatorio alguno

409. Como se aborda a detalle en las siguientes subsecciones, la testimonial [REDACTED] es contraria a la normativa mexicana y viola principios básicos del arbitraje internacional, por lo tanto, el Tribunal debería desestimarla.

⁴⁶⁸ Memorial de Demanda, ¶¶ 114-249-253, 268.

⁴⁶⁹ Declaración testimonial [REDACTED], ¶ 2.

⁴⁷⁰ [REDACTED] CL-0002.

⁴⁷¹ Declaración testimonial [REDACTED] ¶ 1.

a. La declaración testimonial [REDACTED] es ilegal conforme a la normativa mexicana

410. El sistema jurídico mexicano establece sanciones administrativas y delitos en los que pueden incurrir funcionarios públicos aún y cuando ya se hayan retirado del cargo público. Por un lado, la Ley General de Responsabilidad Administrativas (LGRA) establece los principios y obligaciones que debe cumplir todo servidor público federal, así como las faltas administrativas y sanciones en las que puede incurrir. Una clara prohibición prevista en la LFRA es que un servidor público utilice su cargo para obtener o pretender obtener un beneficio o que un tercero obtenga un beneficio.⁴⁷²

411. La LGRA establece un catálogo de faltas administrativas graves, siendo una de ellas la utilización de información gubernamental privilegiada de manera indebida.⁴⁷³ La propia LGRA define “información privilegiada” como aquella que obtenga el servidor público con motivo de sus funciones y que no sea del dominio público. Esta obligación es aplicable a aquellas personas que se hayan retirado de un empleo o cargo público hasta por un plazo de un año.⁴⁷⁴

412. El Sr. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]. Esto deja en evidencia que [REDACTED] en una falta administrativa conforme a la LFRA.⁴⁷⁵

⁴⁷² Artículo 7 de la LGRA (“Los Servidores Públicos observarán en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, los principios de disciplina, legalidad, objetividad, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, integridad, rendición de cuentas, eficacia y eficiencia que rigen el servicio público. Para la efectiva aplicación de dichos principios, los Servidores Públicos observarán las siguientes directrices: [...] Conducirse con rectitud sin utilizar su empleo, cargo o comisión para obtener o pretender obtener algún beneficio, provecho o ventaja personal o a favor de terceros, ni buscar o aceptar compensaciones, prestaciones, dádivas, obsequios o regalos de cualquier persona u organización;”). **R-0057.**

⁴⁷³ Artículo 55 de la LGRA. **R-0057.**

⁴⁷⁴ Artículo 56 de la LGRA (“Para efectos del artículo anterior, se considera información privilegiada la que obtenga el servidor público con motivo de sus funciones y que no sea del dominio público. La restricción prevista en el artículo anterior será aplicable inclusive cuando el servidor público se haya retirado del empleo, cargo o comisión, hasta por un plazo de un año.”). **R-0057.**

⁴⁷⁵ Cabe señalar que este tipo de conductas podrían dar lugar a potenciales violaciones de índole penal. En efecto, el Código Penal Federal establece los delitos en los que pueden incurrir funcionarios públicos federales. Como ejemplo, el artículo 214 del CPF prevé algunas conductas que pueden dar lugar a un delito en el ejercicio ilícito de

b. La declaración testimonial [REDACTED] es violatoria de los estándares y principios que rigen el arbitraje internacional

413. De conformidad con los artículos 9.2 y 9.3 de las Reglas IBA, el Tribunal debe desestimar la declaración testimonial [REDACTED] debido a que constituye una prueba ilícita y es contraria a las mejores prácticas en arbitraje internacional y cualquier norma ética.⁴⁷⁶ En efecto, como se mencionó en la subsección precedente y en la Sección II.N.6 *supra* y de acuerdo a la legislación mexicana –que constituye una cuestión de hecho para el Tribunal–, [REDACTED] en faltas administrativas. [REDACTED] la obligación de no usar información gubernamental privilegiada relacionada con este arbitraje, y con base en su anterior calidad [REDACTED], ha violado la declaración de veracidad de su testimonial.

414. En diferentes arbitrajes de inversión se ha determinado que existen límites a la admisibilidad de este tipo de evidencia. El tribunal en *Methanex c. Estados Unidos* rechazó admitir evidencia obtenida por una firma privada de investigación contratada por la demandante mediante actos de intrusión y violaciones a ordenamientos locales.⁴⁷⁷ Citando al Profesor Reisman, el gobierno de Estados Unidos argumentó existosamente lo siguiente:

[I]nternational courts have questioned the admissibility of evidence where that evidence “was secured in a manner that the court deemed harmful to public order and that it did not wish to encourage.” As recognized by Professor Reisman, “[r]etroactive validation of illegal seizures of evidence . . . could [result in] frustration of the fundamental purposes of international adjudication.” Thus, illegally obtained evidence should be deemed inadmissible.⁴⁷⁸

servicio público. Asimismo, el artículo 220 del CPF establece el delito del ejercicio abusivo de funciones. *Ver* Artículo 220 del Código Penal Federal. (“El servidor público que valiéndose de la información que posea por razón de su empleo, cargo o comisión, sea o no materia de sus funciones, y que no sea del conocimiento público, haga por sí, o por interpósita persona, inversiones, enajenaciones o adquisiciones, o cualquier otro acto que le produzca algún beneficio económico indebido al servidor público o a alguna de las personas mencionadas en la primera fracción.”). **R-0144.** La Fiscalía General de la República, en su calidad de ministerio público federal, es la autoridad encargada de investigar estos delitos, siendo un juez de control el órgano facultado para determinar delitos a cargo de un funcionario público. Sin embargo, estos ejemplos dan constancia que el sistema jurídico mexicano no toma con ligereza las conductas ilícitas en las que pueden incurrir funcionarios públicos.

⁴⁷⁶ Artículo 9.2 (g) de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional. **RL-0004.**

⁴⁷⁷ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Laudo Final (3 de agosto de 2015) Parte II, Ch. I, ¶ 58. **CL-0074.**

⁴⁷⁸ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Motion of Respondent United States of America to Exclude Certain of Methanex’s Evidence (18 de mayo de 2004) pp. 3-4. **RL-0005.**

415. La demandante en dicho caso actuó bajo la asesoría de una firma legal, y como resultado de ello el tribunal concluyó que la evidencia aportada por la demandante resultaba violatoria del principio general de buena fe y constituía una ofensa a “*the basic principles of justice and fairness required of all parties in every international arbitration.*”⁴⁷⁹

416. Obtener evidencia de forma ilegal cae dentro de la doctrina de las “manos limpias” (“*the unclean hands*”) la cual es una expresión de las doctrinas romanas *nullus commodum capere (potest) de sua injuria propria* (i.e., nadie tomará ventaja del propio error ajeno) y *ex injuria jus non oritur* (i.e., los actos ilícitos nunca pueden crear derecho).⁴⁸⁰ El derecho consuetudinario, a través de sus principios, también ha reconocido la doctrina de “*unclean hands*” y ha condenado no sólo los métodos ilegales para obtener evidencia, sino también “[a]ny willful conduct that is iniquitous, unfair, dishonest, fraudulent, unconscionable, or performed in bad faith.”⁴⁸¹

417. Con base en lo resuelto en *Methanex c. Estados Unidos*, estos principios encuentran su expresión en el requisito general de buena fe, que es reconocido, tanto en el derecho doméstico, como en el derecho internacional.⁴⁸²

418. Del mismo modo, el tribunal en *EDF (Services) v. Rumania*, al adoptar el enfoque de *Methanex c. Estados Unidos*, excluyó una grabación de audio obtenida de forma encubierta, sobre una conversación entre uno de los testigos de Rumania y el representante de la demandante.⁴⁸³ Tras considerar las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial –y en particular al Artículo 9(2)(g), que hace referencia a “consideraciones de justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral considere de peso suficiente”–, el tribunal concluyó que las

⁴⁷⁹ *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Laudo Final (3 de agosto de 2015) Parte II, Ch. I, ¶ 59. **CL-0074.**

⁴⁸⁰ Grégoire Betrou & Sergey Alekhin, *The Admissibility of Unlawfully Obtained Evidence in International Arbitration: Does the End Justify the Means?*, Paris J. of Int'l Arb. 2018-4, p. 53. **RL-0006.**

⁴⁸¹ Grégoire Betrou & Sergey Alekhin, *The Admissibility of Unlawfully Obtained Evidence in International Arbitration: Does the End Justify the Means?*, Paris J. of Int'l Arb. 2018-4, p. 54. **RL-0006.**

⁴⁸² Grégoire Betrou & Sergey Alekhin, *The Admissibility of Unlawfully Obtained Evidence in International Arbitration: Does the End Justify the Means?*, Paris J. of Int'l Arb. 2018-4, pp. 53, 55 (“[T]he Methanex tribunal appears to have considered acts of trespass by the claimant party to obtain evidence as unlawful under US law, but also characterized the same acts as contrary to the general duty of good faith stemming from international law.”). **RL-0006.**

⁴⁸³ *EDF (Services) v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Procedural Order No. 3 (August 29, 2008), ¶ 38. **RL-0007.**

grabaciones eran “contrarias al principio de buena fe y trato justo requerido en arbitraje internacional”.⁴⁸⁴

419. Estas decisiones muestran que un Estado demandado y el inversionista demandante están sujetos a las mismas normas. De hecho, recientemente el tribunal en *OOO Manolium-Processing c. Bielorrusia*, citando las Reglas de la IBA y *Methanex c. Estados Unidos*, concluyó que existe el deber de todas las partes de no obtener evidencia por métodos inapropiados.⁴⁸⁵

Parties in an investment arbitration have a duty to not obtain evidence through improper means. This is derived from the obligations to arbitrate fairly and in good faith, and the principle of equality of arms implicit in all international arbitrations between a State and a foreign investor [...] Whilst the capacity for a foreign investor to obtain evidence from a State party through improper means is significantly reduced, *the duty not to engage in improper activities applies equally to a foreign investor*.⁴⁸⁶

420. La Demandada se reserva el derecho de solicitar documentos sobre la participación [REDACTED] [REDACTED] en este arbitraje como testigo de la Demandante y sobre cualquier compensación que pudiera haber recibido –o esté recibiendo– por parte de la Demandante o de quien está financiando los costos de la Demandante en este arbitraje.

421. Así, la Demandada considera que existen límites a la admisibilidad de la declaración testimonial [REDACTED]. Sin embargo, si el Tribunal llegara a determinar que la declaración testimonial [REDACTED] no es inadmisibile, la Demandada considera que no se le debe dar ningún valor probatorio por lo siguiente. [REDACTED]

[REDACTED] la Demandante. La testimonial [REDACTED] refleja una postura totalmente distinta sobre Don Diego y resulta contradictoria a las explicaciones e información que por varios meses proporcionó a la Demandada.⁴⁸⁷

422. Algunos tribunales han dado muestra de ello. En *Azininian c. México*, el tribunal rechazó tomar en consideración la declaración testimonial del Sr. Goldestein, ofrecida por la demandante,

⁴⁸⁴ *EDF (Services) v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Procedural Order No. 3 (August 29, 2008), ¶ 38. **RL-0007**.

⁴⁸⁵ *OOO Manolium-Processing v. Belarus*, PCA Case No. 2018-06, Decision on Claimant’s Interim Measures Request, (December 7, 2018), ¶ 154. **RL-0008**.

⁴⁸⁶ *OOO Manolium-Processing v. Belarus*, PCA Case No. 2018-06, Decision on Claimant’s Interim Measures Request, (December 7, 2018), ¶¶ 159-60. **RL-0008**.

⁴⁸⁷ Declaración testimonial del Sr. Salvador Hernández, ¶ 10.

porque la afirmación de dicho testigo iba en su propio beneficio y no era coherente con lo que existía en el expediente, lo que a la postre afectó la credibilidad de la demandante.⁴⁸⁸ Al igual que sucedió en ese caso, la declaración testimonial [REDACTED] causa sorpresa y decepción a la Demandada.

423. Todo lo anterior es contrario a las mejores prácticas en arbitraje internacional, a la justicia y equidad procesal, y a cualquier norma ética.

2. Los Informes de Experto y las Declaraciones Testimoniales de la Demandante Carecen de Valor Probatorio por Ocultar los Incentivos Económicos de los que Dependen

424. Para tratar de demostrar una supuesta decisión política y no técnica, el caso de la Demandante depende en gran medida de los dichos de dos testigos, que siendo funcionarios en su momento y que determinaron que el proyecto Don Diego era ambientalmente insostenible, ahora decidieron dar una versión distinta a los hechos que ellos mismos analizaron y determinaron. La Demandante también busca desesperadamente que el Tribunal analice un sinnúmero de informes periciales de carácter técnico. En particular, la Demandante pretende que el Tribunal se sitúe como autoridad responsable de determinar el impacto ambiental de un proyecto de minería marina, basado en las declaraciones [REDACTED].⁴⁸⁹ Para ello, la Demandante encomendó seis supuestos informes periciales adicionales a su informe de daños.⁴⁹⁰ En palabras de la Demandante, “a la luz del testimonio [REDACTED], Lozano y los testigos expertos, no cabe duda de que, como consecuencia de la negativa de México a conceder la MIA, que resultó de los intereses políticos ilegítimos del Secretario Pacchiano, ExO se ha visto obligada a detener el desarrollo del Proyecto.”⁴⁹¹

⁴⁸⁸ *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Laudo, 1º de noviembre, ¶¶ 119-123. **RL-0009**. (“La lista de declaraciones no fiables realizadas ante este Tribunal es, desafortunadamente, larga. Los árbitros son reacios a detenerse en ellas en este laudo arbitral, pues consideran que los abogados de los demandantes son profesionales competentes y honrados para quienes muchas de estas revelaciones constituyeron una sorpresa. [...] La falta de credibilidad recae plenamente sobre el Sr. Goldenstein, quien sin la menor inhibición apareció sosteniendo el punto de vista de que uno puede decir cualquier cosa con tal de que no lo descubran”).

⁴⁸⁹ Memorial de Demanda, ¶ 6.

⁴⁹⁰ Memorial de Demanda, ¶¶ 354-355.

⁴⁹¹ Memorial de Demanda, ¶ 370.

425. Curiosamente, la presentación más reciente de Odyssey ante la SEC de EE.UU. deja en claro que al menos “dos” de los “consultores” no identificados en dicha presentación, han celebrado contratos para recibir una compensación contingente al resultado de este arbitraje a cambio de 1,5 millones de acciones en el capital de Odyssey, actualmente cotizadas aproximadamente en US\$6 cada una, así como una tarifa de éxito fija de US\$700,000:

During March 2016, our Board of Directors approved the grant and issuance of 3.0 million new equity shares of Oceanica Resources, S.R.L. (“Oceanica”) to two attorneys for their future services. During January 2020, our Board of Directors approved two four-month contracts with two advisory consultants in connection with the litigation of our NAFTA arbitration which would allow them to receive 1.5 million new equity shares each if they proved to be successful in the facilitation of the process. This equity is only issuable upon the Mexican’s government approval and issuance of the Environmental Impact Assessment (“EIA”) for our Mexican subsidiary. All possible grants of new equity shares were also approved by the Administrators of Oceanica. We also owe consultants contingent success fees of up to \$700,000 upon the approval and issuance of the EIA. The EIA has not been approved as of the date of this report.⁴⁹² [Énfasis añadido]

426. Estos esquemas de compensación relacionados directamente al éxito en el arbitraje, los cuales la Demandante no revela en su Memorial, afectan la credibilidad de cualquier testimonial, son inapropiados y revelan una falta total de imparcialidad.

427. Las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional permiten a un Representante de Parte pagar: “(a) gastos razonables incurridos por un Testigo o Perito durante la preparación para testificar o al testificar en una audiencia; (b) compensación razonable por la pérdida de tiempo incurrida por un Testigo al testificar o durante su preparación para testificar; y (c) costos razonables por los servicios profesionales de un Perito designado por la Parte.”⁴⁹³ Sin embargo, las Directrices de la IBA, no permiten la compensación por “éxito” o “contingencia”. Esto es así porque “[l]a objetividad podría verse afectada si un experto interviniera en un proceso arbitral y se lograra probar que este obtendría un beneficio económico si el resultado del proceso fuera favorable a la parte que lo contrató.”⁴⁹⁴

428. Como Jeffrey Waincymer lo explica:

All would agree that any opinion [experts] present should certainly be honest, objective and independent, even though the relationship itself cannot be described as wholly

⁴⁹² Informe Anual 2019 (*Form K*) de Odyssey, p. 69 (énfasis añadido). **C-0190**.

⁴⁹³ IBA, Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional, 25 de mayo de 2013, Directriz 25. **RL-0010**.

⁴⁹⁴ *Italba Corp. c. República Oriental del Uruguay*, Caso No. ARB/16/9, Laudo, Mar. 22, 2019. **RL-0011**.

independent. The opinion of an expert should not be distorted for the benefit of the party appointing. The Chartered Institute of Arbitrators Protocol states that ‘(a)n expert’s opinion shall be impartial, objective, unbiased and uninfluenced by the pressures of the dispute resolution process or by any party’. . . . The CIArb Protocol makes clear that receiving a fee does not in and of itself impact upon independence. Nevertheless, most would see a contingency fee based on success in the proceedings as being an unacceptable interference with independence.⁴⁹⁵

429. Otros autores han añadido:

is my view that an expert should never be engaged on a lump sum basis and absolutely never on a contingency arrangement. A lump sum fee potentially restricts an expert’s ability to assist the Court or tribunal fully because, subconsciously or otherwise, an expert is in danger of curtailing work in line with a lump sum fee, while a contingency fee is clearly inconsistent with the duty of independence. Most, if not all, professional guidelines and protocols state that an expert should be paid at hourly rates on the basis of the time reasonably spent.⁴⁹⁶

430. Esto es de acuerdo con la *American Bar Association’s Model Rule 3.4(3)*, que establece que “it is improper to pay an expert witness a contingent fee.” La *New York Rule of Professional Conduct 3.4(b)* de manera similar señala que los abogados tienen prohibido “offer[ing] an inducement to a witness that is prohibited by law or pay, offer to pay or acquiesce in the payment of compensation to a witness contingent upon the content of the witness’s testimony or the outcome of the matter.” La *California Rule of Professional Conduct 3.4* refleja esa prohibición: “A member shall not . . . (B) Directly or indirectly pay, offer to pay, or acquiesce in the payment of compensation to a witness contingent upon the content of the witness’s testimony or the outcome of the case.”⁴⁹⁷

431. Por lo tanto, existe un reconocimiento generalizado de que compensar a un testigo dependiendo del resultado del caso socava la credibilidad del testigo, y que la práctica se encuentra restringida. Como mínimo, la Demandante debe identificar las declaraciones testimoniales o los informes de expertos que están sujetos al acuerdo de honorarios contingente mencionado y exhibir esos contratos en su totalidad. El Tribunal debe entonces eliminar del expediente cualquier

⁴⁹⁵ Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* (Kluwer 2012), pp. 942-43. **RL-0012.**

⁴⁹⁶ John Molloy, *The Far Reaching Consequences of Expert Evidence*, 17 *Asian Disp. R.* 150 (2015), p. 152. **RL-0013.**

⁴⁹⁷ Las *Washington, D.C. Rules of Professional Conduct* también señalan: “(a) In representing a client, a lawyer shall not use means that have no substantial purpose other than to embarrass, delay, or burden a third person, or knowingly use methods of obtaining evidence that violate the legal rights of such a person.” D.C. Rules of Professional Conduct, Rule 4.4(a). **RL-0014.**

declaración o reporte afectado por esta situación y, en la medida en que la evidencia de la Demandante se mantenga en el expediente, el Tribunal no debe darle ningún peso.

C. Consideraciones generales sobre la valoración de la negativa de la autorización de impacto ambiental conforme al Capítulo XI del TLCAN

432. Este arbitraje se refiere a la negativa de una autorización en materia ambiental. Las reclamaciones por violaciones a los Artículos 1102 (Trato Nacional), 1105 (Nivel Mínimo de Trato) y 1110 (Expropiación) del TLCAN deben ser evaluadas por este Tribunal a la luz de esta situación.

433. El preámbulo del TLCAN hace referencia a la consecución de sus objetivos, incluyendo el objetivo de “[a]segurar un marco comercial previsible para la planeación de las actividades productivas y de la inversión”. También hace referencia al objetivo de “[r]eforzar la elaboración y la aplicación de leyes y reglamentos en materia ambiental”. El lenguaje de dicho preámbulo forma parte del contexto de los Artículos 1102, 1105 y 1110 del TLCAN y, en virtud del artículo 31 de la Convención de Viena, debe tenerse en cuenta para la interpretación de estas disposiciones.

434. Asimismo, el Artículo 1114(1) del TLCAN establece que:

Nada de lo dispuesto en este capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.

435. Además de estas disposiciones expresas del TLCAN, el derecho internacional consuetudinario reconoce que los gobiernos son libres de actuar en favor del interés público más amplio para proteger el medio ambiente y que una regulación gubernamental razonable de este tipo no puede ser alcanzada si cualquier empresa que alegue haber sido afectada pudiera pedir una compensación.⁴⁹⁸ El margen que goza un gobierno al adoptar una medida en materia ambiental, la cual tiene un objetivo legítimo, es amplio, particularmente en el marco del TLCAN.⁴⁹⁹ Al demostrar que una acción o regulación gubernamental tiene como objetivo hacer frente a una seria preocupación ambiental, que es la situación en este arbitraje, un Estado demandado puede

⁴⁹⁸ *Marvin Feldman c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1 Laudo, Diciembre 16, 2002 ¶ 103. **CL-0068**.

⁴⁹⁹ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Reasons for Order, 13 January 2004 ¶ 30. **RL-0015**.

demostrar que el acto no fue arbitrario ni discriminatorio.⁵⁰⁰ En efecto, cuando una medida está razonablemente conectada a un objetivo legítimo del Estado y los medios elegidos son proporcionales para lograr dicho objetivo, la medida no es desproporcional ni arbitraria.⁵⁰¹

436. En el caso de la discriminación conforme al Artículo 1102 del TLCAN, en la medida en que existan diferencias de trato entre los inversionistas y las inversiones, dichas diferencias estarán justificadas cuando pueda demostrarse que éstas tienen un nexo razonable con las políticas racionales del gobierno que no distinguen, ya sea *de facto*, entre las empresas de propiedad extranjera y las nacionales, y que no menoscaban indebidamente los objetivos de liberalización de las inversiones del TLCAN.⁵⁰²

D. La Demandante No Ha Establecido Una Violación a las Obligaciones Sustantivas del TLCAN

1. México ha otorgado un Trato Justo y Equitativo a la inversión de Odyssey

437. La Demandante inicia su reclamación del artículo 1105 del TLCAN señalando: “[l]os hechos que subyacen la violación del Artículo 1105 por parte del Demandado no son nada complicados en su raíz y no pueden ser seriamente impugnados”.⁵⁰³ Sin embargo, contrario a lo que afirma la Demandante, los hechos son clara y seriamente contestables. En primer lugar, es falso que “los funcionarios de carrera” hayan determinado que el “Proyecto no representaba ningún riesgo ambiental no mitigable y que debió ser aprobado”.⁵⁰⁴ [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

No existe evidencia contemporánea que sustente lo dicho [REDACTED], por el contrario, la evidencia contemporánea demuestra que el Proyecto no era

⁵⁰⁰ *Methanex Corp. v. United States*, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, Part IV Ch. D ¶¶ 14-15 (holding that, given the respondent’s scientific impetus for implementing the regulation at issue and the manner in which the regulation was promulgated, the claimant failed to show the respondent’s actions were discriminatory). **CL-0074.**

⁵⁰¹ *9REN Holding S.a.r.l c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo, 31 de mayo de 2019, ¶ 323. **RL-0016.**

⁵⁰² *Pope & Talbot Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award on the Merits of Phase 2, 10 April 2001, ¶ 78. **CL-0090.**

⁵⁰³ Memorial de Demanda, ¶ 219.

⁵⁰⁴ Memorial de Demanda, ¶ 219.

ambientalmente viable y por eso se negó su autorización tal como se refleja en las propias resoluciones.

438. [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] conforme al derecho mexicano en resolver sobre autorizaciones de impacto ambiental. En efecto, tal como se explicó en la Sección II.I.2 *supra*, conforme a la ley mexicana, que es aplicable como cuestión de hecho para este Tribunal, el Sr. Pacchiano no tenía facultades ni injerencia alguna en la resolución de solicitudes de autorización de impacto ambiental. De hecho, la propia normativa ambiental reconoce que al tratarse de una cuestión técnico-científica, esa decisión le corresponde única y exclusivamente [REDACTED].⁵⁰⁶

439. En tercer lugar, es falso que el Sr. Rafael Pacchiano haya “abus[ado] de la autoridad pública que le fue concedida para su propia ganancia personal”.⁵⁰⁷ Las conjeturas de Odyssey sobre las razones aparentes que motivaron el supuesto actuar del Sr. Rafael Pacchiano carecen de sustento fáctico alguno. El Sr. Rafael Pacchiano nunca aspiró a tener, no tuvo, no tiene, ni tendrá algún beneficio por el sentido [REDACTED]. Esos señalamientos son meras especulaciones que se contraponen con la realidad. En efecto, el Sr. Rafael Pacchiano se retiró del ámbito público y es falso que él haya tenido injerencia alguna en la decisión de la DGIRA derivado de un supuesto interés político, tal y como lo señala en su declaración testimonial.⁵⁰⁸

440. En cuarto lugar, también es falso que el Sr. Rafael Pacchiano haya permitido “que el mismo proceso de aprobación funcionara como corresponde en el caso de las propuestas de proyectos de dragado de otras empresas mexicanas en situación similar”.⁵⁰⁹ No existe evidencia que demuestre

⁵⁰⁵ Memorial de Demanda, ¶ 219.

⁵⁰⁶ Ver sección II.L.4.

⁵⁰⁷ Memorial de Demanda, ¶ 220.

⁵⁰⁸ Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, ¶ 10.

⁵⁰⁹ Memorial de Demanda, ¶ 220.

que el Sr. Rafael Pacchiano autorizó los referidos proyectos, por la sencilla razón de que a él no le correspondía hacerlo. En efecto, el Sr. Rafael Pacchiano no era el encargado de autorizar o negar los proyectos, [REDACTED]

[REDACTED].⁵¹⁰ Este es un hecho incontestable que, para usar las palabras de la Demandante, “solo multiplica y aumenta el alcance” de lo ilusorio que resultan las afirmaciones de la Demandante, que se basa en meros dichos que sin sustento alguno presenta como si fueran hechos. La Demandada llama la atención del Tribunal para que tenga en consideración esta conducta indebida en la atribución de costos.

441. Quinto, es falso que las autoridades mexicanas estén en rebeldía o desaveniencia (“*contempt*”) con lo ordenado por el TFJA como indebidamente lo ha afirmado la Demandante en la Notificación de Intención, la Notificación de Arbitraje y ahora en el Memorial de Demanda.⁵¹¹ Como ya se mencionó *supra*, la interpretación (tergiversación) que la Demandante presenta sobre la decisión del TFJA es incorrecta. El TFJA claramente ordenó a la DGIRA que emitiera una nueva resolución con plena libertad de decisión sobre el sentido.⁵¹²

442. Sexto, evidentemente la Demandante no está de acuerdo con el sentido de la resolución, pero ese no es motivo que justifique la reclamación que presenta y que pretende reforzar basándose en los dichos de [REDACTED], llegando al extremo de afirmar que el Sr. Rafael Pacchiano “orden[ó] que sus funcionarios emitieran una conclusión manifiestamente irrazonable que muestra nada menos que desprecio por el TFJA y por el estado de derecho en general.”⁵¹³ Es falso que la resolución de la DGIRA constituya una “conclusión manifiestamente irrazonable”. No tiene nada de irrazonable que se haya negado la autorización del Proyecto a ExO debido al posible daño que implicaría para las tortugas, y otras especies marinas, que habitan en esa zona y están oficialmente declaradas en peligro de extinción.⁵¹⁴ Destaca el hecho de que ni siquiera el TFJA hizo una declaración de tal naturaleza. Por el contrario, observó que la DGIRA es la única

⁵¹⁰ Ver *supra* Secciones II.I.2, II.L.4 y II.N.1.

⁵¹¹ Memorial de Demanda, ¶ 220.

⁵¹² Es falso que se haya ordenado a la DGIRA emitir una resolución favorable para ExO. Ver *supra*, Sección II.M.3.

⁵¹³ Memorial de Demanda, ¶ 220.

⁵¹⁴ Ver *supra*, Sección II.D.

autoridad técnica y facultada para pronunciarse y que, de hecho, podrían existir otras preocupaciones que el TFJA no podría apreciar:

[...] el Tribunal no cuenta con la capacidad técnica para analizar dichas propuestas [de mitigación], 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).

Además de lo anterior, un impedimento más para este Tribunal pudiera determina si debe autorizarse o no la MIA de la actora, es que la litis planteada en el juicio que nos ocupa, versa exclusivamente en el posible daño que pudiera ocasionársele a las especies de tortugas en cuestión, sin embargo, del contenido del expediente administrativo en el que se emitió la negativa a la MIA, se advierte que existen varias especies adicionales que pudieran ser afectadas con el proyecto, como por ejemplo: la ballena gris, delfines, tiburones, peces, moluscos, aves migratorias, entre otras, y esta Juzgadora no cuenta con los recursos técnicos para realizar un análisis en ese sentido. Asimismo, este Tribunal tampoco podría realizar otros posibles impactos ambientales que representa el proyecto en cuestión, como por ejemplo: de contaminación del agua, del aire, sonoro, entre otros.⁵¹⁵

443. La resolución de la DGIRA actualmente es objeto de revisión por parte del TFJA, el cual determinará si la negativa se fundamentó y motivó debidamente. Por lo tanto, no hay justificación alguna para afirmar que la Resolución de la DGIRA refleja una “conclusión manifiestamente irrazonable”, ni mucho menos para alegar que dicha resolución “muestra nada menos que desprecio por el TFJA y por el estado de derecho en general”.⁵¹⁶

444. Séptimo, la Demandante afirma que “la SEMARNAT abandonó su mandato legal y el derecho ambiental aplicable” al supuestamente “seguir la directiva del Secretario Pacchiano y negar el permiso por razones ilegítimas”. Sin embargo, quien parece pasar por alto la normativa y mandato legal aplicable a la resolución de la DGIRA es la propia Demandante, quien, sin mayor indagatoria, supone como ciertas las afirmaciones [REDACTED]

[REDACTED] Como ya se abordó en la Sección II.I.2 *supra*, [REDACTED] y el Secretario no podía tener –ni tuvo– injerencia alguna en la resolución de la DGIRA. Por ello resulta insostenible que la Demandante señale que “[l]as órdenes de mando secretas del Secretario Pacchiano obligaron, en dos oportunidades, a los funcionarios de la SEMARNAT a actuar en

⁵¹⁵ C-0170, p. 187.

⁵¹⁶ Memorial de Demanda, ¶ 220.

contra de su juicio profesional, [...]”.⁵¹⁷

a. Es responsabilidad de la Demandante demostrar el contenido del estándar de nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario y que éste ha sido violado

445. El Artículo 1105 del TLCAN dispone en su parte pertinente:

Nivel Mínimo de Trato

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

446. De hecho, ese estándar “establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte”⁵¹⁸ y el estándar evoluciona.⁵¹⁹ Sin embargo, establecer y cumplir con el estándar de TJE aplicable no es un asunto tan sencillo como sugiere la Demandante.

447. En primer lugar, la Demandante tiene la carga de establecer la existencia y la aplicabilidad de la norma de derecho internacional consuetudinario:

La prueba del cambio de una costumbre no es una cuestión que se pueda establecer fácilmente. No obstante, la carga de dicha prueba recae claramente en la Demandante. Si la Demandante no presenta al Tribunal las pruebas de esa evolución, no le compete al Tribunal asumir esa labor. Por el contrario, el Tribunal, en esas circunstancias, debe sostener que la Demandante no ha logrado establecer la norma en cuestión.⁵²⁰

⁵¹⁷ Memorial de Demanda, ¶ 220.

⁵¹⁸ Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11, 31 de julio de 2011. **CL-0082**.

⁵¹⁹ *ADF v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Mexico’s Second Article 1128 Submission, p. 11 (22 July 2002), “Mexico agrees that customary international law evolves.”. **RL-0017**.

⁵²⁰ *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, Sept. 18, 2009, ¶ 273. **CL-0027**. Otro tribunal del TLCAN ha llegado a conclusiones similares. Ver, e.g., *ADF Group Inc. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, Jan. 9, 2003, ¶ 185 (“The Investor, of course, in the end has the burden of sustaining its charge of inconsistency with Article 1105(1). That burden has not been discharged here and hence, as a strict technical matter, the Respondent does not have to prove that current customary international law concerning standards of treatment consists only of discrete, specific rules applicable to limited contexts.”). **CL-0005**. *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Award, June 8, 2009, ¶ 601 (“[A]s a threshold issue, the

448. En segundo lugar, es ampliamente aceptado que “*the identification of rules of customary international law requires an inquiry into two distinct, yet related, questions: whether there is a general practice and whether such general practice is accepted as law (that is, accompanied by opinio juris)*”.⁵²¹ Como se resume por la Corte Internacional de Justicia:

In particular, as the Court made clear in the *North Sea Continental Shelf* cases, the existence of a rule of customary international law requires that there be “a settled practice” together with *opinio juris* (*North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 44, para. 77). Moreover, as the Court has also observed, [i]t is of course axiomatic that the material of customary international law is to be looked for primarily in the actual practice and *opinio juris* of States, even though multilateral conventions may have an important role to play in recording and defining rules deriving from custom, or indeed in developing them” (*Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*), Judgment, I.C.J. Reports 1985, pp. 29-30, para. 27).⁵²²

449. El estándar para determinar que una conducta gubernamental es incompatible con el nivel mínimo de trato es alto. El Tribunal en *Waste Management II c. México* señaló:

Tomados en forma conjunta, los casos *S. D. Myers*, *Mondev*, *ADF* y *Loewen* sugieren que el nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo.⁵²³

450. El tribunal en *Cargill c. México* amplió este tema:

Como se señala en el laudo del caso *Waste Management II* citado anteriormente, la violación puede ocurrir de muchas formas. Puede deberse a la falta del debido proceso, la discriminación, la falta de transparencia, una denegación de justicia o un resultado injusto. En todas estas formas, empero, la “falta” o la “denegación” de una calidad o derecho está de manera suficiente en el límite de la conducta aceptable y, consiguientemente, encontramos —en las palabras de los escritos presentados en virtud del Artículo 1128 y los laudos anteriores en el marco del TLCAN— que la falta o

Tribunal notes that it is Claimant’s burden to sufficiently” show the content of the customary international law minimum standard of treatment). **CL-0055**.

⁵²¹ Charles Chernor Jalloh, *Statement of the Chair of the Drafting Committee on Identification of Customary International Law*, International Law Commission, May 25, 2018, p. 3. **RL-0018**.

⁵²² *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy: Greece intervening) I (Judgment of 3 February 2012), I.C.J., Feb. 3, 2012, pp. 99, 122-123. **RL-0019**.

⁵²³ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, Apr. 30, 2004, ¶ 98. **CL-0121**.

denegación debe ser “grave”, “manifiesta”, “total” o de tal magnitud que “atenta contra los cánones judiciales”.⁵²⁴

* * *

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.⁵²⁵

451. Incluso, recientemente el tribunal en el caso *Vento c. México* reconoció que la interpretación del caso *Waste Management II c. México* sobre el estándar jurídico aplicable al Artículo 1105 resulta ser la más apropiada:

Como ya se indicó, las Partes respaldan la formulación del estándar mínimo en *Waste Management II*. La Demandante “recomienda”, incluso, que el Tribunal aplique dicha formulación en el presente caso. La Demandada ha observado que el nivel establecido en *Waste Management II* es elevado y se refiere a *Cargill*, que considera como una amplificación de *Waste Management II*. El tribunal en *Cargill* observó que los términos utilizados para describir la conducta que viola el estándar mínimo, aunque imprecisos, son significativamente más acotados que el nivel establecido en el laudo en *Tecmed*. Por un lado, la Demandante hace referencia a *Waste Management II* como punto de partida para ampliar el contenido del nivel mínimo cuando invoca los principios de buena fe y debido proceso, y plantea conclusiones muy amplias para las cuales encuentra sustento en *Tecmed*. Los argumentos de las Partes respecto de un nivel más elevado o más bajo no le restan valor a *Waste Management II*, el cual, en opinión del Tribunal, refleja un entendimiento adecuado del nivel mínimo de trato.⁵²⁶ [Se omiten notas al pie]

452. En palabras de McLachlan, Shore y Weiniger:

[...] Many tribunals have observed that States retain a ‘wide regulatory ‘space’ for regulation’ and that an international arbitral tribunal ‘does not have an open-ended mandate to second-guess government decision-making.’ An international tribunal should give particular weight to governmental regulatory decisions taken in good faith in the interests of public morals, health or the environment.⁵²⁷

⁵²⁴ *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, Sept. 18, 2009, ¶ 285. (énfasis añadido). **CL-0027**.

⁵²⁵ *Id.*, ¶ 296 (énfasis añadido).

⁵²⁶ *Vento Motorcycles Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/17/3, Laudo, 6 de julio de 2020, ¶ 283. **RL-0020**.

⁵²⁷ Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶ 7.24 (citing *International Thunderbird Gaming Corp. v. Mexico*,

453. Los reclamos generales de injusticia y las “expectativas” subjetivas percibidas son insuficientes para respaldar una violación del estándar de trato justo y equitativo, especialmente cuando, como aquí, se trata de una decisión regulatoria.

454. México considera que la Demandante no ha descrito una conducta constitutiva de violación al estándar de nivel mínimo de trato contenido en el Artículo 1105 del TLCAN. Lo anterior, sin perjuicio de que no existe una norma de derecho internacional consuetudinario que prohíba la noción de “órdenes de mando” con la que la Demandante caracteriza la conducta que reclama.

b. La conducta de “órdenes de mando” en la que la Demandante sustenta su reclamación no alcanza el umbral de violación establecido por la jurisprudencia del TLCAN

455. Es claro que la medida que reclama la Demandante es, básicamente, la negativa de autorización ambiental, sin embargo, para sustentar dicha reclamación elabora una teoría sobre la supuesta existencia de “órdenes de mando secretas” (“*secret marching orders*”) que condujeron a los funcionarios públicos a emitir una resolución contraria a los intereses de ExO.⁵²⁸ Debido a la importancia que la Demandante atribuye a dicha teoría, resulta relevante referir a la reciente jurisprudencia del TLCAN que sentó el umbral requerido para poder sustentar una violación al Artículo 1105 basada en una conducta que se caracteriza como “órdenes de mando”.

456. En efecto, en el caso *Vento c. México*, la demandante reclamó la violación al Artículo 1105 del TLCAN basándose, precisamente, en la supuesta existencia de “órdenes de mando” (“*marching orders*”). El paralelismo que surge entre dicho caso y el presente es significativo:

- Se trató de un procedimiento administrativo desahogado por autoridades federales (en ese caso en materia de verificación de origen).
- Involucró la emisión de resoluciones administrativas en sentido negativo y contrario a los intereses de la demandante.

UNCITRAL, Award, Jan. 26, 2006, ¶ 127; *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, Partial Award (Merits), Nov. 13, 2000, ¶ 261). **RL-0021**.

⁵²⁸ Memorial de Demanda, ¶ 221.

- Se alegó que el sentido de las resoluciones finales se basó en órdenes de mando secretas o “línea” (marching orders).
- Toda la teoría de las órdenes de mando o “marching orders” se fundamentó en el dicho de cuatro exfuncionarios del SAT que participaron como testigos de la demandante.⁵²⁹
- Los propios testigos y exfuncionarios que declararon, *ex post facto*, no estar de acuerdo con el sentido de la resolución del SAT, fueron los mismos que rubricaron y firmaron las resoluciones.
- Los testigos de la demandante declararon haber sido presionados por sus superiores jerárquicos para seguir las órdenes de mando en contra de la demandante.
- Los testigos de la demandante declararon que el razonamiento y la aplicación de los preceptos legales utilizados para emitir la resolución en sentido negativo fueron novedosos y que no existían precedentes.
- Los testigos y la propia demandante alegaron un trato discriminatorio por no aplicar supuestamente el mismo razonamiento jurídico a otros casos que claramente no eran comparables.
- La demandante alegó una campaña de desprestigio que involucró declaraciones periodísticas por parte de funcionarios del SAT.
 - El monto reclamado era exorbitante y claramente especulativo.

457. El razonamiento del tribunal en el caso *Vento c. México* para rechazar la existencia de órdenes de mando y, por ende, la reclamación del Artículo 1105 del TLCAN resulta relevante para la resolución del presente caso, por lo que a continuación se presentan los elementos de manera específica.

⁵²⁹ Los Sres. Gabriel Arriaga, Guillermo Massieu, José Alberto Ortúzar y Daniel Ortiz Nashiki. Ver *Vento Motorcycles Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/17/3, Laudo, 6 de julio de 2020, ¶ 21 y 27. **RL-0020**.

(1) [REDACTED]
[REDACTED] en la emisión de las
resoluciones

458. En primer lugar, el tribunal notó que los testigos hablaban en tercera persona para referirse a las conductas que ellos mismos realizaron. En efecto, se destacó la importancia del involucramiento directo de los testigos que participaron en la resolución, lo cual implicó la redacción de las resoluciones y su propia firma de conformidad. Asimismo, se puso énfasis en la responsabilidad que los testigos tenían como funcionarios públicos y conforme al derecho doméstico para asegurarse de la legalidad de la resolución:

La Demandante presentó el testimonio de Gabriel Arriaga Callejas, quien declaró que “la resolución emitida por el SAT para Vento no tenía precedentes y suponía una manipulación absoluta de las regulaciones aplicables a fin de determinar la existencia de un incumplimiento en los términos de la Regla 2(a)” 296. [Traducción del Tribunal.] En opinión del Tribunal, el testimonio de Gabriel Arriaga Callejas tiene muy poca credibilidad. Por un lado, aunque habla del SAT como si fuera un tercero, él mismo era parte del SAT, y estuvo personal y directamente involucrado como abogado en la redacción y emisión de las resoluciones de 2004 y 2005 en cuestión. En efecto, rubricó la resolución de 2004 antes de que José Alberto Ortúzar Cárcova la firmara y le fuera notificada a Vento. En abril de 2004, cuando se emitió la resolución, tanto Gabriel Oliver García como José Ramón Jáuregui Tejeda, el superior inmediato de Gabriel Arriaga Callejas, habían dejado de laborar para el SAT y ninguno de sus puestos había sido llenado. De tal manera, Gabriel Arriaga Callejas en ese momento era el abogado de mayor jerarquía al interior de la ACAFI y el funcionario que tenía la responsabilidad última de asegurar la legalidad de dicha resolución.⁵³⁰

459. A pesar de que el Sr. [REDACTED] señala sin sustento alguno que [REDACTED],⁵³¹ como ya se señaló *supra*,⁵³² conforme al derecho mexicano –y como una cuestión de hecho para este Tribunal– el Sr. [REDACTED] las dos resoluciones que negaron la solicitud de autorización de la MIA, [REDACTED]. Es cuestionable que el Sr. [REDACTED]

⁵³⁰ *Vento Motorcycles Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/17/3, Laudo, 6 de julio de 2020, ¶ 290. **RL-0020**.

⁵³¹ Declaración testimonial del Sr. [REDACTED], ¶ 4.

⁵³² *Ver supra*, Secciones II.I.2, II.L.4 y II.N.1.

(2) Los controles y equilibrios en las líneas de autoridad o mando establecidos en la ley

460. El tribunal del caso *Vento c. México* destacó un elemento relevante que debe tenerse en consideración como cuestión de hecho para determinar si una reclamación fundada en órdenes de mando puede prosperar, a saber, los límites y controles que la propia ley doméstica establece para evitar el abuso de los superiores jerárquicos. En particular, el tribunal señaló:

En toda estructura jerárquica, existe una línea de autoridad o mando inherente. El poder ejecutivo de esencialmente todos los gobiernos se encuentra organizado de esta manera. Se imparten, reciben y ejecutan instrucciones de manera regular. Decir que los funcionarios de jerarquía inferior reciben y ejecutan instrucciones u órdenes impartidas por funcionarios superiores no es más que describir uno de los aspectos de cómo operan los gobiernos –al menos, el poder ejecutivo. Sin embargo, no es inusual que los gobiernos introduzcan controles y equilibrios en estas líneas de autoridad o mando.⁵³³

461. Como ya se abordó *supra*, la estructura jerárquica de la SEMARNAT impide que el Secretario o el Subsecretario tengan injerencia alguna en una decisión de carácter técnica-científica

[REDACTED].⁵³⁴ Por ello, resulta inverosímil que el Sr. [REDACTED] declare ahora que [REDACTED]

[REDACTED]”.⁵³⁵ Esta afirmación se contrapone abiertamente con sus más de 16 años de experiencia en la SEMARNAT en los cuales sabía, o debió saber, la operación, facultades, atribuciones, competencias y responsabilidades de la dirección a su cargo.⁵³⁶

462. Resulta notable que la Demandante y sus testigos hayan ignorado por completo el funcionamiento jurídico que prevé la ley mexicana respecto del procedimiento de evaluación de impacto ambiental y, al mismo tiempo, afirmen que la decisión de la DGIRA se apartó de la ley y supuestamente obedeció razones meramente políticas.

⁵³³ *Vento Motorcycles Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/17/3, Laudo, 6 de julio de 2020, ¶ 312. **RL-0020**.

⁵³⁴ *Ver supra*, Secciones II.I.1, II.I.2, II.L.2, II.L.4 y II.N.1.

⁵³⁵ Declaración testimonial del Sr. [REDACTED], ¶ 25.

⁵³⁶ *Ver supra*, Secciones II.I.1, II.I.2, II.I.3, II.I.2, II.L.2, II.L.4, II.N.1 y II.N.5.

(3) La ausencia de denuncias de las supuestas conductas ilegales

463. En *Vento c. México*, el tribunal también consideró seriamente la ausencia de denuncias por parte de los entonces funcionarios –y ahora testigos– respecto de las órdenes de mando que supuestamente fueron presionados a cumplir. De hecho, otro elemento que destacó el tribunal para rechazar la existencia de “órdenes de mando” fue la clara contradicción existente entre las afirmaciones de los testigos en sus declaraciones testimoniales y lo realmente acontecido en los hechos:

Gabriel Arriaga Callejas también testificó sobre la existencia de la denominada línea. El Sr. Arriaga afirmó que “[e]s probable que cualquier funcionario que transgreda estas normas informales pierda oportunidades de ascenso y, en algunos casos, se considere que está desobedeciendo las órdenes de un superior, lo que ocasiona el despido inmediato del cargo”. [Traducción del Tribunal.] En la Audiencia, declaró que consideraba que la situación en torno de la emisión de las resoluciones era absolutamente irregular. Sin embargo, no sólo no la denunció como tal (declaró que no tenía nadie a quien denunciarla, cosa que al Tribunal le parece muy difícil de creer), sino que siguió trabajando en el SAT durante cinco años más y fue promovido en dos ocasiones (mientras que, como se advirtió, sus superiores inmediatos habían dejado el SAT antes de que se emitiera la primera resolución).⁵³⁷ [Se omiten notas al pie]

464. En este caso es notable que [REDACTED]. Por el contrario, [REDACTED] cita el proyecto de Los Cardones para responsabilizar al Sr. Rafael Pacchiano de esa resolución y con ello sustentar su acusación respecto de la supuesta existencia de órdenes de mando para negar la autorización del proyecto Don Diego. Sin embargo, como se abordó *supra*,⁵³⁸ el caso citado en su declaración se contradice con el hecho de que [REDACTED].⁵³⁹

⁵³⁷ *Vento Motorcycles Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/17/3, Laudo, 6 de julio de 2020, ¶ 291. **RL-0020**.

⁵³⁸ Ver Sección II.I.4. Ver también Declaración testimonial del Sr. Rafael Pacchiano, ¶¶ 45-4 y RPA-001.

⁵³⁹ Resolución de la DGIRA sobre la autorización del Proyecto los Cardones. **R-0066**.

(4) El reconocimiento expreso de haber cometido una irregularidad y beneficiarse de ella al no denunciarlo oportunamente

465. Notablemente, el tribunal en el caso *Vento c. México*, puso énfasis en la falta de credibilidad de un funcionario que declara haber cometido una irregularidad y se beneficia de ella, *i.e.*, mientras sigue trabajando para el gobierno:

[El Sr. Gabriel Arriaga Callejas] siguió trabajando en el SAT durante cinco años más y fue promovido en dos ocasiones (mientras que, como se advirtió, sus superiores inmediatos habían dejado el SAT antes de que se emitiera la primera resolución).

Las pruebas que el Tribunal tiene ante sí no demuestran que la aplicación de la Regla 2(a) tuviera nada de irregular, pero la declaración de un testigo que acepta haber cometido una irregularidad y admite que se benefició de ella tiene muy poca credibilidad. En cualquier caso, independientemente de lo que Gabriel Arriaga Callejas pueda haber creído entonces o pueda creer ahora, incluso la Demandante acepta que las resoluciones del SAT, y concretamente su aplicación de la Regla 2(a), eran “suficientemente plausibles para resistir un análisis judicial” 301 [traducción del Tribunal], y aún más importante es que las pruebas concluyentes y concordantes de las autoridades administrativas mexicanas en instancia de apelación, así como de cuatro —probablemente cinco— tribunales federales mexicanos diferentes (el TFJFA en los casos iniciados por Vento y AED por separado, respectivamente, y tres tribunales federales de amparo, a saber, el Cuarto y el Noveno Tribunales de Circuito en las demandas de amparo interpuestas por Vento vinculadas con las resoluciones del SAT de 2004 y 2005, respectivamente, al igual que el Décimo Octavo Tribunal de Circuito (y probablemente otro tribunal de circuito en un procedimiento de amparo diferente iniciado por AED)) demuestran que las resoluciones del SAT de 2004 y 2005 constituyen una aplicación correcta del derecho mexicano.⁵⁴⁰

466. Resulta notorio que [REDACTED]
[REDACTED].⁵⁴¹ Sin embargo, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]”.⁵⁴² A pesar de que la Demandante supuestamente sabía de esta situación y también su ahora testigo, [REDACTED]
[REDACTED], periodo durante el cual, [REDACTED]
[REDACTED] en el mismo sentido que la anterior.

⁵⁴⁰ *Vento Motorcycles Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/17/3, Laudo, 6 de julio de 2020, ¶¶ 291-292. **RL-0020**.

⁵⁴¹ Declaración testimonial [REDACTED], ¶ 25.

⁵⁴² Declaración testimonial [REDACTED], ¶ 26.

467. [REDACTED]

[REDACTED] en diversas reuniones con el equipo legal y formó parte de las conversaciones e intercambios de correos relacionados con este arbitraje.⁵⁴³ Es hasta la presentación del Memorial de la Demandante que el gobierno de México tiene conocimiento de la participación de los Sres. [REDACTED] en el arbitraje, hecho [REDACTED].

468. Con base en las indagaciones seguidas por el tribunal en el caso de *Vento c. México*, este Tribunal podrá determinar sin dificultad alguna, que en el caso que nos ocupa no existieron órdenes de mando y, por lo tanto, la reclamación de la Demandante carece de méritos.

469. Un elemento adicional que el Tribunal debe tener en consideración respecto del caso *Vento c. México* es que ese tribunal se benefició de la existencia de sentencias de tribunales administrativos y judiciales mexicanos que confirmaban la interpretación y sentido de la resolución de las autoridades mexicanas. Situación que no acontece en este caso porque la Demandante ha decidido litigar una medida que es susceptible de cambiar derivado del procedimiento ante tribunales administrativos que continúa en curso. Este hecho pone de manifiesto que la tarea de este Tribunal no es funcionar como una instancia de apelación, ni mucho menos “ponerse en los zapatos” de la DGIRA para resolver y decidir sobre la solicitud de la MIA de ExO. La función del Tribunal no consiste en realizar un análisis *de novo* de la solicitud de ExO, sino se limita a determinar si la resolución de la DGIRA fue razonable como ente técnico – científico especializado en decidir sobre este tipo de cuestiones.

470. Dado que la Demandante basa toda su reclamación en que el sentido de la resolución obedeció a supuestas “órdenes de mando” motivadas por consideraciones políticas, el Tribunal podrá rechazar fácilmente la reclamación de la Demandante al constatar que no existe evidencia que soporte dicha afirmación, por el contrario, la evidencia que obra en el expediente claramente demuestra que los dichos de los testigos de la Demandante son falsos y carecen de credibilidad.

⁵⁴³ Ver *supra*, Sección II.N.6.

c. La “Buena Fe” no es una obligación autónoma conforme al estándar de Trato Justo y Equitativo

471. A pesar de citar referencias académicas incontrovertidas de hace décadas que declaran que, la buena fe es una “regla indiscutida del derecho internacional,”⁵⁴⁴ la Demandante no se molesta en discutir el rol específico de la buena fe dentro del estándar de trato justo y equitativo, su definición específica o qué hechos con base en autoridades legales “violación” este supuesto principio. En otras palabras, la Demandante omite el rol de la buena fe bajo el “paraguas” del estándar TJE. En cambio, simplemente afirma que “por supuesto” está segura de que “la falta de buena fe resulta suficiente para demostrar una violación al Artículo 1105”.⁵⁴⁵

472. De hecho, según un importante tratadista que ha analizdo diversos precedentes en el marco del TLCAN, que cita abundantes estudios sobre el tema, señala: “[w]hat is clear is that good faith is not an autonomous stand-alone obligation under the FET standard (like arbitrariness or denial of justice)”.⁵⁴⁶ Las Partes del TLCAN han sostenido consistentemente que el Artículo 1105 no impone alguna obligación sustantiva e independiente de la buena fe, y los tribunales del TLCAN han coincidido.⁵⁴⁷

473. La buena fe, entonces, es simplemente un principio “para aplicar” el estándar TJE bajo el Artículo 1105⁵⁴⁸ que “adds only negligible assistance in the task of determining or giving content to a standard of fair and equitable treatment”.⁵⁴⁹ Mientras que en *Waste Management II c. México* el tribunal claramente no se refirió a la buena fe como una obligación independiente conforme al Artículo 1105 cuando señaló en *dicta*, en el contexto de acusaciones de conspiración no probadas

⁵⁴⁴ Memorial de Demanda, ¶ 230 (citing F.A. Mann, *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*, 52 BYIL 241 (1981), p. 249).

⁵⁴⁵ Memorial de Demanda ¶ 232.

⁵⁴⁶ Patrick Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105* (Kluwer 2013), pp. 222-23. **RL-0022**.

⁵⁴⁷ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, UNCITRAL, United States Counter-Memorial, Dec. 22, 2008, ¶ 94. **RL-0023**. *Methanex v. United States*, UNCITRAL, United States Rejoinder, Apr. 23, 200, ¶¶ 25-26. **RL-0024**. *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, ICSID Administered, Award, Mar. 31, 2010, ¶¶ 186-87. **CL-0070**. *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1, Canada’s Counter-Memorial, June 22, 2005, ¶¶ 915, 921. **RL-0026**.

⁵⁴⁸ *International Thunderbird Gaming Corp. c. Mexico*, UNCITRAL, Opinión Independiente Thomas Wälde, Dic. 1, 2005, ¶ 25. **RL-0027**.

⁵⁴⁹ *Ver, e.g., ADF v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, January 9, 2003, ¶ 191. **CL-0005**.

y al negar una reclamación bajo el Artículo 1105(1), que “[u]na obligación básica del Estado conforme al Artículo 1105(1) es actuar de buena fe y forma y no proponerse deliberadamente destruir o frustrar la inversión por medios inadecuados.”⁵⁵⁰ Incluso fuera del TLCAN, “[t]he ICJ [for instance] has also come to the conclusion that the principle of good faith is ‘not in itself a source of obligation where none would otherwise exist’.”⁵⁵¹

474. De hecho, académicos⁵⁵² y tribunales⁵⁵³ igualmente han llegado a la conclusión de que el estándar TJE es simplemente una expresión del principio de la buena fe.⁵⁵⁴ Newcombe y Paradell, por ejemplo, encuentran que “[t]he commitment to fair and equitable treatment is an expression of the principle of good faith”, y que “the various elements of fair and equitable treatment, including due process, due diligence and the protection of legitimate expectations, are manifestations of the more general principle of good faith”.⁵⁵⁵

475. A la luz de dicha doctrina y jurisprudencia, la afirmación de la Demandante de que la falta de buena fe por sí sola podría establecer una violación del TJE es claramente incorrecta. De hecho, en el Memorial de Demanda, la Demandante se esfuerza por distinguir un solo caso de violación de buena fe, cualquiera que sea su definición, cuando se refiere a “la falta de buena fe y la naturaleza arbitraria de ambas denegaciones”;⁵⁵⁶ “la conducta arbitraria de México, carente de buena fe,”⁵⁵⁷ la falta de una evaluación justa y la falta de “intención alguna de involucrarse en una

⁵⁵⁰ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, Abr. 30, 2004, (versión en español) ¶ 138. **CL-0121**.

⁵⁵¹ *Concerning Border and Transborder Armed Actions* (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, Dec. 20, 1988, ICJ Rep. 1988, ¶¶ 105-06. **RL-0028**.

⁵⁵² Andrew Newcombe & Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment* (Kluwer 2009), p. 276, n. 206. **RL-0029**. Roland Kläger, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law* (Cambridge 2011), p. 132. **RL-0030**. Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford 2012), p. 145. **RL-0031**.

⁵⁵³ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. México*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo, Mayo 29, 2003, ¶ 153. **CL-0112**. *Sempra Energy International c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, Laudo, Sept. 28, 2007, ¶ 298. **RL-0032**. *Siemens AG c. Argentina*, Laudo, Enero 17, 2007, ¶ 308. **CL-0107**.

⁵⁵⁴ Patrick Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105* (Kluwer 2013), p. 223. **RL-0022**.

⁵⁵⁵ Andrew Newcombe & Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment* (Kluwer 2009), p. 277. **RL-0029**.

⁵⁵⁶ Memorial de Demanda, ¶ 248 (c).

⁵⁵⁷ Memorial de Demanda, ¶ 254.

revisión de buena fe”;⁵⁵⁸ falta de buena fe como “el epitome de una acción arbitraria”;⁵⁵⁹ “sofistería [que] refleja, una vez más, un proceso arbitrario e injusto, ya que dichas afirmaciones no pueden haber sido hechas de buena fe”;⁵⁶⁰ y, finalmente, que la presunta conducta “fue manifiestamente arbitraria y el resultado de un proceso que careció completamente de buena fe y debido proceso”.⁵⁶¹

476. En esencia, la Demandante busca argumentar que el simple hecho de que su solicitud de manifestación ambiental no haya sido aprobada, en sí mismo, constituye una “falta de buena fe.” Esto llevaría al absurdo de que cualquier resolución en sentido negativo de la autoridad competente en materia de autorización de impacto ambiental fuera considerada como obra de una “falta de buena fe”. Ese no es un estándar legal coherente reconocido por el derecho internacional o por el Artículo 1105 del TLCAN.

477. De hecho, como se describió anteriormente, la Demandante tuvo oportunidades considerables para buscar la autorización de la DGIRA, y el proceso fue tratado con gran seriedad en total conformidad con el derecho aplicable.

d. El estándar sobre arbitrariedad conforme al TLCAN es extremadamente exigente y rara vez se alcanza

478. Con respecto a las alegaciones de arbitrariedad, las citas selectivas de la Demandante del caso de *ELSI* de la Corte Internacional de Justicia omiten la mayor parte del lenguaje relevante, a saber, que la conducta arbitraria para los propósitos de TJE requiere “*willful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety*”.⁵⁶² Como este lenguaje deja claro, la influyente definición de *ELSI* articuló “*a high threshold of liability for finding a breach of arbitrary conduct*”.⁵⁶³

479. Tribunales conforme al TLCAN, basándose en *ELSI*, y a pesar de que el Artículo 1105 no hace referencia a “*arbitrariness*” o sus variantes,⁵⁶⁴ han empleado un lenguaje que denota un

⁵⁵⁸ Memorial de Demanda, ¶ 255.

⁵⁵⁹ Memorial de Demanda, ¶ 276.

⁵⁶⁰ Memorial de Demanda, ¶ 279.

⁵⁶¹ Memorial de Demanda, ¶ 287.

⁵⁶² *Sicula S.p.A. (ELSI)* (United States v. Italy), ICJ Rep. 1989, Judgment, July 20, 1989, p. 124. **CL-0028**.

⁵⁶³ Patrick Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105* (Kluwer 2013), p. 182. **RL-0022**.

⁵⁶⁴ Patrick Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105* (Kluwer 2013), p. 203. **RL-0022**.

umbral igualmente alto. *S.D. Myers c. Canadá*, por ejemplo, refirió a un trato arbitrario que necesitaría para “*rise[] to the level that is unacceptable from the international perspective*”;⁵⁶⁵ *Waste Management II c. México* refirió a “un modo totalmente arbitrario”;⁵⁶⁶ *Thunderbird c. México* refirió a “una arbitrariedad manifiesta, que caigan por debajo de los niveles internacionalmente aceptables”;⁵⁶⁷ y *Glamis c. Estados Unidos* requirió “*something greater than mere arbitrariness, something that is surprising, shocking, or exhibits a manifest lack of reasoning*”.⁵⁶⁸

480. El tribunal en *Cargill c. México* añadió que:

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 ...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.⁵⁶⁹

481. Aplicando este exigente estándar, los tribunales del TLCAN han sido sumamente cautelosos al determinar lo que debe entenderse por “arbitrariedad”. Por ejemplo, el incumplimiento de las leyes de un país no equivale a una conducta arbitraria en virtud del Artículo 1105 del TLCAN, siempre que no sea un “desconocimiento manifiesto e injustificado” de dichas leyes o reglamentación.⁵⁷⁰ Dolzer y Schreuer coinciden cuando añaden que “*a violation by the host State of its own law will not automatically amount to a breach of the FET standard*”.⁵⁷¹ De igual forma lo hace McLachlan al señalar que “[*a finding that the host State is in breach of its own law*”

⁵⁶⁵ *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, First Partial Award, Nov. 13, 2000, ¶ 263. **CL-0103**.

⁵⁶⁶ *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, Abr. 30, 2004, ¶ 115 (énfasis añadido). **CL-0121**.

⁵⁶⁷ *International Thunderbird Gaming Corp. c. Mexico*, UNCITRAL, Laudo, Jan. 26, 2006, ¶ 194. **RL-0003**.

⁵⁶⁸ *Glamis v. United States*, UNCITRAL, Award, June 8, 2009, ¶ 617. **CL-0055**.

⁵⁶⁹ *Cargill, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, Sept. 18, 2009, ¶¶ 293, 296. **CL-0027**.

⁵⁷⁰ *Gami Investments, Inc. c. Mexico*, UNCITRAL, Laudo Final, Nov. 15, 2004, ¶103. **CL-0053**.

⁵⁷¹ Rudolph Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (OUP 2012), p. 152. **RL-0031**.

will not breach the standard".⁵⁷² Este sería el caso solo si las violaciones fueran “*systemic and were to affect the stability and transparency of the investment’s legal environment*”.⁵⁷³

482. Otro académico observó, con respecto a las disposiciones relevantes del TLCAN, que cualquier teoría que equiparara el Estado de derecho con el estándar TJE debería: “*probably [be] better suited for interpreting FET clauses contained in BITs involving States or at least one State where the domestic law does not offer the basic rule of law protection*” – something “*simply not . . . necessary in the context of NAFTA Chapter 11 which involves three democracies applying the rule of law*”.⁵⁷⁴

483. Un error tampoco equivale a una conducta arbitraria,⁵⁷⁵ ni la acción de una dependencia “*in a way with which the tribunal disagrees*”.⁵⁷⁶ Al contrario, como la UNCTAD remarcó, el alto umbral del TLCAN “*provides assurance to host States that they will not be exposed to international responsibility for minor malfunctioning of their agencies and that only manifest and flagrant acts of maladministration will be punished*”.⁵⁷⁷

484. Asimismo, un tratadista señala lo siguiente:

NAFTA tribunals have not endorsed any of the comprehensive theories put forward by writers which have equated the FET standard with the rule of law under domestic law or, more generally, the idea of justice.”

[W]hile ‘simple’ (or ‘mere’) arbitrariness may violate the rule of law under domestic law, NAFTA tribunals have consistently affirmed that such conduct was not severe enough to constitute a breach of the FET standard under Article 1105”⁵⁷⁸

⁵⁷² McLachlan, Shore & Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2nd ed. 2017), ¶ 7.17. **RL-0021**.

⁵⁷³ Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford 2012), p. 22. **RL-XXX**. *Gami v. Mexico*, UNCITRAL, Award, Nov. 15, 2004, ¶ 93. **RL-0031**.

⁵⁷⁴ Patrick Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105* (Kluwer 2013), p. 263. **RL-0022**.

⁵⁷⁵ *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, First Partial Award, Nov. 13, 2000, ¶ 261. **CL-0103**.

⁵⁷⁶ *Glamis v. United States*, UNCITRAL, Award, June 8, 2009, ¶ 625. **CL-0055**.

⁵⁷⁷ United Nations Conference on Trade and Development, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD/DIAE/IA/2011/5 (2012), p. 88. **RL-0033**.

⁵⁷⁸ Patrick Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105* (Kluwer 2013), pp. 262-263. **RL-0022**.

485. Hasta la fecha, solo el tribunal de *Cargill c. México* ha encontrado una conducta arbitraria que violó el Artículo 1105.⁵⁷⁹ Esta conclusión se basó, sin embargo, en la focalización deliberada e intencional de un inversionista estadounidense en represalia por la política comercial estadounidense.⁵⁸⁰

486. La Demandante afirma erróneamente que otros tribunales del TLCAN distintos de *Cargill c. México* han encontrado “violaciones” basadas en arbitrariedad.⁵⁸¹ *Metalclad c. México* nunca se refirió a una conducta “arbitraria”.⁵⁸² En *Pope & Talbot c. Canadá*, el tribunal mencionó la alegación de “conducta arbitraria” al momento de describir las alegaciones del demandante pero concluyó que la conducta particular era “razonable”.⁵⁸³ Además, el tribunal nunca se refirió a la arbitrariedad en su propia interpretación del Artículo 1105.⁵⁸⁴ Finalmente, a pesar de una única mención de una conducta que fue “injusta o arbitraria” al describir las posibles violaciones del Artículo 1105, el tribunal de *S.D. Myers c. Canadá* no determinó ninguna violación basada en arbitrariedad.⁵⁸⁵

487. En particular, las referencias a laudos ajenos al TLCAN deben considerarse con cierto grado de escepticismo en este contexto. Como explica Stone y como se mencionó *supra*, “*non-NAFTA arbitral tribunals have been willing to entertain lower thresholds for finding arbitrariness than their NAFTA counterparts*”.⁵⁸⁶

⁵⁷⁹ Patrick Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105* (Kluwer 2013), p. 205. **RL-0022**.

⁵⁸⁰ *Corn Products International, Inc. v. México*, Caso CIADI No. ARB (AF)/04/1, Decisión sobre Responsabilidad, Ene. 15, 2008, ¶¶ 243, 288. **CL-0041**.

⁵⁸¹ *Cargill, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, Sept. 18, 2009, ¶ 237. **CL-0027**.

⁵⁸² *Cf. Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIAD No. ARB(AF)/97/1, Laudo, Ago. 30, 2000. **CL-0071**.

⁵⁸³ *Pope & Talbot Inc v. Canada*, UNCITRAL, Award and Merits of Phase 2, Apr. 10, 2001, ¶ 124. **CL-0090**.

⁵⁸⁴ *Pope & Talbot Inc v. Canada*, UNCITRAL, Award and Merits of Phase 2, Apr. 10, 2001, ¶¶ 105-18. **CL-0090**.

⁵⁸⁵ *S.D. Myers, Inc. v. Canada*, First Partial Award, Nov. 13, 2000, ¶ 258-69. **CL-0103**. See also Jacob Stone, *Arbitrariness, The Fair and Equitable Treatment Standard and the International Law of Investment*, 25 *Leiden J. Int'l L.* 77 (2012), p. 103 (noting that “[NAFTA] tribunals have yet to find a single instance of arbitrary conduct that amounts to a breach of Article 1105, whereas [non-NAFTA] tribunals have found several breaches occasioned by arbitrariness”). **RL-0034**.

⁵⁸⁶ Jacob Stone, *Arbitrariness, The Fair and Equitable Treatment Standard and the International Law of Investment*, 25 *Leiden J. Int'l L.* 77 (2012), p. 103. **RL-0034**.

488. En todo caso, en realidad no existe evidencia de ningún tipo de arbitrariedad en este caso. ExO participó en un procedimiento perfectamente establecido y su solicitud de aprobación fue denegada. Como se mencionó anteriormente, la DGIRA recopiló una enorme cantidad de información proveniente de ExO y otras partes interesadas y realizó un análisis exhaustivo. El hecho de que Odyssey “anhelara” un resultado diferente es insuficiente para establecer una reclamación de arbitrariedad bajo cualquier estándar legal.

e. La Demandante tuvo acceso en todo momento a un debido proceso

489. El análisis de la Demandante sobre el “debido proceso y la corrección procesal” contiene poca o ninguna sustancia.⁵⁸⁷ Si bien repite la proposición no disputada de que el debido proceso es parte del estándar de trato justo y equitativo, la Demandante no intenta explicar qué significa “debido proceso” en las reclamaciones inversionista-Estado o del TLCAN en particular. Los tribunales del TLCAN han declarado que el Artículo 1105 actúa como un obstáculo solo para una “completa falta de debido proceso”⁵⁸⁸ o “una falta absoluta de debido proceso que ofenda la propiedad judicial”.⁵⁸⁹ De manera similar, no surge obligación de debido proceso cuando se cometen meras “irregularidades” administrativas.⁵⁹⁰ Además, el “*administrative due process requirement is lower than that of a judicial process*”,⁵⁹¹ o, como lo señala una importante obra en la materia, “[p]rocedural rights that are essential to a fair judicial process may not be required as due process in administrative decision-making”.⁵⁹²

490. Tribunales anteriores han declarado que una violación grave puede ocurrir cuando a un inversionista se le niega la oportunidad de ser escuchado⁵⁹³ o no es notificado⁵⁹⁴ –situaciones que

⁵⁸⁷ Cf. Memorial de Demanda, ¶¶ 242-43.

⁵⁸⁸ *Glamis v. United States*, UNCITRAL, Award, June 8, 2009, ¶¶ 22, 24, 614, 616, 625, 627. **CL-0055**.

⁵⁸⁹ *Cargill, Inc. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, Sept. 18, 2009, ¶ 296. **CL-0027**.

⁵⁹⁰ *International Thunderbird Gaming Corp. c. México*, UNCITRAL, Laudo, Ene. 26, 2006, ¶ 200. **RL-0003**.

⁵⁹¹ *International Thunderbird Gaming Corp. c. México*, UNCITRAL, Laudo, Ene. 26, 2006, ¶ 200. **RL-0003**.

⁵⁹² McLachlan, Shore & Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2nd ed. 2017), ¶ 7.16. **RL-0021**.

⁵⁹³ *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, Ago. 30, 2000, ¶ 91. **CL-0071**.

⁵⁹⁴ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, May 29, 2003, ¶ 162. **CL-0112**.

no están en controversia en este caso—. Por el contrario, tal violación no puede ocurrir, ya que la Demandante recibió la posibilidad plena de ser escuchado y presentar evidencia, y los procedimientos fueron sujetos a revisión judicial.⁵⁹⁵

491. Como en el caso de arbitrariedad para los efectos del derecho internacional público o del TLCAN señalado *supra*, el estándar de TJE “*standard will not be breached simply because the host State’s administrative procedures did not comply with its internal law*”.⁵⁹⁶ Después de todo, “[i]nternational tribunals [...] do not sit as appellate courts with authority to review the legality of domestic measures under a Party’s own domestic law”.⁵⁹⁷ En cambio, “*international tribunals [must] to exercise caution in cases involving a state regulator’s exercise of discretion, particularly in sensitive areas involving protection of public health and the well-being of patients*”.⁵⁹⁸ Esta es solo una expresión más de lo que se ha descrito como “*the NAFTA’s general reluctance to substitute arbitral for governmental decision-making on matters within the purview of each NAFTA Party*”.⁵⁹⁹

492. En este caso, ExO aprovechó la oportunidad de impugnar la denegación de la DGIRA ante el TFJA y el TFJA encontró ciertos defectos procesales –falta de fundamentación y motivación– en la determinación de la DGIRA, sin opinar sobre el fondo de la determinación, ni mucho menos ordenar a la autoridad de emitir una autorización en sentido positivo. Posteriormente, la DGIRA emitió una nueva determinación que cumplió cabalmente con la sentencia de TFJA. ExO posteriormente presentó otra impugnación en contra de la nueva determinación de la DGIRA, la cual se encuentra pendiente de ser resuelta. La Demandante no ha realizado alegaciones respecto al trato brindado por parte del TFJA, ni podría hacerlo.

493. No obstante, parece que la Demandante solicita al Tribunal que revise las conclusiones alcanzadas por la DGIRA, independientemente de la revisión ya realizada por la TFJA y la revisión

⁵⁹⁵ *International Thunderbird Gaming Corp. c. México*, UNCITRAL, Laudo, Ene. 26, 2006, ¶¶ 197-201. **RL-0003.**

⁵⁹⁶ Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶ 7.198. **RL-0021.**

⁵⁹⁷ *Mesa Power Group, LLC, v. Government of Canada*, PCA Case No. 2012-17, Second Submission of the United States of America, June 12, 2015, ¶¶ 21-22. **RL-0035.**

⁵⁹⁸ *Apotex v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award, Aug. 24, 2014, ¶ 9.37. **RL-0036.**

⁵⁹⁹ *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1, Separate Statement of Dean Ronald A. Cass, 24 May 2007, ¶ 125. **RL-0037.**

que aún está pendiente. Pero, como han dejado en claro otros tribunales del TLCAN, “[a] NAFTA claim cannot be converted into an appeal against the decisions of municipal courts”.⁶⁰⁰ Además, “[u]nder NAFTA, parties have the option to seek local remedies. If they do so and lose on the merits, it is not the function of NAFTA tribunals to act as courts of appeal”.⁶⁰¹ El Tribunal por lo tanto debería rechazar la reclamación por estos motivos.

f. La Demandante no ha logrado demostrar que exista una violación al estándar de TJE basada en un supuesto rechazo de la autorización de impacto ambiental por razones políticas

494. El Tribunal podrá constatar que un supuesto trato “manifiestamente arbitrario”, “injusto”, contrario a la buena fe y debido proceso, y “expropiatorio”, basado en motivaciones políticas, no puede ser demostrado con un material probatorio tan precario como el que ofrece la Demandante. En efecto, la Demandada ha señalado, en al menos 15 ocasiones,⁶⁰² que la AIA de Don Diego fue rechazada por razones políticas, lo que a su consideración provocó que el Estado mexicano violara el estándar de nivel mínimo de trato y que la inversión de Odyssey recibiera un trato expropiatorio.⁶⁰³ Sin embargo, las únicas pruebas aportadas por la Demandante son seriamente cuestionables:

- La declaración testimonial [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] de conformidad con el Reglamento Interior de la SEMARNAT.⁶⁰⁴
- La declaración testimonial [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

⁶⁰⁰ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Final Award, 26 June 2003, para. 134. **RL-0038**.

⁶⁰¹ *Mondev International Ltd. v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award, 11 October 2002, para. 126. **CL-0078**.

⁶⁰² Memorial de Demanda, ¶¶ 87, 118, 139, 200, 221, 234-235, 240, 248, 254, 288, 291-295, 310-311.

⁶⁰³ Ver Memorial de Demanda, ¶¶ 287-295, 309-310.

⁶⁰⁴ Ver Declaración testimonial del Sr. Pacchiano, ¶¶ 8, 31-36.

██████████, y que ha incurrido en faltas administrativas por hacer uso indebido de información gubernamental privilegiada.⁶⁰⁵

- La declaración testimonial del Sr. Claudio Lozano, empleado de la Demandante y que, a lo mucho, puede ser considerado un “testigo de oídas” (“*hearsay*”). Los hechos de los que da testimonio el Sr. Lozano se resumen a conversaciones con el Sr. Ancira, y la asistencia a una supuesta reunión en la que, en todo caso, no participó.⁶⁰⁶
- Un fragmento no mayor a 30 segundos de una rueda de prensa realizada en septiembre de 2018 en la que el entonces Secretario Rafael Pacchiano respondió una serie de preguntas, entre ellas una sobre Don Diego, la cual es descontextualizada por la Demandante en este arbitraje.⁶⁰⁷
- Un “*retweet*” realizado por el Secretario Pacchiano el 18 de octubre de 2018 a un comunicado publicado en Twitter por la SEMARNAT.⁶⁰⁸

495. Con los elementos antes referidos resulta evidente que la Demandante simplemente no cumple con la carga y estándar probatorio necesario para demostrar una violación al Artículo 1105 del TLCAN.

(1) La alegación de la Demandante sobre una supuesta campaña política en su contra esta basada en una mera estrategia legal carente de sustento

496. En la práctica es usual que inversionistas demandantes argumenten, a manera de estrategia legal, que su inversión fue afectada por motivaciones o razones políticas por parte del Estado

⁶⁰⁵ Correos electrónicos del 1º de abril de 2019, **R-0068**; Registro de acceso a la Torre Ejecutiva de la Secretaría de Economía del 2º de abril de 2019, **R-0143**; Correo electrónico del 12 de abril de 2019, **R-0069**; Correos electrónicos del 5 de abril de 2019, **R-0070** y Correo electrónico del 31 de mayo de 2019, **R-0071**.

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”.

⁶⁰⁷ **C-0176**, ¶¶ 1.28–1.53.

⁶⁰⁸ **C-0177**.

demandado.⁶⁰⁹ Odyssey replica esta estrategia legal de forma poco convincente y de manera ineficaz.

497. Bonnitcho y Williams (*i.e.*, no la Demandada como sugiere Odyssey) identifican algunos casos en los que tribunales de inversión han considerado que, de una u otra forma, existió algún tipo de influencia política.⁶¹⁰ El análisis de Bonnitcho y Williams clasifica estos casos en “tipos de presión” y la “fuentes de la medida”. Los tipos de presión pueden provenir de: *i*) grupos de interés amplios o electorales (“*broad interest group/ electoral pressure*”); *ii*) grupos reducidos con intereses específicos (“*special interest group pressure*”); y *iii*) actores estatales que buscan afectar a un inversionista (“*intent to harm investors*”).⁶¹¹ La fuente de la medida puede estar a cargo del poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, respectivamente.⁶¹² Los hechos y las reclamaciones de Odyssey no son análogas a ninguna de estas clasificaciones.

498. Contrario a lo que pueda afirmar la Demandante, el hecho de que autoridades nacionales e internacionales, instituciones científicas, pobladores de Comondú y sociedades de pescadores hayan expresado sus preocupaciones en torno a Don Diego no hace equiparable este arbitraje a lo sucedido, por ejemplo, en *Tecmed c. México*, *Bear Creek c. Perú* y *Abengoa c. México*.

499. En *Tecmed c. México*, el inversionista reclamó que permisos ambientales fueron revocados y la operación de una planta de residuos peligrosos se vio afectada por parte de autoridades municipales, estatales y federales debido a circunstancias políticas relacionadas con el cambio de autoridad municipal y presiones de la comunidad local.⁶¹³ Don Diego no se asemeja en lo absoluto a *Tecmed c. México*.

⁶⁰⁹ Ver Memorial de Demanda, ¶ 235. Bonnitcho Jonathan and Zoe F. Williams, “State liability for “political” motivated conduct in investment treaty regime”, *Leiden Journal of International Law* (2020), p. 78 y 81 (“*The narrow definition also obscures the fact that investors seem to be using the term ‘political’ as part of a common litigation strategy to discredit the state conduct in question in a wide variety of cases*). **RL-0039**.

⁶¹⁰ Memorial de Demanda, ¶ 235.

⁶¹¹ Bonnitcho Jonathan and Zoe F. Williams, “State liability for “political” motivated conduct in investment treaty regime”, *Leiden Journal of International Law* (2020), p. 88. **RL-0039**.

⁶¹² Bonnitcho Jonathan and Zoe F. Williams, “State liability for “political” motivated conduct in investment treaty regime”, *Leiden Journal of International Law* (2020), p. 88. **RL-0039**.

⁶¹³ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/02, Laudo, 29 de mayo de 2003, ¶¶ 42, 127-128. **CL-0112**.

500. En *Abengoa c. México*, el inversionista reclamó que recibió un trato arbitrario por parte de autoridades municipales y contradictorio al trato brindado por autoridades estatales y federales, que culminó con la revocación de licencias de funcionamiento y la clausura de una planta de residuos peligrosos.⁶¹⁴ Don Diego era un proyecto extremadamente prematuro a comparación de la planta de Abengoa.

501. En *Bear Creek c. Perú*, el demandante reclamó que comunidades locales amenazaron y atacaron las instalaciones de la demandante, hubo protestas que provocaron huelgas, bloqueos de carreteras y todo lo anterior estuvo seguido de actos jurídicos realizados por entidades del Estado que buscaron anular las concesiones mineras del inversionista.⁶¹⁵ En el presente caso, Odyssey cuenta con sus Concesiones y los procedimientos de evaluación ambiental de Don Diego fueron totalmente pacíficos.

(2) La evidencia demuestra que el rechazo de la solicitud de autorización de la MA no se trató de una decisión política ni mucho menos se basó en una campaña política en contra de Odyssey

502. En esencia, Don Diego era un proyecto minero muy prematuro que aún no entraba en operaciones; no ha obtenido permisos de operación por su inviabilidad ambiental; no le han sido revocadas o anuladas las Concesiones; no hubo protestas violentas o “agitación social” en torno a Don Diego; todas las posturas en contra del Proyecto se realizaron de manera transparente y en apego a la regulación ambiental dentro de los Procedimientos EIA de la MIA 2014 y la MIA 2015.⁶¹⁶

503. Nada de lo anterior puede considerarse como una “campaña con motivaciones políticas” en contra de Don Diego. Suponer lo contrario, significaría que cada opinión técnica y comunicación recibida por la DGIRA durante el Procedimiento EIA de la MIA 2014 y de la MIA 2015, en las que se cuestionó la viabilidad ambiental del Proyecto –incluidas las de instituciones

⁶¹⁴ *Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/2) Laudo, 18 de abril de 2013, ¶¶ 348-356, 650. **CL-0002**.

⁶¹⁵ *Bear Creek Mining Corporation v. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21) Laudo, 30 de noviembre de 2017, ¶¶ 152-155, 182-183, 202-216. **CL-0016**.

⁶¹⁶ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/02, Laudo, 29 de mayo de 2003, ¶ 160. **CL-0112**. *Bear Creek Mining Corporation v. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21) Laudo, 30 de noviembre de 2017, ¶¶ 401-408. **CL-0016**. *Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/2) Laudo, 18 de abril de 2013, ¶¶ 348-356. **CL-0002**.

de renombre como la *Society for Marine Mammalogy*, *WildCoast*, AIDA, CONANP y la UNESCO— estaban encaminadas a afectar la inversión de Odyssey. Eso sencillamente es falso. La realidad es que había serias preocupaciones sobre Don Diego debido a sus posibles riesgos ambientales.⁶¹⁷

504. Por otro lado, ningún grupo con intereses específicos (*e.g.*, competidores) buscó impedir la puesta en marcha de Don Diego. De igual forma, ningún acto del gobierno de México estuvo encaminado a afectar las inversiones de la Demandante y, como ha sido señalado previamente, la Demandada ha sido incapaz de demostrar que el Sr. Rafael Pacchiano intentó perjudicar la inversión de Odyssey.⁶¹⁸

505. Lo que sí ha sido demostrado, y por consiguiente debe ser considerado por el Tribunal, es que la autoridad facultada para resolver la MIA 2015 actuó de manera racional y la decisión de rechazar la autorización de Don Diego deriva de un procedimiento jurídico-técnico, ajeno a influencias políticas. Los siguientes hechos dan muestra de ello:

- Entre octubre de 2014 y marzo de 2015, [REDACTED] al menos 20 opiniones técnicas sobre la MIA 2014. Prácticamente todas las comunicaciones y opiniones recibidas cuestionaron la viabilidad de Don Diego.
- El 21 de noviembre de 2014, la DGIRA [REDACTED] informó a ExO que la MIA 2014 era insuficiente e incongruente.⁶¹⁹
- Odyssey, por su propia voluntad y decisión, decidió retirar la MIA 2014 con la finalidad de evaluar y recabar mayor información. Un comunicado de prensa y el reporte anual de 2019 de Odyssey presentado ante la SEC dan cuenta de ello.⁶²⁰

⁶¹⁷ Ver *Bear Creek Mining Corporation v. República de Perú*, Caso CIADI No. ARB/14/21) Opinión Disidente del Profesor Philippe Sands, 12 de septiembre de 2017, ¶¶ 35. **RL-0040**. Ver Declaración testimonial del Biólogo Benito Bermúdez, ¶ 18.

⁶¹⁸ Ver *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, November 13, 2000, ¶¶ 122 y 168. **CL-0103**. Bonnitcha Jonathan and Zoe F. Williams, “State liability for “political” motivated conduct in investment treaty regime”, *Leiden Journal of International Law* (2020), p. 84. **RL-0039**.

⁶¹⁹ Oficio del 21 de noviembre de la DGIRA. **C-0100**, p. 1.

⁶²⁰ Comunicado de prensa de 22 de junio de 2015 de Odyssey. **R-0107** (“*Odyssey [...] reported that Exploraciones Oceanicas [...] has opted to extend the review period for their Environmental Impact Assessment (EIA) by resubmitting the EIA [...] In making this decision, ExO is coordinating with the technical and environmental team*”).

- A partir de agosto de 2015, la DGIRA solicitó decenas de opiniones técnicas sobre la MIA 2015. Nuevamente la DGIRA recibió decenas de opiniones técnicas y comunicaciones que cuestionaron la viabilidad ambiental de Don Diego
- Al igual que en 2014, el 30 de octubre de 2015, la DGIRA informó a ExO que la MIA 2015 era insuficiente e incongruente.⁶²¹

506. Con base en todo ello, la Demandante no ha logrado demostrar que existieron razones políticas detrás del rechazo del Proyecto.

g. No Hubo una Violación basada en “Expectativas Legítimas”

507. La Demandante intenta reforzar sus argumentos con generalidades sobre “expectativas legítimas”.⁶²² Si se examina detenidamente, su descripción selectiva de este posible factor se desmorona tanto como cuestión doctrinal como con base en los hechos alegados.

508. Antes de tratar la esencia de lo que pueden constituir expectativas legítimas para los propósitos de TJE en el contexto del TLCAN, lo que aplica respecto a buena fe es igualmente cierto aquí: tales expectativas no pueden proporcionar un fundamento independiente para determinar responsabilidad. Por el contrario, las expectativas, en la medida en que sean legítimas, pueden constituir, como máximo, un factor a considerar al evaluar una supuesta violación del TJE. McLachlan señala con respecto a reclamaciones de inversión TJE, que generalmente la doctrina de expectativas legítimas “*is a relevant factor in the application of the investment treaty’s guarantee of fair and equitable treatment and does not supply an independent treaty standard of its own*”.⁶²³ La misma observación aplica al Artículo 1105 del TLCAN.⁶²⁴ En consecuencia, el Tribunal debe ser cauto al basarse en expectativas de los inversionistas como fuente de obligaciones de la Demandada. Por ejemplo, el Comité de anulación de *MTD c. Chile* observó:

at *MINOSA, Odyssey’s strategic investor*”), C-0190, p. 7. (“In June 2015, ExO withdrew its EIA application to allow additional time for review and regional briefings.”)

⁶²¹ Oficio del 30 de octubre de 2015, p. 1. **C-0004**.

⁶²² Memorial de Demanda, ¶¶ 244-46.

⁶²³ McLachlan, Shore & Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2nd ed. 2017), ¶ 7.179. **RL-0021**.

⁶²⁴ Patrick Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105* (Kluwer 2013), pp. 157-58. **RL-0022**.

The obligations of the host State towards foreign investors derive from the terms of the applicable investment treaty and not from any set of expectations investors may have or claim to have. A tribunal which sought to generate from such expectations a set of rights different from those contained in or enforceable under the BIT might well exceed its powers, and if the difference were material might do so manifestly.⁶²⁵

509. Posteriormente, las expectativas legítimas se mantienen o disminuyen según se hayan hecho o no declaraciones específicas. McLachlan señala que “[t]he making of specific representations has been the decisive factor in the cases in which this ground of decision has been successfully invoked [...] [c]onversely, the absence of representations is a material factor in leading to a finding that the standard has not been breached”.⁶²⁶ Dolzer y Schreuer coinciden, al señalar que “[s]pecific representations play a central role in the creation of legitimate expectations”,⁶²⁷ y añaden: “[p]articularly important in the creation of legitimate expectations are specific assurances and representations made by the host state in order to induce investors to make investments”.⁶²⁸ Fietta agrega que, “the more specific the assurances that are given, the more likely they are to give rise to some basis for a legitimate expectations-based claim”.⁶²⁹ Sin duda, las expectativas por sí mismas “jamás debe considerarse como una garantía inflexible — semejante a un contrato de concesión a largo plazo dotado de una garantía de estabilización”.⁶³⁰

510. A la luz de esta unanimidad de doctrina y jurisprudencia, es inexplicable que la Demandante efectivamente omita el requisito y que su Memorial de Demanda de 175 páginas no contenga algún análisis de aseguramientos o garantías de ningún tipo, —ni mucho menos aquéllas que darían lugar a expectativas que cumplieran el riguroso estándar aplicable aquí—. Conforme al TLCAN en particular, las expectativas deben “arise through targeted representations or

⁶²⁵ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Decision on Annulment, Mar. 21, 2007, ¶ 67. **RL-0041.**

⁶²⁶ McLachlan, Shore & Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2nd ed. 2017), ¶¶ 7.185, 7.187. **RL-0021.**

⁶²⁷ Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford 2012), p. 145. **RL-0031.**

⁶²⁸ Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford 2012), p. 149. **RL-0031.**

⁶²⁹ Stephen Fietta, *Legitimate Expectations Principle under Article 1105 NAFTA-International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, 7 J. World Invest. & Trade 423 (2006), p. 431. **RL-0042.**

⁶³⁰ *International Thunderbird Gaming Corp. c. México*, UNCITRAL, Opinión Independiente Thomas Wälde, Dic. 1, 2005, ¶ 102. **RL-0027.**

assurances made explicitly or implicitly by a state party".⁶³¹ Tales declaraciones deben ser "definitivas, inambiguas y repetidas" como constituir una relación cuasicontractual.⁶³² El tribunal en *Glamis c. Estados Unidos* "suggests the adoption of an even narrower interpretation of the concept of legitimate expectations",⁶³³ y la calificación de que las garantías también deben haberse realizado "purposely and specifically"⁶³⁴ "further narrow[s] down the scope of application of the concept of legitimate expectations under Article 1105".⁶³⁵

511. El Derecho vigente del Estado anfitrión, así como su legislación, no pueden generar expectativas legítimas. El tribunal de *Grand River* confirmó que la legislación federal de los Estados Unidos no podía "serve as a source of reasonable or legitimate expectations for the purposes of a NAFTA claim".⁶³⁶ Esto seguido de que existiera "at least a colorable argument under domestic law for application of the [...] measures to his activities".⁶³⁷

512. Reiterando la importancia de la deferencia a los expertos en derecho administrativo doméstico, el tribunal de *Grand River c. Estados Unidos* determinó que "not expressing agreement with the argument in favor of state regulation. The point is that the relative strength of this argument and the range of relevant domestic judicial precedents were such that Mr. Montour was not in a position to reasonably harbor an expectation, upon which he would be entitled to rely under NAFTA, that he would be free from application of the . . . measures".⁶³⁸ En resumen, un inversionista "takes the law of the host State as it finds it and cannot subsequently complain about the application of that law to its investment".⁶³⁹

⁶³¹ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, UNCITRAL, Award, Jan. 12, 2011, ¶¶ 141-42. **CL-0057**.

⁶³² *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, Award, June 8, 2009, ¶ 802 (quoting *Metalclad*). **CL-0055**.

⁶³³ Patrick Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105* (Kluwer 2013), p. 166. **RL-0022**.

⁶³⁴ *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, Award, June 8, 2009, ¶ 766. **CL-0055**.

⁶³⁵ Patrick Dumberry, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105* (Kluwer 2013), p. 166. **RL-0022**.

⁶³⁶ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, UNCITRAL, Award, Jan. 12, 2011, ¶141. **CL-0057**.

⁶³⁷ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, UNCITRAL, Award, Jan. 12, 2011, ¶¶ 141-42. **CL-0057**.

⁶³⁸ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, UNCITRAL, Award, Jan. 12, 2011, ¶¶ 141-42. **CL-0057**.

⁶³⁹ Meg Kinnear, *The Continuing Development of the FET Standard, in Investment Treaty Law: Current Issues III* 35 (Andrea Bjorklund, Ian Laird & Sergey Ripinsky eds., British IICL 2009), p. 22. **RL-0043**.

513. Para ser claros, la acción reguladora no debe ser perfecta. A pesar de que el tribunal de *Tecmed c. México*, en su *dictum*, habló sobre la necesidad de que “el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente,” y que “[u]n accionar del Estado ajustado a tales criterios es, pues, esperable, tanto en relación con las pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las subyacen,”⁶⁴⁰ este “estándar” nunca ha sido adoptado por un tribunal TLCAN. En palabras del Profesor Douglas, “*is actually not a standard at all; it is rather a description of perfect public regulation in a perfect world, to which all states should aspire but few (if any) will ever attain*”.⁶⁴¹ También se ha considerado que este estándar es “prácticamente imposible de alcanzar” (“*nearly impossible to achieve*”).⁶⁴²

514. Incluso si la Demandante llegó a reclamar -y probar- que se otorgaron garantías que podían satisfacer los requisitos exigidos antes mencionados respecto a la formación de expectativas, tendría que demostrar que esas expectativas también eran objetivamente razonables.

515. McLachlan señala que “[*t*]he requirement of reasonableness of reliance carries the consequence that breach of the standard is determined objectively and not by reference to the investor’s subjective expectations”.⁶⁴³ Los tribunales en *Waste Management II c. México*, *Thunderbird*, y *Glamis Gold*, entre otros,⁶⁴⁴ han confirmado esta situación.

516. Dicho examen objetivo presupone una evaluación adecuada del riesgo. Después de todo, inherente a la palabra “legítimo” se encuentra el principio de que el Estado anfitrión no debe ser

⁶⁴⁰ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, May 29, 2003, ¶ 154. **CL-0112**.

⁶⁴¹ Zachary Douglas, *Nothing if Not Critical for Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureko and Methanex*, 22 *Arb. Int’l* 27 (2006), p. 28. **RL-0044**.

⁶⁴² United Nations Conference on Trade and Development, *Fair and Equitable Treatment under NAFTA*, UNCTAD/DIAE/IA/2011/5 (2012), p. 65. **RL-0033**.

⁶⁴³ McLachlan, Shore & Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2nd ed. 2017), ¶ 7.190. **RL-0021**. Meg Kinnear, *The Continuing Development of the FET Standard*, in *Investment Treaty Law: Current Issues III* 35 (Andrea Bjorklund, Ian Laird & Sergey Ripinsky eds., British IICL 2009), p. 26 (stating that investor’s expectations “must be objective and reasonable, rather than subjective or held by one party alone”). **RL-0043**.

⁶⁴⁴ *See, e.g., Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, Sept. 11, 2007, ¶ 331. **RL-0045**. *Glamis Gold Ltd. v. United States*, UNCITRAL, Award, June 8, 2009, ¶ 621. **CL-0055**.

responsable por las pérdidas resultantes de decisiones comerciales arriesgadas. El Profesor Muchlinski explica esto respecto a los casos internacionales de inversión:

[There] appears to be a developing principle that the investor is bound to assess the extent of the investment risk before entering the investment, to have realistic expectations. . . . This is a principle consistent with good business practice, as it requires the investor to take responsibility for the normal commercial risk associated with the investment⁶⁴⁵

517. La UNCTAD añade que “[i]nvestors have a due diligence obligation to determine the extent of the risk to which they are subjected, including country and regulatory risks, and to have expectations that are reasonable in all the circumstances”.⁶⁴⁶ Esta obligación de debida diligencia, como ha sido confirmado por una serie de laudos, es una de las más elevadas.⁶⁴⁷

518. Especialmente cuando se trata de una regulación ambiental, no se puede esperar razonablemente que las aprobaciones sean seguras. Esto es particularmente cierto respecto a lo que la Suprema Corte de los Estados Unidos, citada por el tribunal de *Methanex c. Estados Unidos*, describió como “*complex and heavily regulated transaction[s] . . . , where public entities and public and elected officials with changing policies and constituencies are involved, and the transaction spans many years*”.⁶⁴⁸ La minería es una industria altamente regulada en México, Estados Unidos y otros lugares, y cualquier inversionista razonable habría anticipado la posibilidad de que un proyecto como el propuesto por ExO fuera rechazado. El tribunal de *Methanex*, por ejemplo, señaló que los inversionistas deben “*appreciate[] that the process of regulation in the United States involve[s] wide participation of industry groups, non-governmental organizations, academics and other individuals, many of these actors deploying lobbyists*”.⁶⁴⁹ En México es de la misma manera.

519. Como fue determinado por el tribunal en *S.D Myers c. Canadá*:

⁶⁴⁵ Peter Muchlinski, ‘*Caveat Investor*’? *The Relevance of the Conduct of the Investor Under the Fair and Equitable Treatment Standard*, 55 Int’l & Comp. L. Q. 527 (2006), p. 542. **RL-0046.**

⁶⁴⁶ United Nations Conference on Trade and Development, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD/DIAE/IA/2011/5 (2012), p. 78. **RL-0033.**

⁶⁴⁷ Alexandra Diehl, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment* (Kluwer 2012), pp. 415, 429. **RL-0047.**

⁶⁴⁸ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID No. ARB(AF)/99/2, Award, Oct. 11, 2002, ¶ 130. **CL-0078.**

⁶⁴⁹ *Methanex v. United States*, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and Merits, Aug. 3, 2005, Part IV, ¶ 9. **CL-0074.**

When interpreting and applying the ‘minimum standard’, a Chapter 11 tribunal does not have an open-ended mandate to second-guess government decision-making. Governments have to make many potentially controversial choices. In doing so, they may appear to have made mistakes, to have misjudged the facts, proceeded on the basis of a misguided economic or sociological theory, placed too much emphasis on some social values over others and adopted solutions that are ultimately ineffective or counterproductive. The ordinary remedy, if there were one, for errors in modern governments is through internal political and legal processes, including elections.⁶⁵⁰

520. Este punto fue reforzado por el tribunal en *Thunderbird c. Mexico*:

[N]o corresponde a este Tribunal a determinar cómo [la autoridad reguladora nacional] debió haber interpretado la [operación comercial propuesta] o respondido a ella, ya que si lo hiciera estaría interfiriendo en cuestiones de exclusivo derecho interno y en la manera en que los gobiernos deben resolver cuestiones administrativas (que puede variar de un país a otro).⁶⁵¹

521. El tribunal en *Glamis Gold* aplicó el criterio de *Thunderbird*, señalando respecto a la reclamación presentada bajo el Artículo 1105 que:

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

[The] Tribunal agrees with Respondent’s assertion that governments must compromise between the interests of competing parties and, if they were bound to please every constituent and address every harm with each piece of legislation, they would be bound and useless.⁶⁵²

522. Otro tribunal añadió que “*the r[o]le of a Chapter 11 Tribunal is not to second-guess the correctness of a science-based decision making of highly specialized national regulatory agencies*”.⁶⁵³ Asimismo, en *Joshua Dean Nelson c. México*, el tribunal determinó que “como han indicado diversos tribunales, este Tribunal debe dar un margen de deferencia al ente regulador en cuestiones técnicas”.⁶⁵⁴

⁶⁵⁰ *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, Nov. 13, 2000, ¶ 261. **CL-0103.**

⁶⁵¹ *International Thunderbird Gaming Corp. c. México*, UNCITRAL, Laudo, Ene. 26, 2006, ¶ 160. **RL-0003.**

⁶⁵² *Glamis Gold Ltd. v. United States*, UNCITRAL, Award, June 8, 2009, ¶¶ 803-04. **CL-0055.**

⁶⁵³ *Chemtura v. Canada*, UNCITRAL, Award, August 2, 2010, ¶ 134. **CL-0033.**

⁶⁵⁴ *Joshua Dean Nelson v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/17/1, Laudo, 5 de junio de 2020, ¶ 257. **CL-0127.**

523. Esta jurisprudencia TLCAN llevó a un tribunal posterior a referirse a: “*the need for international tribunals to exercise caution in cases involving a state regulator’s exercise of discretion, particularly in sensitive areas involving protection of public health and the well-being of patients*”.⁶⁵⁵ Esta es sólo una expresión más de lo que ha sido descrito como “*the NAFTA’s general reluctance to substitute arbitral for governmental decision-making on matters within the purview of each NAFTA Party*”.⁶⁵⁶

524. Esto plantea la cuestión de cómo la Demandante podría tener expectativas legítimas de que podría obtener todas las aprobaciones regulatorias requeridas si hubiera llevado a cabo la debida diligencia. El desarrollo exitoso de una concesión minera en aguas profundas es notoriamente incierto, tal y como lo han señalado los expertos de la Demandada:

Offshore phosphate occurrences of relatively recent age such as the Don Diego project are known to be present in many locations throughout the world, especially offshore southern Africa, e.g. Namibia and South Africa; as well as Mexico, Peru, the United States and New Zealand. However, none of these occurrences have been placed in commercial production. The primary reason noted is environmental considerations, as well as project economics. The most advance projects, Chatham and Sandpiper have not been able to obtain required environmental permits despite exploration and development work on the projects extending over many years, if not decades.⁶⁵⁷

525. La Demandante nunca ha desarrollado con éxito un Proyecto de este tipo, y las resoluciones de la DGIRA demuestran lo exigente e impredecible que es el resultado del proceso de aprobación de la DGIRA.⁶⁵⁸ Es importante destacar que la propia Demandante ha concedido este punto en sus presentaciones ante la SEC:

We have invested in marine mineral companies that to date are still in the exploration phase and have not begun to earn revenue from operations. We may or may not have control or input on the future development of these businesses. There can be no assurance that these companies will achieve profitability or otherwise be successful in capitalizing on the mineralized materials they intend to exploit.⁶⁵⁹

526. De hecho, ningún inversionista podría tener una expectativa legítima de que, debido a que se ha obtenido una concesión minera, tiene garantizado que se le otorgarán los permisos ambientales. En este caso, los siguientes puntos adicionales resultan relevantes:

⁶⁵⁵ *Apotex v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1, Award, Aug. 24, 2014, ¶¶ 9.37. **RL-0036.**

⁶⁵⁶ *UPS v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/02/1, Separate Statement of Dean Ronald A. Cass, May 24, 2007, ¶ 125. **RL-0037.**

⁶⁵⁷ Informe pericial de WGM, ¶ 22.

⁶⁵⁸ Informe pericial de Solcargos-Rábago, ¶¶ 81 y 152.

⁶⁵⁹ *Odyssey Marine Exploration, Inc.* Form 10-K for the period ending Dec. 31, 2019, filed Mar. 20, 2020, p. 10. **C-0190.**

- El Golfo de Ulloa es un área del océano altamente sensible que limita con dos áreas naturales protegidas, es un importante lugar de alimentación para cuatro especies de tortugas marinas en peligro de extinción y un área de reproducción para la ballena gris. Es también una zona con una considerable actividad pesquera.
- ExO proponía utilizar un nuevo concepto de producción, el cual no había sido probado y dragar el fondo del mar de forma continua durante todo el año por 50 años.
- ExO estaba altamente apalancado y no contaba con la infraestructura, la experiencia y los recursos para lanzar un proyecto como Don Diego.

527. La extrapolación especulativa de la Demandante es quizás más absurda cuando compara sus ingresos obtenidos en 2019 por US \$3,1 millones⁶⁶⁰ –no provenientes de proyectos de minería en aguas profundas– con los tipos de ingresos y ganancias futuras proyectadas en su Memorial de Demanda, las cuales se encuentran basadas en opiniones de “expertos”. La Demandante no tenía expectativas legítimas de obtener la aprobación del Proyecto o de que este tendría éxito.

2. No Hubo Incumplimiento a la Obligación de Brindar Protección y Seguridad Plenas

528. La Demandante concibe la “protección y seguridad plenas” (PSP) (conocida como “FPS” por sus siglas en inglés) como una obligación general que proporciona un estándar de protección que respalda sus reclamaciones alegadas en otra parte. Específicamente, afirma en argumentos que abarcan solo dos páginas que “[b]y denying Claimants environmental approval based on improper motives, and where based on the law and reason, the permit should have been granted, all as set forth above”, la Demandada negó protección y seguridad plenas conforme al Artículo 1105.⁶⁶¹

529. Para estar seguros, “*the full protection and security standard is one of the more venerable international obligations in treaties relating to the treatment of foreigners and their property*”.⁶⁶² Pero los orígenes históricos indican que “[b]oth treaties and customary law appear to have focused

⁶⁶⁰ Comunicado de prensa de Odyssey de 30 de marzo de 2020, **R-0157**.

⁶⁶¹ Memorial de Demanda, ¶¶ 295-98.

⁶⁶² Noah Rubins, et al., *Investor-State Arbitration* (OUP 2019), p. 679. **RL-0048**.

on the physical security of foreigners and their property”, y que “*arbitral decisions adopted this understanding of protection and security, focusing on physical security, but not legal or economic protection*”.⁶⁶³ Sin embargo, la Demandante afirma que la obligación PSP “se extiende más allá de la protección policial e incluye los poderes regulatorios económicos.”⁶⁶⁴ Su entendimiento es incorrecto.

530. El texto completo del Artículo 1105 no prevé algún tipo de soporte para extender el ámbito de protección legal del FPS, pues la seguridad *no* está calificada como “legal” como ocurre en otros tratados de inversión:⁶⁶⁵

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

531. Además, la nota de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, citada por la Demandante, establece simplemente que:

1. El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte.

2. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridades plenas” no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste.⁶⁶⁶

532. No dice nada sobre la extensión a la seguridad “legal”, sino que simplemente el estándar PSP del TLCAN no excede el del derecho internacional consuetudinario.

533. La Demandante no puede citar un solo caso del TLCAN, y mucho menos respaldar su interpretación en estos, sin explicar cómo, incluso si la seguridad jurídica fuera parte del Artículo 1105, la denegación de un permiso ambiental en general y en particular cómo este permiso podría constituir una violación a la obligación de PSP. De hecho, la Demandante no hace el menor esfuerzo por abordar el texto del Artículo 1105 en absoluto.

⁶⁶³ Noah Rubins, et al., *Investor-State Arbitration* (OUP 2019), pp. 680-81. **RL-0048.**

⁶⁶⁴ Memorial de Demanda, ¶ 296.

⁶⁶⁵ Cf. *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, Feb. 6, 2007, ¶ 303. **CL-0107.**

⁶⁶⁶ Comisión de Libre Comercio del TLCAN, *Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11*, Julio 31, 2001, p. 2. **CL-0082.**

534. Casos anteriores confirman que la obligación de PSP del estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario, a la que se hace referencia expresa en el Artículo 1105, se limita a la seguridad física de los inversionistas. Casos emblemáticos como *AAPL c. Sri Lanka*,⁶⁶⁷ *AMT c. Zaire*⁶⁶⁸ y *Wena Hotels Ltd c. Egypt*⁶⁶⁹ están relacionados con la afectación de personas y destrucción de propiedades durante conflictos armados internos, disturbios y actos de violencia. Es más, el tribunal en *Saluka c. Czech Republic*, “*canvassing the developments of the concept in customary international law, explained the modern protection standard*”⁶⁷⁰ de la manera siguiente:

[T]he standard obliges the host State to adopt all reasonable measures to protect assets and property from threats or attacks which may target particularly foreigners or certain groups of foreigners. The practice of arbitral tribunals seems to indicate, however, that the ‘full security and protection’ clause is not meant to cover just any kind of impairment of an investor's investment, but to protect more specifically the physical integrity of an investment against interference by use of force.⁶⁷¹

535. En otro caso, el tribunal señaló que dado que el estándar de protección y seguridad plenas era desarrollado en el contexto de la seguridad física y que no podría ser extendido al ámbito legal de seguridad donde la alegada violación podría ser abordada bajo el estándar TJE.⁶⁷²

536. Restringir la protección y seguridad plenas a la seguridad física de un inversionista tiene sentido cuando, como conforme al Artículo 1105, tanto el estándar TJE como el estándar PSP se incorporan bajo el título de estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario. McLachlan ha señalado que, dado que los tratados de inversiones también prevén un trato justo y equitativo y protección contra la expropiación, tratar al estándar PSP de la misma manera que los otros dos lo volvería redundante:

A failure in full protection and security is only one of the grounds upon which the minimum standard of treatment may be invoked at customary international law. For this reason, both NAFTA and the US model BIT (in a formulation now also widely exported into other free trade agreements) state that the minimum standard of treatment at

⁶⁶⁷ *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award, June 27, 1990. **CL-0011**.

⁶⁶⁸ *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire*, ICSID Case No. ARB/93/1, Award, Feb. 21, 1997. **RL-0049**.

⁶⁶⁹ *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, Dec. 8, 2000. **RL-0050**.

⁶⁷⁰ Noah Rubins, et al., *Investor-State Arbitration* (OUP 2019), p. 681. **RL-0048**.

⁶⁷¹ *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, Mar. 17, 2006, ¶ 484. **CL-0105**.

⁶⁷² *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, Jan. 19, 2007, ¶ 258. **CL-0092**.

customary international law *includes* both fair and equitable treatment and full protection and security. The incorporation of both of these standards into an investment treaty requires an interpretation in accordance with the principle of effectiveness or *effet utile* that accords a distinct meaning to each. If the terms were synonymous, the inclusion of both would be otiose.⁶⁷³

537. Incluso, la misma Comisión de Libre Comercio parece haberse resistido a realizar una lectura sinónima de estas causas de acción: “Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no establece que se haya violado el Artículo 1105(1).”⁶⁷⁴ Adicionalmente, el tratadista, McLachlan está de acuerdo con el caso *Suez v. Argentina*.⁶⁷⁵ Como la Demandante aquí, Suez argumentaba que la protección y seguridad plenas se extendían a la protección legal .⁶⁷⁶ El tribunal explicó:

Traditionally, the cases applying full protection and security have dealt with injuries to physical assets of investors committed by third parties where host governments have failed to exercise due diligence in preventing the damage or punishing the perpetrators. In the present case, Claimants are attempting to apply the protection and security clause to a different a different type of situation. They do not complain that third parties have injured their physical assets or persons, as in the traditional protection and security case.⁶⁷⁷

538. El tribunal rechazó categóricamente la argumentación de Suez y sostuvo que:

[T]his Tribunal is of the view that the stability of the business environment and legal security are more characteristic of the standard of fair and equitable treatment, while the full protection and security standard primarily seeks to protect investment from physical harm.⁶⁷⁸

539. El tribunal de *Enron* igualmente se preocupó por la posible interferencia:

There is no doubt that historically this particular standard has been developed in the context of physical protection and security of the company’s officials, employees or facilities. The Tribunal cannot exclude as a matter of principle that there might be cases where a broader interpretation could be justified, but then it becomes difficult to

⁶⁷³ Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matt Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), pp. 334-35. **RL-0021.**

⁶⁷⁴ Comisión de Libre Comercio del TLCAN, *Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11*, Julio 31, 2001, 2001, p. 2. **CL-0082.**

⁶⁷⁵ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID No. ARB/03/19, Decision on Liability, July 30, 2010. **RL-0051.**

⁶⁷⁶ *Id.*, ¶ 160.

⁶⁷⁷ *Id.*, ¶ 165.

⁶⁷⁸ *Id.*, ¶ 173.

distinguish such situation from one resulting in the breach of fair and equitable treatment, and even from some form of expropriation.⁶⁷⁹

540. La Demandante cita casos que son inaplicables o apoyan premisas distintas de las presentadas. Por ejemplo, el tribunal *Azurix c. Argentina* determinó que las obligaciones de TJE y PSP eran las mismas y no realizó ningún análisis respecto la protección y seguridad plenas.⁶⁸⁰ Lo mismo aplicó a su progenie, *Biwater Gauff c. Tanzania* en el sentido de que la única razón citada por el tribunal para adoptar *Azurix* en lugar de *Saluka* fue que no hacerlo sería “*unduly artificial*”,⁶⁸¹ sin mayor explicación. De la misma forma, el tribunal de *Renée Rose Levy* someramente señaló que, “concuera plenamente con la descripción que hizo la Demandante al exponer que el estándar de protección y seguridad plenas ha pasado de referirse a la mera seguridad física y evolucionó para comprender, en forma más general, los derechos de los inversionistas.”⁶⁸²

541. Posteriormente, en *Vivendi c. Argentina*, el tribunal se refirió a una disposición de un tratado muy diferente, sin ninguna referencia expresa al derecho internacional, consuetudinario, y tampoco abordó por completo el argumento *effet utile*.⁶⁸³

542. La Demandante también cita *CME v. Czech Republic*, donde, efectivamente, el tribunal sostuvo que el Estado receptor era responsable por “*ensur[ing] that neither by amendment of its laws nor by actions of its administrative bodies . . . the agreed and approved security and protection of the foreign investor’s investment withdrawn or devalued*”.⁶⁸⁴ Además de la inexistencia de cualquier acción alegada aquí, el tribunal en *Lauder v. Czech Republic* —en cuestión de días y sobre la base de los mismos hechos— alcanzó un resultado más prudente, concretamente el que que la “protección y seguridad” estaba limitada a proporcionar al

⁶⁷⁹ *Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, May 22, 2007, ¶ 286. **RL-0052.**

⁶⁸⁰ *Azurix Corp. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, Julio 14, 2006, ¶ 408. **CL-0014.**

⁶⁸¹ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, July 24, 2008, pp. 728-29. **CL-0018.**

⁶⁸² *Renée Rose Levy de Levi v. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/10/17, Laudo, Feb. 26, 2014, ¶ 406 **RL-0053.**

⁶⁸³ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, Ago. 20, 2007, ¶¶ 7.4.14-17. **CL-0037.**

⁶⁸⁴ *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, Sept. 13, 2001, ¶ 613. **CL-0034.**

inversionista acceso al sistema judicial estatal,⁶⁸⁵ lo cual la Demandante en este caso no reclama que le haya faltado.

543. En los arbitrajes de inversión, los cuales carecen de un sistema de precedentes vinculantes, “[t]ribunals must . . . examine critically the precedents cited to them. . . . [Only t]hose that are compelling are adopted. . . . To be of assistance to a tribunal, counsel must take care to explain the relevant factual background, the precise nature of the legal principles identified and the reasons contended for those principles.”⁶⁸⁶ Dicho de otra manera, “[i]n international investment law, an award should be only as persuasive as its reasoning”.⁶⁸⁷ Después de todo, “the term ‘persuasive’ indicates that an adjudicator needs to follow non-binding decisions only if she is convinced by the strength of their reasoning”.

544. Ni los laudos citados, ni el análisis de los mismos hecho por la Demandante proporcionan razones para que este Tribunal los adopte.⁶⁸⁸ Por lo tanto, el Tribunal debe rechazar el intento de la Demandante de reciclar sus otras reclamaciones como una violación al Artículo 1105 del TLCAN.

3. No Hubo Expropiación Indirecta

545. La teoría de la Demandante sobre la expropiación indirecta se encuentra profundamente viciada. El Artículo 1110(1) del TLCAN establece en su parte relevante que “Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (Expropiación). . . .”

⁶⁸⁵ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, Sept. 3, 2011, ¶ 314. **CL-0097.**

⁶⁸⁶ Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (OUP 2017), ¶¶ 3.172, 3.174. **RL-0021.**

⁶⁸⁷ Julian Arato, *The Margin of Appreciation in International Investment Law*, 54 Va. J. Int'l L. 545 (2014), pp. 575, 577. **RL-0055.**

⁶⁸⁸ Irene M. Ten Cate, *The Costs of Consistency: Precedent in Investment Treaty Arbitration*, 51 Colum. J. Transnat'l L. 418 (2013), p. 442. **RL-0056.**

a. La Demandante no tiene derecho o derechos susceptibles de expropiación

546. Como una cuestión crucial, el Artículo 1110(1) requiere un derecho susceptible de expropiación.⁶⁸⁹ A pesar de que la Demandante reconoce ese requisito,⁶⁹⁰ define su derecho en términos sumamente vagos -posiblemente evasivos- y triviales. Afirman lo obvio cuando citan estudios de principios de los años ochenta que establecen que la “noción de propiedad no se limita a los bienes muebles”;⁶⁹¹ describen sus derechos como “los derechos que tenían sobre el Proyecto”;⁶⁹² luego caracterizan su “inversión” como “incluyendo el conjunto de derechos” sin mayor explicación;⁶⁹³ y, finalmente, refieren a el “valor, las expectativas legítimas y el conjunto de derechos de propiedad asociados a su inversión”⁶⁹⁴ –nuevamente sin explicación–. Como tal, el argumento de la Demandante no esclarece los “derechos” que supuestamente le fueron expropiados.

547. La UNCTAD ha señalado que “[t]he determination whether a particular right qualifies as a ‘property right’ . . . would have to be made in light of the domestic law of the host State concerned.”⁶⁹⁵ Tal como lo explican los expertos legales de la Demandada,⁶⁹⁶ además de tener una concesión, la Demandante necesitaba una autorización ambiental y cumplir con otros requisitos, *i.e.*, permisos federales, estatales y municipales. En este sentido, ExO no obtuvo la aprobación para su AIA, pero también había otros requisitos que debía de cumplir.

548. Las Concesiones no daban derecho a la Demandante de explotar los yacimientos, sino que solamente constituían el primer paso en el proceso de aprobación. Incluso bajo las propias concesiones, los minerales en el suelo (o bajo el mar) siguen siendo propiedad del Estado mexicano hasta que efectivamente sean extraídos, y continúan supeditados al cumplimiento de las

⁶⁸⁹ *Chemtura v. Canada*, UNCITRAL, Award, Aug. 2, 2010, ¶ 242. **CL-0033**. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID No. ARB/03/19, Decision on Liability, July 30, 2010, ¶ 118. **RL-0051**.

⁶⁹⁰ Memorial de Demanda, ¶ 305.

⁶⁹¹ Memorial de Demanda, ¶ 306.

⁶⁹² Memorial de Demanda, ¶ 307.

⁶⁹³ Memorial de Demanda, ¶ 310.

⁶⁹⁴ Memorial de Demanda, ¶ 313.

⁶⁹⁵ United Nations Conference on Trade and Development, *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD/DIAE/IA/2011/5 (2012), p. 20. **RL-0033**.

⁶⁹⁶ Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶ 231.

regulaciones ambientales. Por tanto, los “derechos” de la Demandante en virtud de las Concesiones eran extremadamente limitados. Al momento de la supuesta expropiación, la Demandante no había obtenido ninguna de las autorizaciones requeridas para la fase de explotación del Proyecto minero, un proceso largo y complejo que muchas potenciales empresas mineras nunca completan.⁶⁹⁷

549. De hecho, ni ExO ni Odyssey han logrado obtener una autorización en materia ambiental en México o en cualquier otra parte del mundo, haciendo que sus afirmaciones respecto a su gestión ambiental sean sospechosas. Conforme al propio sitio web de Odyssey, su cartera consta de no más de dos proyectos, incluido el mexicano, ninguno de los cuales ha pasado de la fase de exploración.⁶⁹⁸ Por decir lo menos, de ningún modo era inevitable el que la Demandante hubiera obtenido todas las autorizaciones regulatorias para desarrollar el proyecto.

550. Es importante destacar que, incluso si la Demandante pudiera distinguir algún tipo de derecho contingente para desarrollar el proyecto, ese derecho no estaría reconocido para efectos de una expropiación. Como el tribunal en *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine* enfatizó, “[s]ince expropriation concerns interference in rights in property, it is important to be meticulous in identifying the rights duly held by the Claimant at the particular moment when allegedly expropriatory acts occurred.”⁶⁹⁹ Por lo tanto, son los derechos que tenía la Demandante cuando ocurrió la expropiación, no algún derecho que pudiera existir en algún momento en el futuro. No todos los daños potenciales a la valoración futura de una inversión constituyen un derecho de propiedad protegido con fines de expropiación, incluso si pueden figurar en términos cuantitativos. Sobre este punto, el tribunal en *Methanex c. Estados Unidos*, al rechazar, una reclamación del Artículo 1110, sostuvo que “*items such as goodwill and market share may . . . constitute . . . an element of the value of an enterprise and as such [...] may figure in valuation. But it is difficult to see how they might stand alone, in a case like the one before the Tribunal*”.⁷⁰⁰

⁶⁹⁷ Ver *supra*, Secciones II.F.1-2.

⁶⁹⁸ Odyssey Marine Exploration, *Our Projects*, <https://www.odysseymarine.com/our-projects>.

⁶⁹⁹ *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award, Sept. 16, 2003, ¶ 6.2 (énfasis añadido). **RL-0057**.

⁷⁰⁰ *Methanex v. United States*, UNCITRAL, Award, Final Award on Jurisdiction and Merits, Aug. 3, 2005, Part IV, ¶ 17. **CL-0074**.

551. Adicionalmente, todos los casos citados por la Demandante por la insostenible proposición de que “ocurre una expropiación cuando un órgano regulatorio estatal no provee, o revoca, un permiso,”⁷⁰¹ involucraban derechos que estaban más definidos, habían sido adquiridos o se distinguen de los que se tratan aquí.

552. En *Abengoa c. Mexico*, conforme al APPRI México-España, el procedimiento “la Planta contaba con todas las autorizaciones administrativas y ambientales necesarios para su operación” y las cancelaciones de la licencia de explotación fueron “manifestamente contrarias a la posición repetidamente confirmada por las autoridades federales.”⁷⁰² El tribunal en *Abengoa c. Mexico* por lo tanto resolvió que:

Lo relevante en este arbitraje es que la Demandada, a través de sus órganos competentes, no solo otorgó la licencia de Funcionamiento, sino también todas las otras autorizaciones administrativas y ambientales necesarias (incluyendo la autorización del impacto ambiental), y confirmó en repetidas ocasiones su apoyo al Proyecto y su convencimiento de que la planta se estaba construyendo y operando de manera perfectamente regular.⁷⁰³

553. Lo mismo aplica en *Metalclad c. Mexico*, donde el tribunal determinó que específicamente el municipio de Guadalcázar no emitió un permiso de construcción, incluso después de que las autoridades federales “aprobó y refrendó plenamente” el proyecto.⁷⁰⁴ Después de todo, el tribunal determinó que “la autoridad exclusiva para establecer y permitir un confinamiento de residuos peligrosos reside en el gobierno federal mexicano.”⁷⁰⁵

554. De manera similar, *Bear Creek Mining Corporation c. Peru* se refería a la revocación de autorizaciones existentes para “adquirir, poseer y operar las concesiones mineras correspondientes”.⁷⁰⁶ Mientras tanto, en *Tecmed v. Mexico*, también en el marco del APPRI España-México, se refirió a la falta de renovación de un permiso después de que ya se había

⁷⁰¹ Memorial de Demanda, ¶ 309.

⁷⁰² *Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, Abr. 18, 2013, ¶¶ 611, 614. **CL-0002.**

⁷⁰³ *Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Laudo, Abr. 18, 2013, ¶ 616. **CL-0002.**

⁷⁰⁴ *Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, Ago. 30, 2000, ¶ 104. **CL-0071.**

⁷⁰⁵ *Metalclad Corporation c. los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, Ago. 30, 2000, ¶ 105. **CL-0071.**

⁷⁰⁶ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21, Award, Nov. 30, 2017, ¶ 149. **CL-0016.**

comprado un vertedero y una “autorización para funcionar del Confinamiento de mayo de 1994, como las ulteriores otorgadas por el INE, incluida la autorización.” ya se había emitido, lo que hizo que la demandante hiciera su inversión tomando “en cuenta . . . el tiempo y ritmo necesarios para recuperarla y obtener el retorno esperado al hacer su oferta para la adquisición de los bienes relativos al Confinamiento”.⁷⁰⁷

555. El caso *South American Silver c. Bolivia* resulta inaplicable. Allí, el propio presidente de Bolivia se refirió a la necesidad de expropiar por decreto una concesión minera, el cual llegó al punto de declarar que el organismo competente debía de contratar, y de hecho contrató, a una firma independiente para valorar la inversión expropiada.⁷⁰⁸

556. El caso *Tethyan c. Pakistan* también es diferente por sus hechos. Primero, como enfatizó el tribunal, el gobierno paquistaní había acordado contractualmente “*to convert the exploration license into a mining lease ‘subject only to compliance with routine Government requirements’*”.⁷⁰⁹ En segundo lugar, la demandante gastó más de US\$ 240 millones en trabajos de exploración,⁷¹⁰ solo para que el propio gobierno utilizara los estudios de viabilidad hechos por la demandante y tomara el control del proyecto. El tribunal determinó que hubo una expropiación indirecta “*in light of the contractual and regulatory framework as well as the direct assurances given by Government officials on the basis of which [the claimant] decided to invest more than US\$ 240 million*”.⁷¹¹

557. La falta de un derecho reconocible distingue este caso de los otros casos citados; pero también constituye uno de los tantos defectos graves en la reclamación de expropiación indirecta de la Demandante.

⁷⁰⁷ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. México*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo, May 29, 2003, ¶ 150. **CL-0112.**

⁷⁰⁸ *South American Silver Limited (Bermuda) c. El Estado Plurinacional de Bolivia*, CPA Caso No. 2013-15, Laudo, Nov. 22, 2018, ¶¶ 625-26, 628. **CL-0108.**

⁷⁰⁹ *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/12/1, Decision on Jurisdiction and Liability, November 10, 2017, ¶ 1323. **RL-0058.**

⁷¹⁰ *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/12/1, Decision on Jurisdiction and Liability, November 10, 2017, ¶ 814. **RL-0058.**

⁷¹¹ *Tethyan Copper Company Pty Limited v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/12/1, Decision on Jurisdiction and Liability, November 10, 2017, ¶ 1230. **RL-0058.**

b. México actuó con el pleno y debido ejercicio de sus facultades de vigilancia

558. Incluso si la Demandante pudiera demostrar que tenía derechos susceptibles de expropiación,⁷¹² aún tendría que probar que la medida tomada por la Demandada fue de hecho expropiatoria y resultó en una privación sustancial.⁷¹³ Este no es el caso cuando la medida cae dentro de las facultades de vigilancia del Estado. En *Fireman's Fund c. Mexico* y muchos otros casos, los tribunales que aplican el Artículo 1110 del TLCAN han reconocido que la acción reguladora del gobierno puede caer dentro de tales facultades de vigilancia,⁷¹⁴ especialmente cuando han sido “*invoked in matters concerning the protection of the environment*”.⁷¹⁵

559. En *Chemtura c. Canada*, la agencia federal reguladora de plagas de Canadá “*formed the view that the [health and environmental] risk assessment findings warranted regulatory action by way of suspension or termination of lindane registrations*” y en consecuencia, canceló los registros de la demandante para productos autorizados que contengan lindano.⁷¹⁶ El tribunal concluyó:

In summary, the evidence shows that the measures did not amount to a substantial deprivation of the Claimant's investment.

Irrespective of the existence of a contractual deprivation, the Tribunal considers in any event that the measures challenged by the Claimant constituted a valid exercise of the Respondent's police powers. ... [T]he PMRA [Pest Management Regulatory Agency] took measures within its mandate, in a non-discriminatory manner, motivated by the increasing awareness of the dangers presented by lindane for human health and the environment. A measure adopted under such circumstances is a valid exercise of the State's police powers and, as a result, does not constitute an expropriation.⁷¹⁷

560. Aún más importante, el tribunal aclaró lo siguiente:

⁷¹² See generally *Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2008-01, Award, Aug. 2, 2010, ¶ 257. **CL-0033.**

⁷¹³ *Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2008-01, Award, Aug. 2, 2010, ¶ 257. **CL-0033.**

⁷¹⁴ *Fireman's Fund Insurance Company c. Los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/02/1, Laudo, Julio 17, 2006, ¶¶ 176 (j). **CL-0049.**

⁷¹⁵ Alain Pellet, *Police Powers or the State's Right to Regulate*, in *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (Meg Kinnear et al. eds., Kluwer 2015), p. 448. **RL-0059.**

⁷¹⁶ *Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2008-01, Award, Aug. 2, 2010, ¶ 29. **CL-0033.**

⁷¹⁷ *Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2008-01, Award, Aug. 2, 2010, ¶¶ 265-66. **CL-0033.** *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, Mar. 17, 2006, ¶ 262. **CL-0105.**

[...] it is not its task to determine whether certain uses of lindane are dangerous, whether in general or in the Canadian context As Canada has noted, the rule of a Chapter 11 Tribunal is not to second-guess the correctness of the science-based decision-making of highly specialized national regulatory agencies. . . . Irrespective of the state of the science, however, the Tribunal cannot ignore the fact that lindane has raised increasingly serious concerns both in other countries and at the international level since the 1970s.⁷¹⁸

561. De igual forma, en este caso, no es función del Tribunal el revisar la exactitud de de la toma de decisiones científicas de la DGIRA, tampoco puede ignorar que hay especies de tortugas en peligro de extinción y otras características ambientalmente sensibles del Golfo de Ulloa.

c. La propia Demandante reconoce que sigue “controlado” ExO y, por lo tanto, no puede argumentar haber sufrido una “privación sustancial”

562. Dejando a un lado las facultades de vigilancia, la privación sustancial “*is a fact-sensitive exercise to be conducted in the light of the circumstances of each case*”,⁷¹⁹ y tratadistas han concluido que “*continued control of an enterprise by the investor strongly militates against a finding that an indirect expropriation has occurred*”.⁷²⁰

563. Por ejemplo, en *Azurix v. Argentina*, en relación con supuestas violaciones a una concesión de agua, el tribunal rechazó la reclamación de expropiación indirecta porque el inversionista había retenido el control sobre la empresa que tenía la concesión.⁷²¹ Otro tribunal, *LG&E v. Argentina*, llegó a la misma conclusión con respecto a una concesión de hidrocarburos, explicando que “[o]wnership or enjoyment can be said to be ‘neutralized’ where a party no longer is in control of the investment, or where it cannot direct the day-to-day operations of the investment. . . . Interference with the investment’s ability to carry on its business is not satisfied where the investment continues to operate, even if profits are diminished”.⁷²²

⁷¹⁸ *Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2008-01, Award, Aug. 2, 2010, ¶¶ 134-35. **CL-0033.**

⁷¹⁹ *Crompton (Chemtura) Corp. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2008-01, Award, Aug. 2, 2010, ¶¶ 249, 365 (finding no substantial detriment). **CL-0033.**

⁷²⁰ Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford 2012), p. 117. **RL-0031.**

⁷²¹ *Azurix Corp. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, Julio 14, 2006, ¶ 322. **CL-0014.**

⁷²² *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. c. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006, ¶¶ 188, 191. **RL-0060.**

564. En *Pope & Talbot c. Canada*, el tribunal TLCAN, rechazó una reclamación de expropiación, razonando que “*the Investor remains in control of the Investment, it directs the day-to-day operations of the Investment, and no officers or employees of the investment have been detained by virtue of the Regime*”.⁷²³ El tribunal en *Feldman c. México* estuvo de acuerdo, citando a *Pope & Talbot* al concluir que “los actos regulatorios no han privado al Demandante del control sobre su compañía” a pesar del hecho de que la demandante “ha perdido la capacidad efectiva de exportar cigarrillos.”⁷²⁴ Citando estos casos, el tribunal en *ADM c. Mexico* rechazó una reclamación por expropiación indirecta, donde no hubo expropiación de activos físicos ni algún tipo de expropiación indirecta de la inversión de las Demandantes, y “[I]as Demandantes han mantenido el título y posesión plenos de su inversión, y tuvieron en todo momento el control de la producción, ventas y distribución de los productos.”⁷²⁵ Muchos otros tribunales han llegado a la misma conclusión.⁷²⁶

d. La Demandante carece de cualquier base para esperar que las concesiones producirían un determinado rendimiento y más aún para tener “expectativas legítimas”

565. Finalmente, “[a]n issue that is not novel as such but has more recently received increasing attention, is the existence of legitimate expectations on the part of the investor. . . . Legitimate expectations play a key role in the interpretation of the fair and equitable treatment standard; but they have also entered the law governing indirect expropriations”.⁷²⁷

⁷²³ *Pope & Talbot v. Government of Canada*, Interim Award, June 26, 2000, ¶ 100. **CL-0089.**

⁷²⁴ *Marvin Roy Feldman Karpa c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1, Laudo, Dic. 16, 2002, ¶¶ 142, 152. **CL-0068.**

⁷²⁵ *Archer Daniels Midland and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/5, Laudo, Nov. 21, 2007, ¶ 245. **CL-0010.**

⁷²⁶ See e.g., *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. la República del Ecuador (II)*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012, ¶ 90. **CL-0083.** *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 12, 2005, ¶¶ 263-64. **CL-0035.** *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, Jan. 19, 2007, ¶ 278. **CL-0092.**

⁷²⁷ Rudolph Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (OUP 2012), p. 115. **RL-0031.**

566. Al menos desde *Metalclad*, donde el inversionista había actuado basándose en garantías explícitas de que se emitirían todos los permisos necesarios⁷²⁸ “*international tribunals have generally considered the ‘reasonably to be expected’ economic benefit of property as being one of the touchstones for an assessment of the validity of an expropriation claim*”.⁷²⁹ Típicamente, “[t]he question is whether the foreign investor could reasonably have expected that the economic value of its property would have been lost in whole or significant part by the regulatory measures taken by the state.”⁷³⁰

567. Sin duda, el estándar para que las expectativas sean legítimas es exigente bajo cualquier circunstancia, más aún en el contexto de una supuesta expropiación indirecta.⁷³¹ Dolzer y Schreuer señalan “[t]o the extent that the state of the law was transparent and did not violate minimum standards, an investor will hardly be able to convince a tribunal that the proper application of that law led to an expropriation”.⁷³² Además, también es objetivo en el sentido de que las expectativas solamente son “razonables” en la medida en que una tercera persona que sea objetiva las tenga.⁷³³

568. El tribunal en *Thunderbird c. México* explicó:

[T]he concept of ‘legitimate expectations’ relates, within the context of the NAFTA framework, to a situation where a Contracting Party’s conduct creates reasonable and justifiable expectations on the part of an investor (or investment) to act in reliance on said conduct, such that a failure by the NAFTA Party to honour those expectations could cause the investor (or investment) to suffer damages.⁷³⁴

⁷²⁸ Rudolph Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (OUP 2012), p. 116. **RL-0031.**

⁷²⁹ Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶ 8.121. **RL-0021.**

⁷³⁰ Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶ 8.122. **RL-0021.**

⁷³¹ Alexandra Diehl, *The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment* (Kluwer 2012), pp. 427-28 (“Investment tribunals have also appeared to use a higher threshold concerning investor expectations for purposes of expropriation claims. Where investors are not specifically made to believe in certain State assurances, as in the *Metalclad* case, or where they are entering a high-risk market, their expectations appear to be regarded as less legitimate for property protection purposes.”). **RL-0047.**

⁷³² Rudolph Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (OUP 2012), p. 115. **RL-0031.**

⁷³³ Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶ 7.190 (citing *Waste Management II*, *Thunderbird*, and others). **RL-0021.**

⁷³⁴ *International Thunderbird Gaming Corp. c. los Estados Unidos Mexicanos*, UNCITRAL, Laudo, 26 de enero de 2006, ¶ 147. **RL-0003.**

569. La Demandante no puede demostrar ningún compromiso contractual o de otro tipo que podría haberla inducido a creer que tenían algún tipo de seguridad. En efecto, si las Concesiones por sí mismas generaran expectativas legítimas, el proceso regulatorio quedaría nulificado, dado que las Concesiones operarían para evadir el proceso regulatorio y la experiencia (“*expertise*”) de la autoridad reguladora. Como se analizó *supra*, al momento de la presunta expropiación, la Demandante no había obtenido ninguna de las aprobaciones requeridas para la fase de explotación del proyecto minero. De hecho, ni ExO ni Odyssey nunca han logrado obtener con éxito el total de las aprobaciones requeridas para un proyecto minero en México o en cualquier otra parte del mundo. La Demandante tampoco puede señalar que cualquier tipo de término contractual u observación gubernamental la indujeron a creer que el resultado inevitable sería la autorización de la DGIRA.

570. McLachlan señala, como aquí sucede, “*the absence of specific representations is a material factor in leading to a finding that the standard has not been breached*”.⁷³⁵ Sobre este punto, “[*t*]he threshold for legitimate expectations may vary depending on the nature of the violation alleged under the NAFTA”,⁷³⁶ y además:

[A]s a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation.⁷³⁷

571. Los tribunales deben analizar la certeza de la supuesta seguridad reclamada. Por ejemplo, en *Thunderbird*, el tribunal sostuvo que la declaración oficial de Secretaria de Estado competente, no podía generar una expectativa, ya que no daba ninguna garantía de que las máquinas de juego serían aprobadas.⁷³⁸

⁷³⁵ Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford 2017), ¶¶ 7.187, 8.122 n. 228 (cross-referencing the legitimate expectations discussion in the FET context). **RL-0021.**

⁷³⁶ *International Thunderbird Gaming Corp. c. los Estados Unidos Mexicanos*, UNCITRAL, Laudo, 26 de enero de 2006, ¶ 147. **RL-0003.**

⁷³⁷ *Methanex v. United States*, UNCITRAL, Award, Final Award on Jurisdiction and Merits, Aug. 3, 2005, Part IV, ¶ 7. **CL-0074.**

⁷³⁸ *International Thunderbird Gaming Corp. c. los Estados Unidos Mexicanos Mexico*, UNCITRAL, Laudo, 26 de enero de 2006, ¶¶ 146-64. **RL-0003.**

572. Por lo tanto, la Demandante no ha demostrado una expropiación indirecta en virtud del TLCAN.

4. La Demandada No Violó el Estándar de Trato Nacional del Artículo 1102 del TLCAN

a. A norma legal conforme al artículo 1102 del TLCAN

573. El Artículo 1102 del TLCAN establece el principio de trato no discriminatorio, tanto en relación con los inversionistas nacionales como con las inversiones realizadas por dichos inversionistas nacionales. La parte pertinente de esta disposición establece:

Artículo 1102: Trato nacional

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

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

574. Conforme a diversas decisiones de tribunales TLCAN, existen tres elementos que deben cumplirse para poder reclamar de forma exitosa una violación al trato nacional:

Primero, debe probarse que el Estado demandado ha concedido al inversionista extranjero o a su inversión "un trato ... en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición" de las inversiones pertinentes.

En segundo lugar, el inversionista o las inversiones extranjeras deben estar "en circunstancias similares" a las de un inversionista o una inversión del Estado demandado ("el comparador").

Por último, el trato debe haber sido menos favorable que el acordado al comparador.⁷³⁹

575. A la Demandante le corresponde probar estos tres elementos y debe establecer más de un caso *prima facie*.⁷⁴⁰ Los tres elementos son acumulativos, sin embargo, si sucede que desde el principio el supuesto inversionista o la inversión no se encuentran en circunstancias similares a las

⁷³⁹ *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**.

⁷⁴⁰ *Mercer International Inc. v. Government of Canada*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/3, Laudo, 6 de marzo de 2008, ¶¶ 7.11-7.14. **RL-0061**.

de sus “sujetos/objetos comparables”, no hay razón por la cual se deba comparar el tratamiento y, por lo tanto, la reclamación fallaría como cuestión de derecho. El tribunal en *Archer Daniels v. Mexico* lo expresó así:

La lógica de los Artículos 1102.1 y 1102.2 indica por lo tanto que no es preciso que el Tribunal de Arbitraje compare el trato otorgado a ALMEX y a los productores de azúcar de México a menos que el trato se otorgue "en circunstancias similares". Por lo tanto, es preciso analizar la cuestión de las "circunstancias similares" antes que la cuestión del "trato no menos favorable", porque si las circunstancias no son "similares", no surgía obligación alguna para el Estado Demandado de otorgar a la inversión de las Demandantes en el JMAF el trato más favorable otorgado a las inversiones mexicanas en el azúcar de caña.⁷⁴¹

576. La reclamación sobre discriminación de la Demandante es defectuosa porque no toma en consideración el principio fundamental bajo el cual se debe realizar un análisis de discriminación; el trato en cuestión debe ser analizado entre situaciones que son “comparables” para que una comparación justa pueda realizarse. Esta es la base del término “comparador”, que se refiere a los puntos de comparación que son utilizados en un análisis de discriminación. En el contexto de inversiones, existe una amplia gama de factores de comparabilidad que puede ser relevante. Estos factores serán específicos a los hechos y circunstancias de las inversiones comparadas. Si un factor relevante es omitido al momento de comparar, la construcción del análisis comparativo será defectuoso y no será posible realizar una comparación justa. El requisito de “circunstancias similares”, el cual es un aspecto central de la obligación de trato nacional, cuenta para estos factores. Además, asegura la construcción de sujetos comparables apropiados para que pueda realizarse una comparación justa y se pueda lograr una exacta determinación sobre discriminación.

577. En el caso de inversiones complejas, como la que es materia de este arbitraje, se debe tener mayor cuidado al identificar sujetos objeto de comparación para realizar una comparación justa. Mientras más compleja sea una inversión, mayor será el número de factores relevantes de comparabilidad. Más aún, las medidas que afecten dichas inversiones, por su propia naturaleza, podrían resultar en diferencias superficiales en el trato de las inversiones comparadas. Sin embargo, la existencia de tales diferencias no significa que el trato sea discriminatorio conforme al significado de la obligación de trato nacional. Como será explicado más adelante, tales

⁷⁴¹ Archer Daniels Midland y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI, Laudo, 21 de noviembre de 2007, ¶ 196. **CL-0010**.

diferencias no son discriminatorias si se encuentran racionalmente conectadas con diferencias bajo factores de comparabilidad que reflejen políticas y objetivos regulatorios legítimos.

578. De manera incorrecta la Demandante aplica el requisito de “circunstancias similares” omitiendo factores comparativos. Como consecuencia de ello, los sujetos comparables utilizados por la Demandante son defectuosos y con ellos no se puede realizar un adecuado análisis de discriminación. En el presente caso, la Demandante no ha demostrado estar en “circunstancias similares” a los Seis Proyectos, por lo que sus reclamos conforme al Artículo 1102 del TLCAN fracasan.

b. El sujeto u objeto comparable debe ser un “inversionista” o “inversión”

579. La Demandante busca utilizar como objeto de comparación seis proyectos de infraestructura, de tratamiento de aguas, de mantenimiento de puertos y de mantenimiento a instalaciones de una planta nuclear, todos ellos a cargo de entidades de gobierno, en los que se han realizado algunos trabajos de dragado. Ninguna de estas actividades de dragado tuvo como finalidad la exploración o explotación minera y todos los proyectos están a cargo de entidades de gobierno federal o estatal.

580. Las entidades públicas a cargo de los Seis Proyectos, no son “inversionistas” conforme al significado del Artículo 1102 del TLCAN, y la mayoría de las actividades realizadas por tales entidades públicas buscan brindar servicios públicos, *i.e.*, no tienen como finalidad realizar actividades lucrativas de índole privado, como la explotación de una concesión minería. Por ello el Tribunal debe desestimar la reclamación de trato nacional conforme a esta sola situación.

c. La Demandante no ha identificado a ninguna empresa en circunstancias genuinamente similares

581. La Demandante propone utilizar los siguientes factores para identificar sujetos/objetos comparables:

- El Proyecto implicó actividades de dragado;
- El Proyecto requirió una autorización MIA;
- Don Diego y los Seis Proyectos se encuentran en “ecosistemas costeros”;

- El Proyecto implicaba impactos “significativos al lecho marino y a los organismos que lo habitan”;
- El Proyecto podía impactar la columna de agua mediante la pluma de sedimentos; y
- El Proyecto reportó presencia temporal o permanente de especies protegidas o en riesgo.⁷⁴²

582. Sin embargo, los sujetos/objetos comparables propuestos por la Demandante fracasa al no tomar en cuenta todos los factores de comparabilidad, lo que conlleva a concluir que no se encuentran en circunstancias similares a las operaciones y trabajos propuestos por ExO. La Demandada reitera que el análisis de “circunstancias similares” debe identificar comparativas apropiadas basadas en los siguientes criterios:

- Lo que debe ser comparado es el “trato” otorgado;
- El análisis no está limitado a si el Demandante y los sujetos/objetos comparables buscaron realizar algún tipo de dragado. Lo que se requiere es un análisis cuidadoso sobre todos los factores de comparabilidad. Estos factores incluyen el régimen regulatorio aplicable, condiciones ambientales, y una serie de diferencias que podrían ser utilizadas para distinguir el trato;
- Se debe dar una deferencia significativa a la toma de decisiones de entidades públicas; y
- No hay discriminación en aquellos casos en los que no existe evidencia sobre la clase de discriminación y si está basada en políticas irracionales o en la mala fe.⁷⁴³

583. Los precedentes son claros al señalar que no es suficiente analizar la actividad económica de un mismo sector y que otros factores, como por ejemplo el régimen regulatorio aplicable al mismo servicio, debe ser analizado.⁷⁴⁴

584. El enfoque de la Demandante es en efecto una comparativa de “producto similar” en lugar de un análisis comparativo de “circunstancias similares”. Este enfoque fue rechazado de forma

⁷⁴² Memorial de Demanda, ¶ 326.

⁷⁴³ Presentación de México conforme al Artículo 1128 del TLCAN, presentado en *Mercer International Inc v. Government of Canada*, **RL-0062**.

⁷⁴⁴ *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada*, (UNCITRAL), Laudo, 31 de marzo de 2010, ¶ 89, **CL-0070**. *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, (UNCITRAL), Laudo, 12 de enero de 2011, ¶ 166. **CL-0057**.

categoría por el tribunal de *Cargill v México*. En ese caso, el tribunal confirmó que el concepto "circunstancias similares" referido en el Artículo 1102 del TLCAN (*i.e.*, la disposición de trato nacional bajo ese tratado) no es el mismo a "productos similares" bajo el GATT:

En este sentido, el planteamiento del Tribunal concuerda con el aplicado en los casos GAMI y Pope & Talbot. En cada uno de ellos, el inversionista y los productores nacionales no se encontraban en "circunstancias similares" aunque elaboraban el mismo producto y competían en el mismo mercado. Así pues, es preciso demostrar algo más que la similitud de los productos producidos a fin de establecer que el inversionista y los productores nacionales se encuentran en "circunstancias similares", especialmente cuando existen otros factores que potencialmente marcan una diferencia entre la situación del inversionista o su inversión y la de los productores nacionales de los "productos similares" en cuestión.⁷⁴⁵

585. El requisito de "circunstancias similares" requiere más que un sola "similitud de bienes [o servicios]", como lo confirmó el tribunal en *Corn Products*.⁷⁴⁶ Mientras que en el sistema de la OMC "una determinación de la 'similitud' [...] es, fundamentalmente, una determinación de la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos",⁷⁴⁷ – en el terreno del derecho internacional de inversiones el término "circunstancias similares" es más amplio.

586. Toda la jurisprudencia de derecho internacional de inversiones aplicable reafirma que el simple hecho que un inversionista y un comparador produzcan el mismo producto o presten el mismo servicio, dentro de un mismo mercado, no es suficiente para establecer "circunstancias similares". Para lograrlo, el Demandante debe también demostrar la similitud del régimen legal aplicable y la base de la política en cuestión.⁷⁴⁸

d. Ninguno de los Seis Proyectos está en "circunstancias similares" al proyecto Don Diego

587. Para demostrar que el Proyecto Don Diego (la inversión) no está en circunstancias similares a los Seis Proyectos se deben recordar algunas características generales de dicho proyecto.

⁷⁴⁵ *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009, ¶ 195. **CL-0027**.

⁷⁴⁶ *Corn Products International, Inc. (CPI) c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/01, Decision on Liability, 15 de enero de 2008, ¶ 122. **CL-0041**.

⁷⁴⁷ Ver Appellate Body Report, EC – Asbestos (DS135), ¶ 99. **RL-0063**.

⁷⁴⁸ Ver por ejemplo *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada*, (UNCITRAL), Laudo, 31 de marzo de 2010, ¶¶ 89 y 305, **CL-0070**, y *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, (UNCITRAL), Laudo, 12 de enero de 2011, ¶ 166. **CL-0057**.

- Sector. Don Diego era un proyecto de minería marina a cargo de una empresa privada, es decir, tenía una finalidad lucrativa y estaba enfocado específicamente en la extracción de arenas fosfáticas del fondo marino, mediante la utilización de dragas de succión en marcha, conocidas como “*Trailing Suction Hopper Dredger*” o “TSHD”, a profundidades de 80 metros.⁷⁴⁹ Adicionalmente, en la MIA 2015 se incorporó el “*eco-tubo*”, con la finalidad de devolver sedimentos “no económico” al suelo marino.⁷⁵⁰
- Área de la inversión. Don Diego era un proyecto que se buscó realizar en el Golfo de Ulloa – un área completamente única e incomparable por su riqueza natural–, ubicado en la ZEE de México, en la costa occidental de Baja California Sur y a 22 km aproximadamente de la costa.⁷⁵¹
- Lex specialis de la concesión minera. Para la puesta en marcha de Don Diego, ExO necesitó contar con una concesión emitida de conformidad con la Ley Minera, lo que le otorgó un derecho temporal de exclusividad para la explotación, uso y aprovechamiento de mineral de fosfato.⁷⁵² Las actividades de Don Diego durarían 50 años, es decir, estaban sujetas a la temporalidad de las Concesiones. Conforme a la legislación minera, el otorgamiento de una concesión, es sin perjuicio de obtener una autorización ambiental para operar el proyecto.
- Marco jurídico aplicable al sector minero. En específico, ExO buscó explorar y explotar fosfato, el cual es un mineral de jurisdicción federal.⁷⁵³ Esto significa que el marco jurídico específico de Don Diego es la Ley Minera.
- Productos o mercancías objeto de la inversión. El proyecto minero de Odyssey tenía como objetivo la producción de fosfato, mineral que a su vez se utilizaría para la producción de fertilizantes.

⁷⁴⁹ Memorial de Demanda, ¶ 76.

⁷⁵⁰ Memorial de Demanda, ¶ 77.

⁷⁵¹ **C-0002**, p. 3. Memorial de Demanda, ¶ 330.

⁷⁵² Informe pericial de Solcarga-Rábago, ¶¶ 70-72.

⁷⁵³ Informe pericial de Solcarga-Rábago, ¶ 76. Artículo 4 de la Ley Minera. **R-0050.**

588. Al igual que Don Diego, los Seis Proyectos están sujetos a la LGEEPA y al REIA y también requirieron ser evaluados por la DGIRA. Esto se debe a que tales obras y actividades (*e.g.*, obras hidráulicas, obras relacionadas con vías generales de comunicación y desarrollos cercanos a ecosistemas costeros) pueden causar desequilibrios ecológicos o rebasar límites y condiciones establecidos en distintos instrumentos jurídicos y regulatorios enfocados en la protección al ambiente y preservación de ecosistemas.⁷⁵⁴

589. Sin embargo, en ninguno de los Seis Proyectos se realizan actividades de minería marina, ni mucho menos tenían por objeto dragar arenas fosfáticas para extraer mineral de fosfato para posteriormente comercializarlo como materia prima en la producción de fertilizantes. Por ende, ninguno de los Seis Proyectos está enfocado en actividades del sector minero. Los expertos de México dan cuenta de ello:

[...] puede observarse ninguno de estos proyectos es un proyecto del sector minero, además que en cuatro de los seis proyectos el dragado es solamente de mantenimiento, adicionalmente existen diferencias sustanciales respecto a la superficie de dragado, el volumen de dragado, la profundidad en la que se ejecutan los trabajos, las características del ecosistema donde se llevan a cabo y la temporalidad de las actividades de dragado.

[...]

el Sr. Vladimir Pliego, experto de la Demandante, justo intenta comparar a Don Diego, con proyectos de mucho menores dimensiones, donde se utilizan equipos mucho más pequeños; varios de ellos de dragado de mantenimiento, no de capital; todos en aguas someras de estuarios o puertos, no en mar abierto. Por tanto, no resultan comparables con el proyecto Don Diego los seis proyectos citados como arguye la Demandante.

[...]

Al no ser proyectos similares, resulta evidente que cada uno fue evaluado por la SEMARNAT tomando en cuenta las circunstancias particulares de cada uno de ellos, sin que hubiera trato diferenciado ni más favorable para uno u otro proyecto, pues no sólo no se encuentran en el mismo sector, sino que tampoco existe identidad del régimen legal aplicable al reclamante y a sus supuestos comparadores.⁷⁵⁵

590. La Demandada no considera necesario entrar en tecnicismos ya que las propias características de los Seis Proyectos dan evidencia de las diferencias con Don Diego.

⁷⁵⁴ Artículo 28 de la LGEEPA. **C-00014**. Artículo 5 del Reglamento REIA. **C-0097**.

⁷⁵⁵ Informe pericial de Solcago-Rábago, ¶¶ 253, 301 y 303.

**(1) “Proyecto El Chaparrito” a cargo de ESSA:
trabajos de mantenimiento relacionado con
actividades salineras**

591. El Proyecto El Chaparrito consiste en actividades de mantenimiento de canales de estaciones de servicio y navegación del muelle El Chaparrito, propiedad de Exportadora de Sal, S.A. de C.V. (ESSA), empresa paraestatal dedicada a producir sal.⁷⁵⁶ El Proyecto El Chaparrito se ubica en Guerrero Negro, Mulegé, Baja California Sur, dentro de instalaciones que existen desde 1959. Al ser un proyecto de mantenimiento de infraestructura portuaria, el Proyecto El Chaparrito está regulado por la Ley de Puertos. En mayo de 2008, la DGIRA autorizó de manera condicionada el Proyecto El Chaparrito.⁷⁵⁷

592. El dragado se realiza durante algunas semanas al año a profundidades que oscilan entre los 6 y 8 metros, y el material extraído consiste en sedimentos acumulados durante la operación del canal del Puerto El Chaparrito, el cual es depositado en sitios terrestres dentro de las instalaciones de ESSA.⁷⁵⁸ A consideración del Ingeniero Rábago, la cantidad de arenas fosfáticas dragadas y extraídas en Don Diego sería 530 mayor a la cantidad de sedimentos dragados en el Proyecto El Chaparrito.⁷⁵⁹ Además, el área de dragado de Don Diego es 180 veces más grande que el área de dragado del Proyecto El Chaparrito.⁷⁶⁰

**(2) “Proyecto Laguna Verde” a cargo de CFE:
mantenimiento a central nucleoelectrónica**

593. El Proyecto Laguna Verde consiste en actividades de mantenimiento de infraestructura hidráulica ubicada en las instalaciones de la central nuclear conocida como Laguna Verde, en la costa del Golfo de México.⁷⁶¹ La Comisión Federal de Electricidad está a cargo de la obra, la cual es una empresa productiva del Estado. Al ser un proyecto de mantenimiento de equipo hidráulico,

⁷⁵⁶ Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶ 255.

⁷⁵⁷ Resolución AIA del Proyecto El Chaparrito, p. 69. **C-0104.**

⁷⁵⁸ Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶ 258.

⁷⁵⁹ Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶ 259.

⁷⁶⁰ Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶ 259.

⁷⁶¹ Resolución AIA del Proyecto Laguna Verde, p. 7. **C-0110.**

el Proyecto Laguna Verde está regulado por Ley de Aguas Nacionales. En marzo de 2016 fue autorizado de manera condicional por la DGIRA.⁷⁶²

594. El Proyecto Laguna Verde tiene una duración de 10 años pero el dragado de mantenimiento rutinario se efectúa tres días cada bimestre, y el dragado de mantenimiento mayor se realiza cada tres años por periodos que dependen de las condiciones que se generen en el sitio.⁷⁶³ Estos dragados tienen como finalidad mantener la profundidad de canales y asegurar el flujo de agua que los sistemas de enfriamiento de la Central Nuclear Laguna Verde requieren. El material extraído – particularmente arenas finas – se deposita en un área de descarga dentro de las instalaciones de la central nuclear.⁷⁶⁴

595. El dragado se realiza a 6 metros por debajo del nivel del mar, en un área de 26.72 ha, es decir, en un área 770 más pequeña que el área de dragado de Don Diego.⁷⁶⁵

(3) “Proyecto Sayulita” a cargo de la Comisión Estatal de Agua y Alcantarillado de Nayarit: planta de aguas residuales

596. El Proyecto Sayulita consiste en la rehabilitación y ampliación de una planta de tratamiento de aguas residuales ubicada en la zona costera de Sayulita, Nayarit, en la costa del Pacífico de México.⁷⁶⁶ La Comisión Estatal de Agua Potable y Alcantarillado de Nayarit está a cargo del Proyecto Sayulita, y al ser una obra hidráulica se encuentra sujeta a la Ley de Aguas Nacionales. En abril de 2018 la DGIRA autorizó de manera condicional el Proyecto Sayulita.⁷⁶⁷

597. Parte de los trabajos del Proyecto Sayulita implican actividades de dragado para instalar cierta infraestructura de la planta de tratamiento de aguas que se realizaron durante un año.⁷⁶⁸ En otras palabras, el dragado del Proyecto Saylita no se asemeja en lo más mínimo a las actividades de dragado de Don Diego.

⁷⁶² Resolución AIA del Proyecto Laguna Verde, p. 57. **C-0110.**

⁷⁶³ Resolución AIA del Proyecto Laguna Verde, pp. 7 y 50. **C-0110.**

⁷⁶⁴ Resolución AIA Proyecto Laguna Verde, p. 9. **C-0110.**

⁷⁶⁵ Resolución AIA Proyecto Laguna Verde, p. 12. **C-0110.**

⁷⁶⁶ Resolución AIA Proyecto Sayulita, p. 8. **C-0116.**

⁷⁶⁷ Resolución AIA del Proyecto Sayulita, p. 35. **C-0116.**

⁷⁶⁸ Resolución AIA Proyecto Sayulita, pp. 12 y 35. **C-0116.**

598. Con base en el análisis del Ingeniero Rábago, el área de trabajo de Don Diego sería aproximadamente 858,000 veces más grande que el Proyecto Sayulita y los volúmenes extraídos por ExO serían 1.25 millones de veces mayores a los volúmenes extraídos en el Proyecto Sayulita.⁷⁶⁹

**(4) “Proyecto Puerto Veracruz” a cargo de la API
Veracruz: trabajos de ampliación del puerto**

599. El Proyecto Puerto Veracruz está a cargo de la Administración Portuaria Integral de Veracruz, S.A. de C.V., y se ubica en la bahía de uno de los puertos más importantes de México.⁷⁷⁰ Las actividades a realizar consisten en la ampliación de un puerto e involucra, *inter alia*, la construcción de rompeolas, muelles para embarcaciones y canales de acceso.⁷⁷¹ El Proyecto Puerto Veracruz es de naturaleza portuaria y pertenece al sector de comunicaciones y transportes y está regulado por la Ley de Puertos. En noviembre de 2013 fue autorizado de manera condicional por la DGIRA.⁷⁷²

600. El Proyecto Puerto Veracruz requiere dragado de arenas con fragmentos de concha para habilitar la ampliación del puerto y alojar rompeolas, canales y muelles de entrada y salida. El dragado se realiza en distintas fases a lo largo de 10 años, en un área de 451.63 ha (lo que significa que el área de dragado de Don Diego es 45.6 veces más grande que el del Proyecto Puerto Veracruz) y a una profundidad no mayor a 18 metros debajo del nivel medio del mar.⁷⁷³

**(5) “Proyecto Matamoros” a cargo de la API
Tamaulipas: construcción de un complejo
portuario**

601. El Proyecto Puerto Matamoros consiste en la construcción de un complejo portuario que incluye infraestructura para el suministro de materiales a plataformas de perforación de pozos profundos en el Golfo de México, un desarrollo habitacional, una zona comercial, infraestructura de transporte, oficinas gubernamentales, muelles pesqueros de pequeña escala, entre otros

⁷⁶⁹ Informe pericial de Solcargos-Rábago, ¶ 274. Resolución AIA Proyecto Sayulita, p. 12. **C-0116**.

⁷⁷⁰ Una Administración Portuaria Integral es una empresa mercantil controlada parcial o totalmente por el Estado, pero con autonomía operativa y financiera, para construir, operar y desarrollar puertos, terminales e instalaciones portuarias

⁷⁷¹ Resolución AIA del Proyecto Puerto Veracruz, pp. 35-41. **C-0119**.

⁷⁷² Resolución AIA del Proyecto Puerto Veracruz, p. 139. **C-0119**.

⁷⁷³ Informe pericial de Solcargos-Rábago, ¶ 281.

aspectos.⁷⁷⁴ El Proyecto Puerto Matamoros está a cargo de la API Tamaulipas, se ubica en el noreste del Estado de Tamaulipas. Al ser actividades portuarias y de construcción habitacional, el Proyecto Puerto Matamoros está regulado por Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano y Ley de Puertos.⁷⁷⁵ En septiembre de 2015 fue autorizado de manera condicional por la DGIRA.⁷⁷⁶

602. El Proyecto Puerto Matamoros requiere dragado de fondo marino para, *inter alia*, facilitar la navegación hacia un nuevo muelle pesquero. El área de dragado es de 89.99 ha, y parte del material dragado se reutiliza para recuperar playas erosionadas.⁷⁷⁷ La duración del dragado es de 6 años.⁷⁷⁸ A consideración del Ingeniero Rábago, la cantidad de material dragado de Don Diego es 78 veces mayor que el Proyecto Puerto Matamoros y el área de dragado de Don Diego es 241 veces más grande que el área de dragado del Proyecto Puerto Matamoros.⁷⁷⁹

603. Resulta relevante que la MIA del Proyecto Puerto Matamoros fue sometida a evaluación en dos ocasiones ante la DGIRA. En enero de 2015, la API Tamaulipas se desistió de la primera MIA y meses después la sometió a evaluación nuevamente.⁷⁸⁰ Esto demuestra que, en la práctica, algunos promoventes solicitan retirar solicitudes MIA con la finalidad de fortalecer aspectos técnicos y jurídicos.⁷⁸¹

(6) “Proyecto Santa Rosalía” a cargo de la API Baja California Sur: trabajos de mantenimiento al puerto

604. El Proyecto Santa Rosalía consiste en trabajos de mantenimiento del puerto Santa Rosalía, ubicado en la costa este de Baja California Sur, con acceso al Mar de Cortés. El Proyecto Santa Rosalía está a cargo de la API Baja California Sur y es un proyecto portuario del sector de

⁷⁷⁴ Resolución AIA del Proyecto Puerto Matamoros, pp. 7-9. **C-0130**.

⁷⁷⁵ Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶ 287.

⁷⁷⁶ Resolución AIA del Proyecto Puerto Matamoros, p. 143. **C-0130**.

⁷⁷⁷ Resolución AIA del Proyecto Puerto Matamoros, pp. 7-9. **C-0130**.

⁷⁷⁸ Resolución AIA del Proyecto Puerto Matamoros, p. 144. **C-0130**.

⁷⁷⁹ Informe pericial de Solcargó-Rábago, ¶ 290.

⁷⁸⁰ Resolución del 20 de enero de 2015 de la DGIRA sobre el desistimiento de la MIA del Proyecto Puerto Matamoros. **R-0145**.

⁷⁸¹ Informe pericial Solcargó-Rábago, ¶ 122.

comunicaciones y transportes, sujeto a la Ley de Puertos. En diciembre de 2019, la DGIRA autorizó de manera condicional el Proyecto Santa Rosalía.⁷⁸²

605. Los trabajos a realizar requieren seis meses de dragado, realizado a 2 y 9 metros debajo del nivel medio del mar, en una superficie de 5.47 ha. Debido al paso de huracanes y corrientes marinas, la finalidad del dragado es retirar sedimentos y facilitar la circulación de embarcaciones.⁷⁸³ El Ingeniero Rábago explica que la cantidad de arenas fosfáticas que Don Diego buscó dragar era 4,407 veces mayor a la cantidad de sedimentos dragados durante los trabajos del Proyecto Santa Rosalía.⁷⁸⁴ Asimismo, el Ingeniero Rábago explica que el área de trabajo de Don Diego era 3,765 veces más grande que el área de dragado del Proyecto Santa Rosalía.⁷⁸⁵ Sencillamente, no hay similitud alguna entre ambos proyectos.

e. La SEMARNAT no otorgó un trato menos favorable al proyecto Don Diego

606. Con base en las secciones anteriores, se desprenden dos conclusiones evidentes: *i*) los Seis Proyectos – que la Demandante ha escogido para argumentar un supuesto trato discriminatorio – no están en circunstancias similares al Proyecto de Don Diego y, como consecuencia natural, no puede existir un trato menos favorable al proyecto de Don Diego; *ii*) no obstante lo anterior, la SEMARNAT, a través de la DGIRA, de hecho, no otorgó un trato menos favorable a Don Diego.

607. Si bien algunos de los Seis Proyectos se encuentran en áreas adyacentes y de influencia de áreas naturales protegidas, y en algunos proyectos hay presencia de especies protegidas por la NOM-059, esta situación no significa que los Seis Proyectos no sean congruentes con la regulación ambiental o que no sean ambientalmente viables mediante la implementación de ciertas medidas de mitigación y programas de conservación.⁷⁸⁶ Por ello, la Demandada desea enfatizar lo siguiente:

- Ninguno de los Seis Proyectos está encaminado a realizar actividades de minería marina en la ZEE de México.

⁷⁸² Resolución AIA del Proyecto Santa Rosalía, p. 32. **C-0122**.

⁷⁸³ Resolución AIA del Proyecto Santa Rosalía, pp. 5-7. **C-0122**.

⁷⁸⁴ Informe pericial de Solcarga-Rábago, ¶ 296.

⁷⁸⁵ Informe pericial de Solcarga-Rábago, ¶ 296.

⁷⁸⁶ Ver Resolución AIA del Proyecto Santa Rosalía, pp. 9, 20, 31. **C-0122**. Resolución AIA del Proyecto Puerto Matamoros, pp. 141-143. **C-0130**. Resolución AIA Proyecto Sayulita, pp. 15, 38-43. **C-0116**. Resolución AIA Proyecto Puerto Veracruz, pp. 52,126-137. **C-0119**.

- Ninguno de los Seis Proyectos comparte las mismas características geográficas y ambientales (*e.g.*, el mismo SAR) que Don Diego.
- Ninguno de los Seis Proyectos está a cargo de empresas privadas que buscan explotar concesiones mineras mediante la extracción de minerales del suelo marino.
- Las actividades de dragado de los Seis Proyectos son completamente distintas al dragado que ExO buscó realizar. Estas diferencias resultan evidentes si se consideran además las claras diferencias en cuanto a la duración, lugar, extensión, volumen, tipo de sedimento dragado, métodos y tecnologías de dragado de cada uno de los Seis Proyectos y el Proyecto de Don Diego.
- Ninguno de los Seis Proyectos está sujeto a la Ley Minera como Don Diego.

608. A pesar de estas diferencias evidentes, la Demandante sostiene que “todos estos proyectos son similares al Proyecto y que la SEMARNAT les ha concedido un trato mucho más favorable que el concedido al Proyecto”.⁷⁸⁷ Eso es falso.

609. El Sr. Vladimir Pliego sostiene que los Seis Proyectos son comparables con Don Diego conforme a “tres elementos técnico-jurídicos” (actividad, normatividad y ubicación) y “tres elementos prácticos” (impactos a especies protegidas, al lecho marino y a la columna de agua).⁷⁸⁸ Queda en evidencia que eso también es falso.

610. No pasa desapercibido el hecho de que cuatro de los Seis Proyectos [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED].⁷⁸⁹ Tampoco pasa desapercibido el hecho de que [REDACTED]
[REDACTED].⁷⁹⁰ Mucho menos pasa desapercibido el hecho de que el Sr. Vladimir Pliego fue funcionario de CONANP en el periodo en que Don Diego – y posiblemente el Proyecto Puerto Matamoros y el Proyecto Puerto Veracruz – fue sometido a procedimientos de evaluación de impacto ambiental.⁷⁹¹ La Demandada

⁷⁸⁷ Memorial de Demanda, ¶ 183.

⁷⁸⁸ Informe pericial del Sr. Vladimir Pliego, ¶ 280.

⁷⁸⁹ Ver Resolución AIA del Proyecto Matamoros, p. 168. **C-0130**; Resolución AIA del Proyecto Sayulita, p. 45. **C-0116**; Resolución AIA del Proyecto Puerto Veracruz, p. 139. **C-0119** y Resolución AIA del Proyecto Laguna Verde, p. 57. **C-0110**.

⁷⁹⁰ Resolución AIA del Proyecto Laguna Verde, p. 58. **C-0110**.

⁷⁹¹ Ver anexo 73 del informe pericial del Sr. Vladimir Pliego.

se reserva el derecho de solicitar documentos en el momento procesal oportuno relacionados con esta situación para dilucidar si existen conductas ilícitas o [REDACTED]

611. Sin perjuicio de lo anterior, la Demandada considera lamentable que anteriores funcionarios públicos estén dispuestos a realizar afirmaciones carentes sustento técnico y jurídico en un procedimiento arbitral en el que se reclaman más de US\$2,300 millones en contra del Estado mexicano. Incluso, resulta preocupante que ni la Demandante, ni sus propios testigos y expertos hayan realizado las declaraciones pertinentes de imparcialidad y ausencia de un posible conflicto de interés.⁷⁹²

f. El trato otorgado está plenamente justificado en objetivos gubernamentales razonables

612. Las acciones de la Demandada relacionadas con las evaluaciones y autorizaciones condicionadas de los Seis Proyectos previamente descritos fueron transparentes, racionales y apegadas a objetivos y políticas legítimas. De ninguna forma fueron discriminatorias.

613. En conclusión, a pesar de que la carga de la prueba recae en la Demandante, la Demandada ha demostrado que los Seis Proyectos no están en “circunstancias similares”. Más aún, inclusive si el Tribunal llegara a aceptar como válidos los “sujetos/objetos comparables” identificados por la Demandada, cualquier diferencia en el trato otorgado no sería discriminatoria conforme al contenido del Artículo 1102 del TLCAN por las razones anteriormente descritas.

IV. DAÑOS

614. Los siguientes párrafos se presentan sin perjuicio a los argumentos legales de la Demandada. Nada de lo expuesto en esta sección deberá interpretarse como una admisión de responsabilidad o como una renuncia a cualquiera de las defensas sobre el fondo.

615. La Demandante reclama daños totales (brutos de impuestos) por USD \$1.383 mil millones.⁷⁹³ Su reclamación de daños tiene defectos fundamentales, tanto en relación con los argumentos legales en el Memorial de de Demanda, como con la estimación del daño en el informe

⁷⁹² *Ver supra*, Secciones III.B.1y III.B.2.

⁷⁹³ Memorial de Demanda, ¶ 357.

pericial de la Demandante preparado por el Profesor Pablo Spiller y Pablo López Zadicoff de Compass Lexecon (Informe Compass Lexecon).

616. La Demandante emprendió una inversión compleja y de alto riesgo dentro de un ámbito en el que no tenía experiencia y en el que ninguna empresa con experiencia ha sido capaz de avanzar hacia una fase de producción comercial en ningún lugar del mundo. Contrario a lo que sugiere la Demandante, el éxito del Proyecto no estaba de ningún modo garantizado, o incluso razonablemente seguro inmediatamente antes de la primera denegación de la MIA que tuvo lugar el 7 de abril de 2016.

617. Al reclamar daños contra la Demandada como si la rentabilidad de la inversión estuviera probada, la Demandante está: (i) ignorando que el Proyecto aún estaba en una fase de exploración temprana, (ii) ignorando que no se había completado ningún Estudio de Viabilidad (“Feasibility Study” o FS por sus siglas en inglés) ni Estudio de Viabilidad Preliminar (“Pre-feasibility Study”, o PFS, por sus siglas en inglés), (iii) ignorando los riesgos pasados, presentes y futuros asociados a su inversión; y (iv) evitando responsabilidad por las consecuencias de su falta de experiencia. Más aún, los daños reclamados son totalmente especulativos y reflejan ganancias poco realistas que la Demandante ingenuamente anticipaba; no el valor justo de mercado (VJM) de ExO a la Fecha de Valuación. Los tratados de inversión no son pólizas de seguro contra el riesgo comercial y expectativas poco realistas.⁷⁹⁴

618. Como se explica en esta sección de daños y en los informes periciales de apoyo preparados por el Sr. Joe Hinzer, P. Geo., de Watts, Griffis y McQuat Limited (Informe pericial de WGM)⁷⁹⁵ y Dr. Daniel Flores de Quadrant Economics (Informe Quadrant),⁷⁹⁶ si este Tribunal considera que la denegación del permiso ambiental (MIA) constituye una violación de las obligaciones de la Demandada bajo el Capítulo 11 del TLCAN, los daños atribuibles a esa violación serían a lo más,

⁷⁹⁴ *Waste Management Inc. v. United Mexican States II*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, ¶¶ 114 y 177, **CL-0121**. *Société Générale in respect of DR Energy Holdings Limited and Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, S.A. v. Dominican Republic*, LCIA Case No. UN 7927, Preliminary Objections to Jurisdiction, 19 September 2008, ¶ 39, **RL-0064**.

⁷⁹⁵ Informe WGM.

⁷⁹⁶ Informe Quadrant.

USD \$19.1 millones por la participación de 53.89% de la Demandante y de USD \$39.2 por el Proyecto.⁷⁹⁷

A. La Demandante no ha especificado si los daños que reclama son respecto a su reclamación conforme al artículo 1116 o conforme al artículo 1117 del TLCAN

619. En el párrafo 188 del Memorial, la Demandante argumenta que “tiene el derecho a presentar una reclamación en nombre propio o en nombre de la empresa de otras entidades que el inversionista controla.” Sin embargo, Odyssey omite indicar de manera clara e inequívoca si la reclamación la presenta por cuenta propia al amparo del artículo 1116 o por cuenta de ExO bajo el artículo 1117. Este es un punto importante para la cuantificación del daño porque cualquier daño potencial sufrido por Odyssey como accionista indirecto de ExO *no* sería equivalente a los daños sufridos por ExO misma.

620. Precisar la naturaleza de la reclamación también es importante porque, cuando se presenta una reclamación conforme al artículo 1116, cualquier daño derivado del mismo se paga directamente al inversionista. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 1135(2): “cuando la reclamación se haga con base en el Artículo 1117(1): [...] (b) el laudo que conceda daños pecuniarios e intereses correspondientes, dispondrá que la suma de dinero se pague a la empresa”.⁷⁹⁸ La Demandada señala que ExO sigue existiendo como empresa y, por lo tanto, si la reclamación fue presentada por cuenta de ExO, cualquier daño potencial *debe* ser pagado a ExO.

621. Asimismo, cabe señalar que una reclamación bajo el artículo 1116 muy probablemente se traslaparía con una reclamación bajo el artículo 1117 y, por lo tanto, no podrían coexistir estos dos tipos de reclamaciones. Por ejemplo, la Demandante no podría reclamar daños basados en el valor de su participación indirecta en ExO bajo el artículo 1116, y por *separado* reclamar daños equivalentes al VJM de ExO bajo el artículo 1117.⁷⁹⁹ Estas dos reclamaciones se traslapan por

⁷⁹⁷ Informe Quadrant, ¶¶ 70, 93. Nota: Estas estimaciones suponen que el 100% de la capitalización de mercado de Odyssey es atribuible al Proyecto de Don Diego y que los inversionistas de Odyssey no asignaron ningún valor a las otras actividades de negocio de la empresa. Como se explica en el Informe Quadrant, el Dr. Flores no cuenta hoy en día con suficiente información para desglosar la capitalización de mercado de Odyssey por línea de negocio.

⁷⁹⁸ Artículo 1135 (Laudo Final). Énfasis añadido.

⁷⁹⁹ Se puede hacer un comentario similar sobre una reclamación por el VJM de ExO y una reclamación simultánea y separada por el VMF de las concesiones de ExO. Dado que ExO es propietaria de las concesiones, su VJM incluiría el VJM de las concesiones que posee.

completo y, si se permitiera que corrieran de manera simultánea, ello llevaría a una doble recuperación.

622. La Demandante debe aclarar si su reclamación fue presentada bajo el artículo 1116 o el artículo 1117 porque esto tiene implicaciones para la defensa, y no debe ponerse a la Demandada en una situación en la que tenga que adivinar la naturaleza de la reclamación que enfrenta. Dado que la Demandada no puede plantear adecuadamente su defensa sin esta información, para los fines de este Memorial de Contestación, se presume: (i) que la Demandante “es propietaria o controla” ExO; (ii)⁸⁰⁰ que la inversión en cuestión es ExO; (iii) que la reclamación fue presentada a nombre de ExO bajo el artículo 1117; (iv) que el valor de ExO es equivalente al valor del Proyecto Don Diego; y (v) que no se sometió a arbitraje ninguna reclamación bajo el artículo 1116. La Demandada se reserva el derecho de modificar por completo su posición sobre la reclamación de daños si alguno de estos supuestos resulta ser incorrecto tras la aclaración de la Demandante.

1. La Demandante no ha identificado la inversión sobre la cual basa su reclamación de daños

623. En los párrafos 203-204, la Demandante identifica varias inversiones para establecer la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal. Con respecto a la reclamación que Odyssey presenta por cuenta propia, la Demandante identifica: “el 53,89% de participación accionaria en ExO”, los fondos invertidos en “el trabajo de exploración y las tasas de concesión” y el financiamiento del “trabajo de ExO y la inversión de recursos en el desarrollo del Proyecto Don Diego”.⁸⁰¹ Con respecto a la reclamación presentada a nombre de ExO, se identifica a: “la Concesión”, la “Concesión Don Diego Norte”, la “la Concesión Don Diego Sur” y “derechos asociados” no especificados.⁸⁰² (Sorprendentemente, la Demandante no identifica a ExO como una inversión, a pesar de su pretensión de someter una reclamación a arbitraje a nombre de ExO bajo el artículo 1117.)

624. No obstante, en la sección de daños, la Demandante evade identificar con precisión la inversión cuyo valor pretende determinar. El título del apartado V.B del Memorial sugiere que la inversión en cuestión es la “[l]a totalidad de la Concesión de ExO y la Inversión del Demandante

⁸⁰⁰ Como se ha explicado anteriormente, la Demandante no ha probado esta condición para una reclamación bajo el artículo 1117.

⁸⁰¹ Memorial de Demanda, ¶ 203.

⁸⁰² *Id.*, ¶ 204.

en México”. En el párrafo que sigue inmediatamente después –i.e., el ¶ 373– la Demandante alega que “la compensación en este caso debe reflejar el valor justo de mercado de la totalidad de la inversión de la Demandante en México, lo cual se ve reflejado en el valor contemporáneo de ExO.” Tres párrafos más abajo, en el párrafo 376, la Demandante cambia de posición una vez más al argumentar que “la medida apropiada de daños, [...] es el valor justo de mercado del Proyecto Don Diego”. No hace falta advertir que el valor de las concesiones de ExO, el valor de ExO y el valor del Proyecto Don Diego Project no son necesariamente el mismo. Al no identificar con claridad la inversión que se valora y al confundir el valor de estos activos/inversiones, la Demandante no ha satisfecho su carga probatoria en materia de daños. Además, ha impedido a la Demandada plantear una defensa adecuada a la reclamación de daños porque la Demandada no tiene claro qué es exactamente lo que se está midiendo.

625. Cabe señalar también que “el Proyecto” no es *per se* una inversión protegida por el TLCAN, ya que no encaja en ninguna de las categorías de inversión listadas en el artículo 1139. Además, una concesión (por ejemplo) no puede recibir un trato violatorio de las obligaciones de Nivel Mínimo de Trato (NMT) y/o Trato Nacional (TN) establecidas en los Artículos 1102 y 1105; sólo un inversionista de otra Parte o una empresa propiedad de un inversionista de otra Parte o controlada por él puede ser objeto de discriminación o recibir un trato incompatible con el NMT. Por esta razón, la Demandada procederá sobre la base de que la inversión en cuestión es ExO y se reserva el derecho de modificar su posición si esta hipótesis resulta ser incorrecta tras la aclaración de la Demandante.

626. En cualquier caso, el monto de los daños en este caso se basa en el supuesto VJM de “el Proyecto” al 7 de abril de 2016 (la Fecha de Valuación), que la Demandante aparentemente equipara al VJM que ExO tenía en esa fecha. La Demandada supondrá, por el momento, que este supuesto es válido, pero se reserva el derecho de modificar su posición si dicho supuesto resulta ser incorrecto a la luz de nueva información.

B. Principios legales aplicables a la valuación de daños

1. Carga de la prueba

627. Es un principio bien establecido que la parte que alega un hecho tiene la carga de probarlo. En el contexto de daños, siempre es la parte demandante la que alega daños derivados de una

violación del tratado y, por lo tanto, tiene la carga de probar el hecho y la cuantía del daño, así como el vínculo causal entre la violación y el daño.⁸⁰³

2. Estándar de compensación

628. La Demandante argumenta que el estándar de compensación apropiado para una expropiación ilegal y otras violaciones del TLCAN, tales como la violación de los Artículos 1105 o 1102, es la reparación integral (“*full reparation*”).⁸⁰⁴ Cita el artículo 31 de los Artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados para afirmar que “[e]l Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito”, y el artículo 36 para afirmar que la compensación “cubrirá todo daño susceptible de evaluación financiera, incluido el lucro cesante en la medida en que éste sea comprobado.” Además, afirma que el “punto de partida es el principio de ‘reparación plena’ expresado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Chórzow Factory*.”⁸⁰⁵ Con base en estos principios, la Demandante considera que “el objetivo de un laudo monetario en este caso también debe ser el eliminar todas las consecuencias de la conducta injusta de México y situar a Odyssey en la posición en la que habría estado si México no hubiera violado el tratado”.⁸⁰⁶

629. Más adelante la Demandante señala que “[p]ara dar efecto al principio de reparación plena, la compensación en este caso debe reflejar el valor justo de mercado de la totalidad de la inversión de la Demandante en México, lo cual se ve reflejado en el valor contemporáneo de ExO, cuyo negocio se limitaba exclusivamente al desarrollo del Proyecto”.⁸⁰⁷ Citando a *Crystallex v. Venezuela*, la Demandante argumenta además que “otorgar una indemnización basada en el valor

⁸⁰³ Sergey Ripinsky and Kevin Williams, *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law, 2008, pp. 161-162. **RL-0065**. Ver también, *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, 13 November 2000, ¶ 316. **CL-0103**; *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/05, Decision on the Requests for Correction, Supplementary Decision and Interpretation, 10 July 2008, ¶ 38. **RL-0066**; y *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. and others v. United States of America*, UNCITRAL, Award, 12 January 2011, ¶ 237, **CL-0057**.

⁸⁰⁴ Memorial de Demanda, ¶ 360.

⁸⁰⁵ *Id.*, ¶ 366.

⁸⁰⁶ *Id.*, ¶ 371.

⁸⁰⁷ *Id.*, ¶ 373. Énfasis añadido.

justo de mercado de la inversión garantiza que la parte perjudicada se retrotraiga a la situación en la que habría estado, de no haber sido por los actos internacionalmente ilícitos”.⁸⁰⁸

630. La Demandante, por lo tanto, concluye: “En consecuencia, la medida apropiada de daños, de conformidad con la regla de la *Chorzów Factory*, es el valor justo de mercado del Proyecto Don Diego al momento anterior a la primera denegación de la MIA por parte de la SEMARNAT, independientemente de si el Tribunal encuentra una violación de sólo uno o de los tres artículos antes mencionados.”⁸⁰⁹

631. La Demandante también se basa en la siguiente definición de VJM adoptada por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos: “el precio que un comprador dispuesto pagaría a un vendedor dispuesto en circunstancias en las que cada uno tenía información fidedigna, cuando cada uno deseaba maximizar su ganancia financiera, y ninguno estaba bajo coacción o amenaza.”⁸¹⁰ Por tanto, de acuerdo con el análisis de la propia Demandante, la reparación íntegra en este caso implicaría otorgar daños por un monto equivalente al precio que un comprador estaría dispuesto a pagar por ExO a un vendedor dispuesto a vender, ambos razonablemente informados y sin coacción o amenaza de por medio, inmediateamente antes de la primera denegación de la MIA, ocurrida el 7 de abril de 2016. La Demandada señala que, para todo efecto práctico, la Demandante está proponiendo la medida de compensación establecida en el Artículo 1110(2) del TLCAN.⁸¹¹

632. La Demandada está de acuerdo en que el VJM de ExO determinado inmediateamente antes de la expropiación –es decir, el 6 de abril de 2016– es la medida de compensación apropiada si el Tribunal determina que la Demandante tenía un derecho o derechos que formaban parte de su inversión que eran susceptibles de ser expropiados y: (a) la Demandada expropió la inversión, o (b) la Demandada violó los Artículos 1102 y/o 1105 y dichas violaciones tuvieron un efecto

⁸⁰⁸ *Id.*, ¶ 375.

⁸⁰⁹ *Id.*, ¶ 376. Énfasis añadido.

⁸¹⁰ *Id.*, ¶ 374.

⁸¹¹ El Artículo 1110(2) establece: “La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediateamente 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. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.” Esta es la medida de compensación propuesta por la Demandante en el párrafo 376 del Memorial de Demanda.

equivalente a una expropiación –lo cual está implícito en la posición de la Demandante que el monto de la compensación debe ser el mismo “independientemente de si el Tribunal encuentra una violación de sólo uno o de los tres artículos antes mencionados”.⁸¹² La Demandada rechaza la medida de compensación propuesta en cualquiera otro escenario.

633. Para evitar cualquier duda, si bien la Demandada está de acuerdo con la medida de la compensación propuesta por la Demandante en las circunstancias expuestas en el párrafo anterior, discrepa enérgicamente con la cuantificación de los daños realizada por la Demandante en este caso. La Demandada sostiene que una indemnización por daños congruente con el VJM de una ExO plenamente operativa y rentable, como intenta hacer la Demandante en este caso, pondría al inversionista en una posición mucho más favorable de la que disfrutaba el 7 de abril de 2016 –i.e., la Fecha de Valuación empleada por la Demandante.

3. Fecha de valuación

634. En el párrafo 380, la Demandante adopta la posición de que “[l]a fecha de valoración es el 7 de abril de 2016, fecha de la primera denegación de la SEMARNAT”. Añade que Compass Lexecon ha basado su estimación de daños en el VJM del Proyecto “en una fecha inmediatamente anterior a que la SEMARNAT negara la MIA [...]”. Estas dos afirmaciones no son compatibles. La MIA fue denegada el 7 de abril de 2016, por lo que la “fecha inmediatamente anterior” a la denegación sería el 6 de abril de 2016.

635. Aunque este cambio podría considerarse como intrascendente, no lo es. El 6 de abril de 2016, aún no se había emitido ninguna decisión sobre la solicitud de MIA. En consecuencia, ningún comprador (o vendedor) razonablemente informado habría asumido que la MIA ya había sido aprobada o que su futura aprobación era una certeza. Sin embargo, esto es precisamente lo que Compass Lexecon supone para efectos de su valuación:

Permitting: In performing our valuation we assume that the Project would have been permitted, and that, consequently, it was ready to start contracting. This because the MIA constituted the last regulatory hurdle for the Project.⁸¹³

[Énfasis añadido]

⁸¹² Memorial de Demanda, ¶ 376.

⁸¹³ Informe Compass Lexecon, ¶ 8(a). También cabe destacar que la MIA no era el "último obstáculo regulatorio". Como se explica en la Exposición de los Hechos, y lo reconoce el propio experto de la Demandante, ExO aún necesitaba varios permisos para poder operar el proyecto. Véase el pie de página 10 del Primer Informe de Compass Lexecon.

636. El 6 de abril de 2016, la aprobación de la MIA era solo una posibilidad, y este hecho debe reflejarse en el valor de ExO. De hecho, en su “análisis de razonabilidad” (“*reasonability analysis*”) Compass Lexecon reconoce que el valor de las acciones OMEX antes de la aprobación sería inferior y esto lo utiliza como justificación para aplicar un premio de 50% sobre el valor de las acciones:

While as of the Date of Valuation the market knew that the MIA had been filed and was expecting its approval, investors in OMEX were yet uncertain as to the likelihood of the permit being granted. Consequently, the stock market was reflecting a pre-permit value before the Date of Valuation. [...]⁸¹⁴

[Énfasis añadido]

637. Compass Lexecon yerra al no considerar la incertidumbre relacionada con la aprobación de la MIA, tanto en su determinación principal del VJM, como en el “ajuste por la prima de valor del permiso del 50%” (“*permit value premium adjustment of 50%*”) en razón de que “el mercado de valores estaba reflejando un valor anterior al permiso antes de la Fecha de Valoración” en su “análisis de razonabilidad”.

638. La Demandada sostiene, por lo tanto, que la Fecha de Valuación apropiada es el 6 de abril de 2016, y que el supuesto aplicable para efectos de la valuación es que la MIA estaba siendo evaluada por la DGIRA y la decisión estaba pendiente.

4. El daño legalmente relevante

a. Causalidad

639. Como principio general, un Estado sólo es responsable del daño causado por el acto ilegal. Por lo tanto, un aspecto crítico de cualquier reclamación por daños es establecer un vínculo causal suficiente entre la supuesta violación y los daños, y esa carga recae en la parte demandante.⁸¹⁵

640. La causalidad está inextricablemente ligada al concepto de reparación integral. El artículo 31 de los Artículos de la CDI limita la obligación del Estado a reparar plenamente el “daño causado” por el hecho internacionalmente ilícito, y define el “daño” como “todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado”.⁸¹⁶ La causalidad

⁸¹⁴ *Id.*, ¶ 121(b).

⁸¹⁵ Ripinsky & Williams, *Damages in International Investment Law*, BIICL (2008), p. 135. **RL-0065**.

⁸¹⁶ **CL-0059**, Artículo 31.

también está implícita en el *dictum* del caso *Chorzow Factory* al referirse al objetivo de la reparación –i.e., “*wipe out all the consequences of the illegal act*”.⁸¹⁷ En este arbitraje, la Demandada está obligada a reparar únicamente el daño causado por los actos que el Tribunal considere violatorios del TLCAN.⁸¹⁸

641. La causalidad tiene dos espectros: la causalidad fáctica y la causalidad legal. Tanto la causalidad fáctica como la legal son relevantes para determinar la existencia de la relación causal requerida, pero la causalidad fáctica por sí sola es insuficiente.⁸¹⁹ La causalidad fáctica se refiere a si la conducta ilícita contribuyó a producir el daño o perjuicio y se determina por medio de lo que se conoce comúnmente como la prueba “*but-for*”: ¿habría ocurrido el daño de no ser por la conducta ilícita?

642. Bajo la prueba legal de causalidad, la pregunta es si la conducta ilícita es una causa suficiente, próxima, adecuada, previsible o directa del daño o lesión. Este elemento de la prueba define parcialmente el daño legalmente relevante, lo cual es importante porque deriva de la necesidad de limitar la responsabilidad de la parte demandada, a fin de llegar a un resultado que sea equitativo y aceptable. Sin esta limitante, la cadena fáctica de causalidad podría seguir desenvolviéndose y generar pérdidas ilimitadas.

643. En palabras del tribunal de *Methanex*:

In a legal instrument such as NAFTA, Methanex’s interpretation would produce a surprising, if not an absurd, result. The possible consequences of human conduct are infinite, especially when comprising acts of governmental agencies; but common sense does not require that line to run unbroken towards an endless horizon. In a traditional legal context, somewhere the line is broken; and whether as a matter of logic, social policy or other value judgment, a limit is necessarily imposed restricting the consequences for which that conduct is to be held accountable. For example, in the law of tort, there must be a reasonable connection between the defendant, the complainant, the defendant’s conduct and the harm suffered by the complainant; and limits are imposed by legal rules on duty, causation and remoteness of damage well-known in the laws of both the United States and Canada. Likewise, in the law of contract, the contract-breaker is not generally liable for all the consequences of its breach even towards the innocent party, still less to persons not privy to that contract. It is of course possible, by contract or statute, to enlarge

⁸¹⁷ Ripinsky & Williams, *Damages in International Investment Law*, BIICL (2008), p. 87. **RL-0065**.

⁸¹⁸ *Id.*, p. 135: “A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make reparation only for the injury caused by that act.”

⁸¹⁹ *Id.*

towards infinity the legal consequences of human conduct; but against this traditional legal background, it would require clear and explicit language to achieve this result.⁸²⁰

b. Certeza razonable

644. El segundo elemento que define la pérdida o los daños legalmente relevantes es el principio de certeza razonable que aplica tanto al hecho de la pérdida como a su cuantía. Si bien es cierto que no es necesario probar los daños con absoluta certeza, los tribunales internacionales han sostenido de manera reiterada que las reclamaciones demasiado inciertas, especulativas o no probadas deben ser rechazadas, aun cuando se establezca la responsabilidad del Estado. Ejemplos de la aplicación de este principio abundan:

- En *Amoco v. Iran*, el Tribunal observe: “[o]ne of the best settled rules of the law of international responsibility of States is that no reparation for speculative or uncertain damage can be awarded. This holds true for the existence of the damage and of its effect as well”.⁸²¹ [Énfasis añadido]
- En *Gemplus/Talsud c. México*, el tribunal concluyó que “[e]n virtud del derecho internacional y los TBI, las Demandantes soportan la carga general de probar las pérdidas que fundamentan sus reclamaciones de indemnización. Si se determina que dichas pérdidas son demasiado inciertas o especulativas o no se verifica su existencia, el Tribunal debe rechazarlas, incluso si se resuelve que la Demandada es responsable.”⁸²² [Énfasis añadido]
- En *BG Group c. Argentina*, el tribunal sostuvo que “damages that are ‘too indirect, remote, and uncertain to be appraised’ are to be excluded”, y señaló además que “an award for damages which are speculative would equally run afoul of ‘full reparation’ under the ILC Draft Articles”.⁸²³ [Énfasis añadido]
- En *Asian Agricultural Products v. Sri Lanka* el tribunal observó que “according to a well established rule of international law, the assessment of prospective profits requires proof that: ‘they were reasonably anticipated; and that the profits anticipated were probable and not merely possible’”.⁸²⁴ [Énfasis añadido]
- En *S.D. Myers v. Canada*, el tribunal señaló que “[t]he quantification of loss of future profits claims can present special challenges. On the one hand, a claimant who has succeeded on liability must establish the quantum of his claims to the relevant standard of

⁸²⁰ *Methanex v. United States*, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and Merits, August 3, 2005, ¶ 138. **CL-0074.**

⁸²¹ *Amoco Int’l Finance Corp. v. Iran*, Iran-US Claims Tribunal, Partial Award, 14 de julio de 1987, ¶ 238. **RL-0067.**

⁸²² *Gemplus, S.A., SLP, S.A. y Gemplus Industrial, S.A. de C.V. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso ICSID No. ARB(AF)/04/3 y ARB(AF)/04/4, Laudo, 16 de junio de 2010, Parte XII, ¶ 56. **CL-0054.**

⁸²³ *BG Group Plc. v. Republic of Argentina*, UNCITRAL, “Award”, 24 de diciembre de 2007, ¶ 428. **RL-0068.**

⁸²⁴ *Asian Agricultural Products LTD (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*, Caso CIADI. ARB/87/3, “Final Award”, 27 DE junio de 1990, ¶ 104. **CL-0011.**

proof; and, to be awarded, the sums in question must be neither speculative nor too remote. [...]”.⁸²⁵ [Énfasis añadido]

645. El hecho de que el principio de certeza razonable aplica al *quantum* se confirma a partir del gran número de casos en los que tribunales internacionales han rechazado el uso de la metodología DCF por considerar que su uso sería demasiado especulativo en ausencia de un historial suficiente de operaciones rentables para proyectar de forma confiable los flujos de caja futuros:

- En *Metalclad c. México*, un caso que involucró a un depósito de residuos peligrosos que nunca llegó a ser operativo por no contar con un permiso local, el tribunal señaló que el VJM de una empresa en marcha que tiene un historial de operación rentable puede ser objeto de un análisis DCF “[s]in embargo, cuando una empresa no ha estado en actividad el tiempo suficiente para establecer su desempeño o no ha producido beneficios, las ganancias futuras no pueden utilizarse para determinar el valor corriente ni el valor justo de mercado”⁸²⁶. Al final, el tribunal estuvo de acuerdo con México y determinó que el análisis DCF era inapropiado porque “el confinamiento nunca estuvo en funcionamiento y cualquier laudo basado en ganancias futuras sería completamente especulativo”.⁸²⁷ [Énfasis añadido]
- En *Merill & Ring v. Canada*, el tribunal señaló que las estimaciones futuras son “*unavoidably extracted*” de los riesgos históricos y, a falta de “*items for an educated estimate*” el “*future scenario will be characterized more by speculation than by educated estimates, an approach which has not been favored by arbitration tribunals, and upon which this Tribunal would not be prepared to base an award of damages*”.⁸²⁸
- En *Gemplus c. México*, el tribunal rechazó el método DCF a pesar de que la inversión era un negocio en marcha que había operado por unos meses: “[e]l Tribunal no considera que el método DCF sea la metodología apropiada a aplicarse considerando los hechos en el presente caso [...]. El Tribunal acepta los argumentos de la Demandada respecto de la condición de la Concesionaria como un negocio durante el período agosto/septiembre 2000 hasta la fecha de valuación relevante del 24 de junio de 2001 era demasiado incierta e

⁸²⁵ *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, “Second Partial Award”, 21 de octubre de 2002, ¶ 173. **RL-0069**.

⁸²⁶ *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000, ¶ 120. **CL-0071**. [Énfasis añadido].

⁸²⁷ *Id.*, ¶ 121.

⁸²⁸ *Merrill & Ring Forestry L. P. v. Government of Canada*, Caso UNCT/07/1, administrado por el CIADI, “Award”, 31 de marzo de 2010, ¶ 264, nota a pie de página 179, **CL-0070**, citando *LG&E Energy Corp. et al. v. Argentine Republic*, “Award” y *PSEG Global Inc et al. v. Republic of Turkey*, “Award”, ¶¶ 312-313.

incompleta para proporcionar suficientes fundamentos fácticos para el método DCF.”⁸²⁹[Énfasis añadido]

- En *Cengiz Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. v. Libya*, el tribunal rechazó utilizar un DCF tras considerar que la demandante no había probado que los ingresos eran razonablemente previsibles y que eran probables, no sólo posibles: “*the Tribunal concludes that Cengiz’ loss of profit claim is highly speculative. The evidence proves that it is unlikely that Cengiz would have been able to successfully conclude the Projects as foreseen in the Contracts, and extremely unlikely that Cengiz would be able to clinch a 30.5% rate of profit from the Contracts*”.⁸³⁰ [Énfasis añadido]

646. Como se desarrollará más adelante, todo esto es relevante porque el experto de la Demandante ha utilizado un enfoque DCF para estimar los daños a pesar de que ExO nunca operó y la viabilidad económica del Proyecto no se había demostrado a la Fecha de Valuación.

C. Terminología importante y conceptos mineros

647. Antes de analizar los principios legales descritos en la sección anterior en el contexto de esta controversia y de las pruebas presentadas ante este Tribunal, es importante definir ciertos términos y conceptos que tienen un significado específico en la industria minera.

648. El Instituto Canadiense de Minería, Metalurgia y Petróleo (“*Canadian Institute of Mining, Metallurgy and Petroleum*”) (CIM) define como Recurso Mineral (“*Mineral Resource*”) “*a concentration or occurrence of solid material of economic interest in or on the earth’s crust in such form, grade or quality and quantity that there are reasonable prospects for eventual economic extraction*”. En función de su nivel de confianza geológica, los recursos minerales se subdividen en las categorías de inferidos, indicados y medidos. Un Recurso Mineral Inferido tiene un nivel de confianza menor que el aplicado a un Recurso Mineral Indicado. Un Recurso Mineral Indicado tiene un mayor nivel de confianza que un Recurso Mineral Inferido pero tiene un menor nivel de confianza que un Recurso Mineral Medido.⁸³¹

649. A su vez, una Reserva Mineral se define como “*the economically mineable part of a measured and/or Indicated Mineral Resource. It includes diluting materials and allowances for*

⁸²⁹ *Gemplus, S.A., SLP, S.A. y Gemplus Industrial, S.A. de C.V. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/04/3 y ARB(AF)/04/4, Laudo, 16 de junio de 2010, Parte XIII, ¶ 72. Énfasis añadido. **CL-0054**.

⁸³⁰ *Cengiz Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. v. Libya*, Caso ICC No. 21537/ZF/AYZ, “Award,” 7 de noviembre de 2018, ¶¶ 602-603 y 616. **RL-0070**.

⁸³¹ CIM Definition Standards for Mineral Resources & Mineral Reserves, p. 4. **R-0152**.

*losses, which may occur when the material is mined or extracted and is defined by studies at pre-feasibility or feasibility level as appropriate that include application of Modifying Factors. Such studies demonstrate that, at the time of reporting, extraction could reasonably be justified.”*⁸³² Al igual que los recursos minerales, “*Mineral Reserves are sub-divided in order of increasing confidence into Probable Mineral Reserves and Proven Mineral Reserves. A Probable Mineral Reserve has a lower level of confidence than a Proven Mineral Reserve.*”⁸³³ Cabe destacar que, “[t]he public disclosure of a Mineral Reserve must be demonstrated by a Pre-Feasibility Study or Feasibility Study”⁸³⁴.

650. Como se explica en el Informe pericial de WGM, los proyectos mineros avanzan a través de varias etapas de exploración y desarrollo, y cada etapa añade información y proporciona una mayor confianza sobre su viabilidad potencial.⁸³⁵ Estas etapas son: Exploración Temprana (“*Early Exploration*”), Exploración Avanzada (“*Advanced Exploration*”), Estudio de Alcance o Evaluación Económica Preliminar (“*Scoping Study or Preliminary Economic Assessment*”, PEA por sus siglas en inglés), Estudio de Prefactibilidad (“*Preliminary Feasibility Study*”, PFS por sus siglas en inglés), Estudio de Viabilidad (“*Feasibility Study*”, FS por sus siglas en inglés), Financiación de la Construcción y Operaciones y Cierre (“*Financing Construction and Operations and Closure*”). Para la conveniencia del Tribunal, la Demandada reproduce a continuación la descripción de WGM de cuatro de algunas de estas etapas que son particularmente relevantes para el presente caso:

Early Exploration: Geologists use available technology including satellite imagery, airborne geophysical surveys, and historical exploration data to select targets for testing. This is followed by detailed airborne and ground surveying and preliminary surface sampling, trenching and initial drilling of encouraging targets.

Advanced Exploration: Potential targets are explored with detailed sampling and extensive drilling, assaying and other studies to define the quantity and quality of a Mineral Resource and to assess its potential viability. This generally includes metallurgical testing to determine the potential for recovery of the mineral.

Scoping Studies or (Preliminary Economic Assessment): Once Mineral Resources of sufficient quantity and quality are defined, operators may undertake an initial scoping study. Such studies are primarily conceptual in nature and are used to assess the potential

⁸³² *Id.*, p. 6. **R-0152**. Énfasis añadido.

⁸³³ *Id.*

⁸³⁴ *Id.*

⁸³⁵ Informe pericial de WGM, ¶ 40.

economic viability of a project at a level of capital and operating cost estimates of ± 30 50% for internal planning purposes before progressing to advanced planning. Technical studies to support capital and operating cost assumptions, process flow sheets, metallurgical recoveries, product quality and evaluation of potential markets are typically completed at a very high level using significant assumptions, “rules of thumb”, similar project comparisons and generic cost data bases. Market analyses are typically generalized overviews of the market.

Preliminary Feasibility Study (“PFS”): In this type of technical study, sufficient geology, metallurgical test work, and basic engineering are conducted to develop processing parameters and design the flow sheet required for the definition of Ore Reserves. This study allows for: equipment selection; flowsheet selection; the development of production and development scheduling; and capital and operating cost estimates. The level of accuracy for a PFS is approximately $\pm 25\%$.⁸³⁶

651. La Demandante afirma que “[l]a opinión colectiva de la industria y los expertos técnicos es que, a partir del 7 de abril de 2016, el proyecto estaba en el nivel de prefactibilidad.”⁸³⁷ La Demandada y su experto (WGM) rechazan esta afirmación.

D. Aplicación a los hechos de este caso

1. La Demandante no ha cumplido con su carga de la prueba respecto al hecho de la supuesta pérdida

652. En el párrafo 199 del Memorial, la Demandante afirma que “[l]a jurisdicción *ratione materiae* se halla establecida porque resulta manifiesto que las medidas en discusión se relacionan con Odyssey y/o ExO y que ambas sufrieron pérdidas y/o daños como consecuencia de la adopción y el mantenimiento de dichas medidas de modo incompatible con los Artículos 1102, 1105 y 1110 del TLCAN”.⁸³⁸ La Demandada rechaza esta afirmación.

653. Contrario a lo que sugiere el reclamante, no “resulta manifiesto” que ExO u Odyssey hayan sufrido pérdidas y/o daños. De hecho, no hay evidencia de que ExO tuviera valor alguno en un principio. Al 7 de abril de 2016, ExO se encontraba en la etapa de exploración temprana, no estaba en producción y, por lo tanto, no tenía fuentes de ingresos.⁸³⁹ Asimismo, la viabilidad económica del proyecto no se había establecido mediante un estudio de factibilidad o incluso un estudio de prefactibilidad.

⁸³⁶ *Id.*, ¶¶ 40-41.

⁸³⁷ Memorial de Demanda, ¶ 387.

⁸³⁸ Énfasis añadido por la Demandada.

⁸³⁹ Informe Quadrant, ¶ 8. Véase también el apartado III.

654. Como lo señaló Compass Lexecon: “[a]ssets have value because they are expected to produce net cash flows to the investor at some point.”⁸⁴⁰ Se sigue que, a falta de pruebas contundentes para demostrar la rentabilidad futura con razonable certeza, la inversión tendría poco valor (si acaso alguno) a los ojos de un comprador potencial razonablemente informado. Para ser claros, la mera existencia de depósitos de fosfato en la zona de Don Diego no confiere ningún valor a ExO. Sólo tras demostrar que esos recursos pueden ser minados y comercializados rentablemente puede un comprador potencial razonablemente informado llegar a la conclusión de que ExO tenía algún valor.

655. El único estudio contemporáneo que habría estado a disposición de un comprador hipotético en ese momento era [REDACTED] que, contrario a lo que sugiere el título, fue preparado por la propia Demandante. [REDACTED] no es un PFS; un hecho que la Demandante parece reconocer en el párrafo 386 al afirmar que cuando se denegó la MIA, ésta “[a]ún no habían recopilado y empaquetado la información que de otro modo alimentaría en un estudio formal de prefactibilidad.”⁸⁴¹

656. Odyssey busca elevar artificialmente [REDACTED] al nivel de un PFS para proyectar la idea que la rentabilidad futura del Proyecto era un hecho demostrado en la Fecha de Valuación. Es revelador, sin embargo, que ni la Demandante ni sus expertos se atreven a caracterizar [REDACTED] como un PFS. En su lugar, afirman que la información disponible en ese momento y el Proyecto en general estaba “en el nivel de prefactibilidad.”⁸⁴²

657. En opinión de WGM [REDACTED] puede considerarse a lo más un estudio de alcance (“*internal scoping study*”) porque “no cumple con los requisitos de divulgación y por consiguiente no puede ser utilizado para un análisis financiero”.⁸⁴³ WGM también señala que su opinión sobre [REDACTED] es congruente con el peritaje del Sr. Fuller, que concluye que “el nivel de detalle del proyecto que se desprende de los documentos disponibles

⁸⁴⁰ Informe Compass Lexecon, ¶ 48.

⁸⁴¹ Memorial de Demanda, ¶386.

⁸⁴² *Id.*, ¶ 387, viñetas a-d.

⁸⁴³ Informe pericial de WGM, ¶ 40, quinta viñeta. El pasaje original en inglés dice: “*it is not in compliance with regulatory disclosure requirements and consequently cannot be used for a financial analysis.*”

es congruente con una estimación AACE Clase 5” que, como señala WGM, está diseñado para “*concept screening*” y no puede ser utilizado para apoyar análisis económicos.⁸⁴⁴

658. Los estudios de alcance (“*scoping studies*”) o las Evaluaciones Económicas Preliminares (PEAs por sus siglas en inglés) son realizadas cuando se han definido recursos minerales de cantidad suficiente para evaluar la viabilidad económica potencial de un proyecto para fines de planificación interna, antes de pasar a la planificación avanzada.⁸⁴⁵ Cabe destacar que en esta etapa, “[*t*]echnical studies to support capital and operating cost assumptions, process flow sheets, metallurgical recoveries, product quality and evaluation of potential markets are typically completed at a very high level using significant assumptions, ‘rules of thumb’, similar project comparisons and generic cost data bases. Market analyses are typically generalized overviews of the market”.⁸⁴⁶ Por ello, los estudios de alcance sólo se utilizan para demostrar que el avance hacia un PFS puede justificarse razonablemente.⁸⁴⁷

659. Otra prueba de que un estudio de alcance es insuficiente para establecer la viabilidad económica de un proyecto se puede encontrar en Plantilla de Informes Internacionales de CRIRSCO (“CRIRSCO International Reporting Template”) (Plantilla CRIRSCO). La Plantilla CRIRSCO advierte: “[*a*] Scoping Study must not be used as the basis for estimation of Mineral Reserves.”⁸⁴⁸ El Tribunal recordará que el término “Reservas Minerales” se refiere a “la parte de un recurso medido y/o indicado que puede ser extraído económicamente” (“*the economically mineable part of a measured and/or Indicated Mineral Resource.*”)

660. La Plantilla CRIRSCO también establece que “[*f*]or all Scoping Studies, the company must include a cautionary statement in the same paragraph as or immediately following the disclosure of the Scoping Study”, y ofrece el siguiente ejemplo de tal declaración cautelar:

“The Scoping Study referred to in this report is based on low-level technical and economic assessments and is insufficient to support estimation of Mineral Reserves or to

⁸⁴⁴ *Id.*, ¶ 40 última viñeta. El pasaje original en inglés del fragmento citado de la declaración del Sr. Fuller es: “*the level of project detail set out in the available documents is consistent with a AACE Class 5 estimate*”

⁸⁴⁵ *Id.*, ¶ 40, cuarta viñeta.

⁸⁴⁶ *Id.*, ¶ 40, cuarta viñeta.

⁸⁴⁷ CRIRSCO International Reporting Template 2019, p. 32. **R-0153**.

⁸⁴⁸ *Id.*

provide assurance of an economic development case at this stage, or to provide certainty that the conclusions of the Scoping Study will be realised.⁸⁴⁹

661. La Demandada sostiene que ningún comprador dispuesto razonablemente informado tomaría un “estudio técnico y económico de bajo nivel” (“*low-level technical and economic assessment*”) tal cual ni estaría dispuesto a utilizarlo como base para determinar el precio que estaría dispuesto a pagar por el Proyecto.

662. Independientemente de si el fracaso de la Demandante por demostrar que Odyssey y/o ExO han sufrido pérdidas y/o daños va a la jurisdicción *ratione materiae* del Tribunal, como parece sugerir la Demandante en su Memorial⁸⁵⁰ o es considerado como un incumplimiento de su carga de la prueba, el resultado debe ser el mismo: el Tribunal debe desestimar la reclamación de daños en su totalidad.

2. La Demandante ha omitido establecer el nexo causal entre el supuesto incumplimiento y la pérdida

663. La Demandante no ha cumplido la carga de demostrar el vínculo causal entre la presunta violación y la pérdida. Su reclamación de daños está fundamentalmente viciada porque mide los daños causados por la denegación de un permiso ambiental para un proyecto en exploración submarino como si dicho proyecto estuviera ya en plena producción comercial y los beneficios futuros fueran una realidad. Es evidente que no es así. Entre otras cosas, la reclamación de daños de la Demandante no toma en cuenta lo siguiente:

- El proyecto de la Demandante se encontraba en la fase inicial de exploración, con varias etapas cruciales por delante, entre ellas: (i) Estudio de Evaluación (“*Scoping Study*”), (ii) Estudio de Prefactibilidad (PFS); (iii) Estudio de Factibilidad (FS); y (iv) Ingeniería, Adquisición y Construcción (“*Engineering, Procurement, and Construction*” (EPC, por sus siglas en inglés). El Informe pericial de WGM pone esto en contexto: “*fewer than 1 in 10,000 early exploration projects become an operational mine. Relatively few exploration projects make it to the feasibility study stage, and many feasibility study stage projects do not become operational mines.*”⁸⁵¹

⁸⁴⁹ *Id.*

⁸⁵⁰ Ver Memorial de Demanda, ¶ 199, citado *supra*.

⁸⁵¹ Informe pericial de WGM, ¶ 42.

- El proyecto tiene que ver con depósitos de fosfato en alta mar. Aunque existen depósitos de este tipo en muchos lugares del mundo, ninguno ha llegado a la producción comercial, principalmente debido a consideraciones medioambientales (por ejemplo, la denegación de permisos medioambientales) y una economía de proyecto insatisfactoria.⁸⁵²
- La Demandante no tiene experiencia en la exploración, el desarrollo y la explotación comercial de depósitos de fosfato en alta mar.⁸⁵³
- Las concesiones no otorgan la propiedad legal de los fosfatos antes de su explotación real. Además, incluso si la Demandante hubiese obtenido el permiso ambiental en cuestión, todavía tenía que obtener varios otros permisos y autorizaciones para poder explotar el área de la concesión.⁸⁵⁴
- La existencia de fosfatos comercialmente explotables no ha sido probada. A lo mucho, los fosfatos que la Demandante identifica son recursos inferidos, indicados y medidos, no reservas probadas o incluso probables.⁸⁵⁵
- El mercado para el tipo de productos de fosfato que, de acuerdo con la Demandante, se obtendrían del Proyecto está plenamente abastecido y la naturaleza del mercado es tal que los nuevos participantes como la Demandante enfrentan dificultades para desarrollar una base de clientes.⁸⁵⁶ No se ha demostrado que existiera un mercado viable para los fosfatos a través de contratos de venta, cartas de intención, acuerdos de compra, memorandos de entendimiento u otros mecanismos apropiados.⁸⁵⁷

664. Al omitir reconocer estos y otros factores en su reclamación de daños, la Demandante ha fracasado completamente en demostrar el vínculo causal entre cualquier incumplimiento potencial que pudiera determinar el Tribunal en relación con la denegación del permiso ambiental y los daños reclamados. En resumen, no hay nada que sugiera que, de no haber sido por la denegación de la MIA, el Proyecto habría avanzado a través de las distintas etapas que tenía por delante, habría

⁸⁵² *Id.*, ¶ 22.

⁸⁵³ *Id.*, ¶ 110. Véase también Informe Quadrant, ¶ 14 y nota al pie 37.

⁸⁵⁴ *Ver supra* Secciones II.F.1 y II.F.2.

⁸⁵⁵ Informe pericial de WGM, ¶¶ 49-56.

⁸⁵⁶ *Id.*, ¶¶ 23-25, 31-37.

⁸⁵⁷ *Id.*, ¶¶ 53-116.

obtenido los permisos faltantes, habría implementado los nuevos métodos de extracción que pretendía utilizar de manera rentable y se habría convertido en una operación rentable.

3. La Demandante incurre en especulación indebida para determinar el monto de los daños (incumplimiento de la carga probatoria de los daños con una certeza razonable)

665. Como se explicará en las siguientes subsecciones, la valuación de daños por parte de la Demandante es totalmente especulativa y no refleja el valor justo de mercado del Proyecto en la Fecha de Valuación. La valuación de la Demandante no se basa en el Proyecto como existía el 7 de abril de 2016, sino en una valuación revisionista *ex post* diseñada para justificar su reclasificación del Proyecto como uno en “etapa de desarrollo” que, a su vez, justifique el uso de un enfoque de ingresos para cuantificar los daños.

a. Uso inadmisibles de un enfoque de ingresos para cuantificar daños por parte de la Demandante

666. El experto de la Demandante estima los daños a partir de dos metodologías dentro de la familia del enfoque de ingresos (i.e., “*income approach*”): un modelo DCF para estimar los daños que surgen de la Fase I del Proyecto y el Valor de Opción Real (*Real Options Value* o ROV por sus siglas en inglés) para estimar los daños de la Fase II.⁸⁵⁸

667. La Demandada ya se ha referido a los numerosos precedentes que rechazan el uso del DCF en casos donde, como en el presente caso, la empresa no tiene un historial de operaciones rentables. Esto por sí solo debería ser suficiente para rechazar el enfoque de la Demandante para la cuantificación de los daños y su conclusión sobre el valor del Proyecto. Sin embargo, la naturaleza especulativa del DCF se ve agravada en este caso por una multitud de factores que incluyen: la falta de experiencia significativa de Odyssey en el sector minero, la naturaleza novedosa de la operación que pretendía realizar y la etapa en la que se encontraba el proyecto en la Fecha de Valuación. Los expertos en la industria de la Demandada observan que existen depósitos de fosfato submarinos en muchas partes del mundo; sin embargo, ninguna empresa minera, ni si quiera las experimentadas, ha podido explotar con éxito dichos depósitos.⁸⁵⁹

⁸⁵⁸ Cabe señalar que el ROV también se basa en flujos de caja.

⁸⁵⁹ Informe pericial de WGM, ¶ 22.

668. También vale la pena señalar que el sector minero tiene sus propios lineamientos y estándares para la valuación de propiedades con recursos minerales (*mineral properties*), que la Demandante no sólo reconoce, sino que afirma haber aplicado en este caso. De hecho, según la Demandante, “Compass Lexecon se guió por las directrices y normas del Instituto Canadiense de Minería, Metalurgia y Petróleo sobre la valoración de las propiedades minerales (“CIMVAL”),” y “el Instituto Australiano-Asiático de Minería y Metalurgia (“VALMIN”) y el Código de Informes Públicos de Los Activos Minerales del Proyecto”.⁸⁶⁰ Por lo tanto, vale la pena examinar lo que recomiendan esos lineamientos y estándares en situaciones como ésta.

(1) Normas y directrices para la valuación de propiedades con recursos minerales

669. En 1999 el Consejo del Instituto Canadiense de Minería, Metalurgia y Petróleo (CIM) aprobó la formación de un Comité Especial de Valuación de Propiedades con recursos minerales (CIMVAL). Su mandato consistía en recomendar normas y directrices para la valuación de propiedades con recursos minerales que serían utilizadas por la industria minera en general y por los reguladores y bolsas de valores canadienses.⁸⁶¹ Durante los siguientes cuatro años, el Comité revisó documentos sobre valuación de propiedades con recursos minerales y los comentarios de numerosas organizaciones e individuos, y preparó proyectos de normas y directrices que también fueron objetos de varias rondas de revisión y comentarios. El documento final – las Normas y Directrices de CIMVAL para la valuación de propiedades con recursos minerales – fue aprobado el 9 de marzo de 2003, y desde entonces se ha convertido en una referencia para la valuación de propiedades con recursos minerales en Canadá.⁸⁶²

670. El otro conjunto de directrices de uso común es el Código para evaluación técnica y valoración de activos y bienes minerales y petroleros para informes de expertos independientes (Código VALMIN). Su propósito declarado es “*to provide a set of fundamental principles, minimum requirements and supporting recommendations to assist in the preparation of relevant Public Reports on Mineral Assets. The VALMIN Code is based on international good practice as currently employed in the Mineral industry, but allows for professional judgement in certain*

⁸⁶⁰ Memorial de Demanda, ¶ 382.

⁸⁶¹ CIMVAL Standards and Guidelines 2003, ¶¶ P1.1-P1.3. **C-0196**.

⁸⁶² *Id.*, ¶¶ P1.5-P1.9.

instances”⁸⁶³. El Código VALMIN fue preparado por el Comité VALMIN, un comité conjunto del Instituto Australiano de Minería y Metalurgia (AusIMM) y el Instituto Australiano de Geocientíficos (AIG), con participación del Consejo de Minerales de Australia (MCA) y otros representantes clave de partes interesadas.⁸⁶⁴

671. Como se señala en el CIMVAL, las propiedades minerales se valúan por una variedad de razones entre las cuales se encuentran: fusiones y adquisiciones, ofertas públicas iniciales de acciones, preparación de estados financieros auditados, litigio, compensación por expropiación, entre otras.⁸⁶⁵ Tanto el CIMVAL como VALMIN reconocen tres enfoques principales de valuación y brindan orientación específica sobre el enfoque de valuación a utilizar dependiendo de la etapa del proyecto

672. Las recomendaciones del CIMVAL y VALMIN se resumen en las siguientes dos tablas. La primera contiene las recomendaciones de CIMVAL y la segunda las de VALMIN⁸⁶⁶:

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

TABLE 1

Valuation Approach	Exploration Projects	Pre-development Projects	Development Projects	Production Projects
Market	Yes	Yes	Yes	Yes
Income	No	In some cases	Yes	Yes
Cost	Yes	In some cases	No	No

⁸⁶³ VALMIN Code 2015, p. 6. **C-0195**.

⁸⁶⁴ *Id.*, p 3.

⁸⁶⁵ *Id.*, p 15.

⁸⁶⁶ CIMVAL Standards and Guidelines, p. 22. **C-0196**.

673. Como se puede observar, en ambos casos el uso del enfoque de ingresos – el cual incluye las dos metodologías utilizadas por Compas Lexecon para la valuación de daños en el presente caso (DCF y ROV) – se limita a proyectos o propiedades en etapas de “desarrollo” y “producción”. Para los proyectos en etapa de exploración, como el Proyecto Don DIEGO, CIMVAL y VALMIN recomiendan un enfoque de mercado o con base en costos.

674. Para determinar si el Proyecto Don Diego puede clasificarse en etapa de “exploración” o “desarrollo” es importante considerar las definiciones de dichas categorías. CIMVAL define “Propiedad en Desarrollo” como: *“a Mineral Property that is being prepared for mineral production and for which economic viability has been demonstrated by a Feasibility Study or Prefeasibility Study and includes a Mineral Property which has a Current positive Feasibility Study or Prefeasibility Study but which is not yet financed or under construction.”*⁸⁶⁷ De manera similar, VALMIN define “Proyectos en Desarrollo” como: *“Tenure 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.”*⁸⁶⁸

675. Con base en estas definiciones, y la ausencia de un PFS o FS en la Fecha de Valuación, se puede concluir que el proyecto no se encontraba en la “etapa de desarrollo” como sostiene la Demandante. WGM confirma en su informe que la clasificación adecuada del Proyecto sería “etapa de exploración temprana”:

In WGM’s opinion, the Don Diego Project had passed the initial stage of exploration but had not yet completed sufficient work to classify the project as an Advanced Exploration project as of the Valuation Date. This opinion is based on the amount of drilling and sample analysis completed as well as the very limited amount of bench scale metallurgical test work completed as of the Valuation date.⁸⁶⁹

676. La ausencia de un PFS o un FS y la clasificación del Proyecto en la etapa de exploración temprana es un problema obvio para la Demandante ya que impediría el uso de un enfoque DCF bajo las pautas y prácticas reconocidas en el sector de minería. Esto explica en gran medida los intentos de la Demandante por caracterizar el Proyecto como uno en “etapa de desarrollo” y

⁸⁶⁷ CIMVAL 2003, p. 10. Énfasis añadido. **C-0196**.

⁸⁶⁸ Valmin Code 2015, p. 39. Énfasis añadido. **C-0195**.

⁸⁶⁹ Informe pericial de WGM, ¶ 40, tercera viñeta.

sugerir, con el apoyo de numerosos informes periciales presentados con su Memorial, que la información disponible en la Fecha de Valuación se encontraba en un nivel de PFS. Por ejemplo:

- En el párrafo 388 de su Memorial, Odyssey afirma que: “[s]obre la base de estos dictámenes de expertos [i.e. opiniones los Dres. Selby y Sheehan, el Sr. Gruber y el Sr. Fuller], el Profesor Spiller y el Sr. López Zadicoff concluyeron que la Fase I del Proyecto está debidamente clasificada como de Propiedad/Proyecto en desarrollo, y por lo tanto debe ser valorada utilizando un enfoque de ingresos”. [Énfasis añadido]
- En el párrafo 387 de su Memorial, la Demandante alega que “[l]a opinión colectiva de la industria y los expertos técnicos es que, a partir del 7 de abril de 2016, el proyecto estaba en el nivel de prefactibilidad [...]” y, a continuación, cita ciertos pasajes de los informes periciales de los Dres. Selby y Sheehan y los Sres. Gruber y Fuller. [Énfasis añadido].

677. La Demandada sostiene que el Proyecto se encontraba en etapa de exploración temprana, entre otras cosas, porque en ese momento no existía un PFS o FS. Este hecho no puede ser refutado mediante informes periciales elaborados *ex-post facto* para efectos de este arbitraje que, en cualquier caso, no habrían estado disponibles a un comprador hipotético y al vendedor el 7 de abril de 2016.

678. La posición de la Demandante respecto a que el Proyecto se encontraba en etapa de desarrollo también es incongruente con la evidencia contemporánea disponible, como el Informe NI 43-101 elaborado por el Dr. Lamb y el informe 10-K que Odyssey presentó ante la SEC en 2016. El primero ubica al Proyecto de lleno en la etapa de exploración:

The Don Diego Phosphorite Project is in the exploration stage with sufficient data to confirm the geology continuity of the deposit and the initial estimation of measured, indicated and inferred resource tonnes of marketable quality phosphate rock concentrates. [...]⁸⁷⁰

[Emphasis added]

679. Asimismo, como se explica en el informe de Quadrant, el informe SEC 10-K reconoce que “*we[Odyssey] have invested in marine mineral companies that to date are still in the exploration*”

⁸⁷⁰ NI 43-101 elaborado por el Dr. Lamb, p. 13 (p. 15 de la numeración de la Demandante). **C-0084**.

la Figura 4 del informe, la aplicación de estos supuestos más razonables tiene un impacto muy significativo en la valuación de Compass Lexecon.⁸⁷⁵

682. La Demandada sostiene que este Tribunal debería adoptar el mismo enfoque seguido por el tribunal en el caso *Bear Creek*: “focus on whether, having regard to the factual circumstances of this case, a willing buyer might have been found who would have paid a price calculated by the DCF method, as Claimant alleges.”⁸⁷⁶ Por las razones explicadas anteriormente, la Demandada además sostiene que la respuesta simple a esa pregunta es “no”.

(2) Los precedentes no apoyan el uso del DCF en proyectos en etapa de desarrollo como el Proyecto Don Diego

683. Además de los diversos casos en los que los tribunales internacionales han llegado a la conclusión de que la metodología DCF no es apropiada en casos en los que no existe un historial de operaciones, hay dos casos que involucran proyectos de minería preoperativos que son especialmente relevantes en el contexto de daños para este caso: *S.A. Silver v. Bolivia y Bear Creek v. Perú*.

684. *S.A. Silver c. Bolivia* es un caso que involucra la expropiación de una mina de plata en Bolivia mediante un decreto de la Corte Suprema que ordenó la revocación de las concesiones mineras de la demandante (la reversión). El caso es particularmente relevante en el contexto de daños por sus similitudes con el presente caso: el proyecto se encontraba en una etapa temprana, no se había establecido su viabilidad económica a través de un PFS o un FS, no tenía reservas, una parte significativa de sus recursos minerales fue clasificada como recursos “inferidos”, e implicó el uso de una tecnología novedosa (un proceso metalúrgico en ese caso). El siguiente párrafo resume las conclusiones del tribunal:

823. In sum, the Tribunal finds that, at the time of Reversion, (i) the Project was not at an advanced stage since it only had the PEA 2011 and had not conducted a prefeasibility or feasibility study; (ii) it did not have mineral reserves, but merely resources, most of them inferred; and (iii) there was no certainty that the metals could be economically extracted through the Metallurgical Process. The Tribunal considers that the Project’s state of

⁸⁷⁵ Informe Quadrant, ¶¶ 38-47.

⁸⁷⁶ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, Caso CIADI No. ARB/14/21, “Award”, 30 de noviembre de 2017, ¶ 598. **CL-0016**.

progress cast serious doubt as to its economic viability and, based on the reasons elaborated below, they preclude acceptance of the valuation presented by the Claimant.⁸⁷⁷

685. También cabe señalar que las partes a esa controversia reconocieron que el enfoque de valuación dependía del estado de exploración o desarrollo, y que el DCF no podía utilizarse dadas las circunstancias:

805. The Parties do not dispute that the appropriate valuation approach depends on the state of exploration or development of the relevant mineral property. Similarly, the Parties do not dispute that, based on the categories proposed by CIMVal, the Project would qualify as a “mineral resource property,” corresponding to those mineral properties that have “mineral resources” which have not been demonstrated to be economically viable in a feasibility study or a prefeasibility study.⁸⁷⁸

[...]

826. The case before this Tribunal is about a Project that is not in the production stage and for which it is not possible, as accepted by both Parties, to estimate future cash flows. Bolivia considers that the investment is worth at most what the Claimant invested in the Project and the Claimant considers that its value is substantially higher. It is for the Claimant to establish this higher value with a degree of certainty that allows the Tribunal to conclude that, absent the State’s conduct at issue, it is highly probable that the investor would have received the amount it claims.⁸⁷⁹

[Se omiten notas al pie; énfasis añadido]

686. Otra similitud es que, a la fecha de expropiación, S.A. Silver había completado una evaluación económica preliminar (PEA) que el tribunal describió como un “estudio preliminar – un estudio de primer nivel para la evaluación de un proyecto minero – basado principalmente en supuestos que simplemente indica si se debe continuar con la exploración, sin ofrecer ninguna certeza sobre la viabilidad económica del proyecto”.⁸⁸⁰ Esto es relevante porque, a pesar de los intentos de la Demandante de elevar [REDACTED] al nivel de un PFS, en el mejor de los casos se trata de una PEA interna.⁸⁸¹

⁸⁷⁷ S.A. Silver v. Bolivia, Caso PCA No. 2013-15, “Award”, 22 de noviembre de 2018, ¶ 823, **CL-0108**.

⁸⁷⁸ *Id.*, ¶ 805.

⁸⁷⁹ *Id.*, ¶ 826.

⁸⁸⁰ *Id.* ¶ 814. Traducción de la Demandada. El pasaje original en inglés dice: “a preliminary study – a first level study for the economic evaluation of a mining project – based mainly on assumptions which simply indicates whether further exploration should be pursued, without offering any certainty whatsoever as to the economic viability of the project.”

⁸⁸¹ Informe pericial de WGM, ¶ 40, cuarta viñeta.

687. En *Bear Creek v. Perú*, el tribunal determinó que un decreto promulgado por Perú que eliminó el prerrequisito legal de que la demandante tuviese la propiedad de las concesiones mineras en la región fronteriza (Decreto Supremo 032) constituía una expropiación indirecta de la inversión de la demandante en el proyecto minero de plata Santa Ana.⁸⁸² En su análisis de daños, el tribunal señaló que el proyecto se encontraba en una etapa inicial y que no había recibido muchas de las aprobaciones que necesitaba para continuar:

600. The Tribunal notes that the Santa Ana Project was still at an early stage and that it had not received many of the government approvals and environmental permits it needed to proceed. On the basis of the evidence before it, the Tribunal concludes that there was little prospect for the Project to obtain the necessary social license to allow it to proceed to operation, even assuming it had received all necessary environmental and other permits. The Tribunal notes that no similar projects operated in the same area, and there was no evidence to support a track record of successful operation or profitability in the future.⁸⁸³

688. Es importante destacar que el tribunal rechazó el uso de la metodología DCF porque la Demandante no presentó prueba alguna de su capacidad para generar ganancias futuras. El tribunal consideró el proyecto “demasiado especulativo e incierto” para permitir que se utilizara dicha metodología:

601. Claimant points out that in investment treaty cases some tribunals have endorsed DCF for early-stage projects. In this context, Claimant refers to *Vivendi v. Argentina*, in which, although the tribunal rejected the DCF model, it nonetheless explained how such a model could be accepted in appropriate circumstances. That tribunal noted that an absence of a history of profitability does not absolutely preclude the use of DCF methodology, but clarified the necessity that “claimants might be able to establish clearly that an investment, such as a concession, would have been profitable by presenting sufficient evidence of its expertise and proven record of profitability of concessions it (or indeed others) had operated in similar circumstances.” In the present case, Claimant concedes that to overcome a lack of history of profitability, it would need to produce convincing evidence of its ability to produce profits in the particular circumstances it faced. Such evidence could include experience (of its own or of experts) or corporate records that establish on the balance of probabilities it would have produced profits from the concession in the face of the risks involved.

602. In the view of the Tribunal, such convincing evidence has not been produced by Claimant. Beyond the above-mentioned uncertainties regarding the realization of the Project, the Tribunal notes that, in view of the widespread social unrest related to the Project, Respondent not only issued Supreme Decree 032, but, right after on June 25,

⁸⁸² *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, Caso CIADI No. ARB/14/21, “Award”, 30 de noviembre de 2017, ¶¶ 202 y 429. **CL-0016**.

⁸⁸³ *Id.*, ¶ 600.

2011, also issued a general suspension of admissions of mining petitions for the Department of Puno by Supreme Decree 033 for a period of 36 months and later continued that suspension by Supreme Decree 021-2014.

603. A realization and assurance of the profitability of Claimant's Santa Ana Project could therefore not be expected in the foreseeable future, if at all. Thus, Claimant has not fulfilled the test introduced by Claimant itself by its reference to *Vivendi*, as it has not been "able to establish clearly that an investment, such as a concession, would have been profitable by presenting sufficient evidence of its expertise and proven record of profitability of concessions it (or indeed others) had operated in similar circumstances."

604. In view of the above considerations, the Tribunal concludes that the calculation of Claimant's damages in the present case cannot be carried out by reference to the potential expected profitability of the Santa Ana Project and the DCF method. The Project remained too speculative and uncertain to allow such a method to be utilized. Instead, the Tribunal concludes that the measure of damages should be made by reference to the amounts actually invested by Claimant.⁸⁸⁴

689. Al igual que la demandante en *Bear Creek*, Odyssey no tiene un historial probado de rentabilidad de las concesiones mineras y no ha operado proyectos similares en ninguna parte del mundo. Por lo tanto, la aplicabilidad de un DCF no puede establecerse considerando la experiencia de Odyssey en el sector minero u otros proyectos similares.

(3) Los precedentes citados por la Demandante no apoyan su posición

690. La Demandante argumenta que el tribunal en *Gold Reserve v. Venezuela* apoyó el "punto que un negocio baso en productos básicos ... se presta más fácilmente a un análisis de ganancias perdidas".⁸⁸⁵ En apoyo de esa proposición, la Demandante cita engañosamente un pasaje del laudo que omite un hecho muy significativo que llevo al tribunal a esa conclusión. A continuación, se presenta una comparación que muestra la cita tal como aparece en el Memorial (izquierda) con el pasaje completo (derecha) que deja claro que el tribunal llegó a esa conclusión en gran parte porque los expertos de las partes estuvieron de acuerdo en que se podría usar utilizar un DCF en las circunstancias de ese caso:

Although the Brisas Project was never a functioning mine and therefore did not have a history of cashflow which would lend itself to the DCF model, the Tribunal accepts [. . .] that a

830. [...]Although the Brisas Project was never a functioning mine and therefore did not have a history of cashflow which would lend itself to the DCF model, **the Tribunal accepts the**

⁸⁸⁴ *Id.*, ¶¶ 601-604.

⁸⁸⁵ Memorial de Demanda, ¶ 393.

DCF method can be reliably used in the instant case because of the commodity nature of the product and detailed mining cashflow analysis previously performed.⁸⁸⁶

[Énfasis de la Demandante]

explanation of both Dr Burrows (CRA) and Mr Kaczmarek (Navigant) that a DCF method can be reliably used in the instant case because of the commodity nature of the product and detailed mining cashflow analysis previously performed. **The Tribunal also notes that the experts agreed on the DCF model used, and it is only the inputs that are contested.** Many of these have already been discussed above, with the remaining variables discussed below.

[Se omiten notas al pie; énfasis añadido]

691. Además de que los expertos de *Gold Reserve* coincidieron en la aplicabilidad de la metodología DCF, ese caso se puede distinguir del presente en los hechos: a diferencia de ExO, Gold Reserve había concluido estudios de factibilidad⁸⁸⁷ y el DCF que presentó sólo consideraba reservas probadas.⁸⁸⁸

692. La Demandante también se apoya en *Crystallex c. Venezuela* para argumentar que los tribunales internacionales han aceptado que “los ingresos en proyectos mineros se pueden pronosticar con un grado de certeza razonable”.⁸⁸⁹ Específicamente, la Demandante destaca el siguiente pasaje de *Crystallex*:

The Tribunal thus accepts that predicting future income from ascertained reserves to be extracted by the use of traditional mining techniques – as is the case of Las Cristinas – can be done with a significant degree of certainty, even without a record of past production.⁸⁹⁰

693. En el presente caso no existían “reservas probadas” y la extracción no se iba a realizar mediante técnicas mineras tradicionales. Aplicando el mismo análisis utilizado por el tribunal en *Crystallex*, la conclusión de que la proyección de ingresos futuros en este caso puede hacerse con un grado significativo de certeza no es más que una ilusión.

694. Por otro lado, en *Crystallex*, el tribunal utilizó un enfoque de ingresos para evaluar los daños a pesar de que la mina no había iniciado operaciones porque el inversionista: (i) demostró

⁸⁸⁶ Memorial de Demanda ¶ 393 citando *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)09/1, “Award”, 22 de septiembre 2014, ¶ 830, **CL-0056**.

⁸⁸⁷ *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)09/1, “Award”, 22 de septiembre de 2014, ¶ 833. **CL-0056**.

⁸⁸⁸ *Id.*, ¶¶ 691 y 731.

⁸⁸⁹ Memorial de Demanda, ¶ 394.

⁸⁹⁰ *Id.*

su rentabilidad futura a través de estudios de factibilidad que fueron aprobados por las autoridades venezolanas; (ii) tenía reservas probadas y probables; y, (iii) la propiedad se consideró como “propiedad de desarrollo”:

878. [...] During the years in which it was active on the ground, Crystallex had completed the exploration (drilling and testing) activities and the feasibility studies produced by the Claimant (and approved by the Ministry of Mines) show that that the nature of the Las Cristinas deposit was well known. In particular, the MDA 2007 Technical Report confirmed that Las Cristinas had proven and probable reserves estimated at 16.86 million ounces of gold in situ, and measured and indicated resources of 20.76 million ounces and inferred resources of 6.28 million ounces. The Tribunal sees no reason to cast into doubt the accuracy of the studies that those well-known consultants prepared contemporaneously for the Claimant throughout the years. As noted by the tribunal in *ADC v. Hungary*, a business plan “constitutes the best evidence before the Tribunal of the expectations of the parties at the time of expropriation for the expected stream of cash flows”

[...]

884. The CIMVal Guidelines define “development property” as “a Mineral Property that is being prepared for mineral production and for which economic viability has been demonstrated by a Feasibility Study or Prefeasibility Study and includes a Mineral Property which has a Current positive Feasibility Study or Prefeasibility Study but which is not yet financed or under construction”. It is undisputed that the Ministry of Mines had approved Crystallex’s Feasibility Study on 6 March 2006. Las Cristinas should thus be considered a “development property” within the meaning of the Guidelines (as opposed to a less advanced “exploration property”). In relation to “development properties”, the CIMVal Guidelines advise in favor of the application of income- and market-based methodologies, and against the use of cost-based methodologies.⁸⁹¹

695. El caso *Crystallex*, en todo caso, demuestra la importancia de la etapa del proyecto en cuestión para la decisión de utilizar un método de enfoque basado en ingresos para determinar los daños.

b. Otras consideraciones para rechazar un enfoque DCF en este caso

696. Los informes de Quadrant y WGM identifican muchos otros supuestos y defectos en la valuación DCF presentada por la Demandante. La Demandada invita al Tribunal a leer ambos

⁸⁹¹ *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, “Award”, 4 de abril de 2016, ¶¶ 878 y 884. **CL-0042**.

informes con cuidado; no obstante, ofrece el siguiente resumen de algunos de los puntos principales⁸⁹²:

Sobre el tamaño del depósito de Don Diego y la clasificación de los recursos minerales

- Los supuestos del Sr. Lamb sobre la continuidad de los depósitos no tiene apoyo alguno. Su informe no proporciona tablas resumen de estadísticas o diagramas de las variables utilizadas en la estimación de recursos; mapas y cortes transversales para la estimación de datos; y evidencia de que se hayan utilizado métodos geoestadísticos para evaluar las estadísticas del proyecto.⁸⁹³
- La clasificación que utiliza el Sr. Lamb de los recursos minerales no cumple con los requisitos del *CIM Mineral Resource and Mineral Reserve Guidelines* y los lineamientos específicos sobre minerales industriales, por ejemplo: a) los recursos minerales no están suficientemente definidos con base en las definiciones del CIM para calificar como recursos medidos o indicados; b) la clasificación de recursos como recursos inferidos (el nivel de confianza más bajo) es cuestionable debido a un significativo volumen de datos muestrales faltantes (24%); y c) la clasificación de los recursos en las categorías de medidos e indicados no reconoce los requisitos y condiciones asociadas a dichas clasificaciones.⁸⁹⁴

Sobre la demanda estimada y otras consideraciones de mercado

- [REDACTED]. Esto simplemente no es creíble de un nuevo participante en la industria, particularmente en vista de que la mayoría de los productores de fosfato están verticalmente integrados.⁸⁹⁶ WGM es de la opinión de que este es un ejemplo de un clásico error en el análisis de mercados: “El mercado es de un

⁸⁹² Este no es un resumen exhaustivo de las opiniones de los peritos de la Demandada. Para una explicación completa de estos y otros puntos, favor de consultar los informes periciales de WGM y Quadrant. Para una mayor explicación véase el apartado III del Informe Quadrant, ¶¶ 31 *et seq.*

⁸⁹³ Informe pericial de WGM, ¶¶ 65-67.

⁸⁹⁴ *Id.*, ¶¶ 47-48.

⁸⁹⁵ [REDACTED]

⁸⁹⁶ Informe pericial de WGM, ¶ 80.

tamaño X y nuestra producción será de tan sólo Y, por consiguiente, existe un mercado para el producto.”⁸⁹⁷

- La Demandante no ha proporcionado ninguna evidencia en apoyo a su supuesto sobre la demanda proyectada. CRU identifica a Fertinal y Agrium como clientes potenciales, pero ni Odyssey ni ExO han demostrado la existencia de un mercado para su producto (manifestado en Cartas de Intención documentadas (“LOI” por sus siglas en inglés) o Memorandos de Entendimiento (“MOU”) con compradores potenciales.)⁸⁹⁸
- La hipótesis de CRU de que “Fertinal habría cerrado su mina cautiva de San Juan de la Costa” y, en su lugar, habría utilizado el producto de Don Diego, tampoco es realista.⁸⁹⁹ Quadrant observa que sería poco probable que Fertinal hubiese cerrado su propia mina para surtirse de fosfato de ExO.⁹⁰⁰

Precios

- Quadrant concluye que “a la fecha de valuación no se habían encontrado compradores potenciales de los productos de Don Diego, y las opiniones de CRU sobre esos compradores son completamente especulativas”.⁹⁰¹

Costos de producción

- El proyecto de Don Diego involucraba nuevos conceptos de producción y tecnologías no probadas en comparación con la minería de fosfato tradicional: “La falta de ensayos e ingeniería básica en el diseño del proyecto y planes operativos ha dejado al proyecto gravemente expuesto a cuestiones técnicas que podrían impactar el capital asumido, los costos operativos y la viabilidad potencial del proyecto.”⁹⁰²

⁸⁹⁷ *Id.*, ¶ 99. La cita original en inglés es: “*The market is size X and our production will be only size Y, therefore there is a market for the product*”.

⁸⁹⁸ *Id.*, ¶¶ 12, 94-97 y 116.

⁸⁹⁹ Informe Quadrant, ¶ 130.

⁹⁰⁰ *Id.*, ¶¶ 130-131.

⁹⁰¹ *Id.*, ¶ 135.

⁹⁰² Informe pericial de WGM, ¶ 115. Traducción no oficial de la Demandada. La cita original en inglés es: “*The lack of any testing and significant basic engineering in the project design and operating plans has left the project with major exposure to technical issues that could impact assumed capital and operating costs and potential project feasibility*.”

- “El tiempo proyectado para el desarrollo del proyecto a producción delineado [REDACTED] no refleja el nivel de entendimiento geológico, estatus del trabajo sobre pruebas metalúrgicas, e ingeniería básica del proceso de diseño o los requisitos de comienzo de operaciones a la Fecha de Valuación.”⁹⁰³
- “La línea de tiempo de Compass Lexecon no es realista. Supone que otras metas necesarias, incluidas las de obtener el financiamiento necesario para el Proyecto, asegurar OTAs y completar todos los acuerdos de procuración y construcción habrían podido alcanzarse en siete meses. Esto es especulativo y poco realista. Es poco probable que el financiamiento hubiese podido obtenerse sin un contrato de construcción y OTAs. De ahí que estas metas tendrían que ser secuenciales, no contemporáneas a la finalización del diseño del proyecto, como lo supone Compass Lexecon. Por lo tanto, su línea de tiempo es excesivamente corta.”⁹⁰⁴

697. El Informe Quadrant también identifica muchos otros defectos con el análisis DCF de Compass Lexecon que lo descalificarían para fines de determinar los daños en este caso, incluso en el improbable caso de que este Tribunal determinara que es aceptable utilizar un enfoque basado en ingresos. La Demandada considera que no vale la pena elaborar sobre este punto porque, con base en la abrumadora evidencia y los precedentes disponibles, un enfoque DCF no debe utilizarse en este caso. Sin embargo, si esto es algo que el Tribunal desea explorar, los defectos del análisis DCF de la Demandante se explican con claridad en el Anexo A del Informe Quadrant (§§ 111 *et seq*).

⁹⁰³ *Id.*, § 110. Traducción no oficial de la Demandada. El pasaje original en inglés es: “*The projected time frame for project development to production as outlined [REDACTED] does not reflect the level of geological understanding, status of metallurgical test work or basic engineering of the process design nor start-up requirements as of the Valuation Date.*”

⁹⁰⁴ Informe Quadrant, § 120. Traducción no oficial de la Demandada. El pasaje original en inglés es el siguiente: “*120. Compass Lexecon’s timeline is unrealistic. It assumes that other necessary milestones – including obtaining all the necessary financing for the Project, securing OTAs, and completing all the procurement and construction arrangements – would be achieved in the seven months. This is speculative and unrealistic. It is implausible that financing would be provided without a finalized construction contract and OTAs. Hence, these milestones would need to be sequential, not contemporaneous to the project design finalization, as Compass Lexecon assumes. Therefore, its timeline is excessively short.*”

4. Valuación alterna de la Demandada utilizando un enfoque de mercado

698. Dado que Odyssey es una empresa pública y existe suficiente información disponible, Quadrant propone una valuación alternativa basada en la capitalización de mercado de Odyssey. Esta metodología pertenece al enfoque de mercado y es una metodología aprobada por los estándares y lineamientos del CIMVAL para fines de valorar propiedades con recursos minerales en la etapa de exploración.⁹⁰⁵

699. Quadrant hace notar que se trata del mismo enfoque utilizado por Compass Lexecon en su “análisis de razonabilidad” (“*reasonability analysis*”). Sin embargo, el Dr. Flores –autor del Informe Quadrant– objeta varios supuestos y ajustes que hace Compass Lexecon, *inter alia*: partir de la capitalización de mercado distorsionada que existía en la Fecha de Valuación; la prima de 50% que Compass Lexecon añade a causa de la aprobación de la MIA; la prima de 32.3% que Compass Lexecon añade por la adquisición de una participación mayoritaria (“controlling interest”⁹⁰⁶) y; no tomar en cuenta las ventas en corto (*short selling*) y las restricciones de liquidez que enfrentaba Odyssey.

700. Quadrant critica, en primera instancia, la capitalización inicial de USD \$65.5 millones de la que parte Compass Lexecon. El Dr. Flores observa que el precio de las acciones de Odyssey y, por consiguiente, su capitalización de mercado, “más que se duplicó, de menos de US\$ 20 millones a aproximadamente de US\$40 millones en menos de una semana, entre el 29 de febrero y el 7 de marzo.”⁹⁰⁷ Quadrant atribuye este incremento artificial al estreno de un programa llamado “*Billion Dollar Wreck*” del History Channel y hace notar también que Odyssey no publicó comunicados de prensa o informes técnicos relacionados con el Proyecto durante ese tiempo, por lo que ningún otro factor podría explicar el incremento.⁹⁰⁸

701. Debido a que esta alza no está relacionada con el Proyecto y el precio de las acciones se revirtió al nivel que tenía inmediatamente antes del estreno del programa, Quadrant es de la opinión

⁹⁰⁵ *Id.*, ¶ 48.

⁹⁰⁶ Informe Compass Lexecon, Tabla 8, p. 64 (véase “Acquisition Premium”).

⁹⁰⁷ Informe Quadrant, ¶ 59. Traducción no oficial de la Demandada. Pasaje original en inglés: “more than doubled, from less than US\$20 million to about US\$40 million in just one week, between 29 February and 7 March.”

⁹⁰⁸ *Id.*, ¶ 59.

que esta distorsión temporal debe ser excluida del análisis y el punto de partida debe ser la capitalización de mercado de Odyssey en marzo de 2016 (USD \$19.2 millones).

702. Compass Lexecon también supone que la MIA habría sido aprobada. Como se explicó en secciones anteriores, este supuesto es incorrecto porque es incompatible con la medida de compensación que a decir de la Demandante –y de la Demandada– sería aplicable en caso de que el Tribunal determinara que se ha producido una expropiación indirecta. Dicha medida de compensación es el VJM del Proyecto determinado “inmediatamente antes de que la SEMARNAT negara la MIA”, es decir, sin la presunción de la MIA se había otorgado. Sin embargo, incluso si este obvio problema fuese ignorado, el Dr. Flores de cualquier modo no está de acuerdo con la prima de 50% que Compass Lexecon añade por cuenta de la aprobación de la MIA. El Informe Quadrant explica que esos incrementos en el precio de las acciones ocurren cuando se dan ciertos eventos inesperados. De ahí que la aplicación de una prima de esta naturaleza “no pueda hacerse mecánicamente con base en promedios de lo que sucedió en otras empresas, como lo hace Compass Lexecon”⁹⁰⁹ y, por consiguiente, “[c]onsiderar los efectos del permiso sobre la capitalización de mercado de Odyssey requeriría determinar que expectativas estaban comprendidas en el precio de las acciones y la capitalización de mercado de Odyssey.”⁹¹⁰

703. El Dr. Flores tampoco está de acuerdo con añadir una prima por control o adquisición (32.3%) porque, como señala el Informe de Compass Lexecon: “los precios de las acciones representan transacciones de acciones individuales que no confieren control sobre OMEX o sobre el Proyecto de Don Diego.”⁹¹¹ Asimismo, el Dr. Flores hace notar que también se pueden producir primas negativas “porque grandes compradores son capaces de llevar a cabo diligencia debida sobre los negocios de la compañía y conocer mucho más sobre ella que un comprador de menudeo que

⁹⁰⁹ Informe Quadrant, ¶ 82. Traducción no oficial de la Demandada. El pasaje original en inglés es: “cannot be done mechanically based on averages of what has happened to other companies as Compass Lexecon has done”.

⁹¹⁰ Informe Quadrant, ¶¶ 81-83. Traducción no oficial de la Demandada. El pasaje original en inglés es: “stock prices represent transactions of individual shares that do not convey control over OMEX, nor over the Don Diego Project”.

⁹¹¹ Informe Compass Lexecon, ¶ 121(a). Traducción no oficial de la Demandada. El pasaje original en inglés es: “stock prices represent transactions of individual shares that do not convey control over OMEX, nor over the Don Diego Project.”

solo tiene acceso a información pública, tales como los comunicados de prensa de la empresa, que tienden a ser demasiado optimistas y restar importancia a las deficiencias de la empresa”.⁹¹²

704. Finalmente, el Dr. Flores no está de acuerdo con Compass Lexecon en que la actividad de ventas en corto (“*short selling*”) y las restricciones de liquidez se puedan “ignorar” al valorar el Proyecto y, por consiguiente, tampoco está de acuerdo en que “la capitalización de mercado de OMEX no proporciona una base confiable para determinar el valor justo de mercado del Proyecto Don Diego”.⁹¹³ Desde su punto de vista, ambas cuestiones son hechos materiales que deben ser considerados en la valuación.

5. La prima de 15% por concepto del presunto valor estratégico del Proyecto es completamente especulativa y carece de soporte

705. La Demandante incrementa la valuación de Compass Lexecon en un 15% con base en el presunto valor estratégico del proyecto derivado de ciertas características que, de acuerdo con ella, incrementa el valor del Proyecto en formas que ni el DCF de la Fase I ni el valor de la opción de la Fase II, capturan.⁹¹⁴ De acuerdo con la Demandante, entre dichas características se encuentran el tamaño de Don Diego, su ubicación –cerca de América con acceso fácil a países de la Cuenca del Pacífico– y su estructura de costos.⁹¹⁵ La única evidencia que ha presentado la Demandante en apoyo a este incremento del 15% es la declaración testimonial del Sr. Longley. El Sr. Longley opina que desde la perspectiva de un comprador potencial, características intrínsecas del Proyecto incrementan su valor y “hacen de ‘el una importante jugada estratégica, tanto ofensiva (para asegurar recursos de fosfato de bajo costo en una ubicación geopolítica de avanzada) como defensiva (para prevenir que un competidor capitalice en un proyecto que tenga ventajas únicas en ubicación, costos, grado e impacto ambiental).”⁹¹⁶ Más aún, sostiene que:

⁹¹² Informe Quadrant, ¶ 71. Traducción no oficial de la Demandada. El pasaje original en inglés es: “*because large buyers are able to conduct due diligence on the company’s business and learn much more about it than a retail buyer who only has access to publicly available information, such as company press releases, which often tend to be overly optimistic and gloss over the shortcomings of the company.*”

⁹¹³ Id., ¶ 89. Traducción no oficial de la Demandada. El pasaje original en inglés es: “*the stock market capitalization of OMEX does not provide a reliable basis to determine the fair market value of the Don Diego Project*”.

⁹¹⁴ Memorial de Demanda, ¶¶ 414-415.

⁹¹⁵ Id., ¶¶ 408 y 412.

⁹¹⁶ Declaración Testimonial del Sr. Longley, ¶ 32. Traducción no oficial de la Demandada. El pasaje original en inglés es: “*make it a important strategic play, both offensively (to secure low-cost phosphate resources in a*

The valuation method used by Compass Lexecon does not take into account the strategic value of the Don Diego Project. I estimate that the strategic value of this Project would accrue a 15% premium above the base valuation performed by Compass Lexecon.

I estimate the premium based not only on the attributes listed above, but on the fact that the resources is so significant in size that it can produce product for a generation with the current, measured, indicated and inferred resources.⁹¹⁷

[Énfasis de la Demandada]

706. Es notable que sea un testigo, en lugar del perito de daños de la Demandante, quien recomiende añadir este premio, lo cual da pie a preguntar: ¿por qué Compass Lexecon no consideró este premio en su valuación? Sin importar cuál sea la respuesta a esta pregunta, el Sr. Longley no explica, ni justifica, cómo es que llegó a esta prima del 15%, lo cual impide que la Demandada lleve a cabo un análisis adecuado de esta cuestión y formule una respuesta. Las opiniones del Sr. Longley sobre el valor estratégico del Proyecto no son evidencia suficiente para apoyar un incremento [REDACTED] la valuación de la propia Demandante. La Demandante no ha demostrado que el Proyecto era viable; menos aún que tenía algún valor estratégico.

707. Quadrant observa además que tanto este premio por el presunto “valor estratégico” del Proyecto, así como el valor de la “oportunidad perdida” que se detalla en la siguiente sección estarían incluidos en la valuación de mercado de Quadrant, basada en la capitalización de mercado de Odyssey.⁹¹⁸

6. Los daños por la “oportunidad perdida” también son especulativos y carecen de soporte

708. La Demandante también reclama daños [REDACTED] por la presunta oportunidad perdida de ExO de explorar y desarrollar partes del depósito de Don Diego que no se incluyeron en el Informe NI 43-101 elaborado por el Dr. Lamb. La Demandante argumenta que “[s]i no hubiera sido por la negación de la MIA, Odyssey y ExO habrían comenzado una nueva campaña de exploración de núcleos para seguir explorando, cuantificando y caracterizando el recurso.”⁹¹⁹

geopolitically advanced location) and defensively (to prevent a competitor from capitalizing on a project that has distinct advantages in location, costs, grade an environment impact”.

⁹¹⁷ Declaración Testimonial del Sr. Longley, ¶¶ 33-34.

⁹¹⁸ Informe Quadrant, ¶ 49.

⁹¹⁹ Memorial de Demanda, ¶ 418.

709. Esta parte de la reclamación no tiene mérito alguno. La Demandante no solo especula sobre la rentabilidad de la operación, sino sobre la existencia, volumen y valor de recursos adicionales comprendidos en sus concesiones. Más aún, como en el caso del premio por valor estratégico que se discutió en la sección anterior, esta reclamación se apoya en la opinión del Sr. Longley –i.e., un testigo, no un perito independiente– en lugar de la opinión del perito de daños de la Demandante. La Demandada hace notar que si hubiese existido algún valor por esta presunta “oportunidad perdida”, no habría habido razón alguna para no reflejarla en el VJM de ExO determinado inmediatamente antes de la negativa de la MIA. Sin embargo, Compass Lexecon no consideró esta presunta fuente de valor adicional.

710. El único análisis en apoyo de esta reclamación es el cálculo de servilleta del Sr. Longley que se describe en el párrafo 420 del Memorial:

Para cuantificar esta pérdida de oportunidad, el Sr. Longley asigna un valor razonable para el P2O5 contenido in situ de [REDACTED] y lo multiplica por los [REDACTED] de P2O5 contenido que Odyssey estima que contienen las concesiones. Este resultado da un valor de [REDACTED] por la oportunidad perdida de explorar y desarrollar las otras partes del Depósito Don Diego no incluidas dentro del Informe Técnico NI 43-101.⁹²⁰

711. Desde cualquier ángulo con que se mire, lo anterior no es soporte adecuado para una reclamación de daños [REDACTED] Ningún tribunal otorgaría estos daños en estas circunstancias.

7. Compensación por impuestos (*tax gross-up*)

712. La Demandada sostiene que la compensación por impuestos que la Demandante solicita en este caso es inapropiada porque está fundamentada en los flujos descontados netos de impuestos estimados bajo la metodología DCF que, como se explicó en secciones anteriores, no es una metodología apropiada en las circunstancias de este caso. En cualquier caso, el monto de la compensación por impuestos, depende de la posición fiscal de ExO en los momentos relevantes y esto no puede ser determinado en este momento sin información adicional de la Demandante. ExO seguramente tiene pérdidas acumuladas de varios años que podrían utilizarse para compensar los impuestos a pagar por un potencial laudo favorable. En otras palabras, parte de la compensación

⁹²⁰ *Id.*, ¶ 420.

por impuestos que solicita la Demandante seguramente sería menor a los impuestos a pagar por el laudo y por consiguiente sería un beneficio indebido para la Demandante.

713. La Demandada observa también que el perito de la Demandante no consideró la PTU⁹²¹ de 10% que ExO tendría que aplicar a las utilidades como cualquier otra empresa mexicana. Sin embargo, este descuento sólo aplicaría si este Tribunal determinara que el enfoque de ingresos es aplicable en este caso. La PTU, si bien no es propiamente un impuesto, se calcula como el 10% de la misma base gravable del impuesto sobre la renta.⁹²² Esta omisión artificialmente incrementa los flujos de caja y por consiguiente la estimación de los daños.

8. Intereses

714. Como se explica en el Informe Quadrant, Compass Lexecon aplica una tasa de 13.95% con composición anual para calcular el interés pre-laudo. Esta exorbitante tasa explica por qué aproximadamente el 44% de los daños son atribuibles a los intereses. En efecto, de los USD \$2.4 mil millones que reclama Odyssey, solo USD \$524 corresponden al presunto VJM del Proyecto a la Fecha de Valuación.

715. La tasa se basa en la tasa WACC del Proyecto estimada por Compass Lexecon y, como lo señala el Dr. Flores, es inapropiada desde una perspectiva económica. En la opinión del Dr. Flores, la tasa apropiada debe ser una tasa libre de riesgo de corto plazo como, por ejemplo, la tasa de rendimiento de los Bonos del Tesoro de E.U. (U.S. Treasury Bill). Como se explica en el Informe Quadrant:

103. Had Claimant received additional funds in, say, 2016, they would be faced with the decision of what to do with those funds. By applying the WACC to those past amounts, Compass Lexecon is assuming that any funds received from this Arbitration would have been reinvested in endeavors with the same risks as the Don Diego Project. Had Claimant done so, those risks could have materialized as negative returns. But Claimant was never exposed to those risks, and thus it would be wholly inappropriate to compensate them for risks they never faced.⁹²³

716. La Demandada observa además que la única guía en el TLCAN sobre la tasa de interés aplicable es el Artículo 1110(4) que señala, en el contexto de la compensación debida por una

⁹²¹ PTU es un acrónimo en español que significa Participación de los Trabajadores en la Utilidad.

⁹²² Ver Resolución del Consejo de Representantes de la Quinta Comisión Nacional para la PTU, 3 de febrero de 2009, **R-0097**.

⁹²³ Informe Quadrant, ¶ 103.

expropiación, que “[e]n caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.” Con el riesgo de señalar lo obvio, la WACC del Proyecto no es ni una tasa “comercial” ni una tasa “razonable” para montos denominados en dólares americanos.

717. Para una explicación más completa de las razones por las cuales la tasa no es apropiada, la Demandada refiere al Tribunal al Informe Quadrant.⁹²⁴

⁹²⁴ *Id.*, Sección VI ¶¶ 102-110.

V. SOLICITUD

718. La Demandada solicita a este Tribunal ordenar a la Demandante a pagar los costos y gastos en los que ha incurrido a raíz de este arbitraje, incluidos:

- (i) la parte de los gastos del Tribunal que corresponden a México;
- (ii) la parte de los gastos de administración del procedimiento ante el CIADI que corresponden a México;
- (iii) los honorarios de los asesores legales externos de México; y
- (iv) el pago de los expertos contratados por México.

719. La Demandada tiene derecho a un laudo de costos a su favor por las siguientes razones:

- La Demandada no violó ninguna de sus obligaciones conforme al TLCAN.
- La Demandante ha presentado una reclamación carente de méritos para tratar de obtener un beneficio indebido.

VI. CONCLUSIÓN

720. En virtud de lo anterior, se solicita respetuosamente a este Tribunal desestimar por completo la reclamación de la Demandante, así como la correspondiente determinación del pago de costos a favor de la Demandada de conformidad con la solicitud de costos referida *supra*.

23 de febrero de 2021

Presentado respetuosamente

El Director General de Consultoría Jurídica de Comercio Internacional



Orlando Pérez Gárate